

**STUDI KOMPARATIF PERBUATAN MELAWAN HUKUM
DALAM KITAB UNDANG-UNDANG HUKUM PERDATA
DENGAN THE LAW OF TORT INGGRIS
(PENERAPAN DALAM MALPRAKTEK MEDIS)**

SKRIPSI

PUTI SHELIA

07062784949



UNIVERSITAS INDONESIA

FAKULTAS HUKUM

PROGRAM STUDI ILMU HUKUM

DEPOK

JANUARI 2011

**STUDI KOMPARATIF PERBUATAN MELAWAN HUKUM
DALAM KITAB UNDANG-UNDANG HUKUM PERDATA
DENGAN THE LAW OF TORT INGGRIS
(PENERAPAN DALAM MALPRAKTEK MEDIS)**

SKRIPSI

**Diajukan sebagai salah satu syarat untuk memperoleh gelar
Sarjana Hukum**

PUTI SHELIA

07062784949



**UNIVERSITAS INDONESIA
FAKULTAS HUKUM PROGRAM STUDI ILMU HUKUM
HUKUM TENTANG HUBUNGAN SESAMA ANGGOTA
MASYARAKAT
DEPOK
JANUARI 2010**

HALAMAN PERNYATAAN ORISINALITAS

**Skripsi ini adalah hasil karya saya sendiri,
dan semua sumber baik yang dikutip maupun dirujuk
telah saya nyatakan dengan benar**

Nama : Puti Shelia

NPM : 0706278494

Tanda Tangan :

Tanggal : 12 Januari 2011

HALAMAN PENGESAHAN

Skripsi ini diajukan Oleh:

Nama : Puti Shelia
NPM : 0706278494
Program Studi : Hukum Keperdataan
Judul Skripsi : Studi Komparatif Perbuatan Melawan Hukum Dalam
Kitab Undang-Undang Hukum Perdata dengan The Law Of
Tort Inggris (Penerapan Dalam Malpraktek Medik)

Telah berhasil dipertahankan di depan Dewan Penguji dan diterima sebagai bagian persyaratan yang diperlukan untuk memperoleh gelar Sarjana Hukum pada Program Studi Keperdataan Fakultas Hukum, Universitas Indonesia.

DEWAN PENGUJI

Pembimbing : Prof. Dr. Rosa Agustina, S. H., M.H ()
Pembimbing : Abdul Salam, S.H., M.H ()
Penguji : M. Ramdan Andri .G, S.H., LL.M., Ph.D. ()
Penguji :Suharnoko, S. H., MLI ()
Penguji :Akhmad Budi Cahyono, S.H., M.H ()

Ditetapkan di : Depok
Tanggal : 12 Januari 2011

KATA PENGANTAR

Puji syukur saya panjatkan kepada Tuhan Yang Maha Esa, karena atas berkat dan rahmat-Nya, saya dapat menyelesaikan skripsi ini. Penulisan skripsi ini dilakukan dalam rangka memenuhi salah satu syarat untuk mencapai gelar Sarjana Hukum. Fakultas Hukum Universitas Indonesia. Saya menyadari bahwa, tanpa bantuan dan bimbingan dari berbagai pihak, dari masa perkuliahan sampai pada penyusunan skripsi ini, sangatlah sulit bagi saya untuk menyelesaikan skripsi ini. Oleh karena itu, saya mengucapkan terima kasih kepada:

1. Prof. Dr. Rosa Agustina, S.H., M.H., selaku pembimbing satu penulis, yang telah mencurahkan perhatian, memberikan bimbingan, dan arahan dalam penulisan skripsi ini.
2. Abdul Salam, S.H., M. H., selaku pembimbing kedua penulis, yang telah membantu penulis dengan meluangkan waktu, tenaga, dan bantuan pemikiran dan kritik atas tulisan penulis, sehingga skripsi ini dapat terselesaikan.
3. Orang tua penulis Ahmad Fauzi Asran dan Wardiati atas segala perhatiannya, dengan selalu memberikan semangat kepada penulis untuk segera menyelesaikan karya ini dan atas dukungan baik secara moral dan material.
4. Kedua kakak kandung penulis Aditya Pandu Pradana dan Arya Pandu Prakasa serta Nadira Azhar yang sudah penulis anggap seperti kakak sendiri, yang selalu memberikan semangat kepada penulis, dan juga atas perhatian dan pengertian yang diberikan selama penulis sedang disibukan pengerjaan karya ini
5. Pembimbing Akademis Melania Kiswandari yang telah membantu penulis dalam mengatur perkuliahan, dan menyemangati penulis dalam bidang akademik, selama penulis kuliah di FHUI.
6. Bapak Slam yang dari awal penulis kuliah, hingga penulis menyelesaikan studinya di FHUI selalu senantiasa membantu penulis dalam dalam bidang akademik.

7. Sahabat-sahabat terdekat penulis, yang telah memberikan kebahagiaan dan memberitahu indahnya persahabatan. Deswina Dwi Hayanti, Prisca Inggriani, Dwi Nurhayati, Syarah Fitria, Nisa I Nidasari.
8. Teman-teman satu nasib dan satu penderitaan, yaitu teman-teman seperjuangan seperskirpsian yang hingga akhir tetap saling mendukung satu sama lain, dan terus saling memberikan semangat Yusuf Ausiandra, Eva Silvia, Madi Muktiyono, M. Gery Adlan, Dhea Merisa, Padya Twikatama, Anggie Dwi Putri, Raras , Christina Dessy, Tessa, Maulidya Nurharlima, Ayu Susanti.
9. Teman-teman sepermainan Fitriana (Bebek), Betra, Irma, Gigih, Reza, Ratyan, Dimas, Dhief, Suci, Whicha, Tanyo, Audrian, Fikri, Iman, Ando. Teman-teman OBM FIB ruang 606 (Ivan, Syah, Rizki, Chae, Cumuk, Winda, Amal, Bella, Dina, Predy, Danu)
10. Teman-teman FHUI 2007 termasuk teman-teman loby dan paguyuban yang tidak mungkin saya sebutkan satu persatu, namun semuanya sangat berarti bagi penulis, karena telah memberikan banyak warna keceriaan selama penulis, menuntut ilmu di FHUI.
11. Terimakasih pula diberikan pada pihak-pihak yang membantu penulis, Bang Ian yang telah memberikan motifasi, Wildan yang telah membantu penulis mendapatkan buku-buku digital, staff-staff perpustakaan yang sangat membantu penulis dalam menemukan bahan-bahan dalam penulisan skripsi.

**HALAMAN PERNYATAAN PERSETUJUAN PUBLIKASI
TUGAS AKHIR UNTUK KEPENTINGAN AKADEMIS**

Sebagai sivitas akademik Universitas Indonesia, saya yang bertanda tangan di bawah ini:

Nama : Puti Shelia
NPM : 0706278494
Program Studi : Hukum Keperdataan
Departemen : -
Fakultas : Hukum
Jenis karya : Skripsi

Demi pengembangan ilmu pengetahuan, menyetujui untuk memberikan kepada Universitas Indonesia **Hak Bebas Royalti Noneksklusif** (*Non-exclusive Royalty-Free Right*) atas karya ilmiah saya yang berjudul :

“Studi Komparatif Perbuatan Melawan Hukum Dalam
Kitab Undang-Undang Hukum Perdata Dengan The Law Of Tort Inggris
(Penerapan Dalam Malpraktek Medik)”

Beserta perangkat yang ada (jika diperlukan). Dengan Hak Bebas Royalti Noneksklusif ini Universitas Indonesia berhak menyimpan, mengalihmedia/formatkan, mengelola dalam bentuk pangkalan data (*database*), merawat, dan memublikasikan tugas akhir saya selama tetap mencantumkan nama saya sebagai penulis/pencipta dan sebagai pemilik Hak Cipta.

Demikian pernyataan ini saya buat dengan sebenarnya.

Dibuat di : Depok
Pada tanggal : 12 Januari 2011
Yang menyatakan

Puti Shelia

ABSTRAK

Nama : Puti Shelia
Program Studi : Hukum Keperdataan
Judul : Studi Komparatif Perbuatan Melawan Hukum Dalam Kitab Undang-Undang Hukum Perdata Dengan The Law Of Tort Inggris (Penerapan Dalam Malpraktek Medik)

Saat ini dasar pengajuan gugatan perdata di pengadilan, didominasi dengan dasar perbuatan melawan hukum. Tidak terkecuali, kasus-kasus dugaan malpraktek medik. Perbuatan melawan hukum adalah perikatan yang lahir berdasarkan ketentuan perundang-undangan yang lahir karena perbuatan manusia. Berdasarkan pembagian keluarga hukum, maka ada dua sistem hukum yang terbesar yaitu keluarga hukum Common Law, dan keluarga hukum Civil Law. Skripsi ini memperbandingkan Perbuatan melawan hukum secara umum berdasarkan ketentuan Kitab Undang-Undang Hukum Perdata (KUH Perdata) dan *The Law of Tort Inggris* dan melihat penerapan unsur-unsur tersebut dalam malpraktek medik. Penelitian ini adalah penelitian normatif dengan deskriptif komparatif. Hasil penelitian menyarankan untuk menerapkan doktrin *res ipsa loquitur* dalam kasus kelalaian yang terjadi pada saat pasien dalam keadaan tidak sadar, dan juga menerapkan doktrin *contributory negligence* dalam hal pasien turut berkontribusi terhadap kerugian yang ditimbulkan.

Kata kunci: Perbuatan Melawan Hukum, Malpraktek Medik

ABSTRACT

Name : Puti Shelia
Program Studies : Private Law
Title : Comparative Studies In Tort According to the Book of Civil Law and The Law Of Tort UK (Medical Malpractice Application)

These day the basic civil lawsuit in court is dominated by tort basic. Cases of alleged medical malpractice are not exception. Tort is an agreement under the provisions of legislation that was born because of human actions. According to the division of family law, we understand two major legal systems which are common law and Civil Law. This thesis compares tort in general under the provisions of the draft Civil Code and The Law of Tort England and see the application of these elements in medical malpractice. This research is normative with descriptive comparative research. The results suggest to apply the doctrine of res ipsa loquitur in cases of negligence that occur when the patient was unconscious, and also apply the doctrine of contributory negligence in the case of patients contributing to the losses incurred.

Key Word: The Law of Tort, Medical Malpractice.

Daftar Isi

HALAMAN SAMPUL	i
HALAMAN JUDUL	ii
HALAMAN PERNYATAAN ORISINALITAS	iii
LEMBAR PENGESAHAN	iv
KATA PENGANTAR	v
LEMBAR PERSETUJUAN PUBLIKASI	viii
ABSTRAK/ABSTRACT	ix
DAFTAR ISI	xi
BAB 1	
PENDAHULUAN	
1.1 Latar Belakang Permasalahan	1
1.2 Pokok Permasalahan	12
1.3 Tujuan Penelitian	12
1.4 Definisi Operasional	13
1.5 Metode Penelitian	14
1.6 Sistematika Penulisan	15
BAB 2	
PERBUATAN MELAWAN HUKUM	
2.1 Sejarah Perkembangan Perbuatan Melawan Hukum	17
2.1.1 Putusan H.R tanggal 6 Januari 1905	19
2.1.2 Putusan H.R. tanggal 10 Juni 1910	19
2.2 Unsur-Unsur Perbuatan Melawan Hukum	22
2.2.1 Perbuatan	23
2.2.2 Perbuatan Tersebut Melawan Hukum	23
2.2.3 Kesalahan	25
2.2.4 Kerugian	27
2.2.5 Hubungan Sebab Akibat antara Perbuatan dan Kerugian	27
2.3 Kerugian dalam Perbuatan Melawan Hukum	29
2.3.1 Ganti Rugi Perbuatan Melawan Hukum terhadap Jiwa dan Tubuh	33
2.3.2 Ganti Rugi Perbuatan Melawan Hukum terhadap Kehormatan	34
2.4 Pertanggung Jawaban Perbuatan Melawan Hukum	35
2.4.1 Badan Hukum sebagai Subjek Perbuatan Melawan Hukum	36
2.4.2 Tanggung Gugat	37
2.5 Upaya Pembelaan Terhadap Perbuatan Melawan Hukum	41

BAB 3

THE LAW OF TORT INGGRIS

3.1 <i>The Nature of A Tort</i>	44
3.2 <i>Negligence</i>	46
3.2.1 <i>Duty of Care</i>	48
2.2.1.1 <i>Duty of Care-Psychiatric Injury</i>	51
2.2.1.2 <i>Duty of Care-Economic Loss</i>	52
3.2.2 <i>Breach of Duty</i>	49
3.2.3 <i>Causation and Remoteness</i>	57
3.2.4 <i>Pembelaan dalam Negligence</i>	59
3.2.5 <i>Doktrin Res Ipsa Loquitur</i>	60
3.3 <i>Trespass to the Person</i>	61
3.3.1 <i>Assault and Batteries</i>	61
3.3.2 <i>Batteries</i>	63
3.3.3 <i>False Imprisonment</i>	64
3.4 <i>Trespass to the Land</i>	65
3.4.1 <i>Nuisance</i>	67
3.4.2 <i>Rylands v Fletcher</i>	68
3.5 <i>Intentional Interference with Goods</i>	69
3.5.1 <i>Conversion</i>	70
3.5.2 <i>Detinue</i>	71
3.6 <i>Defamation</i>	72
3.7 <i>Tort Againsts Business Interest</i>	74
3.8 <i>Liability in Tort</i>	75
3.8.1 <i>Vicarious Liability</i>	75
3.8.2 <i>Strict Liability</i>	77
3.8.3 <i>Animals Liability</i>	62
3.8.4 <i>Product Liability</i>	80
3.9 <i>Remedies</i>	80
3.10 <i>Defence</i>	83

BAB 4

MALPRAKTEK MEDIK

4.1 <i>Pengertian Malpraktek Medik</i>	88
4.1.1 <i>The Standard of Skill and Care</i>	92
4.1.2 <i>The Duty of Care</i>	96
4.2 <i>Upaya Hukum dalam Malpraktek Medik</i>	97
4.2.1 <i>Upaya Hukum di Inggris</i>	97
4.2.2 <i>Upaya Hukum di Indonesia</i>	100
4.3 <i>Vicarios Liability</i>	102
4.3.1 <i>Tanggung Jawab Hukum Rumah Sakit</i>	103
4.3.2 <i>Tanggung Jawab dokter</i> <i>atas tindakan staff</i>	106
4.4 <i>Infomed Consent</i>	108

BAB 5
PERBANDINGAN PERBUATAN MELAWAN HUKUM
INGGRIS DAN INDONESIA
(PENERAPAN DALAM MALPRAKTEK MEDIK)

5.1 Perbandingan Umum Perbuatan Melawan Hukum	112
5.1.1 Ganti Rugi	114
5.1.2 Kesalahan	115
5.1.3 Pertanggung jawaban	116
5.2 Malpraktek sebagai Perbuatan Melawan Hukum	116
5.3 Unsur-Unsur Perbuatan Melawan Hukum	118
5.4 Pertanggungjawaban Malpraktek Medik	128
5.4.1 Pertanggungjawaban Rumah Sakit	128
5.4.2 Tanggung Gugat terhadap Perawat	130
5.5 Pembelaan	132
5.6 Pembuktian	133

BAB 6
PENUTUP

6.1 Kesimpulan	135
6.2 Saran	138

DAFTAR PUSTAKA	139
-----------------------------	-----

BAB 1 PENDAHULUAN

1.1 Latar Belakang

Pribadi manusia sebagai makhluk sosial dalam menjalani kehidupan akan selalu melakukan interaksi dengan masyarakat yang lain. Dalam melakukan interaksi tersebut ada kaidah-kaidah yang mengatur hubungan antara sesama manusia agar tetap berjalan dengan baik, salah satu kaidah tersebut adalah hukum. Hukum merupakan kumpulan norma-norma mengatur tingkah laku seseorang dalam masyarakat, yang dapat dipaksakan pelaksanaannya dengan suatu sanksi. Hukum mengatur hubungan hukum antara individu dan individu atau antara individu dan masyarakat, hukum merupakan sesuatu yang abstrak dan baru menjadi kenyataan apabila kepada para subjek hukum dibebani hak dan kewajiban.¹

Seperti diketahui Indonesia sebagai negara yang pernah di bawah penjajahan Belanda, menganut sistem keluarga hukum yang sama dengan Belanda yaitu sistem keluarga hukum *Civil Law* dengan demikian terdapat perbedaan kaidah hukum antara hukum publik dan hukum privat. Hukum publik adalah peraturan-peraturan hukum yang obyeknya ialah kepentingan-kepentingan umum dan yang karena itu, soal mempertahankannya dilakukan oleh pemerintah, sedangkan hukum privat adalah peraturan-peraturan hukum yang obyeknya ialah kepentingan-kepentingan khusus dan yang soal akan dipertahkannya atau tidak diserahkan kepada yang berkepentingan.²

Untuk mempertahankan kepentingan-kepentingan khusus yang telah diatur, seseorang harus memiliki kepentingan hukum yang cukup. Seseorang yang merasa dirugikan akibat perbuatan orang lain dapat mempertahankan kepentingannya dengan mengajukan gugatan perdata terhadap orang tersebut.

¹ Sudikno Mertokusumo, *Mengenal Hukum*, (Bandung : PT. Citra Aditya Bakti, 1986), hal. 37.

² Van Apeldoorn, *Pengantar Ilmu Hukum*, cet. 28, (Jakarta: PT. Pradnya Paramita, 2000), hal. 174.

Dengan diajukannya gugatan, orang yang merasa haknya dilanggar tersebut berharap Hakim yang akan memutuskan sengketa tersebut dan dapat memaksakan putusan tersebut. Gugatan perkara yang diajukan dalam ranah hukum perdata didasari dengan dalil perbuatan melawan hukum dan wanprestasi atau prestasi buruk.

Perbuatan melawan hukum merupakan perikatan yang dilahirkan oleh undang-undang karena perbuatan manusia yang melanggar hukum (tidak halal)³, diatur dalam Pasal 1365 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata (KUH Perdata) yang berbunyi “tiap perbuatan melawan hukum, yang membawa kerugian kepada orang lain, mewajibkan orang yang karena salahnya mengakibatkan kerugian itu, mengganti kerugian tersebut”.⁴ Ketentuan tersebut dapat dikatakan hanya merumuskan bahwa seseorang yang mengalami kerugian akibat perbuatan melawan hukum oleh orang lain, berhak mendapatkan ganti rugi terhadap kerugian yang telah ditimbulkan.⁵

Ketentuan Pasal tersebut merumuskan dengan jelas mengenai unsur-unsur yang harus dipenuhi agar suatu perbuatan dapat digolongkan sebagai perbuatan melawan hukum. Unsur-unsur tersebut adalah: 1) perbuatan, 2) perbuatan tersebut melawan hukum, 3) adanya kerugian, 4) adanya kesalahan, 5) dan selain keempat unsur tersebut ilmu pengetahuan menambahkan unsur kausalitas antara perbuatan melawan hukum dan kerugian yang ditimbulkan.⁶ Kelima unsur tersebut harus dipenuhi secara kumulatif. Pasal 1365 KUH Perdata mengatur mengenai unsur-unsur dari perbuatan melawan hukum. Namun demikian Pasal tersebut tidak mengatur atau menjelaskan lebih lanjut mengenai apa yang dimaksud dengan unsur “melawan hukum”.

³ Gunawan Widjaja dan Kartini Muljadi, *Perikatan Yang Lahir Dari Undang-Undang*. Ed.1 Cet. 1. (Jakarta: Raja Grafindo, 2003), hal. 81.

⁴ Pasal 1365 KUH Perdata “ Tiap perbuatan melanggar hukum, yang membawa kerugian kepada seorang lain, mewajibkan orang yang karena salahnya menerbitkan kerugian itu, mengganti kerugian tersebut

⁵ Moegni Djodirdjo, *Perbuatan Melawan Hukum*. (Jakarta: Pradnya Paramita, 1982), hal. 17.

⁶ Mariam Darus Badruzaman, *KUH Perdata Buku III Hukum Perikatan Dengan Penjelasan*, (Bandung:Alumni, edisi kedua, 1996), hal.8

Tidak diaturnya pengertian terminologi melawan hukum membuat para ahli hukum mencoba memberikan rumusan atas terminologi tersebut. Gugatan terhadap perbuatan melawan hukum pada awal mulanya diajukan bagi seseorang yang mengakibatkan kerugian bagi orang lain karena perbuatannya yang melawan peraturan perundang-undangan, atau dapat dikatakan melawan hukum dalam arti sempit. Salah satu contoh putusan dari masa tersebut, adalah *Singer Maatschappij* menuntut ganti kerugian dengan menggunakan Pasal 1401 B.W Belanda (1365 KUH Perdata) terhadap kompetitornya yang menggunakan nama yang hampir sama dengan perusahaannya sehingga pembeli mengira mesin-mesin jahit tersebut berasal dari *Singer Manufacturing Co* yang terkenal. Akan tetapi *Hoge Raad* telah menolaknya karena pada waktu itu tidak ada peraturan perundang-undangan yang melindungi hak merek dagang.⁷

Perkembangan unsur melawan hukum selanjutnya dimulai semenjak tahun 1919, putusan yang diberikan oleh *Hoge raad* dalam kasus kasus *Cohen vs Lidenbaum* membuat unsur melawan hukum tidak lagi diartikan secara sempit dalam artian melanggar undang-undang. Namun unsur melawan hukum sudah diartikan sebagai perbuatan yang bertentangan dengan hak orang lain, kewajiban hukumnya sendiri, kesusilaan, dan juga bertentangan dengan kehati-hatian atau keharusan dalam pergaulan masyarakat yang baik.⁸

Unsur bertentangan dengan kewajiban hukumnya sendiri, dan melanggar hak subjektif orang lain dapat dikatakan berhubungan dengan hukum tertulis. Sedangkan unsur melanggar kesusilaan dan bertentangan dengan asas kepatutan,

⁷ *Ibid.*, hal. 20.

⁸ Perkara Cohen lawan Lindenbaum. Yang pada pokok perkaranya Cohen dan Lindenbaum merupakan perusahaan percetakan, Cohen membujuk seorang pegawai Lindenbaum untuk memperoleh rahasia perusahaan tentang nama langganan-langganan dan daftar harga. Hal ini berakibat mundurnya usaha Lindenbaum, merasa dirugikan maka ia mengajukan gugatan di Arrondissement Rechtbank Amsterdam berdasarkan perbuatan melawan hukum 1401 BW dan menuntut ganti rugi.

Pada pengadilan tingkat pertama Cohen kalah dan pada tingkat banding dinyatakan menang, karena perbuatan Cohen tidak dilarang oleh undang-undang. Hoge Raad membenarkan gugatan Lindenbaum dengan menyatakan perbuatan melawan hukum harus diartikan sebagai berbuat atau tidak berbuat yang memperkosa hak orang lain atau bertentangan dengan kewajiban hukum si pembuat atau kesusilaan atau kepatutan dalam masyarakat, baik terhadap diri atau benda orang lain.

ketelitian serta sikap hati-hati berhubungan dengan hukum tidak tertulis.⁹ Dikarenakan adanya unsur melawan hukum terhadap hukum yang tidak tertulis, dapat dipastikan akan selalu ada perkembangan-perkembangan melawan hukum yang sesuai dengan perkembangan kehidupan bermasyarakat. Karena teori-teori melawan hukum terus berkembang membuat gugatan perdata di dominasi dengan dasar perbuatan melawan hukum.

Ketentuan perbuatan melawan hukum yang diatur dalam Pasal 1365 hingga Pasal 1380 KUH Perdata dapat diklasifikasikan dalam beberapa kelompok, berdasarkan siapa saja yang dapat melakukan perbuatan melawan hukum, kepentingan-kepentingan yang dilindungi dan pertanggungjawabannya. Pengklasifikasian berdasarkan subjek, dibagi menjadi subjek hukum orang sebagai pribadi kodrati, badan hukum dan penguasa. Pengklasifikasian terhadap kepentingan subjek hukum yang dilindungi, dibagi menjadi perlindungan terhadap tubuh, benda, nyawa dan kehormatan manusia. Sedangkan pengklasifikasian berdasarkan pertanggung jawaban maka seseorang dapat bertanggung jawab atas perbuatannya sendiri ataupun tanggung gugat atas perbuatan orang lain, benda dan hewan yang berada di dalam pengawasannya.

Eksistensi dari pengaturan perbuatan melawan hukum terhadap tubuh manusia sesuai yang diatur dalam Pasal 1365 dan 1371 KUH Perdata mulai dipertanyakan, apabila orang yang disangka telah melakukan perbuatan merugikan tersebut adalah orang yang berkerja dalam profesi medis. Sebagai tenaga kesehatan, Dokter terikat oleh norma baik norma etika profesi maupun norma hukum yang berlaku bagi setiap orang, sebagai konsekuensi logisnya maka setiap subjek pelaku tugas profesional dapat dimintai pertanggungjawaban baik dari segi hukum maupun dari segi etika profesi. Dari segi hukum pertanggungjawaban dapat ditempuh dengan upaya hukum baik dengan gugatan perdata maupun tuntutan pidana. Sedangkan dari segi profesi maka pertanggungjawaban dapat ditempuh melalui majelis kode etik profesi.

Profesi kedokteran dan tenaga medis lainnya merupakan profesi yang membutuhkan keahlian khusus karena setiap tindakan medik yang dilakukan oleh

⁹ Rosa Agustina, *Perbuatan Melawan Hukum*, cet. 2, (Jakarta: Program Pasca Sarjana, 2003), hal. 14.

profesi tersebut berkaitan erat dengan harapan hidup dan atau kesembuhan pasien. Ditangan dokter kondisi kesehatan pasien bisa membaik atau bahkan memburuk, walaupun tindakan yang dilakukan telah sesuai dengan standar pelayanan medik, resiko medik akan tetap ada. Dengan demikian hubungan hukum antara pasien dan dokter tidak selamanya dapat berjalan dengan baik. Apabila kondisi kesehatan pasien memburuk atau pengobatan yang dilakukan oleh dokter tidak berjalan dengan baik, tak jarang sang pasien dan atau keluarga yang kurang mengerti mengenai resiko medik langsung beranggapan bahwa dokter telah melakukan kelalaian atau sering juga disebut dengan malpraktek medis dan mengajukan upaya hukum.

Hukum medik di Indonesia baru mulai berkembang pada tahun 1979 yaitu semenjak timbulnya gugatan terhadap dr. Setianingrum, seorang dokter yang bekerja di puskesmas Pati yang diduga melakukan malpraktek medis terhadap pasiennya sehingga mengakibatkan sang pasien meninggal dunia.¹⁰ Pengadilan Negeri Pati melalui putusan nomor 8/1980/Pid.B/PN.Pt menghukum dr. Setianingrum dengan hukuman 3 bulan penjara dalam masa percobaan 10 bulan karena terbukti melanggar Pasal 359 KUHP *juncto* Pasal 361 KUHP. Putusan tersebut diperkuat dengan putusan Pengadilan Tinggi Semarang dengan nomor putusan 203/1981/Pid/Pt SMG. Berdasarkan putusan Mahkamah Agung nomor Regno: 600 K/Pid/1983, dr. Setianingrum dibebaskan karena tidak terbuktinya unsur kealpaan yang menyebabkan matinya orang.¹¹

Semenjak kasus tersebut banyak gugatan atau dakwaan yang berhubungan dengan dunia medis. Sehingga dapat dikatakan kasus dr. Setianingrum yang

¹⁰ Pada awal tahun 1979 dr. Setyaningrum menerima pasien, Nyonya Rusmini, 28, istri Kapten Kartono yang menderita radang tenggorokan. Dokter itu langsung menginjeksi pasiennya dengan streptomycine. Ternyata, beberapa detik kemudian, Rusmini mual, dan kemudian muntah. Setyaningrum tersadar bahwa pasiennya alergi terhadap penisilin. Sebab itu, ia segera menyusulkan obat antialergi, cortison. Tapi tak ada perubahan. Karena itu, sang dokter kembali memberi suntikan denadryl (juga obat antialergi). Nyonya Rusmini semakin lemas, dan tekanan darahnya rendah sekali. Dalam keadaan gawat begitu Setyaningrum segera mengirim pasiennya ke RSU R.A.A. Soewondo, Pati, sekitar 5 km dari desa itu. Tapi pasien tidak tertolong lagi. Lima menit setelah sampai di rumah sakit, Rusmini meninggal.

¹¹ Wahyu Andrianto, "Malpraktik Medis di Rumah Sakit, Implikasi Pada Tanggung Jawab Hukum dan Orientasi Bisnis Rumah Sakit." (Tesis Universitas Indonesia, Depok, 2005), hal. 5.

menjadi dasar bermulanya hukum kesehatan di Indonesia, walaupun sebelumnya ada kasus-kasus malpraktek medis seperti kasus Djainun yang kelebihan dosis obat, kasus *Rad van Justitie* di tahun 1938 mengenai salah obat, kasus dr. Blume mengenai aborsi pada tahun 1960, namun jarak waktu antara kasus yang satu sama lain begitu jauh, sehingga tidak menimbulkan gejolak di masyarakat.¹²

Kekurangtahuan masyarakat tentang malpraktek ditambah *blow up* dari media massa tentang kasus-kasus dugaan malpraktek tanpa memberikan pengertian dan pencerdasan kepada masyarakat tentang pengertian dari malpraktek itu sendiri akan membuat krisis malpraktek, anggapan bahwa setiap akibat tindakan dari dokter yang tidak sesuai harapan kesembuhan merupakan kesalahan dari dokter. Padahal hubungan hukum antara dokter dan pasien adalah hubungan *ispanningsverbintenis* yang berarti sang dokter tidak bisa menjamin akan keberhasilan usahanya. Namun usaha itu harus berdasarkan pola yang sudah ditentukan yang namanya standar profesi medik.¹³

Seiring dengan adanya perubahan pandangan antara hubungan pasien dan dokter yang awalnya bersifat paternalistik dan kepercayaan menjadi horizontal kontraktual yaitu hubungan kesederajatan antara pasien dan dokter, barulah dirasa kekurangan dalam cabang ilmu hukum ada yaitu hukum medik. Karena adanya kebutuhan terhadap hukum medik, maka norma-norma hukum yang telah ada dicantumkan dalam bentuk peraturan-peraturan perundang-undangan di bidang hukum kesehatan, baik yang mengatur etik dari profesi kedokteran dan juga mengatur mengenai keberadaan badan-badan dan organisasi profesi seperti Badan Pertimbangan Kesehatan (BPK), Majelis Kehormatan Etik Kedokteran Indonesia (MKEKI) yang ditugaskan menangani permasalahan dalam etik di bidang hukum kesehatan. Hal tersebut tentunya akan menimbulkan pertanyaan bagaimana hubungan antara etik dan hukum perdata dalam kaitannya kelalaian medis yang dilakukan oleh dokter dibawa ke ranah gugatan perdata berdasarkan perbuatan melawan hukum.

¹² J Guwandi 1, *hukum medik (medical law)*, cet. 3, (Jakarta: Balai Penerbit FKUI, 2007), hal. 9.

¹³ J Guwandi 2, *Dugaan Malpraktek Medik & Draft RPP:Perjanjian Terapetik Antara Dokter dan Pasien*, cet1, (Jakarta: Balai Penerbit FKUI,2006), hal. 14.

Sesuai dengan apa yang diatur dalam KUH Perdata Pertanggung jawaban perdata antara dokter dan pasien dapat dilakukan dengan wanprestasi ataupun perbuatan melawan hukum, wanprestasi dapat diajukan apabila adanya perikatan yang menjanjikan akan suatu hasil *resultan verbintenis* seperti hubungan antara pasien dengan dokter gigi, sedangkan untuk hubungan hukum antara pasien dan tenaga medis yang merupakan ikatan usaha *inspannings verbintenis* sehingga merupakan kewajiban bagi dokter untuk mempergunakan dan mengikuti perkembangan terakhir ilmu kedokteran untuk memberikan prestasi sebaik-baiknya kepada sang pasien, sang dokter tidak berjanji untuk memberikan hasil suatu kesembuhan terhadap pasien, akan tetapi akan memberikan usaha sebaik mungkin untuk pasien.

Seseorang dapat diminta pertanggungjawaban hukum apabila membuat seseorang mengalami kerugian, kerugian yang ditimbulkan tidak hanya dalam bidang harta kekayaan, akan tetapi kerugian yang ditimbulkan bisa saja membuat korban mengalami luka bahkan cacatnya anggota badan, sehingga pelaku harus memberikan ganti rugi untuk biaya penyembuhan dan juga atas kerugian yang disebabkan oleh luka atau cacat tersebut. Hal ini dapat dilihat dalam Pasal 1365 dan 1371 KUH Perdata.¹⁴ Dikaitkan dengan ketentuan hukum perdata maka malpraktek yang dilakukan oleh seorang tenaga medis dapat dimintakan pertanggungjawaban hukum.

Ketentuan tersebut adalah suatu ketentuan umum yang berlaku bagi setiap orang, termasuk dokter, rumah sakit, perawat, bidan dan tenaga-tenaga kesehatan lainnya, bahwa apabila mereka melakukan sesuatu yang mengakibatkan luka atau cacatnya seseorang maka ketentuan tersebut dapat dibebankan kepada mereka. Ketentuan ini bersifat imperatif dan tidak dapat dielakkan.¹⁵ Artinya dengan adanya peraturan tersebut, maka pihak yang dirugikan dalam hal ini pasien

¹⁴ Pasal 1371 (1) KUH Perdata “Penyebab luka atau cacatnya sesuatu anggota badan dengan sengaja atau karena kurang hati-hati memberikan hak kepada si korban untuk. Selain penggantian biaya-biaya penyembuhan. Menuntut penggantian kerugian yang disebabkan oleh luka atau cacat tersebut”.

¹⁵ Guwandi 2, *op. cit.*, 75

maupun keluarga dapat melakukan gugatan dengan dasar perbuatan melawan hukum.

Kitab undang-undang hukum perdata yang mengatur mengenai ketentuan perbuatan melawan hukum yang masih dipergunakan hingga saat ini merupakan peninggalan dari jaman pemerintahan Hindia Belanda yang berdasarkan Pasal 1 Peraturan Peralihan Undang-Undang Dasar 1945 dinyatakan masih berlaku.¹⁶ Hukum kesehatan yang usianya tergolong sangat muda ditambah perkembangan yang begitu pesat dalam teknologi dan ilmu pengetahuan dalam bidang kesehatan, membuat kita mempertanyakan apakah perkembangan teori Pasal 1365 KUH Perdata dapat mengikuti perkembangan kasus-kasus malpraktek.

Istilah malpraktek sendiri pada awalnya tidak dikenal pada sistem *Civil Law* dan pertama kali dikenal dalam sistem hukum *Common Law* yang disebut sebagai *malpractice*, berdasarkan kamus Black's Law *malpractice* berarti *an instance of negligence or incompetence on the part of a professional*.¹⁷ Sehingga malpraktek dapat dilakukan oleh berbagai profesi tidak hanya dilakukan oleh dokter sedangkan *medical malpractice* berarti *A doctor's failure to exercise the degree of care and skill that a physician or surgeon of the same medical speciality would use under similar circumstances*.¹⁸ Kata *malpractice* diterjemahkan dalam bahasa Indonesia sebagai malpraktik yang merupakan padanan kata dari *mala* yang berarti buruk dan *praktik* yang artinya pelaksanaan pekerjaan. Sehingga malpraktik adalah praktik kedokteran yang salah tidak tepat menyalahi Undang-undang atau kode etik.¹⁹

Hingga saat ini di Indonesia sendiri, tidak ada peraturan yang menyebutkan istilah malpraktek secara terang dan jelas. Dalam Pasal 58 ayat (1) UU No 36 tahun 2009 tentang Kesehatan hanya disebutkan bahwa:

¹⁶ Pasal 2 aturan Peralihan "Segala peraturan perundang-undangan yang ada masih tetap berlaku selama belum diadakan yang baru menurut Undang-Undang Dasar ini"

¹⁷ Bryan A Garner et al, *Black's Law Dictionary*, 7th ed (Minnesota: West Publishing, 1990), hal. 971.

¹⁸ *Ibid.*

¹⁹ Tim Penyusun Kamus Pusat Bahasa, *Kamus Besar Bahasa Indonesia*, edisi 3cet 1 (Jakarta: Balai Pustaka, 2001)

“Setiap orang berhak menuntut ganti rugi terhadap seseorang, tenaga kesehatan, dan/atau penyelenggara kesehatan yang menimbulkan kerugian akibat kesalahan atau kelalaian dalam pelayanan kesehatan yang diterimanya.”²⁰

Penyelesaian perkara malpraktek medis sebagai perbuatan melawan hukum memiliki ciri khas tersendiri, seperti dalam hal kausalitas dibutuhkan bukti medis untuk membuktikan adanya unsur-unsur kausalitas. Bukti medis ini sangat sulit karena perbedaan kondisi pasien, tingkat penyakit, ketahanan tubuh kan berakibat hasil yang berbeda. Selain itu untuk menilai kerugian yang terjadi seringkali lebih kompleks karena pengadilan harus membandingkan kondisi aktual penggugat dan kondisi yang di perkirakan akan terjadi dan juga hasil setelah seorang pasien mendapatkan perawatan medis yang kompeten. Demikian pula halnya dalam menentukan besaran ganti rugi, harus dinilai berdasarkan kerugian yang disebabkan oleh kelalaian bukan untuk setiap kondisi yang mendasarinya.

Seperti yang diketahui setiap negara pada dasarnya merupakan suatu kesatuan politik mempunyai sistem hukumnya sendiri.²¹ Berkaitan dengan sistem-sistem hukum yang berlaku di dunia memiliki sifat atau karakter yang sama sehingga dikatakan sebagai keluarga hukum. Berdasarkan hasil penelitian maka di dunia terdapat beberapa keluarga hukum, menurut Rene David di dunia terbagi menjadi empat kelompok besar yaitu: keluarga hukum *Romano Germania*, *Common Law*, *Socialis*, dan Agama atau Kepercayaan dan Tradisi. Sedangkan Zweigert dan H. Kötz membagi dalam delapan kelompok keluarga hukum yaitu: keluarga huku Romawi, Germania, Skandinavia, Common Law, Sosialis, Timur Jauh, Islam, Hindu.²²

Berbagai pendapat mengenai pengelompokkan keluarga hukum, tetapi terdapat kesamaan dalam setiap pengelompokkan tersebut yaitu sistem hukum

²⁰ Indonesia, Undang-Undang Kesehatan, UU No. 36 Tahun 2009, LN No. 144 Tahun 2009, TLN No. 5063.

²¹ R Sardjono dan Frieda Husni Hasbullah, *Bunga Rampai Perbandingan Hukum Perdata* (Jakarta: Ind-Hill-Co, 2003), hal.45-46.

²² *Ibid.*, hal. 45.

sistem *Civil Law* dan *Common Law*, bahkan dapat dikatakan kedua sistem hukum ini merupakan sistem keluarga hukum yang terbesar dibandingkan dengan keluarga hukum lain. Inggris merupakan salah satu negara yang menganut sistem *Common Law* yang memiliki ciri sifat keasliannya masih jelas dapat dilihat. Oleh karena itu baik struktur, konsepsi hukum, sumber hukum, cara berpikirnya, metode penyelesaian masalah hukumnya adalah prinsipil berbeda dengan sistem hukum romawi Jerman (*Civil Law*).²³

Penyelesaian masalah di Inggris lebih menekankan pada penyelesaian sengketa yang terjadi pada masa itu “*case law study*” sedangkan sistem di Indonesia lebih mengacu kepada ketentuan peraturan perundang-undangan. Dalam sistem hukum *Common Law* tidak dikenal pembagian hukum publik dan hukum privat seperti dalam hukum civil law, pembagian hukum di Inggris terbagi menjadi bidang *Common Law* dan *Equity*. *Common Law* meliputi bidang hukum pidana, perjanjian, bidang hukum yang mengatur perbuatan melawan hukum atau dikenal dengan istilah *Torts*. Sedangkan *Equity* meliputi, *Law of property, trust, partnership, companies, bankruptcy, interpretations of wills, dan settlement of estates*.²⁴

Kata *tort* berasal dari bahasa latin, yaitu “*torquere*” atau “*tortus*” dalam bahasa Perancis, seperti kata “*wrong*” berasal dari kata Perancis “*wrung*”, yang berarti kesalahan atau kerugian (*injury*). Sehingga pada prinsipnya tujuan dibentuknya suatu sistem hukum yang kemudian dikenal dengan perbuatan melawan hukum tersebut adalah untuk dapat tercapai seperti apa yang disebut oleh peribahasa Latin, yaitu: *Juris praecepta sunt haec; honeste vivere, alterum non laedere. Suum cuique tribuere* (Semboyan hukum adalah hidup secara jujur, tidak merugikan orang lain, dan memberikan orang lain haknya)²⁵

Tort dalam hukum *Common Law* memiliki arti “*A tort, on the other hand, is a civil wrong independent of contract. It arises out of duty imposed by*

²³ *Ibid.*, hal. 48.

²⁴ *Ibid.*, hal. 118.

²⁵ Munir Fuady, *Perbuatan Melawan Hukum; Pendekatan Kontemporer*. cet,1 (Bandung: PT. Citra Aditya Bakti), hal 1.

law, and a person who commits a tortious act does not voluntarily undertake the liabilities which the law imposes on him. There are many kinds of tort with a common characteristic; injury in of some kind inflicted by one person on another. Nuisance, trespass, slander and libel are well-known civil wrongs. The typical remedy in this branch of the law is an action for damages by the injured party against the person responsible for the injury. Such damages designed not to punish the wrongdoer but to compensate the injured party.”²⁶

Tort di Inggris memberikan perlindungan hukum terhadap berbagai kepentingan, seperti keamanan pribadi, harta benda dan kepentingan ekonomi. Malpraktek medis dalam *tort* dapat digolongkan dalam dua jenis *tort*, yang pertama adalah *trespass* pada orang, atau *battery* yang kedua adalah *negligence*, *tort* tumbuh berkembang bersumber dari keputusan-keputusan hakim yang wajib diikuti oleh para hakim. Dapat dikatakan *Tort* merupakan produk dari tradisi dan tumbuh dalam kerangka yang digariskan oleh hukum acaranya.

Kasus-kasus dibidang hukum kesehatan memiliki ciri khas tersendiri karena begitu unik dan bervariasi pada setiap kasusnya karena bergantung pula pada kondisi pasien baik berdasarkan umur, jenis kelamin, tingkat penyakit, dan sebagainya. Oleh karena itu ada baiknya melakukan perbandingan antara kedua sistem hukum yang berbeda antara *Civil Law* dan *Common Law* sehingga dapat melihat bagaimana suatu permasalahan dalam bidang kesehatan diselesaikan berdasarkan peraturan perundang-undangan menurut sistim *Civil Law* dan melihat dari penyelesaian perkara berdasarkan hukum *Common Law* yang lebih melihat pada kasus perkasus.

Keinginan untuk melakukan pembaharuan pada bidang hukum kesehatan agar dapat mengikuti perkembangan internasional membuat para ahli hukum berusaha untuk melakukan pembentukan hukum kesehatan yang sesuai dengan teori hukum dan juga ilmu kedokteran. Salah satu cara melakukan pembentukan hukum adalah dengan mengetahui pengalaman-pengalaman bangsa lain dalam menyelesaikan permasalahan malpraktek medik atau dengan kata lain melakukan perbandingan hukum, dalam melakukan perbandingan diharapkan dapat

²⁶ Denis Keenan, *Smith and Keenan's English Law*, (London: Pitman Publishing Limited, 1989), hal. 184.

memberikan pengertian yang lebih mendalam dalam perbuatan melawan hukum sehingga dapat memberikan perspektif terhadap perkembangan hukum kita sendiri dalam bidang perbuatan melawan hukum terkait dengan malpraktek medis.

Perbandingan antara perbuatan melawan hukum dan *the law of tort* dalam skripsi ini lebih menekankan pada unsur-unsur, pertanggung jawaban, pembelaan dari perbuatan melawan hukum itu sendiri dan lebih dikhususkan pada kasus-kasus mengenai malpraktek medik. Dengan demikian, skripsi ini berjudul Studi Komparatif Perbuatan Melawan Hukum dalam Kitab Undang-Undang Hukum Perdata dan *The Law of Tort Inggris* (Studi Kasus Malpraktek Medik).

1.2 Pokok Permasalahan

Berdasarkan latar belakang diatas, adapun pokok permasalahan yang akan dikemukakan dalam penelitian ini adalah:

- a. Bagaimanakah perbandingan perbuatan melawan hukum menurut Kitab Undang-Undang Hukum Perdata dan The Law of Tort Inggris?
- b. Bagaimanakah pengaplikasian Pasal-Pasal perbuatan melawan hukum digunakan dalam kasus-kasus malpraktek baik di Indonesia maupun di Inggris?

1.3 Tujuan Penelitian

1.3.1 Tujuan Umum

Penelitian ini bertujuan untuk mengetahui perkembangan teori-teori dalam perbuatan melawan hukum, serta mengetahui bagaimanakah pengaplikasian dari Pasal-Pasal yang mengatur perbuatan melawan hukum dalam kasus-kasus malpraktik medik di Indonesia dan di Inggris dan juga bertujuan untuk mengetahui persamaan-persamaan dan perbedaan-perbedaan dalam perbuatan melawan hukum dikhususkan kasus malpraktik medik sebagai dalam sistem *Civil Law* dan *Common Law*.

1.3.2 Tujuan Khusus

Penelitian ini bertujuan untuk:

- a. Mengetahui bagaimanakah perbandingan perbuatan melawan hukum perbuatan melawan hukum menurut Kitab Undang-Undang Hukum Perdata dan *The Law of Tort Inggris*.
- b. Mengetahui pengaplikasian Pasal-Pasal perbuatan melawan hukum digunakan dalam kasus-kasus malpraktek baik di Indonesia maupun di Inggris.

1.4 Definisi Operasional

Dalam penelitian ini, penulis mencoba untuk memberikan batasan-batasan atas istilah yang terdapat dalam penelitian ini:

1. Perbuatan Melawan Hukum adalah tiap perbuatan melawan hukum, yang mendatangkan kerugian seorang lain, mewajibkan orang yang karena kesalahannya menerbitkan kerugian itu mengganti kerugian tersebut.²⁷
2. Hukum Kesehatan adalah kesemua peraturan hukum yang langsung berhubungan dengan pemeliharaan kesehatan dan penerapan dari hukum perdata, hukum administrasi dan hukum pidana dalam hubungan tersebut. Pula pedoman internasional, hukum kebiasaan dan jurisprudensi yang berkaitan dengan pemeliharaan kesehatan, hukum otonom, ilmu dan literatur, menjadi sumber hukum kesehatan.²⁸
3. Tenaga kesehatan adalah setiap orang yang mengabdikan diri dalam bidang kesehatan serta memiliki pengetahuan dan/atau keterampilan melalui pendidikan di bidang kesehatan yang untuk jenis tertentu memerlukan kewenangan untuk melakukan upaya kesehatan.²⁹
4. Malpraktik medik adalah melakukan sesuatu yang seharusnya tidak boleh dilakukan oleh tenaga kesehatan, tidak melakukan apa yang seharusnya

²⁷ KUH Perdata, *Op. Cit.*, Pasal 1365

²⁸ Fred Ameln, *Kapita Selekta Hukum Kedokteran*, (Jakarta:Grafikatama, 1991), hal. 82

²⁹ Indonesia, Undang-Undang Kesehatan, UU No. 36 tahun 2009, LN No.36 Tahun 2009, TLN No. 5063, Ps 1 btr 6

dilakukan atau melalaikan kewajiban (negligence), melanggar suatu ketentuan menurut atau berdasarkan peraturan perundang-undangan.³⁰

5. Majelis Kehormatan Disiplin Kedokteran Indonesia adalah lembaga yang berwenang untuk menentukan ada tidaknya kesalahan yang dilakukan dokter dan dokter gigi dalam penerapan disiplin ilmu kedokteran dan kedokteran gigi, dan menetapkan sanksi.³¹
6. Transaksi terapeutik adalah kegiatan di dalam penyelenggaraan praktik dokter berupa pemberian pelayanan kesehatan secara individual atau disebut pelayanan medis yang didasarkan atas keahlian dan keterampilan, serta ketelitian.³²

1.5 Metode Penelitian

Metode penelitian yang digunakan dalam penelitian ini adalah metode penelitian hukum normatif yaitu penelitian hukum yang dilakukan dengan cara meneliti bahan pustaka atau data sekunder.³³ Penelitian ini merupakan penelitian perbandingan hukum karena bertujuan untuk membandingkan bagaimana pengaturan mengenai perbuatan melawan hukum dalam kasus-kasus malpraktik medis di Indonesia dengan *the law of tort* di Inggris, sehingga dapat diketahui persamaan-persamaan dan perbedaan-perbedaan antara kedua sistem tersebut.

Tipe penelitian ini bersifat deskriptif komparatif karena memberikan gambaran secara umum mengenai pengaplikasian ketentuan-ketentuan perbuatan melawan hukum pada malpraktik medik dan juga berbagai contoh kasus dan yurisprudensi terkait dari masing-masing sistem hukum, lalu membandingkan antara keduanya.

Jenis data yang digunakan dalam penelitian ini adalah data sekunder yaitu data yang didapatkan dari kepustakaan. Jenis bahan hukum yang digunakan yaitu:

³⁰ J. Guwandi 2, *op. cit.*, hal. 24.

³¹ Indonesia, Undang-Undang Praktik Kedokteran, UU No. 29 Tahun 2004, LN 116 No. 29 Tahun 2004, TLN No. 4431, Psl 1 butir 14,

³² Veronica Komalawati, *Peranan Informed Consent dalam Transaksi Terapeutik*, cet. 1. (Bandung: Citra Aditya Bakti, 1999), hal. 121

³³ Soerjono Soekanto dan Sri Mamudji, *Penelitian Hukum Normatif (Suatu Tinjauan Singkat)*, Edisi 1, (Jakarta: PT. Raja Grafindo Persada, 2007), Hal 13-14.

- a. Bahan hukum primer, berupa peraturan perundang-undangan yaitu dari kitab undang-undang hukum perdata, yurisprudensi, dan juga putusan-putusan pengadilan yang terkait dengan malpraktik.
- b. Bahan hukum sekunder yang memberikan informasi atau hal-hal yang berkaitan dengan bahan hukum primer seperti buku-buku, skripsi, tesis, disertasi, artikel ilmiah terkait dengan perbuatan melawan hukum dan malpraktik medik.
- c. Kamus hukum sebagai bahan hukum tersier dalam penelitian ini. Alat pengumpulan data dalam penelitian ini adalah studi dokumen. Studi dokumen dilakukan terhadap bahan pustaka, baik berupa bahan hukum maupun bahan non hukum.

Metode analisis dalam penelitian ini dilakukan dengan secara kualitatif, yaitu lebih menitikberatkan pada studi pustaka dengan melakukan penelusuran perundang-undangan, dan putusan-putusan pengadilan mengenai malpraktik medik, selain melakukan studi dokumen peneliti juga melakukan wawancara dengan nara sumber baik dari praktisi rumah sakit, maupun anggota organisasi profesi kedokteran.

1.6 Sistematika Penulisan

Pada Bab I akan diuraikan mengenai pendahuluan, yang berisi latar belakang permasalahan, pokok permasalahan, tujuan penelitian, kerangka konsep, yang menjelaskan istilah-istilah penting yang terkait dengan penelitian ini, metode penelitian, kegunaan teoritis dan praktis serta sistematika penulisan.

Pada Bab II akan dibahas mengenai Perbuatan Melawan Hukum menurut KUHPperdata, perkembangannya, unsur-unsur dari perbuatan melawan hukum, perbuatan melawan hukum dengan unsur kesengajaan, dan unsur kelalaian, subjek perbuatan melawan hukum, kerugian dan ganti rugi dalam perbuatan melawan hukum terhadap tubuh dan jiwa, serta ganti rugi dalam perbuatan melawan hukum dalam pencemaran nama baik, teori-teori pertanggungjawaban dan pembelaan dalam perbuatan melawan hukum.

Pada Bab III akan diuraikan mengenai pembahasan secara umum *The Law of Tort* di Inggris. Pengertian umum mengenai *tort* perbedaanya dengan hukum

kontrak serta hukum pidana, jenis-jenis *tort* baik yang menyerang benda, manusia, kepentingan bisnis, gangguan terhadap tanah, pencemaran nama baik seseorang, kelalaian, pembelaan dalam *tort*, pertanggung jawaban terhadap binatang peliharaan, karyawan, benda, serta ganti rugi dalam *tort*.

Pada Bab IV akan dibahas mengenai pengertian dari Malpraktik Medik baik menurut hukum di Indonesia dan di Inggris, standar pelayanan, upaya hukum yang dapat dilakukan baik di Indonesia, maupun di Inggris. Pertanggungjawaban rumah sakit, dokter dan perawat, *informed consent*.

Pada Bab V akan menganalisis persamaan-persamaan dan perbedaan-perbedaan dari teori malpraktik medik sebagai perbuatan melawan hukum dari ukuran dari penetapan tindakan medis sebagai malpraktik, dan ukuran kelalaian dari masing-masing sistem hukum. Serta pertanggungjawaban.

Bab VI Penutup, terdiri atas kesimpulan yang merupakan ringkasan atas jawaban dari pokok permasalahan dan saran-saran baik refleksi maupun hasil temuan penelitian maupun apa yang seharusnya dilakukan pada masa yang akan datang.

BAB 2 PERBUATAN MELAWAN HUKUM

2.1 Sejarah Perkembangan Perbuatan Melawan Hukum

Dalam konsep hukum perdata suatu perikatan dapat dilahirkan baik karena kesepakatan para pihak ataupun karena peraturan perundang-undangan,³⁴ perbuatan melawan hukum merupakan salah satu dari perikatan yang lahir karena Undang-Undang atau lebih tepatnya lahir dari undang-undang akibat dari perbuatan manusia yang tidak halal.³⁵ Perbuatan melawan hukum diatur dalam buku ke III KUH Perdata tentang perikatan. KUH Perdata (*Burgerlijk Wetboek*) adalah peraturan peninggalan pemerintahan Belanda yang diberlakukan berdasarkan asas konkordasi yang ditetapkan oleh pemerintah Belanda dengan Stb. 1847 No. 23 dan hingga saat ini tetap berlaku berdasarkan Pasal 2 aturan peralihan Undang-Undang Dasar 1945.

Pengaturan perbuatan melawan hukum pada Pasal 1365 KUH Perdata yang lebih merujuk kepada suatu norma, atau dapat dibilang Pasal tersebut hanya mengatur syarat-syarat yang harus dipenuhi agar seseorang dapat meminta ganti rugi akibat PMH yang dilakukan oleh orang lain, tanpa memberikan definisi atau perumusan dari istilah “melawan hukum” itu sendiri. Dengan demikian pengertian unsur melawan hukum terus berkembang berdasarkan doktrin-doktrin yang dihasilkan dari pemikiran para ahli hukum yang mencoba merumuskan apa arti dari melawan hukum atau dalam Bahasa Belanda *Onrechtmatige daad*. Mengingat teori perbuatan melawan hukum merupakan peninggalan dari pemerintah Belanda, maka teori perbuatan melawan hukum di Belanda juga berpengaruh pada pengertian perbuatan melawan hukum yang digunakan di Indonesia.

Terminologi perbuatan melawan hukum merupakan terjemahan dari bahasa Belanda *Onrechtmatige daad* yang diatur dalam Pasal 1365 KUH Perdata,

³⁴ Pasal 1233 KUH Perdata “ Tiap-tiap perikatan dilahirkan baik karena persetujuan, baik karena undang-undang”

³⁵ *Ibid.* Pasal 1353 “ Perikatan-perikatan yang dilahirkan dari undang-undang sebagai akibat perbuatan orang, terbit dari perbuatan halal atau dari perbuatan melawan hukum”

Para ahli hukum di Indonesia memiliki pendapat yang beragam dalam mengartikan terminologi *Onrechtmatige daad*, sehingga ada yang mengartikan kata tersebut menjadi “perbuatan melawan hukum” dan “perbuatan melanggar hukum”. Namun demikian, para ahli hukum lebih banyak yang mengikuti pendapat Moegni Djojodirdjo yang berpendapat bahwa istilah melawan lebih tepat dari melanggar karena pada kata melawan melekat kedua sifat aktif dan pasif.³⁶

Perkembangan teori dan yurisprudensi tentang perbuatan melawan hukum di Belanda terbagi menjadi dua yaitu periode sebelum tahun 1919 dan sesudah tahun 1919. Pada masa sebelum tahun 1919 suatu perbuatan tidak termasuk ke dalam perbuatan melawan hukum jika perbuatan tersebut hanya merupakan tindakan yang bertentangan dengan kesusilaan atau bertentangan dengan putusan masyarakat perihal memperhatikan kepentingan orang lain.³⁷ Dapat dikatakan pada masa itu yang dimaksud dengan perbuatan melawan hukum adalah perbuatan yang bertentangan dengan peraturan perundang-undangan *onwetmatigedaad*, yaitu tiap perbuatan yang bertentangan dengan hak orang lain yang timbul karena undang-undang, atau tiap perbuatan yang bertentangan dengan kewajiban hukumnya sendiri yang timbul karena undang-undang. sehingga disebut perbuatan melawan hukum dalam arti sempit atau ajaran legistis.

Ajaran legistis dianut selama bertahun-tahun dan *Hoge Raad* tetap mempertahankan ajaran tersebut, hal ini dapat dilihat dari putusan-putusan yang dihasilkan pada saat itu, yaitu:

2.1.1 Putusan H.R tanggal 6 Januari 1905.

Maatschappij Singer memiliki saingan berat dalam usahanya dan saingan tersebut menjual mesin jahit merek lain dengan menggunakan nama *Singer-Maatschappij* sehingga orang-orang yang membeli mengira bahwa perusahaan tersebut benar-benar menjual mesing-mesin jahit dari *Singer Manufacturing Co* yang terkenal.

³⁶ M.A. Moegni Djojodirdjo, *op.cit.*, hal. 13.

³⁷ Munir Fuady, *op.cit.*, hal. 30.

Singer Maatschappij yang asli menuntut ganti kerugian berdasarkan Pasal 1401 B.W Belanda (1365 KUH Perdata), akan tetapi *Hoge Raad* telah menolaknya karena pada waktu itu tidak ada peraturan perundang-undangan yang melindungi hak merek dagang.³⁸

2.1.2 Putusan H.R. tanggal 10 Juni 1910

Di kota Zutphen ada rumah bertingkat, dimana dilantai dasar digunakan sebagai gudang penyimpanan barang-barang dari kulit dan di tingkat atas dihuni oleh seorang nona. Pada suatu hari karena cuaca yang sangat dingin pipa air dalam gudang tersebut pecah, sedangkan keran induk berada di tingkat atas. Pemakai gudang meminta nona tersebut untuk menutup keran induk, akan tetapi tidak dihiraukan, karena air terus mengalir mengakibatkan barang-barang dari kulit tersebut rusak.

Pemiliki barang menuntut ganti rugi berdasarkan perbuatan melawan hukum. *Hoge Raad* menolak gugatan tersebut dengan alasan tidak ada ketentuan undang-undang yang mewajibkan penghuni tingkat atas untuk menutup keran induk. Sehingga tidak ada hubungan kausal antara tidak berbuat dan pelanggaran terhadap hak orang lain.³⁹

Untuk mengatasi keadaan-keadaan tersebut, maka pada tanggal 11 Januari 1911 diajukan rancangan *Reqout* untuk mengubah redaksi Pasal 1401 BW.⁴⁰ Dengan rumusan perbuatan melawan hukum yang lebih luas, dengan cara menambahkan melanggar kepatutan dan itikad baik yang berlaku dalam masyarakat juga merupakan perbuatan melawan hukum. Inti rancangan *reqout* tersebut terdapat dalam ayat (2) Pasal 1365 KUH Perdata yang berbunyi “perbuatan melawan hukum adalah berbuat atau tidak berbuat yang karena kesalahan para pembuat bertentangan dengan ketertiban umum, kesusilaan baik atau kewajiban sebagai bapak rumah tangga yang baik”.

Banyaknya kritik terhadap rumusan rancangan tersebut membuat pemerintah pada tahun 1903 mengeluarkan rancangan *Heemsherk*, yang

³⁸ M. A. Moegni Djojodirdjo, *op.cit.*, hal. 20.

³⁹ Rachmat Setiawan, *Tinjauan Elementer Perbuatan Melanggar Hukum*. cet 1. (Bandung: Binacipta, 1991), hal. 9.

⁴⁰ M. A. Moegni Djojodirdjo, *op, cit.*, hal.

mengeluarkan unsur kesalahan dari perbuatan melawan hukum dan ditempatkan dalam ayat (1). Dalam ayat (2) dirumuskan perbuatan melawan hukum sebagai berbuat atau tidak berbuat yang melanggar hak orang lain atau bertentangan dengan kewajiban pembuat atau bertentangan dengan kesusilaan yang baik atau kepatutan yang terdapat dalam lalu lintas masyarakat terhadap diri atau barang orang lain.⁴¹

Rancangan ini tidak pernah disahkan sebagai undang-undang, namun demikian rancangan ini pada tahun 1919 digunakan *Hoge Raad* untuk memutuskan perkara Cohen lawan Lindenbaum. Yang pada pokok perkaranya Cohen dan Lindenbaum merupakan perusahaan percetakan, Cohen membujuk seorang pegawai Lindenbaum untuk memperoleh rahasia perusahaan tentang nama langganan-langganan dan daftar harga. Hal ini berakibat mundurnya usaha Lindenbaum, merasa dirugikan maka ia mengajukan gugatan di *Arrondissement Rechtbank* Amsterdam berdasarkan perbuatan melawan hukum 1401 BW dan menuntut ganti rugi.

Pada pengadilan tingkat pertama Cohen kalah dan pada tingkat banding dinyatakan menang, karena perbuatan Cohen tidak dilarang oleh undang-undang. Hoge Raad membenarkan gugatan Lindenbaum dengan menyatakan perbuatan melawan hukum harus diartikan sebagai berbuat atau tidak berbuat yang memperkosa hak orang lain atau bertentangan dengan kewajiban hukum si pembuat atau kesusilaan atau kepatutan dalam masyarakat, baik terhadap diri atau benda orang lain.⁴² Putusan ini dianggap sebagai periode kedua dimana perbuatan melawan hukum baru diartikan secara luas. Dengan demikian pengertian dari melawan hukum apabila melakukan salah satu dari perbuatan-perbuatan:⁴³

1. Perbuatan yang bertentangan dengan hak orang lain.
2. Perbuatan yang bertentangan dengan kewajiban hukumnya sendiri.
3. Perbuatan yang bertentangan dengan kesusilaan.

⁴¹ *Ibid*

⁴² Rachmat Setiawan, *op.cit.*, hal. 11.

⁴³ Munir Fuady, *op. cit.*, hal. 6.

4. Perbuatan yang bertentangan dengan kehati-hatian atau keharusan dalam pergaulan masyarakat yang baik.

Perbuatan yang bertentangan dengan hak orang lain atau *inbreuk op eens anders recht*, yang dimaksudkan adalah bertentangan dengan hak subjektif orang lain, sedangkan definisi hak subjektif menurut Meyers adalah wewenang khusus yang diberikan oleh hukum pada seseorang, yang memperolehnya demi kepentingannya.⁴⁴ Hak-hak yang paling penting dan diakui diakui berdasarkan yurisprudensi sebagai hak subjektif adalah hak-hak pribadi, seperti hak atas kebebasan, kehormatan, kekayaan dan nama baik namun tidak terbatas pada hak-hak yang telah disebutkan. Pelanggaran terhadap hak orang lain ini, baik yang diatur berdasarkan hukum tertulis maupun tidak tertulis yang seharusnya tidak boleh dilanggar oleh pelaku dan tidak ada alasan pembenar menurut hukum atas tindakan yang telah ia lakukan.

Perbuatan yang bertentangan dengan kewajiban hukumnya sendiri atau *rechtsplicht*. *Rechtspilicht* adalah kewajiban yang berdasar atas hukum, maka menurut pendapat umum saat ini yang dimaksudkan dengan hukum adalah keseluruhan norma-norma, baik tertulis maupun tidak tertulis. Sehingga kewajiban disini berarti kewajiban yang diberikan oleh hukum terhadap seseorang, baik hukum tertulis maupun hukum tidak tertulis.⁴⁵

Perbuatan yang bertentangan dengan kesusilaan yaitu apabila tindakan melanggar kesusilaan tersebut telah dianggap sebagai hukum yang tidak tertulis bagi masyarakat, sehingga membawa kerugian bagi pihak lain.

Perbuatan yang bertentangan dengan kehati-hatian atau keharusan dalam pergaulan masyarakat yang baik adalah perbuatan yang bertentangan dengan kehati-hatian atau keharusan dalam pergaulan masyarakat yang baik. Kriteria dari bertentangan dengan kesusilaan baik sekiranya dapat terangkum dalam kriterium *zorgvuldheid*, dimana kriterium tersebut didasarkan pada ketentuan-ketentuan tidak tertulis, mengenai apa yang harus diperhatikan dalam pergaulan masyarakat mengenai benda atau orang lain.

⁴⁴ M. A. Moegni Djodirdjo, *op. cit.*, hal 36.

⁴⁵ *Ibid.* Hal. 8

Perkembangan terakhir di Belanda setelah dibentuknya *Nieuwe Burgerlijk Wetboek* pengaturan perbuatan melawan hukum telah buat pengaturan yang mencakup pengertian yang lebih luas, perbuatan melawan hukum dapat dikatakan suatu pelanggaran terhadap hak orang lain dan melakukan atau tidak melakukan sesuatu yang bertentangan dengan kewajiban hukum atau dengan apa yang patut dalam lalu lintas pergaulan masyarakat menurut hukum yang tidak tertulis, satu sama lain kecuali apabila ada alasan pembenar.⁴⁶

perbuatan melawan hukum diatur dalam buku VI Pasal 162.

Articel 162

- 1) *a person who commits a tort againts another which is attributable to him, must repair the damage suffered by the other in consequence thereof;*
- 2) *Execpt where there are grounds for justification, the following are deemed tortious; the violation of a right and an act or omission breaching a duty imposed by law or a rule of unwritten law pertaining to propers social conduct;*
- 3) *a tortfeasor responsible for the commission of a tort if it is due to his fault or to a cause for which he is accountable by law or pursuant to generally acceptable principles.*

2.2 Unsur-Unsur Perbuatan Melawan Hukum

Ketentuan mengenai perbuatan melawan hukum diatur dalam buku III KUH Perdata, dimulai dari Pasal 1365 hingga Pasal 1380 KUHPerdata. suatu perbuatan agar dapat dikatakan atau digolongkan sebagai suatu perbuatan melawan hukum haruslah memenuhi syarat-syarat atau unsur-unsur yang terdapat dalam ketentuan Pasal 1365 KUH Perdata “tiap perbuatan melawan hukum, yang mendatangkan kerugian seorang lain, mewajibkan orang yang karena kesalahannya menerbitkan kerugian itu mengganti kerugian tersebut”.

Berdasarkan rumusan Pasal 1365 KUH Perdata, syarat-syarat yang harus dipenuhi untuk menentukan suatu perbuatan merupakan perbuatan melawan hukum, yaitu:⁴⁷

⁴⁶ GunawanWidjaja, *op. cit.*, hal. 96.

⁴⁷ Mariam Darus Badruzaman, KUH Perdata Buku III Hukum Perikatan Dengan Penjelasan, ed.2, (Bandung: Alumni, 1996)hal. 13

1. harus ada perbuatan, yang dimaksud dengan perbuatan ini baik yang bersifat positif maupun yang bersifat negatif, artinya setiap tingkah laku berbuat atau tidak berbuat.
2. Perbuatan itu harus melawan hukum.
3. Ada kesalahan.
4. Ada kerugian.
5. Ada hubungan sebab akibat antara perbuatan melawan hukum itu dengan kerugian.

2.2.1 Perbuatan

Pengertian dari perbuatan disini adalah setiap perbuatan dalam artian aktif (berbuat sesuatu) maupun perbuatan dalam arti pasif (mengabaikan suatu keharusan)

2.2.2 Perbuatan Tersebut Melawan Hukum

Sebagaimana telah diuraikan sebelumnya, maka yang dimaksud dengan melawan hukum adalah hukum dalam arti luas sesuai dengan perkembangan setelah tahun 1919, unsur melawan hukum tersebut meliputi:⁴⁸

- a. Perbuatan yang melanggar undang-undang yang berlaku, atau
- b. Yang melanggar hak orang lain yang dijamin oleh hukum, atau
- c. Perbuatan yang bertentangan dengan kewajiban hukum si pelaku, atau
- d. Perbuatan yang bertentangan dengan kesusilaan, atau
- e. Perbuatan yang bertentangan dengan sikap yang baik dalam bermasyarakat untuk memperhatikan kepentingan orang lain.

Luasnya pengertian dari melawan hukum menimbulkan teori-teori yang mencoba untuk membatasinya. Salah satu teori tersebut adalah teori *schutznorm* yang berasal dari hukum Jerman, yang dibawa ke negeri Belanda oleh *Gelein Vitringa*.⁴⁹ Teori ini sering disebut sebagai ajaran relativitas, pada intinya teori ini menyatakan bahwa dengan adanya kausalitas antara perbuatan dan kerugian seseorang tidak dapat langsung dinyatakan telah melakukan perbuatan melawan

⁴⁸ Munir Fuady., *op. cit.* Hal. 11.

⁴⁹ *Ibid.* Hal. 14

hukum. Akan tetapi, perlu dibuktikan juga bahwa norma atau peraturan yang telah dilanggar tersebut dibuat memang untuk melindungi kepentingan korban.

Begitu banyak pro dan kontra terhadap teori ini, di negeri Belanda para ahli hukum terbagi menjadi dua pendapat ada yang mendukung diantaranya adalah *Telders, van der Grinten, dan Molengraaf*, sebaliknya ahli hukum yang menentang teori ini adalah *Scholten, Ribius, dan Wetheim*. Sementara itu para ahli hukum di Indonesia juga memiliki pendapat yang berbeda tentang penerapan teori ini. Menurut Munir Fuady dalam kasus-kasus tertentu teori *schutnorm* ini sangat bermanfaat dengan alasan:⁵⁰

1. Agar tanggung gugat berdasarkan Pasal 1365 KUH Perdata tidak diperluas secara tidak wajar.
2. Untuk menghindari pemberian ganti rugi terhadap kasus di mana hubungan antara perbuatan dengan ganti rugi hanya bersifat normatif dan kebetulan saja.
3. Untuk memperkuat berlakunya unsur “dapat dibayangkan” (*forseeability*) terhadap hubungan sebab akibat yang bersifat kira-kira (*proximate causation*).

Sedangkan menurut Wirjono Prodjodikoro *shutzorm* teori dalam praktek akan sangat sulit untuk dipakai, karena belum terang benderang apakah suatu kepentingan tidak dilindungi oleh suatu peraturan hukum. Terlebih dalam hukum yang tidak tertulis seperti dalam hukum adat. Maka *schutzorm* teori hanya dapat sekedar menolong untuk menetapkan *in concreto*, apa harus dianggap sesuai dengan rasa keadilan, tetapi hanya merupakan salah satu alat penolong saja, yang dapat diruntuhkan oleh alat-alat penolongan saja, yang dapat diruntuhkan oleh alat-alat penolong lain yang barangkali lebih kuat.⁵¹

2.2.3 Kesalahan

Berdasarkan undang-undang dan yurisprudensi suatu perbuatan agar dapat masuk dalam kategori perbuatan melawan hukum maka harus ada unsur kesalahan

⁵⁰ *Ibid.* Hal. 16

⁵¹ Wirjono prodjodikoro, *Perbuatan Melanggar Hukum, cet I, (Bandung, Mandar Maju 2000)*, hal., 16

(schuld) dalam melakukan perbuatan tersebut.⁵² Van Bemmelen dan Van Hattum mengemukakan adagium “tiada hukum tanpa kesalahan“ (*geen straf zonder schuld*) dan Rutten telah berusaha menerapkan adagium tersebut dalam bidang perdata dengan mengemukakan tiada pertanggung gugat atas akibat-akibat dari perbuatan melawan hukum tanpa kesalahan atau sebagaimana yang dikemukakan oleh Meyers, perbuatan melawan hukum mengharuskan adanya kesalahan (*een onrechmatige daad verlangt schuld*).⁵³ Ketentuan Pasal 1865 KUH Perdata meyakinkan bahwasanya Pasal 1365 KUH Perdata menganut prinsip berdasarkan kesalahan “*based on fault*”.⁵⁴ Yang berarti pembuat undang-undang berkehendak menekankan pelaku perbuatan melawan hukum hanyalah bertanggung jawab atas kerugian yang ditimbulkannya apabila perbuatan tersebut dapat dipersalahkan kepadanya.⁵⁵

Kesalahan disini terbagi menjadi dua arti yaitu kesalahan dalam arti luas yang berarti terdapat kealpaan dan kesengajaan dan kesalahan dalam arti sempit yang berarti hanya berupa kesengajaan semata, selain itu agar dapat dinyatakan kesalahan maka terhadap tindakan tersebut tidak ada alasan pemaaf atau pembenar. Sedangkan kesengajaan dalam perbuatan melawan hukum dianggap ada apabila dengan perbuatan yang dilakukan dengan sengaja tersebut telah menimbulkan konsekuensi tertentu terhadap fisik dan/atau mental atau harta benda korban, meskipun belum merupakan kesengajaan untuk melukai (fisik atau mental) dari korban tersebut.⁵⁶ Sedangkan menurut Wirjono Prodjodikoro suatu perbuatan dapat dikatakan kesengajaan apabila pada saat melakukan perbuatan melawan hukum tersebut pelaku mengetahui secara sadar bahwa perbuatannya akan berakibat suatu perkosaan kepentingan tertentu, dan menyadari bahwa

⁵² *Ibid.* Hal. 8

⁵³ M. A. Moegni, *op. cit.*, hal. 66

⁵⁴ Pasal 1385 KUH Perdata “ Setiap orang yang mendalilkan bahwa ia mempunyai sesuatu hak, atau, guna meneguhkan haknya sendiri maupun membantah suatu hak orang lain, menunjuk pada suatu peristiwa, diwajibkan membuktikan adanya hak atau peristiwa tersebut.

⁵⁵ Rosa Agustina, *op. cit.*, hal. 46

⁵⁶ *Ibid.* Hal. 82

keadaan-keadaan sekitar perbuatannya yaitu keadaan-keadaan yang menyebabkan kemungkinan akibat itu terjadi.⁵⁷

Seperti diketahui saat ini perbuatan melawan hukum telah berkembang sehingga ada prinsip tanggung jawab tanpa kesalahan (*strict liability*), hal ini dapat dilihat dalam UU No. 23 tahun 1997 yang kini telah dirubah dengan UU no 32 tahun 2009 tentang Perlindungan dan Pengelolaan Lingkungan Hidup dalam Pasal 88 menyatakan bahwasanya terhadap pelaku usaha tertentu yang menimbulkan ancaman serius terhadap lingkungan hidup bertanggung jawab mutlak atas kerugian yang terjadi tanpa perlu pembuktian unsur kesalahan. Menurut Munir Fuady tanggung jawab tanpa kesalahan tidak termasuk tanggung jawab berdasarkan Pasal1365 KUH Perdata, apabila hal tersebut diberlakukan maka bukanlah didasari Pasal1365 KUH Perdata namun didasari oleh undang-undang lain.⁵⁸

Selain itu para ahli hukum memiliki pendapat yang berbeda mengenai keharusan adanya unsur kesalahan disamping unsur melawan hukum, pendapat pertama mengatakan bahwa unsur melawan hukum dalam artian luas telah mencakup unsur kesalahan, sehingga tidak diperlukan lagi unsur kesalahan, salah satu penganut aliran ini adalah Van Oven. Pendapat kedua menyatakan bahwa unsur kesalahan saja telah mencakup unsur melawan hukum sehingga tidak lagi diperlukan unsur melawan hukum, salah satu penganut aliran ini adalah Van Goudever. Sedangkan pendapat terakhir menyatakan bahwa unsur melawan hukum dan kesalahan diperlukan, pendapat ini dianut oleh Meyers.

Terdapat dua teori tentang kesalahan, yaitu objektif dan subjektif. Teori subjektif menyatakan bahwa untuk menentukan kesalahan mengenai seorang pelaku pada umumnya dapat diteliti apakah perbuatannya dapat dipersalahkan padanya, apakah keadaan jiwanya adalah sedemikian rupa sehingga ia dapat menyadari maksud dari arti perbuatannya dan apakah si pelaku pada umumnya dapat dipertanggungjawabkan. Sedangkan teori objektif menyatakan bahwa untuk

⁵⁷ Wirjono Prodjodikoro, *op. cit.*, hal. 22.

⁵⁸ Munir Fuady, *op. cit.*, hal. 11-12.

menentukan kesalahan hanya harus diteliti apa yang diharapkan dari manusia normal dalam keadaan seperti si pelaku perbuatan melawan hukum.

2.2.4 Adanya Kerugian

Pengertian kerugian disini adalah, kerugian (*schade*) yang dihasilkan oleh suatu perbuatan melawan hukum. Kerugian yang ditimbulkan dapat berupa kerugian dalam bidang harta kekayaan ataupun kerugian yang bersifat idiil seperti kehilangan kesenangan hidup, ketakutan dan sebagainya. Menimbang hal tersebut maka berdasarkan yurisprudensi maka kerugian immateril juga akan dinilai dengan uang. Sehingga hal-hal yang dapat digugat berdasarkan Pasal 1365 KUH Perdata ialah:⁵⁹

1. Pengrusakan barang (menimbulkan kerugian materiil).
2. Gangguan (*hinder*), menimbulkan kerugian immateriel yaitu mengurangi kenikmatan atas sesuatu.
3. Menyalahgunakan hak orang, menggunakan barang miliknya sendiri tanpa kepentingan yang patut, tujuannya untuk kepentingan orang lain.

Berlainan dengan ganti rugi pada wanprestasi, tujuan dimintanya ganti rugi pada perbuatan melawan hukum adalah mengembalikan posisi penderita ke keadaan semula sebelum terjadinya perbuatan melawan hukum. Sedangkan ganti rugi pada wanprestasi bertujuan untuk membuat penderita mendapat kondisi sebagaimana mestinya apabila perjanjian tersebut terlaksana dengan baik.

2.2.5 Hubungan Sebab Akibat antara Perbuatan dan Kerugian

Salah satu syarat yang harus dipenuhi agar suatu perbuatan dapat dinyatakan sebagai perbuatan melawan hukum adalah, adanya hubungan sebab akibat atau sering juga disebut sebagai hubungan kausal, harus ada antara perbuatan yang dilakukan dengan kerugian yang terjadi. Untuk menentukan adanya hubungan kausal tersebut maka teori yang dapat menentukannya.

Teori yang pertama adalah teori *conditio sine qua non* dari Von Buri. Teori ini menyatakan bahwa tiap-tiap masalah yang merupakan syarat untuk

⁵⁹ *Ibid.* hal. 62

timbulnya suatu akibat adalah menjadi sebab dari akibat.⁶⁰ Teori ini berdampak sangat luas, oleh karena itu teori ini tidak digunakan baik dalam bidang hukum perdata maupun pada bidang hukum pidana.

Teori yang kedua adalah teori *adequat* yang dikemukakan oleh Von Kries. Teori ini menyatakan bahwa perbuatan yang harus dianggap sebagai sebab dari akibat yang timbul adalah perbuatan yang seimbang dengan akibat. Untuk menghitung perbuatan yang seimbang digunakan perhitungan yang layak.⁶¹ Pada tahun 1960an timbul kekurangan terhadap kriteria teori *adequat* yang dikemukakan Koster dalam pidato pengukuhanannya pada tahun 1962 yang berjudul “Kausalitet dan Apa Yang Dapat Diduga”. Ia menyarankan untuk menghapus teori *adequat* dan memasukkan sistem `dapat dipertanggungjawabkan secara layak` *toerekening naar redelijkheid/TNR*.⁶²

Faktor-faktor penting yang disebutkan dalam pidatonya.⁶³

- a. Sifat kejadian yang menjadi dasar tanggung jawab
- b. Sifat kerugian
- c. Tingkat kemungkinan timbulnya kerugian yang dapat diduga
- d. Beban yang seimbang bagi pihak yang dibebani kewajiban untuk membayar ganti kerugian dengan memperhatikan kedudukan finansial pihak yang dirugikan.

2.3 Kerugian dalam Perbuatan Melawan Hukum

Dalam konsep hukum perdata, ganti rugi dapat terjadi karena adanya wanprestasi dan juga dapat terjadi berdasarkan perikatan yang lahir dari ketentuan undang-undang termasuk perbuatan melawan hukum. Pasal 1365 KUH Perdata

⁶⁰ Rosa Agustina, *op.cit.*, hal. 66.

⁶¹ *Ibid*, hal. 77

⁶² *Ibid*, hal. 68

⁶³ Rosa Agustina, *Perbuatan Melawan Hukum* yang dikutip dari H.F.A. Vollmar, *inleiding tot de studie van het Nederlands Burgerlijk Recht*, diterjemahkan oleh I. S. Adiwimarta (Jakarta:CV. Rajawali, 1984) hal. 189.

mengharuskan pelaku perbuatan melawan hukum membayar ganti rugi terhadap korban, akan tetapi tidak ada ketentuan lebih lanjut mengenai ganti rugi tersebut.

Pasal 1365 KUH Perdata hanya menyebutkan kerugian akibat perbuatan melawan hukum sebagai *Schade* (rugi), sedangkan ganti rugi yang disebabkan oleh wanprestasi berdasarkan Pasal 1246 KUH Perdata disebut sebagai *kosten, scaden en interessen* (biaya, kerugian dan bunga). Oleh karena itu, timbulah suatu pertanyaan mengenai ganti rugi akibat wanprestasi dapatkah dipersamakan dengan ganti rugi terhadap perbuatan melawan hukum.

Untuk menjawab hal tersebut Wirjono melihat ketentuan Pasal 580 *Reglement Burgerlijk Rechtsvordering* (Undang-Undang tentang Acara Perdata Bagi *Raad van Justitie* dulu), yang juga menggunakan istilah “*kosten, scaden, en interessen*” untuk menyebutkan kerugian sebagai akibat perbuatan melanggar hukum (pidana), maka dapat dianggap, bahwa pembuat B.W sebetulnya tidak membedakan kerugian akibat wanprestasi. Keduanya meliputi juga ketiadaan penerimaan suatu keuntungan, yang mula-mula diharapkan oleh korban (*winstderving*) sebagaimana diatur dalam Pasal 1246 KUH Perdata.⁶⁴

Perkembangan mengenai *schade* dapat dilihat dalam putusan-putusan hakim, dimana kerugian dapat berupa kerusakan yang diderita yang menyebabkan bedanya tidak mulus lagi, atau beberapa penulis merumuskan *schade* sebagai “penyusutan dari pada pemuas kebutuhan”.⁶⁵ Hal tersebut dapat dilihat dalam putusan *Hoge Raad* pada tanggal 13 Desember 1963, N. J. 1964 No.449 yang menyatakan penyusutan nilai jual harus diganti.⁶⁶ Kerugian yang ditimbulkan oleh perbuatan melawan hukum tidak hanya kerugian yang dapat dinilai dengan uang saja, akan tetapi kerugian dapat juga berupa kerugian moril seperti ketakutan, terkejut, sakit, dan kehilangan kesenangan hidup. Seperti dalam putusan *Hoge Raad* tanggal 21 Maret 1943 dalam perkara *W.P Kreuningen v. Van Bessum cs.*

“dalam menilai kerugian yang dimaksudkan oleh Pasal 1371 KUH Perdata harus juga dipertimbangkan kerugian yang bersifat idiil, sehingga Hakim

⁶⁴ Wirjono Prodjodikoro, *op.cit.*, hal 40.

⁶⁵ Rosa Agustina, *op.cit.*, hal 55.

⁶⁶ Moegni Djojodirdjo, *op.cit.*, hal 75.

adalah bebas untuk menentukan penggantian untuk kesedihan (*smart*) dan kesenangan hidup, yang sesungguhnya dapat diharapkan dinikmatinya (*gederfdelevensvreugde*)”⁶⁷

Menurut Munir Fuady, ketentuan ganti rugi yang disebabkan oleh wanprestasi dapat digunakan juga dalam ganti rugi yang diakibatkan perbuatan melawan hukum. hal ini dapat disimpulkan dalam bukunya yang membagi ketentuan ganti rugi yang diatur dalam KUH Perdata menjadi dua, yaitu ganti rugi secara umum dan secara khusus.

Ganti rugi umum yang berarti ganti rugi yang berlaku di semua kasus baik wanprestasi maupun ganti rugi akibat perikatan lainnya termasuk perbuatan melawan hukum. ganti rugi umum diatur dalam bagian keempat dari buku ketiga, mulai dari Pasal 1243 sampai dengan Pasal 1252. Namun demikian menurut Rosa Agustina ada 2 Pasal yang tidak dapat digunakan untuk mengganti kerugian terhadap perbuatan melawan hukum yaitu Pasal 1247 KUH Perdata karena ganti rugi yang diatur dalam Pasal tersebut merupakan akibat dari perikatan yang lahir dari persetujuan.⁶⁸ Pasal 1250 KUH Perdata karena perbuatan melawan hukum tidak lahir karena tidak dilakukan pembayaran tepat waktunya.⁶⁹

Ganti rugi secara khusus, adalah ganti rugi yang diberikan terhadap kerugian yang timbul dari perikatan-perikatan tertentu. Seperti ganti rugi yang diakibatkan perbuatan melawan hukum (Pasal 1365 KUH Perdata), ganti rugi untuk perbuatan yang dilakukan oleh orang lain (Pasal 1366 dan 1367 KUH Perdata), ganti rugi untuk pemilik binatang (Pasal 1368 KUH Perdata), ganti rugi untuk pemilik gedung yang ambruk (Pasal 1369 KUH Perdata), ganti rugi untuk keluarga yang ditinggalkan oleh orang yang dibunuh (Pasal 1370 KUH Perdata), ganti rugi karena orang telah luka atau cacat anggota badan (Pasal 1371 KUH Perdata), ganti rugi karena tindakan penghinaan (Pasal 1372 sampai dengan 1380).

⁶⁷ *Ibid.*, hal 76

⁶⁸ Pasal 1247 KUH Perdata “siberutang hanya diwajibkan mengganti biaya, rugi dan bunga yang nyata telah, atau sedianya harus dapat diduganya sewaktu perikatan dilahirkan, kecuali jika hal tidak dipenuhinya perikatan itu disebabkan sesuatu tipu daya yang dilakukan olehnya”.

⁶⁹ Rosa Agustina, *op. cit.*, hal. 31.

Secara konsisten komponen dari ganti rugi merupakan penggabungan dari tiga istilah yaitu biaya, rugi dan bunga. Biaya yang berarti setiap pengeluaran baik berupa uang atau sesuatu yang dapat dinilai dengan uang, yang telah dikeluarkan secara nyata oleh pihak yang dirugikan. Rugi adalah keadaan merosotnya nilai kekayaan kreditur, dan yang terakhir adalah bunga yang artinya adalah suatu keuntungan yang seharusnya diperoleh, tetapi tidak jadi diperoleh.

Ada beberapa bentuk ganti rugi sebagai akibat perbuatan melawan hukum, yaitu:⁷⁰

Ganti rugi nominal dalam artian apabila perbuatan melawan hukum tidak menimbulkan kerugian yang nyata bagi korban, akan tetapi perbuatan melawan hukum tersebut mengandung unsur kesengajaan. Terhadap pihak korban diberikan sejumlah uang tertentu sesuai dengan rasa keadilan tanpa menghitung berapa sebenarnya kerugian tersebut.

Ganti rugi kompensasi merupakan ganti rugi yang merupakan pembayaran kepada korban atas dan sehesar kerugian yang benar-benar dialami oleh pihak korban dari suatu perbuatan melawan hukum, ganti rugi ini juga disebut sebagai ganti rugi aktual.

Ganti rugi penghukuman merupakan ganti rugi dalam jumlah besar yang melebihi dari jumlah kerugian yang sebenarnya. Ganti rugi yang lebih besar dimaksudkan sebagai penghukuman bagi si pelaku. Pada umumnya diterapkan terhadap kasus-kasus perbuatan melawan hukum dengan unsur kesengajaan.

Ganti Rugi Aktual Merupakan ganti rugi terhadap kerugian yang benar-benar telah dialami secara nyata. Misalnya, biaya rumah sakit dan dokter kerana harus berobat. Ganti rugi yang aktual merupakan ganti rugi yang paling umum dan gampang diterima oleh hukum, baik dalam hal perbuatan melawan hukum maupun dalam hal wanprestasi kontrak.

Ganti Rugi Yang Berhubungan Dengan Tekanan Mental Merupakan ganti rugi yang biasanya berupa pemberian sejumlah uang yang diberikan kepada korban dari perbuatan melawan hukum disebabkan korban telah menderita tekanan mental, ganti rugi jenis ini juga disebut dengan ganti rugi 'immateril'.

⁷⁰ Munir Fuady, *op, cit.*, hal. 134-136

Ganti Rugi Untuk Kerugian Yang Akan Datang Ganti rugi ini haruslah terhadap kerugian yang akan datang, yang dapat dibayangkan yang wajar dan secara nyata akan terjadi, jadi bukan kerugian yang Cuma dikhayalkan atau dikarang-karang . Bila ganti rugi karena perbuatan melawan hukum berlakunya lebih keras sedangkan ganti rugi karena kontrak lebih lembut itu adalah salah satu ciri dari hukum dijamin modern. Sebab, di dalam dunia yang telah ber peradapan tinggi, maka seseorang harus selalu bersikap waspada untuk tidak menimbulkan kerugian bagi orang lain. Karena itu bagi pelaku perbuatan melawan hukum sehingga menimbulkan kerugian pada orang lain, haruslah mendapatkan hukuman yang setimpal dalam bentuk ganti rugi.

Perbedaan antara ganti rugi terhadap perbuatan melawan hukum dengan ganti rugi wanprestasi adalah tujuan dari ganti rugi tersebut. Dimana ganti rugi pada perbuatan melawan hukum bertujuan untuk mengembalikan keadaan korban seperti sebelum terjadinya perbuatan melawan hukum. dengan demikian, diperlukan adanya penaksiran dalam menentukan jumlah ganti rugi yang diberikan. Sedangkan pada wanprestasi ganti rugi bertujuan menempatkan penggugat seakan-akan perjanjian yang dibuat berjalan dengan lancar. Terkadang telah ditetapkan pada perjanjian, adanya uang paksa terhadap keterlambatan perjanjian, atau bahkan turut diperhitungkan pula keuntungan yang diharapkan bila perjanjian terlaksana dengan baik, dalam pemberian ganti rugi.

Selain itu yang pembeda lainnya dalam hal ketentuan Pasal, dalam artian tidak semua ketentuan Pasal ganti rugi terhadap Wanprestasi dapat digunakan untuk ganti rugi pada perbuatan melawan hukum. Pasal yang tidak dapat digunakan adalah Pasal 1247 dan 1250 KUH Perdata karena berkaitan dengan perikatan yang lahir dari persetujuan. Ganti rugi dalam perbuatan melawan hukum berdasarkan ketentuan dalam Pasal 1371 KUH Perdata ditentukan berdasarkan kedudukan dan kemampuan kedua belah pihak, menurut keadaan dan dalam ganti rugi perbuatan melawan hukum, dapat berupa ganti rugi terhadap hal-hal yang idiil seperti kehilangan kesenangan hidup, ketakutan, rasa sakit.

2.3.1 Ganti Rugi Perbuatan Melawan Hukum terhadap Jiwa dan Tubuh

Pasal 1365-1369 KUH Perdata mengatur mengenai siapa yang dapat bertanggung jawab atas suatu perbuatan melawan hukum, sedangkan pengaturan

mengenai ganti rugi yang harus diberikan mulai diatur dari Pasal 1370 KUH Perdata. Pasal 1370 KUH Perdata mengatur mengenai ganti rugi yang diberikan bagi suami atau isteri, anak atau orang tua dari korban yang meninggal dalam suatu pembunuhan baik yang sengaja maupun yang tidak disengaja.⁷¹

Rumusan dari besarnya ganti rugi yang akan diberikan, dinilai menurut kedudukan dan kekayaan kedua belah pihak serta menurut keadaan. Hal ini berarti tidak setiap perbuatan melawan hukum yang menerbitkan kerugian bagi seseorang akan mengakibatkan pemberian ganti rugi yang sama. Ketentuan dalam Pasal tersebut juga membatasi orang-orang yang dapat mengajukan ganti rugi, yaitu: suami atau isteri, anak atau orang tua korban yang ditinggalkan oleh korban. Syarat lain yang harus dipenuhi agar orang-orang yang dalam golongan yang telah disebutkan dapat mengajukan gugatan adalah bila selama hidupnya golongan tersebut bergantung terhadap nafkah yang diberikan oleh korban. Dapat dikatakan tujuan ganti rugi dalam Pasal ini adalah mengembalikan keadaan seperti semula, sebelum adanya perbuatan melawan hukum.

Sedangkan Pasal 1371 KUH Perdata menentukan bahwa penyebab luka atau cacatnya suatu anggota badan dengan sengaja atau karena kurang hati-hati, Ketentuan dalam Pasal tersebut memberikan hak bagi korban selain untuk penggantian biaya-biaya penyembuhan luka-luka yang terjadi atas anggota badan, menuntut ganti rugi yang disebabkan oleh luka atau cacat tersebut, ganti rugi dalam hal ini bisa berupa ganti rugi karena selama luka tidak dapat memperoleh penghasilan, atau cacat yang permanent dapat mengakibatkan korban tidak lagi dapat bekerja seperti dahulu. Besarnya ganti kerugian yang diberikan ditentukan berdasarkan kedudukan, kemampuan dari keadaan korban maupun pelaku.⁷²

⁷¹ *Ibid.* Pasal 1370 KUH Perdata “Dalam halnya suatu pembunuhan dengan sengaja atau karena kurang hati-hati seorang, maka suami atau isteri yang ditinggalkan, anak atau orang tua korban yang lazimnya mendapat nafkah dari pekerjaan korban, mempunyai hak menuntut suatu ganti rugi, yang harus dinilai menurut kedudukan dan kekayaan kedua belah pihak serta menurut keadaan”.

⁷² Pasal 1371 KUH Perdata “Penyebab luka atau cacatnya suatu anggota badan dengan sengaja atau karena kurang hati-hati, memberikan hak kepada korban untuk, selain penggantian biaya- biaya penyembuhan, menuntut penggantian kerugian yang disebabkan oleh luka atau cacat tersebut”.

Kerugian, berdasarkan ketentuan Pasal 1131 KUH Perdata maka perbuatan melawan hukum yang merupakan suatu perikatan yang dilahirkan karena undang-undang sebagai akibat perbuatan tidak halal manusia juga akan melahirkan kewajiban dalam lapangan harta kekayaan.⁷³ Dengan demikian perikatan yang lahir dari undang-undang membawa kewajiban untuk mengganti dalam bentuk biaya, rugi dan bunga. Penggantian dalam bentuk biaya, rugi, dan bunga ini adalah suatu bentuk prestasi yang merupakan kuantifikasi dalam jumlah tertentu yang dapat dinilai uang.⁷⁴ Namun demikian penentuan penggantian biaya, rugi dan bunga dalam perikatan yang dilahirkan dari perjanjian akan lebih mudah dihitung atau diperkirakan dari pada perikatan yang dilahirkan dari perbuatan melawan hukum.

2.3.2 Ganti Rugi Perbuatan Melawan Hukum terhadap Kehormatan

Selain mengatur ketentuan ganti rugi terhadap perbuatan melawan hukum yang menyerang tubuh, KUH Perdata juga mengatur mengenai ganti rugi atas perbuatan melawan hukum yang menyerang kehormatan, yang dilakukan dengan bentuk penghinaan diatur dalam Pasal 1372-1380 KUH Perdata. Tujuan dari diberikan ganti rugi terhadap penyerangan nama baik adalah pengembalian ke kondisi semula sebelum terjadi pencemaran nama baik, ganti rugi yang diberikan berbentuk pemulihan kehormatan dan nama baik, sehingga orang tersebut dapat kembali diterima oleh masyarakat seperti sebelum terjadinya perbuatan melawan hukum, selain itu ganti rugi secara materil yang diukur berdasarkan berat ringannya penghinaan, pangkat, kedudukan dan kemampuan dari kedua belah pihak.

Berdasarkan ketentuan Pasal 1373 KUH Perdata pihak yang merasa dihina dapat meminta kepada hakim bahwa didalam putusan dinyatakan bahwa perbuatan yang telah dilakukan tergugat merupakan suatu fitnah atau penghinaan. Untuk mencegah permintaan penggugat tersebut, tergugat dapat meminta melakukan pernyataan dengan sungguh-sungguh di muka umum di hadapan hakim yang menyatakan bahwasanya ia telah menyesal atas perbuatan yang telah ia lakukan, dan memintah maaf atas perbuatannya tersebut, dan menganggap

⁷³ *Ibid* Pasal 1131 “Segala kebendaan debitor, baik yang bergerak maupun yang tidak bergerak, baik yang sudah ada maupun yang baru akan ada di kemudian hari, menjadi tanggungan untuk sefala perikatannya perseorangan”.

⁷⁴ Widjaja, *op. cit.*, hal. 103.

orang yang dihina sebagai orang yang terhormat sesuai dengan ketentuan Pasal1374 KUH Perdata.

Dalam hal orang yang dihina telah meninggal maka gugatan dapat dilakukan oleh suami atau isteri, orang tua, kakek-nenek, anak dan cucu, karena penghinaan yang dilakukan terhadap isteri atau suami, anak, cucu, orang tua, dan kakek nenek mereka setelah orang-orang ini meninggal. Selain itu hak untuk menuntut ganti rugi sebagaimana disebutkan dalam Pasal1372 tidak hilang dengan meninggalnya orang yang menghina maupun dihina.

Tuntutan atas penghinaan gugur dengan adanya perdamaian atau pengampunan baik dengan tegas-tegas maupun diam-diam ketentuan 1378 KUH Perdata. Gugatan juga dapat gugur karena lewatnya waktu satu tahun, terhitung mulai hari dilakukannya perbuatan dan diketahuinya perbuatan tersebut oleh tergugat ketentuan 1380 KUH Perdata. Sedangkan gugatan tentang penghinaan tidak dapat dikabulkan apabila maksud dari penghinaan itu adalah untuk kepentingan umum maupun pembelaan darurat terhadap dirinya ketentuan 1372 KUH Perdata.

2.4 Pertanggung Jawaban Perbuatan Melawan Hukum

Seperti telah diketahui bahwasanya sebelumnya bahwa subjek yang dapat melakukan perbuatan melawan hukum dapat berupa pribadi kodrati, penguasa maupun badan hukum. Sedangkan pertanggung jawaban atas perbuatan melawan hukum dapat dibagi menjadi bertanggung jawab terhadap perbuatan orang lain dan bertanggung jawab terhadap barang yang berada dalam pengawasannya. Pertanggung jawaban terhadap perbuatan orang lain berdasarkan Pasal 1367 KUH Perdata dapat dibagi menjadi tiga golongan, tanggung jawab orang tua dan wali terhadap anak-anak yang belum dewasa, tanggung jawab majikan dan orang yang mewakili urusannya terhadap orang yang dipekerjakannya, dan golongan yang ketiga. Sedangkan tanggung jawab terhadap barang dalam pengawasannya dapat dibagi menjadi tanggung jawab terhadap barang pada umumnya, tanggung jawab terhadap binatang, dan tanggung jawab pemilik gedung.

2.4.1 Badan Hukum sebagai Subjek Perbuatan Melawan Hukum

Badan hukum (*rechtspersoon*) dapat turut serta dalam pergaulan hidup bermasyarakat, seperti melakukan perbuatan-perbuatan yang dapat menimbulkan hak dan kewajiban hukum yaitu melakukan sewa menyewa, menjadi majikan dalam bidang perburuhan dan perbuatan-perbuatan lainnya. Sebagai penguasaan hak dan kewajiban maka badan hukum dapat mengugat atau bahkan dapat digugat di pengadilan. Atau dapat dikatakan badan hukum dapat bertanggung jawab atas perbuatan melawan hukum yang merugikan pihak lain.

Seperti yang telah diuraikan sebelumnya bahwa salah satu unsur dari perbuatan melawan hukum adalah adanya kesalahan. Kesalahan pada umumnya dapat dilihat dari pikiran dan perasaan pelaku perbuatan melawan hukum yang umumnya hanya dirasakan oleh manusia sebagai pribadi kodrati, namun demikian terhadap badan hukum terdapat tiga teori mengenai badan hukum yang dapat mempermudah kesulitan tersebut. Yaitu, teori perumpamaan (*fictie-theorie*), teori peralatan (*orgaan-theorie*) dan teori yang ketiga adalah teori pemilikan bersama (*theorie van de gezamenlijke eigendom atau propriete collective*).

Dalam teori yang pertama atau teori perumpamaan menyatakan bahwa unsur kesalahan terang benderang tidak ada pada badan hukum, akan tetapi pada badan hukum itu boleh dianggap seolah-olah seorang manusia (perumpamaan, *fictie*). Karena badan hukum diumpamakan sebagai manusia maka tindakan orang-orang yang berada dalam badan hukum tersebut sebagai pengurus tidak dapat dianggap sebagai tindakan langsung dari badan hukum tersebut, melainkan sebagai tindakan seorang lain, atas tindakan mana badan hukum itu juga bertanggung jawab berdasarkan ketentuan dalam Pasal 1367 (3) KUH Perdata.

Teori peralatan memandang suatu badan hukum tidak sebagai suatu perumpamaan, melainkan sebagai suatu kenyataan (*realita*), yang tidak berada pada seorang manusia dalam bertindak dalam masyarakat. Orang manusia bertindak dengan mempergunakan alat-alat berupa tangan, kaki, jari, mulut, otak dan lain-lain. Demikian juga dengan badan hukum mempunyai alat-alat berupa rapat anggota dan orang-orang pengurus bermacam-macam, yang semua bertindak sebagai alat belaka dari badan hukum. Oleh karena itu suatu perbuatan melawan hukum yang dilakukan oleh seorang manusia, yang kebetulan

merupakan suatu alat belaka dari badan hukum, dapat dikatakan sebagai alat dari badan hukum itu. Dengan demikian perbuatan orang tersebut haruslah bertindak dalam lingkup sebagai alat dari badan hukum tersebut. Dalam arti tindakannya berada dalam ruang lingkup pekerjaan badan hukum dan bertindak berdasarkan anggaran dasar badan hukum tersebut.

Teori pemilikan bersama menganggap badan hukum sebagai kumpulan dari orang-orang manusia. Menurut ini kepentingan-kepentingan badan hukum tidak lain dari pada kepentingan segenap orang-orang yang menjadi dasar dari badan hukum tersebut. Teori ini menganggap badan hukum langsung bertanggung jawab hanya atas perbuatan melawan hukum yang dilakukan oleh badan kekuasaan yang tertinggi dalam organisasi badan hukum. pertanggungjawaban badan hukum hanya dapat dianggap ada dengan mempergunakan Pasal1367 (3) KUH Perdata.

Dengan demikian dapat dilihat perbedaan antara ketiga teori tersebut, apabila ada perbuatan melawan hukum maka berdasarkan teori perumpamaan badan hukum sama sekali tidak dapat langsung bertanggung jawab, sedangkan teori peralatan maka badan hukum selalu langsung bertanggung jawab, sedangkan teori pemilikan bersama badan hukum hanya dapat langsung bertanggung jawab apabila perbuatannya dilakukan oleh badan kekuasaan tertinggi dalam organisasi badan hukum.⁷⁵

2.4.2 Tanggung Gugat

Seperti telah diketahui dalam pembahasan sebelumnya, berdasarkan ketentuan dalam Pasal1365 KUH Perdata seseorang harus bertanggung jawab atas kerugian yang terjadi karena kesalahannya. Selain bertanggung jawab atas kesalahannya sendiri seseorang juga dapat bertanggung jawab atas perbuatan melawan hukum yang telah dilakukan oleh orang lain dan atas barang-barang yang berada dibawah pengawasannya, ketentuan tersebut diatur dalam Pasal1367 KUH Perdata. Pertanggung jawaban tersebut sering juga disebut sebagai tanggung gugat.

⁷⁵ Wirjono Projodjodikoro, *op. cit.*, hal 58

a. Terhadap pertanggungjawaban atas perbuatan melawan hukum yang dilakukan oleh orang lain terbagi menjadi tiga golongan yaitu:

a) **Orangtua dan wali** yang harus bertanggung gugat atas kerugian yang ditimbulkan karena perbuatan anak yang belum dewasa.⁷⁶ Syarat-syarat yang harus dipenuhi adalah anak belum dewasa bertempat tinggal di tempat orang tua atau wali dan yang bertanggung jawab menjalankan kekuasaan orang tua atau wali. Untuk kondisi tertentu orang tua tidak dapat dimintakan pertanggungjawabannya, apabila orang tua atau wali tersebut dapat membuktikan bahwa mereka tidak dapat mencegah dilakukannya perbuatan melawan hukum tersebut.

b) **Majikan** bertanggung gugat untuk kerugian atas perbuatan melawan hukum yang dilakukan oleh pegawai-pegawainya.⁷⁷

1. Pertanggung jawab majikan atas perbuatan karyawannya sebagaimana dimaksud dalam Pasal 1601 a KUH Perdata
2. Pertanggung jawab para majikan yang menurut hukum publik menjadi majikan (penguasa) atas perbuatan melawan hukum para pegawainya.
3. Pertanggung jawab atas perbuatan yang dilakukan diluar tugas bawahan, namun ada hubungannya dengan tugas bawahan tersebut sehingga dapat dianggap dilakukan dalam pekerjaannya.

Dan mereka yang mengangkat orang-orang lain untuk mewakili urusan-urusan mereka. Orang yang memberi tugas tanpa ada hubungan kerja bertanggung jawab untuk perbuatan melawan hukum yang dilakukan oleh orang yang ditugaskan tersebut, selama ia berada di bawah pimpinan atau petunjuk dari si pemberi tugas.

Sedangkan yang dimaksud dengan bawahan dalam Pasal tersebut adalah:

⁷⁶ Pasal 1367 (2) KUH Perdata “Orang tua dan wali bertanggung jawab tentang kerugian, yang disebabkan oleh anak-anak belum dewasa, yang tinggal pada mereka dan terhadap siapa mereka melakukan kekuasaan orang tua atau wali”.

⁷⁷ *Ibid.* Pasal 1367 (3) “Majikan-majikan dan mereka yang mengangkat orang-orang lain untuk mewakili urusan-urusan mereka, adalah bertanggung jawab tentang kerugian yang diterbitkan oleh pelayan-pelayan atau bawahan-bawahan mereka didalam melakukan pekerjaan untuk mana orang-orang ini dipakainya”.

Hoge Raad dalam putusannya 22 Mei 1903 menyatakan bahwa yang dimaksud dengan bawahan adalah mereka yang mempunyai hubungan yang terus-menerus dengan majikannya atau mereka yang berada di bawah pimpinannya atau yang bertindak atas petunjuk-petunjuknya dan tidak bertindak sendiri.

Untuk pertanggungjawaban dipersyaratkan bahwa perbuatan melawan hukum tersebut dilakukan oleh bawahannya dalam melaksanakan pekerjaan untuk majikannya. Dalam artian perbuatan tersebut terjadi pada waktu jam kerja dan terdapat hubungan antara perbuatan tersebut dengan tugas yang diberikan kepadanya.

c) **Guru sekolah dan kepala tukang** bertanggung jawab untuk kerugian yang ditimbulkan oleh perbuatan melawan hukum yang dilakukan oleh murid-murid dan tukang-tukang yang berada di bawah pengawasannya.⁷⁸

Yang menjadi syarat adalah dilakukannya perbuatan melawan hukum tersebut pada saat murid atau tukang sedang bekerja dalam pengawasan guru ataupun kepala tukang. Sama halnya dengan tanggung gugat lain guru dan kepala tukang dapat melepaskan tanggung gugat dengan membuktikan bahwa mereka tidak dapat mencegah dilakukannya perbuatan melawan hukum tersebut.

b. Tanggung gugat atas barang yang berada dalam pengawasannya, terbagi menjadi tiga yaitu:

a) **Tanggung Gugat atas Kerugian yang Ditimbulkan oleh Binatang**

Ketika suatu benda ataupun hewan tanpa dikendalikan oleh seseorang ternyata mengakibatkan kerugian bagi orang lain, maka siapakah yang harus bertanggung jawab atas kerugian tersebut. Tanggung gugat atas kerugian yang ditimbulkan oleh binatang diatur dalam Pasal 1368 KUH Perdata, berdasarkan ketentuan tersebut memberikan beban kerugian kepada pemilik binatang, akibat kerusakan yang disebabkan oleh

⁷⁸ Pasal 1367 (4) KUH Perdata “Guru-guru sekolah dan kepala tukang bertanggung jawab tentang kerugian yang diterbutkan oleh murid-murid dan tukang-tukang mereka selama waktu orang-orang ini berada di bawah pengawasan mereka”.

binatangnya, baik binatang tersebut berada di bawah pengawasannya ataupun tidak.⁷⁹

Unsur yang menjadikan alasan bagi seseorang untuk bertanggung jawab atas kerugian yang disebabkan oleh hewan adalah pengawasan atas hewan yang mengakibatkan kerugian. Pengawasan terhadap hewan dinilai dari sampai sejauh mana hewan tersebut dapat menimbulkan kerugian ataupun menimbulkan bahaya bagi orang lain. Tidak seperti benda, hewan dapat bergerak dan memiliki kemauan sendiri untuk bergerak dengan demikian tingkatan pengawasan terhadap hewan sangat berbeda-beda tergantung dari jenis hewan, dan dipertimbangkan pula mengenai kesusilaan dan moral yang hidup dalam masyarakat.

b) Tanggung Gugat atas Kerugian yang Ditimbulkan oleh Benda

Berdasarkan ketentuan dalam Pasal 1367 (1) KUH Perdata maka seseorang dapat diminta pertanggungjawaban terhadap benda-benda yang berada dalam pengawasannya. Suatu benda pada umumnya bila bukan karena perbuatan manusia maka benda tidak mungkin dengan sendirinya akan membawa kerugian bagi manusia, akan tetapi terkadang ada benda-benda yang bila diletakkan di suatu tempat yang dapat diperkirakan akan dapat menimbulkan kerugian bagi orang lain seperti meletakkan benda-benda berbahaya yang dapat meledak, maka untuk benda-benda tersebut diperlukan suatu pengawasan yang khusus.

Terhadap kerugian yang ditimbulkan oleh benda maka ada dua hal yang dapat melenyapkan atau mengurangi pertanggung jawaban pemilik barang, yaitu keadaan memaksa dan kesalahan dari pihak yang menderita kerugian.

2.5 Upaya Pembelaan Terhadap Perbuatan Melawan Hukum

Dalam hukum perdata suatu perbuatan melawan hukum akan lenyap sifat perbuatan melawan hukumnya karena adanya dasar pembenar. Walaupun tidak

⁷⁹ *Ibid.* Pasal 1368 “Pemilik seekor binatang, atau siapa yang memakainya, adalah, selama binatang itu dipakainya, bertanggung jawab tentang kerugian yang diterbitkan oleh binatang tersebut, baik binatang itu ada di bawah pengawasannya maupun tersesat atau terlepas dari pengawasannya”.

diatur dalam KUH Perdata, dasar-dasar pembenaar yang diatur dalam KUHP telah diterima secara umum untuk digunakan dalam pembelaan terhadap gugatan perbuatan melawan hukum atau sering juga disebut sebagai dasar pembenaar yang berasal dari undang-undang, dasar pembenaar yang telah diterima secara umum ada empat yaitu keadaan memaksa, pembelaan terpaksa, ketentuan undang-undang, dan perintah jabatan. Selain keempat pembelaan yang diatur dalam undang-undang ada dasar pembenaar yang tidak berasal dari undang-undang atau sering juga dikenal sebagai dasar-dasar pembenaar tidak tertulis.

Keadaan memaksa

Berdasarkan Pasal 1245 KUH Perdata seorang debitur tidak diwajibkan untuk membayar ganti rugi, apabila ia terhalang *overmacht* dalam melaksanakan prestasinya. Dalam ketentuan hukum pidana Pasal 48 KUHP menyatakan bahwa seseorang yang melakukan tindak pidana tidak boleh dihukum, apabila dilakukannya perbuatan tersebut karena terdesak oleh keadaan memaksa. Yang dimaksud dengan keadaan memaksa adalah dorongan paksaan yang datangnya dari luar yang tidak dapat dielakkan atau harus dielakkan.⁸⁰ Dengan demikian dalam konsep perbuatan melawan hukum seseorang tidak melakukan perbuatan melawan hukum, apabila ia melakukan perbuatan tersebut dilakukan karena terdesak oleh keadaan memaksa.

Keadaan memaksa terbagi menjadi dua yaitu relatif dan mutlak, dimana pengertian keadaan memaksa relatif adalah seseorang melakukan perbuatan melawan hukum daripada ia harus mengorbankan kepentingan sendiri dengan resiko yang sangat besar.⁸¹ Sedangkan keadaan memaksa dalam artian mutlak adalah jika setiap orang ditempatkan pada keadaan terpaksa harus melakukan perbuatan yang pada umumnya merupakan perbuatan melawan hukum.

Pembelaan terpaksa

Pasal 49 KUHP menyatakan bahwa barang siapa melakukan perbuatan yang terpaksa dilakukan untuk membela dirinya atau orang lain, untuk membela

⁸⁰ Setiawan, *op. cit.*, hal. 16.

⁸¹ *Ibid.* hal. 16

kehormatan atau membela harta benda dirinya atau orang lain terhadap serangan yang terjadi secara tiba-tiba. Pembelaan terpaksa berbeda dengan keadaan darurat, pada pembelaan terpaksa terjadi karena serangan perbuatan melawan hukum dari pihak lain yang sangat mengancam baik jiwa, kehormatan maupun harta benda sehingga yang dihilangkan adalah kesalahan dari pihak si pelaku.

Melaksanakan undang-undang

Suatu perbuatan tidak dapat dikatakan sebagai perbuatan melawan hukum apabila perbuatan tersebut dilakukan untuk melaksanakan ketentuan undang-undang, namun demikian apabila wewenang yang diberikan oleh undang-undang disalahgunakan maka perbuatan tersebut masuk dalam kategori perbuatan melawan hukum *detournement de pouvoir*.

Perintah atasan

Seseorang yang melakukan perbuatan atas perintah atasan yang berwenang bukanlah merupakan suatu perbuatan melawan hukum. Apabila perintah diberikan oleh atasan yang tidak berwenang maka unsur melawan hukumnya tidak hapus namun menjadi dasar dari peniadaan hukuman bila perintah tersebut oleh bawahan secara itikad baik dianggap sebagai pemberian secara sah. Pelaksanaanya perbuatan tersebut masu dalam lingkungan kewajiban pegawai tersebut.

Selain dasar pbenar yang diatur dalam peraturan perundang-undangan ada dasar pbenar yang tidak berasal dari undang-undang atau sering juga dikenal sebagai dasar-dasar pbenar tidak tertulis diantaranya:

Ada persetujuan korban

Persetujuan dari pihak korban yang berarti korban sudah menyetujui atas tindakan yang dilakukan oleh pelakunya, dan tindakan tersebut memang dilakukan yang berakibat timbulnya kerugian bagi pihak korban, maka pihak korban tidak dapat menuntut ganti rugi dari pelaku perbuatan tersebut. Pembelaan ini dilakukan bagi perbutan melawan hukum dengan unsur kesengajaan bukan unsur kelalaian atau tanggung jawab mutlak.⁸² Sedangkan perbuatan melawan

⁸² Fuady, *op. cit.*, hal. 154.

hukum dengan unsur kelalaian dan tanggung jawab mutlak lebih tepat menggunakan doktrin asumsi resiko.

Persetujuan dapat juga diberikan oleh orang lain seperti pihak keluarga korban jika korban tidak dapat memberikan persetujuan. Misalnya jika korban sakit tidak sadarkan diri padahal dokter harus mengoperasikannya, orang tua atau wali untuk anak dibawah umur.⁸³ Selain itu persetujuan juga dapat diberikan secara tersirat, hal ini dapat dilihat dari sikap tindak korban, kebiasaan setempat, situasi dan kondisi di sekitar perbuatan dilakukan.

Ada hak pribadi sebagai dasar

Seseorang dapat mengajukan pembelaan atas tuduhan perbuatan melawan hukum dengan mengatakan bahwa dia secara hukum berhak untuk melakukan perbuatan tersebut, sehingga dia hanya menjalankan apa yang menjadi haknya bukan melakukan perbuatan melawan hukum. Sebagai contoh seseorang tidak boleh menyewakan rumah yang bukan miliknya kepada orang lain, akan tetapi ia dapat menyatakan bahwa sewa menyewa antara pelaku dengan pemilik rumah diikuti dengan klausula berhak untuk menyewakan kembali (*sublease*).

⁸³ Ibid. hal. 155

BAB III

THE LAW OF TORT INGGRIS

3.1 *The Nature of Tort*

Hingga saat ini sangat sulit untuk memberikan definisi yang memuaskan mengenai *tort*. Kata *tort* sendiri berasal dari bahasa latin, yaitu “*twisted*” atau “*tortus*” sehingga dalam artian metafora berarti bengkok, tidak lurus. Kata *tort* juga ditemukan dalam bahasa Perancis, dan digunakan di Inggris untuk sinonim dari kata “*wrong*”.⁸⁴ Untuk mengetahui pengertian dari *tort* maka akan dijelaskan beberapa penafsiran *tort* dari beberapa ahli hukum. Menurut professor Winfield *tort* merupakan “*tortious liability arises from a duty primarily fixed by law: this duty towards persons generally and its breach is redressible by an action for unliquidated damages*”.⁸⁵

Menurut Garry Slapper dan David Kelly “*a tort is a wrongful act againsts an individual, or body corporate, or their property, which gives rise to a civil action (usually for damages, although other remedies are available). It is possible, however, for the same action to provide grounds for a criminal action as well as a giving rise to a civil action.*”⁸⁶

Denis Keenan dalam buku *Englis Law* menyatakan:

“*A tort, on the other hand, is a civil wrong independent of contract. It arises out of duty imposed by law, and a person who commits a tortious act does not voluntarily undertake the liabilities which the law imposes on him. There are many kinds of tort with a common characteristic; injury in of some kind inflicted by one person on another. Nuisance, trespass, slander and libel are well-known civil wrongs. The typical remedy in this branch of the law is an action for damages by the injured party against the person responsible for the injury. Such damages designed not to punish the wrongdoer but to compensate the injured party.*”⁸⁷

⁸⁴ William L. Prosser, *Law of Tort*, ed. 4, (california: West Publishing co, 1971), hal. 2.

⁸⁵ Keenan, *op.cit.*, hal. 340.

⁸⁶ Garry Slapper dan David Kell, *English Law*. (England: Cavendis Publishing, 2000), hal.

402

⁸⁷ Keenan *op.cit.*, hal. 184.

Dari beberapa definisi *tort* yang telah diuraikan terdapat kesamaan aspek antara definisi yang satu dan yang lainnya, kesamaan-kesamaan yang ada dapat dikatakan sebagai aspek yang fundamental dalam *tort*, yaitu:⁸⁸

- a. *Duty*, pertanggungjawaban atas *tort* merupakan pertanggungjawaban yang timbul, didasarkan pada pelanggaran akan kewajiban yang dibebankan oleh hukum. Dimana pelanggaran tersebut ditindaklanjuti oleh hukum, dan dapat dimintakan ganti rugi yang ditimbulkan oleh pelanggaran tersebut.
- b. *Tortious liability arises by operation of law*, pertanggungjawaban *tort* merupakan pertanggungjawaban yang ditentukan oleh hukum, karena merupakan suatu akibat dari pelanggaran tanggung jawab yang ditentukan oleh hukum.
- c. *A tortious duty is owed to persons generally*. Sehingga merupakan suatu kesalahan untuk mengeluhkan sesuatu yang timbul bukan karena pelanggaran kontrak antar para pihak, ataupun karena pelanggaran-pelanggaran lain yang termasuk dalam kategori pelanggaran kontrak *equity* lainnya. tidaklah masuk dalam kategori *tort*.
- d. *A tort gives rise to a civil action for unliquidated damages*. Terkadang *tort* menimbulkan ganti rugi yang secara spesifik tidak dapat ditentukan. Akan tetapi pengadilan mengatur ganti rugi tersebut sebagai bentuk kebijaksanaan akibat kerugian yang telah diderita oleh penggugat.

Mengenai kerusakan dan pertanggung jawaban, hukum membedakan antara konsep *Dammun* yang berarti kerusakan yang diderita dan *injuria* yang berarti kerusakan yang memiliki konsekuensi hukum. Terkadang namun tidak selalu, kedua akibat tersebut akan muncul. Sebagai contoh jika seseorang mengendarai mobil dan melukai B, maka B akan menderita *Damnum dan Injuria* karena orang tersebut menderita luka-luka (*damnum*) dan B memiliki hak untuk mendapatkan kompensasi atas perbuatan tersebut (*injuria*).⁸⁹

Damnun sine injuria (kerusakan yang diderita tanpa pelanggaran terhadap hak hukum) dan *injuria sine damno* yang berarti (pelanggaran hak hukum tanpa

⁸⁸ AJ Pannett, *Law Of Torts*, ed. 6. (London: Pitman Publishing, 1992) hal. 3

⁸⁹ Keenan, *op, cit.*, hal 341

mengakibatkan kerusakan). Sehingga seseorang yang menderita kerugian tidak dapat langsung mengajukan gugatan dengan dasar *tort*, *tort* baru dapat diajukan apabila kerugian yang diderita disebabkan oleh tindakan melawan hukum dan hukum melindungi kepentingan dari pihak yang dirugikan tersebut (penggugat).⁹⁰

Selain itu *tort* juga lebih mempertimbangkan kerugian yang nyata dan bukan motif yang mendasari *tort* tersebut. Oleh karena itu suatu niat jahat tidak akan langsung membuat niat tersebut ditindaklanjuti sebagai *tort*.

Sedangkan yang menjadi perbedaan antara *tort* dengan hukum pidana adalah tujuan dari masing-masing bidang hukum, perspektif dan pengadilan yang menyelesaikan perkara:⁹¹

- a. Tindak pidana merupakan tindakan yang menyerang masyarakat, dan ditindaklanjuti oleh negara. Sedangkan *tort* adalah tindakan yang salah dan bertentangan dengan kepentingan individu.
- b. Tujuan utama dari hukum pidana adalah untuk melindungi kepentingan publik. Sedangkan fungsi utama dari *the law of tort* adalah menetapkan metode ganti rugi bagi individu yang menderita kerugian.
- c. *Torts* merupakan gugatan perdata. Tindakan sipil diatur dan diselesaikan dengan prosedur sipil dan disidang dalam pengadilan sipil (*country court or the high court of justice*); sedangkan perkara pidana diatur dengan prosedur yang berbeda dan disidangkan dalam pengadilan pidana (*the magistrates court or crown court*).
- d. Objek dari penuntutan pidana adalah untuk menghukum orang yang telah melakukan tindak pidana. Sedangkan tujuan dari gugatan dalam pengadilan perdata adalah mendapatkan kompensasi atas kerugian yang telah diderita penggugat.

3.2 *Negligence*

Seperti telah diketahui, terkadang *negligent* merupakan salah satu faktor dalam beberapa jenis *tort*. *Negligence* baru diakui sebagai *tort* yang berdiri sendiri

⁹⁰ Keenan, *op. cit.*, hal. 341.

⁹¹ Pannett, *op. cit.*, hal. 4.

oleh *House of Lord* semenjak tahun 1932. Hingga saat ini *negligent* merupakan *tort* yang paling penting, karena mayoritas dari gugatan berdasarkan *tort negligence*.⁹² *Negligence* atau dapat dikatakan kelalaian adalah perbuatan melawan hukum yang menekankan adanya pelanggaran berupa kelalaian terhadap tanggung jawab yang dilakukan oleh seseorang terhadap orang lain.

Negligence baru diakui sebagai *tort* yang mandiri semenjak putusan perkara *Donoghue v Stevenson*. Dalam kasus tersebut Mrs. Donoghue sebagai penggugat telah mengkonsumsi minuman sebgaiian besar isi dari botol *Ginger Beer*, sebelum mengetahui ada bir tersebut telah terkontaminasi siput busuk dibagian bawah botol yang didalamnya bekicot busuk. Bekicot itu tidak terlihat karena botol bir jahe tersebut buram. Baik temannya yang membelikan itu untuknya maupun penjaga toko yang menjual bir tersebut telah menyadari adanya bekicot tersebut.

Donoghue menggugat produsen, dengan alasan kelalaian karena penyakit yang disebabkan bir yang terkontaminasi siput tersebut, karena nyonya donoghue tidak membeli sendiri bir tersebut, maka undang-undang perlindungan konsumen tahun 1932 tidak dapat diterapkan dalam kasus tersebut. Anggota dari *House of Lords* menyetujui bahwa Mrs. Donoghue memiliki klaim yang sah. Lord MacMillan, berpendapat bahwa kasus ini haruslah diperlakukan sebagai kasus perlindungan konsumen yang baru. Lord Atkin berargumentasi seharusnya hukum haruslah mengakui prinsip bahwa sesungguhnya kita memiliki kewajiban yang sewajarnya kepada sesama.⁹³

Setidak-tidaknya dalam putusan *Donoghue v Stevenson* ada lima poin penting yang lahir dalam putusan tersebut, yaitu:⁹⁴

- a. Kelalaian telah diakui sebagai *tort* yang terpisah.
- b. Gugatan dengan dasar *negligence* dapat dilakukan walaupun tidak ada hubungan kontraktual antara perusahaan pembuat dan pihak yang menderita kerugian.

⁹² Vivienne Harpwood 1, *Modern Tort Law*, (London: Cavendish Publishing, 2005), hal. 7.

⁹³ Anita Stuhmoke, *Essential Tort law*, ed. 2, (London: Cavendish Publishing, 2001), hal. 7.

⁹⁴ Vivienne Harpwood, *op,cit.*,hal. 21.

- c. Gugatan dengan dasar *negligence* akan sukses jika penggugat dapat membuktikan adanya *duty of care* (kewajiban hukum) yang seharusnya dilakukan oleh tergugat kepada penggugat. Yang kedua adalah tergugat melanggar *duty of care* tersebut. Karena pelanggaran kewajiban tersebut, penggugat menderita kerugian.
- d. Dalam menentukan adanya suatu *duty of care* digunakan *neighbour test* yang didasarkan pada suatu tindakan yang dapat masuk akal untuk diperkirakan.
- e. Produsen memiliki *duty of care* kepada konsumennya.

Untuk dapat sukses dalam mengajukan gugatan *tort negligence*, penggugat harus membuktikan adanya empat unsur. Yaitu adanya *duty of care* dari penggugat terhadap penggugat, tergugat melanggar *duty of care* tersebut, adanya kausalitas bahwasanya kerugian yang diderita penggugat merupakan akibat dari pelanggaran *duty of care* tersebut, yang keempat adalah adanya kerugian (*damages*) dimana kerugian yang timbul tidak begitu jauh dari kewajiban penggugat.⁹⁵

3.2.1 *Duty of care*

Duty of care adalah suatu kewajiban untuk bertindak hati-hati. Sedangkan penetapan mengenai kapan *duty of care* itu lahir, pada awalnya diawali oleh pemikiran doktrin *privity in contract*. Sehingga *duty of care* dianggap ada ketika penggugat dan tergugat terikat dalam suatu hubungan kontrak. Akan tetapi, hal ini mulai berubah ketika *The House of Lords* menghapuskan pengaplikasian doktrin dari *privity in contract* dalam perkara *Donoghue v. Stevenson, 1932*.⁹⁶

Dalam putusannya *Lord Atkin* menetapkan kriteria baru untuk menentukan adanya *duty care*:

“The rule that you are to love your neighbour becomes, in law, you must not injure your neighbour; and the lawyer’s question ‘who is my neighbour?’ receives a restricted reply. You must take reasonable care to avoid acts or omissions which you can reasonably foresee would be likely to injure your neighbour. Who then in law is my neighbour? The answer seems to be – persons so closely and directly affected by my act that I ought reasonably to

⁹⁵ Anita Stuhmoke, *op, cit.*, hal. 2.

have them in contemplation as being so affected when directing my mind to the acts or omissions which are called in question.”⁹⁷

Dengan demikian adakalanya seseorang diharuskan oleh hukum, untuk bertindak bertindak menurut suatu ukuran tingkah laku tertentu, agar tidak menimbulkan kerugian pada orang lain. Sehingga dengan adanya ketidakpedulian dari salah satu pihak padahal orang tersebut dapat mempertimbangkan sejauh mana akibat yang dapat ditimbulkan, akan tetapi dia tidak menghiraukan dan hal tersebut mengakibatkan kerugian bagi orang lain maka pada kondisi tersebut *duty care* telah lahir dari perbuatannya tersebut.

Hingga saat ini perkembangan terakhir mengenai pendekatan lahirnya *duty care* dapat dilihat dalam kasus *Capparo Industries plc v Dickman (1990)* dan menetapkan adanya tiga tahapan untuk menetapkan adanya *duty care* yaitu:⁹⁸

1. *Was the harm caused reasonably foreseeable?*
2. *Was there a relationship of proximity between the defendant and the claimant?*
3. *In all the circumstances, is it just, fair and reasonable to impose a duty of care?*

a. Foreseeable

Dalam *Donoghue v Stevenson (1932)*, dimulailah suatu gagasan, pandangan kedepan yang menempatkan penggugat sebagai seorang anggota dari sebuah kelompok yang mungkin menderita kerugian akibat dari tindakan tergugat ataupun karena kelalaian untuk melakukan suatu kewajiban, dengan demikian sama pentingnya seperti menetapkan faktor yang menimbulkan suatu pertanggung jawaban.

Walaupun mungkin, akan ditemukan banyak kasus yang menentang atau mempertanyakan bagaimana suatu kewajiban hukum timbul. Maka jawabannya sangat sederhana, bahwasanya kewajiban hukum akan timbul pada suatu kejadian yang dapat diramalkan ataupun masuk di akal bahwasanya akan ada bahaya yang akan timbul.

⁹⁷ Vivienne Harpwood 2, *Principles of Tort Law*, ed.4, (London: Cavendish Publishing, 2000), hal. 23.

⁹⁸ Slapper, *op.cit.*, hal. 404.

b. Proximity

Perihal teori kedekatan (*proximity*) telah ditekankan dan ditekankan oleh Deane J dalam perkara *Jaensch v Coffey* (1984) .

Deane J menyatakan bahwa termasuk dalam kedekatan adalah “konsep dari ke-eratan dan mengandung unsur kedekatan fisik (dalam pengertian waktu dan tempat) antara orang tersebut dan kepemilikan dari penggugat dan orang-orang serta kepemilikan dari tergugat, kedekatan yang kasuistis seperti antara seorang majikan dengan pekerja atau seorang pekerja profesi dan kliennya dan kedekatan kasuistis seperti dalam halnya hubungan antara anggota sebuah tindakan tertentu atau sebab dari sebuah tindakan dan kerugian yang diperoleh”.⁹⁹

Teori ini sangat penting dalam hal menentukan adanya *nervous shock* pada penggugat

c. Reasonable

Pendekatan mengenai *Reasonable* sebagai pendekatan ketiga dalam menentukan adanya *duty of care* dari penggugat kepada tergugat, teori ini baru digunakan pada tahun 1990 yaitu semenjak perkara *Caparo Industries plc v Dickman* (1990) tujuannya adalah untuk mengetahui apakah dalam semua keadaan hukum dapat dianggap adil, benar dan rasional apabila membebaskan kewajiban dalam batasan tertentu untuk kepentingan pihak lain.

Kedekatan dan perkiraan yang masuk akal adalah bentuk-bentuk berbeda dari macam-macam tes. Meskipun kedua tes tersebut berfokus pada aspek-aspek berbeda dari hubungan antara para pihak, tetapi tes-tes tersebut menyoroti aspek-aspek berbeda dari hubungan.

Foreseeable : apakah tergugat telah dapat mengetahui bahwa penggugat dapat terluka

Proximity : meneliti keadaan yang mengelilingi kerugian, termasuk permasalahan kedekatan dan keeratan.

⁹⁹ Anita Stuchmok, *op. cit.*, hal. 10.

Trinidad dan Cane melihat perbedaan sebagai satu kesatuan antara penilaian moral (dapat diperkirakan) dan kebijakan sosial (kedekatan) dengan menyatakan bahwa kedua konsep bersifat umum, abstrak dan dapat dilihat hanya sebagai hanya mengorganisir konsep yang digunakan pengadilan untuk menyatakan penilaian (*value judgment*) mengenai apakah sebuah tanggung jawab wajib dibebankan dalam keadaan tertentu. (Trinidad and Cane, *Law of Torts in Australia*, 3rd edn, 1999, OUP: Melbourne).¹⁰⁰

3.2.1.1 Duty of Care- Psychiatric Injury

Nervous shock atau dalam bahasa medik paska traumatik stres adalah suatu bentuk dari *personal injury* dan dapat membawa pada permintaan ganti rugi. Dasar pertanggung jawaban dari *nervous shock* adalah tergantung pada apakah jenis dari bahaya tersebut dapat diperkirakan dan apakah ada kedekatan yang cukup antara penggugat dan tergugat (*proximity*).

Selama ini berdasarkan pengamatan terhadap kasus yang masuk di pengadilan, orang-orang yang mengajukan gugatan atas dasar *nervous shock* dapat terbagi menjadi beberapa kategori yaitu:¹⁰¹

- a. Penggugat menderita syok dan sakit setelah mengalami ketakutan terhadap keselamatannya sendiri.

Dalam *Dulieu v White (1901)*, wanita hamil yang sedang memberikan pelayanan di rumah publik ketika pegawai tergugat dengan lalai mengemudikan mobil van kedepan gedung. Penggugat tidak mengalami cedera fisik akan tetapi dia menderita syok yang hebat. Sehingga dia diberikan ganti rugi untuk mengganti kerugian atas syok yang dideritanya akibat ketakutan adanya serangan berbahaya yang segera menyerangnya.

- b. Penggugat menderita syok ketika penggugat takut atas cedera pribadi yang terjadi pada saudara dekat.

Dalam perkara *Alock and Others v Chief Constable of South Yorkshire (1991)*. Perkara ini muncul dalam aksiden di Hillsborough stadion di Sheffield, melibatkan pendukung Liverpool yang jatuh

¹⁰⁰ *Ibid*

¹⁰¹ Slapper, *op .cit.*, hal. 406-408

tumpang tindih sehingga mengakibatkan polisi turun tangan. Gugatan *nervous shock* diajukan oleh teman atau kerabat dekat yang melihat tayangan televisi atau mendengar dari radio. The House of Lord mengulangi bahwa persyaratan *duty of care* dalam *nervous shock*, haruslah:

- a) Memiliki hubungan dekat ataupun hubungan asmara dengan korban.
- b) Kedekatan waktu dan tempat kejadian atau setelah akibat timbul.
- c) Nervous shock merupakan hasil dari melihat ataupun mendengar kecelakaan atau setelah akibat timbul.

Hingga saat ini masih terjadi perdebatan mengenai melihat tayangan di televisi setara dengan melihat kejadian. Secara umum dapat dikatakan tidak, karena dalam dunia pertelevisian ada aturan untuk mencegah adanya penayangan yang mempertontonkan penderitaan seseorang yang kiranya dapat dikenali oleh seseorang.

- c. Penggugat menderita syok karena melihat cedera pada orang lain, walaupun ia tidak dalam bahaya.

Dalam perkara *Robertson and Rough v Forth Road Bridge Joint Board (1995)* dua pekerja mengalami *nervous shock* setelah melihat temannya yang bekerja bersama mereka meninggal karena jatuh di Forth Road Bridge. Gugatan mereka hampir gagal karena mereka hanya mengamati dan mereka tidak mengalami cedera tersebut. Oleh karena itu suatu hal yang wajar dapat diperkirakan.

3.2.1.2 *Duty of Care- Economic Loss*

Ketika tergugat telah mengakibatkan kerugian baik terhadap properti milik penggugat atau merugikan jiwa penggugat, timbulah kerugian ekonomi. Maka sebagai akibat hal tersebut, *tort* akan memberikan kompensasi. Secara historis, kompensasi tidak dapat diberikan, dimana hanya kerugian ekonomi murni yang telah terjadi. Hal tersebut mengacu pada kerugian ekonomi yang disebabkan oleh *negligence, statement* atau *omission* yang belum terjadi pada penggugat ataupun properti tersebut. Umumnya pengadilan enggan untuk mengabulkan permintaan pemulihan kerugian ekonomi. Alasan untuk ini tampaknya merupakan keengganan untuk membuat terdakwa bertanggung jawab untuk sekelompok

orang yang tidak tertentu dan waktu dan jumlah yang tidak tertentu. (*Ultramares Corp v Touche, Niven & Co (1931)*, per Cardozo CJ).¹⁰²

Dengan demikian, ada tiga situasi di mana kerugian ekonomi dapat dipulihkan:

- a. Ekonomi kerugian yang merupakan akibat dari kerusakan fisik atau cedera pribadi;
- b. Kerugian ekonomi murni untuk *negligent acts or omissions* (Kelalaian ataupun Kelalaian dalam melaksanakan kewajiban), dan
- c. Kerugian ekonomi murni untuk *negligent misstatements* (Kelalaian dalam memberikan pernyataan(pernyataan yang salah)).

Pertanggung jawaban terhadap atas kerugian ekonomi yang terjadi akibat tindakan kelalaian ataupun kelalaian dalam melaksanakan kewajiban, akan dikenakan apabila penggugat memiliki pengetahuan (mengetahui) bahwasanya ada kemungkinan penggugat akan menderita kerugian sebagai akibat dari tindakan atau kelalaian penggugat.

Selain pertanggung jawaban terhadap kerugian ekonomi yang disebabkan oleh tindakan lalai dan kegagalan dalam melakukan kewajiban. Hukum juga memaksakan kewajiban untuk mengganti kerugian ekonomi yang timbul dari misstatement. Dengan demikian, kewajiban terdakwa dapat diperluas, mulai dari pernyataan fakta, saran atau pendapat yang tergugat buat. Sementara *misstatement* dapat menyebabkan kerugian pribadi atau kerusakan properti, maka pada umumnya akan menyebabkan kerugian ekonomi. Kerugian ekonomi yang terjadi dari *misstatement* berbeda dari kerugian ekonomi yang ditimbulkan karena kelalaian. karena adanya konsep bahwa penggugat mengandalkan atau mempercayakan pernyataan tergugat. Hal tersebut tidak diperlukan ketika kerugian ekonomi disebabkan dari tindakan lalai atau kelalaian.¹⁰³

Sampai tahun 1963, adanya keyakinan bahwa tidak ada pertanggung jawaban atas kelalain dalam memberikan saran atau kelalaian karena pendapat, kecuali dalam hal tersebut telah ada suatu hubungan kontrak, penipuan atau

¹⁰² Anita Stuckhcke, *op, cit.*, hal. 18.

¹⁰³ Vivienne Harpwood 2, *op, cit.*, hal. 99.

pelanggaran kewajiban fidusia. *Hedley Byrne & Co Ltd v Heller & Partners Ltd* (1963) menolak pandangan ini. Pengadilan menyatakan: “*It should now be regarded that if someone possessed of a special skill undertakes, quite irrespective of contract, to apply that skill for the assistance of another person who relies on such skill, a duty of care will arise.*”¹⁰⁴

Hedley Byrne & Co Ltd v Heller & Partners Ltd (1963) menetapkan bahwasanya kewajiban hukum timbul ketika tergugat memiliki hubungan spesial dengan penggugat. Sebelum adanya putusan ini, kelalaian atas pernyataan tidak memiliki kapasitas untuk menentukan pertanggung jawaban. Setelah itu pengadilan mencoba mencari batasan dari lingkup pertanggung jawaban. dalam *Hedley Byrne & Co Ltd v Heller & Partners Ltd* (1963). In *MLC Assurance Co Ltd v Evatt* (1968), dinyatakan, bahwa ‘*special relationship*’ timbul ketika tergugat menyatakan bahwasanya tergugat memiliki keahlian ataupun kompetensi atas pernyataan yang ia berikan.

Kewajiban hukum terhadap kelalaian dalam memberikan pernyataan yang salah, muncul ketika adanya hubungan kedekatan. Dalam *Sebastian Pty Ltd v The Minister* (1986), pengadilan menyatakan when ‘*economic loss results from negligent misstatement, the element of reliance plays a prominent part in the ascertainment of a relationship of proximity between the plaintiff and the defendant, and therefore in the ascertainment of a duty of care*’.¹⁰⁵

Teori kedekatan, berhubungan dengan teori kepercayaan atas menggantungkan nasibnya. Pada umumnya dalam menetapkan hal tersebut, pengadilan akan melihat:

- a. Apakah dalam keadaan memberikan opini atau saran, pembicara menyadari bahasanya penggugat mengandalkan dirinya pada tergugat. (akan lebih jelas ketika tergugat diminta untuk memberikan suatu masukan)
- b. Bahwasanya, suatu hal yang masuk di akal untuk bertindak ataupun bergantung pada pembicara (tergugat). Pada umumnya, dapat

¹⁰⁴ Anita Stuchmcke, *op. cit.*, hal 21.

¹⁰⁵ *Ibid*

dikatakan masuk akal untuk menggantungkan diri pada tergugat ketika tergugat memiliki keahlian khusus atau keahlian menilai dalam membuat suatu pernyataan. Selain itu, pada umumnya kewajiban hukum tidak akan timbul, ketika tergugat melepaskan pertanggung jawaban atas keakuratan informasi yang diberikan kepada penggugat (*Burke v Forbes Shire Council* (1987))

3.2.2 *Breach of duty*

Setelah membuktikan tergugat memiliki *duty care*, maka selanjutnya membuktikan bahwa tergugat *breach duty of care* yang berarti pelanggaran terhadap kewajiban untuk berhati-hati, dimana seseorang tidak mampu atau gagal untuk bertindak menurut ukuran tingkah laku tertentu, untuk menilainya digunakan standart hukum yang dinamakan *reasonable man test* yang merupakan penilaian secara objektif dengan menempatkan seseorang *reasonable man* ditempatkan pada posisi tergugat.¹⁰⁶

1. Keterampilan atau skill tergugat sesuai dengan standar profesinya.
2. Sejauh mana kemungkinan kerugian akan diderita oleh penggugat atau sejauh mana kesadaran akan timbulnya kerugian bagi penggugat.
3. Tingkat keseriusan cedera yang diderita oleh penggugat.
4. Apakah tergugat harus melakukan pencegahan terhadap resiko tersebut.

Salah satu teori untuk menentukan bahwasanya seseorang telah bertindak secara rasional terlihat dalam putusan *In Bolam v Friern HMC* (1957), dimana Hakim menyatakan McNair J:

*” A doctor is not guilty of negligence if he has acted in accordance with a practice accepted as proper by a responsible body of medical men skilled in that particular art. Putting it another way round, a doctor is not negligent if he is acting in accordance with such a practice, merely because there is a body of opinion that takes a contrary view.”*¹⁰⁷

¹⁰⁶ Reasonable man di cetuskan oleh Baron Alderson dalam perkara *Blyth v. Birmingham Waterworks Com.* (1856) “*negligence is the omission to do something which a reasonable man guided upon those considerations which ordinarily regulate the conduct of human affairs would do, or doing something which a prudent and reasonable man would not do*”.

¹⁰⁷ Vivienne Harpwood, *op.cit.*, hal. 133.

Dalam perkembangannya teori *Bolam test* mendapat banyak kritikan, diantaranya aturan dari bolam test dianggap tidak adil bagi penggugat, dan terlalu melindungi profesi, aturan dari bolam test memperbolehkan profesi tertentu untuk menentukan standarnya sendiri, standar profesional haruslah ditinjau kembali oleh pengadilan. Bolam test merupakan seni deskriptif, berdasarkan apa yang sebenarnya dilakukan, sedangkan pada umumnya test tersebut adalah test normatif berdasarkan apa yang seharusnya dilakukan. Karena ada banyak kritikan maka House of Lords dalam kasus *bolitho v City and Hackney Health Authority* (1997) membuat test baru yang dikenal sebagai *bolitho test*.

Dalam kasus tersebut anak berumur dua tahun menderita kerusakan otak akibat udara bagian bronkus ke jantung tersumbat. Telah disepakati bahwasanya untuk mencegah kerusakan adalah dengan mengikubasi anak tersebut. Dokter yang telah lalai untuk datang memberikan perawatan menyatakan bahwasanya, jika ia datang pada saat itu, dia tidak akan menginkubasi anak tersebut. Dari keterangan yang didapatkan dari keterangan ahli, satu orang saksi menyatakan bahwasanya dia tidak akan menginkubasi anak tersebut, sedangkan kelima ahli lainnya menyatakan bahwa mereka akan melakukannya.

House of Lords menyatakan bahwasanya pasti ada alasan logis bagi opini yang menyatakan bahwa tindakan inkubasi tidak diperlukan. Hal tersebut tentunya berhubungan dengan resiko yang dihadapi dan keuntungan yang akan didapatkan. Hal ini berarti hakim bebas untuk menentukan perbedaan pendapat diantara opini para ahli dan menolak opini yang '*logically indefensible*'.¹⁰⁸

Selain hal-hal tersebut ada faktor-faktor lain yang relevan dalam menentukan bahwa seseorang telah gagal untuk bertindak *reasonable man* seperti *likelihood of injury* dimana derajat kewaspadaan haruslah seimbang dengan derajat resiko yang ada jika tergugat gagal dalam melaksanakan kewajibannya, dengan demikian semakin besar kemungkinan suatu resiko terjadi maka semakin besar kewajiban tergugat untuk memenuhi tanggung jawabnya. *Egg-shell skull rule* tingkatan kewaspadaan yang harus dilakukan oleh tergugat dapat meningkat jika penggugat sangat muda, tua atau tubuh yang kurang sehat.

¹⁰⁸ Cavendish Lawcard series, *Tort Law*, ed. 3 (London:Cavendish Publishing, 2002), hal, 43.

Cost and practicability adalah usaha untuk menghalangi terjadinya resiko. Jika usaha yang telah dilakukan oleh tergugat telah melebihi dari resiko maka tergugat dapat dikatakan tidak melanggar kewajibannya karena gagal dalam melaksanakan langkah-langkah tersebut. **Social utility** tingkatan dari resiko haruslah seimbang terhadap social utility dan kepentingan dari aktifitas tergugat, dalam perkara *Watt v Hertfordshire* (1954) penggugat seorang pemadam kebakaran telah dipanggil untuk menyelamatkan seorang wanita yang terjebak dibawah truk, dongkrak yang pada umumnya digunakan untuk mengangkat truk pada umumnya tidak tersedia. Sehingga dongkrak terselip dan melukai penggugat. Dinyatakan bahwa pekerja tidak melakukan pelanggaran terhadap kewajibannya, karena pentingnya aktifitas dan fakta bahwa keadaan darurat dapat membenarkan bahwa adanya resiko.¹⁰⁹

Common Practice jika penggugat dapat menunjukkan bahwa dia telah melakukan tindakan umum, maka dapat dijadikan bukti bahwa standar yang layak mengenai kehati-hatian telah dilaksanakan. **Skilled persons** standar kehati-hatian yang dilakukan oleh orang dengan profesi dan kemampuan tertentu tidak diadili berdasarkan *reasonable man*. Orang yang memiliki keahlian tertentu haruslah dibandingkan dengan orang yang memiliki keahlian atau profesi yang sama. Seperti dalam perkara kelalaian medik.

3.2.3 Causation and Remoteness

Hal ketiga yang harus dibuktikan dalam *negligence* adalah kausalitas, untuk menentukan hubungan antara kelalaian dan kerugian yang ditimbulkan. Untuk menentukan kausalitas ada beberapa teori **resulting damage to the plaintiff** sangat penting bagi penggugat untuk membuktikan adanya kerugian yang diderita olehnya, akibat kelalaian yang dilakukan oleh tergugat. Dalam teori klasik *tort law*, penggugat harus membuktikan bahwa tergugat *negligent*. Pembuktian dilakukan berdasarkan kriteria *the balance of probabilities*, yang artinya penggugat harus membuktikan bahwa berdasarkan bukti-bukti yang ada memang ada kecenderungan bahwa tergugat melakukan *negligent*.

Untuk menentukan adanya kausalitas, teori pertama adalah

¹⁰⁹ Vivienne Harpwood 2, *op. cit.*, hal. 127

a. The 'but for' Test

Test `but for` yaitu apabila suatu aksiden akan tetap terjadi walaupun tanpa ada kelalaian dari tergugat, sebagai contoh dalam kasus *Barnett v Chelsea and Kensington Hospital Management Committee* (1969). Tiga orang penjaga malam menelepon rumah sakit pada akhir siftnya, menyatakan bahwa mereka mengalami muntah-muntah setelah meminum teh. Perawat jaga konsultasi dengan dokter melalui telepon, dan dokter menyatakan bahwa ketiga orang tersebut diperintahkan untuk pulang kerumah dan berkonsultasi kepada dokter keesokan paginya. Dalam hari yang sama suami penggugat meninggal karena keracunan arsenik. Dinyatakan bahwa dokter memiliki *duty of care* terhadap suami penggugat dan dokter telah melalaikan kewajiban tersebut. Akan tetapi suami penggugat akan tetap meninggal walaupun dokter memeriksanya. Mengaplikasikan test `but for`. Apakah penggugat tidak akan mengalami kerugian walaupun tergugat telah melakukan kewajibanya? Dan jawabannya adalah tidak.¹¹⁰

Sifat dari tes 'but for' mendorong kita untuk tetap mengingat poin-poin berikut :

- a) Tes ini berperan sebagai filter awal atau ia memisahkan sebab-sebab yang relevan dengan yang tidak relevan
- b) Tes ini tidak dapat dilaksanakan dimana terdapat beberapa penyebab yang berkelanjutan (successive) dari sebuah kecelakaan

b. Novus Actus Interveniens

Sangat penting untuk menentukan suatu penyebab yang benar-benar mengakibatkan kerugian dalam hal adanya suatu rententan peristiwa yang menyebabkan suatu kerugian. Tes 'but for' tidak akan banyak berguna dalam keadaan dimana penggugat terkena akibat dari dua tindakan atau kejadian berturut-turut. Dalam keadaan ini telah terdapat sebuah sekuen dari kejadian dan setiap tindakan dalam sekuen tersebut adalah sebuah penyebab yang relevan sejauh yang berhubungan dengan kerugian yang diderita penggugat, maka dengan itu pengadilan harus menentukan penyebab pengendali. Pengadilan-pengadilan tidak pernah konsisten dalam pendekatan yang mereka gunakan. Satu metode yang digunakan adalah dengan membuktikan apakah kejadian yang datang

¹¹⁰ Richard Owen, *Essential Tort Law*, ed. 3 (London: Cavendis Publishing, 2000), hal, 41

kemudian menambah kerugian yang diderita penggugat, apabila ditemukan sebaliknya maka pihak yang menyebabkan kerugian awal akan dikenakan beban tanggung jawab.

Seperti dikatakan Fleming, berbagai macam metafor yang digunakan untuk menimbulkan hubungan kausalitas antara lain (Fleming, JG, *An Introduction to the Law of Torts*, 1977): ...hanya sebuah layar dibalik mana para hakim terlalu sering di masa lalu berlindung untuk menghindari tugas memalukan yakni merumuskan motif sebenarnya.¹¹¹

Sebuah tindakan intervensi tidak akan mematahkan rantai kausalitas apabila dapat dibuktikan bahwa pihak yang ikut serta atau intervensi tidak bertanggung jawab secara penuh atas tindakan dia mungkin dikarenakan ia berada dalam dilema sebagai akibat dari tindakan pelaku pertama.

3.2.3 Pembelaan dalam *Negligence*

a. *Contributory negligence*

Terkadang ketika sedang terjadi kecelakaan atau aksiden, kedua belah pihak sama-sama telah melakukan kelalaian sehingga muncullah doktrin *contributory negligence*. Di salah satu pihak penggugat bersalah karena ikut turut melakukan kelalaian tidak dapat mengembalikan kerusakan kecuali tergugat dapat melakukannya. Seringkali pengadilan harus memperhatikan kesempatan terakhir untuk menghindari terjadinya kecelakaan. Dan hal tersebut akan membawa pada keputusan yang tidak menyenangkan.

Sekarang berdasarkan Law Reform (*contributory negligence*) act 1945. Pertanggungjawaban akan dibagi secara proporsional antara penggugat dan tergugat. Klaim tidak akan dikalahkan, namun ganti rugi mungkin dapat dikurangi berdasarkan tingkatan kesalahan yang telah dilakukan oleh penggugat. Seseorang dapat turut berkontribusi terhadap kerugian yang ia derita walaupun dia tidak dipersalahkan atas aksiden tersebut. Sebagai contoh kelalaian penggugat dalam tidak menggunakan sabuk pengaman dalam mengendarai mobil dapat mengurangi kerusakan yang akan timbul.

¹¹¹ Vivienne Harpwood, *op, cit.*, hal. 151.

Contributory negligence dapat terjadi dalam berkontribusi untuk timbulnya kecelakaan (*to contribute to the accident*) Hal ini terkadang terjadi dalam hal seseorang terluca dalam mengantisipasi terjadinya kelalaian. Dapat juga berkontribusi dalam akibat dari kecelakaan (*to contribute to the resulting damage*). Seperti bila terjadi kecelakaan mobil dan korban tidak menggunakan sabuk pengaman maka cedera yang diderita akan lebih parah dibandingkan bila korban menggunakan sabuk pengaman.

Doktrin alternative danger or the 'dilemma principle' terkadang seseorang terluca ketika berusaha mengantisipasi terjadinya kelalaian. Seperti dalam hal penumpang melompat dari bus yang mana ia percayai akan diluar kontrol dan kakinya patah. Dia tidak menduga bahwa fakta selanjutnya pengemudi dapat mengendalikan dan dapat mengantisipasi terjadinya kecelakaan. Maka pengemudi tidak bertanggung jawab atas kerugian yang diderita orang tersebut. Selain itu kerugian yang diderita juga tidak dapat dikatakan sebagai *contributory negligence*. Alasan logis tidak diberikannya ganti rugi adalah timbulnya kerugian karena tindakan logis dari penggugat untuk menghindari terjadinya bahaya.

3.2.4 Doktrin Res Ipsa Loquitur

Pada umumnya beban pembuktian pada *negligence* terletak pada penggugat, akan tetapi ada doktrin yang bernama *res ipsa loquitur* yang berarti "*the thing speak for itself*" dimana ketika doktrin ini digunakan beban pembuktian akan beralih. Agar doktrin ini dapat digunakan pertama-tama harus dibuktikan bahwa suatu aksiden tidak dapat terjadi, tanpa kelalaian dari tergugat dan hal tersebut dapat terlihat tanpa bukti lebih lanjut. selain itu tidak ada penjelasan mengenai terjadinya kecelakaan, sehingga penggugat tidak mungkin untuk membuktikan kelalaian karena dia tidak mengetahui bagaimana hal tersebut bisa terjadi.

Keberhasilan dalam menggunakan doktrin ditentukan juga oleh tiga kondisi *Scott v London and St Katherine's Docks (1865)*:¹¹²

- a. suatu insiden yang terjadi tidak dapat dijelaskan dengan mudah. Penyebabnya sulit untuk diketahui.

¹¹² *Ibid.* Hal. 144

- b. insiden tersebut tidak akan terjadi, jika ada pengawasan yang layak.
- c. tergugatlah yang memiliki kontrol terhadap situasi tersebut.

Dengan diterapkannya doktrin ini, tidak serta merta penggugat akan sukses dalam perkara tersebut, dan pengadilan tidak terikat untuk mencari kelalaian dari tergugat. Selain itu, terugat dapat membuktikan bahwa suatu aksiden benar terjadi dan tidak ada kelalaian dalam aksiden tersebut. Atau dapat mengatakan bahwa ia tidak mengetahui bagaimana aksiden tersebut terjadi dan aksiden tersebut terjadi bukan karena kelalaiannya. Yang terakhir tergugat dapat mensugestikan bahwa aksiden tersebut dapat terjadi tanpa kelalaian darinya.

3.3 *Trespass to the Person*

Trespass to the person berarti bahwa intervensi apapun yang tidak dikehendaki dengan badan, kebebasan, atau ancaman melakukan intervensi tersebut dapat dihukum berdasarkan hukum.

3.3.1 *Assault and Batteries*

Pada umumnya dalam mengajukan gugatan *tort* yang menyerang tubuh *assault* dan *batteries* selalu diajukan bersamaan, karena *tort* tersebut pada umumnya terjadi atau dilakukan secara bersamaan, seperti seseorang yang dipukul dengan balok dari belakang.¹¹³ Meskipun mungkin, *tort* tersebut tidak dilakukan secara bersamaan atau sekaligus. *Assault* adalah menempatkan seseorang dalam ketakutan bahwasanya akan ada serangan *battery*, sedangkan *battery* adalah pengaplikasian paksaan fisik, walaupun dalam bentuk ringan, dan tanpa alasan pembeda.¹¹⁴

a. *Assault*

Assault, dapat digugat tanpa *battery* walaupun sangat jarang gugatan *assault* tidak digabungkan dengan *Battery*, dalam perkara *Stephens v Myers (1830)* dimana tergugat membuat gerakan kekerasan kepada penggugat dengan mengayunkan tangan yang dikepal, akan tetapi tindakan tersebut tidak mengenainya karena dicegah oleh pihak ketiga. Tergugat bertanggung jawab atas

¹¹³ Vivienne Harwood 2, *op. cit.*, hal 293.

¹¹⁴ *Ibid*

assault.¹¹⁵ Dengan demikian dalam *tort assault* tidak begitu penting untuk membuktikan bahwasanya penggugat benar-benar mengalami ketakutan akan tetapi harus ada tindakan yang ditujukan pada seseorang yang menyebabkan ketakutan/kekhawatiran pada orang tersebut akan adanya ancaman fisik sehingga secara beralasan orang tersebut berada dalam ketakutan.

Metode yang digunakan untuk membuktikan adanya penyerangan, untuk menjamin bahwa masing-masing elemen dari *tort* telah terpenuhi. Adalah dengan kembali kepada definisi dari penyerangan yakni :¹¹⁶

- a. Ancaman oleh tergugat
- b. Yang bersifat langsung
- c. Yang dilakukan dengan sengaja terhadap orang lain (kelalaian tidak termasuk)
- d. Terjadinya sebuah kontak yang merugikan atau mengancam
- e. Tanpa alasan yang dapat dibenarkan oleh hukum

Pada dasarnya membuat orang lain takut akan ancaman kekerasan merupakan *assault*. Seperti seseorang menodongkan senjata api yang tidak berisi peluru, namun orang yang ditodongkan senjata tidak mengetahui bahwa senjata tersebut tidak berisi peluru, hal ini sudah masuk dalam kategori *assault*.¹¹⁷ Untuk *assault* harus ada kemampuan untuk melaksanakan ancaman tersebut.

Jika jelas bahwasanya tergugat tidak dapat melakukan atau merealisasikan ancaman maka gugatan *assault* tidak akan berhasil. Dalam perkara *Thomas v National Union of Mineworkers (South Wales Area) (1985)*, tidak ada suatu *assault* ketika para penambang picketing membuat isyarat kekerasan kepada pekerja tambang yang aman dibelakan barikade polisi. Dalam perkara tersebut tidak ada bahaya bahwa akan segera terjadi *battery*.¹¹⁸

¹¹⁵ *Ibid*

¹¹⁶ Anita Stuchmcke, *op. cit.*, hal. 81.

¹¹⁷ Keenan, *op. cit.*, hal 376.

¹¹⁸ Vivienne harpwood2, *op. cit.*, hal. 293.

Ketakutan akan terjadinya suatu kekerasan menjadi tidak masuk akal, dalam kondisi seperti di bawah ini.¹¹⁹

- a. ketika ancaman yang menimbulkan rasa takut bahwa akan ada kekerasan telah terhalau.
- b. Ketika ancaman tidak dapat terjadi, setidaknya untuk saat ini tidak dapat dilakukan.

3.3.2 *Batteries*

Battery adalah sebuah tindakan langsung dan disengaja dari tergugat yang mengakibatkan hilangnya kontak dengan badan dari penggugat tanpa persetujuan mereka. (*battery* biasanya digunakan dalam tindakan yang disengaja, kelalaian dan kurang hati-hatian tidak termasuk). Tiga hal yang harus dipenuhi dalam hal *tort battery* yaitu adanya tindakan kekerasan, dilakukan dengan sengaja, dan tanpa alasan pembeda secara hukum.

Metode ini digunakan untuk membuktikan *battery* adalah dengan menjamin bahwa setiap unsur dari *tort* terpenuhi. Berikut definisi dari *battery* :

- a. Sebuah tindakan dari tergugat (kelalaian dan kurang perhatian tidak termasuk)
 - b. Yang langsung
 - c. Yang mengakibatkan kontak yang tidak dikehendaki dengan badan dari penggugat
 - d. Tanpa dasar pembeda berdasarkan hukum
- a. *Assault* dan *battery* dapat dibedakan dengan cara sebagai berikut:¹²⁰
- a) *Battery* merupakan penerapan perbuatan melawan hukum untuk memaksa seseorang sedangkan *assault* adalah menempatkan seseorang pada ketakutan yang masuk akal bahwa terhadapnya akan segera terjadi *battery*.
 - b) Suatu tindakan dapat dikategorikan sebagai *assault* walaupun tergugat kurang tenaga untuk menimbulkan kekerasan.

¹¹⁹ Pannett, *op. cit.*, hal. 202.

¹²⁰ Prosser, *op.cit.*, 95

- c) Suatu tindakan tidak dapat dikategorikan sebagai *assault* kecuali hal tersebut mengakibatkan ketakutan yang masuk akal bahwa akan segera terjadi kekerasan. Bukan merupakan tindakan *assault* apabila penggugat tidak melihat adanya tindakan ancaman.
- d) Belum merupakan kepastian, apakah penggugat dalam *assault* ataupun *battery* harus menunjukkan niat atau kelalaian dari tergugat.
- e) *Assault* juga dapat dikatakan sebagai pelanggaran pidana.
- b. Pembelaan yang dapat digunakan baik untuk *assault* maupun untuk *battery*:¹²¹
 - a) *Self defence*, tidak melulu untuk membela dirinya sendiri namun juga bagi mereka yang memiliki kewajiban hukum atau moral untuk memberikan perlindungan. Dan juga dapat digunakan untuk melindungi properti. Tetapi pembelaan dilakukan haruslah seimbang dengan serangan.
 - b) *Parental or similar authority*, Seperti hubungan orang tua dan anak, kepala sekolah yang diberikan delegasi oleh orang tua.
 - c) *Volenti non fit injuria*.
 - d) *Judicial authority*, Termasuk hak untuk memaksakan hukuman dan menahan seseorang.
 - e) *Necessity*. Pembelaan ini jarang dilakukan tapi dimungkinkan bagi tergugat untuk melakukan pembelaan dengan dasar *necessity*, jika tergugat dapat membuktikan bahwa dia melakukan *battery* dengan tujuan mencegah kejahatan yang lebih besar.
 - f) *Prosecution in a magistrates` court*.

3.3.3 *False Imprisonment*

Yaitu suatu perbuatan yang merampas kemerdekaan orang lain secara total, untuk beberapa lama, dengan melawan hukum. dalam *false imprisonment* tidak diperlukan pembuktian unsur kesalahan. Dalam perkara *Collins v Wilcock false imprisonment* didefinisikan sebagai “*unlawful imposition of resitrain on another`s freedom of movement.*”¹²²

¹²¹ Keenan, *op. cit.*, 377

3.4 *Trespass to the Land*

Trespass to land diperbuat dengan adanya tindakan fisik dari tergugat yang membentuk sebuah intervensi langsung dengan kepemilikan tanah tergugat. Seperti dalam bentuk *trespass* lainnya, tidak perlu adanya kerugian sebagai hasil. Tort itu *trespass* itu sendiri.

Trespass to land adalah intervensi dari penguasaan tanah. Dengan demikian untuk menjadi penggugat seseorang tidak cukup hanya dengan sebagai pemilik tetapi juga harus menguasai. Sehingga apabila tanah sedang disewakan untuk jangka waktu tertentu, maka penyewa adalah orang yang memiliki hak untuk menggugat dengan dalil *trespass*.

Intervensi terhadap kepemilikan tanah, dapat menimbulkan banyak bentuk dari *Trespass to land* yang dapat berarti memasuki, menetap menyimpan atau membuang sesuatu diatas tanah orang lain secara tidak sah. Dalam hal ini tidak perlu ada bukti kerugian. Seseorang yang diberikan izin berada diatas tanah orang lain, mungkin melakukan *trespass*, jika ia berbuat diluar lingkup izin tersebut.

Untuk dapat dikategorikan sebagai *trespass*, masuk dapat dibawah permukaan tanah maupun wilayah udara diatas permukaan tanah. Tanah dapat Definisikan dalam Tanah didefinisikan dalam Pasal 205 Undang-undang Undang-undang Properti tahun 1925 termasuk: '*Land of any tenure, mines and minerals, corporeal and incorporeal hereditaments.*' Termasuk bangunan dan perlengkapan tetap yang menempel dengan tanah dan tanah itu sendiri, wilayah diatas udara dan tanah dibawahnya hingga pusat bumi. Pribahasa latin "*cuius est solum eius est usque ad coelum at ad inferos*" seringkali digunakan untuk mendeskripsikan kepemilikan tanah dalam konteks ini. Secara kasar dapat diartikan "siapaapun yang memiliki tanah juga memiliki udara diatasnya hingga langit yang tertinggi dan juga dibawah tanah hingga kedalaman yang terdalam."¹²³

Pribahasa ini tidak dapat digunakan secara tegas dalam jaman modern dimana pertambangan sudah mulai berkembang. Tanah meliputi benda tetap,

¹²² Vivien Harpwood2, *op,cit.*, hal. 295.

¹²³ *Ibid.*, hal. 220.

bangunan, pohon dan tanaman panen baik di atas dan bawah permukaan tanah. Luas kepemilikan tanah bagian atas dan di bawah permukaan tergantung pada kemampuan pemilik untuk menggunakan ruang itu.

Ada beberapa unsur yang dipenuhi untuk menyatakan suatu perbuatan merupakan suatu pelanggaran atas tanah, agar suatu gugatan berhasil unsur-unsur tersebut harus dibuktikan secara kumulatif, pelanggaran atas tanah terdiri dari:¹²⁴ tindakan terdakwa yang dilakukan secara tidak sah; baik dilakukan disengaja, sembrono atau kelalaian; yang merupakan gangguan langsung Terhadap kepemilikan tanah.

a. *Revocation of licenses*

Masalah baru akan timbul ketika penggugat telah memasuki hal-hal yang terkait dengan lisensi terhadap bangunan atau rumah, hubungan kontrak atau sebagainya. Karena pada tidak jelas apakah suatu lisensi dapat dicabut pada waktu tertentu dan dapat mengakibatkan penggugat sebagai *trespasser*.

Common law memberikan pandangan bahwa, ketika seseorang membayar untuk izin suatu lisensi, lisensi atas izin tersebut dapat dicabut kapanpun, meskipun ada hubungan timbal balik antara kedua belah pihak. Dengan demikian pihak penggugat dapat dibebaskan sebagai *trespasser*, dan tergugat bertanggung jawab untuk pembatalan kontrak, tetapi tidak untuk *assault tort*. (*wood v. Leadbitter, 1845*)

Disisi yang lain, *equity* memberikan pandangan, bahwa jika ada kontrak yang dapat dipaksakan pelaksanaannya maka tidak dapat dicabut begitu saja. Baik secara terang maupun tersirat. dengan demikian jika lisensi dicabut penggugat dapat mengajukan gugatan dengan dasar *assault tort*; dan dia tidak dapat dikatakan sebagai *trespasser* karena adanya pencabutan izin (*Hurst v. Picture Theatres, 1915*)

Pandangan yang lebih bijaksana memunculkan masalah tertentu, karena menimbulkan kerancuan antara hak atas tanah dengan kontrak belaka. Akan tetapi masalah tersebut dapat diselesaikan dalam perkara *Winter Garden Theatrev. Millenium Productions Ltd, 1948* yang ditangani House of Lords,

¹²⁴ *Ibid.* Hal. 93

walaupun ada lisensi, karena sifat naturalnya suatu kontrak tidak dapat menciptakan hak atas tanah. (atau hak yang di rem yang mana menyangkut mengenai tanah dan dapat berakibat pada pihak ketiga), kontrak antara para pihak dapat terjadi secara tersirat, walaupun tidak secara tesurat. Lisensi tidak dapat dicabut tanpa alasan dalam jangka waktu dimana para pihak berniat untuk memperpanjang. Teori ini diaplikasikan dalam *Hounslow London Borough v. Twickenham Garden Developments*.

Bagi orang-orang yang mengalami kerugian karena trespass, ada beberapa extra-judicial remedies seperti *distress damage feasant* adalah hak untuk menyita benda bergerak yang telah menyebabkan kerusakan atas tanah. Penyitaan tidak disertai dengan hak untuk menggunakan atau menjual benda tersebut, namun benda tersebut bertujuan untuk disita hingga pemilik menawarkan kompensasi.

3.4.1 Nuisance

Nuisance merupakan tindakan seseorang secara melawan hukum berupa kelalaian yang dapat mengganggu ataupun membahayakan pihak yang lain. Orang membedakan nuisance menjadi dua *public nuisance* dan *privat nuisance*. Pada umumnya *public nuisance* merupakan suatu tindak pidana dimana penyelesaiannya dilakukan oleh *Attorney General Public nuisance*. hal ini terjadi apabila ada perbuatan yang melawan hukum, atau kelalaian membahayakan atau mengganggu pada kehidupan, kenyamanan, properti, ataupun hak umum publik. Akan tetapi dapat ditindaklanjuti sebagai *tort* dan digugat secara privat bila ia telah mengalami kerugian sebagai publik sebagai satu kesatuan.¹²⁵

Dengan demikian, tindakan public nuisance dapat diajukan oleh:¹²⁶

- *the Attorney General*

The Attorney General adalah perwakilan masyarakat yang menghubungkan atau mewakili rasa ketidakadilan yang diderita oleh masyarakat banyak.

- *private individuals*

Penggugat harus menunjukkan bahwasanya a telah menderita suatu kerugian tertentu atau khusus yang berbeda dari kerugian yang diderita oleh masyarakat

¹²⁵ Vivienne Harpwood, *op, cit.*, hal. 230.

¹²⁶ Anita Stuhmcke, *op, cit.*, hal. 133

banyak, ataupun menunjukkan bahwasanya kerugian yang diderita lebih besar dari pada kerugian yang diderita oleh masyarakat banyak. Kerugian khusus tersebut dapat berupa cedera pribadi, kerusakan pada harta benda, kegaduhan tingkat tinggi ataupun kerugian ekonomi.

Private nuisance merupakan intervensi secara melawan hukum terhadap seseorang atas penggunaan ataupun dengan kenikmatan atas tanahnya, gangguan atas kesenangan dan kenyamanan ataupun kepentingan orang lain dalam hidup bertetangga. *Nuisance* adalah bentuk pertanggung jawaban *tort* yang mencakup berbagai situasi: kebakaran, banjir, pemandangan yang menyakitkan hati; memblokir jalan. Dengan demikian, *nuisance* termasuk kerusakan non-fisik seperti kebisingan yang mengganggu kenyamanan atau fasilitas dari harta benda penggugat dan kerusakan fisik terhadap tanah seperti mematikan air. *private nuisance* melindungi kepentingan penggugat dalam penggunaan pemakaian dan kenikmatan dari tanah mereka. Perbedaan antara *private nuisance* dan *trespass to land* adalah *private nuisance* melibatkan campur tangan secara tidak langsung dengan tanah, sedangkan *trespass to land* melibatkan campur tangan secara langsung.¹²⁷

Suatu perbuatan dapat dikatakan sebagai *private nuisance* apabila ada cedera langsung terhadap kesehatan hal ini cukup dibuktikan dengan orang tersebut telah kehilangan kesenangan hidup yang biasanya ia dapatkan, standar dari kenyamanan haruslah bervariasi tergantung wilayah. seseorang tidak dapat mendapatkan keuntungan dari kesensitifisan akan kebisingan dan bau.¹²⁸

3.4.2 *Rylands v Fletcher*

The rule in *Rylands v Fletcher* adalah pengaturan mengenai strict liability, yang tidak harus membuktikan kelalaian atau kurangnya kepedulian, ataupun tindakan kesengajaan melawan undang-undang dari pihak tergugat. Namun demikian harus tetap dibuktikan kerugian yang betul-betul telah diderita; *ryland v Fletcher* bukanlah suatu *tort* yang ditindak secara *per se*.

Dalam *v Rylands Fletcher* (1868), para penggugat mempekerjakan kontraktor independen untuk membangun sebuah waduk di atas tanah mereka.

¹²⁷ Anita Stuchme, *op, cit.*, hal. 123.

¹²⁸ Cavendish lawcard series, *op, cit.*, hal. 83.

Ketika menggali untuk penampungan air, **kontraktor menemukan pekerjaan tambang di atas tanah**, sebelum menyelesaikan pekerjaan, mereka gagal untuk menutup dengan baik dan telah mengisi waduk dengan air. Akibatnya, air menggenangi melalui saluran pertambangan ke tambang penggugat *Thomas Fletcher* yang terletak di bawah penampungan air *Rylands*. tergugat tidak dapat digugat dengan dasar *nuisance* karena tindakan tersebut tidak dilakukan dengan satu tindakan bukan dari tindakan yang dilakukan bertanggung jawab dalam gangguan karena banjir itu disebabkan oleh tindakan tunggal daripada tindakan yang dilakukan berulang-ulang, dan tidak pula mereka bertanggung. Tidak dapat juga bertanggung jawab dengan dalil *trespass* karena masuk kedalam tanah orang secara tidak langsung. Tidak ada bukti bahwsanya kelalaian dari pemilik tanah dan pada saat itu *negligence* belum menjadi tort yang berdiri sendiri. Akhirnya , hakim menyatakan prinsip baru untuk melindungi keadaan tersebut.

*Per Blackburn J: "The person who, for his own purposes, brings onto his land and collects and keeps there something likely to do mischief if it escapes must keep it in at his peril and if he does not do so, he is prima facie liable for all the damage which is the natural consequence of its escape. To this the House of Lords added the additional requirement that there must be non-natural user (that is, use) of the land for the rule to apply."*¹²⁹

3.5 *Intentional Interference with Goods*

Tort terhadap barang terjadi ketika penggugat baik sengaja atau lalai, secara langsung mengganggu barang kepemilikan penggugat. *Trespass to goods* termasuk mengambil barang milik penggugat, memindahkan benda, merusak atau menghancurkan mereka atau mengarahkan proyektil ke arah benda. dengan tindakan yang dilakukan langsung oleh terdakwa.

Tort ini pada dasarnya memberikan perlindungan bagi orang yang berhak atas kepemilikan langsung dari harta benda yang bersangkutan, dan dari hal tersebut, secara lain, menyerupai *trespass to land*. Secara umum dengan bentuk-bentuk lain dari *trespass*, tindakan tersebut harus terjadi secara langsung (seperti dalam *trespass to land*). Seperti, dalam *Fouldes v Willoughby* (1841), dikatakan merupakan suatu *trespass to goods* atas tindakan menggores papan penjurian.

¹²⁹ Anita Stuchkme, *op, cit.*, hal. 257.

Segala bentuk pengrusakan yang dilakukan dengan sengaja terhadap barang, dapat dikatakan suatu *trespass*, bahkan menggunakan barang tanpa izin dapat dianggap sebagai *trespass*, dan tidak ada pembelaan bagi tergugat dengan menyatakan secara jujur bahwasanya ia salah mengira bahwa barang tersebut adalah miliknya (*Kirk v Gregory (1876)*).

Trespass terhadap benda sama seperti *trespass* terhadap tanah, ditindak secara *per se* (tanpa membuktikan adanya kerugian) akan tetap semenjak putusan *Letang v Cooper (1965)*, dapat dikatakan sebagai awal dari *trespass* terhadap benda akan seperti *trespass* terhadap manusia yaitu meminta adanya suatu tindakan kesengajaan, walaupun perluasan tersebut tidak pernah dibuat secara hukum.¹³⁰

Tort trespass terhadap benda tetap bertahan hingga saat ini setelah *torts (Interference with Goods) Act 1977* dan *act* tersebut menyatakan dengan tegas bahwa pembelaan *contributory negligence* tidak dapat digunakan untuk *tort* ini. (s 11(1)).

3.5.1 Conversion

Conversion tort merupakan suatu *tort* yang berurusan dengan kebendaan yang tidak sesuai dengan hak-hak pemilik sebenarnya, atau menyangkal hak pemilik barang sebenarnya, atau menegaskan suatu hak yang tidak konsisten dengan hak miliknya. Satu perbedaan antara *trespass* dan *conversion* memindahkan benda tanpa menghapuskan kepemilikan penggugat adalah sebuah *trespass*, akan tetapi bukan suatu *conversion*. selanjutnya, jika barang yang diambil tanpa ada niat untuk menguasai baik secara permanen maupun sementara atas benda tersebut, tindakan tersebut merupakan *trespass*, bukan *conversion* (*Penfold Wines v Elliot (1946)*).¹³¹

Penggugat harus membuktikan bahwa ia memiliki penguasaan atas barang atau memiliki hak untuk kepemilikan langsung dari barang tersebut pada saat *tort* terjadi. Hal ini penting untuk membuktikan bahwa terdakwa mempunyai niat

¹³⁰ Vivienne Harpwood, *op. cit.*, hal 359

¹³¹ Anita Stuchmeck, *op. cit.*, hal 108

untuk berurusan dengan barang, meskipun tidak perlu untuk membuktikan bahwa terduga memiliki niat untuk menyangkal pemilik atau haknya atas barang.

Sperti Tipping J nyatakan dalam *Wilson v New Brighton Panelbeaters: The essence of trespass is an unlawful interference with possession of goods. The essence of conversion is an unlawful denial of the plaintiff's rights to his goods or an unlawful dealing with the plaintiff's goods by asserting a temporary or permanent dominion over them in a manner inconsistent with the plaintiff's rights thereto.*¹³²

3.5.2 *Detinue*

Detinue adalah suatu peristiwa ketika terduga secara salah menahan benda, dimana penggugat yang memiliki hak atas kepemilikan langsung telah meminta untuk mengembalikan benda tersebut. Inti dari Detinue adalah permintaan dan penolakan.¹³³

a. **Unsur dari *detinue*:**¹³⁴

a) ***Defendant possesses goods***

Sekedar dalam penguasaan atas barang orang lain tanpa hak untuk bertindak bukanlah suatu *tort*. Jika barang tersebut diperoleh secara sah, penahanan bukan merupakan suatu tindakan yang salah dalam hal tidak adanya niat untuk menjaga barang dengan cara yang tidak baik atau melanggar hak-hak lain. Misalnya, orang kepercayaan yang menjaga berlebih (waktu) mungkin akan bertanggung jawab untuk pelanggaran kontrak, tapi tidak untuk *conversion* ataupun *detinue*.

b) ***Claimant demands return of goods***

Penggugat harus membuktikan adanya hak atas kepemilikan pada saat penggugat menolak untuk mengembalikan barang – yang diminta oleh penggugat, dengan menyatakan secara jelas mengenai waktu dan tempat

¹³² Anita Stuchkme, *op. cit.*, hal. 109.

¹³³ *Ibid.* Hal. 109

¹³⁴ *Ibid.* Hal. 110

untuk mengirimkan barang miliknya dan tergugat menolak untuk mengirimkan. Dalam *detinue* menyatakan bahwa permintaan atas barang tidak cukup ketika penggugat tidak menunjukkan tempat dimana terdakwa harus mengirimkan barang-barang atau menunjukkan tempat yang menyusahkan (tidak semestinya) (*Lloyd v Osborne* (1989); *Capital Finance Co Ltd v Bray* (1964)).

c) Refusal

Dengan sengaja menolak untuk mengembalikan barang, yang merupakan inti dari tindakan *detinue*. Penolakan harus tidak masuk akal dan dinyatakan dengan pernyataan yang pasti, meskipun tidak harus diungkapkan. Kita penolakan dilakukan, tidak peduli bahwa terdakwa mungkin memiliki alasan untuk itu.

b. The Torts (Interference with Goods) Act 1977

Undang-undang ini, mengakui adanya tumpang tindih dan ambiguitas dari *Common Law*, berusaha untuk membereskan aturan dalam bidang ini.

Dalam reformasi tersebut diperjelas mengenai:

- a) hak untuk menuntut kerugian atas kelalaian yang dilakukan oleh orang kepercayaan atas barang yang telah dipercayakan kepadanya dialihkan ke *tort of conversion* s 2 (2);
- b) konsep umum mengenai pertanggung jawaban atas tindakan melawan hukum berupa intervensi terhadap benda-benda, pengadilan diberikan kekuasaan dengan ganti rugi yang sesuai yang untuk memesan;
- c) Kelalaian iuran padam sebagai pertahanan untuk konversi dan pelanggaran yang disengaja, kecuali dalam kaitannya dengan bank;
- d) aturan baru diperkenalkan dimana barang yang belum diklaim bisa dibuang;

3.6 Defamation

Defamation pada dasarnya merupakan tort yang dirancang untuk melindungi reputasi dari pernyataan tidak benar. Defamation itu sendiri berarti publikasian pernyataan yang merusak reputasi atau nama baik seseorang,

Universitas Indonesia

dengan tujuan untuk merendahkan martabat orang itu dalam masyarakat atau menyebabkan anggota-anggota masyarakat menjauhkan diri atau menghindarkan diri dari orang tersebut. *defamation* dalam bentuk permanen disebut sebagai *libel* gugatan dapat dilakukan tanpa bukti kerugian, begitu pula dalam *slander*, yang dapat digugat tanpa bukti kerugian, apabila menyebabkan orang lain menjauhinya, atau dianggap merendahkan orang tersebut dalam profesi, kantor, profesi atau perdagangan (Pasal 2 *the defamation act 1952*) syarat lain adalah bahwa pernyataan tersebut harus dipublikasikan, dalam arti harus diketahui pihak ketiga. atau dalam bentuk sementara (*slander*).

Perbedaan mendasar antara kedua *tort* (*defamation* dan *slander*) adalah sebagai berikut:¹³⁵

- a. *Libel* adalah pernyataan fitnah dalam bentuk permanen. misalnya, dalam bentuk tulisan, rekaman film atau pidato.

Berdasarkan Pasal 16 *Defamation Act 1952*, dan Pasal 166 dan 201 dari *Broadcasting Act 1990*, pernyataan penghinaan yang dilakukan di radio dan siaran televisi adalah *libel*. Berdasarkan Pasal 4 dari *Theatres Act 1968*, pernyataan penghinaan yang dilakukan di pertunjukan umum memainkan adalah *Libel*.

Sementara fitnah yang dilakukan dalam bentuk yang tidak tetap adalah *slander*. Contohnya adalah gerak tubuh dan kata-kata yang diucapkan tetapi tidak direkam.

- b. *Libel* dapat berbarengan antara suatu tindak pidana serta *tort*, sedangkan *slander* merupakan *tort*
- c. *Libel* ditindaklanjuti secara per se (tanpa bukti kerusakan khusus yang diperhitungkan dalam bentuk uang dalam jumlah tertentu), *slander* tidak. Untuk berhasil dalam gugatan *slander*, kerugian harus dibuktikan kecuali dalam empat kasus, yaitu:
 - a) Apabila ada dugaan bahwa penggugat telah melakukan suatu kejahatan yang dapat dipidana. Kejahatan tersebut harus menjadi salah satu yang

¹³⁵ Graham Stephenson, *Source Book on Torts*, ed.2, (London:Cavendish Publishing, 2000), hal. 510.

diancam hukuman penjara di tingkat pertama, bukan tindak kejahatan yang hanya membawa kemungkinan hukuman penjara atau denda.

- b) Apabila ada tuduhan bahwa penggugat, menderita penyakit yang tidak diinginkan oleh masyarakat sosial, misalnya campak, atau penyakit lain yang relevan saat ini adalah penyakit kelamin atau AIDS. Telah ada saran bahwa daftar penyakit dalam kategori ini sekarang tetap.
- c) Apabila ada tuduhan bahwa seorang wanita telah melakukan perzinahan atau berperilaku menyimpang (*slander women Act 1891*).
- d) Apabila ada tuduhan bahwa, penggugat tidak cakap atau terampil dalam menjalankan profesi maupun perdagangannya. Pernyataan itu harus merendahkan penggugat, baik merendahkan dengan cara meremehkan mengenai tata cara penggugat melaksanakan profesinya atau pekerjaanya.

3.7 *Torts Againsts Business Interest*

Merupakan *tort* yang mendorong seseorang untuk membatalkan kontrak dengan pihak ketiga, dimana pihak tersebut menderita kerugian. Dan juga dapat berupa perbuatan salah dari dua orang atau lebih untuk bergabung berkonspirasi untuk dengan sengaja bertujuan mengakibatkan kerugian bagi penggugat.

a. *Inducement of breach of contract*

Yaitu dorongan dan bujukan agar melakukan wanprestasi oleh pihak ketiga sehingga orang yang dibujuk itu melakukan pelanggaran dalam sebuah hubungan kontraktual. Sebagai contoh jika A memberikan dorongan kepada B untuk membatalkan perjanjiannya dengan C, C bisa menggugat A.

b. *Conspiracy*

Dimana ketika dua orang atau lebih bergabung atau bersepakat untuk bertindak secara melawan hukum dengan tujuan menimbulkan kerugian bagi pihak penggugat dan kerugian nyata, mereka telah melakukan *tort* dalam bidang konspirasi. Prinsip-prinsip dari *tort* ini adalah menghambat perdagangan dengan cara boikot yang tidak patut atau membatasi kompetisi sehingga merugikan pihak ketiga. Prilaku ini dapat dibenarkan dalam hal

- a) Tindakan tersebut sah dilakukan jika dilakukan oleh satu orang.

- b) Penggabungan akan dibenarkan secara hukum apabila motif utama adalah untuk melindungi kesatuan perdagangan dari pada merugikan pihak penggugat.
- c) Kerugian dari pihak penggugat harus dapat dibuktikan.

c. *Passing off*

Jika setiap orang, ataupun organisasi lainnya yang membawa tujuan untuk menjalankan bisnis dengan nama yang telah diperhitungkan untuk menipu atau mengelabui publik dengan membingungkan oleh suatu produk yang telah ada, sehingga publik mempercayai bahwa suatu barang adalah milik atau produksi seseorang. Dengan demikian pelaku melakukan *tort* dalam bentuk *passing off* karena mendapatkan keuntungan gelap dari penggunaan reputasi orang tersebut.

3.8 *Liability in Tort*

3.8.1 *Vicarious Liability*

Ketika seseorang yang seharusnya bertanggung jawab terhadap tindakan *tort* yang ia lakukan, maka ia harus memenuhi tanggung jawabnya. Terkadang seseorang bertanggung jawab atas *tort* walaupun orang tersebut tidak melakukan perbuatan melawan hukum. Bahkan dalam beberapa kasus tertentu keduanya dapat bertanggung jawab sebagai *tort feasons*¹³⁶. Doktrin ini dinamakan sebagai doktrin *Vicarious Liability*, yang paling menarik dari doktrin ini adalah pertanggungjawaban yang diberikan oleh majikan terhadap perbuatan melawan hukum yang dilakukan oleh pekerjanya dalam ruang lingkup pekerjaannya. Berdasarkan Employers Liability (Compulsory Insurance) Act 1969, majikan haruslah bertanggung jawab atas kerugian yang disebabkan oleh pekerjanya.

Sedangkan pengertian dari pekerja, menurut Salmond on *Tort* adalah “setiap orang yang dipekerjakan oleh orang lain untuk melakukan pekerjaan untuknya dan tunduk berdasarkan kontrol dan pengarahan majikan mengenai bagaimana suatu pekerjaan harus dilakukan. Pengertian ini telah disetujui oleh pengadilan dalam kasus *Hewitt v. Bonvin* (1940). Dalam kebanyakan kasus hubungan pegawai dan majikan di teguhkan dengan adanya kontrak pelayanan. Kontrak

¹³⁶ Tortfeasors: Two or more tort feasons who contributed to the claimant`s injury and who may be joined as defendants in the same law suit

tersebut dapat terjadi dalam bentuk tertulis maupun tersirat dan pada umumnya dapat dibuktikan dengan hal-hal seperti kekuasaan untuk menunjuk, kekuasaan untuk memecat, metode pembayaran gaji dan sebagainya.

Bagaimanapun juga untuk memutuskan adanya hubungan antara majikan dan pegawai, pengadilan tidak harus membatasi dirinya pada ketentuan-ketentuan umum dalam kontrak pelayanan, berdasarkan putusan dalam *Performing Right Society Ltd v. Mitchel and Booker*, McCardie, J mengatakan:

“the nature of the task undertaken, the freedom of action given, the magnitude of the contract amount, the manner in which it is paid, the powers of dismissal, and the circumstances under which payment of the reward may be withheld, all this bear on the solution of the question. But it seems clear that a more guiding test must be secured.... it seems... reasonably clear that the final test, and certainly the test to be generally applied, lies in the nature degree of detail control over the person alleged to be servant. This circumstance is, of course, one only of several to be considered but it is usually of vital importance”.

Doktrin *vicarious liability* dalam pandangan pertama tampaknya sangat tidak adil karena bertentangan dengan dua prinsip utama pertanggung jawaban dalam *tort*, yaitu:

- a. *That a person should be liable only for loss or damage caused by his own acts or omissions*
- b. *That a person should only be liable where he was at fault*

Doktrin tersebut akan sesuai untuk majikan yang dapat dikatakan lebih kaya dari pada para pekerjanya dan lebih mampu untuk membayar ganti rugi, walaupun doktrin ini terkadang dibenarkan dengan dalil pekerja dibawah kontrol dari majikan, kontrol bukanlah dasar untuk memaksakan berlakunya doktrin tersebut.

Corporations Sebuah perusahaan dapat bertindak sebagai penggugat, dan mengajukan gugatan *tort* melawan tergugat. Akan tetapi dalam beberapa *tort*, karena sifat dasarnya tidak dapat diajukan melawan perusahaan seperti *assault*. Jika corporation bertindak sebagai pihak tergugat maka hal yang perlu diperhatikan sebelum diajukan gugatan adalah *intra vires* dan *ultra vires*.

1. *Intra vires activities (within its powers)*

Ketika seorang pegawai atau agen dari sebuah korporasi melakukan *Tort* ketika sedang dalam melakukan pekerjaannya dalam *intra vires activity*,

maka perusahaan bertanggung jawab. Walaupun telah dikatakan bahwa setiap kesalahan yang dilakukan atas nama perusahaan harus *ultra vires* (semenjak parlemen tidak dapat memaksakan perusahaan untuk bertanggung jawab atas *tort*). Pandangan ini sangatlah keliru semenjak sebuah perusahaan dapat memiliki tanggung jawab hukum tanpa kecakapan hukum. Sebuah perusahaan bertanggung jawab dibawah prinsip *vicarious liability* untuk *tort* yang dilakukan oleh karyawan ataupun agen dalam hal kegiatan *intra vires*.

2. *Ultra vires activities (outside its powers)*

Disini kita harus membedakan antara *express* dan *non-express authority*. *Express* adalah kewenangan yang diberikan dengan jelas dan tanpa cela, sedangkan *non-express authority* adalah kewenangan yang diberikan kepada agen dengan perjanjian secara eksplisit. Perusahaan tidak bertanggung jawab jika pekerja terikat dengan *ultra vires* tanpa *express authority*. Akan tetapi jika perusahaan belum memberikan kewenangan, kita tidak dapat langsung menyimpulkannya. Di sisi yang lain, ketika perbuatan *tort* adalah *ultra vires* akan tetapi diberikan dengan *express authority*, pengadilan akan mengambil pandangan bahwa doktrin *ultra vires* tidak relevant, dan perusahaan bertanggung jawab untuknya.

3.8.2 *Strict Liability*

Ada beberapa *tort* yang tidak memerlukan pembuktian unsur kesalahan, yang harus dibuktikan adalah, tergugat melakukan suatu tindakan atau perbuatan, dan adanya kerugian yang timbul, dan kerugian tersebut merupakan hasil dari tindakan yang dilakukan tergugat. Hal ini disebut sebagai teori *strict liability*.

Strict liability dikenakan untuk berbagai tingkat dalam situasi sebagai berikut:

- a) pertanggung jawaban untuk hewan liar berbahaya.
- b) pertanggung jawaban untuk hewan ternak berkeliaran ke tanah milik orang lain.
- c) pertanggung jawaban untuk produk cacat berdasarkan Undang-Undang Perlindungan Konsumen 1987.
- d) pertanggung jawaban berdasarkan aturan *Rylands v Fletcher*.

- e) pertanggung jawaban atas pelanggaran kewajiban hukum, jika
- f) kewajiban untuk pelanggaran kewajiban hukum, jika undang-undang tersebut menentukan *strict liability*.
- g) Pertanggung jawaban atas pencemaran nama baik.
- h) Pertanggung jawaban atas orang yang membuat suatu objek, menyebabkan kerusakan di jalan raya.

3.8.3 Animals Liability

Pertanggungjawaban atas hewan pada awalnya diatur berdasarkan *Common Law*. Bersamaan dengan pertanggung jawaban *Common Law*, pertanggung jawaban diatur juga berdasarkan *Animal act* 1971. Yaitu kewajiban yang dimiliki pemilik ataupun penjaga binatang terhadap orang tergantung pada jenis hewan dan sifat membahayakan yang dimiliki binatang tersebut. Undang-undang membedakan antara binatang yang berbahaya karena mereka merupakan bagian yang tidak terpisahkan dari suatu spesies yang berbahaya (disebut *naturae ferae* dalam hukum *common law* yang lama), dan binatang yang pada dasarnya tidak berbahaya (*mansuetae naturae*).¹³⁷

a. *Dangerous animals*

Pasal 2 (1) dari Undang-Undang 1971 menguraikan mengenai definisi hewan dari spesies yang berbahaya, berdasarkan ketentuan Pasal tersebut, penjaga (*keeper*) hewan berbahaya bertanggung jawab secara ketat (*strict liability*) atas kerugian yang disebabkan oleh hewan tersebut.

Sedangkan definisi hewan berbahaya dalam *Animals Act* 1971 adalah:

...a species which is not commonly domesticated in the British Isles and whose fully grown animals have such characteristics that they are likely, unless restrained, to cause severe damage, or that any damage they may cause is likely to be severe.

Termasuk juga sebagai hewan berbahaya, adalah hewan yang secara jelas dianggap berbahaya oleh negara lain, seperti singa, serigala, beruang dan lainnya, akan tetapi juga termasuk binatang yang secara mudah ditemukan di kepulauan Inggris seperti rubah.

¹³⁷Vivi, 275

Definisi dari 'keeper' adalah:¹³⁸

- a) Pemilik dari hewan, jika hewan tersebut berada dalam kepemilikannya (penguasaannya); atau
- b) Kepala keluarga apabila pemiliknya berusia dibawah 16 tahun; atau
- c) Jika hewan berhenti dari kepemilikan atau penguasaan seseorang, maka pemiliknya adalah orang yang sebelumnya memilikinya, hingga hewan tersebut dialihkan ke pemilik yang baru.

b. Non- Dangerous Species

Pemilik dari spesies hewan yang tidak berbahaya, bertanggung jawab dalam hal:

- a) Kerugian yang mana disebabkan oleh hewan tersebut, was kemungkinan besar sebagai penyebab, atau jika menyemabkan, kemungkinan akan berdampak buruk;
- b) Kepala rumah tangga telah mengetahui bahwasanya hewan tersebut memiliki sifat yang tidak biasanya ada pada hewan yang sejenis (*Barnes v Lucillie* (1906)); and

c. Pembelaan

Pembelaan termasuk *volenti*, *contributory negligence* dan *trespass (s 5(3))*.

- a) Kerugian yang disebabkan oleh anjing terhadap hewan ternak : Pasal 3 dari *Animals Act 1971 (strict liability)* (*Dhesiv Chief Constable of West Midlands* (2000)).

Akan ada pembelaan dalam hal, hewan ternak berkeliaran di tanah pemilik anjing tersebut. Atau tanah lain dimana anjing tersebut telah diizinkan masuk oleh penghuni tanah.

- b) Pembelaan untuk membunuh anjing yang mengganggu hewan ternak. Polisi harus diberitahu dalam jangka waktu 48 jam. Harus benar-benar dinyatakan bahwasanya ia membunuh anjing untuk melindungi hewan ternak
- c) *Trespassing* dan hewan yang tersasar, berdasarkan Pasal 4 *Animals Act 1971 (strict liability)*.

¹³⁸ Vivienne Harpwood, *op, cit.*, hal. 276.

Definisi dari hewan ternak: sapi, kuda, babi, domba, kambing, unggas, beruang jinak

3.8.4 Product Liability

Common law, melalui kontrak dan tort, memberikan ganti rugi bagi konsumen, tetapi bidang hukum ini memiliki kelemahan. Berdasarkan ketentuan *Sale of Goods Act 1979* pertanggung jawaban yang dianut adalah pertanggungjawaban ketat, selain itu diatur pula mengenai ganti rugi untuk cacat dalam kualitas maupun cacat yang menyebabkan produk menjadi berbahaya. Bagaimanapun juga, perluasan orang-orang yang berhak atas kompensasi dibatasi oleh doktrin *privity of contract* sampai perpanjangan yang ditawarkan oleh Kontrak (*Rights of Third Parties*) Act 1999. Hanya pembeli dapat menuntut penjual. Pengguna Kredit sekarang dapat meminta ganti rugi terhadap perusahaan kredit di bawah *Consumer Credit Act 1974*.¹³⁹

Tort memberikan kompensasi bagi orang-orang yang mengalami kerugian akibat produk cacat, dan tidak mementingkan doktrin *privity of contract*. Namun, yang menjadi permasalahan dalam *tort* adalah membuktikan kesalahan, karena pertanggung jawaban yang tidak ketat. Lebih penting lagi, cakupan cacat yang akan diberikan kompensasi kerugian dibatasi oleh fakta bahwa kompensasi hanya diberikan terhadap produk cacat yang membahayakan kesehatan dan keselamatan (Donoghue v Stevenson (1932)). Biasanya, pihak yang dirugikan akan menggugat produsen.

Beberapa masalah dikotomi antara kontrak dan *tort* diperbaiki oleh *Consumer Protection Act 1987*. Undang-undang tersebut membuat pertanggungjawaban dilakukan secara ketat dalam hal produk cacat dan menawarkan berbagai orang untuk menggugat (memperluas cakupan orang yang berhak melakukan gugatan).

3.9 Remedies

Pemberian ganti rugi dapat berbentuk nominal, merendahkan, menghina, ataupun kompensasi. Biasanya ganti rugi diberikan dalam bentuk kompensasi berdasarkan prinsip *restitutio in integrum*, i.e. *Damages* diberikan dengan tujuan

¹³⁹ Graham Stephenson, *op. cit.*, hal. 370

menempatkan penggugat pada posisi jika ia tidak mengalami *tort*. Walaupun terkadang dalam kondisi tertentu hal tersebut sulit untuk dilakukan seperti dalam kasus *personal injuries*, seperti kehilangan anggota badan. Maka ganti rugi yang diberikan tidak dapat mengembalikan penggugat ke posisi semula, ganti rugi juga dapat diberikan untuk kerugian perseorangan, yang dapat berupa:

1. kesakitan dan penderitaan.
2. Kehilangan kesenangan hidup, kemudahan, sebagaimana kerusakan otak yang mengakibatkan ketidaksadaran permanen.
3. Kehilangan pendapatan, baik aktual maupun prospektif.

Sedangkan ganti rugi yang diberikan mengenai kehilangan pendapatan, dalam *Oliver v. Ashman, 1926* memutuskan bahwa ketika tindakan *tort* telah mengakibatkan penurunan harapan hidup dari penggugat. Maka ia harus memulihkan sejumlah keuntungan yang didapat berupa penjumlahan dari jumlah tahun untuk hidup, bukan untuk tahun-tahun yang telah hilang.

Bentuk-bentuk ganti rugi yang pada umumnya diberikan adalah:¹⁴⁰

- a. *Nominal damages*, diberikan jika *tort* telah terbukti sedangkan penggugat tidak mengalami atau menderita kerugian apapun. Dalam kasus tersebut penggugat hanya mendapatkan uang dalam jumlah yang sangat sedikit, sebenarnya ganti rugi tersebut hanya untuk menunjukkan pada dunia bahwasanya penggugat telah memenangkan perkara tersebut.
- b. *Compensatory damages*, pada umumnya gugatan ganti rugi bertujuan untuk mendapatkan kompensasi atas kerugian yang telah diderita. Jika kerugian dapat diperhitungkan dengan tepat, maka ganti rugi tersebut dinamakan sebagai ganti rugi khusus (*special damages*). sedangkan untuk ganti rugi yang tidak dapat dinilai secara akurat dengan uang disebut sebagai ganti rugi umum (*general damages*).

Tujuan dari *compensatory damages* adalah menempatkan penggugat pada posisi sebelum *tort* terjadi

- c. *Contemptuous damages* biasanya diberikan pada *tort* yang berupa penghinaan, tetapi pengadilan itu ingin mengekspresikan penolakan

¹⁴⁰ Vivienne Harpwood, *op, cit.*, hal. 413-415.

perilaku terdakwa, sehingga penggugat mendapatkan ganti rugi yang lebih besar dari pada yang diharapkan pada keadaan normal

- d. *Punitive damages* harus dibedakan dari *contemptuous damages*, *punitive damages* merupakan ganti rugi yang sengaja dibebankan oleh pengadilan kepada pelaku *tort* sebagai hukuman, dengan menambahkan besaran dari *compensatory damages*, mungkin dapat mencegah orang lain yang mungkin akan bertindak seperti yang dilakukan oleh tergugat, *punitive damages* hanya diberikan pada kasus-kasus tertentu. Ada tiga kasus yang dipertimbangkan, yang pertama adalah petugas pemerintah yang bertindak menindas, sewenang-wenang atau bertindak dengan inkonstitusional. Yang kedua adalah kasus-kasus dimana tindakan *tort* yang dia lakukan tergugat dilakukan untuk mendapatkan keuntungan dari penggugat, biasanya pada kasus-kasus pencemaran nama baik. Yang ketiga adalah ketika suatu peraturan perundangan (*statutes*) secara jelas memperbolehkan adanya *punitive damages* sebagai contoh adalah S 17 (3) *of the copyright act*.

Di Amerika perkembangan *punitive damages* terbagi menjadi tiga, yang pertama adalah pertanggung jawaban, untuk penghinaan kasus pertama yang menerapkan *punitive damages* adalah *Genay v Norris* dimana tergugat yang merupakan seorang dokter menaruh obat dalam dosis besar kedalam gelas anggur untuk penggugat, dimana pada saat itu penggugat adalah orang yang dibenci oleh tergugat. Penggugat pingsan di depan umum dan kalah dalam pertarungan dengan tergugat. Perkembangan kedua *punitive damages* diterapkan pada kasus-kasus penyalahgunaan kekuasaan dimana ada orang-orang yang berkuasa mengambil keuntungan dari pihak yang lemah, dan yang ketiga adalah pertanggungjawaban produk dan bisnis. Pengaturan perlindungan produk di Amerika pada tahun 1960 menggunakan asas *strict liability*, sehingga tidak dapat dibarengkan dengan *punitive damages* yang memerlukan kelalaian berat atau kelalaian berupa pengabaian (ketidak pedulian). Kasus yang terkenal mengenai *punitive damages* dalam perkara perlindungan produk adalah perkara *Pinto*

konsumen haruslah mengandalkan pada *punitive damages* untuk perlindungan terhadap mereka, semenjak adanya ketidak pastian adanya pihak yang akan memberikan kompensasi penuh dan juga tidak ada peraturan pemerintah yang memaksakan korporasi untuk bertindak dalam kepentingan publik.¹⁴¹

Remoteness of Damage

Konsekuensi dari perbuatan melawan hukum atas kesalahan bertindak atau kelalaian dari tergugat dapat tidak berakhir. Karena mungkin terjadi, walaupun penggugat telah melakukan pembuktian bahwasanya tergugat telah bersalah dan mengakibatkan kerugian dan tergugat telah dinyatakan bersalah dan karena kesalahannya menyebabkan kerugian. Kerugian tersebut tidak dapat diganti karena kerugian yang ditimbulkan tidak cukup terhubung dengan kesalahan yang dilakukan tergugat. Atau dapat dikatakan kerugian terlalu jauh untuk dapat diganti rugi. Ada beberapa prinsip untuk dapat menentukan apakah kerugian yang ditimbulkan terlalu jauh.

a. Regarding culpability or responsibility for the harm

Hukum meminta bahwasanya *reasonable man* seharusnya dapat memperkirakan bahwa apa yang ia lakukan dapat mengakibatkan penggugat menderita kerugian. maka ia bertanggung jawab untuk seluruh konsekuensi dari tindakannya, walaupun ada konsekuensi yang tidak dapat diperkirakan sebelumnya

b. Regarding liability to compensate the plaintiff

Bahwa tergugat sebagai *reasonable man*, telah dapat memperkirakan kerusakan yang akan timbul dari tindakannya, maka dia akan bertanggung jawab atas konsekuensi langsung yang timbul.

c. Regarding culpability or responsibility for the harm

Test ini masih merupakan test secara objektif daripada test yang subjektif, karena hukum memberikan substitusi untuk hipotesis *reasonable men*, dan tergugat hanya akan bertanggungjawab atas

¹⁴¹ Helmut Kozion and Vanessa Wilcox, "Punitive Damages Common Law and Civil Law Perspective". *Tort and Insurance Law*. Vol 25 (2009), hal 171.

kerusakan yang *reasonable man* dapat memperkirakan konsekuensi dari tindakannya.

d. *Regarding liability to compensate the plaintiff*

Saat ini hukum meminta tergugat untuk memberikan kompensasi terhadap penggugat hanya pada tindakan yang dapat diperkirakan. Tergugat tidak lagi bertanggung jawab atas semua konsekuensi dari tindakannya.

3.10 *Defence*

Secara umum pembelaan atau *defence*, yakni:

1. *Volenty non fit injuria: (to one who is willing no harm is done)*

Sering juga dikatakan sebagai pengasumsian atas resiko. Ada dua aspek utama dalam pembelaan ini yang pertama adalah a. *Deliberate harm* kerugian yang disengaja dan b. *Accidental harm* yaitu kerugian yang timbul karena ketidaksengajaan.

Dalam *deliberate harm* penggugat memberikan persetujuan atas tindakan yang dilakukan tergugat atau dapat dikatakan bahwa penggugat setuju untuk mengambil risiko bahaya atas tindakan yang disadari tergugat, yang pada keadaan biasa tindakan tersebut dapat diajukan gugatan. Berhubungan dengan hal tersebut ada isu lain yang sering kali diajukan ke pengadilan yaitu *informed consent*. Dalam kasus *sidaway v. Bethlem Royal Hospital Governors* dalam kasus ini penggugat memberikan persetujuan untuk melakukan operasi untuk menghilangkan rasa sakit di lehernya. Ahli bedah tidak memberitahukan adanya kemungkinan terjadinya kerusakan pada syaraf tulang belakang dan dia mengajukan gugatan terhadap ahli bedah karena terdapat kerusakan dalam syaraf dan menyatakan bahwa persetujuan telah batal karena tidak semua kemungkinan resiko diungkapkan sebelum dia menyatakan persetujuan tersebut. Gugatannya gagal dalam Court of Appeal. Resiko dari kerusakan syaraf tulang belakang terlalu jauh untuk dapat ditemukan dalam klaim sebagai suatu kelalaian.

Mengenai kewajiban untuk mengungkapkan sebelum diberikannya persetujuan, memberikan atau menahan informasi yang masuk akal dalam setiap keadaan keinginan hakiki pasien dalam memberikan pilihan yang

rasional. Test tersebut sangat memuaskan dan dalam hal ini persetujuan dari penggugat sudah sah.

Penggugat dapat memberikan persetujuan secara tersirat dalam hal menjalankan resiko dari accidental harm yang timbul padanya. Disamping itu penggugat mungkin dapat menyadari secara tegas bahwa dia telah melakukan kegiatan dengan resikonya sendiri. Bagaimanapun juga yang paling esensial dalam pembelaan ini adalah tergugat haruslah menunjukkan bahwa penggugat telah menyetujui untuk menerima resiko yang akan terjadi.

Jika seseorang memberikan persetujuan untuk tindakan yang membahayakan atas dirinya murni kontraktual, hal tersebut hanya dapat beroperasi dalam batas-batas yang diberikan dalam hukum kontrak; maka doktri privity of kontrak diaplikasikan (hal ini merupakan pembelaan diri yang lengkap dan mengakibatkan gugurnya gugatan). Adanya 3 persyaratan yang harus dipenuhi kesukarelaan, persetujuan dan pengetahuan.

2. *Consent*

Persetujuan atau izin dari tergugat meniadakan tuntutan *tort*. Persetujuan itu dapat secara tegas atau tidak langsung, yang meliputi seluruh resiko suatu terbatas Pasal persetujuan yang diberikan. Akan tetapi undang-undang dapat mengesampingkan persetujuan ini dalam hal tertentu, seperti dalam undang-undang lalu lintas jalan raya, 1972

3. *The rescue cases*

Dalam kondisi yang berbeda dikenal sebagai *recue cases*. Dalam kasus ini penggugat mengalami kerugian ketika intervensi dalam menyelamatkan nyawa atau properti yang berada dalam keadaan bahaya karena kelalaian dari tergugat. Jika intervensi tersebut merupakan suatu hal yang masuk akal untuk dilakukan untuk menyelamatkan nyawa dan properti maka hal tersebut bukanlah merupakan suatu *assumption of risk*, dan tidak juga merupakan pembelaan atas *contributory negligence* dapat diaplikasikan. Akan tetapi jika hal tersebut masuk di akal untuk dilakukan maka pembelaan dengan menggunakan *volenti* dan kontribusi kelalaian dapat diaplikasikan.

4. *Inevitable Accident*

Fakta bahwa kerusakan ditimbulkan karena ketidaksengajaan tidak dapat menjadi pembelaan. Jika ada kewajiban untuk mencegah terjadinya konsekuensi tersebut, akan tetapi ada kesempatan dimana pembelaan dengan dasar *inevitable accident* dapat digunakan. Seperti dalam hal kecelakaan yang tidak dapat untuk dihindari bahkan dengan tindakan pencegahan yang dilakukan oleh orang rasional sekalipun.

5. *Illegality*

Dapat dilakukan apabila bahwasanya penggugat telah melakukan suatu tindakan melawan hukum atau tidankan tidak moral ketika *tort* terjadi. Dalam *Ashton v Turner* (1980) bahwa tiga laki-laki melakukan pencurian setelah minum malam hari, mereka berusaha melarikan diri dengan menggunakan mobil yang dimiliki salah satu dari mereka. Mobil tersebut mengalami kecelakaan dan penumpang mengalami luka. Lalu dia melakukan klaim berdasarkan kelalaian pada pengemudi dan pemilik mobil. Hakim Ewbank yang menolak klaim tersebut dengan alasan bahwa berdasarkan kebijakan publik bahwa hukum seharusnya tidak mengakui kewajiban kepedulian dari seorang turut melakukan aksi kriminal. Dan pembelaan dengan dalil *volenti non fit injuria* dapat dilakukan oleh pengemudi.

6. *Necessity*

Dalam hal tertentu, seseorang dapat saja melakukan *tort* dengan sengaja untuk tujuan tertentu, baik untuk untuk mencegah kerusakan yang lebih besar yang mungkin dapat terjadi. Tentunya kerusakan tersebut baru dapat dibenarkan apabila tindakan tersebut masuk di akal.

7. *Act of god*

Apabila kerugian disebabkan oleh suatu kejadian yang tidak dapat diperkirakan atau diluar jangkauan manusia, seperti bencana alam.

8. *Statutory authority*

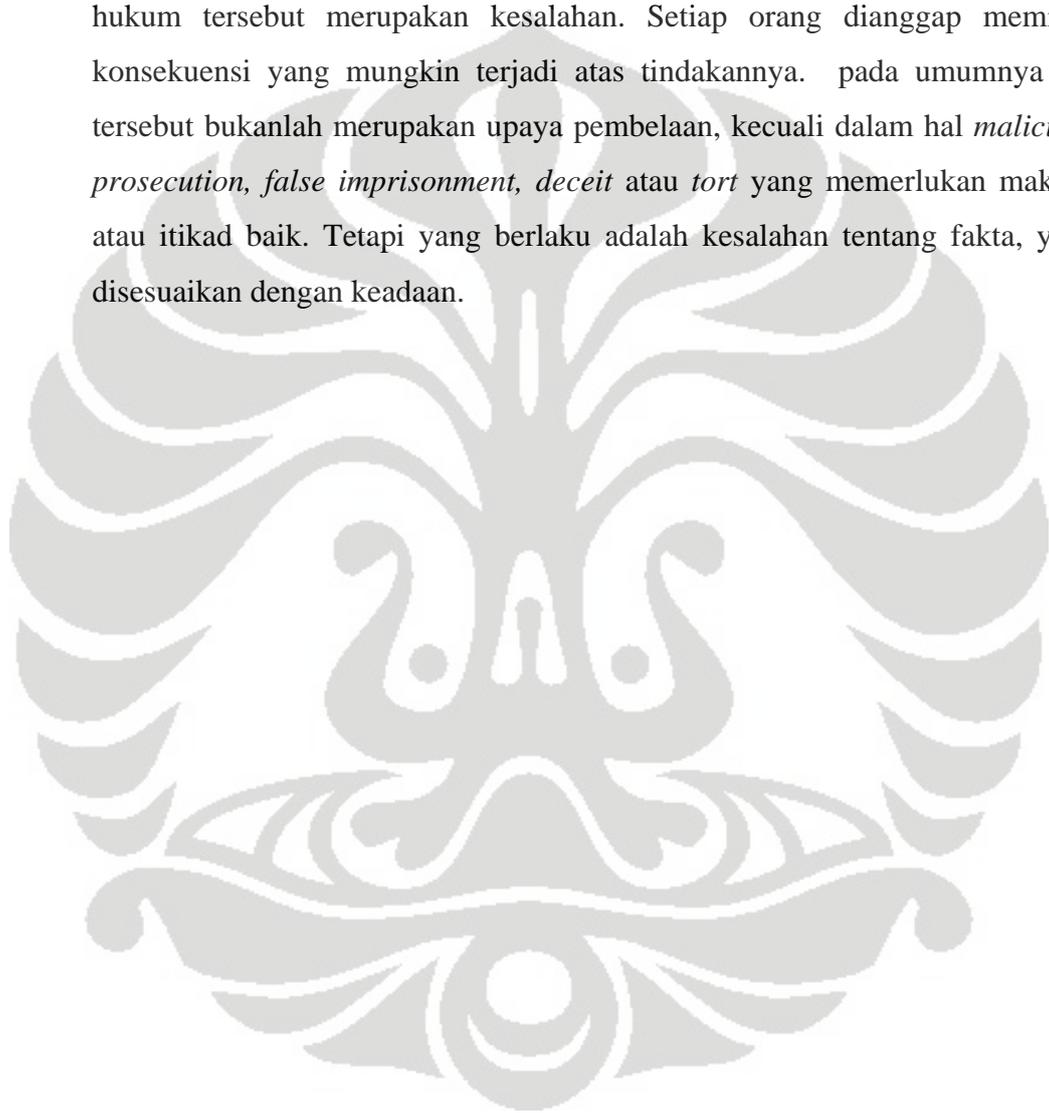
Suatu perbuatan melawan hukum yang dilakukan berdasarkan undang-undang tidak dapat digugat.

9. *Justification or self defence*

Ketika seseorang melakukan *tort* dalam melakukan pembelaan atas dirinya sendiri ataupun perlindungan atas benda miliknya akan tetapi pembelaan tersebut dilakukan dengan tindakan yang proporsional

10. *Mistake*

Mistake atau salah sangka, baik tentang hukum atau keadaan, Pada umumnya seseorang tidak dapat menggunakan bahwa tindakan melawan hukum tersebut merupakan kesalahan. Setiap orang dianggap memiliki konsekuensi yang mungkin terjadi atas tindakannya. pada umumnya hal tersebut bukanlah merupakan upaya pembelaan, kecuali dalam hal *malicious prosecution, false imprisonment, deceit* atau *tort* yang memerlukan maksud atau itikad baik. Tetapi yang berlaku adalah kesalahan tentang fakta, yang disesuaikan dengan keadaan.



BAB IV MALPRAKTEK MEDIK

4.1 Pengertian Malpraktek Medik

Dalam melaksanakan tugas sebagai tenaga kesehatan, setiap tenaga kesehatan tersebut mungkin akan melakukan suatu pelanggaran. Pelanggaran tersebut dapat terjadi dalam bidang etika, disiplin dan dalam bidang hukum. Berdasarkan ketentuan undang-undang No. 29 Tahun 2004 Tentang Praktik Kedokteran. Pelanggaran disiplin akan diselesaikan oleh lembaga yang telah ditentukan oleh Undang-Undang yaitu Majelis Kehormatan Disiplin Kedokteran Indonesia (MKDKI).¹⁴¹ Apabila dalam pemeriksaan ditemukan bahwasanya pelanggaran yang terjadi merupakan pelanggaran dalam bidang etika, MKDKI meneruskan pengaduan pada organisasi profesi. Sehingga, perkara tersebut ditangani oleh organisasi interen, seperti Ikatan Dokter Indonesia (IDI).¹⁴² Selain kedua pelanggaran tersebut, profesi kedokteran dapat pula melakukan pelanggaran di bidang hukum. Pengaduan terhadap MKDKI tidak membuat seseorang kehilangan upaya hukum secara perdata maupun pidana.¹⁴³ Dilihat dari pelanggaran hukum, pelanggaran tersebut terbagi menjadi dua bidang yaitu yang bersifat medik dan juga yang bersifat bukan medik.

Istilah malpraktek seringkali kita dengar, baik di media masa maupun media cetak dan pada umumnya istilah tersebut selalu dikonotasikan buruk dan selalu dikaitkan dengan pelanggaran yang terjadi dalam bidang hukum medik.

¹⁴¹ Pasal 55 (1) Undang-Undang Praktik Kedokteran “Untuk menegakkan disiplin dokter dan dokter gigi dalam penyelenggaraan praktik kedokteran, dibentuk Majelis Kehormatan Disiplin Kedokteran Indonesia”.

Pasal 64 *ibid* “Majelis Kehormatan Disiplin Kedokteran Indonesia bertugas :

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

¹⁴² Pasal 68 *ibid* “Apabila dalam pemeriksaan ditemukan pelanggaran etika, Majelis Kehormatan Disiplin Kedokteran Indonesia meneruskan pengaduan pada organisasi profesi”.

¹⁴³ Pasal 66 (3) *ibid* “Pengaduan sebagaimana dimaksud pada ayat (1) dan ayat (2) tidak menghilangkan hak setiap orang untuk melaporkan adanya dugaan tindak pidana kepada pihak yang berwenang dan/atau menggugat kerugian perdata ke pengadilan”.

Malpraktek seperti yang telah diterangkan sebelumnya, merupakan terjemahan dari kata *Malpractice* yang berdasarkan Black`s Law *malpractice* berarti *an instance of negligence or incompetence on the part of a professional*.¹⁴⁴ Diterjemahkan dalam bahasa Indonesia menjadi Malpraktek yang merupakan padanan kata dari *Mal* yang berarti buruk dan *Praktek* yang berarti pelaksanaan pekerjaan. Sehingga malpraktek dapat dilakukan oleh profesi manapun.

Sedangkan dalam profesi kedokteran, malpraktek yang dilakukan oleh profesi kedokteran seringkali disebut sebagai malpraktek medik. Dilihat dari ketentuan peraturan perundang-undangan yang mengatur hukum kesehatan maka pengertian malpraktek medik belum dituliskan dengan terang dan jelas. Oleh karena itu, untuk mengetahui lebih mendalam mengenai pengertian dari malpraktek medik maka perlu diuraikan terlebih dahulu pengertian-pengertian malpraktek medik berdasarkan para ahli hukum Indonesia maupun Asing dan berdasarkan literatur-literatur lain.

Menurut Ninik Mariyanti malpraktek kedokteran dapat diartikan sebagai bencana yang timbul sebagai akibat dari suatu praktek kedokteran, bencana mana timbul tidak karena disengaja diduga sebelumnya, melainkan ada unsur lalai yang seharusnya tidak layak untuk dilakukan oleh seorang dokter, sehingga berakibat cacat, atau matinya pasien.¹⁴⁵ Dalam artian umum malpraktek terjadi karena tidak memenuhi standar yang telah ditentukan oleh profesi. Secara khusus malpraktek dapat terjadi dalam menentukan diagnosis, menjalankan operasi, perawatan dan sesudah perawatan.

Malpraktek berasal dari "*malpractice*" yang pada hakikatnya adalah kesalahan dalam menjalankan profesi yang timbul sebagai akibat adanya kewajiban-kewajiban yang harus dilakukan oleh dokter maupun kesalahan profesional dalam menjalankan profesi medis yang tidak sesuai dengan standar profesi.¹⁴⁶

¹⁴⁴ Bryan A. Garner, *op.cit.*, hal. 971.

¹⁴⁵ Ninik mariyanti, *Malapraktek kedokteran; dari segi hukum pidana dan perdata* (Jakarta: Bina Aksara, 1988), hal. 39.

¹⁴⁶ Veronica komalawati, *op. cit.*, hal 87.

Menurut Guwandi malpraktik adalah:¹⁴⁷

- a. Melakukan suatu hal yang seharusnya tidak boleh dilakukan oleh dokter atau dokter gigi;
- b. Tidak melakukan apa yang seharusnya dilakukan atau melalaikan kewajiban (negligence);
- c. Melanggar suatu ketentuan menurut atau berdasarkan peraturan perundang-undangan;

Menurut Syahrul Machmud, seorang dokter dikatakan telah melakukan praktek yang buruk manakala dia tidak memenuhi persyaratan-persyaratan yang telah ditentukan dalam kode etik kedokteran, standar profesi, standar pelayanan medik, standar pelayanan medik. Demikian pula dipenuhinya persyaratan administrasi sebelum dokter melakukan praktek kedokterannya serta adanya persetujuan atau kesepakatan antara dokter dengan pasiennya (*informed consent*) sebelum melakukan tindakan medik.¹⁴⁸

Malpraktek medik adalah kelalaian seorang dokter untuk mempergunakan tingkat keterampilan dan ilmu pengetahuan yang lazim dipergunakan dalam mengobati pasien atau orang yang terluka menurut ukuran di lingkungan yang sama. Yang dimaksudkan kelalaian disini ialah sikap kurang hati-hati, yaitu tidak melakukan apa yang seseorang dengan sikap hati-hati melakukannya dengan wajar, atau sebaliknya melakukan apa yang seseorang dengan sikap hati-hati tidak akan melakukannya dalam situasi tersebut. Kelalaian diartikan pula dengan melakukan tindakan kedokteran dibawah standar pelayanan medik.¹⁴⁹

Kelalaian bukanlah suatu pelanggaran hukum atau kejahatan jika kelalaian itu tidak sampai membawa kerugian atau cedera kepada orang lain dan orang itu dapat menerimanya. Hal tersebut berdasarkan prinsip hukum "*de minimis noncurat lex*" yang berarti hukum tidak mencampuri hal-hal yang dianggap sepele. Tetapi jika kelalaian itu mengakibatkan kerugian materi, mencelakakan

¹⁴⁷ Guwandi 2, *op.cit.*, hal. 18.

¹⁴⁸ Syahrul Machmud, "Aspek Hukum dalam Medical Malpractice" *Varia Peradilan* No. 264 (November 2007). Hal.57

¹⁴⁹ Amri Amir dan M. Jusuf Hanafiah. *Etika Kedokteran & Kesehatan*. Ed. 3. (Jakarta: Penerbit Buku Kedokteran EGC, 1999), hal. 87.

bahkan merenggut nyawa orang lain, maka ini diklasifikasikan sebagai kelalaian berat (culpa lata), serius dan kriminal. Tolak ukur culpa lata adalah: bertentangan dengan hukum, akibatnya dapat dibayangkan, akibatnya dapat dihindarkan, perbuatannya dapat dipersalahkan.

Malpraktek medik merupakan kelalaian berat dan pelayanan kedokteran dibawah standar. Dokter dikatakan melakukan malpraktek jika:¹⁵⁰

1. Dokter kurang menguasai iptek kedokteran yang sudah berlaku umum dikalangan profesi kedokteran.
2. Memberikan pelayanan kedokteran dibawah standari profesi (tidak *lege artis*).
3. Melakukan kelalaian yang berat atau memberikan pelayanan dengan tidak hati-hati.
4. Melakukan tindakan medik yang bertentangan dengan hukum.

Sedangkan berdasarkan Black Laws Dictionary *medical malpractice* berarti “*A doctor`s failure to exercise the degree of care and skill that a physician or surgeon of the same medical speciality would use under similar circumstances*”.¹⁵¹

World Medical Associations (WMA) adalah “*Involves the physician`s failure to conform to the standard of care for treatment of the patient`s condition, or a lack of skill, or negligence in providing care to the patient, which is the direct cause of an injury to the patient*”.¹⁵²

Jika merinci aspek hukum dari malpraktek medik, maka pedoman yang harus diperhatikan adalah adanya:¹⁵³

1. Penyimpangan dari Standar Profesi Medis
2. Kesalahan yang dilakukan dokter, baik berupa kesengajaan, ataupun kelalaian

¹⁵⁰ *Ibid.* hal. 88

¹⁵¹ Bryan A Garner , *op. cit.*, hal. 971 ed

¹⁵² World Medical Association Statement on Medical Malpractice

¹⁵³ Leenen, *op.cit.*, hal. 92.

3. Akibat yang terjadi disebabkan oleh tindakan medis yang menimbulkan kerugian baik materiil/non materiil, atau fisik (luka atau kematian)/mental.

Patut diingat bahwasanya tidak semua kegagalan medis adalah akibat malpraktik medis, hal tersebut sering juga disebut sebagai resiko medis. Suatu peristiwa buruk yang tidak dapat diduga sebelumnya yang terjadi saat dilakukan tindakan medis yang sesuai standar tetapi mengakibatkan cedera pada pasien tidak termasuk ke dalam pengertian malpraktik atau kelalaian medik. Suatu perbuatan malpraktek dapat terjadi karena dapat terjadi karena suatu tindakan yang disengaja (*intentional*), tindakan kelalaian (*negligence*), ataupun suatu kekurang-mahiran/ketidakkompetenan yang tidak beralasan.

Dalam hukum medis sering juga dikenal istilah "*negligence*" yang berarti kelalaian, beberapa penulis menggunakan istilah *negligence* untuk menyebut istilah *malpractice*, dalam artian mereka mempersamakan kedua istilah tersebut. Sehingga kedua istilah tersebut sering kali digunakan bergantian seolah-olah memiliki makna yang sama. Menurut Creighton Sebagai terjemahan dari "*medical negligence*" ia juga disebut sebagai "*medical malpractice*", sudah dianggap sebagai sinonim.¹⁵⁴ Menurut Guwandi, malpraktek tidaklah sama dengan kelalaian, karena kelalaian termasuk dalam istilah malpraktek, tetapi di dalam malpraktek tidak selalu harus terdapat unsur kelalaian. Dengan demikian, malpraktek memiliki cakupan yang lebih luas, selain mencakup kelalaian malpraktek juga dapat dilakukan dengan sengaja (*intentional, dolus, opzettelijk*) dan melanggar Undang-Undang.¹⁵⁵

4.1.1 *The Standard of skill and care*

Berdasarkan unsur-unsur yang telah dirumuskan oleh Leenen maka ada beberapa unsur yang perlu diterangkan lebih mendalam. Sesuai dengan ukuran pelayanan medis disini adalah ukuran medis ditentukan oleh ilmu pengetahuan medis. Ukuran medis merupakan suatu cara perbuatan medis tertentu dalam suatu kasus yang konkret menurut suatu ukuran tertentu, ukuran mana didasarkan pada

¹⁵⁴ J.Guwandi 3, *Pengantar Hukum Medik dan Bio-Etika (Prinsip, Pedoman, Pembuktian dan Contoh Kasus)*, (Jakarta: Balai Penerbit Fakultas Kedokteran Universitas Indonesia, 2009) hal. 80

¹⁵⁵ J. Guwandi1, *op.cit.*, hal. 21.

ilmu medis dan pengalaman dalam bidang medis.¹⁵⁶ Wewenang untuk menentukan hal-hal yang boleh dan yang tidak boleh dilakukan dalam suatu kegiatan profesi itu sendiri. Sehingga dalam rangka peningkatan dan pengawasan mutu pengalaman profesi, perlu ditetapkan standar pelayanan profesi. Dalam pelaksanaan profesi kedokteran diperlukan standar pelayanan medis yang mencakup:¹⁵⁷

- a. standar ketenagaan.
- b. standar prosedur standar sarana.
- c. standar hasil yang diharapkan.

Bahwasanya setiap tenaga medis dalam melakukan kewajiban perawatan dan pelayanannya diharapkan memiliki usaha yang cukup baik, dan memiliki tingkat keahlian dan kompetensi seperti pada umumnya. Suatu keterampilan tidak hanya dilihat berdasarkan ukuran manusia rata-rata. Akan tetapi harus juga diukur berdasarkan kecapaian yang dapat dan memang diharapkan dari standar dari profesi mereka.¹⁵⁸

Yurisprudensi yang paling terkenal di Inggris adalah perkara *Bolam v Friern Hospital Management*, dimana putusan tersebut telah diterima oleh Legislature dan juga House of Lords dan Privy Council.

*“Where you get a situation which involves the use of some special skill or competence, then the test as to whether there has been negligence or not is not the test of the man on the top of a Clapham omnibus, because he has not got this special skill. The test is the standard of the ordinary skilled man exercising and professing to have special skill. A man need not possess the highest expert skill; it is well established law that it is sufficient if he exercise the ordinary skill of an ordinary competent man exercising that particular art....”*¹⁵⁹

¹⁵⁶ Fred Ameln, *Kapita Selekta Hukum Kedokteran*, (Jakarta: Grafika Jaya, 1991), hal.

¹⁵⁷ Ikatan Dokter Indonesia dan Departemen Kesehatan RI. *Standar Pelayanan Medis, cet.1. (tahun 1993), Hal 3.*

¹⁵⁸ Dieter Giesen, *International Medical Malpractice Law; A Comparative Law Study of Civil Liability Arising from Medical Care*, (London: Kluwer Academic Publishers Group, 1988) Hal. 91.

¹⁵⁹ Michael Davies, *Textbook on Medical Law*, (London: Blackstone Press Limited, 1998), hal. 86

Sedangkan dalam perkara malpraktek medik dalam perkara *Hunter v Hanley* Lord President mengatakan bahwa “ *the true test for establishing in the well-known scots case treatment on the part of a doctor of ordinary skill would be guilty of if acting with ordinary care*”.¹⁶⁰ Test tersebut tidak dapat memberikan pendefinisian yang lebih baik, bahkan cenderung memberikan keistimewaan tertentu bagi profesi kedokteran karena ukuran yang digunakan hanyalah jika seorang dokter dengan kemampuan rata-rata juga melakukan kesalahan. Perkembangan selanjutnya adalah hukum menghilangkan pandangan subjektif mengenai penilaian *standard of care* hal ini dapat dilihat dalam perkataan *Oliver Wendell Holmes*:

“*the standards of the law are standards of general application. The law takes no account of the infinite varieties of temperament, intellect and education which make the internal character of a given act so different in different men. It does not attempt to see men as God sees them*”¹⁶¹

Dengan demikian standar dari perawatan seorang dokter dinilai berdasarkan penilaian dari luar, pandangan objektif sehingga ketika seorang dokter mengetahui bahwa dirinya tidak cakap, ia harus menyadari batasan kualifikasi serta pengalamannya dan menyarankan atau memerintahkan pasien tersebut untuk pergi pada dokter yang lebih profesional dan spesialis dalam bidang tertentu.

Dengan demikian standar *skill of care* berarti seorang dokter atau tenaga medis tersebut memiliki kemampuan rata-rata dibandingkan dengan dokter dari kategori keahlian medik yang sama. Dalam situasi kondisi yang sama, dengan sarana upaya yang memenuhi perbandingan yang wajar dibandingkan dengan tujuan konkret tindakan medis tersebut. Dokter haruslah menjaga keseimbangan antara tindakan dan tujuan yang ingin dicapai dengan tindakan tersebut dan berusaha untuk mencari resiko yang terkecil. Tujuan yang ingin dicapai dalam ilmu kedokteran adalah menyembuhkan dan mencegah penyakit. Meringankan penderitaan yang berarti dokter juga harus berusaha mencegah sebanyak mungkin

¹⁶⁰ Rodney Nelson, and Frank Burton, *Medical Negligence Case Law*, (London: Fourmat Publishing, 1990), hal. 34.

¹⁶¹ *ibid*

adanya penderitaan yang bisa terjadi sebagai akibat tindakan medik. Mengantar pasien *comforting* termasuk mengantar menghadapi akhir hidup.¹⁶²

Hal tersebut merupakan suatu bentuk dari dua pokok perilaku yang harus dimiliki dalam praktek profesi kedokteran, yaitu kesungguhan untuk berbuat demi kebaikan pasien (*doing good*) dan tidak ada niat untuk menyakiti, mencederai dan merugikan pasien (*primum non nocere*). Sebagai bagian dari rasa tanggung jawabnya, dan sebagai manifestasi dari dua prinsip perilaku di atas, dokter wajib menghargai hak pasien. Hak tersebut adalah hak untuk dirawat/diobati/ditangani oleh dokter yang dalam mengambil keputusan profesionalnya (secara klinis dan etis) dilakukan secara bebas dari pengaruh luar. Hal lain yang wajib dihargai para penderita adalah hak untuk dilindungi rahasia pribadinya yang telah dititipkan kepada dokternya.

Dalam perkembangannya standar pelayanan medis, mulai disusun oleh Ikatan Dokter Indonesia (IDI), dan Departemen Kesehatan RI pada tahun 1993. Dikarenakan, suatu hal yang tidak mungkin untuk menyusun standar bagi semua penyakit. Maka standar pelayanan medis ditentukan untuk beberapa jenis penyakit tertentu. Dalam menentukan jenis penyakit yang perlu disusun standarnya, IDI mengacu pada pendapat yang tertulis dalam *New England Journal of Medicine* tahun 1973, dimana:

1. Penyakit tersebut mempunyai dampak fungsional yang besar
2. Merupakan penyakit yang jelas batas-batasnya, dan relatif mudah untuk mendiagnosisnya
3. Prevalensinya relatif cukup tinggi dalam praktek
4. Perjalanan penyakitnya dapat secara nyata dipengaruhi oleh tindakan medis yang ada.
5. Pengelolaannya dapat ditetapkan secara jelas
6. Faktor non medis yang mempengaruhinya sudah diketahui

Standar pelayanan medis memiliki empat tujuan penting yang juga bersifat fungsi standar tersebut, yaitu:

1. Melindungi masyarakat dari praktek-praktek yang tidak sesuai dengan standar profesional.

¹⁶² Leenen, *op. cit.*, hal. 60-62.

2. Melindungi profesi dari tuntutan masyarakat yang tidak wajar.
3. Sebagai pedoman dalam pengawasan praktek dokter dan pembinaan serta peningkatan mutu pelayanan kedokteran.
4. Sebagai pedoman untuk menjalankan pelayanan kesehatan yang efektif dan efisien.

4.1.2 *The Duty of care*

Dalam malpraktek medik tidak ada perbedaan yang mendasar mengenai kewajiban perawatan dan kemampuan yang wajib diberikan oleh seorang dokter kepada pasiennya dalam hukum perjanjian maupun dalam perbuatan melawan hukum. seorang dokter dapat memberikan anjuran maupun perawatan dalam suatu ikatan perjanjian maupun tanpa ikatan perjanjian, akan tetapi dalam kedua hal tersebut seorang dokter tetap berada dalam kewajiban yang sama untuk melakukan perawatan pada umumnya, dan juga untuk menyimpan kerahasiaan informasi yang ia peroleh.¹⁶³

Seperti yang telah diterangkan sebelumnya bahwasanya putusan Lord Atkin dalam perkara *snail in the ginger beer bottle* merupakan landasan awal berkembangnya teori *duty of care* dalam sistem hukum *Common Law*. Hingga saat ini perumusan yang digunakan adalah adanya “*proximity-foreseeability-duty*”. Perkembangan dalam malpraktek medik, seorang dokter dinyatakan memiliki *duty of care* berdasarkan:

“Rv Bateman (1925) 94 LJ KB 791 “if a doctor holds him self out as possessing special skill and knowledge, and he is consulted, as possessing such skill and knowledge, by or on behalf of patient, he owes duty to the patient to use due caution in undertaking the treatment. If he accepts the responsibility and undertakes the treatment and the patient submits to his discretion and treatment accordingly, he owes a duty to the patient to use diligence, care, knowledge, skill and caution in administering the treatment. No contractual relation is necessary, nor is it necessary that the service be rendered for reward.”¹⁶⁴

Dengan demikian adanya *duty of care* mulai lahir ketika profesional medis tersebut telah siap memberikan saran medis maupun perawatan, dan tersirat bahwa tenaga medis tersebut memiliki keahlian dan kemampuan untuk tujuan

¹⁶³ Dieter Giersen, *op, cit.*, hal. 31

¹⁶⁴ Michael Davies, *op, cit.*, hal. 62.

tersebut. Ketika berkonsultasi dengan pasien maka tenaga medis tersebut memiliki kewajiban untuk *duty of care*. Dalam memutuskan apakah ia akan menangani kasus tersebut, dalam menentukan sejarah kasus yang tepat, dalam memberikan diagnosis yang tepat, dan memberitahukan mengenai pengobatan atau operasi yang tepat.

Sifat hubungan dokter-pasien secara yuridis dapat dikatakan hubungan kontrak, dimana dokter mengikatkan diri untuk memberikan pelayanan, sedangkan pasien mengikatkan diri untuk menerima pelayanan tersebut. Dengan demikian ada dua ciri sifat hubungan antara pasien dengan dokter:¹⁶⁵

- (1) Adanya suatu persetujuan (*consent, agreement*) atas dasar saling menyetujui dari pihak dokter dan pasien tentang pemberian pelayanan pengobatan.
- (2) Adanya suatu kepercayaan (*fiduciary*), karena hubungan kontrak tersebut berdasarkan saling percaya mempercayai satu sama lain.

Bentuk hubungan kontrak antara dokter dan pasien dapat berupa kontrak yang nyata (*expressed contract*). Dimana jangkauan pemberian pelayanan pengobatan sudah ditawarkan oleh sang dokter yang dilakukan secara nyata dan jelas, baik secara tertulis maupun lisan. Kontrak tersirat (*implied contract*) adanya kontrak disimpulkan dari tindakan-tindakan para pihak. Timbulnya bukan karena persetujuan, tetapi dianggap ada oleh hukum berdasarkan akal sehat dan keadilan.¹⁶⁶

4.2 Upaya Hukum dalam Malpraktek Medis

4.2.1 Upaya hukum di Inggris

Malpraktek medik dapat mengakibatkan pertanggungjawaban dalam perbuatan melawan hukum *Tort* ataupun pertanggungjawaban kontrak. Namun demikian, pertanggung jawaban dengan menggunakan *tort* lebih dianggap lebih penting oleh pengadilan. Suatu yang khas dalam malpraktek medik, *tort* bertujuan

¹⁶⁵ J. Guawandi, *Dokter, Pasien, dan Hukum* (Jakarta: Balai Penerbit FKUI, 2007), hal 19

¹⁶⁶ *Ibid.*, hal 20

untuk melindungi kepentingan dari pasien dari luka fisik ataupun berbagai intervensi terhadap tubuhnya. Dengan kata lain melindungi haknya untuk menentukan nasib sendiri yang harus dihormati oleh orang lain.

Dalam *the law of tort*, kerugian yang ditimbulkan tersebut dapat berupa kelalaian maupun kesengajaan intervensi terhadap manusia. Dalam malpraktek medik, ketika ada tindakan kesengajaan tanpa ada persetujuan melakukan intervensi terhadap tubuh pasien ataupun terhadap masalah kesehatannya, maka pengadilan akan melihat tindakan tersebut sebagai *Battery* yang berarti merupakan tindakan pemaksaan terhadap orang lain tanpa adanya dasar hukum yang membolehkan. dapat berupa *intentional* ataupun kelalaian (*sembrono*) yaitu melakukan kekerasan terhadap seseorang secara langsung, yang biasanya dikombinasikan dengan *assault*.

Secara teoritis banyak prosedur yang dilakukan dokter merupakan suatu *batteries* seperti menyuntik, mengoperasi jika dilakukan tanpa *consent* dari pasiennya. Menyentuh seseorang dalam kondisi tersebut tanpa *consent violates* dari hak individu dari tubuh mereka adalah kemungkinan sebagai *trespass* kepada manusia.

Tort yang paling umum yang digunakan untuk kasus-kasus malpraktek medik adalah *negligence*. *Negligence* adalah melakukan sesuatu yang tidak sesuai standar yang ditetapkan untuk melindungi pihak lain terhadap timbulnya suatu resiko bahaya yang tidak masuk akal. Seperti yang telah diterangkan dalam bab yang sebelumnya, dalam mengajukan gugatan atas dasar *negligence* penggugat haruslah membuktikan tiga unsur yaitu adanya kewajiban hukum dari tergugat terhadap penggugat untuk memberikan perawatan yang layak. Penggugat melanggar kewajiban tersebut dan yang ketiga adalah membuktikan adanya kerugian yang ditimbulkan akibat tindakan tersebut.

Bentuk-bentuk kelalaian dalam hukum inggris:¹⁶⁷

1. *Malfeasance*: apabila seseorang melakukan suatu tindakan yang bertentangan dengan hukum atau melakukan perbuatan yang tidak patut (*execution of an unlawful or improper act*).
2. *Misfeasance*: pelaksanaan suatu tindakan tidak secara benar

¹⁶⁷ J. Guwandi 2, *op. cit.*, hal. 94.

3. *Nonfeasance*: tidak melakukan suatu tindakan yang sebenarnya ada kewajiban untuk tidak melakukan (failure to act when there s a duty to act)
4. *Malpractice* kelalaian atau tidak berhati-hati dari seorang yang memegang suatu profesi
5. *Maltreatment*: cara penanganan sembarangan, misalnya suatu operasi yang dilakukan tidak secara benar atau terampil (*improper or unskillful treatment*). Hal ini bisa disebabkan karena ketidaktahuan, kelalaian, sembarangan atau secara acuh (*ignorance, neglect, or wilfulness*).
6. *Criminal negligence* sifat acuh, dengan sengaja atau sikap yang tidak peduli terhadap keselamatan orang lain, walaupun ia mengetahui bahwa tindakannya itu bisa mengakibatkan cedera. merugikan kepada orang lain. (*reckless disregard for the safety of another. It is the willful indifference to an injury which could follow an act*)

Tingkat kelalaian

1. Yang bersifat ringan, biasa culpa levis, yaitu apabila seseorang tidak melakukan apa yang seorang biasa wajar dan berhati-hati akan melakukan, atau justru melakukan apa yang orang lain wajar tidak akan melakukan dalam situasi yang meliputi keadaan tersebut.
2. Yang bersifat berat (lata) yang apabila seseorang dengan sadar dan dengan sengaja tidak melakukan atau melakukan sesuatu yang sepatutnya tidak dilakukan

Suatu tindakan malpraktek yang dilakukan oleh tenaga kesehatan dapat dimintai pertanggung jawabab secara pidana atau *Criminal Liability*. Hanya kesalahan fatal yang dapat menimbulkan pertanggung jawaban pidana, walaupun kelalaian yang dilakukan merupakan kelalaian berat dan menimbulkan cedera berat bagi pasien dan pasien berhasil untuk bertahan. Dokter tetap dinyatakan lalai. Tidak seperti negara-negara yang menganut hukum *civil law* dalam hukum inggris kecerobohan atau kelalaian yang menyebabkan cedera bukanlah suatu tindak pidana. Jika seorang pasien meninggal dokter mungkin menghadapi penuntutan atas pembunuhan karena kelalaian berat.¹⁶⁸

Mengenai definisi dari kelalaian berat dapat dilihat dalam putusan hakim 1925, in *R v Bateman*,

‘... the negligence of the accused went beyond a mere matter of compensation between subjects and showed such disregard for the life and safety of others as to amount to a crime against the state and conduct deserving punishment’

Pembunuhan atas kelalaian berat mensyaratkan adanya unsur terdakwa terbukti telah gagal untuk bertindak untuk mencegah resiko kematian, atau telah bertindak sedemikian rupa untuk memperburuk risiko tersebut. Sehingga suatu resiko atas membahayakan tubuh ataupun kesehatan tidak cukup untuk membuat seseorang bertanggung jawab secara pidana. Hal-hal yang dipertimbangkan juri dalam memutuskan adanya suatu pembunuhan atas kelalaian berat adalah:¹⁶⁹

- (1) Juri harus membuktikan apakah kelalaian yang terjadi merupakan kelalaian berat, atau kelalaian yang terjadi merupakan kelalaian *aditionally criminal*. Pertanggung jawaban pidana tidak murni tergantung pada persepsi subjektif atas tindakan terdakwa .
- (2) Dalam menentukan apakah kelalaian yang terjadi merupakan kelalaian berat, jury mempertimbangkan semua keadaan yang relevan di mana terjadi pelanggaran kewajiban. Dalam setiap kasus, tentu saja, keadaan spesifik mengenai fakta yang sebenarnya.
- (3) pembunuhan atas kelalaian Berat bukanlah suatu tindak pidana tanpa *mens rea*. *Mens rea* dapat digunakan untuk menggambarkan unsur kesalahan atau kesalahan yang sifat sangat buruk dari pasokan kelalaian yang relevan sebagai lawan niat terdakwa.

4.2.2 Upaya hukum di Indonesia

Mengacu pada undang-undang dalam bidang kesehatan, berdasarkan ketentuan Pasal 58 ayat (1) UU No 36 tahun 2009 tentang Kesehatan (Undang-Undang Kesehatan) menyatakan bahwasanya setiap orang berhak menuntut ganti rugi terhadap seseorang, tenaga kesehatan, dan/atau penyelenggara kesehatan

¹⁶⁸ Amel Alghrani dan Margaret Brazier, “Fatal medical malpractice and criminal liability,” *Professional Negligence* (2009) 2

¹⁶⁹ *Ibid*

yang menimbulkan kerugian akibat kesalahan atau kelalaian dalam pelayanan kesehatan yang diterimanya. Sedangkan pengaturan mengenai tata cara pengajuan tuntutan ganti rugi diatur dalam ketentuan peraturan perundang-undangan.

Sedangkan berdasarkan ketentuan Pasal 29 Undang-undang kesehatan mengatur mengenai penyelesaian sengketa dalam hal tenaga kesehatan yang diduga melakukan kelalaian dalam menjalankan profesinya, maka perkara tersebut harus diselesaikan terlebih dahulu melalui mediasi.¹⁷⁰ Dengan adanya ketentuan tersebut, tidak berarti penyelesaian perkara kesehatan tidak dapat dibawa ke pengadilan dengan menggunakan upaya hukum baik perdata maupun pidana. Perkara malpraktek masih mungkin diajukan ke dalam ranah perdata maupun pidana untuk diselesaikan, apabila mediasi yang telah dilakukan tidak mencapai titik temu.

Dengan diadakannya pengaduan tertulis dari seseorang mengenai kepentingannya yang telah dirugikan oleh dokter kepada ketua KMKDKI, tidak akan menghilangkan hak orang tersebut untuk melaporkan adanya dugaan tindak pidana kepada pihak yang berwenang dan/atau menggugat kerugian perdata ke pengadilan.

a. Aspek Hukum Pidana

Malpraktek dalam bidang hukum pidana, dapat ditemukan antara lain karena tindakan baik kesengajaan ataupun karena culpa (kelalaian/ kealpaan) sebagai berikut :

- a. Menyebabkan mati atau luka karena kelalaian .
- b. Penganiayaan, untuk tindakan medis tanpa persetujuan dari pasien (*informed consent*).
- c. Euthanasia.
- d. Memberikan keterangan sakit palsu, yang menerangkan pasien tidak dapat menghadap ke pengadilan.

Mengenai malpraktik medis yang dibawa keranah hukum pidana, membutuhkan pembuktian adanya unsur culpa lata atau kalalaian berat dan pula

¹⁷⁰ Pasal 29 UU 36 Tahun 2009, “Dalam hal tenaga kesehatan diduga melakukan kelalaian dalam menjalankan profesinya, Kelalaian tersebut harus diselesaikan terlebih dahulu melalui mediasi”.

berakibat fatal atau serius. Hal ini sesuai dengan ketentuan Pasal 359 KUHP, Pasal 360, Pasal 361 KUHP sehingga unsur yang harus dibuktikan adalah adanya culpa lata Dengan demikian untuk pembuktian malpraktik secara hukum pidana meliputi unsur :

1. Telah menyimpang dari standar profesi kedokteran;
2. Memenuhi unsur culpa lata atau kelalaian berat; dan
3. Tindakan menimbulkan akibat serius, fatal dan melanggar Pasal 359, Pasal 360, KUHP.

Akan tetapi tindakan seorang dokter yang dapat merupakan suatu tindakan penganiayaan sesuai dengan ketentuan 351 KUHP, dapat dikecualikan apabila:¹⁷¹

1. Orang yang dilukai tersebut memberikan persetujuan.
2. Tindakan medik tersebut berdasarkan suatu indikasi medik, dan ditujukan pada suatu tujuan yang konkrit.
3. Tindakan medik itu dilakukan sesuai ilmu kedokteran.

b. Aspek Hukum Perdata

Pertanggungjawaban perdata terhadap malpraktek medik pada umumnya dibawa kedalam ranah perdata dengan dasar wanprestasi dan melakukan perbuatan melawan hukum. menurut Fred Ameln dalam gugatan perdata, kelalaian ringan sudah cukup untuk menjatuhkan pembayaran ganti rugi kepada pasien. Selain itu, aspek perdata malpraktek medis meliputi:¹⁷²

1. menyimpang dari standar profesi kedokteran.
2. Ada kelalaian/ kurang berhati-hati meskipun cuma culpa levis.
3. Ada kaitan kausal antara tindakan medis dengan kerugian yang diakibatkan oleh tindakan tersebut.

4.3 Vicarious Liability

Ketika seorang pasien sedang menjalani perawatan medis atau perawatan di rumah sakit, maka lahirlah suatu hubungan hukum antara pasien dan tenaga kesehatan di rumah sakit. Hubungan tersebut dapat berupa hubungan hukum

¹⁷¹ Fred Ameln, *op. cit.*, Hal. 41

¹⁷² *Ibid.* hal. 91

pasien dengan dokter, dan hubungan hukum pasien dengan tenaga kesehatan lain (antara lain perawat). Terkadang, dalam hal pasien menjalani perawatan di sebuah rumah sakit maka timbul suatu hubungan hukum antara pasien dan rumah sakit.

Hubungan hukum tersebut mengakibatkan adanya hak dan kewajiban antara ketiga pihak tersebut, dan bahwasanya hubungan tersebut membuat beberapa kasus dalam malpraktek medik harus diselesaikan dengan prinsip-prinsip *vicarious liability* (tanggung gugat). Sebagaimana telah dirangkum dengan tepat oleh otoritas terkemuka dalam bidang Amerika malpraktek medik.

*“The physician may be held accountable for the acts of an employee, a partner, or a physician employed jointly with him on a case. In some instances, a physician on staff at a hospital will be found liable for the negligent acts of a hospital employee under his direction and control. The hospital as an enterprise may be liable for the acts of one of its employees. In each case, an essential predicate for the defendant’s liability is a finding, under ordinary rules of negligence, that the person whose actions [or omissions] that defendant is answerable has committed a negligent act or omission.”*¹⁷³

4.3.1 Tanggung Jawab Hukum Rumah Sakit

Pada awalnya di Inggris dan negara-negara yang menganut sistem hukum *Common Law*, rumah sakit tidak bertanggung jawab atas kelalaian yang melibatkan tindakan dari keahlian profesional. Karena, pada awalnya rumah sakit memiliki kekebalan, menimbang pada awal sejarahnya rumah sakit merupakan lembaga yang bekerja dengan menerima amal dari para dermawan. Perubahan mengenai tanggung jawab rumah sakit dimulai di Kanada pada tahun 1938, Inggris 1942, Amerika pada tahun 1957.¹⁷⁴ Saat ini rumah sakit dan lembaga perawatan kesehatan secara umum bertanggung jawab terhadap kelalaian dari seluruh staffnya. Secara umum rumah sakit bertanggung jawab yuridis atas:¹⁷⁵

1. Tanggung jawab personalia, yang didasarkan pada hubungan hukum antara “majikan-karyawan”.

¹⁷³ Dieter Giesen, *op, cit.*, hal. 38

¹⁷⁴ *Ibid.*, hal. 52.

¹⁷⁵ J. Guwandi4, *op, cit.*, hal. 85

2. Tanggung jawab mutu perawatan/pengobatan (*duty of due care*) termasuk dalam hal ini pemberian pelayanan kesehatan, baik oleh dokter, maupun perawat dan tenaga kesehatan lainnya, asalkan harus berdasarkan ukuran standar profesi.
3. Tanggung jawab terhadap sarana dan peralatan, dalam hal ini termasuk peralatan dasar perhotelan perumahsakit, peralatan medik.
4. Tanggung jawab keamanan bangunan dan perawatannya.

Perkembangan pertanggung gugatan rumah sakit, berkembang berdasarkan pemikiran bahwasanya Manajemen rumah sakit sebagai organisasi yang dimiliki badan hukum (Pemerintah, Yayasan, P.T) para dokter yang bekerja di rumah sakit, para perawat, para tenaga kesehatan lainnya dan tenaga administratif rumah sakit pada umumnya bertanggung jawab secara perdata terhadap semua kegiatan yang dilakukan oleh tenaga kesehatannya sesuai dengan ketentuan Pasal 1367 (3) KUH Perdata. Selain itu, rumah sakit juga bertanggungjawab atas wanprestasi dan perbuatan melawan hukum (Pasal 1243, 1370, 1371, dan 1365 KUH Perdata) bila tindakan itu dilakukan pegawainya.

Tanggung jawab perdata rumah sakit swasta. Menurut Wirjono rumah sakit swasta sebagai badan hukum memiliki kekayaan sendiri dan dapat bertindak dalam hukum dan dapat dituntut seperti halnya seorang manusia. Untuk manajemen rumah sakit dapat diterapkan Pasal 1365 sampai Pasal 1367 KUH Perdata.¹⁷⁶

Tanggung jawab perdata rumah sakit pemerintah, manajemen rumah sakit pemerintah dapat dituntut menurut Pasal 1365 KUH Perdata karena pegawai yang bekerja pada rumah sakit pemerintah menjadi pegawai negeri dan negara sebagai suatu badan hukum dapat dituntut untuk membayar ganti rugi atas tindakan pegawai negeri yang dalam menjalankan tugasnya merugikan pihak lain.¹⁷⁷

Pertanggungjawaban terpusat, dengan sistem pertanggung jawaban seperti ini diharapkan masalah yang dihadapi akan cepat terselesaikan karena pasien tidak perlu memikirkan relasi hukum dan tanggung jawab profesi tenaga kesehatan yang berbeda-beda. Pimpinan rumah sakit yang kemudian menetapkan siapa yang

¹⁷⁶ Fred Ameln, *op. cit.*, hal. 72.

¹⁷⁷ *ibid*

melakukan kesalahan, kelalaian, dan tetap memiliki “hak regres” (hak menuntut orang yang melakukan kesalahan dalam kenyataan).¹⁷⁸

Di Indonesia sendiri pertanggung gugat antara rumah sakit dan tenaga kesehatannya sesuai dengan ketentuan dari Pasal 1367 KUH Perdata ditentukan dari pola hubungan kerja antara rumah sakit dan tenaga. Tanggung jawab yuridis dokter-dokter di rumah sakit, terbagi menjadi tiga golongan:¹⁷⁹

1. Dokter Purna-waktu (organik), yang dapat dibedakan antara:

- 1.1 Pasien rumah sakit

Yang dimaksudkan kelompok dokter organik ini adalah para dokter yang hanya menerima imbalan/gaji/honor dari rumah sakit dan tidak memungut honor langsung dari pasien. Mereka bekerja dan bertindak Untuk dan Atas nama rumah sakit. Sebagai contoh: dokter pegawai negeri di rumah sakit pemerintah. Berdasarkan doktrin majikan karyawan, yang harus bertanggung jawab secara hukum dan harus mendati kerugian adalah rumah sakit/ perusahaan dimana dokter itu bekerja.

- 1.2 Pasien pribadi dokter

Disamping bekerja di rumah sakit, dokter yang termasuk kelompok ini pun bisa membuka praktek pribadi. Jika dokter organik tersebut diberi fasilitas, maka akan timbul suatu variasi lain. Jika pasien menuntut ganti kerugian. Maka yang bertanggung jawab adalah dokter organik itu sendiri.

2. Dokter paruh-waktu (*part time*)

Di suatu rumah sakit swasta yang merupakan dokter paruh waktu adalah: dokter spesialis bedah, dokter spesialis anestesi, dokter obgin, radolog dan dokter patologi klinik.

3. Dokter tamu (*visiting*).

¹⁷⁸ *Ibid.* hal. 74

¹⁷⁹ Guwandi 4, *op.*, *cit.* Hal 87

Dokter tamu adalah dokter yang tidak terikat kepada rumah sakitnya, namun sudah diterima dan diperbolehkan untuk memakai fasilitas rumah sakit untuk jangka waktu tertentu.

Maka hubungan hukum yang dilihat adalah hubungan hukum antara dokter dan pasien, antara rumah sakit dan pasien, dan antara dokter dan rumah sakit

Cassidy v ministry health, 1951 hakim L.J Denning "... I think that the hospital authorities are responsible for the whole of their staff, not only for the anaesthetists and the surgeons. It does not matter whether they are permanent or temporary, resident or visiting. Whole-time or part time. The reason is because, even if they are not servants, they are the agents of the hospital to give treatment. The only exception is the case of consultants or anaesthetists selected and employed by the patient himself".¹⁸⁰

4.3.2 Tanggung Jawab dokter atas tindakan staff

Dokter yang bekerja di sebuah rumah sakit dapat dibedakan menjadi dua golongan. Golongan pertama dikenal dengan istilah *Dokter in* yang merupakan istilah bagi dokter yang melakukan kegiatan di rumah sakit yang bersangkutan bisa sebagai pekerja penuh dan mendapat gaji. Dalam hal ini dokter bertanggungjawab penuh atas semua tindakan *dokter in* ini. Sebaliknya ada *dokter out*, yaitu dokter tamu, yang berarti bukan pegawai dari rumah sakit tersebut.¹⁸¹ Untuk *dokter out* maka tanggung jawab pada rumah sakit yang bersangkutan akan tetapi dokter "out" itu sendiri.¹⁸²

Pada dasarnya dokter hanyalah bertanggung jawab atas kelalaiannya ataupun karena kealpaannya. Bagaimanapun juga, dalam perkembangan hukum resiko untuk bertanggung jawab atas kerugian yang ditimbulkan tidak hanya dibebankan pada orang yang telah melakukan perilaku pribadi tersebut, akan tetapi juga bertanggung jawab bagi orang yang diperkerjakan dan juga rekan kerja. Hal tersebut terjadi apabila dokter mempekerjakan mereka untuk membantunya untuk melaksanakan kewajibannya, maka ia akan bertanggung jawab untuk memberikan mereka instruksi yang diperlukan dan juga melakukan pengawasan dan kontrol terhadap mereka.

¹⁸⁰ J. Guwandi 4, *op. cit.*, hal 33

¹⁸¹ Fred Ameln, *op. cit.*, hal 74

¹⁸² *Ibid.* hal. 74

Mengenai tanggung jawab terhadap pekerjaannya, terkadang sulit untuk membedakan antara dua dasar pertanggung jawaban dokter dan pasiennya; **pertama** tanggung gugat karena cedera yang diakibatkan oleh pelanggaran yang dilakukan pegawai. Pelanggaran tersebut terjadi dalam suatu tindakan, yang merupakan tanggungjawab pegawai tersebut sebagai pegawai dari dokter tersebut. **Kedua** adalah pertanggung jawaban dokter secara pribadi atau langsung karena kegagalannya dalam memberikan perintah yang layak tepat, serta kegagalan dalam memimpin pegawainya. Kelalaian dalam kegagalan dalam bagian dalam menentukan alokasi yang tepat dan pembagian tugas antara para stafnya dapat mengakibatkan dua dasar pertanggungjawaban yang berbeda: pertama dalam pertanggung gugat atas kelalaian pegawainya dan yang kedua adalah pelanggaran atas kewajiban perawatannya dalam memberikan perawatan yang tepat dan keamanan dalam melakukan prestasi.

Doktrin captain of the ship, doktrin untuk kamar bedah, jika terjadi suatu peristiwa di kamar bedah, maka dokter spesialis bedah tersebut yang bertanggung jawab atas segala sesuatu yang terjadi selama pembedahan berlangsung, kecuali tindakan dokter anastesi. Dokter spesialis anastesi bertanggung jawab penuh atas segala peristiwa yang terjadi di kamar induksi atau *recovery room*.

Mengenai perawat, perawat tanpa kewenangan dari dokter tidak berwenang untuk bertindak secara mandiri, kecuali dalam bidang umum dan memang termasuk bidang asuhan perawat.

Dalam hal perawat bedah melakukan kelalaian maka doktrin *Borrowed Servant Doctrine* yang digunakan dalam hal ini maka dikonstruksikan bahwa perawat seolah-olah di “pinjamkan” oleh rumah sakit kepada dokter bedah, sehingga dokter yang bertanggung jawab atas kesalahannya. Teori ini baru dapat digunakan apabila orang yang membantu dokter bedah tersebut adalah seorang yang terdidik profesinya secara individual, atau dalam kenyataannya berada di bawah supervisi. Secara langsung dan bimbingan dokter bedah, sehingga pembantu tersebut dapat dikatakan adalah seorang “*borrowed servant*”.

Doktrin ini sudah mulai ditinggalkan karena pengadilan menyadari bahwa para dokter bedah tidak mungkin mengontrol setiap peristiwa yang terjadi di kamar bedah. Bahwa tim bedah pada pakekatnya adalah suatu kerjasama di mana

para anggotanya berpartisipasi dalam keahliannya masing-masing. Dan dalam bidang anastesi pengadilan secara khusus tidak menerapkannya.¹⁸³

Keadaan akan menjadi semakin sulit dalam hal seorang dokter bekerja “*on the premises of a hospital not his own*” *dokter out* dengan kata lain dokter tersebut adalah dokter yang bekerja berdasarkan kontrak independen dan memiliki perencanaan tersendiri dengan rumah sakit (*dokter out*). Permasalahan baru mulai terjadi apabila *dokter out* harus bertanggung jawab atas kelalaian yang dilakukan oleh staff rumah sakit (*borrowed servants*) yang membantunya dalam melakukan *operating theatre* dan tersedia sebelum dan setelah operasi, pertanggung jawaban ditentukan dengan melihat siapakah yang memiliki hak untuk mengontrol staff tersebut. Sehingga *dokter out* tidak bertanggung jawab terhadap tindakan staff rumah sakit, kecuali pada saat yang bersamaan staff tersebut dipekerjakan olehnya. Menjadi suatu aturan umum, bahwasanya dokter tidak akan bertanggung gugat atas tindakan atau kelalaian yang dilakukan perawat anestetik dimana dokter tidak mempekerjakan perawat dan juga tidak mengawasi dan mengontrol tindakan perawat.

4.4 *Informed Consent*

Secara material suatu tindakan medis tidak bertentangan dengan hukum apabila dipenuhi ketiga syarat berikut, yaitu:¹⁸⁴

1. Mempunyai indikasi medis ke arah suatu tujuan perawatan yang konkrit
2. Dilakukan menurut ketentuan yang berlaku di dalam ilmu kedokteran
3. Telah mendapat persetujuan pasien.

Syarat pertama dan kedua disebut sebagai tindakan yang “*lege artis*” atau sesuai dengan standar profesi medis. Syarat ketiga merupakan salah satu hak pasien yang terpenting yaitu hak atas “*informed consent*”.¹⁸⁵

¹⁸³ J. Guwandi 4, *Hospital Law Emerging Doctrines & Jurisprudence*, (Jakarta:Balai Penerbit FKUI, 2005). Hal 24

¹⁸⁴ Fred Ameln, *op. cit.*, hal. 44.

¹⁸⁵ Dr. Danny Wiradharma, *Penuntun Kuliah Hukum Kedokteran*, cet. 1 (Jakarta: Binarupa Aksara 1996), hal. 88.

Mengenai informed consent diatur dalam peraturan menteri kesehatan republik Indonesia Nomer 290/MENKES/PER/III/2008 Tentang persetujuan Tindakan Kedokteran. Dimana penjelasan mengenai pengertian dari persetujuan medik itu sendiri adalah tindakan kedokteran 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.¹⁸⁶

Schloendorff v. Society of new york hospitals, 1914". Hakim benjamin cardozo "*every human being of adult years and sound mind has a right to determine what shall be done with his own body; and surgeon who performs an operation without his patient`s consent commits an assault, for which he is liable in damages*".¹⁸⁷

Dimana dalam putusan tersebut menegaskan mengenai hak manusia yaitu hak untuk menentukan nasib sendiri dengan menyatakan bahwasanya setiap manusia dewasa dan berpikiran sehat berhak untuk menentukan apa yang dikehendaki terhadap dirinya sendiri dan seorang dokter bedah yang melakukan suatu operasi tanpa izin pasien dapat dianggap melakukan pelanggaran hukum, untuk mana ia harus bertanggungjawab atas segala kerugian yang diderita pasiennya.

Informed consent mengandung empat buah komponen, yaitu:¹⁸⁸

- a. Pasien harus mempunyai kemampuan (*capacity or ability*) untuk mengambil keputusan,
- b. Dokter harus memberikan informasi mengenai tindakan yang hendak dilakukan, pengetesan, atau prosedur, termasuk juga manfaat dan risikonya dan kemungkinan adanya manfaat dan risiko yang mungkin terjadi.
- c. Pasien harus dapat memahami informasi yang diberikan.

¹⁸⁶ Indonesia, Peraturan Menteri Kesehatan Republik Indonesia Nomer 290/MENKES/PER/III/2008, Pasal 1 Ayat 1.

¹⁸⁷ J. Guwandi 5, *op. cit.*, hal. 17.

¹⁸⁸ J. Guwandi, *Informed Consent Bunga Rampai medical practice*, (jakarta: Balai Penerbit Fakultas Kedokteran Indonesia 2004), hal. 8-9 .

- d. pasien harus secara sukarela memberikan izinnya, tanpa adanya paksaan atau tekanan.

Menurut Prof Leenen, informasi yang harus diberikan seorang dokter kepada seorang pasien, apabila seorang dokter tidak memberikan informasi ataupun kurang memenuhi dalam memberikan informasi maka ia akan menghadapi resiko perdata (tindakan melawan hukum), di bidang pidana, maupun di bidang hukum disiplin. Informasi yang harus diberikan oleh seorang dokter kepada pasien berupa penjelasan perihal:¹⁸⁹

1. Diagnosa
2. Terapi, dengan kemungkinan alternatif
3. Tentang cara kerja dan pengalaman dokter
4. Resiko
5. Kemungkinan perasaan sakit ataupun perasaan lain
6. Keuntungan terapi
7. Prognose

Menurut Leenen dalam hal pasien tidak sadar maka dikemukakan adanya “fiksi yuridis” bahwa seseorang dalam keadaan tidak sadar akan menyetujui apa yang pada umumnya disetujui apa yang pada umumnya disetujui oleh para pasien yang berada dalam keadaan sadar pada situasi dan kondisi sakit yang sama. Sedangkan Prof. W. Van der Mijm mengatakan bahwa hal pasieh yang dalam kondisi tidak sadar dapat dikaitkan pula dengan ketentuan Pasal 1354 KUH Perdata yang mengatur “*Zaakwaarneming*” atau perwakilan sukarela, yaitu sikap tindak yang pada dasarnya pengambilalihan tanggung jawab dengan bertindak menolong pasien dan bila pasien telah sadar dokter bisa bertanya apakah pengobatan akan diteruskan atau ingin tukar dokter atau ingin memperoleh *second opinion*.

Dalam hal dokter harus melakukan tindakan medis untuk menyelamatkan jiwa (*life saving*) seorang pasien yang tidak sadar, maka ia tidak memerlukan “informed consent” dari siapapun. Oleh karena itu, persetujuan untuk pasien tidak sadar, tergantung dokter:

¹⁸⁹ Leenen, *op.cit.*, 45.

- a. Bisa menunggu sampai keluarganya datang atau sampai siuman, tanpa membahayakan jiwa pasien.

- b. Segera melakukan tindakan medik atas dasar

Life saving

Fiksi hukum (Leenen)

Zaakwaarneming (van der Mijn)

Sedangkan Keadaan gawat darurat jika dikaitkan dengan doktrin *informed consent*, Adalah:¹⁹⁰

- a. Tidak ada kesempatan lagi untuk memintakan *informed consent*. Baik dari pasien atau anggota keluarga terdekat (*next of kin*).
- b. Tidak ada waktu lagi untuk menunda-nunda
- c. Suatu tindakan yang harus segera diambil
- d. Untuk menyelamatkan jiwa pasien atau anggota tubuhnya (*life or limb saving*).

¹⁹⁰ J. Guwandi 5, *op.cit.*, hal 31

BAB 5
PERBANDINGAN PERBUATAN MELAWAN HUKUM
INGGRIS DAN INDONESIA
(PENERAPAN DALAM MALPRAKTEK MEDIK)

5.1 Perbandingan Umum Perbuatan Melawan Hukum

Tort pada awalnya merupakan pengaturan untuk memberikan perlindungan berupa ganti rugi, terhadap korban dari suatu tindakan melawan hukum yang tidak terikat dengan hubungan kontrak, tumbuh dan berkembang berdasarkan putusan hakim sesuai dengan asas *stare decisis etis* yang dianut negara-negara *Common Law*. Selama ini *tort* digunakan untuk melindungi kepentingan properti seperti tanah, juga untuk melindungi intervensi yang dilakukan dengan sengaja seperti *assault*, *battery* dan *false imprisonment*, melindungi reputasi seseorang dari pencemaran nama baik seperti *libel* dan *slander*, dan juga kepentingan ekonomi seperti kepentingan perdagangan. Cakupan dari *tort* memang belum jelas, yang pasti perlindungan terhadap personal properti telah dilakukan lebih dari seribu tahun yang lalu.

Pada perkembangannya, *negligence* atau kelalaian yang pada awalnya sering menjadi unsur dalam beberapa *tort*, mulai diakui sebagai *tort* yang berdiri mandiri. Evolusi dari *tort* memang tidak beraturan, tergantung pada hukum yang berkembang, proses evolusi dalam *tort* merupakan suatu respon dari perubahan kondisi sosial, ekonomi, dan nilai-nilai masyarakat. Hal tersebut dikenal dengan istilah hakim sebagai pengembang hukum. sebagai contoh dalam putusan *Chester v Afshan* (2004), Lord Steyn menyatakan:

*“I am glad to have arrived at the conclusion that the claimant is entitled in law to succeed. The result is accord with one of the most basic aspirations of the law, namely to right wrong as moreover, the decision ... eficiects the reasonable expectations of the public in contemporary society”.*¹⁹¹

Perkembangan dalam *tort* selain berdasarkan putusan-putusan pengadilan, juga diikuti dengan lahirnya undang-undang atau disebut sebagai *act* seperti *Defamation Act 1952*, *Death Act 1976*. Sedangkan di Indonesia, seperti telah

¹⁹¹ Vivienne Harpwood 1, *op, cit.*, 7

diketahui bahwasanya perbuatan melawan hukum diatur dalam Pasal 1365 hingga Pasal 1380 KUHP Perdata. Selain itu, Teori dari unsur dari melawan hukum terus berkembang dan dilengkapi pula dengan yurisprudensi. Karena, dua unsur dari empat unsur melawan hukum yaitu bertentangan dengan kaedah kesusilaan, dan juga bertentangan dengan kepatutan masyarakat merupakan suatu yang terus berkembang dalam masyarakat. Seperti dalam putusan *Masudiati v. Gusti Lanang Rejeg*, No.3191 K/Pdt/1984, mengenai janji kawin. Selain berkembang dalam yurisprudensi, pengaturan perbuatan melawan hukum juga berkembang dengan lahirnya ketentuan Peraturan Perundang-undangan seperti Undang-Undang 32 tahun 2009 tentang Perlindungan dan Pengelolaan Lingkungan Hidup yang menerapkan *Strict Liability* dan juga pembuktian terbalik.

Dengan demikian pada penerapan perbuatan melawan hukum baik di Indonesia maupun di Inggris terdapat Persamaan, dimana Indonesia yang menganut sistem hukum *Civil Law*, perkembangan terjadi baik dalam bidang pengaturan dengan dibuatnya Undang-undang yang mengatur khusus mengenai perbuatan melawan hukum, dan juga berkembang konsep melawan hukum menggunakan yurisprudensi sebagai pelengkap dari ketentuan peraturan perundang-undangan (walau tidak seketat di negara *Common Law* dengan asas *stare decisisnya*). Sedangkan dalam hukum Inggris terlihat bahwa disamping yurisprudensi memegang peranan penting sebagai sumber pengaturan *tort*, terdapat pula pembentukan undang-undang atau *act* yang mengatur tentang *tort*, seperti *Occupier's Liability act 1957*, *defective premises Act 1972* dan sebagainya dimana undang-undang tersebut memiliki peranan dalam pengaturan *tort* tersebut, dan dibentuknya undang-undang diharapkan tidak ada lagi dikotomi antara *Common Law* dan *Tort*.

Perbuatan melawan hukum dan *tort* adalah pengaturan terhadap suatu kesalahan perdata yang timbul bukan dari suatu hubungan kontrak. Sehingga berbeda dengan hukum pidana dilihat dari segi kepentingan yang dilindungi, dan tujuan. Kepentingan yang dilindungi dalam perbuatan melawan hukum adalah kepentingan pribadi seseorang, sedangkan dalam hukum pidana adalah kepentingan masyarakat umum. Tujuan dari gugatan adalah pemberian perlindungan hak subjektif orang lain dengan pemberian ganti rugi akibat

Universitas Indonesia

kerugian yang seharusnya tidak diderita, apabila tergugat tidak melakukan perbuatan melawan hukum, sedangkan dalam hukum pidana bertujuan untuk menghukum pelaku tindak pidana.

5.1.1 Kesalahan

Dalam perbuatan melawan hukum maupun *tort*, kesalahan diartikan sebagai suatu kesengajaan maupun kelalaian. Penilaian kelalaian dalam perbuatan melawan hukum tidak begitu penting, karena yang terpenting adalah kerugian yang ditimbulkan. Apabila dari kelalaian kecil penggugat telah menderita kerugian. Maka korban dapat mengajukan gugatan untuk pemulihan kerugian. Tort dalam hukum Inggris terbagi menjadi tiga yaitu *intentional tort*, *unintentional tort (negligence)*, *strict liability*. *Intentional tort* terbagi menjadi beberapa *tort* yang harus dibuktikan unsur kesengajaannya seperti *Trespass to person (assault and batteries)*, *libel*, *slander*, tindakan terhadap barang atau harta kekayaan seseorang, *trespass to land*.

Kelalaian yang pada umumnya menjadi unsur dari *tort*, sekarang telah menjadi *tort* yang mandiri, disebut sebagai *negligence* dan sekarang telah menjadi *tort* yang paling sering digunakan untuk mengajukan gugatan di pengadilan. Untuk dapat mengajukan gugatan dengan dasar *negligence*, harus dibuktikan empat unsur, yaitu: *duty of care* yang dimiliki Tergugat terhadap Penggugat, Tergugat melanggar *duty of care* tersebut, Kausalitas, dan adanya kerugian yang ditimbulkan. Kewajiban hukum dalam *negligence tort* terus berkembang. Termasuk kewajiban kehati-hatian yang timbul dari *nervous shock*, ataupun kewajiban kehati-hatian yang timbul dari *economic loss*. Kelalaian juga dapat dilakukan oleh profesi tertentu, seperti pengacara, dokter, akuntan. Kelalaian yang dilakukan oleh tenaga profesional disebut sebagai *professional negligence*, dimana tenaga profesional tersebut telah gagal untuk melakukan, suatu tindakan yang diharapkan orang dari kewajiban profesinya.

Asas *strict liability*, yaitu pertanggung jawaban tanpa kesalahan. Dalam hukum Inggris, untuk beberapa kasus tertentu seperti tanggung jawab atas hewan liar berbahaya, aturan *Rylands v Fletcher*, pencemaran nama baik, cacat produk, menganut asas *strict liability*. Sehingga, penggugat hanya membuktikan adanya

perbuatan dan kerugian yang timbul. Di Indonesia, perkembangan teori mengenai kesalahan, dikembangkan berdasarkan peraturan perundang-undangan di luar KUH Perdata, seperti UU 32 Tahun 2009 tentang Perlindungan dan Pengelolaan Lingkungan Hidup.

5.1.2 Ganti Rugi

Pada dasarnya tujuan dari gugatan perbuatan melawan hukum Indonesia dan Inggris adalah pemberian ganti rugi, sehingga menempatkan penggugat kembali pada posisi sebelum perbuatan melawan hukum terjadi. Ganti rugi yang diberikan dapat berupa ganti rugi yang dapat dinilai dengan uang (materil, *pecuniary loss*), dan yang tidak dapat dinilai dengan uang (immateriil, *non-pecuniary loss*). Dalam hukum Inggris bentuk-bentuk ganti rugi yang diberikan adalah 1) *Nominal Damages*, 2) *Compensatory Damages*, 3) *Contemptuous Damages*, 4) *Punitive Damages*. sedangkan pengaturan ganti rugi dalam perbuatan melawan hukum dianalogikan seperti ganti rugi yang diberikan pada gugatan wanprestasi, yaitu: 1) *Costen*, 2) *Scaden and* 3) *interessen*.

Dalam perbuatan melawan hukum, kerugian merupakan salah satu unsur dari kelima unsur yang harus dipenuhi. Oleh karena itu, kerugian yang diderita penggugat harus dibuktikan agar suatu gugatan perbuatan melawan hukum dapat berhasil. Lain halnya dengan *tort*, untuk beberapa jenis *tort* tidak diperlukan adanya unsur kerugian, atau dapat dikatakan dinilai secara *per se* yaitu untuk *tort* seperti *trespass to land* dan *libel*. Ganti rugi nominal merupakan ganti rugi yang diberikan kepada penggugat yang mengalami pelanggaran hukum namun tidak mengalami kerugian apapun, (*injuria sine damnum*). namun tetap diberikan uang dalam jumlah yang sedikit. Selain itu, *punitive damages* diberikan pada kasus-kasus *tort* tertentu, dimana hakim yang akan menentukan besaran dari ganti rugi yang diberikan dengan menambahkan pada *compensatory damages*.

Punitive damages tidak dikenal dalam hukum Indonesia, apabila Hakim memberikan ganti rugi lebih dari apa yang diminta oleh penggugat maka hakim melebihi batas kewenangannya, atau dikenal dengan istilah *ultra petita*. Berdasarkan ketentuan pasal 1370 KUH Perdata ganti rugi diberikan ditentukan berdasarkan kedudukan dan kemampuan, ataupun keadaan kedua belah pihak.

Dengan demikian salah satu persamaan dalam hal kerugian adalah, baik di Indonesia maupun di Inggris bersarnya ganti rugi ditentukan oleh hakim.

5.1.3 Pertanggungjawaban

Pada dasarnya seseorang bertanggung jawab atas perbuatan melawan hukum yang ia lakukan, akan tetapi ia juga dapat diminta bertanggung jawab atas perbuatan melawan hukum yang dilakukan oleh orang, benda atau hewan yang berada di bawah pengawasannya, hal tersebut disebut sebagai tanggung gugat atau *vicarious liability*.

Persamaan antara hukum Indonesia dan Inggris dalam tanggung gugat, mengatur hubungan antara tanggung jawab orang tua atau wali terhadap anak yang belum dewasa, tanggung jawab majikan dengan buruh, dan tanggung jawab antara guru dan murid, kepala tukang dengan tukang-tukangnya.

Selain itu dalam KUH Perdata juga mengatur mengenai tanggung jawab terhadap benda, dan hewan yang berada dalam pengawasannya. Dalam hukum Inggris teori pertanggung jawaban terus berkembang termasuk pertanggung jawaban terhadap produk sesuai dengan *Consumer Protection Act 1987*, tanggung jawab penghuni tanah, berdasarkan *Occupiers Liability Act 1957*, dan *Occupiers Liability Act 1984*. Di Indonesia, pertanggung jawaban dikembangkan berdasarkan peraturan di luar KUH Perdata seperti UU 8 Tahun 1999 Undang-undang Perlindungan Konsumen.

5.2 Malpraktek sebagai Perbuatan Melawan Hukum

Dalam hukum Inggris gugatan malpraktek medik dapat diajukan gugatan berdasarkan *Negligence* dan juga *Assault* dan *Batteries*, yang berarti malpraktek dapat terjadi karena suatu kelalaian ataupun karena satu kesengajaan dari tenaga medis. Namun pada umumnya, gugatan diajukan dengan dasar *negligence*. Suatu tindakan medik baru dapat diajukan dengan dasar *Assault dan batteries* apabila (1) tindakan medik dilakukan tanpa ada persetujuan dari sang pasien, (2) pengobatan yang diberikan bertentangan dengan kehendak pasien; atau (3) pengobatan yang diberikan merupakan tindakan terkuat yang bertentangan dengan

persetujuan yang diberikan.¹⁹² Suatu tindakan operasi yang dilakukan tanpa persetujuan atau ijin dari pasien dan tidak dilakukan dalam keadaan darurat merupakan suatu tindakan *tort batteries*. Walaupun tindakan tersebut dilakukan demi kebaikan pasien dan dilakukan dengan keterampilan yang sesuai.

Malpraktek medik selain dapat digugat dengan dasar *trespass to the person* dapat pula diajukan dengan dasar *negligence*. Suatu tindakan malpraktek medik merupakan kesalahan yang dilakukan oleh seorang tenaga kesehatan. Oleh karena itu disebut sebagai *professional negligence*. Karena seorang tenaga kesehatan harus memiliki sikap tindak yang sesuai dengan profesinya. Sebagai pemberi pelayanan kesehatan, tenaga kesehatan harus memiliki ilmu pengetahuan, kemampuan dan keahlian sebagaimana diharapkan oleh kebanyakan orang. Hukum mengharuskan sikap tindak profesi tersebut sesuai dengan standar yang diterapkan oleh kelompok profesi tersebut.¹⁹³ Dengan demikian apabila ada kelalaian yang dilakukan oleh tenaga kesehatan, maka penilaian kelalaian tersebut dilihat standar pelayanan dari profesi yang bersangkutan.

Suatu perkara yang diduga sebagai malpraktek medik, yang digugat dengan dasar *negligence* maka seperti pada gugatan *tort negligence* pada umumnya penggugat harus membuktikan adanya empat unsur, yaitu: *duty, breach of duty, causation and damages*. Kecuali kelalaian yang sedemikian rupa jelasnya sehingga membuat berlakunya teori *res ipsa loquitur* yaitu kemungkinan yang sangat terbatas untuk memindahkan beban pembuktian kepada penggugat ("*res ipsa loquitur*" is not then a proof of anything; it is no more than a type of evidence which passes the onus of proof from the Plaintiff to Defendant: Taylor, 1980:36).¹⁹⁴

Suatu perkara dugaan malpraktek medik yang diselesaikan dengan ranah perdata, dapat digugat dengan wanprestasi maupun perbuatan melawan hukum.

¹⁹² Sonja Larsen, J.D. dan Thomas Muskus, J.D., "Assault" Corpus Juris Secundum, (Desember 1993,) hal.1.

¹⁹³ Nancy J. Brent, *Nurses and The Law; A Guide to Principles and Applications*, ed.2, (United States: B. Saunders Company, 2001) hal 55

¹⁹⁴ J. Guwandi 4, *op, cit.*, hal 62

seperti telah diketahui kesalahan dalam perbuatan melawan hukum diartikan sebagai suatu kesengajaan dan suatu kelalaian. Pasal-pasal dalam KUH Perdata yang mengatur mengenai perbuatan melawan hukum terhadap tubuh, suatu tindakan baik yang dilakukan secara sengaja maupun karena kurang hati-hati dapat diminta pertanggung jawaban secara perdata. Seperti pembuktian malpraktek pada umumnya maka unsur-unsur yang harus dibuktikan adalah: 1) perbuatan, 2) melawan hukum, 3) kesalahan, 4) kerugian, 5) kausalitas.

Dalam analisis ini, dilakukan pembatasan bahwasanya yang diperbandingkan hanyalah perbuatan melawan hukum dan *tort negligence* dan perbandingan dilakukan dengan menggunakan unsur-unsur perbuatan melawan hukum.

5.3 Unsur-Unsur Perbuatan Melawan Hukum

a. Perbuatan

Sebagai pribadi hukum, manusia dalam bidang hukum kesehatan memiliki dua hak dasar yaitu dalam bidang sosial dan dalam bidang individual. Yaitu, seseorang berhak untuk mendapatkan pemeliharaan kesehatan (*the right to health care*). Dengan adanya hak tersebut, maka timbullah hak individu bagi seseorang yaitu hak untuk menentukan nasibnya sendiri (*the right to medical service*).¹⁹⁵ Perbuatan malpraktek dapat terjadi baik karena suatu tindakan yang telah dilakukan oleh tenaga kesehatan, maupun karena tenaga kesehatan tersebut telah melakukan kelalaian maupun penelantaran bagi pasiennya.

Malpraktek medik merupakan suatu tindakan yang dapat mencakup suatu kelalaian dan juga tindakan-tindakan yang dilakukan dengan sengaja (*intentional, dolus, opzettelijk*).¹⁹⁶ Kesengajaan disini merupakan malpraktek yang dilakukan oleh seorang tenaga kesehatan yang secara terang melakukan sesuatu yang dilarang oleh Undang-Undang seperti melakukan abortus tanpa indikasi medis. Sedangkan kelalaian dapat berupa sikap tindak seorang dokter yang bertentangan dengan etika, moral, disiplin, hukum, standar profesi medis, kurangnya ilmu pengetahuan

¹⁹⁵ Ameln, *op., cit.*, hal. 28.

¹⁹⁶ J. Guwandi, *op., cit.*, hal 20.

atau ketinggalan ilmu di dalam profesinya yang sudah berlaku umum di kalangan tersebut. Menelantarkan (*negligence, abandonment*), kelalaian, kurang hati-hati, acuh, kurang peduli terhadap keselamatan pasien, kesalahan mencolok dan sebagainya.¹⁹⁷

Perbuatan dalam perbuatan melawan hukum (*tort*) Indonesia maupun Inggris sama-sama melihat suatu perbuatan dapat berupa suatu tindakan aktif maupun pasif. Malpraktek yang terjadi karena suatu perbuatan yang berupa kesengajaan pada umumnya diselesaikan dengan upaya hukum pidana. Sedangkan suatu perbuatan melawan hukum karena suatu tindakan kelalaian sudah sering dilakukan dalam praktek. Mengenai perbuatan malpraktek yang berupa penelantaran pada umumnya adalah suatu situasi dimana sang dokter secara nyata menyatakan bahwa ia telah mengundurkan diri dari kasus, sedangkan pasien dalam keadaan memerlukan pengobatan. Sedangkan bentuk-bentuk lain penelantaran yang dilakukan dari pihak pemberi pelayanan kesehatan dapat dilihat dalam kasus:¹⁹⁸

- a. Penolakan oleh dokter untuk mengobati sesudah ia memeriksa pasien, namun menolak untuk mengobatinya. (*Childre v. Frye, 201, NC 158, Se. 744*)
- b. Menolak untuk memegang suatu kasus yang mana ia telah menerima tanggungjawabnya.
(*Taggard v. Vates, 218 Ala. 609 1919 So 647*). Dokter tergugat menolak untuk meneruskan dengan pemberian pertolongan kelahiran, karena penggugat tidak membantu sewaktu di pakainya forseb obstetrik.
- c. Tidak memberikan perhatian.
Tidak memberikan *follow-up* mengunjungi seorang anak yang menderita fraktur pada femur. (*Mauler v. Hauser, 237 Linn 368, 54 NW 2d 639*).

¹⁹⁷ *Ibid.* 32

¹⁹⁸ J. Guwandi 6, *op, cit.*, hal. 64.

- d. Tidak menyediakan dokter pengganti pada waktu dokter itu tidak ada atau tidak dapat dihubungi.

Apabila seorang dokter atau dokter spesialis bedah dikirim untuk menangani seorang pasien dan telah menerima tugas tersebut, maka jika tidak ada perjanjian khusus-maka ia terikat untuk menangani kasus tersebut selama kasus itu memerlukan pengobatan, kecuali jika tidak ada perjanjian khusus- maka ia terikat untuk menangani kasus tersebut selama kasus itu memerlukan pengobatan, kecuali jika ia telah memberitahukan kehendaknya untuk mengakhiri pemberian pelayanannya, atau telah diakhiri oleh pasien itu sendiri. Dokter itu harus memakai kewajaran dan kelayakan dalam memutuskan untuk menghentikan pemberian pengobatan dan pelayanannya. (*Mucci v. Houghton 89 Iowa, 608, 57, N. W. 305*).

Ketentuan mengenai penelantaran terhadap orang yang membutuhkan pertolongan juga diatur dalam Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP), yaitu dalam pasal 304 KUHP. Mengenai unsur penelantaran yaitu:¹⁹⁹

1. Harus ada hubungan dokter-pasien
2. Hubungan itu diakhiri oleh dokter tanpa persetujuan dari kedua belah pihak.
3. Dokter itu secara sepihak mengakhiri hubungannya tanpa memberikan cukup waktu kepada pasien untuk memperoleh pelayanan dari seorang dokter lain.
4. Harus ada kebutuhan berkelanjutan untuk penerusan pengobatan.
5. Penelantaran ini adalah penyebab dari cedera atau kematian dari pasien.

Hubungan hukum antara dokter dengan pasien dapat terjadi karena perjanjian dan karena peraturan perundang-undangan. Hubungan hukum karena perjanjian timbul semenjak pasien datang ke tempat praktek dokter atau ke rumah sakit dan dimulainya anamnesa dan pemeriksaan oleh dokter.

Sedangkan dalam hukum Inggris kewajiban hukum mulai timbul apabila profesional medis telah siap memberikan saran medis maupun perawatan, dan

¹⁹⁹ *Ibid.* Hal. 63.

menyiratkan kepada pasien bahwasanya tenaga medis tersebut memiliki keahlian dan kemampuan untuk tujuan pengobatan tersebut [Rv Bateman (1925) 94 LJ KB 791].

Dengan demikian terdapat persamaan antara unsur perbuatan dalam hal perkara dugaan malpraktek medik, baik dalam hukum Inggris maupun hukum Indonesia perbuatan diartikan sebagai tindakan aktif maupun pasif. Yang membedakan adalah dalam tindakan aktif hukum Inggris lebih menekankan pada pelaksanaan kewajiban perawatan yang tidak sesuai dengan standar yang telah ditetapkan oleh profesi tenaga kesehatan yang melakukan kelalaian, karena kesengajaan melakukan malpraktek medik dibawa kedalam ranah hukum pidana. Dalam hukum Indonesia perbuatan yang terjadi baik karena kelalaian dan kesengajaan berdasarkan ketentuan Pasal 1370 dan 1371 KUH Perdata.

b. Melawan Hukum

Unsur kedua dalam perbuatan melawan hukum adalah melawan hukum, sedangkan dalam hukum Inggris *negligence* adalah *breach of duty* yang berarti melalaikan kewajiban hukumnya. Tindakan tenaga medis dapat dikatakan sebagai tindakan yang melawan hukum, apabila tindakan tersebut melanggar hak orang lain yang dijamin oleh hukum, dengan melakukan suatu tindakan medik yang bertentangan dengan peraturan perundang-undangan, tidak melakukan apa yang seharusnya dilakukan atau melalaikan kewajiban profesinya. Memberikan pelayanan dibawah standar profesi yang telah ditetapkan oleh profesi itu sendiri.

Dalam hukum Inggris karena tindakan melawan hukum tersebut dilakukan oleh tenaga profesional, maka melawan hukum atau gagal dalam melaksanakan kewajiban pelayanannya dapat dikatakan sebagai kegagalan tenaga kesehatan untuk menjalankan standar pelayanan bagi seorang pasien karena adanya suatu kelalaian, atau karena kurangnya ilmu pengetahuan (ketidakkompetenan) yang mengakibatkan luka ataupun kerugian bagi sang pasien.

Seorang tenaga medis diharapkan memiliki pengetahuan dan keterampilan dalam bidang profesinya. Tidak hanya ilmu yang didapat dari fakultas kedokteran pada saat kuliah dulu, akan tetapi seorang tenaga medis juga harus tetap mengikuti perkembangan dalam bidang profesinya. Bahkan hal tersebut tercantum

Universitas Indonesia

dalam Kode Etik Kedokteran Indonesia pasal 18 yang berbunyi: “ Setiap dokter hendaklah senantiasa mengikuti perkembangan ilmu pengetahuan dan tetap setia kepada cita-citanya yang luhur”.

Seorang dokter dianggap telah melakukan kelalaian apabila dapat dibuktikan bahwa:²⁰⁰

- a) Ada suatu standar praktek medik untuk melakukan uji-uji diagnostik tertentu di dalam kasus-kasus semacam ini.
- b) Bahwa dokter itu tidak mempergunakan uji-uji tersebut dan sebagai akibat tidak sampai menegakkan diagnosis dan memberikan pengobatan yang tepat.
- c) Bahwa sebagai akibatnya pasien jadi menderita luka atau telah kehilangan kesempatannya untuk disembuhkan dari penyakitnya.

c. **Kesalahan**

Baik menurut hukum Indonesia maupun hukum Inggris, Malpraktek dapat terjadi karena kesengajaan maupun karena kelalaian. Malpraktek dalam hukum Inggris yang dilaksanakan karena kesengajaan merupakan suatu tindak pidana. Sedangkan di Indonesia, penyelesaian perkara dapat berlangsung secara bersamaan baik pidana maupun perdata. Karena tujuan dari gugatan perdata adalah ganti rugi bukan penghukuman dari pelaku tindakan melawan hukum, maka kesalahan baik kesengajaan maupun kelalaian dapat digugat dengan dasar perbuatan melawan hukum. Dengan demikian kesalahan yang dibahas hanyalah kesalahan dalam arti sempit yaitu kelalaian.

a) **Kelalaian**

Tolak ukur kelalaian dalam gugatan malpraktek medik, sering kali dipertanyakan. Apakah kelalaian harus dilihat sebagai kelalaian berat (*culpa lata*) seperti dalam hukum pidana, atau kelalaian dalam hukum perdata memiliki ukuran tersendiri. Dalam hukum ada adagium yang berbunyi “*De minimis not curat lex, the law not concern itself with trifles*” yang sekiranya berarti apabila

²⁰⁰ J. Guwandi, *op. cit.*, hal 29

ada kelalaian yang telah terjadi dan tidak sampai membawa cedera kepada orang lain, maka tidak akan berakibat hukum apa-apa.

Dalam hukum pidana kelalaian terbagi menjadi dua yaitu kelalaian ringan dan kelalaian berat. Sedangkan dalam hukum perdata setiap kerugian harus dapat dimintakan ganti-ruginya. Kesalahan ringan pun dapat mengakibatkan kerugian yang besar. Oleh karena itu, yang terpenting dalam hukum perdata adalah adanya kerugian yang ditimbulkan.²⁰¹ Berlaku pula sebaliknya, kesalahan tanpa ada kerugian yang ditimbulkan, maka tidak dapat dilakukan tuntutan perdata. Menurut Prof. W. B. Van der Mijl "*in civil liability guilt is not crucial point, in contrast to the situation in criminal liability. Minor guilt may already may already leads to liability*"²⁰²

Dalam hukum inggris tingkat kelalaian terbagi menjadi dua, bersifat ringan dan bersifat berat. Kelalaian yang bersifat berat dikatakan sebagai *Gross Negligence* dimana kelalaian berat dapat dimintakan pertanggung jawaban secara pidana. Mengenai kelalaian berat dalam putusan tahun 1925, perkara *R v Bateman*, hakim menyatakan

*"... the negligence of the accused went beyond a mere matter of compensation between subjects and showed such disregard for the life and safety of others as to amount to a crime against the state and conduct deserving punishment."*²⁰³

Dengan demikian persamaan antara kesalahan dalam perbuatan melawan hukum maupun *tort* penentuan mengenai ukuran kelalaian yang dilakukan oleh tenaga medis, tentunya ditentukan oleh aturan dari profesi tersebut, karena setiap profesi memiliki ukuran tersendiri dalam menentukan kewajiban profesi. Sedangkan perbedaannya adalah ukuran mengenai besar kecilnya suatu kelalaian bukanlah suatu yang substansi dalam perbuatan melawan hukum, yang terpenting

²⁰¹ Guwandi3, *op., cit.* 41

²⁰² *Ibid.* Hal. 42.

²⁰³ Margaret Brazier, *op, cit.*, hal. 2

adalah apakah kesalahan tersebut menimbulkan kerugian atau tidak. Sedangkan dalam *tort* suatu kelalaian berat dapat dipertanggung jawabkan secara pidana.

d. Kausalitas

Dalam kasus-kasus malpraktek medik, membuktikan kausalitas antara kelalaian, dan kerugian yang diderita merupakan suatu hal yang paling sulit. Dalam KUH Perdata untuk menentukan kausalitas digunakan ajaran *Adequate Veroorzaking* yaitu perbuatan yang harus dianggap sebagai sebab terjadinya akibat yang timbul adalah perbuatan yang seimbangan dengan akibat.²⁰⁴

Dalam hukum Inggris kausalitas ditentukan oleh beberapa test salah satunya adalah “*But for*” yaitu apakah penggugat akan tetap mengalami kerugian, apabila tergugat telah menjalankan kewajibannya? Apabila jawabannya adalah maka penggugat telah berhasil melewati tahap pertama. Untuk memutuskan mata rantai kausalitas ada dua pendekatan yang mungkin digunakan:

The directness test (Re Polemis (1921)) Test ini menyatakan bahwasanya tergugat bertanggung jawab atas konsekuensi langsung yang timbul akibat tindakan kelalaian. Test yang kedua adalah *the foreseeable consequences test (The Wagon Mound (No 1) (1961))*. Test ini menyatakan bahwasanya tergugat bertanggung jawab atas semua kerugian yang mana dapat diduga sebelumnya. Pendekatan ini digunakan bagi kejadian melawan hukum yang sepatutnya dapat diduga.

e. Kerugian (*Damages*)

Seorang pasien barulah dikatakan memiliki hak untuk mendapat *damages* (ganti rugi) apabila ia mengalami atau menderita kerugian sebagai akibat dari malpraktek medik. Yang membedakan ganti rugi perbuatan melawan hukum (*tort*) pada umumnya dan gugatan berdasarkan malpraktek adalah, pertama kerugian tidak dapat disamakan dengan kegagalan medis, yang kedua walaupun kerugian yang timbul sebagai akibat dari kelalaian, pasien hanya akan mendapat ganti rugi jika dia telah menderita, secara hukum merupakan suatu kesalahan. Yang ketiga

²⁰⁴ Rosa Agustina, *op, cit.*, hal 124

dalam beberapa yurisdiksi, hilangnya kesempatan untuk mendapatkan hasil medik yang baik secara hukum merupakan suatu.²⁰⁵

Dalam hukum Inggris, ada beberapa *act* yang mengatur mengenai kematian:

a) *General effect of death*

Menurut Pasal 1 ayat (1) *The Law Reform (Miscellaneous Provisions) Act* 1934 yang telah diamendir tahun 1970 ditentukan bahwa semua alasan gugatan terhadap atau untuk kepentingan seseorang yang meninggal dunia, akan tetap ada atau diteruskan terhadap atau untuk orang yang berkepentingan. ketentuan tersebut tidak berlaku pada *defamation*.²⁰⁶

Dengan demikian, orang yang berkepentingan dari korban dapat menuntut ganti rugi untuk biaya-biaya yang telah dikeluarkannya untuk pengobatan/rumah sakit, sejak terjadinya *tort* sampai pada waktu korban meninggal dunia. Jika korban meninggal dunia seketika, maka yang berkepentingan tidak dapat menuntut ganti rugi, kecuali biaya penguburan (Pasal 1 ayat (2) *c the miscellaneous provision act*)

b) *Fatal Accidents*

Dibawah ketentuan-ketentuan *the fatal accidents act 1976*, seseorang yang karena kelalaiannya menyebabkan orang lain meninggal dunia, bertanggung jawab terhadap orang-orang yang mempunyai hubungan tertentu dengan korban, yang mendapatkan kerugian financial akibat kematian korban tersebut.

Orang-orang itu adalah suami atau isteri, anak, orang tua, kakek/nenek, saudara, paman/bibi, anak angkat, anak tidak sah serta dalam hubungan semenda. Tetapi disyaratkan bagi mereka yang hidupnya tergantung dengan korban.

²⁰⁵ Dieter giersen, *op, cit.*, hal 220

²⁰⁶ *Article 1 The Law Reform (Miscellaneous Provisions) Act subject to the provisions on this section, on the death of any person after the commencement of this act all causes of action subsisting againts or vested in him shall survives againts, or, as the case may be, for the benefit of, his estate. Provided that this subsection shall not apply to causes action of defamation.*

Dengan demikian dapat diambil kesimpulan bahwasanya ganti rugi ditujukan untuk alimentasi bagi keluarga yang ditinggalkan bukan untuk ganti rugi akibat meninggalnya seseorang, dan disyaratkan bahwasanya orang-orang yang berhak mendapatkan alimentasi tersebut adalah orang-orang yang dalam masa hidupnya menggantung pada korban. Akan tetapi, dalam hukum di Inggris juga dapat dimungkinkan kesempatan bagi pihak yang berkepentingan dengan korban akan tetapi hidupnya tidak bergantung pada korban. Untuk meminta ganti rugi dan biaya perawatan korban sejak terjadinya *tort* hingga korban meninggal dunia.

Mengenai ganti rugi yang diberikan terhadap keluarga korban yang ditinggal mati akibat perbuatan melawan hukum diatur dalam Pasal 1370 KUH Perdata, ganti rugi tersebut termasuk kerugian akibat cacat atau luka adalah kerugian imaterial, seperti tidak mampu bekerja, kebutuhan tambahan dalam hal korban tidak mampu bekerja sepenuhnya, maupun kerugian idiil, seperti sakit dan penderitaan jasmani dan rohani, berkurangnya kesenangan hidup akibat cacat jasmani, seperti hilangnya anggota badan.

Seperti dalam putusan Hoge Raad tanggal 21 Maret 1943 dalam perkara *W.P Kreuningen v. Van Bessum cs.*

“dalam menilai kerugian yang dimaksudkan oleh Pasal 1371 KUH Perdata harus juga dipertimbangkan kerugian yang bersifat idiil, sehingga Hakim adalah bebas untuk menentukan penggantian untuk kesedihan (*smart*) dan kesenangan hidup, yang sesungguhnya dapat diharapkan dinikmatinya (*gederfdelevensvreugde*)”²⁰⁷

Pasal 1371 (2) KUH Perdata terdapat persamaan dengan hukum Inggris, dimana dalam hukum Inggris apabila terjadi *personal injuries* dapat diadakan ganti rugi terhadap biaya-biaya (*expense*) pengobatan rumah sakit dan termasuk pula:²⁰⁸

- a. *Pain and suffering* (sakit dan penderitaan)
- b. *Loss of enjoyment of life* (hilangnya kesenangan hidup)

²⁰⁷ Moegni Djodirdjo, *op.cit.* hal. 76.

²⁰⁸ Denis Keenan, *op. cit.*, hal. 359.

- c. *Loss of earnings, both actual and prospective* (hilangnya penghasilan nyata dan yang dapat diperkirakan)

Persamaan: Tujuan dari ganti rugi dari ganti rugi adalah untuk memberikan kompensasi bagi pasien atas kehilangannya, dengan prinsip hukum bahwasanya ganti rugi yang diberikas sedapat mungkin menempatkan pihak yang mengalami kerugian, kembali pada posisi atau keadaan apabila suatu tindakan melawan hukum itu terjadi. Walaupun terjadi perdebatan mengenai apakah suatu ganti rugi dalam bentuk uang, dapat benar-benar memberikan kompensasi bagi pihak-pihak yang mengalami kerugian seperti hilangnya anggota tubuh, dan menghilangkan rasa sakit. Bagaimanapun juga hingga saat ini uang merupakan tujuan dari kompensasi.

Amerika serikat menerapkan elemen "*punitive*" dalam ganti rugi atau sering disebut sebagai *punitive damages* yaitu ganti rugi penghukuman yang diberikan bagi dokter yang telah bertindak dengan, kecerobohan, kesengajaan, kelalaian *punitive damages* ganti rugi tersebut diperhitungkan untuk keperluan ganti rugi secara penuh kepada pasien.²⁰⁹ Sedangkan di Inggris *punitive damages* digunakan secara terbatas sehingga sangat tidak mungkin untuk diperluas bagi kasus-kasus malpraktek medik. Sedangkan dalam yurisdiksi negara persemakmuran telah mengakui bahwasanya ada suatu *exemplary damages* (ganti rugi peringatan) dalam suatu ganti rugi tambahan (sebagai penghukuman) bagi kasus-kasus kesalahan yang berat, tindakan dendam, ataupun sikap tindak yang mengabaikan hak dari penggugat.

Sedangkan dalam negara-negara yang menganut sistem hukum *Civil Law* bentuk ganti rugi yang dinilai secara subjektif tidak ditempuh dengan *punitive damages*, akan tetapi dengan cara yang berbeda. Pengadilan boleh mempertimbangkan ganti rugi immateril yang dinilai secara subjektif terhadap penggugat.

Pada dasarnya pada kedua sistem hukum, korban malpraktek mungkin diberikan kompensasi secara materil dan immateril. Dalam sistem hukum Common law, ganti rugi dalam malpraktek secara konvensional terbagi kedalam

²⁰⁹ Dieter Giersen, *op, cit.*, hal. 223

dua kategori, yaitu ganti rugi khusus dan ganti rugi umum. Dimana pengertian dari ganti rugi khusus adalah ganti rugi yang dihitung secara nyata dari kerugian yang telah terjadi, biaya yang benar-benar telah dikeluarkan, kehilangan penghasilan pada tanggal-tanggal persidangan, sedangkan ganti rugi umum adalah ganti rugi yang ditimbulkan dari hal-hal yang tidak dapat dinilai dengan uang seperti rasa sakit, penderitaan.

Ganti rugi yang berhubungan dengan uang. Pada umumnya ketika pasien mengalami luka akibat suatu tindakan malpraktek, ganti rugi yang benar-benar telah dikeluarkan seperti biaya medis dan perawatan, dan juga kehilangan keuntungan yang diharapkan yang seharusnya ia dapatkan bila ia tidak mengalami luka.

Berkaitan dengan uang : pengobatan, perawatan, dan lain-lain

Tidak berkaitan dengan uang : Sakit Fisikis.

gangguan mental : Kehilangan Kesenangan Hidup,

Kehilangan Harapan Hidup.

5.4 Pertanggung Jawaban Malpraktek Medik

Dalam malpraktek medik, pihak-pihak yang mungkin melakukan kelalaian adalah tenaga kesehatan yaitu dokter dan suster. Seperti telah diketahui seseorang tidak hanya bertanggung jawab atas perbuatan melawan hukum yang telah ia lakukan akan tetapi juga bertanggung jawab atas tindakan melawan hukum yang dilakukan oleh orang-orang yang berada dalam pengawasannya.

5.4.1 Pertanggung jawaban rumah sakit

Berdasarkan Pasal 46 Undang-undang no 44 tahun 2009 Rumah Sakit “Rumah Sakit bertanggung jawab secara hukum terhadap semua kerugian yang ditimbulkan atas kelalaian yang dilakukan oleh tenaga kesehatan di Rumah Sakit.”²¹⁰ Dengan demikian rumah sakit bertanggung jawab terhadap tindakan para

²¹⁰ Indonesia, *Undang-Undang Rumah Sakit*, UU No. 23 tahun 1997, LN No. 153 Tahun 2009, TLN No. 5072, ps. 46.

karyawannya (termasuk tenaga medis/*Dokter In* dan *Dokter out*) jika ada kelalaian yang dilakukan di rumah sakit. Hal ini sesuai dengan pasal 1367 KUH Perdata. Pada hakekatnya rumah sakit adalah organisasi yang dibentuk oleh suatu badan hukum (Pemerintah, Yayasan, Perkumpulan, P.T, atau badan hukum lainnya). Dengan demikian secara yuridis yang bertanggung jawab adalah badan hukum sendiri dan bukan rumah sakitnya.²¹¹ Rumah sakit di Indonesia terbagi menjadi dua yaitu rumah sakit yang didirikan oleh pemerintah dan rumah sakit swasta, pertanggung jawaban rumah sakit terhadap malpraktek medik yang dilakukan oleh tenaga kesehatan, didasarkan oleh pasal 1367 KUH Perdata, dimana pertanggung jawaban didasarkan dengan tanggung gugat dengan melihat hubungan hukum antara dokter dengan rumah sakit, akan tetapi seiring perkembangan doktrin pertanggung jawaban terpusat mulai dipergunakan. Dimana rumah sakit bertanggung jawab atas tindakan tenaga kesehatan yang bekerja dalam rumah sakit tersebut tanpa melihat hubungan hukum antara rumah sakit dan tenaga kesehatan. Hal tersebut ditujukan untuk memudahkan pasien mengajukan gugatan, karena pada umumnya pasien tidak mengetahui hubungan pekerjaan antara dokter dan rumah sakit. Dengan adanya pertanggungjawaban terpusat, rumah sakit memiliki hak regres kepada dokter yang melakukan malpraktek medik.

Yang disebut subyek hukum adalah manusia dan badan hukum. menurut Wirjono Prodjodikoro, badan hukum adalah badan, yang disamping orang-orang manusia perseorangan juga dianggap dapat bertindak dalam hukum dan yang mempunyai hak-hak, kewajiban dan perbuhungan hukum terhadap orang lain atau badan lain.” Rumah sakit swasta, sebagai badan hukum memiliki kekayaan sendiri dan dapat bertindak dalam hukum serta dapat dituntut seperti halnya seorang manusia. Terhadap manajemen rumah sakit dapat diterapkan pasal 1365 maupun pasal 1357 (3) KUHPer.

Badan hukum tidak dapat bertindak sendiri, melainkan yang bertindak adalah organ-organ dalam badan hukum tersebut. organ-organ terbagi menjadi dua, yang berakibat perbedaan tanggung jawab.

²¹¹ J. Guwandi 4, *op, cit.*, hal 13

a. Organ bukan bawahan

Bila perbuatan melawan hukum dilakukan oleh organ bukan bawahan, maka badan hukum bertanggung jawab berdasarkan pasal 1365

b. Organ bawahan

Bila perbuatan melawan hukum dilakukan oleh organ bawahan, maka badan hukum bertanggung jawab berdasarkan pasal 1367 ayat (3) KUH Perdata. Sedangkan organ bawahan tersebut bertanggung jawab berdasarkan pasal 1365 KUHPerdata

Rumah sakit pemerintah, Manajemen rumah sakit pemerintah dapat dituntut menurut pasal 1365 KUH Perdata karena pegawai yang bekerja pada rumah sakit pemerintah menjadi pegawai yang bekerja pada rumah sakit pemerintah menjadi pegawai negeri dan negara sebagai suatu badan hukum dapat dituntut untuk membayar ganti rugi atas tindakan pegawai negeri yang dalam menjalankan tugasnya merugikan pihak lain.

Dalam negara-negara yang menganut hukum *Common Law* doktrin *corporate liability* sudah mulai diterapkan. Doktrin *corporate liability* tersebut membuat rumah sakit secara hukum dapat dimintakan pertanggungjawabannya atas segala peristiwa yang terjadi di belakang dinding rumah sakit. Kasus di Illinois Supreme Court dalam kasus *Darling v Charleston*. Pada awalnya di Inggris pertanggung jawaban rumah sakit terbatas sampai staff rumah sakit, dan tidak termasuk dokter tamu. Pertanggung jawaban terus berkembang hingga rumah sakit juga bertanggung jawab termasuk seluruh staf rumah sakit, termasuk juga yang paruh waktu dan juga konsultan tamu.²¹²

5.4.2 Tanggung gugat terhadap Perawat

Respondeat superior merupakan kalimat dari bahasa latin yang bila diterjemahkan menjadi “*let the master speak*” doktrin ini berdasarkan doktrin *vicarious liability*. Yang mewajibkan untuk majikan untuk bertanggung gugat atas kelalaian yang terjadi selama dalam masa hubungan kerja, dan kelalaian tersebut terjadi dalam tanggung jawab pekerjaan yang pekerja lakukan. Dengan

²¹² *Ibid.* Hal, 34.

demikian jika seorang perawat yang berkerja di suatu rumah sakit, melakukan kelalaian dan mengakibatkan kerugian dalam lingkup tanggung jawab pekerjaannya, maka pasien yang mengalami kerugian dapat menggugat suster tersebut dan rumah sakit dalam teori pertanggung jawaban. Dari teori *let the master speak*, daplikasikan menjadi dua doktrin yaitu: *borrowed servant* dan *captain of the ship rule*.²¹³ Secara tradisional kedua teori tersebut digunakan untuk gugatan atas kelalaian yang terjadi dalam ruang operasi. Akan tetapi karena perkembangan (*care delivery*) kedua doktrin tersebut dapat digunakan.

Teori *borrowed servant*: pemberikerja dalam ruang operasi adalah dokter atau perawat yang bekerja. Agar teori ini dapat digunakan, perawat secara teknis haruslah menjadi pekerja sementara dari dokter, bekerja di bawah perintah langsung dan pengawasan selama proses operasi. Individu yang menjadi pekerja sementara harus dalam posisi untuk menjalankan tindakan spesifik yang mengakibatkan kerugian. Jika hal tersebut tidak dapat dibuktikan, maka rumah sakit dapat dihilangkan beban pertanggunggugatan untuk setiap staf pekerja yang mengakibatkan kerugian. Sedangkan dokter, dokter bedah, ataupun tenaga kesehatan lainnya dapat diminta pertanggung gugatan terhadap pekerja semmentaranya.

Doktrin *captain of the ship* hampir sama dengan doktrin *borrowed servant*, dimana aturan dalam doktrin tersebut mengharuskan kepala operasi yang memegang kontrol, dan harus bertanggung jawab untuk semua individu yang berada dalam ruang operasi. Setiap pegawai yang berada dalam dalam ruang operasai merpkana pegawai semmentaranya. Dan setiap kecelakaan yang terjadi dalam ruang operasi tanggung gugat kepala operasi. Doktrin tersebut memiliki cakupan yang sangat luas karena beberapa alasan, termasuk pengetahuan terakhir dari praktek suster dan anggapan bahwasanya setiap tenaga kesehatan sudah memiliki keahlian dan tanggung jawab sendiri-sendiri.

Secara hukum perawat dapat dimintai pertanggungjawaban terhadap tugas-tugas asuhan keperawatan maupun tugas-tugas yang didelegasikan. Perawat

²¹³ Nancy j. Brentm *op, cit.*, hal. 56.

dapat melakukan beberapa tindakan medis atas dasar pendelegasian dari dokter, dengan syarat-syarat sebagai berikut:²¹⁴

- a. Penegakan diagnosa, pemberian atau penentuan terapi serta penentuan indikasi harus diputuskan dokter sendiri
- b. Delegasi tindakan medis itu hanya dibolehkan jika dokter tersebut sudah sangat yakin bahwa perawat yang menerima delegasi tu sudah mampu untuk melaksanakannya dengan baik.
- c. Pendelegasian dilakukan secara tertulis, termasuk instruksi yang jelas tentang pelaksanaannya, bagaimana harus bertindak jika timbul komplikasi, dan sebagainya.
- d. Harus ada bimbingan dan pengawasan medik pada pelaksanaannya
- e. Orang yang didelegasikan berhak menolak apabila ia merasa tidak mampu untuk melakukan tindakan medis tersebut.

Dengan demikian, dalam hukum Indonesia berdasarkan ketentuan pasal 46 Undang-undang rumah sakit, rumah sakit bertanggung jawab atas secara hukum terhadap kerugian yang disebabkan oleh kelalaian tenaga kesehatannya. Dengan demikian rumah sakit bertanggung jawab atas kelalaian dokter ataupun suster yang sedang melakukan tugasnya. Sedangkan dalam hukum Inggris dimungkinkan rumah sakit dilepaskan tanggung gugatnya dari seorang perawat, hal tersebut merupakan perkembangan dari teori *let the master speak*, sehingga dalam kondisi tertentu seorang suster dapat menjadi pekerja sementara dari seorang dokter, dengan demikian dokter ataupun dokter bedahlah yang bertanggung gugat atas kelalaian yang dilakukan suster.

5.5 Pembelaan

Pada umumnya dalam malpraktek medik *tort negligence* pembelaan-pembelaan yang dilakukan adalah *contributory negligence* dan *volenti non vit injuria (consent)*. Dalam *contributory negligence* tujuannya adalah membagi secara adil beban kerugian, dengan demikian mengurangi ganti rugi yang harus

²¹⁴ Supandi, "Tanggung Jawab Perawat terhadap Pasien di Rumah Sakit Ditinjau dari Segi Hukum Perdata". (Skripsi Sarjana Hukum Universitas Indonesia. Depok), Hal 88-89.

dibayar kepada penggugat. Hal ini dapat terjadi jika tergugat dapat membuktikan bahwasanya penggugat berkontribusi dengan cara gagal untuk mengurus keselamatannya sendiri. Sedangkan dalam *volenti non vit injuria* penggugat telah memberikan ijin atas tindakan medis yang diberikan.

Dalam hukum perdata, hampir sama dengan hukum Inggris tergugat dapat melakukan pembelaan bahwasanya tindakan medik yang dilakukan, telah diberikan izin oleh penggugat, dalam istilah hukum kesehatan dinamakan sebagai *informed consent*. Akan tetapi, tergugat juga harus meyakinkan bahwasanya sebelum ijin diberikan, tergugat telah memberitahukan segala hal mengenai tindakan medik yang akan dilakukan, mulai dari pilihan tindakan yang akan dilakukan dan juga resiko-resiko yang ada. Yang menjadi pembeda adalah doktrin *contributory negligene* masih belum masuk dalam teori pembelaan, akan tetapi dalam prakteknya teori ini mungkin dapat digunakan untuk mengurangi beban ganti rugi yang harus dibayarkan oleh tergugat.

5.6 Pembuktian

Malpraktek dalam tort merupakan suatu kelalaian yang dilakukan oleh tenaga profesional atau seringkali disebut sebagai *Professional Malpractice*, dimana profesi tersebut telah melakukan sesuatu dibawah standar dari profesi tersebut. Sesuatu yang harus dimiliki profesi tertentu seperti ilmu pengetahuan, kemampuan, dan keahlian yang diharapkan oleh kebanyakan orang. Dengan demikian ketika seseorang yang berprofesi sebagai tenaga kesehatan diduga melakukan suatu tindakan malpraktek medik dan mengakibatkan luka atau cacatnya seseorang. Tindakan yang telah dilakukan oleh tenaga medis tersebut haruslah dibandingkan dengan orang wajar seprofesi, dengan ditempatkan dalam situasi dan kondisi yang sama.

Dalam sistem hukum *Common Law* pembuktian pada umumnya berada pada penggugat, namun demikian ada doktrin yang bernama *res ipsa loquitur*, doktrin ini dikhususkan dalam *tort* kelalaian. Teori ini memungkinkan pembalikan beban pembuktian, akan tetapi hanya dikhususkan pada kasus-kasus tertentu yaitu dimana kesalahan tergugat sudah sedemikian jelasnya, sehingga

secara langsung diketahui kesalahan/kelalaiannya. Teori ini diformulasikan oleh United States Supreme Court:

“Res ipsa loquitur means that the fact of the occurrence warrant the inference of negligence, not that they compel such inference; that they furnish circumstantial evidence of negligence where direct evidence of it may be lacking, but is evidence to be weighed, not necessarily that they require it; that they make a case to be decided by the jury, not that they forestall the verdict. Res ipsa loquitur, where it applies, does not convert the defendant’s general issue into an affirmative defense. When all the evidence is in, the question for the jury is, whether the preponderance is with the plaintiff”²¹⁵.

Pada prinsipnya berdasarkan ketentuan pasal 1865 KUH Perdata, pembuktian dalam perbuatan melawan hukum menganut prinsip *liability based on fault*, sehingga penggugat yang harus membuktikan. Kecuali dinyatakan lain oleh undang-undang khusus. Dalam malpraktek medik dan undang-undang kesehatan tidak mengatur lain mengenai pembuktian, dengan demikian penggugat yang harus membuktikan unsur-unsur dalam perbuatan melawan hukum. Dalam yurisprudensi hukum kedokteran Indonesia memang ada beberapa kasus yang diputuskan hampir sama dengan doktrin *res ipsa loquitur*. Seperti dokter salah operasi anggota tubuh, salah operasi pasien.

²¹⁵ Dieter Giesen, *op. cit.*, hal. 518.

BAB 6 PENUTUP

6.1 Kesimpulan

1. Perbandingan perbuatan melawan hukum (*tort*) melihat dari segi pengertian dan tujuan dari perbuatan melawan hukum maka keduanya memiliki persamaan yaitu mengatur mengenai kesalahan perdata yang timbul bukan dari suatu hubungan kontrak. Tujuan dari gugatan adalah pemberian perlindungan hak subjektif orang lain dengan pemberian ganti rugi akibat kerugian yang seharusnya tidak diderita, apabila tergugat tidak melakukan perbuatan melawan hukum.

Baik perbuatan melawan hukum (*tort*) keduanya terus mengalami perkembangan, hal ini dikarenakan unsur melawan hukum kesusilaan, dan bertentangan dengan kepatutan, ketelitian terus berkembang sesuai dengan perkembangan nilai di masyarakat, perbuatan melawan hukum terus berkembang baik karena yurisprudensi seperti putusan pada tahun 1919 *Cohen v Lidenbaum* yang memperluas unsur dari melawan hukum dan juga karena peraturan-peraturan perundang-undangan khusus mengenai perbuatan melawan hukum. Begitupula halnya dengan *tort* terus berkembang baik dengan yurisprudensi karena *Common Law* menganut asas *Precedent*, seperti pada tahun 1932 *Negligence* diakui sebagai *tort* yang terpisah dan juga berkembang dengan dikeluarkannya *act* yang mengatur *tort* seperti *contributory negligence act* 1945.

Dilihat dari kualifikasinya suatu perbuatan melawan hukum (*tort*) dapat terjadi baik karena kesengajaan, ataupun karena kelalaian, dalam sistem hukum *Common Law* dikenal satu kualifikasi lagi yaitu *strict liability* yang berarti pertanggung jawaban secara ketat dan sudah mulai digunakan dalam hukum Indonesia seperti dalam Undang-undang Perlindungan Konsumen dan Undang-undang Perlindungan dan Pengelolaan Lingkungan Hidup. Selain itu dalam hukum Inggris kelalaian yang pada umumnya menjadi unsur dalam beberapa *tort* tertentu, menjadi *tort* yang mandiri.

Mengenai unsur dari perbuatan melawan hukum (*tort*) maka perbuatan melawan hukum memiliki 5 unsur yang harus dipenuhi secara kumulatif 1) perbuatan, 2) melawan hukum, 3) kesalahan, 4) kerugian, 5) hubungan kausal. Sedangkan dalam hukum Inggris setiap *tort* memiliki unsur-unsur tersendiri yang harus dipenuhi, namun demikian ada unsur-unsur yang pada umumnya terdapat pada *tort* yaitu adanya *duty of care*, *breach of duty*, *damages*, *causation*.

Mengenai pemberian ganti rugi baik dalam perbuatan melawan hukum (*tort*) keduanya juga mengakui bahwa ada ganti rugi yang dapat berkaitan dengan uang (materiil, *pecuniary*) berupa biaya yang benar-benar telah dikeluarkan, ganti, rugi dan bunga dan juga ganti rugi yang tidak berkaitan dengan uang (imateriil, *non-pecuniary loss*) seperti kehilangan kesenangan hidup, sakit. Sedikit perbedaan dalam hukum Inggris, adanya *nervous shock*, dan diakui adanya *punitive damages* yang diberikan pada kasus-kasus tertentu, yang gunanya sebagai penghukuman bagi pelaku *tort* dan juga sebagai pencegahan bagi orang lain untuk melakukan tindakan yang sama dengan tergugat. Persamaan lainnya adalah penggugat harus membuktikan adanya kerugian yang timbul, dan tujuan dari pemberian kerugian adalah mengembalikan posisi penggugat seperti sebelum terjadinya perbuatan melawan hukum (*tort*).

Mengenai beban pembuktian pada dasarnya perbuatan melawan hukum berdasarkan ketentuan Pasal 1385 KUH Perdata, terletak pada penggugat, namun demikian ada pengecualian apabila dalam undang-undang khusus menyatakan lain. Dalam *tort* pada umumnya pembuktian dibebankan pada penggugat, namun demikian dalam kualifikasi tertentu hal tersebut bisa berubah.

2. Dalam kasus dugaan malpraktek medik gugatan diajukan dengan dasar perbuatan melawan hukum, dalam hukum Inggris dapat masuk dalam kategori *Batteries* dan *Negligence*. dalam *negligence* unsur-unsur yang harus dibuktikan adalah, adanya kewajiban hukum (*duty of care*), pelanggaran kewajiban tersebut (*breach of duty*), kausalitan (*causation*),

dan kerugian (*damages*). malpraktek yang dilakukan oleh tenaga kesehatan masuk dalam kategori *professional malpractice*.

Mengenai *duty of care* (kewajiban hukum) yang seharusnya dijalankan oleh tenaga kesehatan, ditentukan oleh profesi yang bersangkutan. Lahirnya hubungan hukum antara pasien dan dokter adalah pasien pergi kerumah sakit, meminta nasihat dokter dan dokter telah siap memberikan saran medik ataupun perawatan, serta menyiratkan bahwasanya tenaga medis tersebut memiliki keahlian dan kemampuan untuk tujuan tersebut.

Pengertian dari malpraktek medik memiliki kesamaan yaitu dimana tenaga kesehatan melakukan kesengajaan ataupun kelalaian untuk mempergunakan tingkat keterampilan dan ilmu pengetahuan yang lazim dipergunakan dalam mengobati pasien atau orang yang terluka menurut ukuran di lingkungan yang sama. Yang dimaksudkan kelalaian disini ialah sikap kurang hati-hati, yaitu tidak melakukan apa yang seseorang dengan sikap hati-hati melakukannya dengan wajar, atau sebaliknya melakukan apa yang seseorang dengan sikap hati-hati tidak akan melakukannya dalam situasi tersebut.

Mengenai ganti rugi yang diberikan baik berdasarkan ketentuan dalam perbuatan melawan hukum (*tort*) membagi pada kerugian yang nyata telah dikeluarkan seperti biaya perawatan, hilangnya pendapatan selama dalam kesakitan, ataupun pengurangan pendapatan yang akan terjadi akibat luka yang diderita dan juga ganti rugi immateril seperti kehilangan kesenangan hidup, sakit fisik seperti kehilangan anggota badan.

Pembelaan yang dilakukan dalam menghadapi gugatan perbuatan melawan hukum memiliki kesamaan yaitu adanya ijin atau dikenal dengan *informed consent*, yang membedakan adalah dalam sistem hukum *Common Law* dikenal teori *contributory negligence* yang berarti penggugat juga berkontribusi atas kerugian yang terjadi. Dengan demikian ganti rugi dibagi secara proporsional berdasarkan kelalaian, sehingga tergugat

mendapatkan pengurangan atas jumlah ganti rugi yang pada awalnya diminta.

Dalam hal pembuktian pasal 1365 KUH perdata menganut *liability based on fault*, yang berarti penggugat membuktikan malpraktek yang dilakukan oleh tenaga kesehatan. sedangkan dalam hukum Inggris, yang menjadi pembeda adalah adanya doktrin *res ipsa loquitur* yang apabila diterapkan dapat mengakibatkan kasus tersebut menjadi *strict liability* sehingga penggugat hanya membuktikan adanya kesalahan dan kerugian.

6.2 SARAN

- a. Pembuktian dalam perkara malpraktek medik, pastinya akan menyulitkan pasien atau penggugat sebagai orang awam yang kurang mengerti tindakan medik. Dengan demikian diharapkan dalam kondisi tertentu doktrin *res ipsa loquitur* dapat digunakan secara konsisten, seperti dalam hal pasien yang sedang dioperasi, sehingga dalam keadaan terbius ia tidak mengetahui bagaimana malpraktek tersebut dapat terjadi. Maka ketika doktrin *res ipsa loquitur* diterapkan sehingga beban pembuktian dalam kasus tersebut menjadi terbalik.
- b. Tenaga medis merupakan profesi yang terhormat. Dalam melaksanakan profesinya, tenaga kesehatan berusaha semaksimal mungkin demi kesembuhan pasiennya. Upaya yang telah dilakukan oleh tenaga kesehatan, tidak dapat menjamin akan suatu hasil kesembuhan karena tergantung pula dari kondisi fisik, beratnya penyakit, jenis kelamin, usia dan ketahanan tubuh pasien. Dengan demikian Apabila terjadi suatu malpraktek medik, belum tentu hal tersebut sepenuhnya menjadi kesalahan dari tenaga medis yang bersangkutan, mungkin saja pasien turut berkontribusi dalam kerugian yang timbul seperti tidak meminum obat sesuai dengan perintah dokter, tidak mendengarkan larangan, anjuran yang diberikan oleh dokter. Maka diharapkan adanya pembagian beban ganti rugi apabila pasien juga turut serta mengakibatkan kerugian, seperti dalam doktrin *contributory negligence*.

DAFTAR PUSTAKA

Buku

Agustina, Rosa. *Perbuatan Melawan Hukum*. Jakarta: Program Pasca Sarjana Fakultas Hukum Universitas Indonesia, 2003.

Ameln, Fred. *Kapita Selekta Hukum Kedokteran*. Jakarta: Grafikatama, 1991.

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

Apeldoorn, Van. *Pengantar Ilmu Hukum*. Jakarta: PT. Pradnya Paramita, 2000.

Badruzaman, Mariam Darus. *KUH Perdata Buku III Hukum Perikatan Dengan Penjelasan*. Bandung: Alumni, 1996.

Cavendish Lawcard Series. *Tort Law*. London: Cavendish Publishing, 2002

Danny Wiradharma, *Penuntun Kuliah Hukum Kedokteran*, cet. 1 (Jakarta: Binarupa Aksara 1996), hal. 88.

Djojodirdjo, M. A. Moegni. *Perbuatan Melawan Hukum*. Jakarta: Pradnya Paramita, 1982.

Davies, Michael, *Textbook on Medical Law*. London: Blackstone Press Limited, 1998.

Fuady, Munir. *Perbuatan Melawan Hukum; Pendekatan Kontemporer*. Bandung: PT. Citra Aditya Bakti, 2005.

Fred Ameln. *Kapita Selekta Hukum Kedokteran*. Jakarta: Grafika Jaya, 1991.

Giesen, Dieter, *International Medical Malpractice Law; A Comparative Law Study of Civil Liability Arising from Medical Care*, London: Kluwer Academic Publishers Group, 1988

Guwandi, J. *Dugaan Malpraktek Medik & Draft RPP: Perjanjian Terapeutik Antara Dokter dan Pasien*. Jakarta: Balai Penerbit FKUI, 2006.

_____. *Dokter, Pasien, dan Hukum*. Jakarta: Balai Penerbit FKUI, 2007.

_____. *Etika dan Hukum Medik (Medical Law)*. Jakarta: Balai Penerbit FKUI, 2006.

_____. *Hospital Law Emerging Doctrines & Jurisprudence*. Jakarta: Balai Penerbit FKUI, 2005

_____. *Hukum Medik*. Jakarta : Balai Penerbit FK UI, 2007.

_____. *Informed Consent Bunga Rampai medical practice*, jakarta: Balai Penerbit Fakultas Kedokteran Indonesia, 2004.

_____. *Pengantar Hukum Medik dan Bio-Etika (Prinsip, Pedoman, Pembuktian dan Contoh Kasus)*. Jakarta: Balai Penerbit Fakultas Kedokteran Universitas Indonesia, 2009

Harpwood, Vivienne. *Modern Tort Law*. London: Cavendish Publishing, 2005

Ikatan Dokter Indonesia dan Departemen Kesehatan RI. *Standar Pelayanan Medis*, tahun 1993.

Keenan, Denis, *Smith and Keenan's English Law*. London: Pitman Publishing Limited, 1989.

Komalawati, Veronica. *Peranan Informed Consent dalam Transaksi Terapeutik*. Bandung: Citra Aditya Bakti, 1999.

Komalawati Veronica, *Peranan Informed Consent dalam Transaksi Terapeutik*, Bandung: Citra Aditya Bakti, 1999.

Mariyanti Ninik, *Malpraktek kedokteran; dari segi hukum pidana dan perdata* Jakarta: Bina Aksara, 1988.

Mamudji, Sri, dkk. *Metode Penelitian dan Penulisan Hukum*. Jakarta: Badan Penerbit Fakultas Hukum Universitas Indonesia, 2005.

- Mertokusumo, Sudikno. *Mengenal Hukum*. Bandung : PT. Citra Aditya Bakti, 1986
- Mariyanti, Ninik. *Malapraktek kedokteran; dari segi hukum pidana dan perdata*. Jakarta: Bina Aksara, 1988
- Nelson, Rodney and Frank Burton, *Medical Negligence Case Law*, London: Fourmat Publishing, 1990.
- Nancy J. Brent, *Nurses and The Law; A Guide to Principles and Applications*. United States: W.B. Saunders Company, 2001.
- Owen, Richard, *Essential Tort Law*. London: Cavendis Publishing, 2000
- Pannett, AJ, *Law Of Torts*. London: Pitman Publishing, 1992
- Prodjodikoro, Wirjono. *Perbuatan Melanggar Hukum*. Cet 9. Bandung: Sumur Bandung, 1993.
- Prosser, William L. *Law of Tort*. California: West Publishing co, 1971.
- Soekanto, Soerjono dan Sri Mamudji, *Penelitian Hukum Normatif (Suatu Tinjauan Singkat)*. Jakarta: PT. Raja Grafindo Persada, 2007.
- Setiawan, Rachmat. *Tinjauan Elementer Perbuatan melawan Hukum*. Bandung:Alumni, 1982.
- Sardjono, R dan Frieda Husni Hasbullah, *Bunga Rampai Perbandingan Hukum Perdata* Jakarta: Ind-Hill-Co, 2003.
- Slapper, Garry dan David Kell. *English Law*. England: Cavendis Publishing, 2000
- Soekanto, Soerjono; dan Sri Mamudji. *Penelitian Hukum Normatif (Suatu Tinjauan Singkat)*. Jakarta: PT. Raja Grafindo Persada, 2007.
- Stuhmoke, Anita. *Essential Tort law*.London: Cavendish Publishing, 2001
- Stephenson, Graham, *Source Book on Torts*. London: Cavendish Publishing, 2000

Syahrul, Machmud. "Aspek Hukum dalam Medical Malpractice" *Varia Peradilan* No. 264 (November 2007)

Widjaja, Gunawan dan Kartini Muljadi, *Perikatan yang Lahir dari Undang-Undang*. Jakarta: Raja Grafindo, 2003.

Perundang-undangan

Indonesia. *Kitab Undang-undang Hukum Perdata (KUHPer)*. Terjemahan Subekti dan Tjitrosudibio. Cet. 34. Edisi Revisi. Jakarta: Pradnya Paramita, 1995.

Indonesia. *Undang-undang Kesehatan*, UU No. 36 Tahun 2009, LN No. 36 Tahun 2009, TLN No. 5063.

Indonesia, *Undang-Undang Praktik Kedokteran*, UU No. 29 Tahun 2004, LN 116 No. 29 Tahun 2004, TLN No. 4431,

Indonesia, Peraturan Menteri Kesehatan Republik Indonesia Nomer 290/MENKES/PER/III/2008.

Tesis

Andrianto, Wahyu." Malpraktik Medis di Rumah Sakit, Implikasi Pada Tanggung Jawab Hukum dan Orientasi Bisnis Rumah Sakit." Tesis Magister Universitas Indonesia. Depok, 2005

Skripsi

Supandi, "Tanggung Jawab Perawat terhadap Pasien di Rumah Sakit Ditinjau dari Segi Hukum Perdata". (Skripsi Sarjana Hukum Universitas Indonesia. Depok), Hal 88-89.

Kamus

Tim Penyusun Kamus Pusat Bahasa , *Kamus Besar Bahasa Indonesia*, edisi 3cet 1 (Jakarta: Balai Pustaka, 2001)

Universitas Indonesia

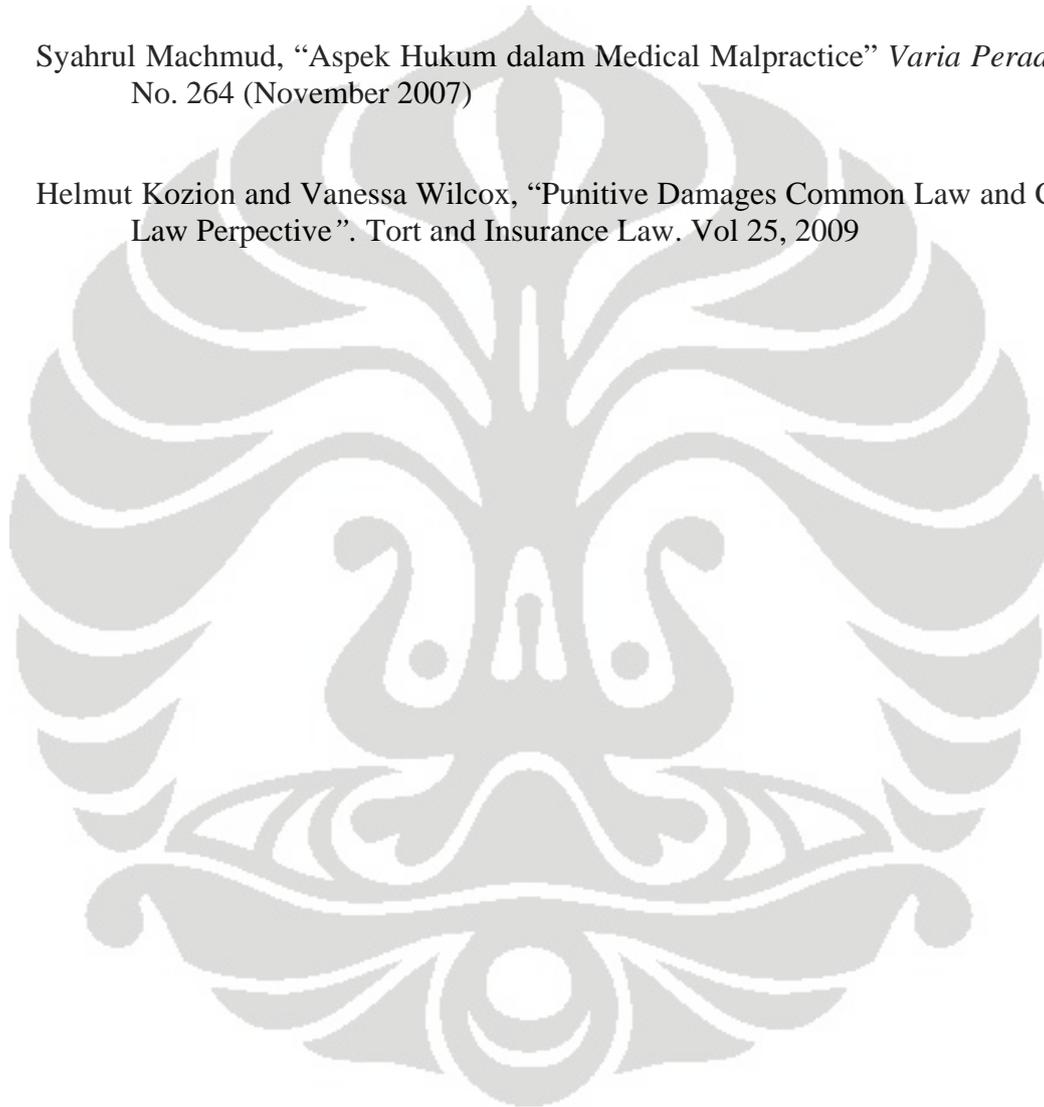
Bryan A Garner et al, Black`s Law Dictionary, 7th ed (Minesota: West Publishing, 1990)

Jurnal

Alghrani, Amel dan Margaret Brazier, “Fatal medical malpractice and criminal liability,” *Professional Negligence* (2009)

Syahrul Machmud, “Aspek Hukum dalam Medical Malpractice” *Varia Peradilan* No. 264 (November 2007)

Helmut Kozion and Vanessa Wilcox, “Punitive Damages Common Law and Civil Law Perspective”. *Tort and Insurance Law*. Vol 25, 2009



THE LAW REFORM (CONTRIBUTORY NEGLIGENCE) ACT 1945

1. Apportionment of liability in case of contributory negligence.

(1) Where any person suffers damage as the result partly of his own fault and partly of the fault of any other person or persons, a claim in respect of that damage shall not be defeated by reason of the fault of the person suffering the damage, but the damages recoverable in respect thereof shall be reduced to such extent as the court thinks just and equitable having regard to the claimant's share in the responsibility of the damage:

Provided that-

- (a) this subsection shall not operate to defeat any defence arising under a contract;
- (b) where any contract or enactment providing for the limitation of liability is applicable to the claim, the amount of damages recoverable by the claimant by virtue of this subsection shall not exceed the maximum limit so applicable.

(2) Where damages are recoverable by any person by virtue of the foregoing subsection subject to such reduction as is therein mentioned, the court shall find and record the total damages which would have been recoverable if the claimant had not been at fault.

(5) Where, in any case to which subsection (1) of this section applies, one of the persons at fault avoids liability to any other such person or his personal representative by pleading the Limitation Act, 1939, or any other enactment limiting the time within which proceedings may be taken, he shall not be entitled to recover any damages from that other person or representative by virtue of the said subsection.

(6) Where any case to which subsection (1) of this section applies is tried with a jury, the jury shall determine the total damages which would have been recoverable if the claimant had not been at fault and the extent to which those damages are to be reduced.

4. Interpretation.

The following expressions have the meanings hereby respectively assigned to them, that is to say-

“court” means, in relation to any claim, the court or arbitrator by or before whom the claim falls to be determined;

“damage” includes loss of life and personal injury;

“fault” means negligence, breach of statutory duty or other act or omission which gives rise to liability in tort or would, apart from this Act, give rise to the defence of contributory negligence.

LAW REFORM (MISCELLANEOUS PROVISIONS) ACT 1934

1. Effect of death on certain causes of action.

(1) Subject to the provisions of this section, on the death of any person after the commencement of this Act all causes of action subsisting against or vested in him shall survive against, or, as the case may be, for the benefit of, his estate. Provided that this subsection shall not apply to causes of action for defamation .

(1A) The right of a person to claim under section 1A of the Fatal Accidents Act 1976 (bereavement) shall not survive for the benefit of his estate on his death.

(2) Where a cause of action survives as aforesaid for the benefit of the estate of a deceased person, the damages recoverable for the benefit of the estate of that person:—

(a) shall not include—

(i) any exemplary damages;

(ii) any damages for loss of income in respect of any period after that person's death;]

(b) ...

(c) where the death of that person has been caused by the act or omission which gives rise to the cause of action, shall be calculated without reference to any loss or gain to his estate consequent on his death, except that a sum in respect of funeral expenses may be included.

(4) Where damage has been suffered by reason of any act or omission in respect of which a cause of action would have subsisted against any person if that person had not died before or at the same time as the damage was suffered, there shall be deemed, for the purposes of this Act, to have been subsisting against him before his death such cause of action in respect of that act or omission as would have subsisted if he had died after the damage was suffered.

(5) The rights conferred by this Act for the benefit of the estates of deceased persons shall be in addition to and not in derogation of any rights conferred on the dependants of deceased persons by the Fatal Accidents Act 1976 ... and so much of this Act as relates to causes of action against the estates of deceased persons shall apply in relation to causes of action under the said Act as it applies in relation to other causes of action not expressly excepted from the operation of subsection (1) of this section.

(6) In the event of the insolvency of an estate against which proceedings are maintainable by virtue of this section, any liability in respect of the cause of action in respect of which the proceedings are maintainable shall be deemed to be a debt provable in the administration of the estate, notwithstanding that it is a demand in the nature of unliquidated damages arising otherwise than by a contract, promise or breach of trust.

FATAL ACCIDENTS ACT 1976

1. Right of action for wrongful act causing death.

(1) If death is caused by any wrongful act, neglect or default which is such as would (if death had not ensued) have entitled the person injured to maintain an action and recover damages in respect thereof, the person who would have been liable if death had not ensued shall be liable to an action for damages, notwithstanding the death of the person injured.

(2) Subject to section 1A(2) below, every such action shall be for the benefit of the dependents of the person ("the deceased") whose death has been so caused.

(3) In this Act "dependent" means-

- (a) the wife or husband or former wife or husband of the deceased;
- (b) any person who-
 - (i) was living with the deceased in the same household immediately before the date of the death; and
 - (ii) had been living with the deceased in the same household for at least two years before that date; and
 - (iii) was living during the whole of that period as the husband or wife of the deceased;
- (c) any parent or other ascendant of the deceased;
- (d) any person who was treated by the deceased as his parent;
- (e) any child or other descendant of the deceased;
- (f) any person (not being a child of the deceased) who, in the case of any marriage to which the deceased was at any time a party, was treated by the deceased as a child of the family in relation to that marriage;
- (g) any person who is, or is the issue of, a brother, sister, uncle or aunt of the deceased.

(4) The reference to the former wife or husband of the deceased in subsection (3)(a) above includes a reference to a person whose marriage to the deceased has been annulled or declared void as well as a person whose marriage to the deceased has been dissolved.

(5) In deducing any relationship for the purposes of subsection (3) above-

- (a) any relationship by affinity shall be treated as a relationship of consanguinity, any relationship of the half blood as a relationship of the whole blood, and the stepchild of any person as his child, and
- (b) an illegitimate person shall be treated as the legitimate child of his mother and reputed father.

(6) Any reference in this Act to injury includes any disease and any impairment of a person's physical or mental condition.

1A. Bereavement.

(1) An action under this Act may consist of or include a claim for damages for bereavement.

- (2) A claim for damages for bereavement shall only be for the benefit-
- (a) of the wife or husband of the deceased; and
 - (b) where the deceased was a minor who was never married-
 - (i) of his parents, if he was legitimate; and
 - (ii) of his mother, if he was illegitimate.

(3) Subject to subsection (5) below, the sum to be awarded as damages under this section shall be £7,500.

(4) Where there is a claim for damages under this section for the benefit of both the parents of the deceased, the sum awarded shall be divided equally between them (subject to any deduction falling to be made in respect of costs not recovered from the defendant).

(5) The Lord Chancellor may by order made by statutory instrument, subject to annulment in pursuance of a resolution of either House of Parliament, amend this section by varying the sum for the time being specified in subsection (3) above.

2. Persons entitled to bring the action.

(1) The action shall be brought by and in the name of the executor or administrator of the deceased.

(2) If-

- (a) there is no executor or administrator of the deceased, or
- (b) no action is brought within six months after the death by and in the name of an executor or administrator of the deceased,

the action may be brought by and in the name of all or any of the persons for whose benefit an executor or administrator could have brought it.

(3) Not more than one action shall lie for and in respect of the same subject matter of complaint.

(4) The plaintiff in the action shall be required to deliver to the defendant or his solicitor full particulars of the persons for whom and on whose behalf the action is brought and of the nature of the claim in respect of which damages are sought to be recovered.

3. Assessment of damages.

(1) In the action such damages, other than damages for bereavement, may be awarded as are proportioned to the injury resulting from the death to the dependents respectively.

(2) After deducting the costs not recovered from the defendant any amount recovered otherwise than as damages for bereavement shall be divided among the dependents in such shares as may be directed.

(3) In an action under this Act where there fall to be assessed damages payable to a widow in respect of the death of her husband there shall not be taken into account the re-marriage of the widow or her prospects of re-marriage.

(4) In an action under this Act where there fall to be assessed damages payable to a person who is a dependent by virtue of section 1(3)(b) above in respect of the death of the person with whom the dependent was living as husband or wife there shall be taken into account (together with any other matter that appears to the court to be relevant to the action) the fact that the dependent had no enforceable right to financial support by the deceased as a result of their living together.

(5) If the dependents have incurred funeral expenses in respect of the deceased, damages may be awarded in respect of those expenses.

(6) Money paid into court in satisfaction of a cause of action under this Act may be in one sum without specifying any person's share.

4. Assessment of damages; disregard of benefits.

In assessing damages in respect of a person's death in an action under this Act, benefits which have accrued or will or may accrue to any person from his estate or otherwise as a result of his death shall be disregarded.

5. Contributory negligence.

Where any person dies as the result partly of his own fault and partly of the fault of any other person or persons, and accordingly if an action were brought for the benefit of the estate under the Law Reform (Miscellaneous Provisions) Act 1934 the damages recoverable would be reduced under section 1(1) of the Law Reform (Contributory Negligence) Act 1945, any damages recoverable in an action under this Act shall be reduced to a proportionate extent.

DEFAMATION ACT 1952

2. Slander affecting official, professional or business reputation.

In an action for slander in respect of words calculated to disparage the plaintiff in an office, profession, calling, trade or business held or carried on by him at the time of the publication, it shall not be necessary to allege or prove special damage, whether or not the words are spoken of the plaintiff in the way of his office, profession, calling, trade or business.

3. Slander of title, etc.

(1) In an action for slander of title, slander of goods or other malicious falsehood, it shall not be necessary to allege or prove special damage—

(a) if the words upon which the action is founded are calculated to cause pecuniary damage to the plaintiff and are published in writing or other permanent form; or

(b) if the said words are calculated to cause pecuniary damage to the plaintiff in respect of any office, profession, calling, trade or business held or carried on by him at the time of the publication.

(2) Section one of this Act shall apply for the purposes of this section as it applies for the purposes of the law of libel and slander.

5. Justification.

In an action for libel or slander in respect of words containing two or more distinct charges against the plaintiff, a defence of justification shall not fail by reason only that the truth of every charge is not proved if the words not proved to be true do not materially injure the plaintiff's reputation having regard to the truth of the remaining charges.

6. Fair Comment.

In an action for libel or slander in respect of words consisting partly of allegations of fact and partly of expression of opinion, a defence of fair comment shall not fail by reason only that the truth of every allegation or fact is not proved if the expression of opinion is fair comment having regard to such of the facts alleged or referred to in the words complained of as are proved.

9. Extension of certain defences to broadcasting.

(1) Section three of the Parliamentary Papers Act, 1840 (which confers protection in respect of proceedings for printing extracts from or abstracts of parliamentary papers) shall have effect as if the reference to printing included a reference to broadcasting by means of wireless telegraphy.

10. Limitation on privilege at elections.

A defamatory statement published by or on behalf of a candidate in any election to local government authority [to the Scottish Parliament] or to Parliament shall not be deemed to be published on a privileged occasion on the ground that it is material to a question in issue in the election, whether or not the person by whom it is published is qualified to vote at the election.

11. Agreements for indemnity.

An agreement for indemnifying any person against civil liability for libel in respect of the publication of any matter shall not be unlawful unless at the time of the publication that

person knows that the matter is defamatory, and does not reasonably believe that there is a good defence to any action brought upon it.

12. Evidence of other damages recovered by plaintiff.

In any action for libel or slander the defendant may give evidence in mitigation of damages that the plaintiff has recovered damages, or has brought actions for damages, for libel or slander in respect of the publication of words to the same effect as the words on which the action is founded, or has received or agreed to receive compensation in respect of any such publication.

13. Consolidation of actions for slander etc.

Section five of the Law of Libel Amendment Act 1888 (which provides for the consolidation, on the application of the defendants, of two or more actions for libel by the same plaintiff) shall apply to actions for slander of title, slander of goods or other malicious falsehood as it applies to actions for libel, and references in that section to the same, or substantially the same, libel shall be construed accordingly.

16. Interpretation.

(1) Any reference in this Act to words shall be construed as including a reference to pictures, visual images, gestures and other methods of signifying meaning.

17. Proceedings affected and savings.

(2) Nothing in this Act affects the law relating to criminal libel.

