

BAB I

PENDAHULUAN

A. Latar Belakang

Tindak pidana praktik kedokteran atau yang sering disebut malpraktik kedokteran semakin banyak terjadi dan diliput dalam pemberitaan media massa nasional, baik itu media cetak maupun media elektronik. Menurut Lembaga Bantuan Hukum Kesehatan Ikatan Dokter Indonesia (IDI) Pusat bahwa terdapat kurang lebih 210 kasus pertahunnya dugaan malpraktik kedokteran di Indonesia,¹walaupun sebagian besar tidak sampai ke pengadilan. Sedangkan laporan masyarakat yang diterima Ikatan Dokter Indonesia (IDI) di berbagai wilayah dari tahun 2007 sampai 2012 Lampung terdapat 80 pengaduan kasus, Palembang 75 pengaduan kasus, DKI Jakarta 155 pengaduan kasus, Bandung 70 pengaduan kasus dugaan tindak pidana praktik kedokteran.² Tampaknya kondisi sekarang sudah berubah, hubungan dokter-pasien yang bersifat paternalistik dan berdasarkan kepercayaan (*fiduciary relationship*) mulai goyah. Pemicu terjadinya sengketa adalah kesalahpahaman, perbedaan penafsiran, ketidakjelasan pengaturan, ketidakpuasan, ketersinggungan, kecurigaan, tindakan yang tidak patut, curang atau tidak jujur, kesewenang-wenangan atau ketidakadilan, dan terjadinya keadaan yang tidak terduga serta perkembangan ilmu pengetahuan dan teknologi yang mempengaruhi juga dunia kedokteran.³

¹Data pada Pengurus Besar Ikatan Dokter Indonesia, Bagian Pembelaan Hukum, Jakarta: Biro Hukum PB IDI, 2012.

²Data pada Pengurus Ikatan Dokter Indonesia, Wilayah Lampung, Palembang, DKI Jakarta, Bandung: PB IDI, 2012.

³H.R. Hariadi, *Sorotan Masyarakat Terhadap Profesi Kedokteran*, makalah disampaikan dalam sarasehan *Penanganan Terpadu Masalah Etik Dan Hukum*, Surabaya, 23 September 2000

Masuknya berbagai unsur perangkat keras dan lunak kedalam bidang pelayanan kesehatan seperti ekonomi kesehatan, penggunaan teknologi tinggi, tuntutan hidup yang terlalu tinggi, bertambahnya kecerdasan masyarakat, perubahan sosial budaya dan pandangan hidup memberi dampak pada kehidupan kedokteran secara menyeluruh ditambah lagi dengan era globalisasi dunia sekarang ini yang tidak lagi bisa membatasi komunikasi antarnegara, pengaruh tidak mungkin bisa dibendung lagi⁴. Di lain pihak tuntutan masyarakat masih tetap sama yaitu terselenggaranya pelayanan medis bermutu tinggi dan tidak pernah salah dan sudah tentu dengan biaya murah. Benturan antara kepentingan inilah yang menimbulkan berbagai konflik/sengketa dan tuduhan dugaan tindak pidana dalam praktik kedokteran yang kemudian masuk dalam ranah hukum, baik perdata maupun pidana.

Tindak pidana atau sengketa medis praktik kedokteran dalam hukum sering disebut dengan istilah malpraktik. Sebenarnya dari asal katanya malpraktik tidak hanya ditujukan pada profesi kesehatan saja tetapi juga semua profesi pada umumnya, namun secara umum istilah itu sekarang diasosiasikan atau ditujukan pada profesi kesehatan.

Pengertian malpraktik adalah *any professional misconduct or unreasonable lack of skill or fidelity in professional or fiduciary duties, evil practice or illegal or immoral conduct*. Pemahaman malpraktik sampai saat ini masih belum seragam. Dengan belum diaturnya malpraktik dalam peraturan perundang-undangan yang ada sekarang ini (tidak mempunyai kepastian hukum), penanganan dan penyelesaian masalah malpraktik juga menjadi tidak pasti.

hlm. 1 dalam Endang Kusuma Astuti, *Transaksi Terapeutik dalam Upaya Pelayanan Medis di Rumah Sakit*, Bandung: Citra Aditya Bakti, 2009, hlm. 234-238

⁴Endang Kusuma, *Ibid.*, hlm. 238.

Masalah tersebut ditambah dengan belum adanya standarisasi standar pelayanan profesi kesehatan. Hal itu disebabkan masalah kesehatan amat kompleks, mulai dari dampak penerapan pelayanan kesehatan pada tiap manusia yang berbeda-beda sampai dengan beragamnya teknologi di tiap sarana pelayanan kesehatan dan kemampuan setiap komunitas dokter atau tenaga kesehatan lainnya, tidak adanya standar pelayanan profesi kesehatan yang legal dan banyaknya rumah sakit yang menerbitkan standar yang berbeda-beda dengan rumah sakit lainnya akan menyebabkan kesulitan dalam membedakan malpraktik dengan kelalaian,kecelakaan dan kegagalan di lapangan. Lebih lanjut hal tersebut juga menyebabkan pembuktian malpraktik akan semakin sulit jika pasien berpindah-pindah rumah sakit. Dengan demikian yang paling tepat dan berhak menentukan pengingkaran atas standar pelayanan profesi kedokteran adalah Komite Medik di rumah sakit yang bersangkutan. Komite Medik mengetahui secara rinci standar komunitas dokter, tenaga kesehatan lainnya dan teknologi yang tersedia.

Keadaan yang terjadi sekarang, sentimen korps profesi kesehatan yang saling melindungi sesama profesional akan menyulitkan upaya pengusutan yang obyektif, sehingga kasus-kasus dugaan malpraktik atau tindak pidana praktik kedokteran tersebut hanya masuk "peti es" dan tidak ditangani lagi. Hal tersebut mengakibatkan pihak pasien berpendapat bahwa tenaga kesehatan kebal hukum dan selalu berlindung di balik etika tenaga kesehatan agar terlepas dari tanggung jawab yang seharusnya. Sebaliknya, kalangan kesehatan berpendapat bahwa pihak pasien sangat kuat kedudukannya sehingga dapat dengan begitu saja menuntut atau menggugat tenaga kesehatan untuk suatu hasil pengobatan yang negatif atau tidak memenuhi harapan pasien. Padahal dampak tuntutan itu terkadang sudah

merupakan pembunuhan karakter atau *character assassination* terhadap tenaga kesehatan yang dituntut atau di gugat. Pada kenyataannya tidak selalu hasil negatif itu merupakan kesalahan atau kelalaian tenaga kesehatan yang merawat. Bahkan seringkali, pihak pasien (melalui pengacaranya) telah mempublikasikan kasus yang digugatnya sebagai suatu tindakan malpraktik, padahal itu dapat dikatakan sebagai pelanggaran atas asas praduga tak bersalah, mengingat dalam beracara dipengadilan gugatan malpraktik tersebut masih harus dibuktikan dan ditetapkan melalui proses pengadilan terlebih dahulu. Dapat disimpulkan bahwa untuk menentukan perbuatan merupakan malpraktik atau tidak, harus dilakukan dengan pendekatan (yang bersifat khusus) kedokteran atau kesehatan dan ilmu hukum secara proporsional. Dalam hal tersebut profesinya (dokter/tenaga medis) menjadi terlalu sangat berhati-hati dan timbul yang dinamakan *negative defensif professional practice*, yang mengurangi kreatifitas dan dinamika profesional tindakan dokter atau tenaga medis.

Dalam proses penyelesaian perkara malpraktik kedokteran dapat digunakan dua jalur yaitu litigasi (pengadilan) dan non litigasi/konsensual/non-ajudikasi. Memahami bahwa proses beracara di pengadilan adalah proses yang membutuhkan biaya dan memakan waktu. Sistem pengadilan konvensional secara alamiah berlawanan, sering kali menghasilkan satu pihak sebagai pemenang dan pihak lainnya sebagai pihak yang kalah. Sementara itu kritik tajam terhadap lembaga peradilan dalam menjalankan fungsinya yang dianggap terlalu padat, lamban dan buang waktu, mahal dan kurang tanggap terhadap kepentingan umum serta dianggap terlalu formalistik dan terlampau teknis. Itu sebabnya masalah perlunya peninjauan kembali perbaikan sistem peradilan ke arah yang efektif dan

efesien terjadi dimana-mana. Bahkan muncul kritik yang mengatakan bahwa proses pengadilan beserta hasilnya dianggap tidak efisien dan tidak adil. Didalam praktik pengadilan perkara malpraktik kedokteran sering tidak memuaskan bagi korban (pasien) maupun keluarganya, bukan hanya dokter yang merugikan dirinya diputus bebas oleh pengadilan atau hukuman/pidana yang dijatuhkan hakim tidak setimpal dengan penderitaan yang dialami pasien, sehingga menambah penderitaannya (menjadi korban ganda).

Selain posisi korban (pasien) yang lemah dalam sistem peradilan pidana, kelemahan yang lain berkenaan dengan sebagai kriminogen, yaitu faktor yang menjadi penyebab seseorang melakukan kejahatan. Peradilan pidana menjadi faktor kriminogen ketika operasionalisasi peradilan pidana melanggar hak-hak pelaku tindak pidana dan keluarganya. Misalnya, keluarga pasien menjadi marah dan melakukan perusakan karena ketidakadilan yang diperoleh dalam proses peradilan.

Kelemahan lain dari sistem peradilan pidana adalah operasionalisasi peradilan pidana yang melahirkan korban, baik dokter maupun orang menjadi korban, yaitu pasien. Pasien menjadi korban operasionalisasi peradilan pidana ketika hak-hak asasi dan hak-hak hukum pasien diabaikan dalam penegakan hukum pidana melalui sistem peradilan pidana. Pasien menjadi korban operasionalisasi peradilan ketika peradilan pidana gagal membuktikan kesalahan dokter yang mampu bertanggung jawab dan ketika proses penegakan hukum pidana diwarnai oleh semangat anti profesionalisme, penuh rekayasa, dan diwarnai korupsi, kolusi dan nepotisme. Dokter menjadi korban operasionalisasi peradilan pidana ketika usaha untuk mencari kebenaran materiil dilakukan dengan

intimidasi atau kekerasan. Peradilan membawa korban ketika orang yang tidak bersalah dihukum dan yang bersalah dibebaskan.

Kelemahan dan ketidakpuasan terhadap operasionalisasi sistem peradilan pidana mendorong untuk dicari penyelesaian alternatif dari sistem peradilan pidana dengan penyelesaian perkara di luar jalur penal, yaitu dengan cara mediasi sebagai perwujudan *restorative justice*, yaitu perlu adanya pemikiran penyelesaian perkara pidana melalui jalur *alternative dispute resolution (ADR)* dengan maksud agar dapat menyelesaikan konflik yang terjadi antara pelaku dengan korban, juga guna mengatasi kekakuan/formalitas dalam sistem peradilan pidana yang berlaku, menghindari efek negatif dari sistem pemidanaan yang ada saat ini, khususnya dalam mencari alternatif lain dari pidana penjara (*alternatif to imprisonment/ alternative to custody*), dan upaya penyelesaian dalam perkara malpraktik kedokteran yang lebih bersifat kekeluargaan, musyawarah dan masih mempertahankan harkat dan martabat manusia serta penyelesaiannya memuaskan kedua belah pihak (*win-win solution*) serta untuk mengurangi stagnasi atau penumpukan perkara (*the problem of court case overload*)⁵ dan untuk penyederhanaan proses peradilan pidana.

Mediasi penal merupakan salah satu bentuk alternatif penyelesaian perkara di luar pengadilan (*Alternative Dispute Resolution (ADR)*) yang lazim diterapkan terhadap perkara perdata. Pada dimensi ini, ADR di luar pengadilan telah diatur dalam Undang-undang Nomor 30 Tahun 1999 tentang Arbitrase dan Alternatif

⁵Upaya untuk mengurangi beban pengadilan (penumpukan perkara) di beberapa negara lain yang juga ditempuh dengan dibuatnya ketentuan mengenai “penundaan penuntutan” (*suspension of prosecution*) atau “penghentian/penundaan bersyarat” (*conditional dismissal/discontinuance of the proceedings*) walaupun bukti-bukti sudah cukup, seperti diatur dalam Pasal 248 KUHP (Hukum Acara Pidana) Jepang dan Pasal 27-29 KUHP (Hukum Pidana Materiil) Polandia dalam Barda Nawawi Arief, *Kebijakan Legislatif dalam Penanggulangan Kejahatan dengan Pidana Penjara*, Semarang : BP UNDIP cetakan ke-3, 2000, hlm. 169-171.

Penyelesaian Sengketa. Dalam korelasi ini telah terdapat beberapa lembaga pendorong metode ADR, antara lain Badan Arbitrase Nasional Indonesia (BANI) dengan fokus dunia perdagangan Badan Arbitrase Olah Raga Indonesia (BAORI), dan Badan Arbitrase Keolahragaan Indonesia (BAKI) serta ADR dalam penyelesaian sengketa jasa konstruksi (Undang-undang Nomor 18 Tahun 1999 jo. Undang-undang Nomor 29 Tahun 2000 jo. PP Nomor 29 Tahun 2000) dengan yuridiksi bidang keperdataan dan Undang-undang Nomor 36 Tahun 2009 tentang Kesehatan. Begitu pula ADR dikenal juga menyangkut hak cipta dan karya intelektual, perburuhan, persaingan usaha, perlindungan konsumen, lingkungan hidup, praktik kedokteran, dan lain-lain.

Asas hukum pidana positif Indonesia, perkara pidana tidak dapat diselesaikan di luar pengadilan, walau dalam hal-hal tertentu dimungkinkan adanya penyelesaian kasus di luar pengadilan. Akan tetapi, praktik penegakan hukum di Indonesia sering juga perkara pidana diselesaikan di luar pengadilan melalui diskresi penegak hukum, mekanisme perdamaian secara kekeluargaan, mekanisme musyawarah, lembaga adat dan sebagainya.

Implikasi praktik penyelesaian perkara malpraktik kedokteran di luar pengadilan selama ini belum ada landasan hukum formalnya, sehingga lazim juga terjadi suatu perkara malpraktik secara informal telah dilakukan penyelesaian damai melalui mekanisme musyawarah kekeluargaan, namun tetap saja diproses ke pengadilan sesuai hukum positif yang berlaku. Konsekuensi makin diterapkan eksistensi mediasi penal sebagai salah satu alternatif penyelesaian perkara di bidang hukum pidana melalui restitusi dalam proses peradilan pidana

menunjukkan bahwa perbedaan antara hukum pidana dan hukum perdata tidak begitu besar dan menjadi tidak berfungsi.

Perkembangan pemikiran tentang mediasi penal dalam perkara malpraktik kedokteran antara lain dapat dilihat dari hasil pertemuan tingkat internasional Kongres PBB ke 9 tahun 1995 yang telah menghasilkan berbagai instrumen Internasional yang memberikan rekomendasi dan pedoman bagi negara-negara untuk menjadikan mediasi penal sebagai media penyelesaian perkara tindak pidana. Tanpa mengesampingkan berbagai kritik terhadap penggunaan mediasi penal, fakta obyektif menunjukkan bahwa mediasi penal yang dilaksanakan di beberapa negara telah menunjukkan hasil positif. Dengan melihat kondisi penegakan hukum pidana terhadap kasus-kasus tindak pidana praktik kedokteran selama ini seyogyanya mediasi penal dijadikan alternatif penyelesaiannya baik didalam maupun di luar pengadilan.

Mediasi penal sebagai alternatif penyelesaian perkara malpraktik kedokteran selain bermanfaat bagi pasien maupun keluarganya, masyarakat dan dunia kedokteran, pelayanan kesehatan masyarakat, juga sejalan dengan perkembangan hukum dalam tataran global, serta hukum yang hidup dan berkembang dalam tataran lokal, yakni masyarakat adat/kearifan lokal di Indonesia yang telah memiliki mekanisme penyelesaian perkara melalui perundingan atau permusyawaratan untuk mencapai kesepakatan.

B. Fokus Studi dan Permasalahan

1. Fokus Studi

Fokus studi penelitian ini untuk mengkaji, memahami dan menemukan hal-hal yang berkaitan dengan mediasi penal yang merupakan perwujudan *restorative justice* dalam sistem peradilan pidana di Indonesia dalam perkara malpraktik kedokteran yang dikaji dari konsep *restorative justice* dan perspektif norma perundang-undangan pada saat ini (*ius constitutum*).

Penelitian difokuskan untuk mengetahui lebih intens, detail dan terinci mengkaji penerapan mediasi penal dalam perkara malpraktik kedokteran dari dimensi asas, norma, teori dan praktiknya, sehingga diharapkan adanya harmonisasi dan sinkronisasi antara kebijakan formulasi/legislasi dan kebijakan aplikasi dan eksekusi serta harmonisasi antara *das sollen* dan *das sein*, antara *law in book* dan *law in action* serta membuat arah kebijakan legislasi untuk memperbaharui Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP) pada umumnya dan undang-undang tentang mediasi penal dalam perkara malpraktik kedokteran pada khususnya.

2. Permasalahan

Berdasarkan latar belakang masalah tersebut dirumuskan beberapa permasalahan sebagai berikut:

- a. Bagaimanakah mediasi penal dalam tindak pidana malpraktik kedokteran dari perspektif perundang-undangan serta penerapannya pada saat ini?

- b. Bagaimanakah kebijakan legislasi mediasi penal sebagai alternatif penyelesaian perkara malpraktik kedokteran dalam pembaharuan hukum pidana masa yang akan datang?

C. Tujuan Penelitian

Tujuan umum penelitian ini untuk mengkaji, memahami dan menemukan hal-hal yang berkaitan dengan mediasi penal sebagai perwujudan *restorative justice* dalam sistem peradilan pidana di Indonesia dikaji dari perspektif norma perundang-undangan saat ini (*ius constitutum*) dan bagaimana penerapan penyelesaiannya serta bagaimana kebijakan legislasi mediasi penal dalam pembaharuan hukum pidananya masa yang akan datang (*ius constivedum*). Mengemukakan dan menganalisis alasan-alasan pembeda/ justifikasi yang menjadikan mediasi penal sebagai alternatif penyelesaian perkara malpraktik kedokteran di dalam dan/atau di luar pengadilan.

Tujuan khusus penelitian ini difokuskan untuk mengetahui lebih intens, detail dan terperinci bagaimana mediasi penal dalam alternatif penyelesaian perkara malpraktik kedokteran dikaji dari dimensi asas, norma dan praktik sehingga diharapkan adanya harmonisasi dan sinkronisasi antara kebijakan formulatif dan aplikatif, harmonisasi antara *das sollen* dan *das sein* serta harmonisasi antara *law in book* dan *law in action*. Oleh karena itu hasil penelitian ini diharapkan merupakan salah satu sumbangan pemikiran dan kontribusi dalam rangka kebijakan legislasi untuk menyusun konstruksi mediasi penal sebagai suatu konsep *restorative justice* dalam alternatif penyelesaian perkara malpraktik kedokteran dan memberi arah kepada kebijakan legislasi untuk memperbaharui/membuat Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP) pada

umumnya dan khususnya undang-undang tentang mediasi penal dalam perkara malpraktik kedokteran secara nasional serta sekaligus memberi manfaat bagi perkembangan ilmu pengetahuan hukum pidana di Indonesia. Secara rinci dapat dikemukakan sebagai berikut:

1. Mengkaji, memahami mediasi penal dari perspektif perundang-undangan serta penerapannya dalam penyelesaian perkara malpraktik kedokteran pada saat ini.
2. Mengkaji, memahami dan menemukan kebijakan legislasi mediasi penal sebagai alternatif penyelesaian perkara malpraktik kedokteran dalam pembaharuan hukum pidana yang akan datang.

D. Manfaat Penelitian

Penelitian disertasi ini diharapkan dapat memberikan manfaat baik secara teoritis maupun secara praktis. Adapun manfaat yang diharapkan dari penelitian ini adalah:

1. Secara Teoritis

Penelitian ini diharapkan dapat digunakan sebagai sumbangan pemikiran untuk pengembangan dan pembaharuan hukum terutama dalam KUHP sebagai *ius constituendum* dalam aspek penyelesaian perkara didalam dan atau di luar pengadilan, dalam konteks Sistem Peradilan Pidana (SPP) khususnya dalam sub sistemnya maka pemanfaatan penelitian mediasi penal sebagai alternatif penyelesaian perkara malpraktik kedokteran. Dalam perspektif ini dirasakan penting untuk dikembangkan oleh Kepolisian, Kejaksaan dan Peradilan umum, mengingat peran kepolisian sebagai gerbang awal dari sistem peradilan pidana,

serta sebagai sumbangan pemikiran untuk pengembangan dan pembaharuan hukum terutama hukum tentang praktik kedokteran dalam hal penyelesaian perkara malpraktik kedokteran untuk menggunakan mediasi penal sebagai alternatif penyelesaiannya dan menambah khasanah kepustakaan yang dirasakan masih minim di Indonesia secara umum, serta diharapkan dapat memberikan manfaat bagi penelitian dalam bidang hukum kesehatan dan praktik kedokteran untuk selanjutnya.

2. Secara Praktis

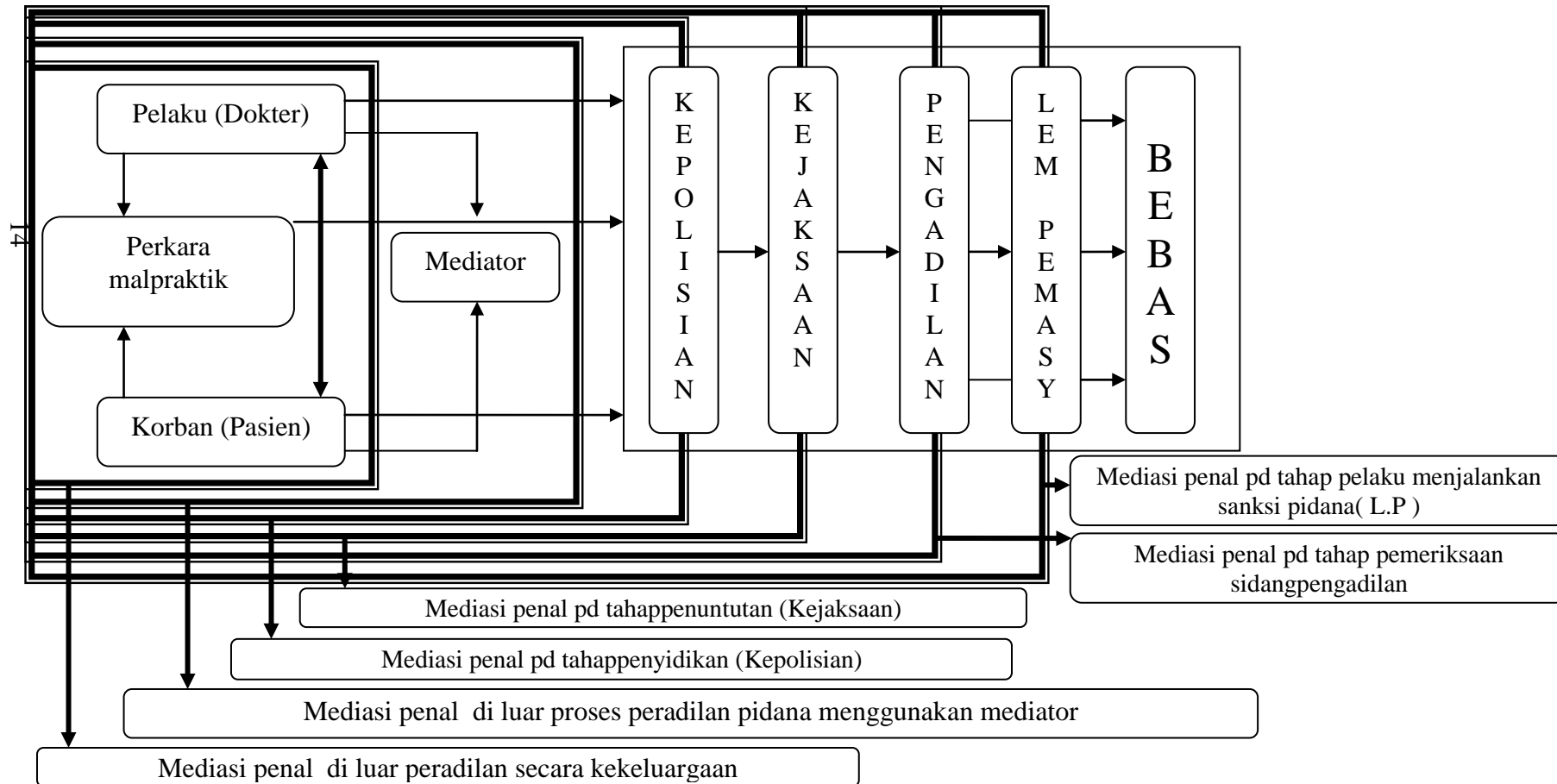
Penelitian ini diharapkan dapat memberikan manfaat bagi pemerintah, para penegak hukum, Kepolisian, Kejaksaan, Advokat, Hakim Peradilan Umum dan para Pelaku Usaha Pelayanan Kesehatan baik rumah sakit, dokter dan tenaga medis lainnya serta pasien, masyarakat dan juga berbagai kalangan pemerhati dan pengkaji alternatif penyelesaian perkara yang timbul akibat terjadinya malpraktik kedokteran khususnya dalam rangka pengembangan dan pembaharuan hukum pidana serta pengambil kebijakan yang kompeten, baik dalam menyusun konsep, mengaplikasikan maupun menegakan hukum pidana di bidang praktik kedokteran.

Selain itu penelitian ini juga diharapkan mampu memberikan kontribusi/sumbangan pemikiran bagi semua pihak untuk menyelesaikan perkara malpraktik kedokteran karena merupakan masalah yang hendaknya diselesaikan dengan cepat dan tepat yang menghasilkan *win-win solution*.

E. Kerangka Pemikiran.

Untuk membahas dan memberikan jawaban atas perumusan masalah penelitian ini, digunakan uraian kerangka pemikiran penyelesaian dan asumsi dengan skema alur pikir alternatif penyelesaian perkara malpraktik kedokteran melalui mediasi penal digambarkan sebagai berikut;

SKEMA 1: KERANGKA PEMIKIRAN MEDIASI PENAL SEBAGAI ALTERNATIF PENYELESAIAN PERKARA MALPRAKTIKKEDOKTERAN



1. Kerangka Teoritik

Penyelesaian perkara pidana melalui pendekatan represif yang sebagaimana dilaksanakan dalam Sistem Peradilan Pidana, telah melahirkan keadilan retributif, yang berorientasi pada pembalasan berupa pemidanaan dan pemenjaraan pelaku. Ironis dalam Sistem Peradilan Pidana saat ini, walaupun pelakunya sudah menjalani hukuman namun belum memberikan kepuasan bagi para korban. Terhadap pelaku, kehadirannya belum dapat diintegrasikan atau direkatkan kedalam lingkungan sosialnya, sehingga menyebabkan rasa dendam yang berkepanjangan dan dapat melahirkan perilaku kriminal baru. Hal ini dikarenakan belum tercapainya penyelesaian perkara secara tuntas antara pelaku dengan pihak korban serta lingkungannya, sebab mereka (pelaku dan korban) tidak dilibatkan dalam proses pengambilan keputusan. Padahal sejatinya penyelesaian suatu perkara harus memberikan kontribusi keadilan bagi mereka yang berperkara.⁶ Mudzakkir memandang hukum pidana dan sistem peradilan pidana saat ini tidak memberikan keadilan bagi masyarakat karena keadilan yang ditegakkan masih bersifat pembalasan (*Retributif*). Konsep keadilan dalam kebijakan pidana pada masa depan harus bergeser dari keadilan retributif menuju keadilan restoratif.

Melihat dari perkembangan teori pemidanaan yang pada awalnya terfokus pada kedudukan pelaku, berkelanjutan kepada peran penting bagi korban. Dalam

⁶Mansyur Kartayasa, *Restorative Justice dan Prospeknya Dalam Kebijakan Legislasi*, Makalah disampaikan pada seminar Nasional Peran Hakim Dalam Meningkatkan Profesionalisme Menuju Peradilan yang Agung. Diselenggarakan IKAHI dalam rangka Ulang Tahun IKAHI ke-59, 25 April 2012, hlm. 1-2.

perkembangan pemikiran pembedanaan lahirilah suatu filosofi pembedanaan baru yang berorientasi pada penyelesaian perkara pidana yang menguntungkan semua pihak baik korban, pelaku maupun masyarakat.⁷

Dalam menyelesaikan suatu perkara pidana tidaklah adil apabila menyelesaikan suatu persoalan pidana hanya memperhatikan salah satu kepentingan saja, baik pelaku maupun korban. Maka diperlukan suatu teori tujuan pembedanaan yang mewakili semua aspek dalam penyelesaian suatu perkara baik korban, pelaku dan masyarakat oleh karenanya diperlukan adanya kombinasi antara satu teori dan teori lainnya.

Hal senada juga diungkapkan oleh Muladi yang menyatakan bahwa masalah pembedanaan menjadi sangat kompleks sebagai akibat usaha untuk memperhatikan faktor-faktor yang menyangkut hak asasi manusia, serta menjadikan pidana bersifat operasional dan fungsional. Untuk itu diperlukan pendekatan multidimensional yang bersifat mendasar terhadap dampak pembedanaan, baik yang menyangkut dampak yang bersifat individual maupun keharusan untuk memilih teori integratif tentang tujuan pembedanaan yang dapat mempengaruhi fungsinya dalam rangka mengatasi kerusakan-kerusakan yang diakibatkan oleh suatu tindak pidana.⁸

Restorative Justice merupakan filosofi hukum baru yaitu gabungan dari teori pembedanaan yang ada, yang berorientasi pada penyelesaian yang memfokuskan perhatian kepada pelaku, korban dan/atau keluarganya. Disini keadilan restoratif mengandung nilai teori pembedanaan klasik yang terfokus pada upaya pemulihan

⁷ Mudzakkir, *Posisi Hukum Korban Dalam Sistem Peradilan Pidana*, Disertasi dalam memperoleh Gelar Doktor Ilmu Hukum Program PascaSarjana Universitas Indonesia, Jakarta, 2001, hlm.180.

⁸ Muladi dalam Eva Achjani Zulfa 2, *Op.Cit*, hlm. 81.

korban yang terdapat dalam teori pidana *Restributif, Deterrence, Rehabilitation, Resocialization*. Selain terfokus pada pemulihan pelaku, keadilan restoratif juga memperhatikan kepentingan korban (teori Restitusi, Kompensasi dan Reparasi) dan masyarakat (*incapacitation*).

Restorative Justice adalah konsep pidana tidak hanya terbatas pada ketentuan hukum pidana (formal dan materil) dan harus juga diamati dari segi kriminologi dan sistem pasyarakat. ⁹*Restorative Justice* mengandung 2 (dua) pengertian, yaitu:¹⁰

- a. Pengertian keadilan dalam perspektif etis, yaitu merujuk pada konsep keseimbangan moral tentang kebenaran dan kesalahan, keuntungan dan beban dari para pihak. Dalam keadilan restributif, keseimbangan ini diaktualisasikan dalam bentuk derita yang ditimpakan bagi pelaku sebagai pembalasan sedangkan dalam keadilan restoratif, keseimbangan diwujudkan dengan upaya perbaikan melalui sejumlah ganti rugi atau kompensasi lain dalam upaya penyembuhan atau perbaikan atas kerugian yang ditimbulkan oleh tindak pidana yang dilakukan. Tujuan dari keadilan restoratif adalah mendorong terciptanya peradilan yang adil dan mendorong para pihak yang ikut serta didalamnya.
- b. Pengertian keadilan dalam perpektif yuridis, yaitu keadilan hukum biasanya disejajarkan dengan jaminan atau kepastian hukum. Keadilan restoratif dalam pelaksanaannya harus tetap menghormati hukum yang berlaku. Termasuk didalamnya hasil proses yang ada dan

⁹ Bagir Manan, *Restorative Justice (Suatu Perkenalan)*, dalam *Refleksi Dinamika Hukum Rangkaian Pemikiran dalam dekade Terakhir* (Jakarta : Perum Percetakan Negara RI, 2008), hlm.4.

¹⁰Loge Walgrave, *Restoration in Youth Justice*, (Chicago : University of Chicago, 2004) hlm. 558. Dalam Eva Achjani Zulfa 2, Op.Cit, hlm.43-44.

pelaksanaannya. Pendekatan dengan keadilan ini tidak dapat dilaksanakan selama masih bertentangan dengan sistem hukum dan aturan perundang-undangan yang berlaku. Hal ini menjadi penting karena legitimasi atas hasil proses dan jaminan pelaksanaannya akan sangat bergantung pada suatu aturan yang menjadi dasar akan adanya jaminan dan kepastian hukum. Oleh karenanya keadilan restoratif harus dikonsentrasikan dalam aturan perundang-undangan serta diintegrasikan dalam Sistem Peradilan Pidana bila akan dilaksanakan.

Sedangkan Braithwaite seorang Ahli Kriminologi Australia, membedakan *Restorative Justice* menjadi 2 (dua) konsep yaitu, *Pertama* fokus pada proses dan konsep (*concept*), yaitu mempertemukan semua kepentingan yang terdampak oleh suatu kesalahan. *kedua*, fokus pada nilai (*values*), yaitu keadilan restoratif sebagai nilai yang berkaitan dengan kesembuhan (pemulihan) korban dan ketidakadilan dan menempatkan korban sebelum terjadinya kejahatan termasuk reparasi hubungan antara pelaku dan korban. Keadilan restoratif baik sebagai proses maupun sebagai nilai, erat kaitannya dengan rekonsiliasi antara pelaku dan korban.¹¹

Adapun ciri-ciri dari pelaksanaan *Restorative Justice* dalam merespon suatu tindak pidana adalah sebagai berikut:¹²(a) melakukan identifikasi dan mengambil langkah untuk memperbaiki kerugian yang diciptakan, (b) melibatkan seluruh pihak yang terkait (*stakeholder*), dan (c) adanya upaya untuk melakukan

¹¹ M. Cherif Basisiouni, *The Pursuit Of International Criminal Justice : A World Study On Conflicts, Victimization, and Post-Conflict Justice*, Intersentia, Vol 1 Thaun 2010, hlm.700-701, Dalam Romli Atmasasmita, *Cita Keadilan Restoratif Dalam Pembaharuan Hukum Pidana Indonesia*, Makalah disampaikan pada seminar *Nasional Peran Hakim Dalam Meningkatkan Profesionalisme Menuju Peradilan yang Agung*. Diselenggarakan IKAHI dalam rangka Ulang Tahun IKAHI ke-59, 25 April 2012, hlm.8.

¹²www.restorativejustice.com

transformasi hubungan yang ada selama ini antara masyarakat dengan pemerintah dalam merespon tindak pidana.

Inti dari *Restorative Justice* adalah penyembuhan, pembelajaran moral, partisipasi dan perhatian masyarakat, dialog, rasa memaafkan, tanggung jawab dan membuat perubahan, yang semuanya itu merupakan pedoman bagi proses restorasi dalam perspektif *Restorative Justice*.¹³ *Restorative Justice* bertujuan untuk memberdayakan para korban atau keluarganya, pelaku dan masyarakat untuk memperbaiki suatu perbuatan melawan hukum dengan menggunakan kesadaran dan keinsyafan sebagai landasan untuk memperbaiki kehidupan bermasyarakat.¹⁴ Menurut Wright M. konsep Keadilan Restoratif pada dasarnya sederhana.

Ukuran keadilan tidak lagi berdasarkan pembalasan setimpal dari korban kepada pelaku (baik secara fisik, psikis atau hukuman), namun perbuatan yang menyakitkan itu disembuhkan dengan memberikan dukungan kepada korban dan/atau keluarganya dengan mensyaratkan pelaku untuk bertanggungjawab, dengan bantuan keluarga dan masyarakat bila diperlukan.¹⁵

Menurut Bagir Manan substansi *Restorative Justice* berisi prinsip-prinsip, sebagai berikut : “ Membangun partisipasi bersama antara pelaku, korban dan kelompok masyarakat menyelesaikan suatu peristiwa atau tindak pidana. Menempatkan pelaku, korban dan masyarakat sebagai “*stakeholders*” yang bekerja bersama dan langsung berusaha menemukan penyelesaian yang dipandang

¹³ Ridwan Masyur, *Mediasi Penal Terhadap Perkara Pidana KDRT (Kekerasan Dalam Rumah Tangga)*, (Jakarta : Yayasan Gema Yustisia Indonesia, 2010), hlm.121.

¹⁴ Pavlich, G, Towards An Ethies of Restorative Justice. In L. Walgrave (Ed), *Restorative Justice and The Law* (Oregon : Wilian Publishing, 2002), hlm.1

¹⁵ Wright, M., Victim-Offender Mediation as A Step Towards A Restorative Sistem of Justice. In H. Messmer & H.-U. Otto (Eds.), *Restorative Justice on Trial: Pitfalls and Potentials of Victim Offender Mediation-International Research Perpectives*. (Dordrecht : Kluwer Academic Publishers. 1992), hlm.525.

adil bagi semua pihak (*win-win solutions*)”.¹⁶ Sedangkan Mackay merumuskan sejumlah prinsip yang harus ditaati dalam penyelenggaraan program yang meliputi prinsip yang melekat pada para pihak yang berkepentingan, masyarakat lokal, aparat, sistem peradilan serta lembaga yang menjalankan konsep keadilan Restoratif itu sendiri, adapun prinsip-prinsip sebagai berikut :¹⁷

a. Voluntary participation and Informed Content;

Prinsip ini unsur kerelaan dari semua pihak yang berperkara untuk duduk bersama-sama duduk mencari upaya penyelesaian dari suatu tindak pidana yang terjadi dalam masyarakat. Hal ini yang membedakan keadilan restoratif dengan keadilan retributif yang mengandalkan unsur paksaan dalam upaya penegakan hukumnya. Disamping kerelaan dan partisipasi, dibutuhkan juga kerahasiaan, diharapkan para pihak mampu menjaga kerahasiaan apabila didalam proses terjadi hal-hal yang berkaitan dengan kesusilaan atau nama apra pihak yang terlibat dalam perkara tersebut. Prinsip kerahasiaan merupakan upaya perlindungan terhadap korban dan pelaku.

b. Non discrimination, irrespective of the nature of the case;

Prinsip *non discrimination* harus diterjemahkan bahwa prinsip *equality before the law* merupakan prinsip yang menjadi fondasi baik dalam sistem peradilan pidana konvensional, maupun dalam proses penanganan perkara pidana dengan menggunakan pendekatan keadilan restoratif. Dimana semua pihak yang bertikai berposisi sama dalam menentukan suatu proses

¹⁶ Bagir Manam, *Op. Cit*, hlm.7.

¹⁷ R.E. Mackay, *Eticts dan Good Practice in Restorative Justice, in The European Forum For Victim-Offender Mediation and Restorative Justice, Victim-Offender Mediation in Europe*, (Leuven : Leuven University Press, 2000), hlm.49-68.

penanganan perkara pidana dengan pendekatan restoratif bukan berarti tanpa pengecualian.

Pendekatan keadilan restoratif membuka peluang bagi penggunaan upaya-upaya positif sepanjang tidak bertentangan dengan asas-asas umum dalam hukum dan hak asasi manusia dalam menyelesaikan perkara pidana. Dimana dimungkinkan suatu lembaga lain (diluar proses pengadilan) untuk menyelesaikan suatu perkara pidana. Disini dimungkinkan lembaga-lembaga diluar proses pengadilan seperti LSM, Lembaga profesi dan adat menyelesaikan suatu perkara pidana.

c. Protection of vulnerable parties in process;

Adanya proteksi atau upaya khusus terhadap para pihak yang tergolong kedalam kelompok rentan seperti perempuan, anak-anak, orang cacat ataupun mereka yang berusia lanjut. Disini harus ada proteksi untuk menempatkan mereka kedalam posisi yang sejajar dengan pihak-pihak . Asas non diskriminasi harus dijunjung tinggi sehingga mereka (kelompok yang rentan) dapat menjalankan hak dan kewajiban selaku para pihak yang berpartisipasi secara langsung dalam proses yang berjalan.

d. Maintaining accessibility to conventional methods of dispute/case resolution(including court);

Keadilan restoratif tidak menghilangkan sistem peradilan pidana konvensional yang ada, kehadiran sistem peradilan pidana masih dianggap perlu manakala pendekatan keadilan restoratif tidak dapat mencapai tujuan yang dikehendaki. Disini keadilan restoratif menjadi bingkai bekerjanya sistem peradilan pidana konvensional.

e. Privilege should apply to information disclosed before trial (subject to public interest qualification);

Penyelesaian perkara pidana diluar proses pengadilan terdapat kendala dalam hal administratif, hal ini berkaitan dengan hal-hal teknis dalam mekanisme pengadilan seperti membuka surat rahasia dimana hanya orang-orang yang memiliki kapabilitas saja yang dapat mengaksesnya. Penyelesaian perkara pidana dengan menggunakan pendekatan keadilan restoratif, sifat kerahasiaan mungkin bersifat relatif, tergantung kepada pihak yang terkait dan yang berkepentingan.

f. Civil right dignity of individual should be respected;

Nilai hak asasi manusia merupakan bagian penting dan harus selalu dihormati didalam proses penyelesaian perkara pidana dengan menggunakan pendekatan *restorative justice*.

g. Personal safety to be protected.

Disamping perlindungan atas kebebasan pribadi, perlindungan atas rasa aman pun menjadi persyaratan bila pendekatan keadilan restoratif akan dipergunakan. Perlindungan keamanan bagi berbagai pihak yang menjadi bagian dari proses yang berjalan, menjadi bagian yang menentukan bagaimana proses itu berjalan dengan baik atau tidak.

Pada hukum positif Indonesia اساسnya perkara pidana tidak dapat diselesaikan di luar pengadilan, walaupun dalam hal-hal tertentu dimungkinkan adanya penyelesaian kasus di luar pengadilan. Akan tetapi, praktik penegakan hukum di Indonesia sering juga perkara pidana diselesaikan di luar pengadilan melalui diskresi aparat penegak hukum, mekanisme perdamaian secara

kekeluargaan, seperti dalam kasus kekerasan dalam rumah tangga (KDRT) ,penyelesaian sengketa lingkungan hidup, pengadilan anak, lembaga adat dan lain sebagainya.

Implikasi praktik penyelesaian perkara di luar pengadilan selama ini memang tidak ada landasan hukum formalnya, sehingga lazim juga terjadi suatu kasus secara informal telah dilakukan penyelesaian damai melalui mekanisme musyawarah mufakat kekeluargaan, namun tetap saja diproses ke pengadilan sesuai hukum positif yang berlaku. Konsekuensi makin diterapkan eksistensi mediasi penal sebagai salah satu alternatif penyelesaian perkara dibidang hukum pidana melalui restitusi dalam proses pidana menunjukkan bahwa perbedaan antara hukum pidana dan perdata tidak begitu besar dan perbedaan itu menjadi tidak berfungsi.¹⁸

Eksistensi mediasi penal merupakan dimensi baru dikaji dari aspek teoretis dan praktik. Dikaji dari dimensi praktik maka mediasi penal akan berkorelasi dengan pencapaian dunia peradilan. Dengan berjalannya waktu dimana semakin hari terjadi peningkatan jumlah volume perkara dengan segala bentuk maupun variasinya yang masuk ke pengadilan, sehingga konsekuensinya menjadi beban bagi pengadilan dalam memeriksa dan memutus perkara sesuai asas “peradilan sederhana, cepat dan biaya ringan” tanpa harus mengorbankan pencapaian tujuan peradilan yaitu kepastian hukum, kemanfaatan dan keadilan. Apakah semua macam perkara pidana harus diajukan dan diselesaikan dimuka pengadilan, ataukah ada perkara-perkara tertentu, yang memungkinkan untuk diselesaikan

¹⁸Detlev Frehsee (Professor of Criminology and Criminal Law, University of Bielefeld, Germany), “*Restitution and Offender Victim Arrangement in German Criminal Law: Development and Theoretical Implication*”, <http://wings.buffalo.edu/law/bclc/bclr.htm>, dalam Barda Nawawi Arief, *Mediasi Penal Penyelesaian Perkara diLuar Pengadilan*, Pustaka Magister, Semarang, 2008, hlm. 4-5.

melalui pola mediasi penal. Pada polarisasi dan mekanisme mediasi penal, sepanjang hal tersebut sungguh-sungguh dikehendaki bersama oleh para pihak (tersangka dan korban), serta untuk mencapai kepentingan yang lebih luas, yaitu terpeliharanya harmonisasi sosial.

Dalam proses pembentukan atau perubahan hukum, baik hukum sebagai fakta hukum yaitu dasar-dasar normatif (*law in the books*) maupun hukum sebagai fakta sosial, yaitu terkait fakta hukum yang senyatanya, hidup di dalam masyarakat (*law in action*) khususnya dalam penyelesaian perkara malpraktik kedokteran, hal tersebut tidak terlepas penggunaan teori. Teori yang digunakan menyesuaikan dengan fokus permasalahan bahasan ini.

Perubahan hukum itu suatu kepastian, masyarakat berubah, teori hukum pun mengikuti dan atau diikuti. Dalam berhukum, nilai keseimbangan antara pelaku kejahatan dan korbannya bukanlah ditangani secara terpisah atau dipisahkan oleh hukum (bukan dualisme proses hukum, tapi dualitas proses hukum), secara strukturasi nilai-nilai inti terdapat pada paradigma "*Restorative Justice*" berkembang "*Retributive Justice*". Mudzakir dalam Oki Qudratullah dengan jelas membedakan antara *restorative justice* dan *retributive justice*, sebagaimana tabel berikut :

Tabel 1
Perbedaan *Restorative Justice* dan *Retributive Justice*¹⁹

No	Tema Pokok	Konsep Dasar	
		<i>Restorative Justice</i>	<i>Retributive Justice</i>
1	Konsep Kejahatan	1. Melanggar hak perseorangan 2. Bersifat konkrit	1. Melanggar kepentingan publik diwakili negara 2. Bersifat abstrak
2	Korban	1. Korban kejahatan; masyarakat, negara, dan pelanggar. 2. Konsep yang konkrit dalam kerugian material dan inmaterial yang diderita oleh korban	1. Negara yang menjadi korban 2. Korban bersifat abstrak
3	Tujuan Umum	1. Menyelesaikan konflik yang terjadi. 2. Pertanggungjawaban pelanggar terhadap akibat. 3. Rekonsiliasi 4. Menghindari stigmatisasi 5. Negoisasi	1. Mengadili orang yang melanggar hukum 2. Menjatuhkan pidana kepada yang bersalah 3. Negara yang berhak menjatuhkan pidana 4. Rasionalisasi pembalasan 5. Stigmatisasi
4	Hubungan antar unsur yang terakit	1. Bersifat inter human. 2. Dialog dan negosiasi	1. Perlawanan 2. Tidak ada pemaafan.
5	Posisi hukum bagi korban	1. Pemberdayaan posisi hukum kepada korban. 2. Sebagai bagian dan terlibat menangani konflik	1. Bukan menjadi bagian dari sistem (penonton) 2. Sebagai pelapor dan saksi untuk kepentingan publik.

Penulis sependapat bahwa tujuan dari proses hukum bukanlah sekadar pembalasan untuk mensejahterakan dengan sinegritas kepada; moralitas, kesebandingan, proporsional, negosiasi dan lebih kepada unsur-unsur pembinaan. Dengan demikian, hasil dari proses peradilan (baik litigasi maupun non litigasi) bukan saja hanya mengembalikan keadaan semula sebagaimana sebelum

¹⁹Baca Mudzakir dalam Oki Qudratullah dalam *Warta Hukum*, Edisi : XIV/WH/Januari-Februari/2012, hlm: 1-2

terjadinya tindak pelanggaran hukum, namun juga mempunyai dampak terhadap perdamaian dan kesejahteraan serta peradapan manusia, maka atas dasar filosofis itulah kehadiran dialogis antar teori hukum diperlukan dengan tidak mengabaikan fungsional dialogis antara teori hukum yang bertentangan sekalipun.

Dipilihnya teori hukum dimaksudkan karena penelitian ini bertitik tolak dari dan berakhir pada hukum. Penelitian hukum ini adalah tipe atau kajian sosiologi hukum yang mengkaji, bahwa hukum dan manusia memiliki persenyawaan yang tak terpisahkan sehingga “hukum tanpa kepentingan manusia, sejatinya bukanlah hukum”²⁰. Hal tersebut merupakan landasan secara umum, bagaimana melihat kenyataan hukum pada tindak pidana malpraktik kedokteran di masyarakat. Dalam penelitian ini terdapat dua obyek kajian, yaitu; mengkaji secara seksama tentang kenyataan hukum di masyarakat dan mengkaji tentang kaidah-kaidah yang menjembatani baik ide, diskusi, integritas dan atau sebaliknya, serta penafsiran dan atau pemaknaan dalam ranah proporsi penelitian ini.

Banyak perdebatan tentang hukum, namun penelitian ini ada relevansinya dengan rumusan hukum yang digagas Lawrence M. Friedman yang menyatakan ada tiga elemen sistem hukum yang menentukan berfungsinya atau memfungsikan suatu hukum, yaitu; *structure*, *substance*, dan *legal culture*.²¹ Dari pendapat Friedman tersebut, Ahmadi Hasan dalam disertasinya berjudul "Penyelesaian sengketa Hukum Berdasarkan Adat Badamai pada Masyarakat Banjar dalam Kerangka Sistem Hukum Nasional" memproposisikan berikut:

²⁰Baca kembali Otje Salman dan Anthon F. Susanto, *Ibid.*, 2007, hlm. 15

²¹Lihat Lawrence M. Friedman, *The Legal System (A Social Science Perspective)*, Russel Sage Foundation, New York, 1975, hlm. 3-4

Struktur adalah menyangkut lembaga-lembaga yang berwenang membuat dan melaksanakan undang-undang (lembaga pengadilan dan lembaga legislatif). Aspek kedua, adalah substansi, yaitu materi atau bentuk dari peraturan perundang-undangan. Aspek ketiga dari sistem hukum adalah apa yang disebut sebagai sikap orang terhadap hukum dan sistem hukum, yaitu menyangkut kepercayaan akan nilai, pikiran atau ide dan harapan mereka.

Struktur hukum yang baik tidak akan berjalan dengan baik kalau tidak ditunjang oleh adanya substansi hukum yang baik pula. Demikian pula substansi hukum yang baik tidak akan dapat dirasakan manfaatnya kalau tidak ditunjang oleh struktur hukum yang baik. Selanjutnya struktur dan substansi hukum yang baik tidak akan dapat dirasakan eksistensinya kalau tidak didukung oleh budaya hukum masyarakat yang baik pula.

Disimpulkan bahwa hukum akan berperan dengan baik manakala ketiga aspek sub-sistem yaitu struktur, substansi dan budaya hukum itu saling berinteraksi dan memainkan peran sesuai dengan fungsinya. Sehingga hukum dapat berjalan secara serasi dan seimbang, sesuai dengan fungsinya.²²

Dalam budaya hukum, Mediasi adalah termasuk budaya hukum yang muncul dari tradisi yang ada dimasyarakat secara turun-temurun. Hal ini sejalan dinyatakan Hans Kelsen dalam bukunya *Pure Theory of Law*, sebagai berikut :

... karena, dengan adanya karakter dinamis hukum, suatu norma absah karena dan bila, ia diciptakan dengan cara tertentu, yakni dengan cara

²². Periksa Ahmadi Hasan, *Op Cit.*, 2007, hlm. 7

yang ditentukan oleh norma lain, ... sebagai alasan keabsahan norma baru: ...

... Konstitusi bisa diciptakan ... dengan tindakan tertentu yang dilakukan oleh satu atau sekelompok individu yakni, melalui tindakan legislatif. Dalam kasus yang terakhir, ini selalu dirumuskan dalam dokumen dan karena itu disebut konstitusi "tertulis", yang berlainan dengan konstitusi "tak tertulis" yang muncul oleh tradisi. Konstitusi material sebagian bisa berisi norma hukum yang tertulis dan sebagian lagi tak tertulis. Norma konstitusi yang tidak tertulis bisa dikodifikasikan; dan jika kodifikasi ini merupakan karya dari organ pencipta hukum dan memiliki kekuatan yang sifatnya mengikat maka ia menjadi konstitusi tertulis.²³

Eugen Ehrlich mempunyai konsepsi tentang *living law*, dalam bukunya berjudul "*Grundlegung der Sociologie des Rechts*" (*Fundamental Principles of the Sociology of Law*) dalam konsepnya ini mengenai "*living law*" adalah berikut:

... Baik pada saat sekarang ini maupun di waktu-waktu yang lalu, pusat dari pertumbuhan hukum tidak terletak dalam perundang-undangan tidak dalam ilmu pengetahuan hukum, dan juga tidak dalam keputusan hukum, melainkan di dalam masyarakat itu sendiri.

... inilah yang dinamakan '*living law*' berhadapan dengan hukum sebagaimana diterapkan di dalam pengadilan-pengadilan. '*Living law*' adalah hukum yang menguasai hidup itu sendiri, sekalipun tidak dicantumkan dalam peraturan-peraturan hukum. Sumber bagi pengetahuan mengenai hukum ini adalah pertama-tama dokumen-

²³Lihat Hans Kelsen, dalam bukunya *Pure Theory of law* (Teori Hukum Murni Dasar-dasar Ilmu Hukum Normatif) diterjemahkan oleh Raisul Mutaqien, (Berkeley University of California Press, 1978) Cetakan VI, Nusa Media, Bandung, 2008, hlm. 244

dokumen hukum modern; kedua, pengamatan secara langsung terhadap kehidupan perdagangan, kebiasaan adat dan terhadap semua macam perhimpunan tidak hanya yang diakui oleh hukum, melainkan juga yang diabaikannya bahkan yang tidak disetujuinya.²⁴

Hukum dari sudut sejarah²⁵, mashab sejarah dan kebudayaan, tokohnya antara lain Friederich Karl Von Savigny berasal dari Jerman, tokoh ini juga dianggap sebagai pemuka ilmu sejarah hukum, mashab ini senyatanya mempunyai pemikiran yang bertentangan dengan mashab formalisme. Mashab sejarah dan kebudayaan ini sebaliknya menekankan hukum hanya dapat dimengerti dengan menelaah kerangka sejarah dan kebudayaan hukum yang senyatanya timbul dan hukum merupakan perwujudan dari kesadaran hukum masyarakat (*volksgeist*). yang mana semua hukum berasal dari adat-istiadat dan kepercayaan serta bukan berasal dari pembentukan undang-undang.

Sebagaimana pemikiran Savigny dalam Soerjono Soekanto bahwa sangat penting untuk meneliti hubungan antara hukum dengan struktur masyarakat beserta sistem nilainya. Dari pemikiran tersebutlah sebagai acuan para sosiolog hukum yang bergerak mengamati sosial hukum karena suatu sistem hukum adalah merupakan bagian dari proses sistem yang lebih luas serta sangat berkaitan dengan aspek-aspek sosial lainnya.

²⁴Lihat Eugen Ehrlich (1912) dalam Mulyana W. Kusuma, *Beberapa Perkembangan & Masalah dalam Sosiologi Hukum*, Bandung, diterbitkan Alumni, (1981). Hlm. 2, lihat juga Soetandyo Wignjoseobroto dalam bukunya *Hukum dalam Masyarakat (Perkembangan dan Masalah)*, Sebuah pengantar Ke Arah Kajian Sosiologi Hukum, diterbitkan oleh Bayumedia, Malang, 2007, hlm. 15

²⁵Lihat Friederich Karl von Savigny (1779-1861) dalam Sabian Utsman, *Dasar-Dasar Sosiologi Hukum*, Pustaka Pelajar, Yogyakarta, 2009, hlm. 151

Kaitan dengan mazhab sejarah, Moh. Mahfud MD dalam bukunya "Membangun Politik Hukum, Menegakkan Konstitusi" menyatakan:

Aliran mazhab sejarah... cukup besar pengaruhnya dalam membentuk aliran pemikiran tentang pembangunan hukum di Indonesia ...

..., politik hukum yang sebenarnya dimaksudkan untuk melindungi dan mempertahankan hukum asli pribumi itu membawa juga faktor negatif yakni terisolasinya golongan pribumi dalam perkembangan hukum modern sehingga mengakibatkan keterbelakangan dan menimbulkan problem. ...

Pertentangan ini tak perlu diteruskan melainkan harus dipertemukan dalam keseimbangan antara keduanya yakni antara hukum sebagai alat dan hukum sebagai cermin budaya masyarakat juga antara hukum sebagai alat untuk menegakkan ketertiban yang sifatnya konservatif (memelihara) dan hukum sebagai alat untuk membangun (mengarahkan) masyarakat agar menjadi lebih maju. Konsepsi prismatic yang seperti ini sejalan dengan pemikiran filsafathukum seperti yang dianjurkan oleh Eugen Ehrlich, pemuka aliran "*sociological jurisprudence*", yang berbicara tentang *living law* atau hukum yang hidup di tengah-tengah masyarakat. ...²⁶

Di sisi lain Leopold Pospisil dalam Hasan memaparkan hukum berfungsi sebagai pengendalian masyarakat, sebagai berikut:

... tidak ada hukum kalau tidak ada masyarakat. sebaliknya tidak ada masyarakat tanpa adanya hukum. Hukum ada di dalam masyarakat yang

²⁶Lihat Moh. Mahfud MD. Dalam bukunya *Membangun Politik Hukum, Menegakkan Konstitusi*, Pustaka LP3ES Indonesia, Jakarta, 2006, hlm. 28,29

paling bersahaja sekalipun. Karena hukum dirasakan dapat menata kehidupan masyarakat, sehingga masyarakat bersepakat membuat seperangkat norma, kebiasaan ataupun nilai, bahkan aturan yang dapat dijadikan sebagai pedoman atau yang mendasari perilaku dan tindakan mereka.²⁷

Pendapat lain juga berasal dari Roscoe Pound, ia dipandang sebagai pelopor aliran "*sociological Jurisprudence*". pokok-pokok pemikirannya bahwa hukum itu bukanlah suatu keadaan melainkan "suatu proses" Hukum itu (pembuatannya, interpretasinya, maupun penerapannya) harus mempunyai relevansi dengan fakta-fakta sosial untuk apa hukum itu dibuat dan juga ditujukan. Pound menekankan pada efektivitas-kerja hukum dan karenanya sangat mementingkan beroperasinya hukum dalam masyarakat. Roscoe Pound membedakan pengertian "*Law in the books*" dan "*Law in action*"²⁸

Dalam bahasan hasil penelitian ini erat kaitannya dengan hukum responsif. Pemikiran Philippe Nonet dan Philip Selznick dalam konsep berhukum, paling tidak ia membedakan tiga jenis hukum yaitu; hukum represif, hukum otonom, dan hukum responsif.²⁹

Penelitian ini juga mengutamakan bahasan keadilan kebajikan utama dalam institusi sosial adalah keadilan. John Rawls menegaskan: "Keadilan adalah kebajikan utama dalam institusi sosial, sebagaimana kebenaran dalam sistem

²⁷Lihat Ahmadi Hasan, *Op.Cit.*, 2007., hlm.26

²⁸Lihat Mulyana W. Kusuma, *Op, Cit.*, 1981. Hlm.3

²⁹Philippe Nonet & Philip Selznick "*Law and Society in Transition Rowar Responsiv Law*" Nusamedia, Bandung, 2007 , hlm. 19

pemikiran. Suatu teori, betapapun elegan dan ekonomisnya, harus ditolak atau direvisi jika ia tidak benar ...”³⁰

Untuk mempertegas hasil penelitian ini, hasil sebuah konferensi yang diorganisir oleh Adam Podgorecki dan pusat penelitian Sosiologi Hukum yang diadakan pada tanggal 2 sampai 4 oktober 1978, rnenghasilkan analisis berikut:

1. Tujuan penerapan teknik sosiologi dalam memecahkan masalah hukum adalah untuk menunjukkan bahwa teknik sosiologi dan metode evaluasinya memiliki nilai-nilai *cognitic*, jika teknik dan metode tersebut didasarkan atas asumsi-asumsi teoritis yang sudah diketahui. Walaupun teknik dan metode sosiologi dapat dimanfaatkan untuk menjelaskan hukum dan pengaruhnya terhadap kehidupan sosial masyarakat karena kemampuannya untuk menganalisis efek sosial dari penerapan suatu hukum, maka agar bisa mendapatkan suatu hasil atau perspektif baru, teknik dan metode tersebut harus digunakan untuk menguji kemungkinan-kemungkinan dari teori lain yang sebelumnya telah digunakan untuk menganalisis' permasalahan di atas;
2. Tujuan lainnya, untuk memperlihatkan bahwa pendekatan untuk menganalisis masalah hukum tidaklah semata-mata mengandalkan teori-teori hukum belaka;
3. Untuk memahami secara lengkap suatu sistem hukum dan hubungannya dengan suatu sistem sosial, diperlukan suatu perspektif teoritis yang multi dimensional, yakni suati “totalitas dari teori-teori sosiologi”.³¹

³⁰Lihat John Rawls dalam bukunya “*A Theory of justice*” *The Belknap Press of Harvard University Press*, 2007, hlm.3

³¹Lihat Satjipto Raharjo dalam bukunya *Ilmu Hukum* (Pencairan, Pembebasan, dan Pencerahan). Editor: Khudzaiyah Dimiyati, Surakarta, diterbitkan oleh Universitas Muhamadiyah Surakarta, 2004, hlm. 80,81

Dalam bahasan ini, penulis menggunakan teori pembentukan hukum atau pembentukan peraturan perundang-undangan sebagai landasannya, setidaknya sebagai dasar pemikiran atas proposisi fenomena mediasi penal sebagai alternatif penyelesaian perkara malpraktik kedokteran dalam mentransformasikan ke dalam bangunan hukum nasional.

Hal tersebut diperlukannya kehadiran landasan pembentukan hukum atau pembentukan peraturan perundang-undangan .

Pembangunan hukum nasional menghendaki harus bersumber pada khas kepribadian bangsa Indonesia sendiri yang berkarakter sebagaimana kebudayaan hukum Indonesia yang berdasar Pancasila.³²

Suatu keniscayaan dan terus dipupuk atas perlunya kajian akademik tentang perlu atau tidak transformasi terhadap nilai-nilai yang terkandung keduanya, yaitu di sisi lain senyatanya persilangan kepentingan mereka menyatu dan menghargai budaya hukum Indonesia. Dalam bekerjanya sistem hukum nasional diperlukannya kerangka teori terkait pemikiran bahwa hukum yang ideal adalah “hukum sebagai alat untuk mengatur masyarakat dan juga hukum sebagai cermin dari budaya masyarakat”.

Pembentukan peraturan perundang-undangan atau pembentukan hukum, disamping harus memenuhi asas-asas dan norma-norma tertentu, maka pembahasannya adalah penciptaan hukum baru dalam arti umum. Kegiatannya dapat berupa perumusan aturan-aturan umum, yaitu dapat berupa penambahan atau perubahan atas aturan-aturan yang sudah berlaku.³³

³²Lihat Baharuddin Lopa, *Etika Pembangunan Hukum Nasional*, (dalam Artidjo Alkostar, *Identitas Hukum Nasional*), FH. UII, Yogyakarta, 1997, hlm. 17.

³³Lihat Ibnu Elmi A.S. Perlu, *Gagasan, Tatanan & Penerapan Ekonomi Syariah (dalam Perspektif Politik Hukum)*. Diterbitkan oleh In-TRANS Publising, Malang, 2007, hlm.57-58

Menurut hierarki norma hukum yang berlaku sesuai Undang-Undang Republik Indonesia Nomor: 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan sebagai penyempurnaan dari Undang-Undang Republik Indonesia Nomor: 10 Tahun 2004 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan, Hans Kelsen dalam Erman Rajagukguk, secara gamblang menyatakan sebagai berikut:

Dalam kaitannya dengan hierarki norma hukum, Hans Kelsen mengemukakan *Stufentheorie* mengenai jenjang norma hukum, dimana ia berpendapat bahwa norma-norma itu berjenjang-jenjang dan berlapis-lapis dalam suatu hierarki tata susunan. Suatu norma yang lebih rendah berlaku, bersumber, dan berdasar pada norma yang lebih tinggi; norma yang lebih tinggi berlaku bersumber dan berdasar pada norma yang lebih tinggi. Demikian seterusnya sampai pada suatu norma yang tidak dapat ditelusuri lebih lanjut dan bersifat hepotetis dan fektif, yaitu Norma Dasar (*Grundnorm*).

Demi kepastian hukum, suatu undang-undang tidak boleh bertentangan dengan undang-undang lainnya dan suatu peraturan tidak boleh bertentangan dengan peraturan baik yang di atas, maupun dengan peraturan yang di sampingnya...³⁴

Dalam hal membuat hukum atau menyusun peraturan kaitan dengan kajian Montesquieu menyatakan:

Orang-orang yang cukup jenius untuk membuat undang-undang baik. bagi bangsanya sendiri maupun bangsa lain sebaiknya memperhatikan dengan seksama cara membentuknya. Sebaiknya susunannya ringkas.

³⁴Lihat Hans Kelsen dalam Erman Rajagukguk dalam tulisannya pada YUSTISIA (Negara dan Masyarakat), Jakarta, Jurnal Nasional (Januari 2008-Juli 2009), hlm. 96

Sebaiknya susunannya biasa dan sederhana, ungkapan langsung biasanya lebih mudah dipahami dari pada ungkapan tidak langsung.

inilah unsur penting bahwa kata-kata hukum sebaiknya menarik gagasan yang sama pada setiap orang. ...

Undang-undang sebaiknya tidak rumit karena dirancang untuk orang-orang yang berpengetahuan biasa. Ia tidak dirancang untuk seorang ahli logika, namun untuk orang yang memiliki nalar biasa seperti kepala rumah tangga.³⁵

Secara tegas Soetandyo Wignjosoebroto dalam tulisannya “Apa dan Mengapa *Critical Legal Studies*”, mengatakan:

...perundang-undangan nasional terbangun dalam sekurang-kurangnya ... pertama-tama, hukum perundang-undangan nasional itu terdiri dari norma-norma yang dirumuskan ke dalam pasal-pasal dan ayat-ayat tertulis, jelas dan tegas, demi terjaminnya objektivitas dan kepastian dalam pelaksanaannya nanti. Kedua, hukum yang telah mengalami, dan menjadi hukum perundang-undangan nasional itu, didudukan dalam statusnya yang tertinggi ... mengatasi norma-norma lain macam apapun yang berlaku dimasyarakat.

Ketiga, hukum perundang-undangan nasional yang formal dan berstatus tertinggi dalam hierarki norma-norma yang ada dalam masyarakat memerlukan perawatan para ahli yang terdidik dan profesionalisme, demi terjaminnya kepastian berlakunya hukum itu, keempat sebagai konsekwensi profesionalisasi proses-proses hukum itu, hukum

³⁵Lihat Montesquieu dalam tulisannya *The Spirit of Laws*, Nusamedia, Bandung, 2007, hlm. 361, 362

perundang-undangan nasional juga memerlukan *back up* suatu lembaga pendidikan profesional pada tingkat universitas.³⁶

Sejalan dengan pendapat para ahli yang lain d'Anjo dalam Satjipto Rahardjo mengatakan :

... Kaitan erat antara pembuatan undang-undang dan habitat sosialnya. Orang tidak membuat undang-undang dengan cara duduk dalam satu ruangan dan kemudian memikirkan undang-undang apa yang akan dibuat. Menurut d'Anjo ia merupakan proses panjang yang dimulai jauh dari dalam realitas kehidupan masyarakat. Terjadi suatu *long march* sejak dari kebutuhan dan keinginan perorangan, kemudian menjadi keinginan golongan, selanjutnya ditangkap oleh kekuatan-kekuatan politik, diteruskan sebagai suatu problem yang harus ditangani oleh pemerintah dan baru pada akhirnya masuk menjadi agenda pembuatan peraturan.³⁷

Jeremy Bentham pada inti teori hukumnya adalah meletakkan pembuatan dan fungsional hukum, di samping bisa memenuhi ekspektasi (*expectation atau expectancy*) pada logika-logika orang kebanyakan, seperti para ibu rumah tangga dan sebagainya (sebagaimana juga pemikiran Montesquieu), serta "kebahagiaan komunitas atau masyarakat", Bentham menegaskan dalam bukunya *The Theory of Legislation*, berikut:

... Hukum harus sejalan dengan prinsip manfaat karena semua ekspektasi memiliki kecenderungan alamiah menuju manfaat.... Semakin kompleks suatu hukum, semakin ..-.berada di luar jangkauan pemahaman banyak

³⁶Lihat Soetandyo Wignjoesobroto, *Op. Cit.*, 2007, hlm. 13

³⁷Lihat Satjipto Rahardjo, dalam bukunya *Hukum dalam Jagat Ketertiban*, UKI Press, Jakarta, 2006, hlm. 85-86

orang ... dan tidak terbesit dalam benak mereka ... atau, lebih buruk lagi, hukum itu menyesatkan manusia dan menghasilkan ekspektasi-ekspektasi yang keliru. Gaya dan metode hukum harus sederhana, hukum seharusnya menjadi panduan ajar bagi setiap individu; dan setiap orang harus dapat merujuknya untuk kasus-kasus yang meragukan tanpa bantuan seorang penafsirpun ... Agar menjadi pengontrol ekspektasi, hukum harus dipikirkan sebagai suatu yang pasti untuk dijalankan ... Dengan kata lain, hukum semakin mudah untuk dielakkan, tetapi akan lebih kejam bila menciptakan hukum yang tanpanya nyaris tidak mungkin dijalankan karena hanya akan menghasilkan kejahatan tetapi secara kebetulan hukum tersebut dijalankan.

Perlunya teori konflik dalam penelitian ini, berfungsi sebagai pelengkap karena di manapun, dalam waktu kapanpun, dalam praktik pelayanan kesehatan baik dokter yang melayani pengobatan pada pasien rentan terhadap konflik. Sesuai hasil penelitian ini, senyatanya di lokasi penelitian, penulis temukan konflik dalam pelayanan kesehatan yaitu dalam praktik kedokteran yang hakekatnya konflik tidak pernah berakhir sepanjang kehidupan manusia. Hanya saja bentuk dan levelnya yang berbeda-beda sesuai konteksnya masing-masing dan itu sangat terkait dengan keteraturan yang bermakna juga pada ranah kajian hukum. Dalam konteks bahasan ini diperlukanlah “teori konflik” terlebih tipe atau jenis kajian hukum ini dikonsentrasikan pada kajian sosiologi hukum.

Budaya hukum Pancasila, yang sudah ada sejak sebelum kemerdekaan Republik Indonesia, khususnya pengelolaan konflik mengutamakan musyawarah

untuk mencapai mufakat (konsensus) selalu menjadi acuan bagi masyarakat. Adi Sulistiyono menyatakan:

Beberapa penelitian beberapa pakar, pada dasarnya budaya untuk konsiliasi atau musyawarah merupakan nilai masyarakat yang meluas di Indonesia mempunyai budaya penyelesaian sengketa secara damai, misalnya masyarakat Jawa, Bali ..., Sulawesi Selatan ... Sumatera Barat, Sumatera Selatan, Lampung, Lombok, Irian Jaya ..., dan masyarakat Toraja ...³⁸

Dalam pengelolaan konflik pelanggaran hal itu tak terlepas dari substansi dan prosedur hukum, walaupun nampak sangat sederhana bahkan tidak tertulis (idealnya hukum itu dibentuk harus sederhana, mudah dipahami, dan tidak rumit), karena kebanyakan hukum itu diperuntukkan kepada orang-orang yang bukan ahli logika, terlebih dalam konteks masyarakat Jawahir Thontowi, menyatakan:

... nilai-nilai hukum substantif sebagai seperangkat aturan, dalam bentuk tertulis dan tidak tertulis, yang terwujud sebagai aturan (kewajiban), sebagai keputusan-keputusan yang memberi hak kepada orang-orang atau subyek hukum lain (otorisasi), dan sebagai sanksi ... sementara itu, hukum sebagai prosedur bisa dilihat sebagai struktur strategi penyelesaian konflik di mana orang atau lembaga hukum yang

³⁸Baca Adi Sulistiyono Guru Besar Ilmu Hukum Universitas Sebelas Maret Surakarta, dalam bukunya *Mengembangkan Paradigma NON-LITIGASI* di Indonesia, diterbitkan oleh Lembaga Pengembangan Pendidikan (LPS) UNS dan UPT Penerbitan dan Pencetakan UNS (UNS Press), Surakarta, 2007, hlm. 31

berwenang melaksanakan hukum tersebut untuk tujuan penyelesaian konflik dan khususnya, untuk membangun kembali ketentraman.³⁹

Keberadaan fakta orgasme peristiwa hukum dan situasi lingkungan sosial berbagai kepentingannya, melahirkan perbedaan dan pertentangan di antara masyarakat. Menurut Gamble dalam Hamidi:

"Konflik merupakan bentrokan sikap-sikap, pendapat-pendapat perilaku-perilaku, tujuan-tujuan dan kebutuhan-kebutuhan yang bertentangan" ... termasuk juga "perbedaan asumsi, keyakinan dan nilai".⁴⁰

Deutch dalam Berger, dalam Hamidi, menyatakan bahwa konflik itu akan muncul apabila ada beberapa kepentingan atau aktivitas dalam kehidupan yang saling bertentangan. Bertentangan dimaksud, adalah apabila tindakan tersebut bersifat mencegah, menghalangi, mencampuri, menyakiti, atau membuat tindakan atau aktifitas orang lain menjadi tidak dan atau kurang berarti ataupun kurang efektif. Berdasarkan sumbernya, konflik itu paling tidak mempunyai lima sumber penyebab, sebagaimana dikatakan (Nyi dalam Rakhmat) berikut:

- (1) kompetisi; satu pihak berupaya meraih sesuatu, dengan mengorbankan pihak lain,
- (2) dominasi; satu pihak berusaha mengatur yang lain sehingga merasa haknya dibatasi dan dilanggar,
- (3) kegagalan; menyalahkan pihak tertentu bila terjadi kegagalan pencapaian tujuan,
- (4) provokasi; satu pihak sering menyinggung perasaan pihak yang lain,
- (5)

³⁹Baca Jawahir Thontowi dalam bukunya *Hukum, Kekerasan, dan Kearifan Lokal* (Penyelesaian Sengketa di Sulawesi Selatan), Pustaka Fahima, Yogyakarta, 2007, hlm, XXXVIII

⁴⁰Lihat Hamidi, dalam Laporan penelitiannya tentang *Faktor-faktor yang berpengaruh terhadap Perilaku Beragama*, (Tesis), Bandung, Universitas Padjajaran Bandung, 1995, hlm.25

perbedaan nilai; terdapat patokan yang berbeda dalam menetapkan benar salahnya suatu masalah.⁴¹

Konflik ada secara tidak kekerasan dan ada dengan cara kekerasan, kekerasan secara umum menurut Kadish dalam Nitibaskara,⁴²kekerasan itu menunjuk pada semua tingkah laku yang mana bertentangan dengan undang-undang atau hukum yang berlaku, baik berupa sekedar ancaman saja maupun sudah merupakan suatu tindakan nyata.

Soekanto berpendapat bahwa "Sosiologi Hukum (*law sociology of*) adalah cabang ilmu yang mempelajari hukum dalam konteks sosial. Sosiologi hukum adalah cabang ilmu yang secara analitis dan empiris⁴³ mempelajari pengaruh timbal-balik antara hukum dengan gejala-gejala sosial lainnya." ⁴⁴

Menurut Purbacaraka dan Soerjono Soekanto.⁴⁵ dalam bukunya yang berjudul Menelusuri Sosiologi Hukum Negara, bahwa ruanglingkup sosiologi hukum adalah "hubungan timbal balik atau pengaruh timbalbalik antara hukum dengan gejala-gejala sosioal lainnya (yang dilakukan secara analitis dan empirik)". Hukum dalam ruang lingkup tersebut adalah suatu kompleks dari sikap-tindak manusia yang bertujuan untuk mencapai kedamaian dalam pergaulan hidup. Purbacaraka dan Soerjono Soekanto memaparkan kegunaan sosiologi hukum sebagai berikut:

⁴¹Hamidi, *Ibid.*

⁴²Nitibaskara, RRRT., *Ketika Kejahatan Berdaukat*, CV. Rajawali, Jakrta, 2001

⁴³Esmi Warassih dalam acara kegiatan *pelatihan metode penulisan disertasi* yang diselenggarakan di Wisma MM UGM Yogyakarta, 18-20 Mei 2008, menyatakan bahwa tentang pemahaman empirik itu sendiri dibaginya menjadi tiga kategori yaitu; empirik nomo/post-positivisme, empirik kritis, dan empirik simbolik dengan segala karakteristiknya masing-masing.

⁴⁴Soerjono Soekanto, *Kamus Sosiologi*, Jakarta, 1993, hlm. 233.

⁴⁵Lihat Purbacaraka dan Soerjono Soekanto, *Menelusuri Sosiologi Hukum Negara*, diterbitkan CV. Rajawali, Jakarta, 1983, hlm.35

- a. Memberikan kemampuan-kemampuan bagi pemahaman terhadap hukum dalam konteks sosial.
- b. Mengadakan analisis terhadap efektivitas hukum tertulis (bagaimana mengusahakan agar suatu undang-undang melembaga di masyarakat).
- c. Mengadakan evaluasi terhadap efektivitas hukum tertulis, misalnya mengukur berfungsinya suatu peraturan di dalam masyarakat.⁴⁶

Dari gambaran ruang lingkup kajian sosiologi hukum tersebut, makabisa dilihat beberapa masalah yang disoroti sosiologi hukum antara lain:

- a. Pengorganisasian sosial hukum yang mana obyek sebagai sasarannya adalah; proses pembuatan Undang-Undang, proses pengadilan, polisi, kejaksaan, pengacara dan sebagainya.
- b. Hukum dan sistem sosial masyarakat.
- c. Persamaan-persamaan dan perbedaan serta sistem-sistem hukum.
- d. Sifat sistem hukum yang dualistis.
- e. Hukum dan kekuasaan.
- f. Hukum dan nilai-nilai budaya.
- g. Kepastian hukum dan kesebandingan.
- h. Peranan hukum sebagai alat untuk merubah masyarakat.⁴⁷

Sosiologi hukum mengkaji baik secara teoritis analisis, maupun juga secara empiris terhadap fenomena hukum yang senyatanya hidup di masyarakat (*living law*). Sosiologi hukum bermanfaat yang pada gilirannya menghasilkan suatu sintesa antara hukum sebagai alat atau sarana organisasi sosial yang di dalamnya ada budayanya dan juga sebagai sarana keadilan (dalam pengertian

⁴⁶*Ibid.*

⁴⁷Periksa Qomariah, *Sari Perkuliahan Sosiologi Hukum*, PPS UMM (2002)

sempit, menempatkan sesuatu ada tempatnya) serta fungsi lain adalah sebagai penerangan dan pengkaidahan.

2. Kerangka Konseptual

Penelitian ini merupakan perwujudan dari kerangka pemikiran dalam menggambarkan mekanisme yang ada dalam masyarakat kita, yang dalam menyelesaikan suatu perkara tindak pidana dapat mempergunakan mekanisme mediasi penal yang merupakan penerapan nilai-nilai keadilan restoratif. Pendekatan keadilan restoratif sekarang diasumsikan sebagai pergeseran paling akhir dari berbagai model mekanisme dalam menangani perkara-perkara tindak pidana. Pendekatan yang dulu dinyatakan usang, kuno dan tradisional dikatakan sebagai pendekatan yang progresif, sebenarnya nilai-nilai keadilan restoratif telah tumbuh dan berkembang sejak lama dalam masyarakat Indonesia.

Masyarakat Indonesia yang mana akar budaya masyarakatnya berorientasi pada nilai budaya kekeluargaan, mengedepankan asas musyawarah mufakat untuk menyelesaikan suatu sengketa atau perkara dalam suatu sistem sosial. Hukum Adat/kearifan lokal adalah hukum yang berlaku di kehidupan bermasyarakat, merupakan penjelmaan dari kebudayaan masyarakat Indonesia. Snouck Hurgronje dengan teorinya *Theorie Receptie* menyatakan dalam jangka waktu yang lama hukum yang hidup dimasyarakat sebagai norma hukum, bersama-sama dengan norma-norma sosial lainnya dan norma agama Hindu, memainkan peranannya berfungsi sebagai alat pengendalian sosial.⁴⁴⁴⁸

M.M. Djodiguno menyatakan “hukum yang hidup di masyarakat memandang masyarakat sebagai paguyuban artinya sebagai satu hidup bersama,

⁴⁸H.R. Otje Salman, *Kesadaran Hukum Masyarakat Terhadap Hukum Waris*, (Bandung; Alumni, 2007), hlm.21.

dimana manusia memandang sesamanya sebagai tujuan, hubungan manusia dengan sesamanya dengan segala perasaan, dengan segala sentimennya danantisipasi sebagai yang baik dan yang kurang baik. Selaras dengan pandangannya atas masyarakat maka dihadapilah oleh hukum yang hidup dimasyarakat dengan kepercayaan sebagai orang yang bertabiat sebagai anggota masyarakat. Artinya sebagai manusia yang menghargai benar hubungan damai dengan sesamanya oleh karena bersedia untuk menyelesaikan segala perselisihan dengan perukunan, dengan perdamaian, dengan kompromi, artinya tidak sebagai satu masalah pengadilan yang berdasarkan benar salah satu masalah pengadilan yang berdasarkan benar salah satu peristiwa dan yang bersifat represif, melainkan satu masalah perukunan yang diajukan kepada tercapainya satu perhubungan damai dalam masa akan datang...⁴⁹

Penyelesaian sengketa atas perkara atau perkara dalam masyarakat , menggunakan hukum yang hidup di masyarakat didasarkan pada pandangan hidup yang dianut oleh masyarakat itu sendiri. Koesnoe menyebutkan pandangan hidup masyarakat tertumpu pada eksistensi manusia.⁵⁰

Dalam pandangan hukum yang hidup dimasyarakat, manusia tidak dilihat sebagai makhluk individual akan tetapi sebagai makhluk komunal yang hidup dalam suatu kelompok secara bersama- sama yang dilandasi nilai-nilai kekeluargaan. Dalam hal inilah penyelesaian perkara melalui keadilan restoratif memiliki kesamaan dengan cara-cara hukum Adat menyelesaikannya. Dimana pendekatan keadilan restoratif pada dasarnya fokus pada upaya

⁴⁹Soerjono Soekanto, *Pokok – Pokok Sosiologi Hukum*, (Jakarta : Rajawali Pers, 2010) hlm.86-87.

⁵⁰Syahrizal Abbas, *Mediasi dalam Perpektif Hukum Syariah, Hukum Adat dan Hukum Nasional*, (Jakarta : Kencana Prenada Media Group, 2009) hlm.228.

mentransformasikan kesalahan yang dilakukan pelaku dengan upaya perbaikan dalam hal ini perbaikan hubungan dengan para pihak yang terkait dalam suatu peristiwa. Disini pelaku, korban dan masyarakat bersama-sama mengidentifikasi permasalahan guna mencari akar permasalahannya, maka timbulah kebutuhan yang dipersyaratkan atau kewajiban yang dipersyaratkan sebagai upaya perbaikan. Dimana sebenarnya konsep keadilan restoratif menghasilkan tujuan dengan adanya kesepakatan antara para pihak yang terikat.

Salah satu bentuk keadilan restoratif adalah *Mediasi Penal (Victim-Offender Mediation)*. Menurut Barda Nawawi Arief, Alasan dipergunakan *Mediasi Penal* dalam penyelesaian perkara pidana adalah karena ide dari *Mediasi Penal* berkaitan dengan masalah pembaharuan hukum pidana (*Penal Reform*), berkaitan juga dengan masalah pragmatisme, alasan lainnya adalah adanya ide perlindungan korban, ide harmonisasi, ide *Restorative Justice*, ide mengatasi kekakuan (formalitas) dan efek negatif dari sistem peradilan pidana dan sistem pemidanaan yang berlaku, serta upaya pencarian upaya alternatif pemidanaan (selain penjara).⁵¹

Sebenarnya dalam masyarakat Indonesia penyelesaian suatu perkara baik perdata maupun pidana dengan *Mediasi Penal* bukan hal baru, hal ini dibuktikan dengan adanya penyelesaian dengan pendekatan musyawarah untuk menemukan kemufakatan. Bila dilihat secara historis kultur (budaya) masyarakat Indonesia sangat menjunjung tinggi pendekatan konsensus⁵², yang lebih mengutamakan pengambilan keputusan secara tradisional dan penyelesaian melalui mekanisme

⁵¹Barda Nawawi Arief, *Kebijakan Legislatif dalam Penanggulangan Kejahatan dengan Pidana Penjara*, (Semarang : Badan Penerbit Universitas Diponegoro. Semarang, 2000) hlm. 169-171. (selanjutnya disebut Barda Nawawi Arief 2).

⁵²Mushadi, *Mediasi dan Resolusi Konflik di Indonesia*, (Semarang : Walisongo Mediation Center, 2007), hlm. 38.

kekeluargaan. Penyelesaian suatu perkara pidana melalui *Mediasi Penal* telah berlangsung. *Mediasi Penal* penerapan nilai-nilai keadilan restoratif dalam menyelesaikan tindak pidana ini akan digambarkan dalam bagian sebagai berikut ini :

Menurut Barda Nawawi Arief,⁵³ mediasi penal (*penal mediation*) sering juga disebut dengan berbagai istilah, antara lain: “*mediation in criminal cases*” atau “*mediation in penal matters*” yang dalam istilah Belanda disebut *strafberniddeling*, dalam istilah Jerman disebut “*Der Aubergerichtliche Tatausgleich*” (disingkat ATA) dan dalam istilah Perancis disebut “*de mediation pénale*”. Karena mediasi penal terutama mempertemukan antara pelaku tindak pidana dengan korban, maka mediasi penal ini sering juga dikenal dengan istilah “*Victim-Offender Mediation*” (*VOM*), *Tater-Opfar Ausgleich* (*TOA*), atau *Offender-victim Arrangement* (*OVA*).

Pada 15 Maret 2001, Uni Eropa membuat *the EU Council Framework Decision* tentang “kedudukan korban di dalam proses pidana” (*the Standing of Victims in Criminal Proceedings*) EU (2001/220/JB7) yang di dalamnya termasuk juga masalah mediasi. Pasal 1 (e) dari *Framework Decision* ini mendefinisikan “*mediation in criminal cases*” sebagai “*the search prior to of during criminal proceedings for a negotiated solution between the victim and the author of the offence, mediated by a competent person*”. (Prioritas yang utama dalam penyelesaian tindak pidana dengan menggunakan solusi negosiasi adalah antara korban dengan pelaku tindak pidana harus dimediasi oleh orang yang kompeten di bidangnya). Pasal 10 menyatakan, setiap negara anggota akan berusaha “*to*

⁵³Barda Nawawi Arief. *op.cit.* hlm1-2.

promote mediation in criminal cases for offences which it considers appropriate for this sort of measure". (untuk mempromosikan mediasi dalam kasus pidana untuk pelanggaran yang dianggap sesuai dengan aturan yang berlaku). Walaupun Pasal 10 ini terkesan hanya memberi dorongan (*encouragement*), namun menurut Anne-mieke Wolthuis,⁵⁴ berdasarkan penjelasan di dalam *website* Uni Eropa, negara anggota wajib mengubah undang-undang dan hukum acara pidananya, antara lain mengenai "*the right to mediation*".

Stuart M. Widman merumuskan mediasi pidana sebagai *process in which a mediator facilitates communication and negotiation between parties to assist them in reaching a voluntary agreement regarding their dispute*.⁵⁵ (Proses dimana mediator menyediakan komunikasi dan negosiasi antara para pihak untuk mendukung mereka dalam mencapai kesepakatan berdasarkan tujuan mereka). Sedangkan menurut Mark William Baker mediasi penal adalah "*process of bringing victims and offenders together to reach a mutual agreement regarding restitution would become the norm*".⁵⁶ (Proses dimana korban dan terpidana bersama-sama membuat kesepakatan berdasarkan tujuan mereka).

Mediasi penal yang dikembangkan dari empat ide dan prinsip kerja (*working principles*), yaitu:⁵⁷

- a. Penanganan konflik (*conflict handling/konflikt bearbeitung*) yang esensinya tugas mediator adalah membuat para pihak melupakan kerangka hukum dan mendorong mereka terlibat dalam proses komunikasi. Hal ini didasarkan pada

⁵⁴Barda Nawawi Arief mengutip Annemieke, dalam Op.Cit. hlm 19.

⁵⁵Stuart M. Widman. *The Protections and Limits of Confidentiality in Mediation*" artikel pada *Alternatives to the High Cost of Litigation*. 2006. hlm 161.

⁵⁶Mark William Baker. *Repairing the Breach and Reconciling the Discordant: Mediation in the Criminal Justice System*. Artikel pada *North Carolina Law Review*. No 72 Tahun 1994. hlm 1483.

⁵⁷Barda Nawawi Arief mengutip Stefanie Trankle dalam Op. Cit. hlm 5-7.

ide, bahwa kejahatan telah menimbulkan konflik interpersonal. Konflik itulah yang dituju oleh proses mediasi.

- b. Berorientasi pada proses (*process orientation; prozessorientierung*), yaitu mediasi penal lebih berorientasi pada kualitas daripada hasil, yaitu: menyadarkan pelaku tindak pidana akan kesalahannya, kebutuhan-kebutuhan konflik terpecahkan, ketenangan korban dari rasa takut dan sebagainya.
- c. Proses informal (*informal proceeding-informalität*) yang intinya bahwa mediasi penal merupakan suatu proses informal, tidak bersifat birokratis, menghindari prosedur hukum yang ketat.
- d. Ada partisipasi aktif otonom para pihak (*active and autonomous participation/parteiautonomie/ subjektivierung*) tidak dilihat sebagai objek dari prosedur hukum pidana, akan tetapi lebih sebagai subjek yang mempunyai tanggung jawab pribadi dan kemampuan untuk berbuat, mereka diharapkan berbuat atas kehendaknya sendiri.

Mediasi penal sebagai instrumen penyelesaian sengketa alternatif memiliki empat kelebihan atau kekuatan adalah:

- a. Mediasi penal akan mengurangi perasaan balas dendam korban, lebih fleksibel karena tidak harus mengikuti prosedur dan proses sebagaimana dalam sistem peradilan pidana, dan lebih sedikit menghabiskan biaya, serta prosesnya lebih cepat dibandingkan dengan proses litigasi (proses penyelesaian perkara di pengadilan).⁵⁸

⁵⁸Mark William Bakker. Op Cit. hlm 1480.

- b. Beban sistem peradilan pidana karena menumpuknya perkara dan proses penyelesaiannya memakan waktu yang tidak sedikit banyak dapat dikurangi dengan kehadiran mediasi antara pelaku dan korban.⁵⁹
- c. Mediasi memberikan kesempatan kepada korban bertemu dengan pelaku untuk membahas tindak pidana yang telah merugikan kehidupannya, mengungkapkan perhatian dan perasaannya serta meminta adanya restitusi.⁶⁰
- d. Mediasi menciptakan kembali hubungan yang harmonis antara korban dan pelaku, kondisi ini tidak ditemukan di dalam penyelesaian konflik melalui sistem peradilan pidana. Pemberian maaf korban kepada pelaku akan mengurangi rasa bersalah pelaku dan menciptakan rekonsiliasi antara keduanya.⁶¹

Dalam “*Explanatory Memorandum*” dari rekomendasi Dewan Eropa Nomor R (99) 19 tentang “*Mediation in Penal Matters*”, dikemukakan beberapa model mediasi penal yang terdiri dari *informal mediation, traditional village or tribal moot, victim-offender mediation, reparation negotiation programmes, community penals or courts*, dan *family and community group conferences*. Deskripsi mengenai model-model mediasi penal tersebut dijelaskan **Barda Nawawi Arief** seperti penjelasannya berikut ini.⁶² Model *informal mediation* dilaksanakan oleh personil peradilan pidana (*criminal justice personnel*) dalam tugas normalnya, yaitu dapat dilakukan oleh JPU (Jaksa Penuntut Umum) dengan mengundang para pihak untuk melakukan penyelesaian informal dengan tujuan,

⁵⁹Larysa Simms. *Criminal Mediation is the Bast [fn1] of the Criminal Justice System Not Replacing Traditional Criminal Adjudication Just Making it Better*. Artikel pada Ohio State Journal on Dispute Resolution. Nomor 22 Tahun 2007. hlm 801.

⁶⁰Mary Ellen Reimund. *Confidentiality in Victim Offender Mediation A* Artikel pada Journal of Dispute Resolution. Tahun 2005. Hal 404.

⁶¹Barda Nawawi Arief mengutip Jennifer Gerarda Brown dalam Op. Cit Hal. 5

⁶²*Ibid.* hlm. 7-12.

tidak melanjutkan penuntutan apabila tercapai kesepakatan, dapat dilakukan oleh pekerja sosial atau pejabat pengawas (*probation officer*), oleh pejabat Polisi, atau oleh Hakim.

Model *Traditional village or tribal moots* menghendaki, seluruh masyarakat bertemu untuk memecahkan konflik kejahatan di antara warganya. Model ini ada di beberapa negara yang kurang maju di wilayah pedesaan/pedalaman. Model ini lebih memilih keuntungan bagi masyarakat luas. Model ini mendahului hukum barat dan lebih memberi inspirasi bagi kebanyakan program-program mediasi modern. Program mediasi modern sering mencoba memperkenalkan berbagai keuntungan dari pertemuan suku (*tribal moots*) dalam bentuk yang disesuaikan dengan struktur masyarakat modern dan hak-hak individu yang diakui menurut hukum.

Model yang paling sering ada dalam pemikiran orang adalah model yang melibatkan berbagai pihak yang bertemu dengan dihadiri oleh mediator yang ditunjuk. Banyak variasi model ini. Mediatornya dapat berasal dari pejabat formal, ketua profesi, mediator independen, atau kombinasi. Mediasi ini dapat diadakan pada setiap tahapan proses, baik pada tahap kebijaksanaan polisi, tahap penuntutan, tahap pemidanaan, atau setelah pemidanaan. Model ini ada yang diterapkan untuk semua tipe pelaku tindak pidana, ada yang khusus untuk anak-anak, ada yang untuk tipe tindak pidana tertentu (misal pengutilan, perampokan dan tindak kekerasan). Ada yang terutama ditujukan pada pelaku anak, pelaku pemula, namun ada juga untuk delik-delik berat dan bahkan untuk *recidivist*.

Model *reparation negotiation programmes* adalah model yang semata-mata untuk menaksir/menilai kompensasi atau perbaikan yang harus dibayar oleh

pelaku tindak pidana kepada korban, biasanya pada saat pemeriksaan di pengadilan. Program ini tidak berhubungan dengan rekonsiliasi antara para pihak, tetapi hanya berkaitan dengan perencanaan perbaikan materiil. Dalam model ini, pelaku tindak pidana dapat dikenakan program kerja agar dapat menyimpan uang untuk membayar ganti rugi/ kompensasi.

Model *community penals or courts* merupakan program untuk membelokkan kasus pidana dari penuntutan atau peradilan pada prosedur masyarakat yang lebih fleksibel dan sering melibatkan unsur mediasi atau negosiasi. Model *family andcommunity group conferences* telah dikembangkan di Australia dan New Zealand, yang melibatkan partisipasi masyarakat dalam SPP (sistem peradilan pidana). Tidak hanya melibatkan korban dan pelaku tindak pidana, tetapi juga keluarga pelaku dan warga masyarakat lainnya, pejabat tertentu (seperti polisi dan hakim anak) dan para pendukung korban. Pelaku dan keluarganya diharapkan menghasilkan kesepakatan yang komprehensif dan memuaskan korban serta dapat membantu untuk menjaga sipelaku keluar dari kesusahan/persoalan berikutnya.

3. Asumsi

Berdasarkan permasalahan yang diajukan dan untuk memberikan arahan penelitian, diketengahkan asumsi⁶³ sebagai berikut:

- a. Bahwa saat ini mediasi penal dalam perkara malpraktik kedokteran belum diatur baik dalam KUHP, KUHAP maupun undang-undang tersendiri.

⁶³ Dalam rangka memilih salah satu teori atau pendekatan digunakan untuk mendukung argumentasi pada kerangka berfikir diperlukan adanya asumsi yang bersifat imperatif, karena dengan asumsi postulat atau prinsip-prinsip yang berbeda, maka teori atau pendekatan yang digunakan akan berbeda pula. Asumsi ialah pernyataan yang dapat diuji kebenarannya secara empiris dalam Husaini Usman dan Poernomo Setiady, *Metodologi Penelitian Sosial*, Jakarta: Ghalia Indonesia, 1996, hlm. 36.

- b. Bahwa mediasi penal dalam sistem peradilan pidana Indonesia khususnya dalam perkara malpraktik kedokteran telah dikenal oleh hakim Indonesia. Dikaji dari perspektif asas, norma, dan teori eksistensi mediasi penal antara “ada” dan “tiada”. Dikatakan “ada” karena ternyata praktik mediasi penal dalam perkara malpraktik kedokteran telah dilakukan oleh penegak hukum (Kepolisian), masyarakat Indonesia dan penyelesaian tersebut dilakukan di luar pengadilan. Dikatakan “tiada” karena mediasi penal dalam ketentuan undang-undang tidak dikenal dalam sistem peradilan pidana, akan tetapi dalam tataran di bawah undang-undang dikenal secara terbatas melalui diskresi penegak hukum (Kepolisian), terbatas dan sifatnya parsial. Pada tataran di bawah undang-undang penyelesaian perkara di luar pengadilan melalui mediasi penal diatur dalam Surat Kapolri No Pol: B/3002/XII/2009/ SDEOPS tanggal 14 Desember 2009 tentang Penanganan Kasus Melalui *Alternatif Dispute Resolution* (ADR) serta Peraturan Kepala Kepolisian Negara Republik Indonesia Nomor 7 Tahun 2008 tentang Pedoman Dasar Strategi dan Implementasi Pemolisian Masyarakat dalam Penyelenggaraan Tugas Polri, Surat Edaran Petunjuk Rahasia dari Kejaksaan Agung No. B006/R-3/I/1982, Jaksa Agung tanggal 19 Oktober 1982 tentang Perkara Profesi Kedokteran ” Bahwa agar tidak meneruskan perkara praktik kedokteran sebelum konsultasi dengan pejabat Dinas Kesehatan setempat atau Departemen Kesehatan Republik Indonesia”, Putusan Mahkamah Konstitusi No.4/PVV-V/2007.” sengketa medik diselesaikan terlebih dahulu melalui peradilan profesi.

- c. Bahwa belum ada kebijakan legislasi dalam pembaharuan undang-undang hukum pidana (KUHP) maupun undang-undang tersendiri tentang mediasi penal dalam perkara malpraktik kedokteran yang mengatur secara limitatif dalam perkara yang dapat dilakukan dengan mediasipenal.

F. Proses Penelitian

1. Tipe Penelitian

Penelitian hukum ini merupakan penelitian hukum doktrinal dan penelitian hukum nondoktrinal.⁶⁴ Sedangkan, tipe penelitiannya adalah sosiologi hukum dengan penelitian kualitatif⁶⁵ dan kuantitatif sebagai pendukung yang dipilih untuk menggambarkan kegiatan penelitian yang dilakukan pada sistem peradilan pidana dalam perkara tindak pidana malpraktik kedokteran pada seluruh tahapan proses peradilan pidana secara jelas dan sistematis. Penelitian ini juga untuk mengungkapkan dan mendapatkan makna yang mendalam dan rinci terhadap objek penelitian melalui sosiologi hukum dengan metode kuantitatif karena penelitian ini dalam bentuk perilaku hukum (*legal behavior*) masyarakat dengan melakukan pengamatan-pengamatan terhadap individu-individu dalam komunitas masyarakat yang hendak diteliti dengan mengambil sebagian kecil dari seluruh obyek penelitian (populasi) atau dengan tehnik sampling dalam pengumpulan data kemudian dianalisis secara statistik dan dikembangkan dalam bentuk penyajian data secara kualitatif deskriptif dan pengumpulan data kualitatif, yaitu

⁶⁴ Soetandyo Wignjosoebroto, Ragam-ragam Penelitian Hukum, makalah dalam *Metode Penelitian Hukum: Konstelasi dan Refleksi*, editor Sulistyowati Irianto & Shidarta, JHMP-FHUI, Pustaka Obor Indonesia, Jakarta, 2011, hlm. 121.

⁶⁵ Penelitian kualitatif bermaksud untuk memberi makna atas fenomena secara holistik dan memerankan dirinya secara aktif dalam keseluruhan proses studi serta dimaksudkan untuk mengembangkan atau membangun pengetahuan/teori, dalam Sudarwan Danim, *Menjadi Peneliti Kualitatif*, Bandung, Pustaka Setia, 2002, hlm. 35-36.

pengamatan, wawancara, kuisioner atau penelaahan dokumen.⁶⁶ Peneliti melakukan eksplorasi, menggambarkan dengan tujuan untuk dapat menerangkan dan memprediksi terhadap suatu alternatif penyelesaian perkara malpraktik kedokteran dengan penerapan mediasi penal atas dasar data-data yang diperoleh melalui seluruh tahapan proses peradilan pidana.

Penelitian hukum nondoktrinal⁶⁷ bekerja untuk menemukan jawaban-jawaban yang benar dengan pembuktian kebenaran yang dicari di atau dari fakta-fakta sosial melalui jawaban para responden utama dan responden penunjang yang berkecimpung cukup lama dalam proses peradilan pidana. Model penelitian hukum nondoktrinal dipandang sesuai dengan kebutuhan penelitian terkait dengan mediasi penal sebagai alternatif penyelesaian perkara malpraktik kedokteran saat ini dan merekonstruksi sistem peradilan pidana secara integral dan berkualitas dengan penerapan mediasi penal di masa yang akan datang.

2. Paradigma

Penelitian hukum ini didasarkan pada paradigma⁶⁸ kritikal/kritis (*critical theory*) dengan pendekatan *socio-legal studies* yang kajiannya memadukan kajian hukum doktrinal, non-doktrinal dan kajian sosial. Kajian hukum (doktrinal dan non-doktrinal) merupakan integrasi/gabungan antara pendekatan yuridis normatif

⁶⁶ Lexy J. Moleong, *Metodologi Penelitian Kualitatif*, edisi revisi, PT Remaja Rosdakarya, Bandung, 2010, hlm. 9.

⁶⁷ Soetandyo Wignosoebroto, *Ibid.*, hlm. 121.

⁶⁸ Paradigma merupakan payung berpikir atau *the way of thinking* yang dipegang seorang peneliti dalam bidang ilmu sosial untuk menentukan bagaimana peneliti mengkonsepsikan sebuah realitas, bagaimana hubungan peneliti dengan objek yang diteliti dan selanjutnya untuk menentukan metode penelitiannya. Berbasis paradigma diharapkan dapat diperoleh akurasi dalam penelitian hukum di ranah empirik, dalam FX Adji Samekto, *Ilmu Hukum dalam Perkembangan Pemikiran Menuju Post-Modernisme*, Indepth Publishing, Bandar Lampung, 2012, hlm. 64.

secara tekstual dan pendekatan yuridis faktual⁶⁹ secara kontekstual dengan bekerjanya Undang-Undang Kesehatan dan Undang-Undang Praktik kedokteran serta KUHP dan KUHAP dalam sistem peradilan pidana senyatanya di lapangan dengan kajian sosial menurut pendekatan/kajian sosio-legal (*socio-legal studies*).⁷⁰

Paradigma kritikal dengan pendekatan kajian sosio-legal⁷¹ ini menjadi pedoman praktis dalam melakukan penalaran hukum berdasarkan rambu-rambu hukum nasional dalam konstitusi dan undang-undang terhadap sistem peradilan pidana dalam alternatif penyelesaian perkara malpraktik kedokteran melalui

⁶⁹ Menurut Barda Nawawi Arief,⁶⁹ pandangan Sudarto perihail melihat efek sosial dan latar belakang kemasyarakatannya itu bisa mencakup latar belakang filosofis, sosiologis, antropologis, historis, dan komparatif. Pada hakikatnya masalah kebijakan hukum pidana bukanlah semata-mata pekerjaan teknik perundang-undangan yang dapat dilakukan secara yuridis normatif dan sistematis-dogmatik. Di samping pendekatan yuridis normatif, kebijakan hukum pidana juga memerlukan pendekatan yuridis faktual yang dapat berupa pendekatan sosiologis, historis dan komparatif; bahkan memerlukan pula pendekatan komprehensif dari berbagai disiplin sosial lainnya dan pendekatan integral dengan kebijakan sosial dan pembangunan nasional pada umumnya, dalam Barda Nawawi Arief, *Penelitian Hukum Normatif* (Suatu Upaya Reorientasi Pemahaman), makalah disajikan pada Penataran Metodologi Penelitian Hukum di Unsoed, Purwokerto, 11 - 15 September 1995.

⁷⁰ Kajian ini bertolak dari cara berpikir dalam post-modernisme (yang dikonsepsikan sebagai kritik terhadap cara berpikir modernisme atau positivisme) kemudian berkembanglah aliran-aliran baru dalam kajian hukum. Kajian dalam ilmu hukum yang memulai melihat karakter tertentu dari perilaku sosial (perilaku sosial tidak pernah pasti, selalu penuh dengan ketidakaturan, baik realitas empirik maupun virtual) dengan bantuan ilmu-ilmu yang lain. Dengan demikian *socio-legal studies* tidak sekedar memaknai hukum sebagai norma, tetapi sekaligus memaknai hukum sebagai perilaku. Kajian-kajiannya sudah melibatkan penelitian empirik, dalam FX Adji Samekto, *op.cit.*, hlm. 61.

⁷¹ Kajian sosio-legal merupakan kajian yang memadukan kajian hukum doktrinal dengan kajian sosial. Pemaduan ini dilandasi oleh keyakinan bahwa aturan hukum tidak pernah bekerja di ruang hampa. Aturan hukum bekerja di ruang yang penuh dengan sistem nilai, kepentingan yang bisa dominan, tidak netral. Dalam kajian sosio-legal dilakukan studi tekstual terhadap pasal-pasal dalam peraturan hukum. Selanjutnya dilakukan analisis secara tajam apakah aturan-aturan itu di dalam masyarakat dapat mewujudkan keadilan, kestabilan hidup dan kesejahteraan di dalam masyarakat. Untuk itulah dilakukan penelitian sosial yang untuk akurasi dan pencapaian kebenarannya didasarkan pada paradigma. Dari penelitian sosial itu lalu bisa disimpulkan aturan-aturan hukum itu dapat memberikan keadilan atau tidak. Dengan demikian di dalam kajian sosio-legal, hukum dikonsepsikan sebagai norma aturan yang berlaku dan sekaligus sebagai fakta sosial. Di dalam sosio-legal, hukum dilihat sebagai faktor penentu dalam sistem sosial yang dapat menentukan dan ditentukan, dalam F.X. Adji Samekto, *Menempatkan Paradigma Penelitian dalam Pendekatan Hukum Non-Doktrinal dan Penelitian dalam Ranah Sosio-Legal*, makalah, 2012.

mediasi penal pada tahap *in abstracto* dan *in concreto*. Paradigma⁷² yang dipandang sesuai dengan nilai, etika dan pilihan moral dalam penelitian ini, yaitu paradigma kritikal/kritis (*critical theory*)⁷³ yang di dalamnya terkait aspek-aspek:⁷⁴

- a. **Ontologis**, yang mempersoalkan realita terkait sistem peradilan pidana Indonesia dalam mediasi penal sebagai alternatif penyelesaian perkara malpraktik kedokteran yang akan diteliti (*what is the nature of reality*), yaitu *historical realism* (realisme historis), adalah realitas sistem peradilan pidana yang teramati (*virtual reality*) merupakan realitas semu yang terbentuk oleh proses sejarah dan kekuatan-kekuatan sosial, politik, budaya, ekonomi, etnis, dan gender, lalu sejalan dengan waktu terkristalisasi dan dianggap *real*.
- b. **Epistemologis**, mempertanyakan hakikat hubungan antara peneliti dengan objek atau realitas sistem peradilan pidana dalam perkara malpraktik kedokteran yang akan diteliti (*what is the nature of the relationship between the inquirer and knowable*), yaitu transaksionalis/subjektivis adanya hubungan antara peneliti dan yang

⁷² Guba menyatakan bahwa paradigma sebagai rangkaian keyakinan dasar yang membimbing tindakan. Paradigma berurusan dengan prinsip-prinsip pertama, atau prinsip-prinsip dasar. Berbagai paradigma dan perspektif utama yang terkait dengan struktur dan susunan penelitian kualitatif, yakni positivisme, post-positivisme, konstruktivisme, dan teori kritis serta berbagai posisi terkait lainnya, dalam Norman K. Denzin dan Yvonna S. Lincoln (Eds.), *Handbook of Qualitative Research* (Terjemahan), Pustaka Pelajar, Yogyakarta, 2009, hlm. 123; Sebagai pembanding, Liek Wilardjo mengatakan paradigma adalah *ordering belief frame work*, yaitu suatu kerangka keyakinan dan komitmen para intelektual, dalam Otje Salman dan Anthon F. Susanto, *Teori Hukum: Mengingat, Mengumpulkan, dan Membuka Kembali*, Refika Aditama, Bandung, 2009, hlm. 67.

⁷³ Paradigma kritikal mengkonsepsikan realitas sebagai hasil relasi yang tidak pernah seimbang antara yang kuat dan yang lemah. Di dalam realitas selalu terjadi *unequal relationship*. Realitas yang sesungguhnya justru ada dibalik yang kasat mata. Paradigma kritikal mengkonsepsikan hukum sebagai realitas (seperangkat ketentuan hukum) yang disusun dari hasil dominasi satu unsur terhadap unsur yang lain. Hukum dikonsepsikan sebagai instrumen yang digunakan pihak yang kuat terhadap yang lemah, untuk kepentingan pihak yang kuat, dalam FX Adji Samekto, *Ilmu Hukum dalam Perkembangan Pemikiran...op.cit.*, hlm. 70.

⁷⁴ Esmi Warassih Pujirahayu, *Metode Penelitian Hukum*, bahan Kuliah ppt, 2010.

diteliti selain dijumpai oleh nilai-nilai tertentu. Pemahaman tentang suatu realitas sistem peradilan pidana dalam perkara malpraktik kedokteran merupakan *value mediated findings*. Penganut/pemegang dan obyek observasi/investigasi terkait secara interaktif; temuan dimediasi oleh nilai yang dipegang semua pihak terkait; fusi antara ontologi dan epistemologi.

- c. **Metodologis**, mempersoalkan cara yang dipakai peneliti dalam menemukan kebenaran suatu ilmu pengetahuan (*how should the inquirer go about finding out knowable*) terkait sistem peradilan pidana dalam alternatif penyelesaian perkara malpraktik kedokteran melalui mediasi penal, yaitu *participative* yang mengutamakan analisis komprehensif, kontekstual dan *multilevel analysis* yang bisa dilakukan melalui penempatan diri sebagai aktivis/partisipan dalam proses transaksi sosial terkait sistem peradilan Indonesia.

Kriteria kualitas penelitian: *Historical Situatedness*; sejauhmana penelitian memperhatikan konteks historis, sosial, budaya, ekonomi dan politik. *Metodologis* yang dialogis/dialektikal, yaitu ada dialog antara penganut/pemegang dengan obyek observasi/investigasi sistem peradilan pidana Indonesia dalam perkara malpraktik kedokteran dengan menerapkan mediasi penal.

- d. **Axiologis**, terkait dengan pilihan moral merupakan bagian tidak terpisahkan dalam suatu penelitian mediasi penal sebagai alternatif penyelesaian perkara malpraktik kedokteran, oleh karena itu:

- 1) Nilai, etika dan pilihan moral merupakan bagian yang tak terpisahkan dari suatu penelitian mediasi penal ini.
- 2) Peneliti menempatkan diri sebagai *transformative intellectual*, seperti jaksa, hakim, polisi, dokter, pasien dan/atau keluarganya..
- 3) Tujuan penelitian: Kritik sosial, transformasi, emansipasi dan *social empowerment* terkait mediasi penal dalam sistem peradilan pidana Indonesia dalam perkara malpraktik kedokteran.

Penelitian hukum ini mengkonsepsikan hukum sebagai norma aturan yang berlaku dan sekaligus sebagai fakta sosial. Di dalam sosio-legal, hukum dilihat sebagai faktor penentu dalam sistem sosial yang dapat menentukan dan ditentukan.⁷⁵

3. Jenis Penelitian

Jenis penelitian⁷⁶ yang dipandang sesuai dengan penelitian disertasi ini adalah penelitian hukum normatif dan penelitian hukum empiris⁷⁷ atau penelitian hukum doktrinal dan nondoktrinal.

4. Pendekatan Penelitian

Pendekatan penelitian ini adalah studi sosiolegal⁷⁸ (*socio-legal studies*) dengan mendasarkan pada paradigma kritikal. Penelitian *socio-legal*⁷⁹ dengan

⁷⁵ F.X. Adji Samekto, *Menempatkan Paradigma Penelitian dalam Pendekatan Hukum Non-Doktrinal dan Penelitian dalam Ranah Sosio-Legal*, makalah, 2012.

⁷⁶ Mukti Fajar ND dan Yulianto Achmad menyatakan ada 2 (dua) jenis penelitian hukum, yaitu penelitian hukum normatif dan penelitian hukum empiris (sosiologis). Pembagian ini sesuai dengan pendapat Soerjono Soekanto dan Ronny Hanitijo Soemitro, dalam *Dualisme Penelitian Hukum Normatif & Empiris*, Pustaka Pelajar, Yogyakarta, 2010, hlm., 153.

⁷⁷ FX Adji Samekto, *Ilmu Hukum dalam Perkembangan Pemikiran Menuju Post-Modernisme*, Indepth Publishing, Bandar Lampung, 2012, hlm. 155.

landasan filsafat hermeneutik dan teori kritik melalui pendekatan *interpretive/verstehen*, penelitian hukum yang lebih berorientasi kepada kemanusiaan. Hukum dilihat bukan sekedar bunyi pasal-pasal/teks-teks bebas nilai melainkan hendaknya hukum merupakan karya manusia untuk manusia melalui manusia.⁸⁰ Penelitian hukum tidak sekedar melakukan interpretasi teks, melainkan teks tersebut sangat terikat pada konteks yang memiliki multiinterpretik, menangkap makna kontekstual dari teks/bahasa peraturan. Memahami hukum yang merupakan *human action* harus dilakukan pencapaian makna dibalik setiap tindakan manusia. Sebuah peraturan tidak akan terlepas dari konteks yang dimainkan oleh pelaku-pelaku di dalam konteks sosial yang melingkupinya.⁸¹

Penelitian *socio-legal* bertolak dari paradigma kritikal merupakan suatu proses yang tidak pernah berhenti untuk menentukan nilai-nilai kebenaran. Penelitian ini tidak lagi mengkotak-kotakkan bidang ilmu sosial maupun ilmu hukum, melainkan penelitian *socio-legal* sebagai aktivitas sosial yang *integrated*.

⁷⁸Sulistyowati Irianto memaparkan bahwa studi sosiolegal sebenarnya bukan studi yang benar-benar baru. Studi yang bersifat interdisipliner ini merupakan hibrida dari studi besar tentang ilmu hukum dan ilmu-ilmu tentang hukum dari perspektif kemasyarakatan yang lahir sebelumnya. Kebutuhan untuk menjelaskan persoalan hukum secara lebih bermakna secara teoretikal. Sementara itu secara praktikal, studi ini juga dibutuhkan untuk menjelaskan bekerjanya hukum dalam hidup keseharian warga masyarakat, dalam Sulistyowati Irianto, Memperkenalkan Studi Sosiolegal dan Implikasi Metodologisnya, makalah dalam *op.cit.*, Sulistyowati Irianto dan Shidarta, *Metode Penelitian Hukum Konstelasi dan Refleksi*, Yayasan Obor Indonesia, Jakarta, 2011, hlm. 173.

⁷⁹Kajian sosiolegal merupakan kajian yang memadukan kajian hukum doktrinal dengan kajian sosial. Pemaduan ini dilandasi oleh keyakinan bahwa aturan hukum tidak pernah bekerja di ruang hampa. Aturan hukum bekerja di ruang yang penuh dengan sistem nilai, kepentingan yang bisa dominan, tidak netral. Dalam kajian sosio-legal dilakukan studi tekstual terhadap pasal-pasal dalam peraturan hukum. Selanjutnya dilakukan analisis secara tajam apakah aturan-aturan itu di dalam masyarakat dapat mewujudkan keadilan, kestabilan hidup dan kesejahteraan di dalam masyarakat. Untuk itulah dilakukan penelitian sosial yang untuk akurasi dan pencapaian kebenarannya didasarkan pada paradigma. Dari penelitian sosial itu lalu bisa disimpulkan aturan-aturan hukum itu dapat memberikan keadilan atau tidak. Dalam kajian sosio-legal, hukum dikonsepsikan sebagai norma aturan yang berlaku dan sekaligus sebagai fakta sosial. Di dalam sosio-legal, hukum dilihat sebagai faktor penentu dalam sistem sosial yang dapat menentukan dan ditentukan, dalam F.X. Adji Samekto, *Menempatkan Paradigma Penelitian dalam Pendekatan Hukum Non-Doktrinal dan Penelitian dalam Ranah Sosio-Legal*, Makalah, 2012.

⁸⁰Suteki, *op.cit.*, hlm. 28.

⁸¹*Ibid.*, hlm. 28.

Penelitian ini tidak lagi melihat hukum sebagai realitas yang otonom, obyektif, netral, imparial, dan dapat digeneralisasikan.⁸² Oleh karena itu, penelitian ini bertujuan untuk menganalisis mediasi penal dalam sistem peradilan pidana dan merekonstruksi sistem peradilan pidana secara integral dan berkualitas dalam penyelesaian perkara malpraktik kedokteran melalui mediasi penal.

Melalui kajian itu dicoba memahami norma hukum yang tertuang dalam sejumlah teks peraturan perundang-undangan terkait dengan perkara malpraktik kedokteran.

Pendekatan kajian sosio-legal dilihat dari sisi penelitian hukum (metode normatif/yuridis) terhadap sistem peradilan pidana dalam penyelesaian perkara malpraktik kedokteran melalui mediasi penal dapat dilakukan dalam arti sempit dan arti luas. Pandangan penelitian hukum ini sejalan dengan pandangan Sudarto⁸³ adalah:

Metode yuridis dalam arti sempit ialah penggunaan metode yang hanya melihat yang logis atau anti logis, ataupun dengan cara lain yang sistematis, di dalam keseluruhan perangkat norma. Sebaliknya apabila yang dilihat itu tidak hanya hubungannya di dalam perangkat norma belaka, tetapi juga bahkan terutama dilihat pentingnya efek sosial dari pembentukan norma-norma (hukum) sehingga justru dilihat pentingnya latar belakang kemasyarakatannya, maka metode ini tidaklah kurang yuridis pula, ialah yuridis dalam arti luas.

Penelitian hukum terhadap mediasi penal dalam sistem peradilan pidana Indonesia tidak hanya dihadapi dengan cara-cara pemikiran/metode dalam arti

⁸² Esmi Warassih Pujirahayu, *Penelitian Socio-Legal...*, *op.cit.*, hlm. 163.

⁸³ Sudarto, *Hukum dan Hukum Pidana, op.cit.*, hlm. 13.

sempit yang hanya melihat logis atau anti-logis, ataupun dengan cara lain yang sistematis di dalam keseluruhan perangkat norma, akan tetapi juga dapat digunakan metode dalam arti luas untuk melihat pentingnya efek sosial dari pembentukan norma-norma (hukum), sehingga perlu dilihat pula pentingnya latar belakang kemasyarakatan dalam penegakan hukum pidana dalam alternatif penyelesaian perkara malpraktik kedokteran dengan mediasi penal yang mencakup pendekatan dari aspek-aspek filosofis, sosiologis, antropologis, historis, dan komparatif.

Mediasi penal dalam sistem peradilan pidana sebagai alternatif penyelesaian perkara malpraktik kedokteran perlu diintegrasikan pendekatan yuridis normatif dan pendekatan yuridis faktual, yaitu dengan memahami norma hukum yang tertuang dalam sejumlah teks peraturan perundang-undangan terkait dengan malpraktik kedokteran. Bukan sekedar bahasa yang berdimensi statis, melainkan teks sebagai *discourse* yang memiliki dimensi yang hidup dan dinamis yang tercantum dalam Undang-Undang Nomor 36 Tahun 2009 Tentang Kesehatan, Undang-Undang No.29 Tahun 2004 Tentang Praktik Kedokteran, KUHP dan KUHP dalam perkara malpraktik kedokteran, dengan pendekatan filosofis, sosiologis, antropologis, historis, dan komparatif.

Melalui kajian/pendekatan yuridis normatif dan pendekatan yuridis faktual dilakukan studi tekstual/kebijakan formulasi terhadap pasal-pasal dalam peraturan hukum dalam Undang-Undang Kesehatan, Praktik Kedokteran, KUHP, KUHP tentang mediasi penal dalam system peradilan pidana (*in abstracto*).⁸⁴ Selanjutnya dilakukan pula analisis secara tajam apakah aturan-aturan itu di dalam

⁸⁴ Menurut Bagir Manan hukum *in abstracto*, yaitu hukum dalam wujud rumusan/formulasi perundang-undangan, dalam Bagir Manan, 2004, *Hukum Positif Indonesia* (Satu Kajian Teoritik), FH UII Press, Yogyakarta, hlm. v.

masyarakat dapat mewujudkan kebenaran dan keadilan substantif, dalam hal ini kebijakan implementasi mediasi penal sebagai alternatif penyelesaian perkara malpraktik kedokteran terkait dengan kajian filosofis, sosiologis, antropologis, historis, dan komparatif (*in concreto*).⁸⁵ Untuk itulah perlu dilakukan penelitian hukum doktrinal, non-doktrinal/empirik dan kajian sosial yang akurasi dan pencapaian kebenarannya didasarkan pada paradigma kritikal dengan pendekatan kajian sosio-legal).⁸⁶

5. Sumber dan Jenis Data

Sumber data dalam penelitian ini adalah bahan hukum primer, sekunder dan bahan nonhukum;

1). Bahan hukum primer:

- a) Peraturan perundang-undangan di Indonesia, KUHP, KUHP, KUHPPerdata, UUD Tahun 1945, UU No.2 Tahun2002 Tentang Kepolisian, UU No. 29 Tahun 2004 Tentang Praktik Kedokteran, UU No. 39 Tahun 2009 Tentang Kesehatan, UU No. 44 Tahun 2009 Tentang Rumah Sakit, UU No.30 Tahun 1999 Tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa Peraturan-peraturan Menteri yang berkaitan dengan ketentuan-ketentuan penyelesaian perkara tindak pidana dan ketentuan-ketentuan di bidang praktik kedokteran.

⁸⁵ Bagir Manan berpendapat bahwa hukum *in concreto* adalah hukum dalam wujud putusan atau penetapan hakim, *Ibid.*, hlm. v.

⁸⁶ Bandingkan: Johnny Ibrahim, *Teori dan Metode Penelitian Hukum Normatif*, Bayumedia Publishing, Surabaya, 2005, hal. 444

- b) Peraturan perundang-undangan yang berhubungan dengan mediasi penal di Negara: Albania, Amerika, Argentina, Belanda, Belgia, Jerman, Norwegia, Perancis, Polandia, Portugal, Selandia Baru dan Swedia.
- 2). Bahan hukum sekunder: Rancangan Undang-Undang; Jurnal-jurnal hukum; Media massa cetak/elektronik yang memuat tulisan-tulisan pakar hukum yang berkaitan dengan praktik kedokteran, penyelesaian konflik menurut hukum adat, ADR dan mediasi penal.
- 3). Bahan non-hukum yang terdiri dari kamus dan ensiklopedia

Dalam melakukan pengumpulan data sekunder khususnya berkenaan dengan bahan hukum yang berkaitan dengan mekanisme penyelesaian konflik berdasarkan kekeluargaan dengan musyawarah mufakat atau dengan hukum adat, diperlukan data pendukung untuk memperkuat/memperjelas data sekunder. Data pendukung dimaksud diperoleh melalui kuiseoner dan wawancara mendalam dengan narasumber. Teknik analisis data yang digunakan dalam penelitian untuk penulisan disertasi ini adalah teknik analisis yang bersifat kualitatif⁸⁷, yakni analisis yang mengutamakan kedalaman/kualitas data, bukan dari banyaknya jumlah data. Analisis kualitatif ini digunakan dalam mengkaji data sekunder, dengan menggunakan logika berfikir deduktif.

Logika berfikir deduktif dilakukan dalam memaparkan dan menjelaskan secara rinci dan mendalam, untuk mengungkapkan konsep/ide dasar mediasi penalyang merupakan bentuk perwujudan keadilan restoratif sebagai alternatif

⁸⁷ Analisis ini dilakukan pada data yang tidak bisa dihitung, bersifat monografis atau berwujud kasus-kasus (sehingga tidak dapat disusun ke dalam suatu struktur klasifikatoris). Analisis ini tidak menggunakan alat bantu statistika, karena data yang dikumpulkan bersifat deskriptif dalam bentuk kata-kata (yang diperoleh dari hasil wawancara, memorandum maupun dokumen resmi). Lihat: Rianto Adi, *Metodologi Penelitian Sosial dan Hukum*, Granit, Jakarta, 2004, hal. 47-48

penyelesaian perkara malpraktik kedokteran; dan menyusun konstruksi dan kebijakan legislasi mediasi penal sebagai alternatif penyelesaian perkara malpraktik kedokteran yang ideal dalam pembaharuan hukum pidana di masa yang akan datang.

6. Lokasi Penelitian

Penelitian lapangan telah dilakukan pada empat wilayah Kepolisian, Kejaksaan dan Pengadilan Negeri yaitu DKI Jakarta, Lampung, Palembang dan Bandung. Pemilihan lokasi penelitian tersebut dipilih secara sengaja (*purposive*) bahwa DKI Jakarta merupakan Ibu kota negara dan mempunyai jumlah penduduk yang besar juga terdapat banyak rumah sakit baik negeri maupun swasta serta mempunyai data tinggi kasus dugaan malpraktik kedokteran, begitu pula Lampung, Bandung dan Palembang juga merupakan Ibu kota propinsi yang padat penduduknya dan banyak terdapat rumah sakit yang juga mempunyai data pengaduan kasus praktik kedokteran yang tinggi, penelitian dilakukan secara acak/random pada lingkungan Kepolisian Daerah maupun Polres, Kejaksaan Negeri serta Pengadilan Negeri dengan sasaran para anggota polisi penyidik reserse kriminal, jaksa dan hakim-hakim.

Pada penelitian ini menghasilkan sebanyak 206 (dua ratus enam) responden polisi penyidik reserse kriminal, jaksa dan hakim-hakim di empat wilayah tersebut, dengan mengisi kuisisioner yang diberikan serta dilengkapi dengan diskusi dan wawancara.

7. Metode Analisis Data

Analisis data⁸⁸ merupakan hal yang sangat penting dalam suatu penelitian dalam rangka memberikan jawaban terhadap masalah yang diteliti. Sebelum analisis dilakukan, terlebih dahulu diadakan pemeriksaan dan evaluasi terhadap semua data yang ada untuk mengetahui validitasnya. Selanjutnya diadakan pengelompokan terhadap data yang sejenis untuk kepentingan analisis dan penulisan. Sedangkan evaluasi dilakukan terhadap data dengan pendekatan kualitatif.

Data yang terkumpul dipilah-pilah dan diolah, kemudian dianalisis dan ditafsirkan secara normatif, logis, dan sistematis dengan menggunakan metode induktif dan deduktif, dan akan dilakukan pengorganisasian data. Langkah pertama akan dilakukan editing yaitu memeriksa data penelitian apakah sudah sesuai dengan data yang dibutuhkan. Kemudian dari hasil editing tersebut akan dilakukan koding berdasarkan kategori-kategori tertentu untuk mempermudah melakukan klasifikasi data.

Klasifikasi data akan didasarkan pada tema dan masalah yang menjadi ruang lingkup penelitian. Setelah itu data yang sudah diedit dan dikoding akan disajikan dalam bentuk narasi yang selanjutnya dilakukan analisis secara kualitatif.

⁸⁸ Bambang Waluyo mengatakan bahwa terhadap data yang sudah terkumpul dapat dilakukan analisis kualitatif apabila: (1) data yang terkumpul tidak berupa angka-angka yang dapat dilakukan pengukurannya, (2) data tersebut sukar diukur dengan angka, (3) hubungan antara variabel tidak jelas, (4) sampel lebih bersifat non pengamatan, (6) penggunaan-penggunaan teori kurang diperlukan. Lebih lanjut lihat Bambang Waluyo, *Penelitian Hukum Dalam Praktek*, Jakarta: Sinar Grafika, 1996. Hlm. 77-78.

8. Validasi Data

Data dan informasi yang diperoleh dapat dipertanggungjawabkan kebenarannya, validitas data sangat diperlukan. Teknik penentuan keabsahan/validitas data yang diperlukan adalah teknik triangulasi suatu cara untuk mendapatkan keakuratan data dengan menggunakan berbagai cara, prosedur dan metode agar data yang diperoleh dapat dipercaya kebenarannya. Menurut Burns *“triangulation is a way of arguing that if different methods of investigation produce the same result then the data are likely to be valid”*.⁸⁹

Jenis triangulasi yang digunakan dalam penelitian ini adalah triangulasi data, situasional dan metode pengumpulan data. Triangulasi data dilakukan dengan mengambil data dari berbagai suasana, waktu dan tempat. Triangulasi situasional yaitu triangulasi dengan mengamati objek yang sama dalam berbagai situasi dan triangulasi metode pengumpulan data menggunakan beberapa alat/instrumen agar data yang terkumpul lebih akurat yaitu dengan menggunakan pedoman pengamatan, pedoman wawancara dan angket.

Selain tersebut di atas Burns menyatakan bahwa validitas data dapat diperoleh dari lima kriteria yaitu 1) *democratic validity*, 2) *outcome validity*, 3) *process validity*, 4) *catalytic validity* dan 5) *dialogic validity*.

G. Orisinalitas Penelitian

Promovendus telah melakukan penelusuran dari beberapa penelitian yang telah dilakukan oleh para peneliti terdahulu, buku-buku dan data-data di internet, tidak ditemukan adanya penelitian yang sejenis dengan penelitian ini.

Disertasi ini memiliki kebaruan yang berbeda dengan disertasi

⁸⁹ Burns, A, *Collaborative Action Research for English Language Teacher*, Cambridge: Cambridge University Press, 1999, hlm. 163.

pembandingan yaitu obyek penelitiannya tentang malpraktik kedokteran serta membicarakan alternatif penyelesaian perkara pidana melalui mediasi penal diluar pengadilan dalam perkara malpraktik kedokteran. Disertasi ini membahas lebih jauh terkait dengan dasar pembedaan tindak pidana malpraktik kedokteran dari perspektif undang-undang dan penerapannya pada saat ini, serta dikemukakan konstruksi dan legislasinya yang merupakan bagian dari proses peradilan pidana , sehingga dalam hal ini mediasi penal dapat menjadi sarana penyelesaiannya yang sah dan hasil kesepakatannya bersifat mengikat terhadap para pihak serta aparat penegak hukum menghapuskan kewenangannya untuk menuntut.

Penentuan kebijakan pelaksanaan mediasi penal ini dapat dilakukan dengan mediasi penal diluar proses peradilan pidana dan sebagai bagian dari proses peradilan pidana dimulai dari tahap penyidikan, penuntutan, pemeriksaan persidangan dan sampai pada tahap pelaku menjalankan pidana. Hal tersebut diperlukan dasar hukum dan pembaharuan pada setiap komponen (subsistem) dari sistem hukum pidana yakni substansi, lembaga/institusinya dan kultur dalam hukum pidana.

Dari penelusuran yang telah dilakukan ,berikut ini penulis kemukakan beberapa kajian yang berkenaan dengan mediasi penal dan kebijakan hukum pidananya,

Tabel 2

**Disertasi Perbandingan
yang memiliki Relevansi dengan Disertasi ini**

Penelitian Sebelum					Penelitian Sekarang
No.	Nama Peneliti	Tahun	Judul Penelitian	Fokus Penelitian/ Permasalahan / Temuan Penelitian	Unsur Kebaruan
1	Yanuar Lili Puji Rahma Wati (Universitas Negeri Malang)	2010	Pola Penyelesaian Kasus Malpraktek Medik terhadap Pasien Rumah Sakit	1. Langkah-langkah mediasi penyelesaian kasus yang terjadi di rumah sakit. 2. Upaya perdamaian dengan pasien/ keluarga pasien dengan pemberian kompensasi	Disertasi ini memiliki unsur kebaruan yang berbeda dengan disertasi perbandingan yang membicarakan langkah-langkah mediasi penyelesaian kasus yang terjadi di rumah sakit dan upaya perdamaian dengan pasien/keluarga pasien dengan pemberian kompensasi. Disertasi ini membahas persoalan yang berbeda terkait dengan : 1. Dasar pemidanaan dan Mediasi penal dalam perkara malpraktik kedokteran dari prespektif perundang-undangan dan penerapannya yang saat ini. 2. Kebijakan legalisasi di masa yang akan datang dalam pembaharuan undang-undang hukum pidana dan undang-undang tentang mediasi penal dalam tindak pidana malpraktik kedokteran

1	Hendra Sasmita (Universitas Gajah Mada)	2008	Perlindungan Hukum terhadap pasien sebagai konsumen jasa pelayanan kesehatan	1. Perlindungan hukum terhadap pasien sebagai konsumen jasa pelayanan kesehatan.	Disertasi ini memiliki unsur kebaruan yang berbeda dengan disertasi perbandingan yang membicarakan perlindungan hukum terhadap pasien sebagai konsumen jasa pelayanan kesehatan dan upaya untuk menyelesaikan perselisihan terutama berkaitan dengan ketentuan hukum kesehatan seperti yang diatur dalam UU No. 23 Tahun 1992 tentang Kesehatan. Disertasi ini secara berbeda membahas lebih jauh terkait dengan : 1. Mediasi penal dalam perkara malpraktik kedokteran ,dasar landasan hukumnya dari prespektif perundang-undangan dan penerapannya saat ini. 2. Kebijakan legalisasi di masa yang akan datang dalam pembaharuan undang-undang hukum pidana dan undang-undang tentang mediasi penalnya.
3.	H. Yunanto (Universitas Diponegoro)	2010	Pertanggung Jawaban Dokter dalam Transaksi Terapeutik	1. Hubungan dokter dengan pasien dalam transaksi terapeutik dalam penyelesaian perkara inkar janji (wanprestasi)	Disertasi ini memiliki unsur kebaruan yang berbeda dengan disertasi perbandingan yang membicarakan Hubungan dokter dengan pasien dalam transaksi terapeutik dalam penyelesaian perkara inkar janji (Wanprestasi)

				<p>dan perbuatan melawan hukum yang dilakukan oleh dokter</p> <p>2. Peranan Ikatan Dokter Indonesia (IDI) dalam rangka membantu penyelesaian kasus-kasus malpraktek,</p>	<p>dan perbuatan melawan hukum yang dilakukan oleh dokter yang peran Ikatan Dokter Indonesia (IDI) dalam rangka membantu penyelesaian kasus-kasus malpraktek. Disertasi ini membahas lebih jauh terkait dengan :</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Mediasi penal dalam tindak pidana praktik kedokteran dari prespektif perundang-undangan yang ada saat ini. 2. Penyelesaian dengan mediasi penal dalam tindak pidana praktik kedokteran saat ini. 3. Kebijakan legalisasi di masa yang akan datang dalam pembaharuan undang-undang hukum pidana dan undang-undang tentang mediasi penal dalam tindak pidana praktik kedokteran.
4.	Arifin Randa (Universitas Brawijaya)	2009	Mediasi penal dalam penyelesaian tindak pidana pada konflik Horizontal Melalui Mekanis-me Perundingan	1. Perundingan yang dipilih masyarakat, karena polisi tidak bisa menyelesaikan melalui hukum formal pertimbangan kepentingan hukum menempuh langkah kebijakan untuk memfasilitasi tokoh masyarakat	Disertasi ini memiliki unsur kebaruan yang berbeda dengan disertasi pembandingan yang membicarakan perundingan yang dipilih masyarakat, karena polisi tidak bisa menyelesaikan melalui hukum formal mengingat pertimbangan kepentingan hukum menempuh langkah kebijakan untuk memfasilitasi tokoh.
5.	Nirma	2011	Mediasi	1. Alternatif	Disertasi ini memiliki

	Lestari (Universitas Diponegoro)		penal sebagai alternatif penyelesaian perkara tindak pidana lingkungan hidup di luar pengadilan	penyelesai perkara tindak pidana lingkungan hidup di luar pengadilan 2. Mengkonstruksi mediasi penal sebagai alternatif penyelesaian perkara tindak pidana lingkungan hidup yang ideal dalam sistem peradilan di Indonesia.	unsur kebaruan yang berbeda dengan disertasi pembeding yang membicarakan alternatif penyelesaian perkara tindak pidana lingkungan hidup diluar pengadilan dan mengkonstruksi mediasi penal sebagai alternatif penyelesaian perkara tindak pidana lingkungan hidup yang ideal dalam sistem peradilan di Indonesia.
--	--	--	---	--	---