

BAB II

TINJAUAN PUSTAKA

2.1 Tinjauan Tentang Tanggung Gugat

2.1.1 Pengertian Tanggung Gugat

Tanggung-gugat mengandung makna keadaan wajib menanggung segala sesuatunya kalau ada sesuatu hal, boleh dituntut, dipersalahkan, diperkarakan, dan sebagainya. Di dalam kamus hukum ada 2 (dua) istilah yang menunjuk pada pertanggungjawaban, yakni liability dan responsibility. Tanggung-gugat (liability/aansprakelijkheid) merupakan bentuk spesifik dari tanggungjawab. Pengertian tanggung-gugat merujuk kepada posisi seseorang atau badan hukum yang dipandang harus membayar suatu bentuk kompensasi/ ganti rugi setelah adanya peristiwa hukum atau tindakan hukum. Liability merupakan istilah hukum yang luas, di dalamnya mengandung makna bahwa; liability menunjuk pada makna yang paling komprehensif, meliputi hampir setiap karakter resiko atau tanggungjawab.

Tanggung gugat yang mulanya dikenal dalam dunia akademik hukum dan literatur-literatur hukum itu kini telah masuk dalam materi muatan undang-undang. Pengertian terkait tanggung gugat salah satunya ada di Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan (UUAP). Dari keseluruhan isi UUAP ada terminologi tentang tanggung jawab dan tanggung gugat pada Pasal 1 angka 23.

Bunyi lengkap pasal itu adalah: “Delegasi adalah pelimpahan kewenangan dari Badan dan/atau Pejabat Pemerintahan yang lebih tinggi kepada Badan dan/atau Pejabat Pemerintahan yang lebih rendah dengan tanggung jawab dan tanggung gugat beralih sepenuhnya kepada penerima delegasi”. Walaupun UUAP membedakan keduanya tetapi ia tidak mencoba menetapkan definisi keduanya. Bahkan, Pasal 1 angka 23 tidak konsisten dengan Pasal 13 Ayat (7) yang berbunyi: “Badan dan/atau Pejabat Pemerintahan yang memperoleh wewenang melalui delegasi, tanggung jawab kewenangan berada pada penerima delegasi”. Ini tidak konsisten karena kata tanggung gugat tidak lagi disertakan. Kalau kita telusuri lebih jauh, tampaknya perbedaan istilah tanggung jawab dengan tanggung gugat sangat dipengaruhi perbedaan pada istilah *responsibility* dengan *liability* dalam kepustakaan berbahasa Inggris. Tanggung jawab disamakan dengan *responsibility* sedangkan tanggung gugat disamakan dengan *liability*.

Ternyata ada juga yang menyamakan pengertian tanggung gugat dengan akuntabilitas (*accountability*) yang mengandung pengertian: kesediaan untuk menggugat tanggung jawab yang sudah diberikan kepada orang yang menerima dan bersedia melaksanakan tugas tertentu. Mengenai hal ini lihat Benyamin Molan, *Manajemen & Pemasaran* (Jakarta: Prenhallindo, 2002). Dalam pengertian *Accountable*, menurut *Black's Law Dictionary (Seventh Edition, 1999)* diartikan sama dengan *responsible, answerable*. Sementara arti kata *accountable*, menurut *the Contemporary English-Indonesia Dictionary*, adalah bertanggung jawab.

Dalam tulisan-tulisan yang terkait hubungan kontraktual antara perawat dengan kliennya, saya temukan banyak mengandung muatan tanggung gugat yang dipersamakan dengan *accountability*. Di sini kita bisa melihat pengertian yang dikemukakan oleh Barbara Kozier dalam "*Fundamental of nursing*" (1983: 7, 25), bahwa *accountability* dapat diartikan sebagai bentuk partisipasi perawat dalam membuat suatu keputusan dan belajar dengan keputusan itu konsekuensi-konsekuensinya. Perawat hendaknya memiliki tanggung gugat artinya bila ada pihak yang menggugat ia menyatakan siap dan berani menghadapinya.

Ada juga beberapa pernyataan yang mengemukakan bahwa dalam hukum pidana ada tanggung jawab pidana dan dalam hukum perdata ada tanggung gugat perdata. Kemungkinan kondisi ini disebabkan dalam hukum pidana tidak ada gugatan tetapi tuntutan oleh penuntut umum sedangkan dalam hukum perdata ada gugatan oleh penggugat terhadap tergugat sehingga dalam hukum perdata dikatakan ada tanggung gugat.

Di tengah keragaman terkait konsepsi tanggung gugat ini kita dapat menelaah pendapat Peter Mahmud Marzuki. Beliau mengatakan, bahwa pengertian tanggung jawab dalam arti *liability* diartikan sebagai tanggung gugat yang merupakan terjemahan dari *liability/aanspralijkheid*, bentuk spesifik dari tanggung jawab. Menurutnya, pengertian tanggung gugat merujuk kepada posisi seseorang atau badan hukum yang dipandang harus membayar suatu bentuk kompensasi atau ganti rugi setelah adanya peristiwa hukum atau tindakan hukum. Seseorang misalnya harus membayar ganti kerugian kepada orang atau badan hukum lain karena telah melakukan perbuatan melanggar hukum (*onrechtmatige daad*) sehingga menimbulkan kerugian bagi orang atau badan hukum lain tersebut. Istilah tanggung gugat berada dalam ruang lingkup hukum privat. (Peter Mahmud Marzuki, 2016)

Pendapat Peter Mahmud Marzuki ini tidak jauh berbeda dengan pendapat ahli hukum perdata di awal abad ke-20 yaitu J.H. Niewenhuis, bahwa tanggung gugat merupakan kewajiban untuk menanggung ganti kerugian sebagai akibat pelanggaran norma. Perbuatan

melanggar norma tersebut dapat terjadi disebabkan: (1) perbuatan melawan hukum, atau (2) wanprestasi. Lebih jauh Nieuwenhuis menguraikan bahwa tanggung gugat itu bertumpu pada dua tiang, yaitu pelanggaran hukum dan kesalahan. (Paulus Aluk Fajar Dwi Santo. 2016. *Konsepsi Tanggung Gugat*, dapat di jumpai dalam tulisan elektronik <http://business-law.binus.ac.id/2016/05.31/konsepsi-tanggung-gugat>)

Mengacu kepada pendapat Nieuwenhuis tersebut, maka dapat ditarik satu pemahaman bahwa tanggung gugat itu dapat terjadi karena:

1. Undang-undang; maksudnya seseorang/pihak tertentu itu dinyatakan bertanggung gugat bukan karena kesalahan yang dilakukannya, tetapi ia bertanggung gugat karena ketentuan undang-undang. Tanggung gugat semacam ini dinamakan tanggung gugat risiko.
2. Kesalahan yang terjadi disebabkan perjanjian antara para pihak yang merugikan salah satu pihak sebagaimana diatur dalam Pasal 1365 KUHPerdata (perbuatan melanggar hukum). Tanggung gugat semacam ini dikenal dengan tanggung gugat berdasarkan unsur kesalahan dan dalam perkembangannya juga karena pembuktian menjadi tanggung gugat atas dasar praduga bersalah.

Tanggung gugat hukum public menurut Tatiek Sri Djadmiati sebagai tanggung jawab pribadi dan tanggung jawab jabatan, tanggung jawab pribadi, berkaitan dengan pendekatan fungsionaris atau pendekatan perilaku. Dari sudut pandang hukum administrasi, tanggung jawab pribadi berkenaan dengan administrasi dalam penggunaan wewenang dalam pelayanan publik. Penggunaan wewenang yang dimaksud disini meliputi tindakan pemerintah menurut ketentuan peraturan perundang-undangan dan tindakan dalam menetapkan suatu kebijakan atau diskresi. Sedangkan tanggung jawab jabatan berkenaan dengan legalitas (keabsahan) tindak pemerintahan; dalam hukum administrasi, persoalan legalitas tindak pemerintahan berkaitan dengan pendekatan terhadap kekuasaan pemerintahan. Pendekatan kekuasaan berkaitan dengan wewenang yang diberikan menurut undang-undang berdasarkan prinsip legalitas atau prinsip *rechtmatigheid*. (Tatiek Sri Djadmiati, 2010)

Secara garis besar perbuatan melanggar hukum merupakan suatu dasar gugatan bagi pihak lain yang turut memberikan kerugian, namun antara pemberi kerugian dengan penerima kerugian tidak memiliki hubungan hukum sebelumnya (tidak ada hubungan

kontraktual). Ketentuan mengenai perbuatan melanggar hukum, didasarkan pada pasal 1365 BW bahwa :

"Tiap perbuatan melanggar hukum, yang membawa kerugian kepada seorang lain, mewajibkan orang yang karena salahnya menerbitkan kerugian itu, mengganti kerugian tersebut".

Dalam hal penuntutan ganti rugi akibat dari perbuatan melanggar hukum maka harus dipenuhi unsur-unsur berikut:

- a. Melanggar hak orang lain;
- b. Bertentangan dengan kewajiban hukum si pembuat;
- c. Berlawanan dengan kesusilaan dan kecermatan;
- d. Berlawanan dengan sikap hati-hati yang seharusnya diindahkan dalam pergaulan masyarakat terhadap diri atau benda orang lain.

2.1.2 Prinsip Tanggung Gugat

Dalam ilmu hukum, khususnya dalam bidang hukum perdata, dikenal beragam prinsip tanggung gugat, diantaranya yaitu:

- a. Prinsip tanggung gugat atas dasar kesalahan (liability based on fault or liability based on the fault principle)
- b. Prinsip tanggung gugat atas dasar praduga bersalah (rebuttable presumption of liability principle/presumed liability)
- c. Prinsip tanggung gugat yang dialihkan (vicarious liability)
- d. Prinsip tanggung gugat mutlak atau tanggung gugat absolut (no-fault liability, strict liability, absolute liability principle)

Salah satu cara membedakan prinsip-prinsip tanggung gugat tersebut pada dasarnya dapat dilihat dari segi hukum acara berupa kewajiban pembuktiannya yakni dengan melihat kepada ada atau tidak adanya kewajiban untuk membuktikan, dan siapa yang harus membuktikan dalam proses pembuktian di pengadilan.

Dalam prinsip tanggung gugat yang pertama yaitu prinsip tanggung gugat atas dasar kesalahan (liability based on fault or liability based on the fault principle). Pembuktian kesalahan tergugat harus dilakukan oleh penggugat (pihak yang dirugikan). Dalam prinsip tanggung gugat atas dasar praduga bersalah (rebuttable presumption of liability principle), tergugat dianggap selalu bersalah kecuali apabila dapat membuktikan hal-hal yang dapat membebaskannya dari kesalahan. Prinsip

tanggung gugat yang dialihkan (vicarious liability), mengharuskan seseorang bertanggung gugat atas perbuatan orang lain atau disebut juga imputed liability.

Dalam jenis tanggung gugat ini tidak selalu diperlukan adanya hubungan majikan-pegawai namun juga bisa hubungan mewakili kepentingan (agents) suatu korporasi. (Barda Nawawi Arief, Perbandingan Hukum Pidana, 1994. Dalam Yusuf Sohofie, Tanggung Jawab Pidana Korporasi dalam Hukum Perlindungan Konsumen, Citra Aditya Bakti, Bandung, 2011, hlm 368). Kemudian prinsip tanggung gugat yang keempat adalah prinsip tanggung gugat mutlak (strict liability) bahwa pihak yang menimbulkan kerugian (tergugat selalu bertanggung gugat tanpa melihat ada atau tidak adanya kesalahan atau tidak melihat siapa yang bersalah, atau dengan kata lain, prinsip tanggung gugat ini memandang kesalahan sebagai suatu yang tidak relevan untuk dipermasalahkan, apakah pada kenyataannya hal tersebut ada atau tidak ada.

J.H. Niuwenhuis, membagi tanggung gugat atas 3 (tiga) golongan yaitu:

1. Tanggung gugat berdasarkan kesalahan (schuldaansprakelijkheid). Tanggunggugat ini bertumpu pada dua pilar yaitu melanggar hukum dan kesalahan. Orang yang menimbulkan kerugian pada orang lain bertanggung gugat, sejauh kerugian itu merupakan akibat pelanggaran suatu norma (perbuatan melanggar hukum) dan pelakunya dapat disesali karena telah melanggar norma tersebut (kesalahan). Tanggung gugat karena kesalahan mewajibkan penggugat untuk membuktikan kesalahan tergugat (terdapat dalam ketentuan Pasal 1365 B.W. tentang perbuatan melanggar hukum).
2. Tanggung gugat dengan beban pembuktian terbalik (schuldaansprakelijkheid met omkering van bewijlast). Konsep ini termasuk tanggung gugat yang dipertajam (verscherpde aansprakelijkheid). Penggugat tidak perlu membuktikan bahwa tergugat tidak cukup berhati-hati, tetapi sebaliknya tergugat untuk menghindari tanggung gugatnya wajib membuktikan bahwa ia cukup berupaya untuk berhati-hati sehingga ia tidak dapat dipersalahkan. Konsep tanggung gugat ini terdapat dalam ketentuan Pasal 1367 ayat (2) jo ayat (5) BW.
3. Tanggung gugat resiko (risico aansprakelijkheid) berdasarkan Pasal 1367 ayat (3) B.W Menentukan bahwa majikan bertanggung gugat terhadap kerugian yang disebabkan oleh bawahannya yang dilakukan dalam lingkup tugasnya. Tanggung gugat resiko harus didasarkan pada :

- a. Adanya hubungan bawahan dan atasan. Yang menentukan disini adalah kewenangan memberikan perintah (instruksi) kepada yang lain. Kewenangan ini dapat timbul dari perjanjian kerja, tetapi juga dapat dari hukum publik (hubungan penguasa dan pegawai negeri).
- b. Tanggung gugat tersebut bergantung pada keadaan bahwa perbuatan melanggar hukum itu dilakukan dalam pelaksanaan tugas oleh bawahan. Pembatasan yang ditentukan pengadilan adalah mensyaratkan harus ada hubungan antara perbuatan melanggar hukum dan tugas seorang bawahan. Majikan juga tetap bertanggung gugat atas perbuatan melanggar hukum oleh bawahannya ketika melaksanakan tugasnya meskipun kenyataan bahwa majikan dengan tegas telah melarang perbuatan yang bersangkutan atau meskipun perbuatan itu diluar jam dinas.
- c. Untuk tanggung gugat Pasal 1367 ayat (3) disyaratkan adanya perbuatan melanggar hukum dan kesalahan pihak bawahan.
- d. Tanggung gugat tidak bergantung pada suatu pelanggaran norma atau kesalahan oleh majikan. Pihak yang dirugikan cukup berpegangan pada bukti perbuatan melanggar hukum oleh bawahan, adanya hubungan atasan-bawahan, dan fakta bahwa tugas bawahan menciptakan kesempatan untuk melakukan perbuatan melanggar hukum.

Pendapat J.H. Niuwenhuis, sebagaimana disebutkan diatas mengklasifikasikan tanggung gugat atas tiga macam. Pertama, tanggung gugat berdasarkan kesalahan (schuldaansprakelijkheid) dasarnya adalah Pasal 1365 B.W tentang perbuatan melanggar hukum. Kedua, tanggung gugat dengan beban pembuktian terbalik (schuldaansprakelijkheid met omkering van bewijlast) didasarkan pada Pasal 1367 ayat (2) jo ayat (5) BW yaitu tentang beban pembuktian ada pada pihak tergugat. Ketiga, tanggung gugat resiko (risico aansprakelijkheid) didasarkan Pasal 1367 ayat (3) B.W yaitu tentang pengalihan tanggung gugat atas kesalahan bawahan kepada majikan. Kerugian yang disebabkan kesalahan bawahan dapat menjadi tanggung gugat majikan sepanjang terpenuhi empat prasyarat yaitu Pertama, terdapat hubungan bawahan dan atasan. Kedua, perbuatan melanggar hukum itu dilakukan dalam pelaksanaan tugas oleh bawahan, meskipun kenyataan bahwa majikan dengan tegas telah melarang perbuatan yang bersangkutan atau meskipun perbuatan itu diluar jam

dinas. Ketiga, disyaratkan adanya perbuatan melanggar hukum dan kesalahan pihak bawahan dan Keempat, tanggung gugat tidak bergantung pada suatu pelanggaran norma atau kesalahan oleh majikan.

Demi menjamin dan memberikan landasan hukum bahwa perbuatan pemerintahan (*bestuurshandeling*) yang dilakukan oleh pemerintah sebagai suatu perbuatan yang sah (*legitimate dan justified*), dapat dipertanggungjawabkan (*accountable and responsible*) dan bertanggung jawab (*liable*), maka setiap perbuatan pemerintahan itu harus berdasarkan atas hukum yang adil, bermartabat dan demokratis. Perkembangan masyarakatakhirini, memaksa system politik yangdahulu mencengkeram dengan keras untuk menyesuaikan diri dengan penghormatan kepada hak-hak asasi manusia. Sistem politik yang demokratis menuntut suatu kekuasaan kehakiman yang merdeka yang tentunya juga memiliki kualitas dan pengawasan yang baik

Keberadaan prinsip pertanggungjawaban pemerintahan ini sesungguhnya merupakan salah satu penyeimbang dalam memposisikan antara kedudukan pemerintah dan masyarakat dalam menjalankan roda organisasi negara. Pemerintah memiliki wewenang untuk mengatur, memungut pajak, menegakkan hukum, mengenakan sanksi, dan seterusnya, yang merupakan serangkaian “kekuasaan” dalam mencapai tujuan hidup bernegara. Di lain pihak, masyarakat memiliki pula hak untuk memperoleh perlindungan hukum dari berbagai tindakan pemerintah yang mungkin dapat menimbulkan kerugian bagi masyarakat. Oleh karena itu adanya pertanggungjawaban ini sesungguhnya memberikan ruang yang cukup leluasa bagi timbulnya peran serta masyarakat yang memang sangat dibutuhkan oleh pemerintah yang demokratis.

Pasal 1365 BW tanggung gugat berdasarkan perbuatan melawan hukum, juga kepada kesalahan pada si pembuat. Tanggung gugat tanpa kesalahan, suatu hal yang didalam beberapa undangundang asing diatur sebagaimana harusnya (tanggung gugat asal orang yang bersangkutan mempunyai cukup daya pikul finansial dan kerugiannya tidak dapat dituntut penggantinya daripda pihak ketiga yang berkewajiban untuk mengawasi). (Sri Soedewi Masjchoen Sofwan, 1980).

Menurut Philipus M. Hadjon¹⁸ Pasal 1365 BW dapat sebagai peraturan yang berlaku baik dalam suasana hukum perdata maupun hukum publik, yakni; Pemerintah lebih suka menggunakan lembaga-lembaga hukum yang tersedia dalam lapangan hukum perdata dengan segala macam bentuk variasinya. Hal ini disebabkan karena dengan sarana yang ada tersedia dalam suasana hukum perdata terutama lembaga

kebebasan berkontrak banyak sekali kemungkinan yang dapat direalisasi daripada kalau menggunakan ketentuan hukum publik. (Philipus M. Hadjon, 1985)

Tuntutan ganti rugi atas dasar perbuatan melanggar hukum dengan istilah *onrechmatige daad* dalam bahasa Belanda lazimnya mempunyai arti yang sempit, yaitu arti yang dipakai dalam Pasal 1365 BW dan hanya berhubungan dengan penafsiran dari pasal tersebut. Sedangkan istilah “perbuatan melanggar hukum” ditunjukkan kepada hukum yang pada umumnya berlaku di Indonesia dan sebagian tersebut merupakan hukum adat. (Wirjono Prodjodikoro, 2002). Pasal 1365 BW menyatakan: setiap perbuatan melawan hukum yang oleh karenanya menimbulkan kerugian pada orang lain, mewajibkan orang yang karena kesalahannya menyebabkan kerugian itu mengganti kerugian.

Perbuatan melawan hukum di Indonesia secara normatif selalu merujuk ketentuan Pasal 1365 BW. Mariam Darus Badruzama dalam Rancangan UU (RUU) Perikatan berusaha merumuskan secara selengkap sebagai berikut: (ST. Remy Sjahdeini dkk, 1993).

- (1) Suatu perbuatan melawan hukum yang mengakibatkan kerugian kepada orang lain, mewajibkan orang yang karena kesalahan atau kelalian menerbitkan kerugian itu mengganti kerugian tersebut;
- (2) Melanggar hukum adalah setiap perbuatan yang melanggar hak orang lain atau bertentangan dengan kepatutan yang harus diindahkan dalam pergaulan kemasyarakatan terhadap pribadi atau harta benda orang lain; dan
- (3) Seorang yang sengaja tidak melakukan suatu perbuatan yang wajiba dilakukannya, disamakan dengan seorang yang melakukan suatu perbuatan terlarang dan karenanya melannggar hukum.

Konsep ini pengertian melawan hukum menjadi tidak hanya diartikan sebagai melawan hukum menjadi tidak hanya diartikan sebagai melawan undang-undang (hukum tertulis) tetapi juga bertentangan dengan kepatutan yang harus diindahkan dalam pergaulan masyarakat (hukum tidak tertulis).

Bentuk tanggung gugat menurut Pasal 1365 BW ini adalah bentuk tanggung gugat yang menekankan pada faktor kesalahan (*liability based on fault*), sehingga apabila pasal ini dijadikan dasar gugatan, maka pihak yang dirugikan mempunyai kewajiban untuk membuktikan adanya kesalahan yang menimbulkan kerugian itu. Pada perbuatan melanggar hukum berlaku syarat bahwa secara umum penggugat harus dapat membuktikan adanya kerugian yang diderita adalah merupakan akibat dari

perbuatan melanggar hukum yang dilakukan oleh tergugat. Hal ini selaras dengan ketentuan Pasal 163 HIR, 283 Rbg dan 1865 BW.

2.2.3 Syarat Adanya Tanggung Gugat Tanggung Gugat

Ketentuan Pasal 1365 BW, dalam hal ini seseorang harus bertanggung gugat atas kerugian orang lain, jika:

- a. Adanya suatu perbuatan Suatu perbuatan melanggar hukum diawali oleh suatu perbuatan dari pelaku. Umumnya diterima anggapan bahwa dengan perbuatan disini dimaksudkan, baik berbuat sesuatu maupun tidak berbuat sesuatu, misalnya tidak berbuat sesuatu, dimaksudkan, baik berbuat sesuatu, padahal dia mempunyai kewajiban hukum untuk membuatnya kewajiban mana timbul dari ketentuan hukum yang berlaku. Karena itu, terhadap perbuatan melanggar hukum, tidak ada unsur “persetujuan atau kata sepakat” dan tidak juga unsur “causa” yang diperbolehkan” sebagaimana yang terdapat dalam kontrak.
- b. Perbuatan tersebut bersifat melanggar hukum Perbuatan yang dilakukan tersebut haruslah melanggar hukum. Sebagaimana telah dijelaskan di atas, bahwa perbuatan melanggar hukum tidak hanya melanggar ketentuan hukum yang tertulis, namun juga ketentuan yang tidak tertulis. Hal tersebut meliputi:
 - 1) Melanggar hak orang lain;
 - 2) Bertentangan dengan kewajiban hukum pelaku;
 - 3) Bertentangan dengan kesusilaan;
 - 4) Bertentangan kecermatan yang harus diindahkan dalam lalu lintas masyarakat terhadap diri dan barang orang lain.
- c. Adanya kerugian kepada pihak lain Adanya kerugian (schade) bagi korban juga merupakan syarat agar gugatan berdasarkan 1365 BW dapat dipergunakan. Berbeda dengan kerugian yang diakibatkan oleh wanprestasi yang hanya mengenal kerugian materiil, maka kerugian karena perbuatan melanggar hukum disamping kerugian materiil, yurisprudensi juga mengakui konsep kerugian immaterial, yang juga akan dinilai dengan uang.
- d. Kerugian itu timbul sebagai akibat perbuatan tersebut (hubungan kausal): Syarat hubungan kausal antara perbuatan melanggar hukum dan kerugian, untuk menentukan apakah antara perbuatan melanggar hukum dan kerugian ada syarat hubungan kausal, prosedur berikut dapat dilakukan, yaitu:

- 1) Pertama harus diselidiki apakah perbuatan dalam hubungan dengan kerugian dapat dinilai sebagai syarat yang sedemikian, sehingga tanpa kerugian tidak akan timbul (*conditio sine qua non*);
 - 2) Kemudian harus dipastikan apakah kerugian itu dianggap sebagai akibat yang wajar diharapkan dari perbuatan melanggar hukum (hubungan adekuat). Apabila diantara kedua syarat diatas, salah satunya dapat dibuktikan, maka ada hubungan kausal yang cukup antara perbuatan melanggar hukum dan kerugian.
- e. Pelaku tersebut bersalah (kesalahan) Pada Pasal 1365 BW mensyaratkan bahwa orang yang menimbulkan kerugian bertanggung gugat hanya apabila ia bersalah. Syarat kesalahan dalam Pasal 1365 BW menghendaki bahwa disamping tercelanya perbuatan (sifat melanggar hukum), dapat disesalnya pelaku perbuatan itu (kesalahan) merupakan syarat untuk tanggung gugat. Suatu tindakan dianggap merupakan syarat untuk mengandung unsur kesalahan, sehingga harus bertanggung gugat, jika memenuhi unsur sebagai berikut:
1. Ada unsur kesengajaan;
 2. Ada unsur kelalian (*negligence*, culpa): dan
 3. Tidak ada alasan pembenar atau alasan pemaaf (*recht vaardigingsgrond*).

Syarat-syarat diatas yang perlu (*noodzakelijk*) dan secara bersama merupakan syarat yang cukup (*veldoende*) untuk tanggung gugat berdasarkan Pasal 1465 BW. Dalam BW mengenai ganti rugi pada perbuatan dalam Pasal 1243 BW sampai Pasal 1252 BW terkait wansprestasi. Ganti rugi dapat berupa ganti rugi, biaya, dan bunga. Selain ganti rugi tersebut, di BW juga menyebutkan pemberian ganti rugi terhadap hal-hal sebagai berikut:

1. Ganti rugi untuk perbuatan melanggar hukum (Pasal 1365 BW);
2. Ganti rugi untuk perbuatan yang dilakukan oleh orang lain (Pasal 1366 BW);
3. Ganti rugi untuk pemilik binatang (Pasal 1369 BW);
4. Ganti rugi untuk pemilik gedung yang ambruk (Pasal 1369 BW);
5. Ganti rugi untuk keluarga yang ditunggalkan oleh orang yang dibunuh (Pasal 1370 BW);
6. Ganti rugi karena orang telah luka atau cacat anggota badan (Pasal 1371 BW); dan
7. Ganti rugi karena tindakan penghinaan (Pasal 1372 dengan Pasal 1380 BW).

Dalam ketentuan perbuatan melanggar hukum yang diatur dalam Pasal 1365 BW, membuka kemungkinan pengajuan berbagai gugatan, yaitu:

a. Ganti rugi

Lazimnya diberikan dalam bentuk sejumlah uang, tetapi lain halnya dengan ganti rugi pada wanprestasi, kemungkinan ganti rugi dalam bentuk lain terbuka bagi debitor;

b. Pernyataan hukum (verklaring voor recht)

Penggugat dapat menuntut pernyataan hukum bahwa suatu perbuatan tertentu melanggar hukum. Dalam hal ini, tidak isyaratkan telah ada perbuatan melanggar hukum dan tergugat bersalah atau telah diderita kerugian tetapi yang diperlukan adalah penggugat berkepentingan atas pernyataan hukum tersebut dan ada ancaman nyata bahwa tergugat akan melakukan perbuatan melanggar hukum; dan

c. Perintah atau larangan hakim.

Atas permintaan penggugat, hakim dapat memerintahkan tergugat untuk mengakhiri keadaan melanggar hukum atau melarang ancaman melanggar hukum. Dalam hal ini, perintah ditujukan pada pelanggaran kewajiban untuk berbuat. Sedangkan larangan diajukan pada pelanggaran kewajiban untuk berbuat. Disini juga larangan itu dan memang ada ancaman nyata bahwa tergugat akan melakukan perbuatan melanggar hukum. Tuntutan ganti kerugian akibat perbuatan melanggar hukum dapat berupa ganti rugi materiil (ganti rugi yang nyata telah diderita) maupun ganti rugi immateriil (ganti rugi akibat kehilangan keuntungan yang akan diperoleh di kemudian hari).

2.2 Tinjauan Tentang Diskriminasi

2.2.1 Pengertian Diskriminasi

Diskriminasi, Diartikan sebagai berikut: Diskriminasi adalah prasangka atau perilaku yang membedakan seseorang hanya karena ia berasal dari sebuah identitas sosial (agama, etnis, ras, gender, orientasi seksual). Hanya karena identitas sosial nya berbeda, ia dipandang atau diperlakukan lebih buruk. Misalnya, ia dilarang atau tidak diberikan perlindungan hukum atau hak hukum yang sama dibandingkan warga negara lain yang berasal dari identitas sosial yang berbeda (Denny J.A, 2014)

Menurut Banton, diskriminasi yang didefinisikan sebagai perlakuan yang berbeda terhadap orang yang termasuk dalam kategori tertentu menciptakan apa yang disebut dengan

jarak sosial (social distance). Sedangkan Ransford membedakan antara diskriminasi individu (individual discrimination) dan diskriminasi institusi (Institutional Discrimination).

Diskriminasi individu merupakan tindakan seorang pelaku yang berprasangka (prejudice).

Sedangkan diskriminasi institusional merupakan tindakan diskriminasi yang tidak ada kaitannya dengan prasangka individu, melainkan merupakan dampak kebijakan atau praktik tertentu berbagai institusi dalam Masyarakat (Sunarto, 2004).

Adapun definisi menurut para ahli:

a. Fulthoni, et.al

Menurut Fulthoni, pengertian diskriminasi adalah perlakuan yang tidak adil dan tidak seimbang yang dilakukan untuk membedakan perorangan, atau kelompok, berdasarkan sesuatu, biasanya bersifat kategorikal, atau atribut-atribut khas, seperti berdasarkan ras, kesukubangsaan, agama, atau keanggotaan kelas-kelas sosial.

b. Theodorson&Theodorson

Menurut Theodorson&Theodorson (1979), pengertian diskriminasi adalah perlakuan yang tidak seimbang terhadap perorangan atau kelompok berdasarkan sesuatu, biasanya bersifat kategorikal atau atribut khas seperti ras, suku, agama atau keanggotaan kelas-kelas sosial.

c. Sears, Freedman, dan Peplau

Menurut Sears, Freedman, dan Peplau (1999), pengertian diskriminasi adalah suatu perilaku yang menunjukkan penolakan terhadap individu atau kelompok semata-mata karena keanggotaan seseorang di dalam kelompok.

d. Danandjaja

Menyatakan bahwa dalam arti tertentu diskriminasi mengandung arti perlakuan tidak seimbang terhadap sekelompok orang, yang pada hakekatnya adalah sama dengan kelompok pelaku diskriminasi. Obyek diskriminasi tersebut sebenarnya memiliki beberapa kapasitas dan jasa yang sama, adalah bersifat universal. Apakah diskriminasi dianggap ilegal, tergantung dari nilai-nilai yang dianut masyarakat bersangkutan, atau kepangkatan dalam masyarakat dan pelapisan masyarakat yang berlandaskan pada prinsip diskriminasi. Kriteria masyarakat, untuk apa yang dianggap perlakuan diskriminasi terhadap seorang maupun kelompok, selalu bergeser, sesuai dengan nilai-nilai yang berlaku dalam masyarakatnya.

e. Perserikatan Bangsa-Bangsa (PBB)

Menurut PBB, diskriminasi adalah perilaku dan tindakan yang dilakukan berdasarkan perbedaan dalam kategorisasi yang dibuat oleh alam atau masyarakat, yang tidak ada hubungannya dengan kemampuan individu atau jasanya.

f. Kamus Besar Bahasa Indonesia (KBBI)

Menurut KBBI, pengertian diskriminasi adalah perbedaan perlakuan terhadap sesama warga negara yang dilakukan berdasarkan warna kulit, golongan, suku, agama, dan sebagainya.³ Jadi, diskriminasi adalah membedakan atau bertindak tidak adil kepada ras atau etnis baik itu dalam bentuk aturan, perbuatan, ataupun perkataan karena perbedaan warna kulit, agama, suku, ras, dll.

2.2.2 Jenis Diskriminasi

Diskriminasi memiliki 2 jenis yaitu diskriminasi langsung dan juga tidak langsung.

a) Diskriminasi langsung yaitu :

Tindakan membatasi suatu wilayah tertentu, seperti pemukiman, jenis pekerjaan, fasilitas umum, dan sebagainya dan juga terjadi manakala pengambil keputusan diarahkan oleh prasangka-prasangka terhadap kelompok tertentu.

b) Diskriminasi tidak langsung yaitu :

Diskriminasi tidak langsung dilaksanakan melalui penciptaan kebijakan kebijakan yang menghalangi ras/etnik tertentu untuk berhubungan secara bebas dengan kelompok ras/etnik lainnya, yang mana aturan/prosedur yang mereka jalani mengandung bias diskriminasi yang tidak tampak dan mengakibatkan kerugian sistematis bagi komunitas atau kelompok masyarakat tertentu.

2.2.3 Sebab Diskriminasi

Menurut Yahya dalam skripsi Unsriana (2011:14) mengemukakan sebabsebab diskriminasi, yaitu :

- a. Mekanisme pertahanan psikologi (Projection) Seseorang memindahkan kepada orang lain, ciri-ciri yang tidak disukai tentang dirinya kepada orang lain.
- b. Kekecewaan Setengah orang yang kecewa akan meletakkan kekecewaan mereka kepada „kambing hitam“.
- c. Mengalami rasa tidak selamat dan rendah diri Mereka yang merasa terancam dan rendah diri untuk menenangkan diri, maka mereka mencoba dengan merendahkan orang atau kumpulan lain.

- d. Sejarah Ditimbulkan karena adanya sejarah pada masa lalu.
- e. Persaingan dan eksploitasi Masyarakat kini adalah lebih matrealistik dan hidup dalam persaingan. Individu atau kumpulan bersaing diantara mereka untuk mendapatkan kekayaan, kemewahan, dan kekuasaan.
- f. Corak sosialisasi Diskriminasi juga adalah fenomena yang dipelajari dan diturunkan dari satu generasi kepada generasi yang lain melalui proses sosialisasi. Seterusnya terbentuk suatu pandangan stereotip tentang peranan sebuah bangsa dengan yang lain dalam masyarakat, yaitu berkenaan dengan kelakuan, cara kehidupan dan lain sebagainya.

2.2.4 Tipe Diskriminasi

Uli Parulian Sihombing dalam memahami diskriminasi (2009) memaparkan jenis-jenis diskriminasi yang sering terjadi, yaitu sebagai berikut:

- a. Diskriminasi berdasarkan suku/etnis,ras, dan agama/keyakinan.
- b. Diskriminasi berdasarkan jenis kelamin dan gender (peran sosial karena jenis kelamin).
- c. Diskriminasi terhadap penyandang disabilitas.
- d. Diskriminasi pada penderita HIV/AID.
- e. Diskriminasi yang disebabkan dari adanya suatu kasta dalam sosial. (Uli Parulian Sihombing, 2009.)

2.3 Tinjauan Tentang Kepesertaan BPJS Kesehatan

BPJS dibagi menjadi 2 (dua) yaitu BPJS Kesehatan dan BPJS Ketenagakerjaan, yang dimana setiap masyarakat diwajibkan untuk mendaftar sebagai peserta jaminan sosial dengan tujuan agar dapat jaminan perlindungan dari pemerintah untuk mencukupi kebutuhan dasar sehari-hari. Seperti dalam Pasal 14 UU BPJS berbunyi : *“setiap orang, termasuk orang asing yang bekerja paling singkat 6 (enam) bulan di Indonesia, wajib menjadi peserta program jaminan sosial”*. Kewajiban tersebut merupakan prinsip wajib bagi seluruh masyarakat dengan cara melakukan pendaftaran dan membayar iuran setiap bulannya. Kewajiban pembayaran iuran peserta tergantung pada besaran gaji atau penghasilannya yang dimana iuran tersebut merupakan dana titipan peserta yang akan digunakan untuk kepentingan peserta jaminan sosial. (Andika Wijaya, 2018)

Pada Pasal 20 ayat (1) UU SJSN berbunyi : *“Peserta jaminan Kesehatan adalah setiap orang yang telah membayar iuran atau iurannya dibayar oleh pemerintah”*. Pada Pasal 4 Perpres Jamkes diatur pembagian peserta jaminan Kesehatan yang dibagi dalam 2 (dua) kelompok yaitu Penerima Bantuan Iuran Jaminan Kesehatan dan juga bukan Penerima Bantuan Iuran Jaminan Kesehatan. Peserta BPJS juga memiliki hak serta kewajiban yaitu :

1. Tiap peserta BPJS memiliki hak agar mendapatkan identitas peserta, nomor virtual akun, serta dapat memilih fasilitas kesehatan yang bekerjasama dengan BPJS Kesehatan atau dapat melakukan pengaduan terhadap BPJS maupun pihak fasilitas kesehatan yang telah bekerjasama.
2. Peserta BPJS Kesehatan wajib untuk membayar iuran tiap bulan serta melaporkan jika terdapat perubahan data peserta dan dapat melaporkan apabila kartu identitas peserta mengalami kerusakan. (Cindy Virgint, 2020)