

Discretionary Authority of Government Officials After Law Number 11 of 2020 concerning Job Creation in the Perspective of Government Administration: (Case Study of Constitutional Court Decision Number 91/PUU-XVIII/2020)

Kewenangan Diskresi Pejabat Pemerintah Pasca Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2020 Tentang Cipta Kerja Dalam Perspektif Administrasi Pemerintahan: Studi Kasus Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 91/PUU-XVIII/2020

Samuel Ivander Aritonang ^{1a(*)} Anna Erliyana ^{2b}

¹Mahasiswa Program Magister Hukum, Universitas Indonesia

²Pengajar Program Magister Hukum, Universitas Indonesia

^a samuel.ivander11@ui.ac.id

^b annaer@ui.ac.id

(*) Corresponding Author

samuel.ivander11@ui.ac.id

How to Cite: Aritonag (2023) Kewenangan Diskresi Pejabat Pemerintah Pasca Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2020 Tentang Cipta Kerja Dalam Perspektif Administrasi Pemerintahan: Studi Kasus Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 91/PUU-XVIII/2020. doi: 10.36526/js.v7i2.

Received : 16-03-2023
 Revised : 06-04-2023
 Accepted : 30-05-2023

Keywords:

Discretion,
 Government Administration,
 Job Creation,
 Rules.

Abstract

Discretion is a necessity for official government to execute public administration. The government will scarcely operate and may cause public service disfunction without a discretionary authority. The discretionary rules is stipulated in Law Number 30 year 2014 concerning The Administration of Government. This Law regulates that discretionary authority have limitations, i.e. prohibition to have any breach to the laws, in order to avoid arbitrariness by the official government. However, Law Number 11 year 2020 concerning Job Creation has annulled such prohibition. The purpose of this research is to review discretionary authority according to Job Creation Law including the implementation of the decision of Constitutional Court number 91/PUU-XVIII/2020. The method used herein is normative research which resulted that the execution of discretionary authority by the government upon the issuance of Constitutional Court's decision have breached the laws and its legal system. The Government did not execute the Constitutional Court's decision by issuing delegated legislations as well as emergency regulation on Job Creation.

PENDAHULUAN

Pejabat Pemerintah memiliki kewenangan untuk melakukan diskresi yang bertujuan dalam rangka melancarkan penyelenggaraan pemerintahan, mengisi kekosongan hukum, memberikan kepastian hukum, dan mengatasi stagnasi pemerintahan dalam keadaan tertentu guna kemanfaatan dan kepentingan umum berdasarkan Pasal 22 ayat (2) Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan (UU Administrasi Pemerintahan). Hal tersebut sesuai dengan perspektif administrasi pemerintahan yang mengenal "*pouvoir discretionnaire*" atau "*freies ermesen*" atau asas diskresi, yang mengandung kewajiban dan kekuasaan yang luas, yaitu terhadap tindakan yang akan dilakukan dan kebebasan untuk memilih melakukan atau tidak tindakan tersebut. (Kurniawaty, 2016a)

Menurut George P. Fletcher, secara etimologis konsep diskresi berasal dari bahasa latin "*discernere*" yang dalam bahasa Inggris memiliki padanan kata "*discernment*" dan "*judgement*" sehingga dalam konsep yuridis diskresi merupakan suatu kekuasaan pemerintah yang sah dimana badan atau pejabat pemerintah yang menjalankannya berhak untuk memperoleh perlindungan hukum (Darumurti, 2016). Di sisi lain, Sjachran Basah berpendapat bahwa *freies ermessen* adalah kebebasan untuk bertindak atas inisiatif sendiri, akan tetapi dalam pelaksanaannya haruslah tindakan-tindakan administrasi negara itu sesuai dengan hukum sehingga dapat dipertanggungjawabkan (Basah, 1989). Dalam sistem *civil law*, diskresi itu dianggap memiliki keabsahan jika tidak bertentangan dengan hukum tertulis (*gescheven recht*) dan hukum tidak tertulis (*ongescheven recht*), yakni *algemene beginselen van behoorlijk bestuur* atau asas-asas umum pemerintahan yang baik (Fauzani, 2021). Konsep tersebut juga sudah diakomodasi di dalam Pasal 24 huruf b UU Administrasi Pemerintahan yang menyatakan bahwa Pejabat Pemerintahan yang menggunakan kewenangan diskresi harus memenuhi syarat tidak bertentangan dengan ketentuan peraturan perundang-undangan.

Namun demikian, Pejabat Pemerintah diberikan kewenangan diskresi yang diperluas berdasarkan Pasal 175 Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2020 tentang Cipta Kerja (UU Cipta Kerja). Hal ini dapat dilihat bahwa syarat pelaksanaan diskresi tidak lagi mencantumkan unsur "tidak boleh bertentangan dengan ketentuan yang terdapat di dalam peraturan perundang-undangan". Perluasan tersebut diberikan untuk memudahkan Pejabat Pemerintah menjalankan tugas dan kewenangannya dalam rangka mempercepat dan mempermudah investasi di Indonesia karena adanya anggapan bahwa pengaturan kewenangan diskresi sebagaimana yang diatur di dalam Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan (UU Administrasi Pemerintahan) mempersempit ruang gerak Pejabat Pemerintah untuk mendorong investasi (Farida, 2021). Padahal apabila diskresi tidak memiliki pembatasan maka dikhawatirkan akan terjadi maladministrasi akibat penyalahgunaan kewenangan dan berujung pada tindak pidana, salah satunya tindak pidana korupsi (Farida, 2021).

Pembatasan diskresi dinilai penting supaya masyarakat memiliki tolak ukur yang jelas dalam melakukan pengawasan terhadap tertib penyelenggaraan pemerintahan. Mekanisme kontrol terhadap diskresi oleh Pejabat Pemerintah menjadi berkurang. Hal ini dikarenakan apabila menggunakan pendekatan secara *a contrario*, maka penafsiran yang timbul mengenai diskresi menjadi dimungkinkannya melanggar ketentuan peraturan perundang-undangan yang ada. Oleh karenanya, dengan tidak adanya lagi syarat keharusan menaati peraturan perundang-undangan, penyelenggaraan pemerintahan melalui diskresi yang diperluas tersebut justru dikhawatirkan akan membawa dampak negatif.

UU Cipta Kerja sendiri kemudian diajukan permohonan uji undang-undang ke Mahkamah Konstitusi, baik pengujian secara formil dan materil. Selanjutnya pada tanggal 25 November 2021, Mahkamah Konstitusi membacakan Putusan Nomor 91/PUU-XVIII/2020 yang mengabulkan permohonan uji formil untuk sebagian terhadap Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2020 tentang Cipta Kerja (UU Cipta Kerja). Dalam putusan tersebut, UU Cipta Kerja dinyatakan cacat formil dan bertentangan dengan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 serta tidak memiliki kekuatan hukum mengikat secara bersyarat sepanjang tidak dimaknai "tidak dilakukan perbaikan dalam 2 (dua) tahun sejak putusan tersebut diucapkan". Dengan telah dibacakannya putusan tersebut, tentu sangat banyak aspek yang dapat diteliti dari berbagai macam sudut pandang.

Penelitian terdahulu yang dituliskan oleh Nur Wahyuni Utamo bahwa implikasi dari perluasan pengaturan diskresi dalam Undang-Undang Cipta Kerja adalah menimbulkan potensi kekuasaan yang tidak terbatas melalui pengaturan diskresi yang tidak dibatasi oleh ketentuan peraturan perundang-undangan, serta pelaksanaan diskresi yang tidak lagi dibatasi oleh ketentuan peraturan perundang-undangan, membuka peluang terjadinya penyalahgunaan wewenang yang bermuara pada pelanggaran terhadap hak warga masyarakat (Utami, 2022).

Selain hasil penelitian di atas, terdapat juga penelitian yang dilakukan oleh Janitra Syena Narindra dan Budi Ispriyarso yang menyimpulkan bahwa penghapusan syarat "tidak bertentangan

dengan peraturan perundang-undangan” dalam penggunaan diskresi pada Undang-Undang Cipta Kerja memiliki sisi positif dan sisi negatif. Dilihat dari sisi positifnya, pengaturan baru diskresi dinilai dapat menunjang penerapan desentralisasi fiskal oleh pemerintah daerah, yang tidak lain guna mempercepat mengatasi permasalahan daerah terlebih pada situasi yang darurat seperti pandemi COVID-19 lewat kebijakan yang bersifat responsi (Narindra & Ispriyarso, 2022). Namun, keduanya tetap melihat sisi negatif penghapusan syarat tersebut, yakni terbentuknya Keputusan Tata Usaha Negara yang menghilangkan prinsip Asas Umum Pemerintahan yang Baik yaitu asas kepastian dan asas tidak menyalahgunakan kewenangan. (Narindra & Ispriyarso, 2022)

Beberapa hasil penelitian terhadap perluasan kewenangan diskresi tersebut memperkuat argumentasi mengapa Undang-Undang Cipta Kerja memang layak untuk dilakukan pengujian undang-undang secara formil dan materil serta putusan Mahkamah Konstitusi untuk menyatakan Undang-Undang Cipta Kerja secara “inkonstitusional bersyarat”. Dengan demikian, penelitian perluasan kewenangan diskresi tersebut perlu dilakukan pengkajian yang lebih mendalam terlebih setelah dikeluarkannya putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 91/PUU-XVIII/2020.

Dari uraian yang telah dijelaskan sebelumnya, penelitian ini memiliki tujuan dengan adanya dua rumusan masalah. *Pertama*, bagaimana ketentuan hukum di Indonesia mengatur kewenangan diskresi bagi pejabat pemerintah? *Kedua*, bagaimana implikasi putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 91/PUU-XVIII/2020 terhadap pemberian kewenangan diskresi terhadap pejabat pemerintah.

METODE

Dalam penulisan artikel ini, Penulis menggunakan metode penelitian kualitatif dengan jenis penelitian hukum normatif, yakni dengan melakukan penelaahan secara normatif atas ketentuan Undang-Undang Cipta Kerja dan Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 91/PUU-XVIII/2020, termasuk juga Undang-Undang Administrasi Pemerintahan. Penulis melakukan pengumpulan bahan hukum primer dan bahan hukum sekunder yang terdapat di dalam buku, jurnal, maupun artikel terkait. Bahan hukum tersebut didapatkan dengan menggunakan metode studi dokumen atau penelitian kepustakaan (*library research*), yaitu suatu proses untuk mendapatkan bahan hukum melalui penelitian di perpustakaan terhadap literatur hukum, pendapat sarjana hukum, ataupun artikel yang menguraikan konsep hukum.

Penelitian ini juga menggunakan metode pendekatan (*conceptual approach*) dan pendekatan peraturan perundang-undangan (*statue approach*). Pendekatan tersebut menggunakan doktrin hukum untuk mendapatkan gagasan yang menghasilkan konsep hukum, definisi hukum, serta asas hukum terkait dengan permasalahan hukum. Setelah bahan hukum tersebut dikumpulkan, permasalahan hukum yang diuraikan di dalam artikel ini akan dianalisa dengan menggunakan teknik Deskriptif-Analitis, yaitu menggambarkan peraturan perundang-undangan yang berlaku dikaitkan dengan teori-teori hukum dan praktek pelaksanaan hukum positif yang menyangkut permasalahan (Soemitro, 1990).

HASIL DAN PEMBAHASAN

Kewenangan Diskresi Dalam Administrasi Pemerintahan

Indonesia sebagai negara hukum memiliki ketentuan yang harus dijalankan oleh aparatur negara dalam menjalankan pemerintahan yang termasuk ke dalam ruang lingkup hukum administrasi negara. Istilah hukum administrasi negara (*administratief recht*) sering disebut juga sebagai hukum tata usaha negara atau hukum tata pemerintahan (Syahrani, 1991). Berdasarkan pendapat Abdoel Jamali, hukum administrasi negara dinyatakan sebagai aturan hukum yang mengatur administrasi, yaitu hubungan antar warga negara dan pemerintahnya yang menjadi sebab

sampai negara itu berfungsi (Djamali, 1984). Maksudnya, merupakan gabungan petugas secara struktural berada di bawah pimpinan pemerintah yang melaksanakan tugas sebagai bagiannya, yaitu bagian dan pekerjaan yang tidak ditujukan kepada lembaga legislatif, yudikatif, dan atau lembaga pemerintahan daerah otonomi (mengurus daerahnya sendiri). (Djamali, 1984)

Dalam konteks hukum administrasi negara, diskresi (*freiss ermessen*) menjadi bagian dari kewenangan aparatur negara untuk menjalankan pemerintahan. Tidak setiap permasalahan yang dihadapi dan tindakan yang diambil oleh administrasi negara telah tersedia aturannya mengingat sedemikian luasnya aspek kehidupan sosial dan masyarakat, sehingga perlu ada kemerdekaan bertindak atas inisiatif dan kebijaksanaannya sendiri, terutama dalam penyelesaian soal-soal genting yang timbul dengan sekonyong-konyong dan yang peraturan penyelesaiannya belum ada. (Taufiqurrahman, 2019)

Kebebasan diskresi tersebut adalah kebebasan yang mencakup kebebasan administrasi (*interpretatievrijheid*), kebebasan mempertimbangkan (*beoordelingsvrijheid*), dan kebebasan mengambil kebijakan (*beleidsvrijheid*) (Ansori, 2015). Menurut Indroharto, diskresi sebenarnya merupakan kebebasan untuk menentukan kebijaksanaan atau kebebasan untuk mengadakan suatu penilaian mana yang baik, mana yang kurang baik, mana yang tepat, dan mana yang tidak tepat. Dalam tataran implementasi, diskresi memiliki 2 (dua) pola, yakni: (Taufiqurrahman, 2019)

- a. Kebebasan untuk menilai secara obyektif, yaitu apabila norma dalam undang-undangnya bersifat samar-samar akan tetapi sesungguhnya dimaksudkan sebagai norma hukum yang obyektif, karena rumusan eksplisitnya sulit untuk diberikan, misalnya: rumusan "bertingkah laku sebagai abdi negara yang baik"
- b. Kebebasan menilai secara subyektif, artinya adanya kebebasan melakukan suatu kebijakan sendiri, karena undang-undang memberikan wewenang kepada pejabat publik untuk menentukan sendiri apa yang harus dilakukan ketika menghadapi suatu peristiwa konkret.

Prajudi Atmosudirjo menjelaskan bahwa diskresi diperlukan sebagai pelengkap dari asas legalitas, yaitu asas hukum administrasi negara yang menyatakan bahwa setiap tindak atau perbuatan administrasi negara harus berdasarkan ketentuan undang-undang (Atmosudirjo, 1994). Namun demikian, tidak mungkin bagi undang-undang untuk mengatur segala macam kasus posisi dalam praktek kehidupan sehari-hari dan oleh karenanya perlu diberikan kebebasan atau diskresi dari administrasi negara yang terdiri atas diskresi bebas dan diskresi terikat. (Atmosudirjo, 1994)

Goodnow bahkan menyatakan bahwa diskresi merupakan suatu hal yang tidak dapat dihindari (Goodnow, 1905). Dia menjelaskan bahwa "*the major premise underlying the idea that administrative discretion is unavoidable is the proposition that no legislature has the insight or vision necessary to regulate all of the details of administration or to render in the form of unconditional commands the rules necessary to express the will of the state.*" (Goodnow, 1905) Namun, sekalipun diskresi adalah satu hal yang tidak dapat dihindari, diskresi perlu dilakukan dalam kerangka administrasi yang sesuai dengan *rule of law*. Indroharto menyatakan bahwa pembuatan salah bagian dari diskresi/*freiss ermessen* yaitu peraturan kebijaksanaan harus memperhatikan hal-hal sebagai berikut: (Ridwan, 2014)

- a. Tidak boleh bertentangan dengan peraturan dasar yang mengandung wewenang diskresioner yang dijabarkan itu.
- b. Tidak boleh nyata-nyata bertentangan dengan nalar yang sehat.
- c. Harus dipersiapkan dengan cermat; semua kepentingan, keadaan-keadaan serta alternatif-alternatif yang ada perlu dipertimbangkan.
- d. Isi dari kebijaksanaan harus memberikan kejelasan yang cukup mengenai hak-hak dan kewajiban-kewajiban dari warga yang terkena peraturan tersebut.
- e. Tujuan-tujuan dan dasar-dasar pertimbangan mengenai kebijaksanaan yang akan ditempuh harus jelas.

- f. Harus memenuhi syarat kepastian hukum material, artinya hak-hak yang telah diperoleh dari warga masyarakat yang terkena harus dihormati, kemudian juga harapan-harapan warga yang pantas telah ditumbulkan jangan sampai diingkari.

Sejalan dengan Indroharto, Muchsan juga menyebutkan bahwa pembatasan penggunaan diskresi meliputi a) Penggunaan diskresi tidak boleh bertentangan dengan sistem hukum yang berlaku (kaidah hukum positif); dan b) Penggunaan diskresi hanya ditujukan untuk kepentingan umum (Patiro, 2012). Adanya kekhawatiran bahwa *pouvoir discretionnaire* dapat bertentangan dengan asas legalitas timbul dari kaum legis, terutama prinsip *wetmatigheid van bestuur*. (Taufiqurrahman, 2019)

Peluang terjadinya penyalahgunaan kewenangan oleh administrasi negara dapat terjadi dalam menggunakan kewenangan diskresi-nya melalui peraturan kebijakan (Muin, 2018). Peraturan kebijakan oleh administrasi negara dapat menimbulkan perbuatan melawan hukum (*onrechtmatig overheidsdaad*), atau penyalahgunaan kewenangan yang tidak sesuai dengan kewenangannya (*detourment de pouvoir*), dan dapat pula terjadi kesewenang-wenangan oleh administrasi negara (*willekeur*) (Muin, 2018). Oleh karena pemerintah dilarang melakukan tindakan-tindakan yang bersifat *detourment de pouvoir* atau *onrechtmatige overheidsdaad* (perbuatan melawan hukum oleh penguasa serta dapat merugikan warganya, maka pemerintah dapat dituntut baik melalui peradilan administrasi negara maupun melalui peradilan umum. (Marbun & Mahfud MD, 1987)

Politik hukum administrasi pemerintahan di Indonesia yang menghendaki perlindungan bagi pejabat pemerintah dalam mengambil kewenangan diskresi sekaligus memberikan perlindungan terhadap masyarakat dapat terlihat pada Rapat Paripurna Dewan Perwakilan Rakyat dalam agenda Pembicaraan Tingkat II Pengambilan Keputusan Terhadap Rancangan Undang-Undang Administrasi Pemerintahan, sebagaimana yang dikemukakan oleh Azwar Abubakar, sebagai berikut:

“...salah satu tujuan utama disusunnya Rancangan Undang-Undang Administrasi Pemerintahan ini adalah untuk mengisi kekosongan hukum yang menjadi dasar perlindungan terhadap pengambilan keputusan dan/atau tindakan dari badan dan/atau pejabat pemerintahan. Rancangan undang-undang ini diharapkan bisa menjadi landasan hukum untuk mengenali sebuah keputusan dan/atau tindakan sebagai kesalahan administrasi atau penyalahgunaan wewenang yang berujung pada tindak pidana. Dengan demikian pembuat keputusan tidak mudah dikriminalisasi dan melemahkan mereka dalam melakukan inovasi dalam pemerintahan, sekaligus menjaga agar badan dan/atau pejabat pemerintahan tidak mengambil keputusan dan/atau tindakan sewenang-wenang. Masyarakat terlindungi dari kesewenang-wenangan dan praktek maladministrasi pejabat.” (Endang, 2018)

Undang-Undang Administrasi Pemerintahan Pasal 23 mengatur secara spesifik ruang lingkup diskresi, yaitu:

- a. Berdasarkan ketentuan peraturan perundang-undangan yang memberikan suatu pilihan Keputusan dan/atau Tindakan
- b. Karena peraturan perundang-undangan tidak memberikan aturan
- c. Karena peraturan perundang-undangan tidak lengkap atau tidak jelas, dan
- d. Karena adanya stagnasi pemerintahan guna kepentingan yang lebih luas.

Bahwa terhadap Pasal 23 tersebut, Tatiek Sri Djatmaiati menjelaskan pendapatnya sebagai berikut: (Endang, 2018)

“...makna pengambilan keputusan karena peraturan perundang-undangan tidak lengkap atau tidak jelas harus dimaknai hati-hati. Tidak lengkap berkaitan dengan pembentukan norma yang kurang lengkap. Pengertian tidak jelas tersebut berkaitan dengan aturan atau norma yang disebut *vage norm* atau makna kabur. Makna kabur artinya tidak bisa

didefinisikan. Misalnya kepentingan umum, dalam keadaan tertentu, dalam kepentingan yang memaksa, dsb.”

Namun demikian, terdapat juga syarat-syarat yang harus dipenuhi dalam penggunaan diskresi bagi pejabat publik berdasarkan Pasal 24 Undang-Undang Administrasi Pemerintahan sebagai berikut:

- a. Dibuat berdasarkan tujuan diskresi yang diatur dalam Pasal 22 ayat (2) UU Administrasi Pemerintahan.
- b. Diskresi tidak boleh bertentangan dengan ketentuan-ketentuan yang terdapat dalam peraturan perundang-undangan.
- c. Diskresi juga harus sesuai dengan Asas Umum Pemerintahan yang Baik (AUPB).
- d. Dalam pembentukan diskresi harus didasarkan pada alasan-alasan yang objektif.
- e. Diskresi yang dibuat tidak menimbulkan konflik kepentingan.
- f. Dan dalam pembentukan diskresi harus didasarkan pada itikad baik.

Perluasan Diskresi Bagi Pejabat Pemerintah Dalam Undang-Undang Cipta Kerja

Pada dasarnya, setiap campur tangan pemerintah harus didasarkan pada peraturan perundang-undangan yang berlaku sebagai perwujudan dari asas legalitas (Fauzani, 2021). Namun, oleh karena ada keterbatasan dari asas ini atau karena adanya kelemahan dan kekurangan yang terdapat pada peraturan perundang-undangan, maka kepada pemerintah diberi kebebasan diskresi, yaitu kemerdekaan pemerintah untuk dapat bertindak atas sendiri dalam menyelesaikan persoalan-persoalan sosial. (Fauzani, 2021)

Pasal 175 angka 2 Undang-Undang Cipta Kerja telah menghapus syarat “tidak bertentangan dengan ketentuan peraturan perundang-undangan” bagi pejabat pemerintah agar dapat melakukan kewenangan diskresi. Di dalam Naskah Akademik Rancangan Undang-Undang Cipta Kerja terlihat politik hukum penghapusan syarat tersebut sebagai berikut:

“...Pengaturan kembali mengenai persyaratan diskresi perlu dilakukan mengingat persyaratan diskresi sebagaimana diatur dalam Pasal 24 UU Administrasi Pemerintahan menimbulkan ketidakefektifan, padahal sesungguhnya Presiden memiliki kewenangan diskresi kebebasan bertindak. Namun demikian, dengan persyaratan seperti tidak boleh bertentangan dengan peraturan perundang-undangan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 24 UU Administrasi Pemerintahan tersebut, membuat ruang kebebasan bertindak menjadi kurang efektif. Oleh karena itu, perlu dilakukan penataan ulang persyaratan diskresi menjadi lebih baik...”

Perluasan konsep diskresi dalam Undang-Undang Cipta Kerja bermakna untuk memperluas ruang gerak pejabat pemerintah dalam mengeluarkan diskresi dan dapat memunculkan terobosan hukum baru dalam percepatan investasi baik pada tingkat pusat maupun daerah sehingga dapat meningkatkan pertumbuhan ekonomi nasional (Kurniawaty, 2016b). Namun demikian, diskresi tidak dapat berjalan dengan baik apabila dipersempit karena pejabat pemerintahan akan sulit dalam mengambil keputusan, dan sebaliknya apabila diskresi terlalu longgar akan memunculkan terjadinya tindakan yang melebihi wewenang (*excess du pouvoir*) yang akan mengarah kepada perbuatan melawan hukum. (Natasasmita, 2011)

Undang-Undang Cipta Kerja memungkinkan penggunaan diskresi secara luas, termasuk oleh presiden. Jika presiden melakukan diskresi, tidak ada lagi kontrol terhadap diskresi presiden itu, karena tidak ada lagi jabatan yang lebih tinggi untuk mengawasi Presiden. Begitu pun penggunaan diskresi oleh menteri karena satu-satunya kontrol terhadap penggunaan diskresi menteri ialah ke Presiden. Tatkala Presiden telah berkehendak, dengan sendirinya diskresi itu pasti akan berjalan walaupun dengan tujuan yang tidak benar dan di situlah letak semakin berbahayanya penumpukan kuasa ke Presiden tersebut.

Rumusan syarat penggunaan diskresi di dalam Undang-Undang Cipta Kerja juga dinilai ambigu karena tetap mempertahankan syarat “sesuai dengan AUPB” yang dalam hal ini adalah hukum tidak tertulis (meskipun pada akhirnya Undang-Undang Administrasi Pemerintahan mengatur tentang eksistensi AUPB dan apa saja contoh dari AUPB), tetapi di lain hal Undang-Undang Cipta Kerja justru menghilangkan syarat “tidak bertentangan dengan ketentuan peraturan perundang-undangan” (Fauzani, 2021). Agar dapat memberikan kepastian hukum terhadap ambiguitas yang dihasilkan oleh Undang-Undang Cipta Kerja, seharusnya pengaturan diskresi dapat memenuhi empat hal yang ada di dalam suatu kepastian hukum menurut pandangan Gustav Radbruch, yakni: (Firdaus & Eriyana, 2020)

- a. Hukum itu positif, artinya bahwa ia dibuat berdasarkan perundang-undangan (*Gesetzliches Recht*);
- b. Bahwa hukum itu didasarkan pada fakta (*Tatsachen*), bukan suatu rumusan tentang penilaian yang nanti akan dilakukan oleh hakim, seperti “itikad baik” ataupun “kesopanan”
- c. Bahwa fakta itu harus dirumuskan dengan cara yang jelas sehingga menghindari kekeliruan dalam pemaknaan (multitafsir), di samping juga mudah dijalankan
- d. Hukum positif itu tidak boleh sering diubah-ubah.

Berdasarkan pendapat Gustav Radbruch tersebut, dapat dilihat bahwa konsep diskresi dalam Undang-Undang Cipta Kerja tidak memenuhi syarat “dibuat berdasarkan perundang-undangan” sehingga mengakibatkan tidak adanya kepastian hukum dalam penyelenggaraan administrasi pemerintahan. Padahal di dalam Pasal 10 Undang-Undang Administrasi Pemerintahan, asas kepastian hukum juga termasuk dalam AUPB.

Diskresi yang mengalami perluasan sebagaimana yang tercantum dalam Undang-Undang Cipta Kerja juga berpotensi membentuk diskresi yang inkonstitusional (Farida, 2021). Merujuk pada hierarkis peraturan perundang-undangan sebagaimana yang diatur di dalam Pasal 7 Undang-Undang 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan sebagaimana yang telah diubah oleh Undang-Undang Nomor 15 Tahun 2019, UUD NRI 1945 menempati posisi hierarkis yang paling tinggi. Sehingga, dihapusnya syarat tidak boleh bertentangan dengan peraturan perundang-undangan dalam pembentukan diskresi akan berpotensi diskresi yang dikeluarkan oleh pejabat pemerintah bersifat inkonstitusional sebab dimungkinkan bertentangan dengan UUD NRI sebagai hukum tertinggi di Indonesia. (Farida, 2021)

Implikasi Secara Yuridis dan Praktis Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 91/PUU-XVIII/2020 Terhadap Kewenangan Diskresi

Mahkamah Konstitusi diharapkan dapat menjadi penyeimbang kekuasaan di antara dua kekuasaan besar, yaitu kekuasaan legislatif dan kekuasaan eksekutif, sehingga tidak terjadi kecenderungan penyalahgunaan kekuasaan oleh para pejabat pemerintahan yang berwenang (Indonesia, 2019). Untuk itu, terdapat pengujian formil Undang-undang Cipta Kerja terhadap UUD NRI 1945 yang diajukan kepada Mahkamah Konstitusi. Dalam putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 91/PUU-XVIII/2020 menyebut sebagai pengujian atas pelaksanaan tata cara atau prosedur pembentukan undang-undang, bentuk, format, atau struktur undang-undang, maupun pengujian atas hal-hal lain yang tidak termasuk pengujian materiil (Haryono, 2021). Jadi, pengujian formil dalam Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 91/PUU-XVIII/2020 ini sebenarnya tidak termasuk pengujian terhadap keberwenangan lembaga yang mengambil keputusan dalam proses pembentukan undang-undang. (Haryono, 2021)

Undang-Undang Cipta Kerja telah dinyatakan cacat formil setelah Undang-Undang tersebut diajukan pengujian undang-undang terhadap UUD NRI 1945. Namun, demi kemanfaatan maka Undang-Undang Cipta Kerja dinyatakan tetap berlaku (Fathorrahman, 2021). Mahkamah Konstitusi dalam putusan Nomor 91/PUU-XVIII.2020 menyatakan bahwa:

- a. Menyatakan pembentukan Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2020 tentang Cipta Kerja bertentangan dengan UUD 1945 dan tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat secara bersyarat sepanjang tidak dimaknai “tidak dilakukan perbaikan dalam waktu 2 (dua) tahun sejak putusan ini diucapkan
- b. Menyatakan Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2020 tentang Cipta Kerja masih tetap berlaku sampai dengan dilakukan perbaikan pembentukan sesuai dengan tenggang waktu sebagaimana yang telah ditentukan dalam putusan ini.
- c. Memerintahkan kepada pembentuk undang-undang untuk melakukan perbaikan dalam jangka waktu paling lama 2 (dua) tahun sejak putusan ini diucapkan dan apabila dalam tenggang waktu tersebut tidak dilakukan perbaikan maka Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2020 tentang Cipta Kerja menjadi inkonstitusional secara permanen
- d. Menyatakan apabila dalam tenggang waktu 2 (dua) tahun pembentuk undang-undang tidak dapat menyelesaikan perbaikan Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2020 tentang Cipta Kerja maka undang-undang atau pasal-pasal yang telah dicabut atau diubah oleh Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2020 tentang Cipta Kerja dinyatakan berlaku kembali.
- e. Menyatakan untuk menengguhkan segala tindakan/kebijakan yang bersifat strategis dan berdampak luas, serta tidak dibenarkan pula menerbitkan peraturan pelaksana baru yang berkaitan dengan Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2020 tentang Cipta Kerja.

Makna dari “melakukan penangguhan seluruh kebijakan/tindakan yang berdampak luas dan sifatnya strategis tidak dibenarkan mengeluarkan peraturan pelaksana baru yang berhubungan terhadap Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2020 tentang Cipta Kerja” menjadikan Undang-Undang Cipta Kerja tersandra atau untuk sementara ‘dipetieskan’ meskipun dalam amar putusan lainnya menyatakan masih diberlakukan hingga diperbaiki pembentukannya berdasarkan batas waktu paling lama 2 (dua) tahun (Irawan, 2022). Setidaknya terdapat 4 Peraturan Presiden (Perpres) dan 45 Peraturan Pemerintah (PP) yang tidak bisa dilaksanakan karena berdampak luas dan sifatnya strategis, yaitu: 1) Perizinan dan Kegiatan Usaha Sektor: 15 PP; 2) Koperasi dan UMKM serta Badan Usaha Milik Desa (BUMDes): 4 PP; 3) Investasi: 5 PP dan 1 Perpres; 4) Ketenagakerjaan: 4 PP; 5) Fasilitas Fiskal: 3 PP; 6) Penataan Ruang: 3 PP dan 1 Perpres; 7) Lahan dan Hak Atas Tanah: 5 PP; 8) Lingkungan Hidup: 1 PP; 9) Konstruksi dan Perumahan: 5 PP dan 1 Perpres; 10) Kawasan Ekonomi L 2 PP; 11) Barang dan Jasa Pemerintah: 1 Perpres. (Irawan, 2022)

Setelah pembacaan putusan Mahkamah Konstitusi pada tanggal 25 November 2021, Presiden menetapkan Peraturan Presiden Nomor 113 Tahun 2021 tentang Struktur dan Penyelenggaraan Badan Bank Tanah pada tanggal 27 Desember 2021. Peraturan Presiden ini merupakan peraturan pelaksana dari Undang-Undang Cipta Kerja dan Peraturan Pemerintah Nomor 64 Tahun 2021 tentang Badan Bank Tanah. Dapat dilihat bahwa keberadaan Peraturan Presiden tersebut melanggar Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 91/PUU-XVIII/2020 oleh karena Peraturan Presiden *a quo* merupakan suatu tindakan atau kebijakan dari Presiden selaku otoritas yang dapat membuat peraturan pelaksana (Perpres) yang sifatnya strategis dan berdampak luas, hal ini dapat dilihat dari Perpres yang harus dimuat dalam Lembaga Negara Republik Indonesia yang berfungsi agar setiap orang mengetahuinya. (Anwar & Shafira, 2022)

Selain itu, Presiden juga telah menerbitkan Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang Nomor 2 Tahun 2022 tentang Cipta Kerja (Perppu Cipta Kerja) pada tanggal 30 Desember 2022. Di dalam konsiderans Perppu tersebut dicantumkan bahwa untuk melaksanakan Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 91/PUU-XVIII/2020, perlu dilakukan perbaikan terhadap UU Cipta Kerja. Kemudian Pasal 185 Perppu Cipta Kerja menyatakan bahwa dengan berlakunya Perppu tersebut UU Cipta Kerja dicabut dan dinyatakan tidak berlaku.

Menurut Nidyo Pramono, pembentukan Perppu Cipta Kerja didasarkan pada adanya kepentingan yang memaksa sebagai sebuah upaya mencegah Indonesia agar tidak masuk ke dalam situasi stagflasi (krisis). Ia menambahkan bahwa mengenai kepentingan yang memaksa sebagai dasar penerbitan Perppu adalah bentuk diskresi Presiden. Namun, Allan Fatchan Gani Wardhana

berpendapat bahwa pemerintah mengambil jalan pintas yang sesat yaitu dengan menggunakan dalih adanya kegentingan yang memaksa untuk menghanyutkan partisipasi publik.

Sehubungan dengan arti dari kegentingan yang memaksa sebagaimana yang diatur di dalam Pasal 22 UUD NRI 1945, Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 138/PUU-VII/2009 memberikan parameter kegentingan yang memaksa dalam kaitannya dengan pembentukan Perppu, yakni: a) karena adanya kebutuhan mendesak untuk menyelesaikan masalah hukum secara cepat berdasarkan Undang-Undang; b) Undang-Undang yang dibutuhkan belum ada sehingga terjadi kekosongan hukum atau tidak memadainya Undang-Undang yang saat ini ada; dan c) kondisi kekosongan hukum yang tidak dapat diatasi dengan cara membuat Undang-Undang secara prosedur biasa yang memerlukan waktu yang cukup lama sedangkan keadaan yang mendesak tersebut perlu kepastian untuk diselesaikan. Kekosongan hukum yang dijadikan dalih oleh Pemerintah tersebut itu dianggap tidak ada oleh Allan Fatchan Gani Wardhana karena dalam amar Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 91/PUU-XVIII/2020 dinyatakan bahwa Undang-Undang Nomor 11 tahun 2020 tentang Cipta Kerja masih tetap berlaku sampai dengan dilakukan perbaikan pembentukan sesuai dengan tenggang waktu 2 tahun. Bahkan saat ini Perppu Cipta Kerja sudah diajukan permohonan pengujian formil dan materil ke Mahkamah Konsitusi dengan nomor permohonan 5/PUU-XIX/2023 dan 6/PUU-XIX/2023. Pemohon menyatakan bahwa penerbitan Perppu Cipta Kerja bertentangan dengan Pasal 22 ayat (1) UUD NRI 1945 karena tidak memenuhi syarat kegentingan memaksa yang seharusnya didasarkan pada keadaan yang objektif.

Partisipasi publik dalam pembentukan peraturan perundang-undangan saat ini diartikan sebagai '*meaningful participation*' sebagaimana yang dicantumkan di dalam Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 91/PUU-XVIII/2020 dan juga sudah diatur di dalam Pasal 96 Undang-Undang Nomor 13 Tahun 2022 tentang Perubahan Kedua Atas Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan (UU PPP). Dengan adanya UU PPP yang mengakomodasi ketentuan '*meaningful participation*' tersebut, sudah seharusnya Pemerintah menerbitkan Undang-Undang Cipta Kerja yang baru dengan adanya keterlibatan masyarakat secara aktif dan bermakna untuk menggantikan Undang-Undang Cipta Kerja sebelumnya yang tidak melibatkan masyarakat dalam proses pembentukan undang-undang tersebut. Oleh karenanya, langkah Pemerintah dengan menerbitkan Perppu menjadi kontraproduktif dengan Mahkamah Konstitusi.

Pengaturan kewenangan diskresi dalam ruang lingkup administrasi pemerintahan sebagaimana tercantum di dalam Perppu Cipta Kerja tersebut juga tetap tidak memasukan pembatasan adanya ketentuan larangan tidak boleh bertentangan dengan peraturan perundang-undangan sebagaimana yang diatur di dalam Pasal 24 UU Administrasi Pemerintahan. Sekali lagi dapat dilihat bahwa kehendak dari pembentuk Perppu adalah tetap mempertahankan kewenangan diskresi yang cenderung tidak dibatasi oleh ketentuan peraturan perundang-undangan yang berlaku.

Penulis juga menilai bahwa pembentukan dan penerbitan Perppu Cipta Kerja ini juga menunjukan diskresi Pemerintah tersebut sebenarnya bertentangan dengan ketentuan peraturan perundang-undangan. Perppu Cipta Kerja pada dasarnya juga disusun dengan menggunakan metode omnibus yang dapat terlihat dimasukkannya berbagai ketentuan Undang-Undang ke dalam satu Undang-Undang secara komprehensif. Sedangkan, berdasarkan Pasal 42A Undang-Undang Nomor 13 Tahun 2022 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan mengatur bahwa penggunaan metode omnibus dalam penyusunan suatu Rancangan Peraturan Perundang-undangan harus ditetapkan dalam dokumen perencanaan. Apabila ditelusuri di tahun 2022, pembahasan revisi Undang-Undang Cipta Kerja tidak dilakukan oleh DPR dan pada tanggal 15 Desember 2022 tidak ada agenda revisi Undang-Undang Cipta Kerja masuk ke dalam Prolegnas Prioritas 2023 yang disetujui dalam rapat paripurna DPR hingga penerbitan Perppu Cipta Kerja terjadi pada tanggal 30 Desember 2022.

Dengan mengingat bahwa Perppu Cipta Kerja disusun karena adanya kegentingan yang memaksa untuk menghindari krisis serta pembentukannya harus dilakukan secara cepat dan

mendesak, Perppu yang menggunakan metode omnibus tersebut tidak ditetapkan dalam dokumen perencanaan terlebih dahulu.

Dengan dikeluarkannya baik Peraturan Presiden Nomor 113 Tahun 2021 tentang Struktur dan Penyelenggaraan Badan Bank Tanah pada tanggal 27 Desember 2021 maupun Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang Nomor 2 Tahun 2022 tentang Cipta Kerja tersebut menunjukkan bahwa pada prinsipnya Pemerintah memiliki pandangan bahwa diskresi dapat diambil tanpa harus berdasarkan pada sistem hukum yang berlaku (kaidah hukum positif).

Pandangan diskresi yang masih sejalan dengan pengaturan di dalam Undang-Undang Cipta Kerja maupun Perppu Cipta Kerja tersebut menunjukkan bahwa Pemerintah tidak sepenuhnya menghormati Mahkamah Konstitusi dalam rangka *check and balances* dan berpotensi menimbulkan diskresi yang inkonstitusional. Oleh karena itu, Penulis menilai putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 91/PUU-XVIII/2020 hanya memiliki implikasi secara normatif saja terhadap kewenangan diskresi bagi pejabat pemerintah dan tidak memiliki kekuatan pada tataran implementatif.

PENUTUP

Kewenangan diskresi bagi pejabat pemerintah telah mengalami perluasan dengan dihapuskannya frase “bertentangan dengan peraturan perundang-undangan” (yang sebelumnya diatur di dalam Pasal 24 Undang-Undang Administrasi Pemerintahan) di dalam Undang-Undang Cipta Kerja. Penghapusan syarat pembatasan diskresi tersebut dilakukan dengan alasan untuk lebih memudahkan investasi dan perizinan berusaha yang sebelumnya berbelit-belit. Namun, penghapusan syarat tersebut juga membuka ruang bagi aparat pemerintah untuk melakukan tindakan yang melebihi kewenangannya.

Pasca dibacakannya Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 91/PUU-XVIII/2020, kewenangan diskresi bagi pejabat pemerintah yang tidak lagi dibatasi oleh peraturan perundang-undangan justru melahirkan peraturan perundang-undangan yang bertentangan putusan tersebut, yakni Pemerintah menerbitkan Peraturan Presiden Nomor 113 Tahun 2021 tentang Struktur dan Penyelenggaraan Badan Bank Tanah pada tanggal 27 Desember 2021 maupun Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang Nomor 2 Tahun 2022 tentang Cipta Kerja. Dikeluarkannya kedua peraturan perundang-undangan tersebut terjadi karena akibat tidak adanya kewajiban bagi pemerintah dalam membuat suatu diskresi untuk menyesuaikan dengan ketentuan peraturan perundang-undangan.

Kewenangan diskresi seharusnya tetap harus dibatasi oleh peraturan perundang-undangan sebagaimana yang diatur di dalam Pasal 24 Undang-Undang Administrasi Pemerintahan. Hal tersebut bertujuan supaya pemerintah tidak membuat suatu kebijakan yang mengabaikan prinsip negara hukum dan meminimalisir kesewenang-wenangan yang dapat dilakukan oleh pejabat pemerintah.

Ucapan terima Kasih (*Acknowledgments*)

Penulisan artikel ini dapat dilakukan oleh karena dukungan yang diberikan oleh Fakultas Hukum Universitas Indonesia untuk terus memberikan kontribusi dalam pengembangan ilmu hukum di Indonesia. Dukungan terhadap penulis juga diberikan oleh seluruh jajaran pegawai Kejaksaan Negeri Seram Bagian Timur sebagai tempat Penulis bekerja saat ini.

DAFTAR PUSTAKA

- Ansori, L. (2015). Diskresi Dan Pertanggungjawaban Pemerintah Dalam Penyelenggaraan Pemerintahan. *Jurnal Yuridis*, 2(1), 135–150.
- Anwar, M., & Shafira, W. C. (2022). Anomali Peraturan Presiden Nomor 113 tahun 2021 tentang Struktur dan Penyelenggaraan Bank Tanah Ditinjau dari Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 91/PUU-XVIII/2020 tentang Pengujian Formil UU Cipta Kerja. *Jurnal Rechts Vinding: Media Pembinaan Hukum Nasional*, 11(1), 99–115.

- Atmosudirjo, S. P. (1994). *Hukum Administrasi Negara, Cet. Kesepuluh, Ghalia Indonesia, Jakarta*.
- Basah, S. (1989). *Eksistensi dan Tolak Ukur Badan Peradilan Administrasi di Indonesia*. Alumni.
- Darumurti, K. D. (2016). *Diskresi: kajian teori hukum dengan postscript dan apendiks*. Genta Publishing.
- Djamali, A. (1984). *Pengantar Hukum Indonesia. CV. Rajawali, Jakarta*.
- Endang, M. I. A. (2018). Diskresi Dan Tanggung Jawab Pejabat Pemerintahan Menurut Undang-Undang Administrasi Pemerintahan/Discretion and Responsibility of Government Officials Based on Law of State Administration. *Jurnal Hukum Peratun*, 1(2), 223–244.
- Farida, M. (2021). Problematika Konsep Diskresi dalam Penyelenggaraan Administrasi Pemerintahan pasca Undang-Undang Cipta Kerja. *Jurnal Ilmiah Hukum dan Hak Asasi Manusia*, 1(1), 11–20.
- Fathorrahman, F. (2021). Pengaturan dan Implikasi Pengujian Formil Undang-Undang di Mahkamah Konstitusi. *HUKMY: Jurnal Hukum*, 1(2), 133–148.
- Fauzani, M. A. (2021). Desain Diskresi Dan Fiktif Positif Pasca Pemberlakuan Undang-Undang Cipta Kerja. *Jurnal Literasi Hukum*, 5(2).
- Firdaus, F. R., & Erliyana, A. (2020). Perlindungan Kebijakan Diskresi dalam Penanganan Covid-19 Menurut Undang-Undang No. 2 Tahun 2020. *PALAR: Pakuan Law Review*, 6(02), 23–41.
- Goodnow, F. J. (1905). *The Principles of the Administrative Law of the United States (Boston, GP Putnam's Sons)*.
- Haryono, D. (2021). Metode Tafsir Putusan Mahkamah Konstitusi Dalam Pengujian Konstitusional Undang-Undang Cipta Kerja. *Jurnal Konstitusi*, 18(4), 774–802.
- Indonesia, S. J. K. Y. R. (2019). *Memperkuat peradaban hukum dan ketatanegaraan Indonesia. Jakarta: Sekretariat Jenderal Komisi Yudisial Republik Indonesia*.
- Irawan, A. (2022). Undang-Undang Cipta Kerja Di Tengah Himpitan Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 91/PUU-XVIII/2020. *LITIGASI*, 23(1), 101–133.
- Kurniawaty, Y. (2016a). Penggunaan Diskresi Dalam Pembentukan Produk Hukum. *Jurnal Legislasi Indonesia*, 13(1), 53–62.
- Kurniawaty, Y. (2016b). Penggunaan Diskresi Dalam Pembentukan Produk Hukum (The Use of Discretion in The Formation of a Legal Product). *Jurnal Legislasi Indonesia*, 13(01).
- Marbun, S. F., & Mahfud MD, M. (1987). *Pokok-pokok hukum administrasi negara*. Liberty.
- Muin, F. (2018). Diskresi Dalam Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan. *Tanjungpura Law Journal*, 2(2), 151–165.
- Narindra, J. S., & Ispriyarso, B. (2022). Analisis Penghapusan Syarat Tidak Bertentangan dengan Peraturan Perundang-Undangan Dalam Penggunaan Diskresi Pada Omnibus Law Cipta Kerja. *Jurnal Pembangunan Hukum Indonesia*, 4(3), 418–432.
- Natasasmita, B. I. (2011). Diskresi sebagai Tindak Pidana Korupsi: Kajian Kriminologi dan Hukum terhadap Fenomena Pejabat Otoritas. *MIMBAR: Jurnal Sosial Dan Pembangunan*, 27(2), 143–149.
- Patiro, Y. M. I. (2012). *Diskresi pejabat publik dan tindak pidana korupsi*. Keni Media.
- Ridwan, H. R. (2014). *Hukum administrasi negara*.
- Soemitro, R. H. (1990). *Metode penelitian hukum dan jurimetri*. Ghalia Indonesia, Jakarta.
- Syahrani, R. (1991). *Rangkuman intisari ilmu hukum*.
- Taufiqurrahman, M. (2019). Kedudukan Diskresi Pejabat Pemerintahan. *Jurnal Retentum*, 1(01), 48–61.
- Utami, N. W. (2022). Perluasan Pengaturan Diskresi Dalam Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2020 Tentang Cipta Kerja. *Jurnal Legislasi Indonesia*, 19(4).