

DESAIN DISKRESI DAN FIKTIF POSITIF PASCA PEMBERLAKUAN UNDANG-UNDANG CIPTA KERJA

Oleh

Muhammad Addi Fauzani

Pusat Studi Hukum Konstitusi Fakultas Hukum, Universitas Islam Indonesia

e-mail: addifauz@gmail.com

Abstrak

Pemberlakuan Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2020 tentang Cipta Kerja (UU CK) telah mengubah ketentuan di berbagai bidang hukum salah satunya di bidang administrasi pemerintahan. Penelitian ini bertujuan untuk, *pertama*, mengetahui desain diskresi dan fiktif positif pasca pemberlakuan UU CK. *Kedua*, mengetahui akibat hukum atas ketentuan diskresi dan fiktif positif dalam UU CK. Metode penelitian yang digunakan adalah yuridis normatif dengan pendekatan perundang-undangan dan konseptual. Hasil penelitian menunjukkan bahwa, *pertama*, meskipun pengertian diskresi dalam UU CK masih sama dengan yang ada di dalam Undang-Undang Administrasi Pemerintahan, tetapi UU CK menghilangkan salah satu syarat penggunaan diskresi yakni syarat, “tidak bertentangan dengan ketentuan perundang-undangan”. Sedangkan terkait fiktif positif, UU CK mengubah waktu maksimal Pejabat memberikan keputusan menjadi 5 hari dan menghilangkan mekanisme permohonan pengajuan keputusan lewat Pengadilan Tata Usaha Negara. Hasil penelitian yang *kedua*, yakni pengaturan penggunaan diskresi yang menghilangkan syarat “tidak bertentangan dengan ketentuan perundang-undangan” berakibat hukum merubah konsep diskresi dan berpotensi disalahgunakan oleh Pejabat Pemerintahan. Akibat hukum perubahan ketentuan fiktif positif yaitu a), berpotensi melanggar Asas-Asas Umum yang Baik (AAUPB) yang mengedepankan asas kecermatan; b) menghilangkan kontrol badan yudisial atas tindakan pejabat yang mengabaikan suatu permohonan guna memberikan jaminan kepastian hukum.

Kata kunci: Diskresi; fiktif positif; Undang-Undang Cipta Kerja.

PENDAHULUAN

Salah satu konsideran pembentukan Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2020 tentang Cipta Kerja (UU CK) intinya adalah bahwa upaya perubahan pengaturan perlu melalui perubahan Undang-Undang sektor yang belum mendukung terwujudnya sinkronisasi pengaturan, sehingga diperlukan terobosan hukum yang dapat menyelesaikan berbagai permasalahan dalam beberapa Undang-Undang ke dalam satu Undang-Undang secara komprehensif.¹ Artinya, dalam rangka mencapai tujuan pembentukan UU CK salah satu klaster yang perlu dilakukan terobosan hukum adalah klaster administrasi pemerintahan. Klaster ini diatur dalam Pasal 174 dan 175 BAB XI UU CK dengan judul “Pelaksanaan Administrasi Pemerintahan untuk Mendukung Cipta Kerja”. Secara umum,

meskipun pembentukan undang-undang ini dilakukan mekanisme yang tidak lazim, tetapi Presiden dan Dewan Perwakilan Rakyat tidak ragu untuk bersama-sama menyepakati pembentukan UU CK ini.²

UU CK klaster administrasi pemerintahan ini mengubah sebagian ketentuan dalam Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan (UU AP). Ketentuan dalam Administrasi Pemerintahan menjadi sangat berkaitan guna mendukung UU CK karena mengatur setidaknya tentang tata laksana dalam pengambilan keputusan dan/atau Tindakan oleh badan dan/atau pejabat pemerintahan. Artinya UU CK yang bertujuan di antaranya untuk kemudahan, perlindungan,

¹ Konsideran huruf e Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2020 tentang Cipta Kerja (UU CK).

² Disepakati pada 5 Oktober 2020, <https://www.dpr.go.id/berita/detail/id/30332/t/Paripurna+DPR+Sahkan+RUU+Cipta+Kerja+menjadi+UU>

dan pemberdayaan koperasi dan usaha mikro, kecil dan menengah, peningkatan ekosistem investasi, dan percepatan proyek strategis nasional diatur dan terikat dengan tata laksana dalam pengambilan keputusan dan/atau Tindakan oleh badan dan/atau pejabat. Sehingga, administrasi pemerintahan dapat disebut sebagai *juridische instrumentarium* untuk mencapai tujuan pembentukan UU CK.³ Selain itu, administrasi pemerintahan juga berguna agar terwujud pemerintahan yang baik (*algemene beginselen van behoorlijk bestuur*).⁴

Ketentuan diskresi dan fiktif positif menjadi bagian dari ruang lingkup yang diatur dalam UU AP. Diskresi dari segi bahasa dimaknai sebagai pertimbangan, wewenang untuk melakukan tindakan berdasarkan kebijakan sendiri, pertimbangan seorang pejabat publik dalam melaksanakan tugasnya, dan kekuasaan seseorang untuk mengambil pilihan melakukan atau tidak melakukan.⁵ Sedangkan fiktif positif dimaknai sebagai anggapan bahwa adanya suatu keputusan yang mengarah kepada pengabulan permohonan disebabkan tidak adanya respon dari pejabat pemerintah.⁶

Dua ketentuan tersebut sangat penting dalam hukum administrasi negara. Maka wajar apabila dilakukan perubahan terhadap ketentuan mengenai pelaksanaan administrasi pemerintahan khususnya ketentuan mengenai diskresi dan fiktif positif guna menyesuaikan dengan dinamika hukum dan masyarakat. Namun, jangan sampai perubahan tersebut justru menimbulkan permasalahan hukum lain yang lebih kompleks. Karena terdapat kaidah hukum untuk mempertahankan hukum lama

yang sudah baik dan menetapkan hukum baru yang lebih baik. Oleh karena itu, menarik dikaji permasalahan tentang perubahan ketentuan yang terjadi di dalam administrasi pemerintahan khususnya mengenai diskresi dan fiktif positif. Dilatarbelakangi uraian tersebut, maka tujuan penelitian ini yaitu untuk mengetahui, *pertama*, desain diskresi dan fiktif positif pasca pemberlakuan UU CK; dan *kedua*, akibat hukum atas ketentuan diskresi dan fiktif positif dalam UU CK.

METODE PENELITIAN

Jenis penelitian ini merupakan penelitian hukum normatif atau penelitian pustaka (*library research*), yaitu penelitian yang dilaksanakan dengan menggunakan literatur (kepustakaan).⁷ Penelitian ini menggunakan 3 (tiga) model pendekatan yang terdiri atas pendekatan undang-undang (*statute approach*), pendekatan konseptual (*conceptual approach*) dan pendekatan kasus.⁸ Sumber data yang digunakan dalam penelitian ini adalah sumber data sekunder dan sumber data primer. Sumber data primer, dalam kaitannya dengan penelitian ini yaitu berupa peraturan perundang-undangan. Sumber data sekunder, yakni bahan pustaka yang berisikan pengetahuan ilmiah yang baru atau mutakhir, ataupun pengetahuan baru tentang fakta yang diketahui maupun mengenai suatu gagasan (idea).⁹

HASIL PENELITIAN DAN PEMBAHASAN

Desain Diskresi dan Fiktif Positif Pasca Pemberlakuan Undang-Undang Cipta Kerja

Pembahasan *pertama* yakni terkait

³ SF Marbun, 2018, *Hukum Administrasi Negara I*, FH UII Press, Yogyakarta, hlm. 67.

⁴ Philipus M Hadjon, dkk, 2008, *Hukum Administrasi Indonesia*, Gadjah Mada University Press, Yogyakarta, Cetakan Kesepuluh, hlm. 28.

⁵ Ridwan, 2014, *Diskresi & Tanggung Jawab Pemerintah*, FH UII Press, Yogyakarta, hlm. 125.

⁶ Aschari, dkk, 2017, Kajian tentang Kompetensi Absolut Peradilan Tata Usaha Negara dalam Menyelesaikan Sengketa Keputusan Fiktif Positif, *Jurnal Kajian Hukum*, Vol. 2, No. 1, hlm. 32.

⁷ Iqbal Hasan, 2002, *Pokok-Pokok Materi Metodologi Penelitian dan Aplikasinya*, Ghalia Indonesia, Jakarta, hlm. 11.

⁸ Peter Mahmud Marzuki, 2013, *Penelitian Hukum*, Kencana Media Group, Jakarta, hlm. 93.

⁹ Bambang Waluyo, 2008, *Penelitian Hukum dalam Praktek*, Sinar Grafika, Jakarta, hlm. 51.

desain diskresi yang diuraikan sebagai berikut. Pasal 1 angka 9 UU AP memberikan pengertian terhadap diskresi yang berarti adalah “Keputusan dan/atau Tindakan yang ditetapkan dan/atau dilakukan oleh Pejabat Pemerintahan untuk mengatasi persoalan konkret yang dihadapi dalam penyelenggaraan pemerintahan dalam hal peraturan perundang-undangan yang memberikan pilihan, tidak mengatur, tidak lengkap atau tidak jelas, dan/atau adanya stagnasi pemerintahan.”

Latar belakang diskresi, lahir atas adanya pergeseran konsepsi *nachwachtersstaat* (Negara peronda) ke konsepsi *welfare state* yang pada akhirnya membawa pergeseran peranan dan aktivitas pemerintah. Pada konsepsi *nachwachtersstaat* berlaku prinsip *staatsonthouding* yaitu pembatasan Negara dan pemerintah dari kehidupan sosial dan ekonomi masyarakat. Sedangkan pada konsepsi *welfare state* pemerintah diberi kewajiban untuk mewujudkan *bestuurszorg* (kesejahteraan umum), yang untuk itu kepada pemerintah diberikan kewenangan untuk campur tangan (*staatsbemoeienis*) dalam segala lapangan kehidupan masyarakat. Artinya pemerintah dituntut untuk bertindak aktif di tengah dinamika kehidupan masyarakat.¹⁰

Pada dasarnya setiap campur tangan pemerintah ini harus didasarkan pada peraturan perundang-undangan yang berlaku sebagai perwujudan dari asas legalitas, yang menjadi sendi utama Negara hukum. Akan tetapi, karena ada keterbatasan dari asas ini atau karena adanya kelemahan dan kekurangan yang terdapat pada peraturan perundang-undangan, maka kepada pemerintah diberi kebebasan *freies Ermessen*, yaitu kemerdekaan pemerintah untuk dapat bertindak atas inisiatif sendiri dalam menyelesaikan persoalan-persoalan sosial. *Freies Ermessen (diskresionare)* merupakan salah satu sarana yang memberikan ruang

gerak bagi pejabat atau badan-badan administrasi Negara untuk melakukan tindakan tanpa harus terikat sepenuhnya pada undang-undang. Dalam praktek, *freies Ermessen* ini membuka peluang terjadinya benturan kepentingan antara pemerintah dengan warga Negara.¹¹

BAB VI UU AP mengatur sendiri tentang diskresi, yang terdiri dari lingkup diskresi, persyaratan diskresi, prosedur penggunaan diskresi, dan akibat hukum diskresi. Pasal 24 UU AP mengatur tentang syarat yang harus dipenuhi oleh Pejabat Pemerintahan apabila akan menggunakan diskresi, yang berbunyi sebagai berikut.

Pasal 24

Pejabat Pemerintahan yang menggunakan Diskresi harus memenuhi syarat:

- a. sesuai dengan tujuan Diskresi sebagaimana dimaksud dalam Pasal 22 ayat (2);
- b. tidak bertentangan dengan ketentuan peraturan perundang-undangan;
- c. sesuai dengan AUPB;
- d. berdasarkan alasan-alasan yang objektif;
- e. tidak menimbulkan Konflik Kepentingan; dan
- f. dilakukan dengan iktikad baik.

Pengertian diskresi dalam UU CK masih sama dengan apa yang di dalam UU AP. Hanya saja terkait pengaturan mengenai syarat diskresi yang harus dipenuhi oleh pejabat pemerintahan sedikit diatur berbeda dalam UU CK. UU CK menghilangkan salah satu syarat penggunaan diskresi yakni syarat, “tidak bertentangan dengan ketentuan perundang-undangan.” Pasal 175 angka 2 UU CK berbunyi sebagai berikut.

Ketentuan Pasal 24 diubah sehingga berbunyi sebagai berikut:

Pasal 24

Pejabat Pemerintahan yang menggunakan Diskresi harus memenuhi syarat:

¹⁰ Ridwan, 2014, *Hukum Administrasi Negara*, Rajawali Press, Jakarta, hlm. 14-15.

¹¹ *Ibid*, hlm. 169-170.

- a. sesuai dengan tujuan Diskresi sebagaimana dimaksud dalam Pasal 22 ayat (2);
- b. sesuai dengan AUPB;
- c. berdasarkan alasan-alasan yang objektif;
- d. tidak menimbulkan Konflik Kepentingan; dan
- e. dilakukan dengan iktikad baik.

Politik hukum penghilangan syarat “tidak bertentangan dengan ketentuan peraturan perundang-undangan” dalam penggunaan diskresi oleh pejabat pemerintahan, setidaknya terdapat dalam naskah akademik RUU CK, yang berbunyi sebagai berikut.¹²

...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...

Berdasarkan catatan tersebut, ditemukan bahwa memang pembentuk undang-undang tidak menghendaki adanya syarat tidak bertentangan dengan ketentuan peraturan perundang-undangan dalam penggunaan diskresi oleh pejabat pemerintahan. Alasan pembentuk undang-undang adalah bahwa syarat “tidak bertentangan dengan ketentuan peraturan perundang-undangan” membuat ruang kebebasan bertindak menjadi kurang efektif, padahal pejabat pemerintahan memiliki

kewenangan diskresi yaitu kebebasan bertindak.

Jika desain diskresi yang dikehendaki oleh pembentuk undang-undang demikian, maka sejatinya telah terjadi pergeseran konsep syarat penggunaan diskresi oleh pejabat pemerintahan. Dalil berikut dapat ditelusuri dari konsep syarat penggunaan diskresi yang diuraikan oleh beberapa ahli sebagai berikut.

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. Di samping itu, karena di dalam diskresi terkandung makna pertimbangan berbagai kepentingan terkait pilihan dan pencapaian tujuan, maka keabsahan diskresi juga didasarkan pada rasionalitas (*redelijkheid*), efektifitas dan efisiensi (*doeltreffendheid en doelmatigheid*). Diskresi pemerintah dianggap menyimpang jika “*aperte onredelijkheid in de belangenafweging*” atau nyata-nyata tidak masuk akal dalam pertimbangan.¹³ Sejalan dengan hal di tersebut, Indroharto yang dikutip oleh Ridwan menyatakan, bahwa pembuatan salah bagian dari diskresi/*freiss ermessen* yaitu peraturan kebijaksanaan harus memperhatikan hal-hal sebagai berikut. *Pertama*, tidak boleh bertentangan dengan peraturan dasar yang mengandung wewenang diskresioner yang dijabarkan itu. *Kedua*, tidak boleh nyatanya bertentangan dengan nalar yang sehat. *Ketiga*, harus dipersiapkan dengan cermat; semua kepentingan, keadaan-keadaan serta alternatif-alternatif yang ada perlu dipertimbangkan, *Keempat*, isi dari kebijaksanaan harus memberikan kejelasan yang cukup mengenai hak-hak dan kewajiban-kewajiban dari warga yang terkena peraturan tersebut. *Kelima*, tujuan-tujuan dan dasar-dasar pertimbangan mengenai kebijaksanaan yang akan ditempuh harus jelas. *Keenam*, harus memenuhi syarat

¹² Naskah Akademik RUU Cipta Kerja, diakses dari <https://uu-ciptakerja.go.id/naskah-akademis-ruu-tentang-cipta-kerja/> pada 26 Maret 2021, hlm. 203.

¹³ Ridwan, 2014, *Diskresi & Tanggung Jawab Pemerintah*, ..., *Op. Cit.* hlm. 156.

kepastian hukum material, artinya hak-hak yang telah diperoleh dari warga masyarakat yang terkena harus dihormati, kemudian juga harapan-harapan warga yang pantas telah ditimbulkan jangan sampai diingkari.¹⁴

Masih membahas terkait dengan pembatasan diskresi, menurut Muchsan bahwa terdapat pembatasan penggunaan diskresi atau *freies Ermessen* sebagai berikut. *Pertama, freies Ermessen* tidak boleh bertentangan dengan sistem hukum yang berlaku (kaidah hukum positif. *Kedua*, penggunaan *freies Ermessen* hanya ditujukan demi kepentingan umum. Selanjutnya, Sjachran Basah pun juga setidaknya menyatakan bahwa dalam menggunakan diskresi ini atau *freies Ermessen* harus dapat dipertanggungjawabkan secara moral kepada Tuhan Yang Maha Esa, menjunjung tinggi harkat dan martabat manusia serta nilai-nilai kebenaran dan keadilan, mengutamakan persatuan dan kesatuan, demi kepentingan bersama. Secara hukum, terdapat dua batas, yaitu batas-atas dan batas bawah. Batas-atas dimaksudkan ketaat-asasan ketentuan perundangundangan berdasarkan asas taat-asas, yaitu peraturan yang tingkat derajatnya lebih rendah tidak boleh bertentangan dengan peraturan yang tingkat derajatnya lebih tinggi. Sedangkan batas-bawah ialah peraturan yang dibuat atau sikap-tindak administrasi negara (baik aktif maupun pasif), tidak boleh melanggar hak dan kewajiban asasi warga.¹⁵

Berdasarkan hal di atas, sejatinya meskipun pejabat pemerintahan memiliki wewenang dan kebebasan dalam menggunakan diskresi, tapi secara teoritis tetap memiliki batasan yaitu tidak boleh bertentangan dengan hukum tertulis. Bahkan diskresi pun tidak boleh bertentangan dengan hukum tidak tertulis yaitu asas-asas umum pemerintahan yang baik.

Selanjutnya, pembahasan yang *kedua* yakni terkait fiktif positif yang diuraikan

sebagai berikut. Pasal 53 UU AP secara tersirat mengatur terkait fiktif positif yang berbunyi sebagai berikut.

Pasal 53

- (1) Batas waktu kewajiban untuk menetapkan dan/atau melakukan Keputusan dan/atau Tindakan sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan.
- (2) Jika ketentuan peraturan perundang-undangan tidak menentukan batas waktu kewajiban sebagaimana dimaksud pada ayat (1), maka Badan dan/atau Pejabat Pemerintahan wajib menetapkan dan/atau melakukan Keputusan dan/atau Tindakan dalam waktu paling lama 10 (sepuluh) hari kerja setelah permohonan diterima secara lengkap oleh Badan dan/atau Pejabat Pemerintahan.
- (3) Apabila dalam batas waktu sebagaimana dimaksud pada ayat (2), Badan dan/atau Pejabat Pemerintahan tidak menetapkan dan/atau melakukan Keputusan dan/atau Tindakan, maka permohonan tersebut dianggap dikabulkan secara hukum.
- (4) Pemohon mengajukan permohonan kepada Pengadilan untuk memperoleh putusan penerimaan permohonan sebagaimana dimaksud pada ayat (3).
- (5) Pengadilan wajib memutuskan permohonan sebagaimana dimaksud pada ayat (4) paling lama 21 (dua puluh satu) hari kerja sejak permohonan diajukan.
- (6) Badan dan/atau Pejabat Pemerintahan wajib menetapkan Keputusan untuk melaksanakan putusan Pengadilan sebagaimana dimaksud pada ayat (5) paling lama 5 (lima) hari kerja sejak putusan Pengadilan ditetapkan.

Ketentuan di atas diubah oleh UU CK Pasal 175 angka 6 UU CK berbunyi sebagai berikut.

Pasal 53

- (1) Batas waktu kewajiban untuk menetapkan dan/atau melakukan Keputusan dan/atau Tindakan diberikan sesuai dengan ketentuan peraturan perundangundangan.

¹⁴ Ridwan, 2014, *Hukum Administrasi Negara*, Rajawali Press, ..., *Op. Cit.*, hlm. 172-174.

¹⁵ *Ibid.*

- (2) Jika ketentuan peraturan perundang-undangan tidak menentukan batas waktu kewajiban sebagaimana dimaksud pada ayat (1), Badan dan/atau Pejabat Pemerintahan wajib menetapkan dan/atau melakukan Keputusan dan/atau Tindakan dalam waktu paling lama 5 (lima) hari kerja setelah permohonan diterima secara lengkap oleh Badan dan/ atau Pejabat Pemerintahan.
- (3) Dalam hal permohonan diproses melalui sistem elektronik dan seluruh persyaratan dalam sistem elektronik telah terpenuhi, sistem elektronik menetapkan Keputusan dan/atau Tindakan sebagai Keputusan atau Tindakan Badan atau Pejabat Pemerintahan yang berwenang.
- (4) Apabila dalam batas waktu sebagaimana dimaksud pada ayat (2)', Badan dan/atau Pejabat Pemerintahan tidak menetapkan dan/atau melakukan Keputusan dan/atau Tindakan, permohonan dianggap dikabulkan secara hukum.
- (5) Ketentuan lebih lanjut mengenai bentuk penetapan Keputusan dan/atau Tindakan yang dianggap dikabulkan secara hukum sebagaimana dimaksud pada ayat (3) diatur dalam Peraturan Presiden.

Tedapat setidaknya dua perubahan ketentuan dalam pengaturan fiktif positif, yaitu a) batas waktu kewajiban Pejabat Pemerintahan untuk menetapkan dan/atau melakukan Keputusan dan/atau Tindakan. Di dalam UU AP diatur batas waktu Pejabat Pemerintahan selama 10 hari, sedangkan di dalam UU CK diatur lebih cepat yakni selama 5 hari; b) mekanisme pengajuan permohonan kepada Pengadilan untuk memperoleh putusan penerimaan. Di dalam UU AP diatur tentang mekanisme yang melibatkan pengadilan untuk memutus fiktif positif, sedangkan di dalam UU CK, pengadilan tidak dilibatkan dalam memutus fiktif positif, tetapi secara *mutatis mutandis* dianggap dikabulkan secara hukum.

Dalam kajian hukum administrasi negara, ada tiga jenis tindakan hukum pemerintahan yaitu melakukan perbuatan materiil (*materiele daad*), mengeluarkan

peraturan (*regeling*) dan mengeluarkan keputusan/ketetapan (*beschikking*). Pada awalnya terhadap sikap diam pemerintah ini tidak dapat diajukan gugatan ke pengadilan karena tidak ada keputusan. Pada prinsipnya pemerintah tidak boleh mengambil manfaat dari sikap diamnya (*I'administration ne peut beneficier de son inaction*). Pengadilan baru berwenang memeriksa suatu sengketa apabila ada keputusan yang digugat dan gugatan diajukan dalam tenggang waktu sejak diberitahukan atau diumumkan keputusan yang disengketakan tersebut. Akan tetapi pemerintah dapat menutup peluang mengajukan gugatan ke pengadilan dengan menolak mengambil keputusan. Keadaan ini dapat menutup peluang mendapat jawaban bagi orang perseorangan atau perusahaan tanpa batas waktu. Oleh karena itu keputusan *implicit* telah diciptakan. Tujuannya adalah setelah tenggang waktu tertentu dengan sendirinya timbul keputusan sehingga ada keputusan yang dapat digugat di pengadilan. Keputusan fiktif lahir sebagai sarana untuk memberikan ruang bagi publik agar dapat mengajukan gugatan ke pengadilan. Mengapa diperlukan pengaturan tentang keputusan fiktif? *Pertama* Untuk melindungi pemohon, salah satu syarat hak konstitusional untuk mengajukan gugatan adalah adanya suatu peraturan perundang-undangan yang mengatur akibat sikap diam pemerintah terhadap permohonan. *Kedua* Pada dasarnya hakim Peradilan Tata Usaha Negara menguji legalitas keputusan. Hal ini berarti hakim tidak boleh menggantikan kedudukan administrasi pemerintahan.¹⁶

Tindakan pengabulan permohonan administrasi menjadi kewenangan Badan/Pejabat Tata Usaha Negara sepenuhnya dan berada dalam ranah kebijakan Badan/Pejabat Tata Usaha Negara yang kemudian diformalkan melalui penerbitan Keputusan Tata Usaha Negara, sehingga tidak

¹⁶ Desy Wulandari, 2020, Pengujian Keputusan Fiktif Positif di Pengadilan Tata Usaha Negara, *Jurnal Lex Renaissance*, No. 1 Vol. 5 Januari, hlm. 33.

hanya Keputusan Tata Usaha Negara saja yang dapat diajukan gugatan namun juga setiap tindakan yang dilakukan dalam rangka persiapan, pembentukan serta pemenuhan keputusan tata usaha negara.¹⁷

Percepatan batas waktu kewajiban Pejabat Pemerintahan untuk menetapkan dan/atau melakukan Keputusan dan/atau Tindakan. Di dalam UU AP diatur batas waktu Pejabat Pemerintahan selama 10 hari, sedangkan di dalam UU CK diatur lebih cepat yakni selama 5 hari, konsekuensi dari tidak dijawabnya permohonan dalam waktu 5 hari tersebut adalah dianggap dikabulkan secara hukum. Pada dasarnya Parlemen Uni Eropa mengeluarkan direktif No. 123 Tahun 2006 (*Directive 2006/123/EC*) yang intinya direktif tersebut mengarahkan agar setiap negara anggota mengambil sejumlah langkah berikut yang diantaranya: (a) *setting up points of single contact for information and support on administrative procedures and ensuring that such procedures can be completed electronically*; (b) *reviewing and simplifying all their authorisation schemes concerning access to services*; (c) *requiring EU countries to abolish discriminatory requirements, such as nationality or residence, and restrictive requirements, such as economic needs tests that require businesses to prove to the authorities that there is a demand for their services*.¹⁸ Oleh karena masalah kemudahan perizinan merupakan salah satu faktor penting yang menjamin kelancaran arus perdagangan dan kerjasama ekonomi, maka setiap negara anggota diminta untuk menghilangkan rintangan bagi pelaku usaha yang ingin menerima layanan administrasi di negara sesama anggota UE, khususnya kewajiban untuk mendapatkan otorisasi di bidang perizinan. Komisi Eropa menilai instrumen “otorisasi diam-diam” atau fiktif positif akan membantu untuk menyederhanakan prosedur perizinan dan cocok dengan inisiatif yang ada

untuk memfasilitasi pergerakan bebas dari layanan bisnis antara negara.¹⁸

Sejatinya fiktif positif sendiri menjadi dasar untuk meningkatkan pemerintahan yang baik (*good governance*) guna mencegah praktik korupsi, kolusi, dan nepotisme, sehingga akan tercipta birokrasi yang semakin baik, transparan dan efisien. Demikian sikap, prilaku, budaya dan pola tindak administrasi yang demokratis, objektif dan profesional.¹⁹ Selain itu, fiktif positif juga merupakan instrumen perlindungan hukum bagi rakyat. Perlindungan hukum bagi rakyat berkaitan dengan rumusan “*rechtsbesherming van de burgers tegen de overheid*” (dalam kepastakaan berbahasa belanda) dan “*legal protection of the individual in relation to acts of administrative authorities*” (dalam kepastakaan berbahasa inggris). Meskipun memiliki pengertian yang sama, akan tetapi masing-masing negara mempunyai konsep yang berbeda mengenai perlindungan hukum bagi rakyatnya. Konsep perlindungan hukum di Indonesia, sejatinya beranjak dari makna Pancasila yang substansinya berarti kekeluargaan atau gotong royong, menurut Philipus M. Hadjon asas berdasarkan jiwa kekeluargaan ini dapat disebut pula sebagai asas kerukunan. Asas kerukunan tersebut melandasi hubungan antara pemerintah dengan rakyat, serta antara organ kekuasaan negara yang satu dengan lainnya yang melahirkan hubungan fungsional proporsional antara kekuasaankekuasaan negara.²⁰

¹⁷ Kartika Widya Utama, 2015, “Surat Keputusan Tata Usah Negara Yang Bersifat Fiktif Positif”, *Jurnal Notarius*, Edisi 08, Nomor 2, September 2015, hlm 146.

¹⁸ Enrico Simanjuntak, 2017, Perkara Fiktif Positif dan Permasalahan Hukumnya, *Jurnal Hukum dan Peradilan*, Volume 6 Nomor 3, November, hlm. 380.

¹⁹ SF Marbun, 2018. *Hukum Administrasi Negara 1*, ... *Op. Cit.*, hlm. 368-369.

²⁰ Muhammad Addi Fauzani dan Fandi Nur Rohman, 2020, Problematik Penyelesaian Sengketa Perbuatan Melawan Hukum oleh Penguasa di Peradilan Administrasi Indonesia (Studi Kritis terhadap Peraturan Mahkamah Agung Nomor 2 Tahun 2019), *Jurnal Widya Pranata Hukum*, Vol. 2 Nomor 1 Februari, hlm. 19-20.

Akibat Hukum atas Ketentuan Diskresi dan Fiktif Positif dalam Undang-Undang Cipta Kerja

Pertama, perubahan ketentuan diskresi dalam UU CK. Sebagaimana telah dijelaskan sebelumnya, bahwa Pasal 175 angka 2 UU CK mengatur tentang syarat penggunaan diskresi yang harus dipenuhi oleh pejabat pemerintahan. UU CK menghilangkan salah satu syarat penggunaan diskresi yakni syarat, “tidak bertentangan dengan ketentuan perundang-undangan.” Meskipun memang pengertian diskresi dalam UU CK masih sama dengan apa yang di dalam UU AP.

Terdapat setidaknya 2 akibat hukum dalam perubahan penggunaan syarat diskresi oleh Pejabat Pemerintahan, dapat diuraikan sebagai berikut.

- a) Diskresi tidak terikat pada ketentuan peraturan perundang-undangan.

Sebagaimana dijelaskan sebelumnya, bahwa diskresi lahir atas adanya pergeseran konsepsi *nachwachtersstaat* ke konsepsi *welfare state* yang pada akhirnya membawa pergeseran peranan dan aktivitas pemerintah yang tidak terbatas. Pemerintah diberikan kewenangan untuk campur tangan (*staatsbemoeienis*) dalam segala lapangan kehidupan masyarakat. Hal ini berarti bahwa pemerintah dituntut untuk bertindak aktif di tengah dinamika kehidupan masyarakat.²¹

Prinsip dasarnya adalah bahwa setiap campur tangan pemerintah harus didasarkan pada peraturan perundang-undangan yang berlaku sebagai perwujudan dari asas legalitas. Namun, disebabkan terdapat 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 inisiatif

sendiri dalam menyelesaikan persoalan-persoalan sosial. Diskresi merupakan salah satu sarana yang memberikan ruang gerak bagi pejabat atau badan-badan administrasi Negara untuk melakukan tindakan tanpa harus terikat sepenuhnya pada undang-undang. Dalam praktek diskresi ini membuka peluang terjadinya benturan kepentingan antara pemerintah dengan warga Negara.²²

Secara teoritis, dalil bahwa diskresi haruslah tidak bertentangan dengan ketentuan dalam peraturan perundang-undangan dapat diuraikan sebagai berikut. Diskresi 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.²³ Sehingga, rumusan syarat penggunaan diskresi dalam UU CK menjadi ambigu karena tetap mempertahankan syarat “sesuai dengan AUPB (Asas-Asas Umum Pemerintahan yang Baik)” yang dalam hal ini adalah hukum tidak tertulis (meskipun pada akhirnya UU AP mengatur tentang eksistensi AUPB dan apa saja contoh dari AUPB), tetapi di lain hal UU CK justru menghilangkan syarat “tidak bertentangan dengan ketentuan peraturan perundang-undangan”

Mirip dengan dalil di atas, harus juga dipahami bahwa bebasnya sifat wewenang pemerintahan yang dirumuskan dalam peraturan dasarnya, tetap harus berlaku norma-norma tidak tertulis yang disebut dengan Asas-Asas Umum Pemerintahan yang Layak. Kebijakan yang diambil pejabat pemerintah tidak diperkenankan Hakim biasa untuk mengadilinya. Bukanlah pengadilan yang dapat menilai kebijakan penguasa dengan diskresinya, sehingga kebijakan pemerintah tidak boleh dicampuri oleh Hakim Umum. Pembatasan terhadap *Beleidsvrijheid* itu adalah apabila terdapat perbuatan yang masuk dalam

²¹ Ridwan, 2014, *Hukum Administrasi Negara*, Rajawali Press, Jakarta, hlm. 14-15.

²² *Ibid*, hlm. 169-170.

²³ Ridwan, 2014, *Diskresi & Tanggung Jawab Pemerintah, ..., Op. Cit.* hlm. 156.

kategori penyalahgunaan wewenang dan perbuatan sewenang-wenang, dan pola penyelesaian terhadap penyimpangan ini adalah melalui Peradilan Tata Usaha Negara.²⁴

Senada dengan dalil sebelumnya, Indroharto yang dikutip oleh Ridwan menyatakan, bahwa pembuatan salah bagian dari diskresi/*freiss ermessen* yaitu peraturan kebijaksanaan harus memperhatikan hal-hal sebagai berikut. *Pertama*, tidak boleh bertentangan dengan peraturan dasar yang mengandung wewenang diskresioner yang dijabarkan itu. *Kedua*, tidak boleh nyata-nyata bertentangan dengan nalar yang sehat. *Ketiga*, harus dipersiapkan dengan cermat; semua kepentingan, keadaan-keadaan serta alternatif-alternatif yang ada perlu dipertimbangkan, *Keempat*, isi dari kebijaksanaan harus memberikan kejelasan yang cukup mengenai hak-hak dan kewajiban-kewajiban dari warga yang terkena peraturan tersebut. *Kelima*, tujuan-tujuan dan dasar-dasar pertimbangan mengenai kebijaksanaan yang akan ditempuh harus jelas. *Keenam*, 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 ditimbulkan jangan sampai diingkari.²⁵

Melanjutkan pembahasan terkait dengan pembatasan diskresi, Muchsan berpendapat bahwa terdapat pembatasan penggunaan diskresi atau *freies Ermessen* sebagai berikut. *Pertama*, *freies Ermessen* tidak boleh bertentangan dengan sistem hukum yang berlaku (kaidah hukum positif. *Kedua*, penggunaan *freies Ermessen* hanya ditujukan demi kepentingan umum. Selanjutnya, Sjachran Basah pun juga setidaknya menyatakan bahwa dalam menggunakan diskresi ini atau *freies Ermessen* harus dapat

dipertanggungjawabkan secara moral kepada Tuhan Yang Maha Esa, menjunjung tinggi harkat dan martabat manusia serta nilai-nilai kebenaran dan keadilan, mengutamakan persatuan dan kesatuan, demi kepentingan bersama. Secara hukum, terdapat dua batas, yaitu batas-atas dan batas bawah. Batas-atas dimaksudkan ketaat-asasan ketentuan perundangundangan berdasarkan asas taat-asas, yaitu peraturan yang tingkat derajatnya lebih rendah tidak boleh bertentangan dengan peraturan yang tingkat derajatnya lebih tinggi. Sedangkan batas-bawah ialah peraturan yang dibuat atau sikap-tindak administrasi negara (baik aktif maupun pasif), tidak boleh melanggar hak dan kewajiban asasi warga.²⁶

Berdasarkan bangunan konsep diskresi di atas, yang telah diuraikan oleh beberapa ahli, maka hampir semua menyatakan bahwa diskresi tidak boleh bertentangan dengan ketentuan peraturan perundang-undangan. Hal ini berarti bahwa pada mulanya konsep diskresi meskipun di dalamnya terdapat sifat bebas, tetapi tetap dalam kerangka peraturan perundang-undangan yang ada. Sehingga UU CK sejatinya telah menggeser konsep diskresi yang sebelumnya terikat pada ketentuan peraturan perundang-undangan menjadi diskresi yang tidak perlu mempertimbangkan ketentuan peraturan perundang-undangan. Di samping itu sebagaimana dijelaskan sebelumnya, rumusan syarat penggunaan diskresi dalam UU CK pun juga ambigu karena tetap mempertahankan syarat “sesuai dengan AUPB” Padahal salah satu AUPB adalah asas kepastian. Asas ini berarti bahwa asas dalam negara hukum yang mengutamakan landasan ketentuan peraturan perundang-undangan, kepatutan, keadilan, dan keadilan dalam setiap kebijakan penyelenggaraan pemerintahan.²⁷ Sehingga politik hukum UU

²⁴ Githa Angela Sihotang dkk, 2017, Diskresi dan Tanggung Jawab Pejabat Publik Pada Pelaksanaan Tugas dalam Situasi Darurat, *Jurnal Law Reform*, Volume 13, No. 1, hlm. 65.

²⁵ Ridwan, 2014, *Hukum Administrasi Negara*, Rajawali Press, ..., *Op. Cit.*, hlm. 172-174.

²⁶ Ibid.

²⁷ Penjelasan Pasal 10 ayat (1) huruf a, dalam teori dikenal prinsip larangan inkonsisten dan saling berkontradiksi. *the lack or rules or law, which leads to ad hoc, and inconsistent adjudication and contradiction in the law*, Lon Fuller, *The Morality*

CK yang menghilangkan syarat diskresi yakni syarat tidak bertentangan dengan ketentuan peraturan perundang-undangan disebabkan syarat tersebut membuat ruang kebebasan bertindak menjadi kurang efektif, padahal pejabat pemerintahan memiliki kewenangan diskresi yaitu kebebasan bertindak menjadi tidak tercapai.

- b) Berpotensi melanggar ketentuan peraturan perundang-undangan atas nama diskresi

Pada dasarnya, penggunaan diskresi oleh Badan/Pejabat administrasi negara dimaksudkan untuk menyelesaikan persoalan-persoalan penting dan mendesak serta tiba-tiba yang sifatnya kumulatif. Bisa saja muncul persoalan yang penting tapi tidak mendesak untuk segera diselesaikan. Ada pula kemungkinan muncul persoalan mendesak, tapi tidak terlalu penting untuk diselesaikan. Suatu persoalan baru dapat dikualifikasi sebagai persoalan penting apabila persoalan tersebut menyangkut kepentingan umum, sedangkan kriteria kepentingan umum harus ditetapkan oleh suatu peraturan perundang-undangan. Berdasarkan hal tersebut diatas, dapat disimpulkan bahwa penggunaan kewenangan diskresi oleh Badan/Pejabat administrasi pemerintahan hanya dapat dilakukan dalam hal tertentu dimana peraturan perundang-undangan yang berlaku tidak mengaturnya atau karena peraturan yang ada yang mengatur tentang sesuatu hal tidak jelas dan hal tersebut dilakukan dalam keadaan darurat/mendesak demi kepentingan umum yang telah ditetapkan dalam suatu peraturan perundang-undangan. Sedangkan yang dimaksud persoalan-persoalan penting yang mendesak, sekurang-kurangnya mengandung unsur-unsur sebagai berikut: a. Persoalan-persoalan yang muncul harus menyangkut kepentingan umum, yaitu, kepentingan bangsa dan negara, kepentingan masyarakat luas, kepentingan rakyat banyak/bersama, serta kepentingan pembangunan. b. Munculnya

persoalan tersebut secara tiba-tiba, berada diluar rencana yang telah ditentukan. c. Untuk menyelesaikan persoalan tersebut, peraturan perundang-undangan belum mengaturnya atau hanya mengatur secara umum, sehingga administrasi Negara mempunyai kebebasan untuk menyelesaikan atas inisiatif sendiri. d. Prosedurnya tidak dapat diselesaikan menurut administrasi yang normal, atau jika diselesaikan menurut prosedur administrasi yang normal justru kurang berdaya guna dan berhasil guna. e. Jika persoalan tersebut tidak diselesaikan dengan cepat, maka akan menimbulkan kerugian bagi kepentingan umum. Berdasarkan doktrin dapat disimpulkan bahwa keadaan mendesak adalah suatu keadaan yang muncul secara tiba-tiba menyangkut kepentingan umum yang harus diselesaikan dengan cepat, dimana untuk menyelesaikan persoalan tersebut, peraturan perundang-undangan belum mengaturnya atau hanya mengatur secara umum.²⁸

Pengertian kepentingan umum menurut penjelasan Pasal 49 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1986 dijelaskan bahwa yang dimaksud dengan “kepentingan umum” adalah kepentingan bangsa dan negara dan/atau kepentingan masyarakat bersama dan/atau kepentingan pembangunan, sesuai dengan peraturan perundangundangan yang berlaku. Artinya masih memungkinkan peraturan perundang-undangan yang bersifat sektoral menafsirkan arti kepentingan umum pada bidang tertentu sepanjang bukan mengenai kepentingan orang-orang atau kelompok/golongan tertentu saja melainkan berlaku secara luas. Undang-Undang Administrasi Pemerintahan memberi penegasan batas ruang lingkup penggunaan diskresi oleh Pejabat Pemerintahan meliputi: a. pengambilan keputusan atau tindakan berdasarkan ketentuan peraturan perundang-undangan yang memberikan suatu pilihan

of Law, Yale University Press, New Haven, 1969, hlm. 33-38.

²⁸ Luthfi Anshori, 2015, Diskresi dan Pertanggungjawaban Pemerintah dalam Penyelenggaraan Pemerintahan, *Jurnal Yuridis*, Vol. 1 Juni 2015, hlm. 141.

keputusan atau Tindakan; b. pengambilan keputusan atau tindakan karena peraturan perundang-undangan tidak mengatur; c. pengambilan keputusan atau tindakan karena peraturan perundang-undangan tidak lengkap atau tidak jelas; dan d. pengambilan keputusan atau tindakan karena adanya stagnasi pemerintahan guna kepentingan yang lebih luas.²⁹ Berkaca pada uraian tersebut, dapat disimpulkan bahwa penggunaan diskresi yang ditujukan untuk penyelesaian persoalan yang penting dan mendesak, bahkan belum diatur hukumnya pun, dibatasi pada kerangka hukum yang berlaku. Hal ini sesuai dengan tujuan diskresi sendiri yaitu, a. melancarkan penyelenggaraan pemerintahan; b. mengisi kekosongan hukum; c. memberikan kepastian hukum; dan d. mengatasi stagnasi pemerintahan dalam keadaan tertentu guna kemanfaatan dan kepentingan umum.³⁰

Tidak pernah ada wewenang bebas sepenuhnya, sebab dalam kerangka hukum modern, hal ini berarti bahwa wewenang yang dimiliki oleh pejabat administrasi tidak boleh digunakan untuk tujuan lain dari maksud diberikan wewenang itu kepadanya. Wewenang bebas yang diberikan mengandung suatu kewajiban bahwa pejabat administrasi negara harus selalu menentukan keputusan yang terbaik untuk menghadapi situasi konkret.³¹ Hal ini berarti bahwa, meskipun diskresi memiliki sifat kebebasan dalam memilih kebijakan, tetapi pejabat pemerintahan tetap terikat pada kerangka hukum yang berlaku. Dengan dihapuskannya syarat, “tidak bertentangan dengan ketentuan perundang-undangan” dalam penggunaan diskresi, maka memberikan celah bagi pejabat pemerintahan melanggar ketentuan peraturan perundang-undangan atas nama diskresi.

Kedua, perubahan ketentuan fiktif positif dalam UU CK. Pasal 53 UU AP Ketentuan diubah dengan Pasal 175 angka 6 UU CK, yang intinya terdapat setidaknya dua perubahan ketentuan dalam pengaturan fiktif positif, yaitu a) batas waktu kewajiban Pejabat Pemerintahan untuk menetapkan dan/atau melakukan Keputusan dan/atau Tindakan. Di dalam UU AP diatur batas waktu Pejabat Pemerintahan selama 10 hari, sedangkan di dalam UU CK diatur lebih cepat yakni selama 5 hari; b) mekanisme pengajuan permohonan kepada Pengadilan untuk memperoleh putusan penerimaan. Di dalam UU AP diatur tentang mekanisme yang melibatkan pengadilan untuk memutus fiktif positif, sedangkan di dalam UU CK, pengadilan tidak dilibatkan dalam memutus fiktif positif, tetapi secara mutatis mutandis dianggap dikabulkan secara hukum.

Sikap diam yang dimaknai sebagai suatu persetujuan identik dengan salah satu maksim hukum di zaman Romawi dahulu: *qui tacet consentire videtur (silence implies consent)*. Dalam konteks hukum kontemporer, konsep atau prinsip fiktif positif digunakan dan dikembangkan dari suatu kondisi atau keadaan ketika otoritas administrasi bersikap tidak sebagaimana seharusnya yakni mengabaikan sesuatu permohonan yang ditujukan kepadanya (*administrative inaction*), tidak melayani secara optimal (*unprofessional*), bersikap tidak responsif (*unresponsive*), memproses suatu permohonan secara berlarut-larut (*delaying services*) dan lain sebagainya yang identik dengan hal-hal yang sifatnya termasuk dalam kategori maladministrasi. Berdasarkan UU AP, sistem hukum Indonesia telah mengadopsi prinsip hukum 'diam berarti setuju' atau biasa dikenal sebagai "fiktif positif". Secara sederhana dapat dikatakan bahwa konsepsi fiktif positif dalam UU AP adalah sebuah fiksi hukum yang mensyaratkan otoritas administrasi untuk menanggapi atau mengeluarkan keputusan/ tindakan yang diajukan kepadanya dalam limit waktu sebagaimana yang ditentukan dan apabila prasyarat ini tidak terpenuhi, otoritas

²⁹ Ibid..

³⁰ Pasal 22 ayat (2) Undang-Undang Administrasi Pemerintahan.

³¹ Githa Angela Sihotang dkk, 2017, Diskresi dan Tanggung Jawab Pejabat Publik Pada Pelaksanaan Tugas dalam Situasi Darurat, *Jurnal Law Reform*, Volume 13, No. 1, hlm. 64.

administrasi dianggap mengabulkan permohonan penerbitan keputusan/tindakan yang dimohonkan kepadanya.³²

Fiksi hukum seperti ini bertujuan memberikan kepastian dari sisi yuridis dikaitkan dengan kemungkinan upaya hukum ke pengadilan oleh pihak yang merasa dirugikan, sehingga sikap diam administrasi tersebut disamakan dengan keputusan tertulis (*written decision*) yang berisi persetujuan meskipun wujudnya secara fisik tidak tertulis (*unwritten decision*). Secara singkat, prinsip fiktif positif merupakan kebalikan dari prinsip hukum yang sebelumnya dikenal dalam hukum administrasi Indonesia yakni prinsip 'fiktif-negatif'. Istilah 'fiktif' artinya tidak mengeluarkan keputusan tertulis, tetapi dianggap telah mengeluarkan keputusan tertulis, sedangkan 'negatif' berarti karena isi keputusan itu dipersamakan dengan 'penolakan' terhadap suatu permohonan. Tidak jelas siapa pertama kali menggunakan istilah fiktif positif meskipun istilah ini sekarang sudah mulai umum dikenal dan digunakan, besar kemungkinan istilah fiktif positif digunakan oleh karena istilah fiktif negatif sudah lebih umum dikenal dalam literatur hukum administrasi maupun dalam praktik peradilan. Dalam literatur asing, terminologi atau istilah fiktif positif disebut dengan istilah *lex silencio positivo*, yang secara terminologis berasal dari kombinasi istilah bahasa Latin (*lex*) dan Spanyol (*silencio positivo*), atau dalam terminologi hukum berbahasa Inggris dari Eropa daratan umumnya disamakan dengan istilah *silent consent*, *fictious approval* atau *tacit authorization*, sedangkan dalam tradisi *common law* dapat diidentifikasi dengan konsep yang lebih umum yakni *administration inaction*, meskipun tidak secara spesifik membedakan maknanya antara

administration ommision dengan *administrative silence*.³³

Akibat hukum atas perubahan ketentuan dalam fiktif positif diuraikan sebagai berikut.

- a) Berpotensi melanggar Asas-Asas Umum yang Baik (AAUPB) yang mengedepankan asas kecermatan.

Ketentuan fiktif positif tidak memiliki suatu batas yang jelas sehingga dapat menimbulkan problem yuridis yang serius menyangkut HAM, prosedur dan konflik norma, penyalahgunaan wewenang oleh karena menyangkut pihak yang dirugikan, batasan penetapan fiktif positif 10 hari kerja dianggap sangat tidak rasional,³⁴ terlebih di dalam UU CK diatur menjadi 5 hari. Bahkan nantinya, dengan cepatnya proses fiktif positif sejatinya juga berpotensi melanggar AUPB yang mengedepankan asas kecermatan, yakni asas yang mengandung arti bahwa suatu Keputusan dan/atau Tindakan harus didasarkan pada informasi dan dokumen yang lengkap untuk mendukung legalitas penetapan dan/atau pelaksanaan Keputusan dan/atau Tindakan sehingga Keputusan dan/atau Tindakan yang bersangkutan dipersiapkan dengan cermat sebelum Keputusan dan/atau Tindakan tersebut ditetapkan dan/atau dilakukan.³⁵ Percepatan batas waktu pejabat pemerintahan dalam mengeluarkan keputusan hingga akhirnya ditetapkan fiktif positif tersebut, akhirnya menimbulkan pertanyaan yaitu apakah dengan waktu yang hanya 5 hari tersebut keputusan telah dapat didasarkan pada informasi dan dokumen yang lengkap untuk mendukung legalitas penetapan dan/atau pelaksanaan Keputusan?

Pengaturan fiktif negatif dalam peraturan sektoral, tanpa dukungan integritas

³² Enrico Simanjuntak, 2018, Prospek Fiktif Positif dalam Menunjang Kemudahan Berusaha di Indonesia, *Jurnal Rechtsvinding*, Volume 7 Nomor 2, Agustus, hlm. 302-303.

³³ Ibid, hlm. 303.

³⁴ Ibid, hlm. 315.

³⁵ Penjelasan Pasal 10 ayat (1) huruf d UU AP.

yang tinggi potensial terjadi penyalahgunaan wewenang. Kritik seperti ini mengingatkan potensi penyelundupan hukum dengan menggunakan dalih fiktif positif yakni misalnya pejabat pemerintahan sengaja tidak menanggapi permohonan penetapan keputusan dan/atau pelaksanaan tindakan tertentu, dengan tidak ditanggapi maka akan berlaku mekanisme pasal 53 UUAP yang menyatakan secara hukum permohonan pemohon dikabulkan.³⁶ Sehingga, Pejabat/Badan TUN harus lebih berhati-hati dan teliti dalam pengadministrasian setiap permohonan yang diajukan oleh masyarakat.³⁷

- b) Menghilangkan kontrol badan yudisial atas tindakan pejabat yang mengabaikan suatu permohonan guna memberikan jaminan kepastian hukum

Sejatinya UU CK telah menggeser konsep fiktif positif. UU CK telah menghilangkan campur tangan badan yudisial atas tindakan pejabat yang mengabaikan suatu permohonan guna memberikan jaminan kepastian hukum. Pengadilan menjadi perpanjangan tangan dari pihak-pihak yang memanfaatkan celah hukum kelemahan prosedur pengujian fiktif positif. Jika hal ini terjadi maka hal ini akan bertentangan dengan asas *nemo commodum capere potest de injuria sua propria* yang bermakna tidak seorangpun boleh diuntungkan oleh penyimpangan dan/atau pelanggaran yang dilakukannya sendiri dan tidak seorang pun boleh dirugikan oleh penyimpangan dan pelanggaran yang dilakukan oleh orang lain.³⁸

³⁶ Enrico Simanjuntak, 2018, Prospek Fiktif Positif dalam Menunjang Kemudahan Berusaha di Indonesia, ..., *Loc. Cit.* hlm. 315.

³⁷ Karya Widya Utama, 2015, Surat Keputusan Tata Usaha Negara yang Bersifat Fiktif Positif, *Jurnal Notarius*, Eidis 08 Nomor 2 September, hlm. 150-151.

³⁸ Enrico Simanjuntak, 2017, Perkara Fiktif Positif dan Permasalahan Hukumnya, *Jurnal Hukum dan Peradilan*, Volume 6 Nomor 3, November, hlm. 390-391.

Pelayanan publik diharapkan dapat terselenggara dengan baik dalam memberikan pelayanan kepada masyarakat tanpa harus melalui jalur gugatan di Pengadilan. Akan tetapi jika penyelenggara pelayanan publik belum dapat untuk memberikan jaminan perlindungan hak-hak dan kepastian hukum bagi masyarakat, maka Peradilan Tata Usaha Negara menjadi tempat bagi masyarakat untuk memperoleh keadilan. Penyelesaian permasalahan melalui instrumen tersebut di Peradilan Tata Usaha Negara diharapkan dapat digunakan sebagai mekanisme bagi orang atau badan hukum perdata dalam menuntut hak-haknya untuk dilayani serta sebagai alat kontrol atau pengawasan bagi penyelenggara pelayanan publik untuk bekerja secara baik dalam melayani masyarakat. Karena pada akhirnya, pelayanan publik ke depan diharapkan mampu menerapkan tata Kelola pemerintahan yang baik (*good governance*) dalam upaya memberi kepastian hukum dan keadilan bagi masyarakat.³⁹

Perluasan tindakan faktual sebagai obyek sengketa PTUN telah sesuai dengan tujuan melaksanakan kontrol penuh hukum dalam penyelenggaraan administrasi negara, baik dalam bentuk Keputusan Tata Usaha Negara maupun Tindakan faktual yang terkait langsung dengan pelaksanaan administrasi pemerintahan oleh Pejabat Administrasi Negara. Implikasi dimasukkannya tindakan factual perlu dibarengi dengan harmonisasi peraturan perundang-undangan, terutama terkait dengan *citizen law suit* dan *onrechmatige overheidsdaad*.⁴⁰ Artinya, badan yudisial sebagai alat kontrol terhadap fiktif positif seyogyanya tidak dihilangkan guna menjamin kepastian hukum dan perlindungan bagi rakyat. Sehingga telah sesuai dengan rumusan "*rechtsbesherming van de burgers*

³⁹ Budi Amin Rodding, 2017, Keputusan Fiktif Negatif dan Fiktif Positif dalam Peningkatan Kualitas Pelayanan Publik, *Tanjungpura Law Journal*, Vol. 1 Issue 1, Januari, hlm. 36-37.

⁴⁰ Karya Widya Utama, 2015, Surat Keputusan Tata Usaha Negara yang Bersifat Fiktif Positif, *Jurnal Notarius*, Eidis 08 Nomor 2 September, hlm. 150.

Diskresi dan Fiktif Positif Pasca UU Cipta Kerja (M Addi Fauzani) Hlm 21
tegen de overheid" (dalam kepustakaan berbahasa belanda) dan "*legal protection of the individual in relation to acts of administrative authorities.*"⁴¹ Terlebih badan yudisial atau peradilan administrasi selalu terkait dengan falsafah negara yakni memberikan perlindungan hukum terhadap berbagai kepentingan yang bersifat individualistis,⁴² sehingga apabila peran badan yudisial ini dihilangkan, maka akan menghilangkan keseimbangan pilar negara hukum.

SIMPULAN

A. Kesimpulan

Berdasarkan pembahasan yang telah diuraikan di atas, maka dapat disimpulkan bahwa *pertama*, meskipun pengertian diskresi dalam UU CK masih sama dengan yang ada di dalam UU AP, tetapi UU CK menghilangkan salah satu syarat penggunaan diskresi yakni syarat, "tidak bertentangan dengan ketentuan perundang-undangan". Sedangkan terkait fiktif positif, UU CK mengubah waktu maksimal Pejabat memberikan keputusan menjadi 5 hari dan menghilangkan mekanisme permohonan pengajuan keputusan lewat Pengadilan Tata Usaha Negara. *Kedua*, yakni pengaturan penggunaan diskresi yang menghilangkan syarat "tidak bertentangan dengan ketentuan perundang-undangan" berakibat hukum merubah konsep diskresi dan berpotensi disalahgunakan oleh Pejabat Pemerintahan. Akibat hukum perubahan ketentuan fiktif positif yaitu berpotensi melanggar Asas-Asas Umum yang Baik (AAUPB) yang mengedepankan asas kecermatan dan menghilangkan kontrol badan yudisial atas tindakan pejabat yang mengabaikan suatu

⁴¹ Muhammad Addi Fauzani dan Fandi Nur Rohman, 2020, Problematik Penyelesaian Sengketa Perbuatan Melawan Hukum oleh Penguasa di Peradilan Administrasi Indonesia (Studi Kritis terhadap Peraturan Mahkamah Agung Nomor 2 Tahun 2019), ..., *Loc. Cit.* hlm. 19-20.

⁴² SF Marbun, 2011, *Peradilan Administrasi Negara dan Upaya Administratif di Indonesia*, .FH UII Press, Yogyakarta, hlm. 25,26.

permohonan guna memberikan jaminan kepastian hukum.

B. Saran

Berdasarkan kesimpulan di atas, bahwa konsep diskresi dan fiktif positif yang diatur dalam UU AP jauh lebih baik daripada konsep diskresi dan fiktif positif perubahan yang diatur dalam UU CK, sehingga, seharusnya pembentuk undang-undang mempertahankan hukum lama yang sudah baik daripada mengganti hukum baru yang justru menimbulkan permasalahan, maka perlu dilakukan revisi UU CK kembali.

DAFTAR PUSTAKA

Buku dan Artikel Jurnal

- Aschari, dkk, 2017, Kajian tentang Kompetensi Absolut Peradilan Tata Usaha Negara dalam Menyelesaikan Sengketa Keputusan Fiktif Positif, *Jurnal Kajian Hukum*, Vol. 2, No. 1.
- Bambang Waluyo, 2008, *Penelitian Hukum dalam Praktek*, Sinar Grafika, Jakarta.
- Budiamin Rodding, 2017, Keputusan Fiktif Negatif dan Fiktif Positif dalam Peningkatan Kualitas Pelayanan Publik, *Tanjungpura Law Journal*, Vol. 1 Issue 1, Januari.
- Desy Wulandari, 2020, Pengujian Keputusan Fiktif Positif di Pengadilan Tata Usaha Negara, *Jurnal Lex Renaissance*, No. 1 Vol. 5 Januari.
- Enrico Simanjuntak, 2017, Perkara Fiktif Positif dan Permasalahan Hukumnya, *Jurnal Hukum dan Peradilan*, Volume 6 Nomor 3, November.
- Enrico Simanjuntak, 2018, Prospek Fiktif Positif dalam Menunjang Kemudahan Berusaha di Indonesia, *Jurnal Rechtsvinding*, Volume 7 Nomor 2, Agustus.
- Githa Angela Sihotang dkk, 2017, Diskresi dan Tanggung Jawab Pejabat Publik Pada Pelaksanaan Tugas dalam Situasi

- Darurat, *Jurnal Law Reform*, Volume 13, No. 1.
- Iqbal Hasan, 2002, *Pokok-Pokok Materi Metodologi Penelitian dan Aplikasinya*, Ghalia Indonesia, Jakarta.
- Kartika Widya Utama, 2015, "Surat Keputusan Tata Usah Negara Yang Bersifat Fiktif Positif", *Jurnal Notarius*, Edisi 08, Nomor 2, September.
- Lon Fuller, 1969, *The Morality of Law*, Yale University Press, New Haven.
- Luthfi Anshori, 2015, Diskresi dan Pertanggungjawaban Pemerintah dalam Penyelenggaraan Pemerintahan, *Jurnal Yuridis*, Vol. 1 Juni.
- Muhammad Addi Fauzani dan Fandi Nur Rohman, 2020, Problematik Penyelesaian Sengketa Perbuatan Melawan Hukum oleh Penguasa di Peradilan Administrasi Indonesia (Studi Kritis terhadap Peraturan Mahkamah Agung Nomor 2 Tahun 2019), *Jurnal Widya Pranata Hukum*, Vol. 2 Nomor 1 Februari.
- Peter Mahmud Marzuki, 2013, *Penelitian Hukum*, Kencana Media Group, Jakarta.
- Philippus M Hadjon, dkk, 2008, *Hukum Administrasi Indonesia*, Gadjah Mada University Press, Yogyakarta, Cetakan Kesepuluh.
- Ridwan, 2014, *Diskresi & Tanggung Jawab Pemerintah*, FH UII Press, Yogyakarta.
- Ridwan, 2014, *Hukum Administrasi Negara*, Rajawali Press, Jakarta.
- SF Marbun, 2011, Peradilan Administrasi Negara dan Upaya Administratif di Indonesia, .FH UII Press, Yogyakarta.
- SF Marbun, 2018, *Hukum Administrasi Negara I*, FH UII Press, Yogyakarta.

Peraturan Perundang-Undangan

- Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan.
- Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2020 tentang Cipta Kerja.

Internet

- <https://www.dpr.go.id/berita/detail/id/30332/t/Paripurna+DPR+Sahkan+RUU+Cipta+Kerja+menjadi+UU> diakses pada 24 Maret 2021.
- Naskah Akademik RUU Cipta Kerja, diakses dari <https://uu-ciptakerja.go.id/naskah-akademis-ruu-tentang-cipta-kerja/> pada 26 Maret 2021.