

Konsep Regulasi Berbasis Risiko: Telaah Kritis dalam Penerapannya pada Undang-Undang Cipta Kerja

Risk Based Regulation: Critique to Its Adoption in the Job Creation Law

Mohamad Mova Al'afghani

Fakultas Hukum Universitas Ibn Khaldun
Jl. Sholeh Iskandar, Kedungbadak, Kota Bogor, 16162
E-mail: movanet@gmail.com

Bisariyadi

Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia
Jl. Medan Merdeka Barat No. 6, Jakarta Pusat 10110
E-mail: bisariyadi@mahkamahkonstitusi.go.id

Naskah diterima: 16-11-2020 revisi: 26-03-2021 disetujui: 29-03-2021

Abstrak

Undang-Undang Cipta Kerja menekankan pada kemudahan untuk melakukan usaha. Salah satu hal yang menjadi perhatian adalah penyederhanaan perizinan berusaha. Konsep Regulasi Berbasis Risiko menarik bagi program penyederhanaan perizinan karena diasumsikan bahwa penerapannya dapat mengurangi jumlah perizinan. Namun, penerapan analisis resiko untuk menapis izin merupakan sesuatu yang berbeda dengan penerapan konsep Regulasi Berbasis Risiko di negara-negara lain. Selain itu, penerapan regulasi berbasis risiko juga perlu memperhatikan kritik yang tidak terakomodasi dalam Undang-Undang. Tulisan ini menjabarkan 4 (empat) kritik atas penerapan regulasi berbasis risiko dalam Undang-Undang Cipta Kerja, yaitu (i) format omnibus merencanakan penilaian risiko, (ii) risiko volatilitas belum dipertimbangkan, (iii) risiko sistemik belum dipertimbangkan serta (iv) potensi "*regulatory capture*". Secara konseptual, penerapan regulasi berbasis risiko memantik diskursus akademik mengenai pengertian regulasi secara luas yang telah jauh berkembang dari pemaknaan

sempit dalam wacana akademik di Indonesia yang mendefinisikannya sebatas peraturan perundang-undangan semata.

Kata kunci: Regulasi, Regulasi Berbasis Risiko, Undang-Undang Cipta Kerja, Omnibus.

Abstract

The Law on Job Creation emphasizes the ease of doing business. One of the things that is of concern is the simplification of business permit. The concept of risk-based regulation is attractive to simplify the programs due to the assumption that it may cut off a number of licenses. However, the application of risk analysis to screen permits is something different from other countries. In addition, the application of risk-based regulations also needs to pay attention to the critique that is not accommodated in the Law. This paper describes 4 (four) critiques of the application of risk-based regulation in the Law, (i) the omnibus format confuses risk assessment, (ii) volatility risk has not been considered, (iii) systemic risk has not been considered and (iv) potential “regulatory capture”. Conceptually, the application of risk-based regulation has sparked an academic discourse regarding the broad understanding of regulation that has evolved far from the narrow meaning in academic discourse in Indonesia which defines it only as a statutory regulation.

Keywords: Regulation, Risk Based Regulation, Job Creation Law, Omnibus.

PENDAHULUAN

A. Latar Belakang

Pemaknaan istilah “regulasi” di Indonesia masih secara sempit terbatas pada sekedar peraturan perundang-undangan. Terkadang istilah regulasi juga berkelindan dengan legislasi dimana kemudian antara keduanya dibuat pemisahan. Legislasi dimaknai sebagai produk hukum dari pembentuk Undang-Undang sementara regulasi adalah peraturan perundang-undangan yang berada di bawah UU. Dalam wacana akademik dengan kacamata global, konsep regulasi tidak lagi diartikan sebatas peraturan perundang-undangan semata. Regulasi dianggap sebagai “alat” untuk mencapai tujuan sosial, selain juga tujuan ekonomi. Sebagai contoh, konsep “*networked regulation*” dipandang mampu mengatasi permasalahan pelanggaran hak asasi manusia di negara berkembang.¹ Selain itu, teori tentang regulasi dipandang bisa memperbaiki sistem hak asasi manusia internasional,²

¹ Tim Connor dan Fiona Haines, “Networked Regulation as a Solution to Human Rights Abuse in Global Supply Chains? The Case of Trade Union Rights Violations by Indonesian Sports Shoe Manufacturers”, *Theoretical Criminology*, Vol. 17, 2013, h. 197.

² Hilary Charlesworth, “A Regulatory Perspective on the International Human Rights System”, *Regulatory Theory*, 2017, h. 357.

termasuk juga dalam hal perlindungan konsumen.³ Di Indonesia, para sarjana masih memperdebatkan mengenai gagasan negara kesejahteraan (*welfare state*).⁴ Sementara, gagasan itu telah berkembang kearah negara regulasi (*regulatory state*).⁵ Meskipun, dikotomi antara negara regulasi dan negara kesejahteraan ditolak oleh Levi-Faur yang mempopulerkan konsep "*regulatory welfare state*". Menurut Levi-Faur, regulasi adalah alat sedangkan kesejahteraan adalah tujuan, "*(w)elfare is a desired aim; regulation is an instrument.*"⁶

Seiring dengan diterbitkannya Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2020 tentang Cipta Kerja (selanjutnya disebut dengan UUCK), batasan mengenai konsep regulasi yang tidak sekedar peraturan perundang-undangan mulai berkembang. Salah satunya adalah dengan diadopsinya "regulasi berbasis risiko" (selanjutnya disebut dengan RBR). Dalam UUCK, penyederhanaan perizinan dilakukan dengan beberapa mekanisme, diantaranya adalah melalui pendekatan RBR dalam perizinan berusaha dan pengawasannya serta integrasi berbagai perizinan ke dalam perizinan berusaha. Berdasarkan pendekatan risiko, "perizinan berusaha" dibuat berjenjang dimana "izin" hanya diperlukan untuk usaha dengan resiko tinggi sedangkan untuk tingkat resiko menengah dan rendah tidak diperlukan izin (*lihat Gambar 1*).⁷

Gambar 1. Pendekatan Berbasis Risiko dalam UUCK



³ John TD Wood, "Consumer Protection: A Case of Successful Regulation", *Regulatory Theory*. 2017, h. 633

⁴ I Dewa Gede Palguna, *Welfare State vs Globalisasi: Gagasan Negara Kesejahteraan di Indonesia*, Depok, Rajawali Pres, 2019, h. 224

⁵ Giandomenico Majone, "From the Positive State to the Regulatory State: Causes and Consequences of Changes in Modes of Governance", *Journal of Public Policy*, Vol. 17, Mei 1997, h. 139; Bisariyadi, "Pergulatan Paham Negara Kesejahteraan (Welfare State) dan Negara Regulasi (Regulatory State) dalam Perkara Konstitusional", *Ius Quia Iustum*, No. 4, Vol. 23, Oktober 2016, h. 531

⁶ David Levi-Faur, "The Welfare State: A Regulatory Perspective", *Public Administration*, 2014, h.92.

⁷ Istilah "perizinan berusaha" berbeda dengan "izin". "Perizinan Berusaha" adalah legalitas yang diberikan kepada Pelaku Usaha untuk memulai dan menjalankan usaha dan/atau kegiatannya (Pasal 1 angka 4 UUCK). Sementara "izin" merupakan persetujuan Pemerintah Pusat atau Pemerintah Daerah untuk pelaksanaan kegiatan usaha yang wajib dipenuhi oleh Pelaku Usaha sebelum melaksanakan kegiatan usahanya (Pasal 10 ayat 92) UUCK). Untuk memahami konteks keseluruhan mengenai perizinan berusaha lihat Pasal 6 s.d. 12 UUCK.

Diadopsinya konsep RBR dalam program penyederhanaan perizinan karena diasumsikan bahwa penerapan RBR diperkirakan dapat mengurangi jumlah perizinan yang ada.⁸ Selain itu, kegiatan pengawasan juga diharapkan dapat lebih efisien, karena sumber daya pengawasan hanya akan dikerahkan untuk kegiatan yang beresiko tinggi. Ditambah dengan format omnibus yang diharapkan dapat mengatasi permasalahan hiperregulasi.⁹

Konsep RBR memang sudah banyak dilaksanakan di beberapa negara, seperti Amerika Serikat dan negara-negara Uni Eropa, terutama Inggris, dan secara internasional lewat standarisasi seperti yang tertuang dalam *Basel Framework*.¹⁰ Namun demikian, penerapan analisis risiko untuk menapis izin merupakan sesuatu yang relatif baru dan berbeda dengan penerapan RBR di negara-negara lain.

Penerapan RBR perlu memperhatikan kritik-kritik yang banyak dikemukakan dalam literatur RBR. Kritik tersebut belum diakomodasi dalam UUCK dan tidak masuk dalam pembahasan di Naskah Akademik UUCK. Sebagai contoh mengenai penapisan perizinan berusaha yang dilakukan dengan pengelompokan berdasarkan Klasifikasi Baku Lapangan Usaha Indonesia (KBLI).¹¹ Setelah dilakukan penyaringan maka beberapa KBLI yang tadinya memerlukan izin menjadi tidak perlu.

Pembahasan utama dalam tulisan ini akan mengkritisi dari sudut teoretis atas penerapan RBR dalam UUCK yang terdiri atas 4 (empat) kritik, yaitu (i) format omnibus yang diterapkan pada UUCK hanya akan merancukan penilaian risiko, (ii) belum dipertimbangkannya risiko volatil, (iii) risiko sistemik juga belum dipertimbangkan serta (iv) potensi kemunculan "*regulatory capture*". Namun, sebelum membahas keempat kritik tersebut penting untuk terlebih dahulu menjelaskan konsep "regulasi" dan "regulasi berbasis risiko" sebagai batasan konseptual dalam tulisan ini.

⁸ CNN Indonesia, "6 Aturan Investasi Yang Diubah UU Cipta Kerja" (*ekonomi*) <https://www.cnnindonesia.com/ekonomi/20201008143243-92-555996/6-aturan-investasi-yang-diubah-uu-cipta-kerja> diakses pada 7 November 2020; Rahma Tri, "UU Omnibus Law Cipta Kerja: Beda Risiko Bisnis, Beda Izinnya" (*Tempo*, 6 October 2020) <https://bisnis.tempo.co/read/1393453/uu-omnibus-law-cipta-kerja-beda-risiko-bisnis-beda-izinnya> diakses pada 7 November 2020.

⁹ Muhamad Azhar, "Omnibus Law sebagai Solusi Hiperregulasi Menuju Sonkronisasi Peraturan Per-Undang-undangan di Indonesia", *Administrative Law and Governance Journal*, Vol. 2, 2019, h. 170; Muhammad Choirul, "Airlangga: UU Ciptaker Rampingkan Obesitas Regulasi" (*news*) <<https://www.cnbcindonesia.com/news/20201021184711-4-196133/airlangga-uu-ciptaker-rampingkan-obesitas-regulasi>> diakses pada 8 November 2020.

¹⁰ "Basel Framework", https://www.bis.org/basel_framework/index.htm diakses pada 7 November 2020.

¹¹ Lihat misalnya beberapa paparan presentasi dari Kementerian ESDM: "Bahan Rapat Perizinan Berusaha Berbasis Risiko Pada Subsektor Ketenagalistrikan (Kementerian ESDM)" (Jakarta, 13 Oktober 2020); "Analisis Risiko Perizinan Berusaha Sub Sektor Energi Baru, Terbarukan Dan Konservasi Energi (Kementerian ESDM)" (Jakarta, 13 Oktober 2020).

PEMBAHASAN

1. Perluasan Makna dari Konsep Regulasi

Regulasi, dalam penelaahan beragam sumber, disimpulkan dalam pengertian sebagai “(a) *sustained effort to change behavior through: information-gathering, standard setting and enforcement.*”¹² Dengan definisi demikian, regulasi adalah suatu disiplin tersendiri yang berbeda dengan disiplin hukum.

Morgan dan Yeung memberikan contoh beberapa instrumen regulasi, yaitu hukuman/perintah (*command/legal rule*); kompetisi; konsensus (misalnya: *self-regulation*); komunikasi/transparansi (aturan keterbukaan informasi); dan kode (*code*).¹³ Sebagai contoh dari regulasi yang berbasis “kode” adalah platform seperti Go-Jek, Grab, Amazon atau AirBnB. Platform tersebut bertujuan mengubah perilaku konsumen dan mitranya melalui pengumpulan informasi (yaitu data *Global Positioning System*, sistem *rating*), penerapan standar (misalnya, kewajiban memakai helm) dan penegakan aturan (contohnya, supir yang melanggar aturan bisa terkena *suspend* atau bahkan dikeluarkan dari aplikasi). Contoh dari regulasi yang berbasis konsensus misalnya adalah kode etik yang diterapkan dalam sebuah organisasi profesi seperti organisasi advokat atau Ikatan Dokter Indonesia. Sedangkan contoh dari regulasi yang berbasis transparansi adalah sistem “Proper” (*Public Disclosure Program for Environmental Compliance*) yang dikembangkan oleh Kementerian Lingkungan Hidup dan Kehutanan.

Pengertian regulasi dalam diskursus akademik di dunia telah berkembang jauh dari pemaknaan istilah yang sama di Indonesia. Di Indonesia, regulasi identik dengan “peraturan perundang-undangan”. Badan Perencanaan Pembangunan Nasional (Bappenas) menganggap regulasi sebagai peraturan perundang-undangan. Buku “reformasi regulasi” yang dikeluarkan Bappenas melihat “regulasi” sebagai “peraturan perundang-undangan”.¹⁴ Bambang Brodjonegoro, Menteri Bappenas, dalam salah satu sambutannya memandang

¹² Terjemahan bebas: “Suatu usaha yang berkelanjutan untuk mengubah perilaku melalui pengumpulan informasi, penerapan standar dan penegakan aturan”. Kesimpulan ini didapat berdasarkan pengertian yang diberikan dalam Bronwen Morgan dan Karen Yeung, *An Introduction to Law and Regulation Text and Materials*, Cambridge University Press 2007, h. 3; Robert Baldwin, Martin Cave dan Martin Lodge, *Understanding Regulation: Theory, Strategy, and Practice*, 2nd ed, Oxford University Press, 2012, h. 40-67; Mohamad Mova Al’Afghani, *Legal Frameworks for Transparency in Water Utilities Regulation: A Comparative Perspective*, Routledge, 2016, h. 67-121.

¹³ Morgan dan Yeung, *Ibid.*

¹⁴ Diani Sadiawati dkk, *Strategi Nasional Reformasi Regulasi, Mewujudkan Regulasi Yang Sederhana Dan Tertib*, 2015, h. 3.

reformasi regulasi sebagai reformasi “fungsi dan kelembagaan sistem peraturan perundangan Indonesia”.¹⁵

Pengertian regulasi yang terbatas pada peraturan perundang-undangan semata pun dianut oleh Mahkamah Konstitusi (MK) ketika menjelaskan fungsi negara:

“Rakyat secara kolektif itu dikonstruksikan oleh UUD 1945 memberikan mandat kepada negara untuk mengadakan kebijakan (beleid) dan tindakan pengurusan (bestuursdaad), pengaturan (regelendaad), pengelolaan (beheersdaad), dan pengawasan (toezichthoudensdaad) untuk tujuan sebesar-besarnya kemakmuran rakyat.”¹⁶

Dalam putusan lainnya Mahkamah Konstitusi menegaskan:

“Fungsi pengurusan (bestuursdaad) oleh negara dilakukan oleh Pemerintah dengan kewenangannya untuk mengeluarkan dan mencabut fasilitas perijinan (vergunning), lisensi (licentie), dan konsesi (consessie). Fungsi pengaturan oleh negara (regelendaad) dilakukan melalui kewenangan legislasi oleh DPR bersama Pemerintah, dan regulasi oleh Pemerintah. Fungsi pengelolaan (beheersdaad) dilakukan melalui mekanisme pemilikan saham (share-holding) dan/atau sebagai instrumen kelembagaan, yang melaluinya negara, c.q. Pemerintah, mendayagunakan penguasaannya atas sumber-sumber kekayaan itu untuk digunakan bagi sebesar-besarnya kemakmuran rakyat.”¹⁷

Fungsi pengaturan (*regelendaad*), menurut MK, merupakan satu dari empat fungsi negara lainnya. Fungsi tersebut dilakukan lewat kewenangan legislasi oleh DPR bersama pemerintah, dalam rangka pembentukan Undang-Undang, dan regulasi oleh pemerintah, melalui penyusunan peraturan di bawah Undang-Undang. Lebih lanjut, MK menegaskan bahwa

“Dalam hal Pemerintah melakukan salah satu dari empat fungsi penguasaan negara, misalnya hanya melaksanakan fungsi mengatur, dapat diartikan bahwa negara telah menjalankan penguasaannya atas sumber daya alam. Padahal, fungsi mengatur adalah fungsi negara yang umum di negara mana pun tanpa perlu ada Pasal 33 UUD 1945. Jika dimaknai demikian, makna penguasaan negara tidak mencapai

¹⁵ “Menteri Bambang Sampaikan Agenda Reformasi Regulasi: Tata Fungsi Dan Kelembagaan Sistem Peraturan Perundangan Indonesia” <https://www.bappenas.go.id/berita-dan-siaran-pers/menteri-bambang-sampaikan-agenda-reformasi-regulasi-tata-fungsi-dan-kelembagaan-sistem-peraturan-perundangan-indonesia/> diakses pada 3 Mei 2020.

¹⁶ Putusan MK Nomor 002/PUU-I/2003 tentang Pengujian UU Nomor 22 Tahun 2001 Tentang Minyak dan Gas Bumi, tanggal 21 Desember 2004, h. 208-209.

¹⁷ Putusan MK Nomor 36/PUU-X/2012 tentang Pengujian UU Nomor 22 Tahun 2001 Tentang Minyak Dan Gas Bumi, tanggal 13 November 2012, para [3.11].

*tujuan sebesar-besarnya bagi kemakmuran rakyat sebagaimana maksud Pasal 33 UUD 1945.*¹⁸

Negara belum dianggap menjalankan fungsi untuk mencapai kemakmuran rakyat, sebagaimana dimandatkan dalam Pasal 33 UUD 1945, apabila baru menjalankan fungsi regulasi. Pandangan MK ini pernah dikritik oleh Butt dan Siregar:

*“Indeed, it is arguable even that, using its regulatory power, the state could effectively directly manage by comprehensively regulating the sector, and strictly monitoring compliance, so that industry participants function just as the state would have sought to do if it participated directly.”*¹⁹

Mengapa MK menafsirkan “regulasi” secara sempit sebagai “peraturan perundang-undangan”? Menurut Al’Afghani, selain ada keterputusan antara diskursus akademik regulasi di dunia internasional dengan di Indonesia, majelis hakim MK terpengaruh dengan teori fungsi negara klasik dari jurisdiktor Jerman, Wolfgang Friedmann.²⁰ Pandangan Friedmann yang membela model negara sistem ekonomi campuran (*mixed economy*) juga menyetujui fungsi negara sebagai *provider, regulator, entrepreneur* dan *umpire*.²¹ Teori Friedmann ini diambil sebagai kerangka teoritis oleh para hakim MK untuk menjelaskan putusan-putusannya dalam pengujian UU yang berkaitan dengan sumber daya alam karena “cocok” dengan visi para pendiri bangsa, seperti Hatta,²² yang menganggap bahwa fungsi negara tidak bisa direduksi menjadi sekedar regulasi.

Kecenderungan untuk menolak mereduksi fungsi negara hanya sebagai *regulator* ini bukan tanpa alasan sebab diskursus regulasi memang banyak muncul ketika negara mundur sebagai penyedia (*provider*) pada waktu Inggris melakukan privatisasi besar-besaran atas utilitas publiknya yang bersifat monopoli alamiah pada tahun 90-an.²³ Pada awalnya, menurut banyak ekonom seperti Littlechild, fungsi regulasi adalah sementara, hanya sebatas “menjaga

¹⁸ *Ibid.*

¹⁹ Simon Butt dan Fritz Edward Siregar, “State Control over Natural Resources in Indonesia: Implications of the Oil and Natural Gas Law Case of 2012”, *Journal of Energy & Natural Resources Law*, Vol. 31, 2013, h. 107.

²⁰ *Ibid.*; Mohamad Mova Al’Afghani, “Alienating the Private Sector: Implications of the Invalidation of the Water Law by the Indonesian Constitutional Court” *Journal of Water Law* Vol. 26, h.12; Mohamad Mova Al’Afghani, “The Elements of “State Control”” *The Jakarta Post*, Jakarta, 14 Januari 2013.

²¹ Wolfgang Gaston Friedmann, *The State and the Rule of Law in a Mixed Economy*, Stevens, 1971.

²² Mohamad Hatta, *Pelaksanaan Undang Undang Dasar 1945 Pasal 33*, 1977, h. 22.

²³ Tony Prosser, *Law and the Regulators*, USA, Oxford University Press, 1997, h.7.

benteng” sampai persaingan bebas tiba.²⁴ Visi Littlechild ini ternyata tidak terbukti, karena hingga kini regulasi masih diberlakukan di berbagai sektor di Inggris.

Pada awalnya, beberapa ahli memang memandang bahwa tujuan regulasi adalah semata-mata tujuan ekonomi atau lazim dikenal dengan *economic regulation*.²⁵ Namun, disiplin regulasi sudah berkembang pesat. Pada tahun 1997, Prosser menulis bahwa regulasi tidak mungkin hanya mencakup regulasi ekonomi, tetapi juga terdapat regulasi sosial, “... *there is social regulation where the rationale is not primarily economic but is linked to notions of public service. Examples include ensuring the provision of universal service and some environmental regulation.*”²⁶ Pendapat Prosser ini banyak terbukti dalam praktek regulasi di Inggris. Salah satu contohnya, kebijakan dari *regulator* ekonomi sektor air di Inggris, yakni *The Water Services Regulation Authority* (OFWAT), banyak memiliki dimensi sosial.²⁷ Sebagai perbandingan, di Indonesia dimana pelayanan air bersih tidak diswastanisasi akan tetapi sambungan air bersih ke konsumen dapat diputus apabila tidak membayar tagihan air. Kebalikannya, di Inggris yang perusahaan airnya diswastanisasi pemutusan sambungan air bersih karena tidak membayar tagihan dilarang.²⁸

Dengan kata lain, tujuan Pasal 33 UUD 1945 sebenarnya dapat dicapai dengan menggunakan regulasi sebagai alat. Namun demikian, untuk melakukan hal ini, pemahaman atas ruang lingkup batasan “regulasi” yang lebih luas dan sejalan dengan diskursus akademik regulasi yang berkembang, dimana regulasi bukan dilihat hanya sebatas peraturan perundang-undangan, perlu untuk diadopsi di Indonesia.

2. Konsep Regulasi Berbasis Risiko

RBR merupakan gabungan antara teori regulasi dengan teori-teori risiko. Black mencatat bahwa RBR mulai digunakan di Inggris sejak akhir 90-an.²⁹ Dalam laporan *National Audit Office* (NAO) mengenai regulasi perjudian, *regulator* direkomendasikan untuk mengembangkan sistem penilaian risiko

²⁴ Stephen Littlechild, *Regulation of British Telecommunications Profitability: A Report to the Secretary of State for Trade and Industry, Department of Trade and Industry*, London, 1983.

²⁵ Richard A. Posner, “Natural Monopoly and Its Regulation” *Stanford Law Review*, Vol. 21, 1968) h. 548; Richard A. Posner, *Theories of Economic Regulation*, h. 2-5.

²⁶ Prosser, *Law and ... Op. Cit.*, h. 6

²⁷ Al’Afghani, *Legal Frameworks... Op. Cit.*

²⁸ *Ibid.*

²⁹ Julia Black, “The Emergence of Risk-Based Regulation and the New Public Risk Management in the United Kingdom”, *Public Law*, 2005, h.512.

dan melakukan pengawasan berdasarkan sistem tersebut.³⁰ Dalam kurun waktu 1999-2005, NAO merekomendasikan agar RBR diterapkan dalam berbagai bidang seperti pendidikan, pensiun, perpajakan, perumahan. Pada tahun 2005, *Hampton Report* merekomendasikan agar seluruh sektor regulasi di Inggris menggunakan RBR.³¹

RBR, sebagaimana juga banyak teori regulasi lainnya, memandang regulasi sebagai beban. Oleh karena itu regulasi harus efisien. Menurut Baldwin dkk, “...*(t)he essence of risk-based regulation, as commonly understood, is the prioritizing of regulatory actions in accordance with an assessment of the risks that parties will present to the regulatory body’s achieving its objectives.*”³² Sedangkan Black, mendefinisikan RBR sebagai “...*the use of systematised frameworks of inspection or supervision which are primarily designed to manage regulatory or institutional risk: risks to the agency itself that it will not achieve its objectives*”³³

Definisi yang ditawarkan Baldwin dkk yang menitikberatkan pada tindakan regulasi (*regulatory action*) memiliki cakupan lebih umum dibanding definisi Black yang menekankan pada pengawasan (*inspection or supervision*). Namun demikian, perlu digarisbawahi bahwa pada umumnya kegiatan RBR diterapkan dalam konteks inspeksi dan supervisi. Persamaan dari definisi yang ditawarkan keduanya adalah bahwa yang dimaksud dengan risiko adalah risiko terhadap tujuan badan *regulator*.

Ada 5 (lima) tahapan untuk penerapan RBR, yaitu:³⁴

Pertama, identifikasi tujuan regulasi dengan jelas. Perlu diingat bahwa yang dimaksud dengan “risiko” dalam RBR adalah risiko dari badan regulator untuk tidak mencapai tujuannya. Oleh karena itu, harus dipastikan terlebih dahulu yang menjadi tujuan dari badan regulator tersebut.

Kedua, badan regulator harus terlebih dulu menentukan selera risikonya (*risk appetite*). Yang dimaksud dengan selera risiko adalah menentukan risiko

³⁰ John Bourn, “The Gaming Board: Better Regulation - National Audit Office (NAO) Report” Comptroller and Auditor General, 2000, HC 537, Session 1999-2000, <https://www.nao.org.uk/report/the-gaming-board-better-regulation/> diakses pada 4 Mei 2020.

³¹ Philip Hampton, *Reducing Administrative Burdens: Effective Inspection and Enforcement*, Her Majesty’s Stationery Office, 2005.

³² Terjemahan bebas : “Intisari dari regulasi berbasis risiko, secara umum, adalah prioritas tindakan regulasi berdasarkan penilaian risiko pihak-pihak terhadap tujuan regulasi dari badan regulator”. Lihat Baldwin, Cave and Lodge, *Understanding... Op. Cit.*

³³ Terjemahan bebas : penggunaan kerangka sistematis untuk inspeksi atau pengawasan yang di desain dengan tujuan untuk mengelola risiko regulasi maupun institusional: risiko kepada badan [regulator] bahwa mereka tidak dapat mencapai tujuannya. Lihat Julia Black, “Risk-Based Regulation: Choices, Practices and Lessons Learnt”, *Risk and Regulatory Policy: Improving the Governance of Risk*, OECD, 2010, h. 185.

³⁴ Baldwin, Cave dan Lodge, *Understanding... Op. Cit.*; Julia Black dan Robert Baldwin, “Really Responsive Risk-Based Regulation” *Law & Policy*, Vol. 32, 2010, h.181.

apa yang dapat diterima olehnya.³⁵ Apabila *risk appetite regulator* berbeda dengan publik maka *regulator* menghadapi risiko politik. Dengan kata lain, penentuan risiko yang bisa ditoleransi menjadi sangat subyektif sifatnya. *Regulator* dapat memberi toleransi atas suatu risiko, namun demikian publik dan politisi bisa berbeda persepsinya.

Ketiga, regulator mengembangkan sistem untuk melakukan identifikasi risiko. Baldwin dkk membedakan dua macam risiko, yaitu risiko inheren dan risiko manajerial. Risiko inheren adalah risiko yang terkait lingkungan, bahan kimia, konstruksi dan lain sebagainya. Sementara itu, risiko manajerial adalah risiko yang timbul akibat kapasitas dan kemampuan suatu organisasi dalam mengontrol risiko inheren. Dalam konteks UUCK, risiko inheren telah diadopsi³⁶ sementara risiko manajerial diadopsi secara parsial.³⁷ Secara umum terdapat dua dimensi risiko, walaupun pada prakteknya sering juga diperkenalkan dimensi atau unsur lain. Kedua dimensi ini, yang juga disebutkan dalam UUCK, adalah bahaya dan kemungkinan terjadinya bahaya. Naskah Akademik UUCK menuliskan bahwa “tingkat risiko = besarnya kerusakan x probabilitas”. Penghitungan kemungkinan terjadinya bahaya biasanya memerlukan data statistik perihal sejarah terjadinya suatu insiden dan kemungkinan terjadinya di masa datang. Dalam hal ini, sebenarnya peranan data sangat penting.

Gambar 3. Mengukur Tingkat Kerusakan dalam UUCK

Tabel 3.6
Cara Mengukur Tingkat Kerusakan

Nama Kegiatan Usaha (Kode 5 Digit KBLI)	
Jenis Risiko	Penilaian Potensi/Probabilitas (Probability Value)
Kesehatan	0 – 30 = Jarang Terjadi 40 – 70 = Mungkin Terjadi 80 – 100 = Seringkali Terjadi
Keamanan dan Keselamatan	
Lingkungan	
Moral dan Budaya	
Finansial	
Total	

Sumber: Kementerian Koordinator Bidang Perekonomian, 2019

³⁵ Black dan Baldwin, “Really... Op. Cit.

³⁶ Lihat Pasal 7 UUCK

³⁷ Lihat Pasal 11 UUCK

Keempat, regulator membuat peringkat risiko atas kedua (atau lebih dari dua) dimensi risiko tersebut. Penyusunan peringkat risiko bisa dilakukan secara kuantitatif maupun kualitatif. Penilaian risiko secara kualitatif, menurut Black dan Baldwin, akan sangat subyektif dan karenanya tergantung kepada pengalaman dan keahlian regulator.³⁸ Sistem penilaian yang dilakukan dalam UUCK, yakni menggolongkan dalam risiko tinggi, medium dan rendah, dikenal juga dengan sistem “lampu merah”.

Kelima, RBR dipergunakan untuk mengaitkan antara institusi *regulator* dengan sumber daya dalam melakukan pengawasan dan penegakan. Artinya, RBR dipergunakan sebagai justifikasi tindakan inspeksi dan penegakan walaupun pada prakteknya tidak mungkin bisa dilakukan secara mutlak. Implikasi dari mengaitkan institusi *regulator* dengan RBR bahwa akuntabilitas dan penggunaan sumberdaya institusi regulator dapat dievaluasi berdasarkan dengan RBR. Dengan kata lain, *regulator* dapat diminta pertanggungjawabannya apakah sumber daya yang ada sudah dialokasikan untuk mengawasi tingkat risiko yang sesuai. *Regulator* dapat dimintai pertanggungjawabannya apabila sumber daya dihabiskan untuk mengawasi kegiatan yang tingkat resikonya kecil.

RBR dalam rangka penerapan UUCK berbeda dengan konsep asal RBR sebagaimana berkembang di Eropa, khususnya Inggris. RBR biasanya dilakukan secara sektoral, dari bawah ke atas (*bottom-up*), tidak secara generik sebagaimana dalam UUCK. Dalam konsep aslinya, RBR diterapkan secara spesifik oleh badan regulator sektoral yang diberi diskresi besar dan penetapan risiko pun ditentukan secara spesifik, tidak secara generik seperti dalam UUCK. Hal ini disebabkan badan regulator sektoral yang dianggap paling mengerti mengenai hal-hal yang menjadi resiko inheren dan resiko manajerial pada masing-masing sektor.

Sedikit berbeda dari praktek di Inggris serta dari definisi Black, UUCK mengadopsi RBR bukan hanya dalam sektor pengawasan³⁹ namun lebih menekankan pada perizinan.⁴⁰ Dalam UUCK apa yang menjadi bahaya ditentukan secara *top-down*, yaitu kesehatan, keselamatan, lingkungan dan/ atau pemanfaatan sumber daya alam, meski masih dibuka celah bahwa untuk kegiatan “tertentu” dapat mencakup aspek lainnya.⁴¹ Penentuan bahaya secara

³⁸ Black dan Baldwin, “Really... Op. Cit.

³⁹ Pasal 11 UUCK

⁴⁰ Pasal 6-10 UUCK

⁴¹ Pasal 7 ayat (2) UUCK

top-down ini dapat membuka peluang adanya bahaya yang tidak tercakup dalam definisi bahaya yang diakui oleh UUCK. Misalnya, bagaimana dampak suatu investasi terhadap budaya lokal? Apabila integritas budaya tidak dianggap sebagai bahaya, maka akan apat dihiraukan dan tidak diperhitungkan dalam penyusunan peringkat resiko. Dalam Pasal 7 ayat 2 UUCK, budaya dan moralitas tidak dimasukkan ke dalam salah satu kategori bahaya.

B. Kritik Atas Penerapan Regulasi Berbasis Risiko Pada UUCK

Beberapa diantara kritik dalam tulisan ini pernah disampaikan dalam Rapat Dengar Pendapat Umum (RDPU) Bersama Badan Legislatif DPR-RI Tanggal 9 Juni 2020⁴² dan ditindaklanjuti dalam bentuk usulan Daftar Inventarisasi Masalah (DIM).⁴³ Dalam perkembangan pembahasan rancangan UUCK selanjutnya, banyak bagian dari kritik-kritik tersebut yang sempat diakomodasi dalam DIM yang dibahas oleh Panitia Kerja DPR.⁴⁴ Namun, UUCK hanya mengakomodasi kritik mengenai pengawasan dimana kegiatan pengawasan juga perlu dilakukan dengan mempertimbangkan catatan kepatuhan.⁴⁵

1. Format Omnibus Merencanakan Penilaian Risiko

Definisi “risiko” dalam RBR adalah risiko bagi regulator dalam mencapai tujuannya. Oleh karenanya, langkah pertama dalam RBR adalah mengidentifikasi tujuan regulasi. Tanpa adanya kejelasan tujuan regulasi maka identifikasi risiko tidak mungkin dilakukan karena identifikasi risiko sendiri merupakan turunan dari tujuan regulasi.

Yang menjadi pertanyaan adalah tujuan regulasi yang mana? Dalam konteks RBR di Inggris, yang dimaksud dari tujuan regulasi ini adalah tujuan badan regulator sektoral. Misalnya, dalam hal regulasi air maka tujuan dari badan regulator air dijelaskan dalam *Water Industry Act (WIA) 1991, Section 2*:⁴⁶

⁴² “Laporan Singkat Rapat Dengar Pendapat Umum Panja Badan Legislati Dengan Kamar Dagang Industri (Kadin) Dan M. Mova Al Afghani, S.H., LL.M.Eur., Ph.D Dalam Rangka Mendengarkan Masukan/Pandangan Atas Ruu Tentang Cipta Kerja” <<http://www.dpr.go.id/dokakd/dokumen/BALEG-RJ-20200610-033817-9215.pdf>> diakses pada 7 November 2020; “Rangkuman Rapat - Masukan RUU Cipta Kerja Bidang Kemudahan Dan Persyaratan Investasi — Badan Legislati DPR-RI Rapat Dengar Pendapat Umum (RDPU) Dengan Kamar Dagang Dan Industri Indonesia (KADIN) Dan Akademisi Univ. Ibn Khaldun M. Mova, S.H, LL.M, Ph.D - JejakParlemen”, <https://wikidpr.org/rangkuman/baleg-rdpu-kadin-akademisi-masukan-ruu-ciptaker>, diakses pada 7 November 2020; MM Al’Afghani, “Kritik Atas Pendekatan Regulasi Berbasis Risiko Dalam RUU Cipta Kerja” (Rapat Dengar Pendapat Umum Panja Badan Legislati Dengan Kamar Dagang Industri (kadin) Dan M. Mova Al Afghani, S.H., LL.M. Eur., Ph.D Dalam Rangka Mendengarkan Masukan/Pandangan atas RUU Tentang Cipta Kerja, Teleconference, 9 Juni 2020) <http://www.dpr.go.id/dokakd/dokumen/BALEG-RJ-20200610-034618-6897.pdf>, diakses pada 3 Agustus 2020.

⁴³ “Daftar Inventaris Masalah (DIM) RUU Cipta Kerja: Regulasi Berbasis Risiko” <https://cloud.cprg.info/docs/dimcprg omnibus.pdf>.

⁴⁴ “Daftar Inventarisasi Masalah (DIM) RUU Tentang Cipta Kerja Batang Tubuh Pasal 7 S/D Pasal 13 Dewan Perwakilan Rakyat Republik Indonesia”, <http://www.dpr.go.id/dokakd/dokumen/BALEG-RJ-20200715-041205-6484.pdf>.

⁴⁵ Lihat Pasal 11 UUCK

⁴⁶ *Water Industry Act 1991* c.56.

Gambar 2. WIA 1991, Section 2

- [F²(2A) The Secretary of State or, as the case may be, the Authority shall exercise and perform the powers and duties mentioned in subsection (1) above in the manner which he or it considers is best calculated—
- (a) to further the consumer objective;
 - (b) to secure that the functions of a water undertaker and of a sewerage undertaker are properly carried out as respects every area of England and Wales;
 - (c) to secure that companies holding appointments under Chapter 1 of Part 2 of this Act as relevant undertakers are able (in particular, by securing reasonable returns on their capital) to finance the proper carrying out of those functions; and
 - (d) to secure that the activities authorised by the licence of a licensed water supplier and any statutory functions imposed on it in consequence of the licence are properly carried out.
- (2B) The consumer objective mentioned in subsection (2A)(a) above is to protect the interests of consumers, wherever appropriate by promoting effective competition between persons engaged in, or in commercial activities connected with, the provision of water and sewerage services.
- (2C) For the purposes of subsection (2A)(a) above the Secretary of State or, as the case may be, the Authority shall have regard to the interests of—
- (a) individuals who are disabled or chronically sick;
 - (b) individuals of pensionable age;
 - (c) individuals with low incomes;
 - (d) individuals residing in rural areas; and
 - (e) customers, of companies holding an appointment under Chapter 1 of Part 2 of this Act, whose premises are not eligible to be supplied by a licensed water supplier,

Dalam hal ini, tujuan utama dari regulasi air adalah untuk melindungi kepentingan konsumen, sebagaimana tercantum pada bagian 2A huruf a. Apabila memungkinkan melalui persaingan usaha dan dalam section 2C, ditegaskan bahwa untuk mencapai tujuan tersebut *regulator* harus memperhatikan kepentingan pelanggan yang sakit kronis, tidak mampu, pensiunan dan pelanggan yang tinggal di pinggir kota.

Kurang lebih, format (2A) legislasi untuk tujuan regulasi di seluruh badan-badan regulator Inggris adalah sama. Tujuan dari badan regulator air (OFWAT) dapat diperbandingkan dengan badan regulator keuangan, *Financial Conduct Authority* (FCA), yang termaktub dalam *Financial Services and Markets Act 2000*, bahwa tujuannya terdiri atas: i) meningkatkan kepercayaan pasar, (ii) menjaga stabilitas keuangan, (iii) meningkatkan kewaspadaan publik, (iv) melindungi konsumen dan v) mengurangi terjadinya kejahatan keuangan.⁴⁷

Untuk menentukan risiko, badan-badan *regulator* di Inggris menafsirkan pasal-pasal tujuan regulasi ini menjadi matriks risiko. Kondisi Indonesia agak berbeda karena, *pertama* tidak seluruh *regulator* di Indonesia berbentuk badan *regulator* dan *kedua*, dalam konteks UUCK, tujuan regulasi menjadi kabur.

Sebagai contoh perbandingan adalah tujuan regulasi dalam UUCK dengan UU Lingkungan Hidup (*lihat* Tabel 1).

⁴⁷ *Financial Services and Markets Act* (2000) c.8. Lihat sections 3, 3A, 4, 5 dan 6

UU Cipta Kerja	UU Nomor 3 Tahun 2005 tentang Perlindungan dan Pengelolaan Lingkungan Hidup
<p>Pasal 3</p> <p>a. menciptakan dan meningkatkan lapangan kerja dengan memberikan kemudahan, perlindungan, dan pemberdayaan terhadap koperasi dan UMK-M serta industri dan perdagangan nasional sebagai upaya untuk dapat menyerap tenaga kerja Indonesia yang seluas-luasnya dengan tetap memperhatikan keseimbangan dan kemajuan antardaerah dalam kesatuan ekonomi nasional;</p> <p>b. menjamin setiap warga negara memperoleh pekerjaan, serta mendapat imbalan dan perlakuan yang adil dan layak dalam hubungan kerja;</p> <p>c. melakukan penyesuaian berbagai aspek pengaturan yang berkaitan dengan keberpihakan, penguatan, dan perlindungan bagi koperasi dan UMK-M serta industri nasional; dan</p> <p>d. melakukan penyesuaian berbagai aspek pengaturan yang berkaitan dengan peningkatan ekosistem investasi, kemudahan dan percepatan proyek strategis nasional yang berorientasi pada kepentingan nasional yang berlandaskan pada ilmu pengetahuan dan teknologi nasional dengan berpedoman pada haluan ideologi Pancasila.</p>	<p>Pasal 3</p> <p>a. melindungi wilayah Negara Kesatuan Republik Indonesia dari pencemaran dan/atau kerusakan lingkungan hidup;</p> <p>b. menjamin keselamatan, kesehatan, dan kehidupan manusia;</p> <p>c. menjamin kelangsungan kehidupan makhluk hidup dan kelestarian ekosistem;</p> <p>d. menjaga kelestarian fungsi lingkungan hidup;</p> <p>e. mencapai keserasian, keselarasan, dan keseimbangan lingkungan hidup;</p> <p>f. menjamin terpenuhinya keadilan generasi masa kini dan generasi masa depan;</p> <p>g. menjamin pemenuhan dan perlindungan hak atas lingkungan hidup sebagai bagian dari hak asasi manusia;</p> <p>h. mengendalikan pemanfaatan sumber daya alam secara bijaksana; mewujudkan pembangunan berkelanjutan; dan</p> <p>i. mengantisipasi isu lingkungan global.</p>

Dalam konteks UUCK, “risiko” dapat ditafsirkan bermacam-macam. Apabila tujuannya adalah investasi, maka yang menjadi resiko dari tujuan itu misalnya adalah rendahnya kepercayaan investor, gejolak politik, rumitnya birokrasi dan sebagainya. Sebaliknya, apabila yang menjadi tujuan regulasi adalah perlindungan lingkungan, maka yang menjadi risiko adalah lemahnya pengaturan, pengawasan dan perizinan.

2. Risiko Volatilitas Belum Dipertimbangkan

Kritik selanjutnya untuk UUCK adalah belum dipertimbangkannya risiko volatil. Istilah risiko "volatilitas" sudah dimuat dalam UUCK sebagai indikator penilaian tingkat bahaya, tetapi belum jelas penerapannya.⁴⁸

Risiko volatil adalah risiko yang dapat berubah, tadinya tinggi kemudian menjadi rendah maupun sebaliknya.⁴⁹ Contohnya dalam polusi pada air. Bahaya yang ditimbulkan dari polusi tersebut bervariasi tergantung musim. Ketika musim kering misalnya, risikonya menjadi lebih tinggi dibanding pada musim lainnya, sebagaimana Black dan Baldwin berpandangan bahwa:

A risk may be relatively stable with respect to either quantum of potential harm or probability of occurrence over a defined period of time, or it may be subject to change. In the case of water pollution, for instance, the level of a potential harm may vary with climatic conditions or water levels. Alternatively, the managerial team that controls a risk may be liable to change, altering the probability of harm occurring, and constituting a matter of key concern for “net” risk assessments.⁵⁰

Pada saat pemeringkatan risiko dilakukan, *regulator* juga harus terlebih dahulu menentukan suatu jenis risiko yang bisa bersifat mudah berubah. Cara menangani resiko demikian diantaranya adalah dengan melakukan lebih sering melakukan peninjauan ulang peringkat risiko.

Pendekatan RBR dalam UUCK digunakan dalam hal (i) mengkategorisasikan perizinan/pendaftaran dan (ii) melakukan pengawasan. Dalam konteks perizinan/pendaftaran, Nomor Induk Berusaha (NIB) dan “Izin” digunakan

⁴⁸ Lihat Pasal 7 ayat (5) huruf e UUCK.

⁴⁹ Lihat Penjelasan Pasal 7 ayat (5) huruf e UUCK yang memuat bahwa “yang dimaksud dengan “risiko volatilitas” yaitu risiko yang memiliki kecenderungan untuk mudah berubah. “Seharusnya istilah yang dipergunakan adalah “volatil” bukan “volatilitas”.

⁵⁰ Terjemahan bebas: Risiko bisa jadi relatif stabil, dalam hal dimensi bahaya maupun kemungkinan terjadinya dalam jangka waktu tertentu, atau mungkin juga berubah. Dalam kasus polusi air misalnya, tingkat potensi bahaya akan bervariasi sesuai dengan musim atau tinggi muka air. Disamping itu, tim (dari perusahaan atau organisasi) yang mengelola risiko harus bertanggung jawab untuk merubah kemungkinan terjadinya bahaya dan menentukan hal-hal yang menjadi perhatian utama dalam melakukan penilaian risiko. Lihat Julia Black dan Robert Baldwin, “When Risk-Based Regulation Aims Low: Approaches and Challenges: Aiming Low: Approaches and Challenges” *Regulation & Governance* Vol. 6., 2012, h.2.

untuk kegiatan berisiko tinggi sedangkan untuk kategori rendah cukup dengan NIB saja. Apabila terdapat beberapa risiko yang mudah berubah maka kategori perizinan/pendaftaran dan sasaran pengawasan semestinya dapat berubah. Artinya, akan ada kegiatan yang sebenarnya tidak perlu izin dan tidak perlu banyak diawasi karena risikonya berubah dari tinggi ke rendah. Sebaliknya, akan ada kegiatan yang seharusnya perlu izin, tetapi karena pada waktu pemeringkatan risiko dilakukan risikonya masih rendah sehingga dianggap tidak perlu izin.

Akan tetapi, UUCK tidak membahas penilaian risiko yang bersifat volatil secara detail. Rincian mengenai penilaian dan penyusunan peringkat risiko volatil akan dilakukan lewat Peraturan Pemerintah (PP).⁵¹ Naskah Akademik UUCK juga tidak membahas secara detail tentang jenis risiko yang mudah berubah. Apabila penilaian dan penyusunan peringkat risiko dimuat pada PP maka untuk mengubahnya perlu revisi/amandemen atas PP tersebut. Mekanisme demikian justru membuat perubahan jenis risiko volatil menjadi kaku karena PP tergolong sebagai peraturan perundang-undangan yang sulit untuk diubah. Selain itu, hal tersebut dapat membahayakan kepentingan publik apabila ada risiko yang bergeser dari rendah menuju tinggi.

Sebagai alternatif dari melakukan peninjauan dan penyusunan peringkat ulang dari risiko yang lebih sering, risiko volatil dapat dikategorikan sebagai risiko tersendiri yang dikecualikan dari penapisan perizinan. Dalam hal pengawasan, risiko volatil juga sebaiknya digolongkan dalam risiko tersendiri dimana frekuensi pengawasan dapat dilakukan secara reguler terlepas dari tingkat risikonya.

3. Risiko Sistemik Belum Dipertimbangkan

Risiko sistemik adalah risiko yang kecil apabila dilihat per individu atau kegiatan tetapi akan menjadi besar karena kecenderungannya yang dilakukan oleh banyak pihak.⁵² Sebagai contoh dari risiko sistemik adalah penyedotan air tanah di pemukiman dan penggunaan pestisida oleh petani. Apabila dilakukan secara perorangan, dampak dari kegiatan tersebut kepada lingkungan atau kesehatan akan kecil. Namun demikian, apabila dilakukan

⁵¹ Pasal 13 UUCK berbunyi :

"Ketentuan lebih lanjut mengenai Perizinan Berusaha berbasis risiko sebagaimana dimaksud dalam Pasal 7, Pasal 8, Pasal 9, dan Pasal 10, serta tata cara pengawasan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 11 diatur dalam Peraturan Pemerintah."

⁵² Julia Black dan Robert Baldwin, *"When... Op.Cit.*, h. 2.

secara masif dampaknya juga akan besar. Penyedotan air tanah dapat menimbulkan amblesnya muka tanah dan intrusi air laut.⁵³ Demikian juga dengan penggunaan pestisida dan pupuk dalam pertanian yang dilakukan secara masif maka akan menyebabkan tercemarnya kualitas air.⁵⁴ Rusaknya air tanah dan air permukaan akibat abstraksi dan polusi bersifat sistemik. Artinya, terjadi dalam skala besar dan dampak serta bahayanya akan dirasakan oleh banyak orang.

Contoh mutakhir lainnya dari resiko sistemik adalah wabah COVID-19. Apabila dilihat secara individual, kemungkinan orang menjadi sakit akibat berdekatan dengan satwa atau mengkonsumsi satwa liar relatif kecil. Demikian pula, ketika sudah terjadi transmisi antar manusia yang mengakibatkan penyakit belum tentu terjadi pandemi hingga bahkan *World Health Organization* (WHO) pun lambat mengumumkan dan mengantisipasinya.⁵⁵ Hal demikian membuat bias kognitif yang membuat pemerintah di berbagai negara dan bahkan akademisi menyepelekan potensi resiko sistemik akibat pandemik. Cirillo dan Taleb menyebutnya sebagai "*fat tail*".⁵⁶ Risiko sistemik seharusnya diantisipasi lewat prinsip kehati-hatian.⁵⁷ Taleb bahkan mengatakan lebih lanjut bahwa etika individual dalam menghadapi resiko sistemik seperti pandemi adalah dengan melakukan pencegahan sistemik dalam level perorangan atau lokal.⁵⁸

Secara teoritis, seharusnya penapisan perizinan dan strategi pengawasan terlebih dahulu membedakan resiko sistemik dengan resiko yang tidak sistemik. Usaha yang risikonya berpotensi sistemik seharusnya tetap diberlakukan izin atau persetujuan dan diawasi secara lebih ketat relatif terhadap tingkat kepatuhannya.

Terkait dengan perizinan, UUCK tidak memperhitungkan secara khusus resiko sistemik. Apabila tingkat resiko rendah atau menengah, tidak

⁵³ Hasanuddin Z. Abidin dkk, "Land Subsidence of Jakarta (Indonesia) and Its Relation with Urban Development" *Natural Hazards*, Vol. 59, 2011, h. 1753; HZ Abidin dkk, "Land Subsidence in Coastal City of Semarang (Indonesia): Characteristics, Impacts and Causes", *Geomatics, Natural Hazards and Risk*, Vol. 4, 2013, h. 226.

⁵⁴ H Salim dkk, "Multi-Source Water Pollution in the Upper Citarum Watershed, Indonesia, with Special Reference to Its Spatiotemporal Variation" *Environmental Sciences*, 2005, h.11; Joko Mariyono dkk, "Quantity and Monetary Value of Agrochemical Pollution from Intensive Farming in Indonesia" *Management of Environmental Quality: An International Journal*, Vol. 29, 2018, h. 759.

⁵⁵ Manfred S. Green, "Did the Hesitancy in Declaring COVID-19 a Pandemic Reflect a Need to Redefine the Term?" *The Lancet*, Vol 395, 2020, h.1034.

⁵⁶ Pasquale Cirillo dan Nassim Nicholas Taleb, "Tail Risk of Contagious Diseases" *Nature Physics* Vol. 16, 2020, h. 606.

⁵⁷ Joseph Norman, Yaneer Bar-Yam dan Nassim Nicholas Taleb, "Systemic Risk of Pandemic via Novel Pathogens—Coronavirus: A Note", New England Complex Systems Institute (January 26, 2020).

⁵⁸ Nassim Nicholas Taleb dan Joseph Norman, "Ethics of Precaution: Individual and Systemic Risk" New England Complex Systems Institute 1.

ada kemungkinan dalam UUCK untuk diberlakukan izin.⁵⁹ Hal ini dapat menimbulkan masalah apabila tingkat resiko rendah dan menengah tersebut bersifat sistemik.

Untuk pengawasan, frekuensinya disesuaikan dengan tingkat resiko serta tingkat kepatuhan.⁶⁰ Dengan kata lain, apabila tingkat resiko rendah maka intensitas pengawasan juga rendah. Secara harfiah, UUCK tidak membuka peluang untuk melakukan pengawasan lebih sering, apabila resiko yang dijumpai rendah atau menengah namun bersifat sistemik.

Dalam regulasi sektor keuangan, risiko sistemik diantisipasi lewat keterbukaan informasi, jaminan likuiditas, pembatasan kebolehan pemberian pinjaman, dan pembatasan kebolehan meminjam.⁶¹ Tentunya, pendekatan regulasi keuangan tidak bisa langsung diterjemahkan dalam pendekatan umum RBR. Pada intinya adalah bahwa resiko sistemik harus diberlakukan secara berbeda.

4. Potensi “Regulatory Capture”

Yang dimaksud dengan *regulatory capture* adalah kejadian ketika intervensi negara atas kegiatan ekonomi, termasuk didalamnya proses regulasi seperti pembentukan peraturan perundang-undangan, kegiatan perizinan dan pengawasan, diarahkan oleh kepentingan tertentu.⁶² Stigler mengemukakan “... *as a rule, regulation is acquired by the industry and is designed and operated primarily for its benefits*”.⁶³ Namun, penting untuk ditegaskan bahwa dalam tulisan ini, *capture* tidak hanya terbatas pada kelompok industri tetapi juga dapat dilakukan oleh berbagai kelompok.

Kajian mengenai *capture* menjelaskan bahwa apabila kepentingan dari suatu kelompok adalah besar dan jumlah kelompoknya sedikit, maka kelompok tersebut akan memiliki posisi yang lebih baik dalam memengaruhi jalannya regulasi.⁶⁴ Kelompok pengusaha memiliki kepentingan per kapita yang besar dibandingkan dengan konsumen, buruh atau kelompok lainnya juga memiliki sumber daya yang lebih besar untuk memengaruhi regulasi.

⁵⁹ Lihat Pasal 8 dan 9 UUCK

⁶⁰ Lihat Pasal 11 yang merujuk pada Pasal 7 ayat (7) UUCK

⁶¹ Steven L. Schwarcz, “Systemic Risk” *Geo. LJ* Vol. 97, 2008, h. 193. Lihat juga Iman Anabtawi dan Steven L. Schwarcz, “Regulating Systemic Risk: Towards an Analytical Framework”, *Notre Dame Law Review*, Vol. 89, 2011, h. 1349.

⁶² Ernesto Dal Bo, “Regulatory Capture: A Review”, *Oxford Review of Economic Policy*, vol. 22, 2006 h. 203.

⁶³ George J Stigler, “The Theory of Economic Regulation”, *The Bell Journal of economics and management science*, 1971, h. 3

⁶⁴ Dal Bo, “Regulatory... *Op. Cit.* . Lihat juga Mancur Olson, *The Logic of Collective Action: Public Goods and the Theory of Groups*, 21st ed, Cambridge, Harvard University Press, 2003, h. 53-65.

Dalam konteks UUCK, kepentingan bisnis yang besar ini bisa dimanifestasikan dalam bentuk lobi untuk kemudahan perizinan, pengawasan atau standar yang lebih ringan. Hipotesis dalam tulisan ini adalah bahwa kepentingan bisnis akan berusaha mengejar “*race to the bottom*”⁶⁵ dalam proses RBR di UUCK dengan sebisa mungkin: (i) mengategorikan suatu kegiatan usaha dalam resiko rendah atau menengah sehingga tidak memerlukan izin; (ii) menurunkan standar; dan (iii) menurunkan frekuensi pengawasan. Hal ini berpotensi terjadi dalam proses analisis dan penjenjangan resiko.

Hal ini bukan berarti bahwa seluruh kegiatan atau usaha harus diawasi secara ketat. Pengawasan ketat hanya diperlukan pada kegiatan dengan risiko tinggi dengan memperhatikan kapasitas dan catatan kepatuhan perusahaan. Artinya, pengawasan bisa lebih longgar apabila perusahaannya patuh dan mekanisme kontrol internalnya baik. Yang menjadi masalah adalah apabila resiko yang dihadapi sebenarnya tinggi dimana seharusnya diperlukan respon regulasi berupa izin, standar dan pengawasan yang ketat. Namun demikian, risiko yang tinggi tersebut berhasil dimentahkan dengan argumentasi yang mengubahnya menjadi risiko rendah.

Untuk memitigasi *capture* diperlukan mekanisme transparansi dan pelibatan publik.⁶⁶ Dalam konteks UUCK, diperlukan pelibatan publik dalam rangka penentuan dan penjenjangan resiko. Dengan demikian, proses penetapan tingkat resiko secara ideal dilakukan dengan data yang cukup melalui proses yang transparan dan disetujui oleh berbagai pemangku kepentingan. Mekanisme transparansi ini pernah diusulkan dalam proses pembahasan rancangan UUCK dan termuat dalam salah satu DIM.⁶⁷ Akan tetapi, mekanisme mitigasi *capture* tidak dimuat dalam UUCK.

KESIMPULAN

Konsep RBR merupakan hal yang baru dalam wacana akademik di Indonesia. Seiring dengan diterbitkannya UUCK, konsep itu mendapat tempat dalam upaya

⁶⁵ Nita Rudra, “Globalization and the Race to the Bottom in Developing Countries: Who Really Gets Hurt?” 316; Richard L Revesz, “Rehabilitating Interstate Competition: Rethinking the Race-to-the-Bottom Rationale for Federal Environmental Regulation” *New York University Law Review*, Vol. 67, 1992 h. 1210.

⁶⁶ Frederic Boehm, “Anti-Corruption Strategies as Safeguard for Public Service Sector Reforms” <http://www.wiwi.uni-passau.de/fileadmin/dokumente/lehrstuehle/lambsdorff/Economics_of_Corruption_2007/Boehm_-_Anti-Corruption_as_Safeguard_for_Public_Sector_Reforms.pdf> diakses pada 5 Oktober 2020; F Boehm, ‘Regulatory Capture Revisited – Is There and Anti-Corruption Agenda in Regulation?’; Lihat juga A Estache dan L Wren-Lewis, “Anti-Corruption Policy in Theories of Sector Regulation”, *International Handbook on Corruption*, Vol 2, 2011; Antonio Estache and Liam Wren-Lewis, “Toward a Theory of Regulation for Developing Countries: Following Jean-Jacques Laffont’s Lead”, *Journal of Economic Literature*, Vol. 47, 2009, h. 729.

⁶⁷ ‘Daftar Inventarisasi Masalah (DIM) RUU Tentang Cipta Kerja Batang Tubuh Pasal 7 s.d Pasal 13 Dewan Perwakilan Rakyat Republik Indonesia’ 7. Lihat DIM no. 156 dan 202.

menyederhanakan perizinan berusaha. Penerapan konsep RBR dalam UUCK membuka diskursus publik dan wacana akademik mengenai pengertian regulasi yang tidak semata dimaknai dengan peraturan perundang-undangan saja.

Penerapan konsep RBR merupakan sebuah langkah maju dalam “pendekatan regulasi” alih-alih pendekatan tradisional yang kerap dianut dalam penyusunan UU di Indonesia, berupa “*command-and-control*”. Namun demikian, ada beberapa hal terkait diadopsinya RBR dalam UUCK yang perlu dikritisi.

Ada 4 (empat) kritik yang dilayangkan dalam tulisan ini berkaitan dengan pendekatan RBR dalam UUCK. Pendekatan RBR dalam UUCK berbeda dengan praktek RBR yang banyak berkembang, dimana RBR biasanya lebih digunakan dalam konteks pengawasan. RBR dalam UUCK menekankan pada penapisan perizinan berusaha. Selain itu, penyusunan UUCK dalam format omnibus membuat kerumitan dalam mengidentifikasi tujuan regulasi. Tanpa adanya kejelasan tujuan regulasi maka identifikasi risiko tidak mungkin dilakukan karena identifikasi risiko sendiri merupakan turunan dari tujuan regulasi. Gabungan dari perubahan atas beberapa UU dalam format omnibus membuat tujuan regulasi menjadi tumpang tindih. Pekerjaan bagi tiap-tiap sektor pasca diterbitkannya UUCK adalah mengidentifikasi tujuan regulasi masing-masing. Tujuan besar yang dimuat dalam UUCK membuat rancu tujuan regulasi tiap-tiap sektornya.

Kritik berikutnya adalah ketiadaan perincian mengenai risiko volatil dan sistemik dalam UUCK. Pendelegasian yang memberi kewenangan agar pengaturan lebih lanjut mengenai risiko volatil dan sistemik pada PP justru membuatnya menjadi kaku. PP tergolong sebagai peraturan perundang-undangan yang sulit untuk diubah. Seharusnya risiko volatil dan risiko sistemik digolongkan dalam risiko tersendiri dan harus diberlakukan secara berbeda. Terkait dengan potensi adanya *regulatory capture* dalam penerapan RBR pada UUCK dapat dimitigasi melalui pengaturan dalam PP yang mengharuskan transparansi, keterbukaan dan pelibatan publik dalam penentuan dan pemerinkatan resiko.

DAFTAR PUSTAKA

Buku

Afghani, Mohamad Mova Al, 2016, *Legal Frameworks for Transparency in Water Utilities Regulation: A Comparative Perspective*, Routledge.

- Baldwin, Robert, Martin Cave dan Martin Lodge, 2012, *Understanding Regulation: Theory, Strategy, and Practice*, 2nd Oxford University Press.
- Friedmann, Wolfgang Gaston, 1971, *The State and the Rule of Law in a Mixed Economy*, Stevens.
- Hatta, Mohamad, 1977, *Pelaksanaan Undang Undang Dasar 1945 Pasal 33*.
- Mancur Olson, 2003, *The Logic of Collective Action: Public Goods and the Theory of Groups*, 21st ed, Cambridge: Harvard University Press.
- Morgan, Bronwen dan Karen Yeung, 2007, *An Introduction to Law and Regulation Text and Materials*, Cambridge University Press.
- Palguna, I Dewa Gede, 2019, *Welfare State vs Globalisasi: Gagasan Negara Kesejahteraan di Indonesia*, Jakarta: Rajawali Pres.
- Prosser, Tony, 1997, *Law and the Regulators*, USA: Oxford University Press.
- Rudra, Nita, 2008, *Globalization and the Race to the Bottom in Developing Countries: Who Really Gets Hurt?*, Cambridge University Press.
- Sadiawati, Diani, dkk, 2015, *Strategi Nasional Reformasi Regulasi, Mewujudkan Regulasi Yang Sederhana Dan Tertib*

Artikel Jurnal

- Abidin, Hasanuddin Z., dkk, 2011, "Land Subsidence of Jakarta (Indonesia) and Its Relation with Urban Development" *Natural Hazards*, Vol. 59.
- Al'Afghani, Mohamad Mova, "Alienating the Private Sector: Implications of the Invalidation of the Water Law by the Indonesian Constitutional Court" *Journal of Water Law*, Vol. 26.
- Anabtawi, Iman dan Steven L Schwarcz, 2011, "Regulating Systemic Risk: Towards an Analytical Framework", *Notre Dame Law Review*, Vol. 89.
- Azhar, Muhamad, 2019, "Omnibus Law sebagai Solusi Hiperregulasi Menuju Sonkronisasi Peraturan Perundang-undangan di Indonesia", *Administrative Law and Governance Journal*, Vol. 2.
- Bisariyadi, "Pergulatan Paham Negara Kesejahteraan (Welfare State) dan Negara Regulasi (Regulatory State) dalam Perkara Konstitusional", *Ius Quia Iustum*, No. 4, Vol. 23, Oktober 2016.
- Black, Julia, 2005, "The Emergence of Risk-Based Regulation and the New Public Risk Management in the United Kingdom", *Public Law*.

- Black, Julia dan Robert Baldwin, 2012, "When Risk-Based Regulation Aims Low: Approaches and Challenges: Aiming Low: Approaches and Challenges" *Regulation & Governance* Vol. 6. 2.
- Black, Julia dan Robert Baldwin, 2010, "Really Responsive Risk-Based Regulation" *Law & Policy*, Vol. 32.
- Bo, Ernesto Dal, "Regulatory Capture: A Review", *Oxford Review of Economic Policy*, vol. 22, 2006.
- Butt, Simon dan Fritz Edward Siregar, 2013, "State Control over Natural Resources in Indonesia: Implications of the Oil and Natural Gas Law Case of 2012", *Journal of Energy & Natural Resources Law*, Vol. 31.
- Cirillo, Pasquale dan Nassim Nicholas Taleb, 2020, "Tail Risk of Contagious Diseases" *Nature Physics* Vol. 16.
- Charlesworth, Hilary, "A Regulatory Perspective on the International Human Rights System", *Regulatory Theory*, 2017.
- Connor, Tim dan Fiona Haines, 2013, "Networked Regulation as a Solution to Human Rights Abuse in Global Supply Chains? The Case of Trade Union Rights Violations by Indonesian Sports Shoe Manufacturers", *Theoretical Criminology*, Vol. 17.
- Estache, Antonio and Liam Wren-Lewis, 2009, "Toward a Theory of Regulation for Developing Countries: Following Jean-Jacques Laffont's Lead", *Journal of Economic Literature*, Vol. 47.
- Green, Manfred S., 2020, "Did the Hesitancy in Declaring COVID-19 a Pandemic Reflect a Need to Redefine the Term?" *The Lancet*, Vol 395.
- HZ Abidin dkk, 2013, "Land Subsidence in Coastal City of Semarang (Indonesia): Characteristics, Impacts and Causes", *Geomatics, Natural Hazards and Risk*, Vol. 4.
- H Salim dkk, 2005, "Multi-Source Water Pollution in the Upper Citarum Watershed, Indonesia, with Special Reference to Its Spatiotemporal Variation" *Environmental Sciences*.
- Levi-Faur, David, "The Welfare State: A Regulatory Perspective", *Public Administration*, 2014.
- Mariyono, Joko dkk, 2018, "Quantity and Monetary Value of Agrochemical Pollution from Intensive Farming in Indonesia" *Management of Environmental Quality: An International Journal*, Vol. 29.

Majone, Giandomenico, "From the Positive State to the Regulatory State: Causes and Consequences of Changes in Modes of Governance", *Journal of Public Policy*, Vol. 17, Mei 1997.

Posner, Richard A, 1968, "Natural Monopoly and Its Regulation" *Stanford Law Review*, Vol. 21.

Richard A. Posner, 1974, "Theories of Economic Regulation" *The Bell Journal of Economics and Management Science*, Vol. 5, No. 2, Autumn.

Revesz, Richard L 1992, "Rehabilitating Interstate Competition: Rethinking the Race-to-the-Bottom Rationale for Federal Environmental Regulation" *New York University Law Review*, Vol. 67.

Schwarcz, Steven L., 2008, "Systemic Risk" *Georgetown Law Journal*, Vol. 97.

Stigler, George J., "The Theory of Economic Regulation", *The Bell Journal of Economics and Management Science*, 1971.

Wood, John TD, 2017, "Consumer Protection: A Case of Successful Regulation", *Regulatory Theory*.

Laporan, Artikel Koran dan Website

A Estache dan L Wren-Lewis, "Anti-Corruption Policy in Theories of Sector Regulation", *International Handbook on Corruption*, Vol 2, 2011.

"Basel Framework", https://www.bis.org/basel_framework/index.htm diakses pada 7 November 2020.

CNN Indonesia, "6 Aturan Investasi Yang Diubah UU Cipta Kerja" (ekonomi) <https://www.cnnindonesia.com/ekonomi/20201008143243-92-555996/6-aturan-investasi-yang-diubah-uu-cipta-kerja> diakses pada 7 November 2020;

"Daftar Inventaris Masalah (DIM) RUU Cipta Kerja: Regulasi Berbasis Risiko" <https://cloud.cprg.info/docs/dimcprgomnibus.pdf>.

"Daftar Inventarisasi Masalah (DIM) RUU Tentang Cipta Kerja Batang Tubuh Pasal 7 S/D Pasal 13 Dewan Perwakilan Rakyat Republik Indonesia", <http://www.dpr.go.id/dokakd/dokumen/BALEG-RJ-20200715-041205-6484.pdf>.

Frederic Boehm, "Anti-Corruption Strategies as Safeguard for Public Service Sector Reforms" <http://www.wiwi.uni-passau.de/fileadmin/dokumente/lehrstuehle/lambsdorff/Economics_of_Corruption_2007/Boehm_-_Anti-Corruption_as_Safeguard_for_Public_Sector_Reforms.pdf> diakses pada 5 Oktober 2020;

Frederic Boehm, 'Regulatory Capture Revisited – Is There and Anti-Corruption Agenda in Regulation?' Rahma Tri, "UU Omnibus Law Cipta Kerja: Beda Risiko Bisnis, Beda Izinnya" (Tempo, 6 October 2020) <https://bisnis.tempo.co/read/1393453/uu-omnibus-law-cipta-kerja-beda-risiko-bisnis-beda-izinnya> diakses pada 7 November 2020.

Julia Black, "Risk-Based Regulation: Choices, Practices and Lessons Learnt", Risk and Regulatory Policy: Improving the Governance of Risk, OECD, 2010.

John Bourn, "The Gaming Board: Better Regulation - National Audit Office (NAO) Report" Comptroller and Auditor General, 2000, HC 537, Session 1999-2000, <https://www.nao.org.uk/report/the-gaming-board-better-regulation/> diakses pada 4 Mei 2020.

Joseph Norman, Yaneer Bar-Yam dan Nassim Nicholas Taleb, "Systemic Risk of Pandemic via Novel Pathogens—Coronavirus: A Note", New England Complex Systems Institute (January 26, 2020).

Kementerian ESDM, "Bahan Rapat Perizinan Berusaha Berbasis Risiko Pada Subsektor Ketenagalistrikan" (Jakarta, 13 Oktober 2020).

Kementerian ESDM, "Analisis Resiko Perizinan Berusaha Sub Sektor Energi Baru, Terbarukan Dan Konservasi Energi" (Jakarta, 13 Oktober 2020).

"Laporan Singkat Rapat Dengar Pendapat Umum Panja Badan Legislati Dengan Kamar Dagang Industri (Kadin) Dan M. Mova Al Afghani, S.H., LL.M. Eur., Ph.D Dalam Rangka Mendengarkan Masukan/Pandangan Atas RRU Tentang Cipta Kerja" <<http://www.dpr.go.id/dokakd/dokumen/BALEG-RJ-20200610-033817-9215.pdf>> diakses pada 7 November 2020;

"Menteri Bambang Sampaikan Agenda Reformasi Regulasi: Tata Fungsi Dan Kelembagaan Sistem Peraturan Perundangan Indonesia" <https://www.bappenas.go.id/id/berita-dan-siaran-pers/menteri-bambang-sampaikan-agenda-reformasi-regulasi-tata-fungsi-dan-kelembagaan-sistem-peraturan-perundangan-indonesia/> diakses pada 3 Mei 2020.

Mohamad Mova Al'Afghani, "The Elements of State Control", *The Jakarta Post*, Jakarta, 14 Januari 2013.

_____, "Kritik Atas Pendekatan Regulasi Berbasis Risiko Dalam RRU Cipta Kerja" (Rapat Dengar Pendapat Umum Panja Badan Legislati Dengan Kamar Dagang Industri (kadin) Dan M. Mova Al Afghani, S.H., LL.M. Eur., Ph.D Dalam

Rangka Mendengarkan Masukan/Pandangan atas RUU Tentang Cipta Kerja, Teleconference, 9 Juni 2020) <http://www.dpr.go.id/dokakd/dokumen/BALEG-RJ-20200610-034618-6897.pdf>, diakses pada 3 Agustus 2020.

Muhammad Choirul, "Airlangga: UU Ciptaker Rampingkan Obesitas Regulasi" (news) <<https://www.cnbcindonesia.com/news/20201021184711-4-196133/airlangga-uu-ciptaker-rampingkan-obesitas-regulasi>> diakses pada 8 November 2020.

Nassim Nicholas Taleb dan Joseph Norman, "Ethics of Precaution: Individual and Systemic Risk" New England Complex Systems Institute.

Philip Hampton, *Reducing Administrative Burdens: Effective Inspection and Enforcement*, Her Majesty's Stationery Office, 2005.

"Rangkuman Rapat - Masukan RUU Cipta Kerja Bidang Kemudahan Dan Persyaratan Investasi — Badan Legislasi DPR-RI Rapat Dengar Pendapat Umum (RDPU) Dengan Kamar Dagang Dan Industri Indonesia (KADIN) Dan Akademisi Univ. Ibn Khaldun M. Mova, S.H, LL.M, Ph.D - JejakParlemen", <https://wikidpr.org/rangkuman/baleg-rdpu-kadin-akademisi-masukan-ruu-ciptaker>, diakses pada 7 November 2020;

Stephen Littlechild, *Regulation of British Telecommunications Profitability: A Report to the Secretary of State for Trade and Industry*, Department of Trade and Industry, London, 1983.

Peraturan Perundang-undangan dan Putusan Pengadilan

Financial Services and Markets Act 2000.

Putusan MK Nomor 002/PUU-I/2003 tentang Pengujian UU Nomor 22 Tahun 2001 Tentang Minyak dan Gas Bumi, tanggal 21 Desember 2004.

Putusan MK Nomor 36/PUU-X/2012 tentang Pengujian UU Nomor 22 Tahun 2001 Tentang Minyak Dan Gas Bumi, tanggal 13 November 2012.

Water Industry Act 1991.