3. BUKU PERLINDUNGAN NEGARA ATAS WARISAN BUDAYA BANGSA-LENGKAP.pdf

ORIGINALITY REPORT

13%	10%	4%	10%
SIMILARITY INDEX	INTERNET SOURCES	PUBLICATIONS	STUDENT PAPERS

PRIMARY SOURCES

1	Submitted to Universiti Putra Malaysia Student Paper	2%
2	repository.uinjkt.ac.id Internet Source	2%
3	id.wikipedia.org Internet Source	1%
4	ameliaday.files.wordpress.com Internet Source	1%
5	ditjenpp.kemenkumham.go.id Internet Source	1%
6	kkampjogya.blogspot.com Internet Source	1%
7	www.bphn.go.id Internet Source	1%
8	Submitted to Universitas Indonesia Student Paper	1%
9	Anna Friederike Busch. "Protection of Traditional Cultural Expressions in Latin America", Springer Science and Business Media LLC, 2015 Publication	1%
10	Submitted to Binus University International Student Paper	1%
11	www.oapi.wipo.net Internet Source	1%

12 vdocuments.site
Internet Source

1%

Exclude quotes	Off	Exclude matches	< 1%
Exclude bibliography	Off		

3. BUKU PERLINDUNGAN NEGARA ATAS WARISAN BUDAYA BANGSA-LENGKAP.pdf

by

Submission date: 15-Apr-2020 09:40AM (UTC+0700)
Submission ID: 1297932572
File name: 3. BUKU PERLINDUNGAN NEGARA ATAS WARISAN BUDAYA BANGSA-LENGKAP.pdf (3.55M)
Word count: 51045
Character count: 330551

PERLINDUNGAN NEGARA ATAS WARISAN BUDAYA BANGSA

SEBAGIAN KEUNTUNGAN PENJUALAN AKAN DIDONASIKAN
UNTUK MENDUKUNG KEGIATAN SOSIAL DI INDONESIA
www.intranspublishing.com

Dr. Diah Imaningrum Susanti, S.H., M.Hum., M.Pd.

PERLINDUNGAN NEGARA ATAS WARISAN BUDAYA BANGSA

Setara Press
2018

PERLINDUNGAN NEGARA ATAS WARISAN BUDAYA BANGSA

Copyright © Mei, 2018
Pertama kali diterbitkan di Indonesia dalam Bahasa Indonesia oleh **Setara Press**. Hak Cipta dilindungi oleh undang-undang. Dilarang mengutip atau memperbanyak baik sebagian ataupun keseluruhan isi buku dengan cara apapun tanpa izin tertulis dari penerbit.

Perpustakaan Nasional: Katalog Dalam Terbitan (KDT)
Ukuran: 15,5cm x 23cm; Hal: xviii + 192

Penulis:
Dr. Diah Imaningrum Susanti, S.H., M.Hum., M.Pd.
Editor:
Dr. Agustinus Indradi

ISBN: 978-602-6344-53-3

Cover: Rahardian Tegar Lay Out: Nur Saadah**

Penerbit:
Setara Press
Kelompok Intrans Publishing
Wisma Kalimetro
Jl. Joyosuko Metro 42 Malang, Jatim
Telp. 0341-573650 Fax. 0341-588010
Email Pemaskahan: redaksi.intrans@gmail.com
Email Pemasaran: intrans_malang@yahoo.com
Website: www.intranspublishing.com

Anggota IKAPI

Distributor:
Cita Intrans SelarasP

Pengantar Ahli . . .

Indonesia dikenal secara luas sebagai negara yang bercorak multi-budaya (*multicultural*), terdiri atas ribuan suku bangsa yang tersebar di seluruh wilayah Nusantara, memiliki ratusan dialek bahasa daerah, dan beragam jenis kesenian tradisional seperti seni lukis, seni ukir, seni kaligrafi, seni pahat, seni patung, arsitektur tradisional, seni batik, dan bahkan cerita, hikayat, dongeng, legenda, babad, lagu, kerajinan tangan, alat musik tradisional, wayang, dan makanan dan minuman (kulinair) tradisional. Ragam karya budaya tradisional Indonesia seperti dimaksud di atas adalah karya intelektual masyarakat Indonesia yang bercorak selain komunal juga bernuansa magis-religius.

Budaya tradisional adalah suatu karya intelektual yang perlu memperoleh perlindungan hukum dari negara, karena budaya tradisional mencerminkan jatidiribangsa dan kekayaan budaya

bangsa yang potensial didayagunakan sebagai sumber daya ekonomi untuk meningkatkan kesejahteraan rakyat dankemajuan bangsa Indonesia. Wujud budaya tradisional sebagai karya intelektual yang wajib memperoleh perlindungan hukum dari negara adalah ekspresi budaya tradisional (*expression of folklore*).

Instrumen hukum nasional pada dasarnya telah mengatur tentang perlindungan terhadap ekspresi budaya tradisional. Tetapi, jika dikaji dari perspektif akademik atas hak kekayaan intelektual (*intellectual property right*), ekspresi budaya tradisional yang dilindungi sebagai hak kekayaan intelektual ternyata berorientasi pada rezim hak cipta. Oleh karena itu, regulasi ekspresi budaya tradisional seperti diatur dalam Undang-undang Hak Cipta, mulai dari diberlakukan UU Nomor 6 Tahun 1982 tentang Hak Cipta, kemudian UU Nomor 7 Tahun 1987, UU Nomor 12 Tahun 1997, UU Nomor 19 Tahun 2002, dan yang terakhir diberlakukan UU Nomor 28 Tahun 2014 tentang Hak Cipta, tidak memberi perlindungan secara utuh dan hakiki (*genuine legal protection*),karena tidak sesuai dan selaras dengan konsep, substansi, dan filosofi dari ekspresi budaya tradisional seperti yang dipahami dan dimaknai oleh masyarakat Indonesia yang bercorak komunal.

Kajian tentang ekspresi budaya tradisional sejauh ini belum dapat ditemukan sebagai referensi akademik yang dilakukan secara sistematis dan holistik. Buku karya Dr. R. Diah Imaningrum, S.H., M.Hum., yang bertajuk "Perlindungan Negara Atas Warisan Budaya Bangsa" menghadirkan kajian tentang urgensi perlindungan ekspresi budaya tradisional yang selaras dengan filosofi budaya bangsa Indonesia. Hal ini karena buku ini selain memberi pemahaman yang komprehensif secara konseptual dan teoritis serta historis, juga mengurai secara sistematis tentang relevansi teori dan kajian dari perspektif hukum nasional dan kerangka instrumen hukum internasional serta *ratio legis* perlunya perlindungan atas ekspresi budaya tradisional sebagai bagian dari hak kekayaan intelektual, untuk menegaskan urgensi kehadiran negara untuk melindungi ekspresi budaya tradisional dalam negara bangsa yang bercorak komunal dan magis-religius. Oleh karena itu, buku ini perlu dibaca oleh kalangan akademisi, pemerhati dan pecinta seni dan budaya

bangsa, dan kalangan birokrat serta pembentuk hukum di negeri tercinta Indonesia.

Selamat membaca!

Malang, 10 Januari 2018

Prof. Dr. I Nyoman Nurjaya, S.H.,M.H.
Guru Besar Fakultas Hukum Universitas Brawijaya

Pengantar Penulis . . .

Buku ini merupakan hasil penelitian tahun pertama atas Penelitian Dasar Unggulan Perguruan Tinggi yang dibiayai oleh Kemenristekdikti tahun 2017. Tujuan penulisan buku ini adalah memberi penjelasan dan memaparkan problematika dari "Negara sebagai Pemegang Hak Cipta akan Ekspresi Budaya Tradisional" sebagaimana dicantumkan dalam Undang-undang Nomor 28 tahun 2014 tentang Hak Cipta. Di dalamnya dijelaskan berbagai istilah yang selama ini digunakan secara bertukar, seperti *folklore, Expressions of Folklore,* Ekspresi Budaya Tradisional, perbedaan antara *indigenous* dan tradisional, ekspresi berwujud dan tak berwujud, mengapa ekspresi budaya tradisional perlu dilindungi, teori-teori yang menjelaskannya, serta posisi ekspresi budaya tradisional dalam konteks hukum nasional dan hukum internasional. Secara hukum substantif, ekspresi budaya tradisional yang diatur Undang-undang Hak Cipta Indonesia sejak tahun tahun 1982 sampai 2014 dipaparkan, juga aturan-aturan dari WIPO dan UNESCO yang terkait.

Buku ini terwujud karena jasa banyak pihak. Penulis menyampaikan terimakasih kepada Pemerintah, dalam hal ini Kemenristekdikti, yang telah berkontribusi dalam terwujudnya luaran penelitian yang berupa buku ini. Ucapan terima kasih penulis sampaikan juga kepada Rektor Universitas Katolik Widya Karya Malang, Romo Albertus Herwanta, O.Carm.,M.A. yang telah memfasilitasi penulis untuk berkarya.

Rekan-rekan penulis, Bapak Dr. Agustinus Indradi, yang berkenan menjadi editor draft buku ini, mengoreksinya sesuai dengan kaidah Bahasa Indonesia yang baik dan benar, Ibu Rini Susriyani, S.S., M.Hum, yang dengan tulus dan setia berdiskusi dan mendampingi penulis, terima kasih atas persahabatan dalam berkarya.

Terima kasih tak terhingga juga, tentu, kepada keluarga penulis yang setia mendukung: suami saya, Kanisius, dan anak-anak yang hebat dan bersemangat, Fidelis Aggiornamento Saintio dan Ursula Asterisci Renaissans.

Ucapan syukur senantiasa atas anugerah kehidupan dan kesehatan yang memampukan penulis untuk berkarya, penulis hunjukkan ke hadirat Tuhan yang Mahabaik, sumber kekuatan iman dan segala inspirasi dalam berkarya.

Malang, 6 Oktober 2017

R. Diah Imaningrum Susanti

Pengantar Penerbit . . .

Sejak Indonesia dinyatakan merdeka pada tahun 1945, baru pada tahun 2017 Indonesia mempunyai regulasi tentang kebudayaan lewat Undang-undang Nomor 5 Tahun 2017; berbeda dengan regulasi mengenai cagar budaya yang sepuluh tahun lebih dulu dikeluarkan lewat Undang-undang Nomor 11 Tahun 2010.

Alasan utama yang menyebabkan situasi demikianyakni karena memang tidak mudah untuk menyusun satu regulasi berupa undang-undang bagi negera, seperti Indonesia, yang dikenal secara luas sebagai negara dengan corak multi-budaya *(multicultural)*; terdiri atas ribuan suku bangsa, memiliki ratusan dialek bahasa daerah, dan beragam jenis kesenian tradisional. Kesenian tradisional yang dimaksud berupa seni lukis, seni ukir, seni kaligrafi, seni pahat, seni patung, arsitektur tradisional, seni batik, dan bahkan cerita, hikayat, dongeng, legenda, babad, lagu, kerajinan tangan, alat musik tradisional,

wayang, makanan, dan minuman tradisional. Sedangkan cagar budaya dimaknai sebagai warisan masa lalu yang bersifat kebendaan berupa benda cagar budaya, bangunan cagar budaya, struktur cagar budaya, situs cagar budaya, dan kawasan cagar budaya di darat dan/atau di air yang perlu dilestarikan keberadaannya karena memiliki nilai penting bagi sejarah, ilmu pengetahuan, pendidikan, agama, dan/atau kebudayaan melalui proses penetapan.

Namun demikian, keluarnya regulasi yang mengatur tentang pemajuan kebudayaan tersebut ternyata masih memunculkan berbagai persoalan yang salah satunya telah diidentifikasi oleh penulis buku ini. Persoalan tersebut mencakup seputar ekspresi budaya tradisional yang wilayah hukumnya masuk pada ranah hak cipta yang mensyaratkan dimiliki oleh negara. Artinya, negaralah yang memiliki otoritas hak cipta atas ekspresi budaya tradisional tersebut sebagaimana tercantum di dalam undang-undang hak cipta.

Sejumlah analisis dan pemaparan pun disajikan di dalam buku ini berkaitan dengan beberapa isu, diantaranya pengertian tentang ekspresi budaya tradisional, persoalan-persoalan yang muncul berikut soal kepemilikan serta pengemban hak dan kewajiban atas ekspresi budaya tradisional, tentang perlindungan hukum, serta kaitannya dengan perlindungan hak cipta yang dalam hal ini ekspresi budaya tradisional menjadi ranahnya.

Berbagai isu tersebut dikaji secara teoretis-konseptual, historis, dan yuridis. Posisi ekspresi budaya tradisional dalam hukum internasional dan hukum nasional ditunjukkan, argumentasi pro dan kontra dijelaskan, termasuk langkah-langkah yang sudah dan masih perlu dilakukan oleh Pemerintah Indonesia dalam melindungi ekspresi budaya tradisional. Semua itu dalam konteks perlindungan Negara atas ekspresi budaya tradisional sebagai warisan budaya bangsa. Dengan pola pengkajian secara teoretis-konseptual, historis, serta yuridis, sudah barang tentu buku ini sangat layak untuk dijadikan rujukan dalam mengkaji perihal kebudayaan dan kaitannya dengan hukum.

Analisis dan pemaparan disajikan kedalam tujuh bab, yaitu: Bab 1-Pendahuluan, berkaitan dengan isu dan pendekatan ekspresi budaya tradisional serta ruang lingkupnya; Bab 2 -Aspek Mendasar

Perlindungan Ekspresi Budaya Tradisional, yang mengulas soal penggunaan istilah-istilah yang sering digunakan seperti pengetahuan tradisional dan ekspresi budaya tradisional, *folklore*, *expressions of folklore*, tradisional dan asli/*indigenous*, *tangible* dan *intangiblecultural property*, cagar budaya, saujana, dan warisan budaya; Bab 3-Urgensi Perlindungan Ekspresi Budaya Tradisional, yaitu argumen kontra, argumen pro, konsekuensi melindungi ekspresi budaya tradisional, objek perlindungan, pemegang hak, perwakilan, konsep dan dampak perlindungan, serta konsekuensi terkait proses perlindungan; Bab 4-Teori Perlindungan Hukum Terhadap Ekspresi Budaya Tradisional, yaitu teori tanpa perlindungan, teori perlindungan hak cipta, teori perlindungan *sui generis*, teori perlindungan melalui penegakan pengadilan adat; Bab 5-Kerangka Hukum terhadap Ekspresi Budaya Tradisional, yaitu organisasi dunia di bidang ekspresi budaya tradisional, *World Intellectual Property Organization* (WIPO), Misapropriasi, perlindungan atas PT dan EBT, penerima perlindungan, lingkup perlindungan, pengaturan hak-hak atau kepentingan, pengecualian dan batasan, jangka waktu perlindungan, tatacara, sanksi, ganti rugi, dan pelaksanaan hak dan kepentingan, sarana peralihan, UNESCO; Bab 6-Kerangka Hukum Nasional, yaitu meliputi makna melalui maksud pembuat UU, negara sebagai "pemegang hak cipta" atas ekspresi budaya tradisional, dilanjut dengan perjalannya di dalam undang-undang hak cipta yang ada di Indonesia, dll.; Bab 7-Peran Negara dalam Melindungi EBT, meliputi soal negara sebagai pemegang hak cipta atas EBT, diikuti dengan pemaparan argumentasi pro dan kontra berikut analisis simpunan dan konsekuensi.

Singkatnya, ketujuh bab tersebut akan memberikan pemahaman kepada para pembaca yang budiman perihal ekspresi budaya tradisional. Maka tidaklah berlebihan jika Profesor I Nyoman Nurjaya, seorang guru besar ilmu hukum dari Fakultas Hukum Universitas Brawijaya, menyebut sejak terbitnya undang-undang kajian tentang ekspresi budaya tradisional sejauh ini belum dapat ditemukan sebagai referensi akademik yang dilakukan secara sistematis dan holistik sebagaimana buku ini.

Selaku pihak yang menerbitkan buku ini, tentu kami menyampaikan apresiasi setinggi-tingginya kepada Dr. R. Diah Imaningrum

Susanti, S.H., M.Hum., M.Pd. selaku penulis karena telah memberikan kepercayaan kepada Setara Press (Intrans Publishing Group) dalam proses penerbitan dan publikasi bukuini. Semoga kehadiran buku ini betul-betul dapat memberikan sumbangsih dan pengembangan khazanah ilmu pengetahuan terutama di bidang hukum dan budaya di tanah air. Buku ini tentu sangat berbobot dan patut dibaca oleh semua kalangan.

Selamat membaca! Mari rebut perubahan dengan membaca!

Daftar Isi

Pengantar Ahli ... v
Pengantar Penulis ... viii
Pengantar Penerbit ... x
Daftar Isi ... xiv

BAB 1: PENDAHULUAN ... 1

A. Ekspresi Budaya Tradisional: Isu dan Pendekatan ... 1
B. Ruang Lingkup ... 4

BAB 2: ASPEK-ASPEK MENDASAR DALAM PERLINDUNGAN EKSPRESI BUDAYA TRADISIONAL ... 7

A. Istilah ... 7
    1. "Pengetahuan Tradisional" dan "Ekspresi Budaya Tradisional" ... 7
    2. "Folklore" ... 13
    3. Expressions of Folklore ... 14
    4. Tradisional dan Asli/*Indigenous* ... 16
    5. Istilah "tangible" dan "intangible" *cultural property* ... 19
    6. Cagar Budaya, Saujana, dan Warisan Budaya ... 20
B. Definisi ... 20
    1. Apa itu "Perlindungan"? ... 20
    2. Perlindungan terhadap Apa? ... 21
    3. Ekspresi Budaya Tradisional ... 24
    4. Ekspresi Berwujud dan Tak Berwujud ... 26
    5. Ekspresi Kolektif dan Ekspresi Individual ... 27
    6. Sifat Dinamis Ekspresi Budaya Tradisional ... 29

BAB 3: ALASAN MELINDUNGI EKSPRESI BUDAYA TRADISIONAL ... 33

A. Argumen Kontra ... 34
B. Argumen Pro ... 36
C. Simpulan ... 38
D. Konsekuensi Melindungi EBT ... 39
   1. Objek Perlindungan ... 39
   2. Pemegang Hak ... 39
   3. Perwakilan ... 40
   4. Konsep dan Dampak Perlindungan ... 41
   5. Konsekuensi terkait Proses Perlindungan ... 42

BAB 4: TEORI PERLINDUNGAN HUKUM TERHADAP EKSPRESI BUDAYA TRADISIONAL ... 43

A. Teori "Tanpa Perlindungan" ... 43
B. Teori Perlindungan Hak Cipta ... 43
C. Teori Perlindungan *Sui Generis* ... 45
D. Teori Perlindungan melalui Penegakan Pengadilan Adat ... 46

BAB 5: KERANGKA HUKUM INTERNASIONAL ... 47

A. Organisasi Dunia di Bidang EBT ... 47
   1. *World Intellectual Property Organization* (WIPO) ... 47
      1) Misapropriasi (*Misappropriation*) ... 56
      2) Pelestarian (*Preservation*) ... 58
      3) Perlindungan ... 58
      4) Penerima Perlindungan ... 63
      5) Lingkup Perlindungan ... 63
      6) Pengaturan Hak-Hak atau Kepentingan ... 67
      7) Pengecualian dan Batasan ... 68
      8) Jangka Waktu Perlindungan ... 70
      9) Tata Cara ... 70
      10) Sanksi, Ganti Rugi, dan Pelaksanaan Kepentingan ... 71
      11) Sarana Peralihan ... 72

2. *United Nations Educational, Scientific, and Cultural Organization* (UNESCO) ... 73
    1) The 2003 Convention for the Safeguarding of the Intangible Cultural Heritage ... 75
    2) The 2005 Convention on the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expressions ... 80
    3) *The UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples* (2007) ... 81

BAB 6: KERANGKA HUKUM NASIONAL ... 84

A. Memahami Makna melalui Maksud Pembuat Undang-undang ... 85
B. Makna "Negara sebagai Pemegang Hak Cipta" atas EBT ... 88
C. EBT dalam Perjalanan Undang-undang Hak Cipta Indonesia ... 90
    1. Jaman Penjajaha ... 91
    2. Jaman Kemerdekaan ... 92
        1) UU Nomor 6 tahun 1982 tentang Hak Cipta ... 92
        2) UU Nomor 7 tahun 1987 tentang Hak Cipta ... 93
        3) Undang-undang Nomor 12 tahun 1997 tentang Perubahan Atas Undang-undang Nomor 6 Tahun 1982 Sebagaimana Telah Diubah dengan Undang-undang Nomor 7 Tahun 1987 ... 95
        4) UU Nomor 19 tahun 2002 tentang Hak Cipta ... 96
        5) UU Nomor 28 tahun 2014 tentang Hak Cipta ... 97
D. Perbandingan Berbagai Undang-undang Hak Cipta Indonesia ... 98
    1. Konsekuensi Hukum ... 106
    2. Hubungan antara Hak Cipta, Cagar Budaya, dan Pemajuan Kebudayaan terkait Ekspresi Budaya Tradisional ... 106
    3. Pemegang Hak Cipta: Definisi dan Konten ... 116

BAB 7: PERAN NEGARA DALAM MELINDUNGI EKSPRESI BUDAYA TRADISIONAL ... 122

A. Negara sebagai Pemegang Hak Cipta atas Ekspresi Budaya Tradisional (?) ... 122

1. Argumen Pro ... 122
2. Argumen Kontra ... 123
3. Kesimpulan dan Konsekuensi ... 146

B. Tugas Negara dalam Melindungi Warisan Budaya Takbenda ... 148
1. Pengertian Warisan Budaya Takbenda ... 149
2. Karakteristik ... 150
3. Kategori Warisan Budaya Takbenda Indonesia ... 150
4. Kode Etik ... 154

BAB 8: PROSEDUR TEKNIS PENCATATAN, PENETAPAN, DAN PENGUSULAN WARISAN BUDAYA TAKBENDA INDONESIA ... 155

A. Pencatatan ... 155
1. Mengisi Formulir Pencatatan WBTb Indonesia ... 155
2. Penyerahan Formulir Pencatatan Warisan Budaya Takbenda Indonesia ... 156
3. Pengumpulan Formulir Pencatatan Warisan Budaya Takbenda Indonesia ... 156
4. Pemeriksaan Kelengkapan Formulir Pencatatan Warisan Budaya Takbenda Indonesia ... 157
5. Input Data dan Pengolahan Data Pencatatan Warisan Budaya Takbenda Indonesia ... 157
6. Penyajian Data Pencatatan Warisan Budaya Takbenda Indonesia ... 157

B. Penetapan ... 157
1. Pengumpulan Berkas Pendaftaran Warisan Budaya Takbenda Indonesia ... 158
2. Seleksi oleh Tim Ahli Warisan Budaya Takbenda Indonesia ... 158
3. Penetapan Daftar Urut yang Akan Dinominasikan Menjadi Warisan Budaya Takbenda Indonesia ... 159
4. Koordinasi Tindak Lanjut ... 159
5. Pelengkapan Berkas Usulan oleh Tim Pengusul ... 159
6. Penyusunan Berkas Usulan Warisan Budaya Takbenda Indonesia ... 159

7. Verifikasi Data Penetapan Warisan Budaya Takbenda Indonesia ... 159
8. Finalisasi Berkas Warisan Budaya Takbenda Indonesia ... 160
9. Sidang Penetapan oleh Tim Ahli ... 160
10. Penyerahan Sertifikat Warisan Budaya Takbenda Indonesia ... 160

C. Pengusulan ke UNESCO ... 161
1. Syarat-syarat ... 161
2. Waktu Pelaksanaan ... 164

BAB 9: MENUJU PENGATURAN YANG KOMPREHENSIF TENTANG WARISAN BUDAYA ... 166

Indeks ... 171
Glosarium ... 178
Daftar Pustaka ... 184
Tentang Penulis ... 191

BAB 1

PENDAHULUAN

A. Ekspresi Budaya Tradisional: Isu dan Pendekatan

Di Indonesia, Ekspresi Budaya Tradisional (EBT) jelas dikategorikan dalam wilayah hukum hak cipta. Bahkan "Negara adalah Pemegang Hak Cipta atas Ekspresi Budaya Tradisional", sebagaimana dianut oleh Indonesia sejak Undang-undang Hak Cipta berlaku mulai tahun 1982 sampai saat ini. Namun tepatkah hal itu?

Dalam buku ini, perlindungan negara terhadap EBT akan dikaji secara teoretis-konseptual, historis, dan yuridis. Posisi EBT dalam hukum internasional dan hukum nasional ditunjukkan, argumentasi pro dan kontra dijelaskan, termasuk langkah-langkah yang sudah dan masih perlu dilakukan oleh Pemerintah Indonesia dalam melindungi EBT. Semua itu dalam konteks perlindungan negara atas EBT sebagai warisan budaya bangsa.

Konvensi-konvensi internasional, diskusi-diskusi di tingkat Komite Antarpemerintah (*Intergovernmental Commitee*) *World Intellectual Property Organization* (WIPO) telah berusaha mengambil langkah untuk memastikan suara-suara yang dikumandangkan oleh komunitas adat dan lokal[1], dan publikasi internasional, menjadi bahan yang

[1] Taubman and Leistner dalam, 2008, hlm. 33 dalam Busch, *Protection of Traditional Cultural Expression in Latin America, A Legal and Anthropological Study*, Springer, 2015, hlm. 3.

dikaji, termasuk undang-undang di bidang hak cipta dan hukum yang terkait budaya di ranah nasional.

Indonesia adalah cermin pluralisme dunia. Berbagai macam EBT hidup dan berkembang di Indonesia. Hukum hak cipta adalah wilayah hukum yang mengatur EBT. Untuk itu, mengkaji secara mendalam esensi hukum hak cipta, sejarah hukum hak cipta dalam berbagai undang-undang hak cipta Indonesia, juga rancangan peraturan pemerintahnya, adalah relevan dalam mengkaji EBT dalam konteks warisan budaya.

Sejumlah isu dibahas dalam buku ini: 1) Apa ekspresi budaya tradisional itu? Apa persoalannya, dan siapa pemilik serta pengemban hak dan kewajiban atas EBT? 2) Bagaimana EBT secara hukum dilindungi? 3) Jika EBT selama ini dilindungi dalam hukum hak cipta, dan negara adalah pemegang hak cipta atas EBT, bagaimana ketentuan ini dapat dipertanggungjawabkan secara teoretik-konseptual, maupun secara yuridis?

Untuk itu, objek bahasan dalam buku ini adalah aturan-aturan hukum terkait EBT, berupa Undang-undang Hak Cipta yang pernah dan sedang dimiliki Indonesia mulai tahun 1982 sampai 2014, Rancangan Peraturan Pemerintah tentang Hak Cipta yang Dipegang oleh Negara atas Ekspresi Budaya Tradisional,[2] serta Konvensi-Konvensi Internasional di bidang EBT dan warisan budaya bangsa.

Pendekatan yang digunakan untuk memahami berbagai teks hukum di atas adalah pendekatan Lingkar Hermeneutika dari Gadamer. Pendekatan Gadamer ini dicirikan dengan adanya "dialog" dan analisis yang komprehensif terhadap teks tertulis dan teks tidak tertulis dari si penafsir terhadap teks dengan pendekatan lingkar timbal balik sedemikian rupa sehingga yang sebagian tak bisa dilepaskan dari yang keseluruhan, dan yang keseluruhan tak bisa dilepaskan dari yang sebagian, demi mendapatkan pemahaman yang komprehensif. Dan hal ini dilakukan dengan analisis lingustik dan fenomenologis.[3]

Dalam mengkaji teks-teks hukum, salah satu aspek kunci dalam dimensi hukum pada topik ini adalah praduga, atau dalam bahasa

---

[2] Penulis memperoleh Rancangan Peraturan Pemerintah tentang Hak Cipta yang dipegang oleh Negara atas Ekspresi Budaya Tradisional, pada saat melakukan penelitian di Kementerian Pendidikan dan Kebudayaan, pada tanggal 15 Juli 2017.

[3] R. Diah Imaningrum Susanti, *Penafsiran Hukum yang Komprehensif Berbasis Lingkar Hermeneutika*, Malang: Indonesian Philosophical Studies, 2015, hlm. 252.

Gadamer adalah *Vorverst€andnis*, suatu istilah yang diperkenalkan dalam Hermeneutika Gadamer, yang secara tak sadar kita semua memilikinya dan menghadirkannya ketika kita berusaha memahami suatu topik.[4] Secara umum, praduga ini adalah hal penting, esensial, dan terkait dengan keseluruhan "isu hukum" (dalam Bahasa Jerman disebut Die "Sache Recht").[5] Menurut Esser, praduga ini mencakup semua faktor seperti idiom, konteks transmisi, perilaku manusia, situasi kepentingan, dan kondisi hidup seperti "*private aspects*" di satu sisi, juga kepentingan-kepentingan sosio politik dan ekonomi makro secara umum.[6] Metode membangun praduga seseorang merupakan suatu proses yang panjang, atau proses belajar. Menurut Esser, ia mencakup pengetahuan yang diperoleh selama pendidikan seseorang, juga berbagai pengalaman profesional dan non-profesional dengan persoalan-persoalan sosial tentang fakta dan rangkaian persoalan, dengan sarana persepsi, termasuk pemahaman yang direfleksikan ataupun tak direfleksikan. Praduga ini merupakan prasyarat mendasar bagi pemahaman yang memadai akan isu-isu hukum, sebagaimana ditandaskan oleh Gadamer.[7] Akhirnya, menemukan hal-hal baru dan imajinasi kreatif dari pengkaji sebagai hasil "dialog" antara penafsir dan teks memampukan dipahaminya teks secara komprehensif.[8]

Pendekatan Gadamer ini dikenal dengan penafsiran yang "komprehensif", yang meliputi analisis linguistik dan fenomenologis.[9] Dalam konteks ini pula, pendekatan interdisipliner perlu dilakukan untuk meningkatkan pemahaman mendasar tentang saling-terkaitnya berbagai kutub kepentingan, pelaku, dan entitas sebagaimana di bidang EBT. Dalam hal ini, berkembang pula pendekatan interdisipliner antara bahasa, ilmu hukum, sejarah, dan antropologi.[10] Selain itu, muncul kecenderungan yang mengarah pada pendekatan sosiologis dan antropologis terhadap ilmu hukum. Hal ini merupakan

---

[4] Hans Georg Gadamer, *Truth and Method*, Second Edition, London, New York: Continuum, 2004, hlm.267.

[5] *Ibid.*, hlm. 116

[6] Busch, hlm. Op. Cit., hlm. 9

[7] Gadamer, Loc. Cit.

[8] Gadamer, *Ibid.*, hlm 216.

[9] R. Diah Imaningrum Susanti, *Loc. Cit.*

[10] Misalnya, dalam ekspresi budaya tradisional "tumpeng", kajian tak hanya bisa dilakukan menyangkut *food technology,* melainkan juga *food anthropology*.

salah satu gambaran ilmu hukum abad dua puluh satu.[11] Kecenderungan ini mendukung sasaran tentang digalinya perlindungan yang memadai terhadap EBT dengan menjembatani kesenjangan, mengatasi diskriminasi, mempromosikan pemahaman budaya bersama, dan mempertimbangkan aspek-aspek antropologi ketika hal itu dimungkinkan.

B. Ruang Lingkup

Buku ini menjelaskan aspek-aspek mendasar dan isu-isu kunci yang terdapat pada topik perlindungan EBT, yakni: berbagai istilah yang dapat saling dipertukarkan ketika memahami EBT, apakah itu "Ekspresi Budaya Tradisional", "Folklor", atau "Ekspresi Folklor" dan apa yang membedakan "tradisional" dan "asli/*indigenous*". Selain itu, akan dibahas definisi dan konten EBT yang menjadi objek perlindungan, serta definisi dan konten pemegang hak. Ini dipaparkan dalam Bab II.

Bab III buku ini membahas pertanyaan, mengapa EBT dilindungi, apa urgensinya, apa argumen-argumen pro dan kontra-nya, serta apa konsekuensinya. Konsekuensi yang terkait dengan konten perlindungan EBT membahas objek perlindungan, pemegang hak, perwakilan, konsep dan dampak perlindungan, serta konsekuensinya.

Bab IV melanjutkannya dengan membahas berbagai teori perlindungan Ekspresi Budaya Tradisional. Pada bab ini dibahas empat macam teori perlindungan yang terdapat dalam realitas EBT, yakni 1) Teori Tanpa Perlindungan; 2) Teori Perlindungan Hak Cipta; 3) Teori Perlindungan *Sui Generis*; dan 4) Teori Perlindungan Melalui Penegakan Pengadilan Adat.

Pada bab V dibahas dua organisasi besar yang berhubungan dengan EBT, yakni WIPO dan UNESCO. Untuk itu akan dibahas istilah-istilah penting yang seringkali digunakan dalam hukum kekayaan intelektual terkait dengan EBT. Istilah-istilah ini diterjemahkan dari *WIPO Glossary Terms*. Instrumen hukum internasional yang dibahas adalah *The 2003 Convention for the Safeguarding of the Intangible Cultural Heritage, The 2005 Convention on the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expressions, dan The UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples* (2007). Bab ini juga membahas

[11] Marret Leiboff dan Mark Thomas, *Legal Theories in Principle,* New Douth Wales: Lawbook Co., 2007, hlm. 206-207.

rentetan sidang *Intergovernmental Commitee* dan rekomendasi-rekomendasi penting yang dihasilkannya.

Bab VI khusus membahas hukum Indonesia, khususnya makna "Negara sebagai Pemegang Hak Cipta atas EBT". Di sini penulis membahas EBT dalam perjalanan UUHC Indonesia, mulai dari zaman penjajahan sampai dengan UUHC 2014, membandingkannya, dan akhirnya menyimpulkan tugas "Negara sebagai Pemegang Hak Cipta Atas Ekspresi Budaya Tradisional".

Bab VII membahas secara kritis peran negara dalam melindungi EBT, khususnya Indonesia yang memang masih menggunakan model hak cipta sebagai norma pelindung EBT. Indonesia belum merupakan negara yang menerapkan model sebagai negara yang telah menetapkan suatu aturan *sui generis* untuk EBT, sebagaimana Panama[12] dan Tunisia.[13] Sementara itu, pada saat yang sama Indonesia juga mengikuti suatu pendekatan hukum kebudayaan yang melingkupi antara lain EBT, dan yang mendapatkan inspirasi dari karya-karya UNESCO.

Pengalaman-pengalaman Indonesia dalam penetapan sistem untuk melindungi EBT, reformasi hak cipta, dan legislasi kehidupan kebudayaan menjadi alasan mengapa peran negara dikaji lebih mendalam. Indonesia memiliki derajat yang paling tinggi keberagaman sosio budayanya di wilayah Asia. Keanekaragaman sosio budaya ini adalah faktor yang tipikal, krusial, dan menantang untuk seluruh isu perlindungan EBT. Karena luasnya, Indonesia memeragakan situasi yang sangat berbeda dan memainkan peran penting dan pada saat yang sama memainkan peran penting di dunia internasional.

Bab VIII membahas implementasi tugas negara dalam melindungi warisan budaya tak benda. Pada bab ini pembaca akan mendapatkan informasi praktis tentang prosedur teknis pencatatan, penetapan, dan pengusulan warisan budaya takbenda Indonesia.

Bab IX merupakan simpulan dan rekomendasi atas peran negara sebagai pelindung ekspresi budaya tradisional. Pada bab ini dipaparkan sejauh mana negara selayaknya berperan secara tepat terhadap EBT.

---

[12] Busch, Op, Cit., hlm. 281.

[13] *The Tunis Model Law on Copyright*, 1976, yang mengandung ketentuan-ketentuan *sui generis* untuk perlindungan hukum EBT; Lihat: *Information Note for Intergovernmental Commitee 33* yang disiapkan oleh Ketua Sidang, Mr. Ian Goss.

Selanjutnya, penulis juga memaparkan rekomendasi yang diusulkan dalam pengaturan EBT, langkah-langkah keilmuan dan penelitian yang selayaknya dilakukan dalam mewujudkan pengaturan yang komprehensif terhadap EBT.

BAB 2

ASPEK-ASPEK MENDASAR DALAM PERLINDUNGAN EKSPRESI BUDAYA TRADISIONAL

A. Istilah

1. "Pengetahuan Tradisional" dan "Ekspresi Budaya Tradisional"

Pengetahuan tradisional (PT) dan ekspresi budaya tradisional (EBT) adalah hal yang bisa dibedakan walaupun tak bisa dipisahkan. PT menyangkut konsep dan bersifat abstrak, sementara EBT menyangkut kegiatan dan bersifat konkret.[1] Dalam salah satu arsitektur tradisional "Rumah Joglo", misalnya, terdapat unsur pengetahuan tradisionalnya, yakni "konsep rumah harus tinggi, bentuknya tertentu, dan mengandung bagian-bagian tertentu". Untuk konsep rumah sedemikian, Ekspresi Tradisionalnya (EBT) adalah rumah "joglo".

Contoh lain, dalam kuliner tradisional masyarakat Jawa, ada "sayur lodeh" yakni semua unsur masuk di dalamnya. Ada kacang panjang, buncis, tempe, tahu, wortel. Itu adalah unsur "pengetahuan tradisional"nya. Mengapa orang Jawa suka berbagai macam sayur yang dicampur dalam satu jenis masakan? Hal ini mengandung konsep, bahwa bagi mereka, perbedaan itu disatukan dalam satu kesatuan, yakni sayur lodeh. Ekspresinya yaitu sayur lodeh yang "seperti itu".[2]

---

[1] Diskusi dan wawancara dengan Ibu Dewi Indrawati, dari Direktorat Kepercayaan terhadap Tuhan Yang Maha Esa dan Tradisi, Direktorat Jenderal Kebudayaan Republik Indonesia Komplek Kemdikbud pada wawancara Jumat, 16 Juni 2017.

[2] Ibid.

Dalam kehidupan bermasyarakat di daerah mana pun di Indonesia, kita mengenal konsep gotong royong, yakni suatu konsep ketika dalam suatu kegiatan bersama, semua orang saling membantu tanpa mendapat upah uang. Konsep ini hampir punah di kalangan masyarakat yang semakin individual. Anak-anak muda hampir tak mengetahui bentuk-bentuk gotong royong itu, padahal konsep dan ekspresi budaya tradisional gotong royong ini adalah paling unik di Indonesia.[3] Konsep atau pengetahuan "gotong royong" ini mewujud dalam bentuk kegiatan/ekspresi, misalnya membuat rumah, kegiatan membuat perahu, upacara daur hidup, upacara "mantenan", dsb.

Contoh lain lagi, dalam upacara pengantin adat Jawa ada kegiatan "balang-balangan sirih" (saling melempar sirih). Konsep "sirih" yang saling dilempar mengandung nilai tertentu, yakni saling mendekatkan diri antara laki-laki dan perempuan. Sirih juga mengandung filosofi tertentu, yaitu merekatkan. Dari tradisi, orang Jawa kuno tak pernah lepas dari sirih, karena sirih menguatkan gigi.

Penelitian dan penulisan tentang PT dan EBT dilakukan oleh Unit Pelaksana Teknis di daerah, melalui Balai Pelestarian Nilai Budaya (BPNB). Di Indonesia, ada sebelas BPNB, yaitu 1) BPNB Banda Aceh, 2) BPNB Sumatera Barat, 3) BPNB Jawa Barat, 4) BPNB DIY, 5) BPNB Kalimantan Barat 6) BPNB Bali, 7) BPNB Sulawesi Selatan, 8) BPNB Sulawesi Utara, 9) BPNB Maluku, 10) BPNB Papua, 11) BPNB Kepulauan Riau. Untuk Jawa Timur, penelitian dan penulisan warisan budaya termasuk dalam wilayah BPNB Yogya (meliputi Jawa Tengah, DIY dan Jatim). Direktorat Jenderal Kebudayaan Republik Indonesia mengumpulkan PT-EBT ini dalam bentuk *event* revitalisasi pengetahuan dan ekspresi budaya tradisional. Tujuannya adalah menguatkan kembali unsur-unsur tradisi yang hampir punah.

Pengetahuan tradisional dan ekspresi budaya tradisional sangat dekat terkait, bahkan integral, yang merupakan aspek-aspek dalam penghormatan dan perlindungan terhadap warisan budaya dan warisan intelektual mereka. Bahkan para penulis Barat menegaskan, di dalam wilayah Amerika Latin tidak ada pembedaan makna atas istilah PT dan EBT, *traditional knowledge* juga mencakup wilayah musik, cerita rakyat, tarian, dan kerajinan. Pemisahan dari PT menjadi bentuk-bentuk terpisah demi memberi kelompok beragam tentang EBT yang

[3] *Ibid.*

membedakan level-level perlakuan hukum dan perlindungan, sekalipun tunduk pada pemahaman bersama, bisa menjadi dianggap sebagai artifisial, tidak realistis, dan sulit untuk digolongkan. PT dan EBT menyatu dalam cara hidup komunitas dan sangat dalam terkait satu sama lain. "[4]

Pendekatan yang lebih luas ini juga merupakan pendekatan yang dipilih oleh WIPO demi tujuan misi-misi menemukan fakta yang dilangsungkan pada tahun 1998-1999. Sekretariat WIPO menggunakan istilah "pengetahuan tradisional," termasuk sastra berbasis tradisi, karya-karya ilmiah atau artistik; penampilan, invensi, temuan ilmiah; desain, merek, nama dan simbol, informasi rahasia, dan inovasi-inovasi dan dan kreasi berbasis tradisi lainnya yang dihasilkan dari kegiatan intelektual dalam bidang ilmu pengetahuan, industri, sastra, atau seni." Berbasis tradisi merujuk pada sistem pengetahuan, kreasi, inovasi, ekspresi budaya, yang pada umumnya telah dialihkan dari generasi ke generasi: pada umumnya dipandang sebagai berkenaan dengan masyarakat atau wilayahnya; dan secara terus-menerus berubah sebagai respons terhadap lingkungan yang berubah."[5]

Kategori "pengetahun tradisional" dalam pengertian luas juga mencakup pengetahuan teknis, pertanian, dan kedokteran, di antaranya, juga "ekspresi budaya tradisional" (*expressions of folklore*) dalam bentuk musik, tarian, nyanyian, kerajinan, desain, cerita, dan karya seni, elemen bahasa, seperti nama, indikasi geografis, dan simbol, dan kekayaan budaya yang "*movable*". Yang tidak termasuk dalam uraian tentang pengetahuan tradisional adalah "hal-hal yang tidak dihasilkan dari aktivitas intelektual dalam bidang industrial, saintifik, sastra, atau seni, seperti jenazah manusia, bahasa secara umum",dan elemen-elemen mirip lainnya dari "warisan" dalam pengertian luas. Walaupun demikian, hal ini hanya salah satu dari dua pengertian di mana menggunakan istilah "Pengetahuan Tradisional".

Intergovernmental Commitee menggunakan istilah "Traditional Knowledge" merujuk pada makna atau substansi pengetahuan sebagai hasil dari aktivitas intelektual dan pencerahan dalam suatu konteks tradisional, dan mencakup *know-how*, keterampilan, inovasi, praktik,

---

[4] Markowski, 2004, hlm.134., dalam Busch, hlm. 53.

[5] WIPO,"Intellectual Property Needs and Expectations of Traditional Knowledge Holders – Report on Fact Finding Missions (1998–1999)", Geneva, 2001.

dan pembelajaran yang membentuk bagian dari sistem pengetahuan tradisional, dan pengetahuan yang menyatu dalam gaya hidup tradisional dari suatu komunitas atau masyarakat, atau terkandung dalam sistem pengetahuan terkodifikasi yang diturunkan dari generasi ke generasi. Pengetahuan tradisional tak dibatasi pada bidang teknik tertentu apapun, dan bisa mencakup pengetahuan pertanian, lingkungan, dan obat-obatan, dan pengetahuan yang diasosiasikan dengan sumberdaya genetik.[6] Sebagai konsekuensi dari pembedaan ini, WIPO juga telah menetapkan dua ketentuan yang berbeda, satu terkait dengan EBT (atau ekspresi *folklore*) dan yang lain terkait dengan pengetahuan tradisional.[7]

Di berbagai belahan dunia, sudah ada pembedaan perundang-undangan antara PT dan EBT. Di Costa Rica, Peru, dan Brazil, legislasi tentang pengetahuan tradisional dibatasi pada wilayah-wilayah tertentu dari pengetahuan tradisional, terutama terkait keanekaragaman hayati atau warisan genetik, dan dengan demikian mensyaratkan suatu perlakuan khusus. Di samping pembedaan dalam peraturan, pengetahuan tradisional diasosiasikan dengan keragaman hayati dan melibatkan *technical know-how.*[8]WIPO menggarisbawahi bahwa walaupun ada pemisahan formal, kedua perangkat ketentuan ini saling melengkapi dan erat terkoordinasi untuk menjawab perspektif yang agak holistik dari komunitas adat. Penggunaan PT dan EBT secara bersama-sama akan membentuk pendekatan holistik terhadap perlindungan.[9]

Di Panama, negara yang pertama kali mengatur secara *sui generis* EBT, tidak ada definisi "resmi" tentang warisan budaya takbenda, walaupun UNESCO telah menentukan bahwa negara harus mengembangkan satu definisi.[10] Beberapa negara Asia telah menetapkan legislasi warisan budaya di antaranya Malaysia.

Malaysia mengatur warisan budayanya dalam *National Heritage Act* atau Akta Warisan Negara 2005. Undang-undang ini dilegalisasi 1 Maret 2015 untuk mengganti dua undang-undang sebelumnya,

9

[6] WIPO Doc "Traditional Knowledge-Operational Terms and Definitions", WIPO/ GRTKF/IC/ 3/9, 2002.

[7] Lihat: http://www.wipo.int/tk/en/consultations/draft_provisions/draft_provisions.html.

[8] Busch, Op. Cit., hlm. 55.

[9] Catatan kaki. No. 163, Busch, Ibid.

[10] Busch, Ibid., hlm. 66.

yakni *Treasure Trove Act* (Akta Harta Karun) 1957 and *Relics and Antiquities Act* (Akta Benda Purba) pada tahun 1976.Undang-undang ini didasarkan pada Konvensi UNESCO tentang perlindungan warisan budaya dan warisan alam, selain didasarkan pada Konvensi UNESCO tentang perlindungan warisan budaya takbenda. Malaysia menjadikan Warisan Budaya Inggris dan New South Wales sebagai panduan dalam merancang undang-undang ini, bersama dengan Kebijakan Nasional di bidang Warisan (*National Heritage Policy*). Undang-undang Warisan Malaysia tersebut mengizinkan dilakukannya restorasi dan konservasi atas warisan nasional, warisan alam, baik itu warisan budaya yang berwujud dan takberwujud, warisan budaya bawah laut dan benda-benda terkait lainnya.[11]

Dibandingkan dengan Malaysia yang telah menyatukan warisan budaya benda dan takbenda dalam satu undang-undang khusus, Indonesia masih memisahkan kedua kategori warisan budaya tersebut. EBT yang sebagian besar bersifat takbenda diatur dalam Undang-undang Nomor 28 tahun 2014 tentang Hak Cipta, khususnya pasal 38 yang jelas-jelas menyebutkan bahwa hak cipta atas EBT dipegang oleh negara, dengan Kementerian yang menangani adalah Kementerian Hukum dan HAM, Direktorat Jenderal Kekayaan Intelektual. Sementara itu, untuk warisan budaya yang bersifat ragawi/benda diatur dalam Undang-undang Nomor 11 tahun 2010 tentang Cagar Budaya berada di bawah Kementerian Pendidikan dan Kebudayaan, Direktorat Warisan dan Diplomasi Budaya, Direktorat Jendral Kebudayaan.

Persoalan yang potensial muncul jika EBT diatur dalam Hak Cipta adalah, EBT yang adalah warisan budaya, tetap tidak bisa didaftarkan sebagai hak cipta, karena EBT tidak memenuhi unsur-unsur hak cipta, yakni: ada pencipta, orisinalitas, dan fiksasi. Selain itu, belum pernah ada EBT yang didaftarkan atau mendapatkan sertifikat ciptaan di Dirjen HKI.[12] EBT hanya dijaga, dilestarikan, melalui pencatatan dan penetapan sebagai warisan budaya, dan hal itu dilakukan oleh kementerian yang berbeda, yakni Kementerian Pendidikan dan Kebudayaan. Maka, tanpa embel-embel "hak cipta" yang harus dipegang oleh negara sebagaimana amanat pasal 38

[11] Penang Heritage City, The Journey Starts Here, diakses dari http://www.penangheritagecity.com/index.html, pada tanggal 21 September 2017.

[12] Wawancara dengan Ibu Nuryati di Bagian Pelayanan Hukum Hak Cipta dan Desain Industri pada tanggal 15 Juni 2017.

UUHC 2014, negara tetap berkewajiban melindungi kebudayaan Indonesia, melalui kebijakan perlindungan EBT. Bahwa EBT termasuk dalam kategori objek yang dilindungi hak cipta karena termasuk dalam kategori "ilmu pengetahuan, seni, dan sastra", hal ini masih harus dicermati lagi, karena proses teknologi pun masuk dalam kategori ilmu pengetahuan. Pemahaman yang komprehensif tentang hukum hak cipta dan objek yang dilindunginya perlu dilakukan sehingga tidak salah arah dalam menggolongkan EBT dalam kategori hak cipta. Pengaturan EBT dalam undang-undang kebudayaan lebih logis dan tak sesat nalar, karena "budaya" mencakup ekspresi budaya tradisional. Memasukkan EBT dalam hukum hak cipta, apalagi hak ciptanya dipegang oleh negara perlu dikritisi lebih lanjut.

EBT erat terkait dengan istilah "immaterial" , "intangible," dan "tangible". Pembedaan ini tak mudah dalam tataran praktik, karena masyarakat komunal memiliki pemahaman holistik mereka sendiri, mencakup keseluruhan proses, ekspresi, dan objek di dalam konteks yang relevan.[13]

Kritik terhadap istilah budaya "tradisional" juga merefleksikan suatu titik penting dalam diskusi tentang perlindungan yang memadai terhadap EBT. Istilah tidak mencakupkan ekspresi kontemporer, sehingga istilah ini dipandang tak memadai untuk tujuan dicakupnya suatu patrimoni budaya bangsa.[14] Terkait dengan EBT, hal ini berkaitan dengan pertanyaan tentang apakah hanya "tradisional", apakah ekspresi yang bersifat original juga seharusnya dicakup, atau juga mencakup variasi kontemporer.

Terminologi yang digunakan WIPO saat ini dan rumusan Pasal 31 *UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples* memberikan kepada masyarakat adat "hak untuk memelihara, mengontrol, melindungi, dan mengembangkan warisan budaya mereka, pengetahuan tradisional mereka, dan ekspresi budaya tradisional (garis bawah penulis) mereka." Kemudian, Pasal 31 tersebut meneruskan:

> ....juga perwujudan ilmu pengetahuan, teknologi, dan budaya, termasuk sumber daya genetik, benih, obat-obatan, pengetahuan tentang kekayaan flora dan fauna, tradisi lisan, sastra, desain,

[13] Lihat: Marianus Kleden, Hak Azasi Manusia dalam Masyarakat Komunal, Kajian atas Konsep HAM dalam Teks-teks Adat Lamaholot dan relevansinya terhadap Ham dalam UUD 1945. Yogyakarta, Jakarta, Penerbit Lamalera dan Komnas HAM, 2009.

[14] Ibid.

olah raga dan permainan tradisional dan seni visual serta seni pertunjukan. Masyarakat adat juga memiliki hak untuk menjaga, mengontrol, melindungi dan mengembangkan kekayaan intelektual mereka terhadap warisan budaya, pengetahuan tradisional dan EBT mereka. Terkait dengan masyarakat tradisonal, Negara harus mengambil tindakan efektif untuk mengakui dan melindungi pelaksanaan hak-hak itu.

Buku ini menggunakan istilah EBT, dengan pertimbangan sebagai berikut:

a. Istilah EBT telah dirumuskan dalam Undang-undang Nomor 28 Tahun 2014 tentang Hak Cipta, khususnya Pasal 38;
b. Istilah EBT telah masuk dalam Rancangan Peraturan Pemerintah tentang Hak Cipta yang Dipegang oleh Negara atas Ekspresi Budaya Tradisional, yang pada saat buku ini ditulis, sudah selesai dirancang oleh Kemenkumham dan Kemendikbud, serta tinggal menunggu pengesahan dari Pemerintah;
c. Secara substansial, EBT melingkupi segala bentuk ekspresi karya cipta, baik material maupuan nonmaterial (takbenda) atau kombinasi keduanya yang menunjukkan keberadaan suatu budaya tradisional yang dipegang secara komunal, bersifat turun temurun, dan lintas generasi, termasuk EBT yang terkait dengan sumber daya genetik;
d. "Ekspresi Budaya Tradisional atau Traditional Cultural Expressions" juga istilah yang digunakan oleh kebanyakan instrumen internasional saat ini di wilayah hak-hak adat, *The UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*.[15]

2. "Folklore"

Beberapa tahun lalu, istilah "folklore" masih diterima sebagai istilah yang paling sering digunakan di level internasional dan dalam tulisan akademik. Istilah ini digunakan selama puluhan tahun, walaupun memiliki konotasi diskriminatif.[16] Penggunaan ini tak lagi mencerminkan realitas. Konsensus internasional dicapai dengan pengambilan keputusan para delegasi yang berada di dalam WIPO *working*

[15] Lihat: Pasal 31 United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples, United Nations,March 2008.

[16] Lihat:Markowski, 2004, hlm. 135 note 22.

group (otoritas pemerintah terkait) tentang "traditional *cultural expressions*", karena istilah '*folklore*' dipandang sebagai merendahkan dalam budaya-budaya tertentu, wilayah dan negara tertentu, sementara di sisi lain istilah '*expressions of folklore*' telah digunakan dalam proses-proses internasional sebelumnya dan digunakan di banyak hukum nasional, istilah '*expressions of folklore*' dan '*traditional cultural expressions*' digunakan secara saling bertukar dan sebagai sinonim.[17]

Istilah *folklore* telah dikritik dalam konteks pendidikan antarbudaya. Menurut pemahaman itu, istilah folklore adalah problematik karena folklore secara implisit bertentangan dengan budaya otentik, atau secara lebih persisnya, bertentangan dengan suatu pendekatan interkutural yang setara dengan budaya adat/asli. Pendekatan yang "memadai" didasarkan pada suatu kepentingan dalam saling memahami, sementara "folklore" menyiratkan suatu observasi yang terlalu sederhana dari sudut pandang luar, dunia etik dengan tidak ada ketertarikan dalam memahami realitas budaya dan latar belakang dari objek yang dikaji. "Selama dekade 80-an dan awal 90-an, perlakuan tentang interkulturalitas dalam pendidikan seringkali dilakukan dari sudut pandang folklorik.

3. *Expressions of Folklore*

Istilah ini muncul dalam banyak aturan tentang hak cipta di negara-negara Amerika Latin seperti Paraguay, Barbados, Ecuador, Peru, dan Cuba, dan memiliki suatu makna yang lebih terbatas daripada istilah "folklore". Dalam konteks hak cipta Amerika Latin, adalah penting untuk mempertimbangkan istilah Spanyol yang khas, yakni *expresiones del folklore*, atau dalam bahasa Inggris *expressions of folklore*. Terlepas dari menunjukkan elemen-elemen budaya tradisional, ekspresi tentang folklore ini harus memenuhi kategori hak cipta sebagai suatu "karya".[18] Sebagian besar, ekspresi-ekspresi ini dikualifikasikan sebagai bagian dari karya-karya turunan atau sebagai bagian dari *pulic domain*, misalnya di Bolivia, Colombia, the Dominican Republic, and Peru.[19] Maka, "expressions of folklore" tidak memiliki makna yang sama sebagaimana yang terkandung dalam *WIPO/UNESCO Model*

[17] Annex WIPO/GRTKF/IC/7/INF/4.
[18] AntequeraParilli, 2007, hlm. 511, dalam Busch, Op. Cit., hlm. 30.
[19] Ibid., hlm. 510.

Provisions for National Laws on the Protection of Expressions of Folklore Against Illicit Exploitation and other Prejudicial Actions tahun 1982. The Model Provisions hanya mencakup warisan "artistic": "Hal ini berarti bahwa, di antaranya, keyakinan tradisional pandangan ilmiah (misalnya: asal usul semesta tradisional/*cosmogony* tradisional atau tradisi-tradisi yang hanya praktis, sedemikian, terpisah dari bentuk-bentuk artistik tradisional yang mungkin dari ekspresi mereka, tidak termasuk dalam lingkup definisi yang diajukan tentang 'expressions of folklore.' Di sisi lain, warisan 'artistic' dipahami dalam pengertian yang paling luas tentang istilah dan mencakup warisan tradisional apapun yang menarik bagi indra estetis kita. Ekspresi verbal, ekspresi musik, ekspresi tindakan, dan ekspresi berwujud bisa mencakup semua elemen warisan artistik tradisional dan dimasukkan sebagai ekspresi *folklore* yang dilindungi."[20]

Oleh karena itu, ada dua perbedaan antara "expressions of folklore" yang dimaksud dalam WIPO Model Provisions dan "expression of folklore" yang terkandung dalam legislasi hak cipta Amerika Latin di atas. Pertama, ketika ekspresi *folklore* yang kemudian menerima perlindungan yang analog dengan perlindungan hak cipta, hanya perwujudan sastra atau seni saja yang dicakup, karena karya sastra atau seni sebagai objek hak cipta; dan kedua, ekspresi-ekspresi ini harus memenuhi syarat umum dalam hak cipta: suatu "perwujudan" dan bukan hanya ide, dan "originalitas" atas perwujudan karya itu.

Sementara WIPO berusaha untuk menstandardisasi dan menyederhanakan penggunakan istilah dengan menyamakan "EBT" dan "ekspresi folklore," negara-negara Amerika Latin sendiri memecahkan pemahaman yang sinonim itu. Dalam salah satu diskusi tentang versi yang digunakan tentang ketentuan substantif pada perlindungan EBT, delegasi Meksiko dan Venezuela menyarankan dimasukkannya kata hubung "dan", bukannya "atau" di antara kedua istilah itu (WIPO (2010) *Annex* 11). Hal ini menunjukkan perbedaan persepsi tentang konten kedua istilah yang digunakan di level WIPO. Setidaknya, hal ini mengindikasikan bahwa konsep-konsep tentang bagaimana menggunakan terminologi yang lazim di wilayah EBT adalah masih belum seragam, sehingga memerlukan suatu pandangan yang lebih

[20] WIPO, "Intellectual Property Needs and Expectations of Traditional Knowledge Holders-Report on Fact Finding Missions (1998–1999)", Geneva. 2001.

dekat dan lebih jelas membedakan. Untuk merancukan situasi dari penggunaan yang berbeda, adalah penting menyebutkan bahwa regim *sui generis* Panama, di samping misalnya "traditional expression of the indigenous peoples," (*Article 2 of the Panamanian Law No. 20 of 2000*),"traditional artistic expressions," and "traditional knowledge….on their creations," (Pasal 1 dan 2 UU tersebut). menggunakan istilah "expresionses folcl_oricas" (Pasal1)yang berarti perwujudan *folkloric*. Menurut rumusan undang-undang, "folkloric expressions" dipertimbangkan sebagai bagian dari "traditional expressions of the indigenous peoples". Sementara bagian dari mereka, yakni *folkloric dances*, menerima suatu perlakuan hukum yang berbeda dari perwujudan budaya tradisional lainnya.

Menjadi jelas sekali lagi, bahwa baik di levelI internasional maupun WIPO, tidak ada suatu pemahaman atau penggunaan yang seragam tentang istilah "Ekspresi Budaya Tradisional" atau "Ekspresi Folklore" di negara-negara yang mengatur topik ini di dalam undang-undang mereka. Oleh karena perbedaan makna "Ekspresi Folklore" dalam perlindungan hukum hak cipta, buku ini terfokus pada istilah yang lebih luas yakni "EBT", yang juga digunakan oleh WIPO selama ini, yakni sebagai sinonim atas "ekspresi Folklore"

4. Tradisional dan Asli/*Indigenous*

"Tradisional" adalah kata sifat yang menunjukkan sikap dan cara berpikir serta bertindak yang selalu berpegang teguh pada norma dan adat kebiasaan yang ada secara turun-temurun.[21]Terkait dengan subjek atau pemegang hak yang potensial dalam Ekspresi Budaya Tradisional, istilah "tradisional" merujuk pada suatu lingkup yang lebih luas dibandingkan dengan "indigenous". Dalam diskusi-diskusinya, WIPO menggunakan istilah Pengetahuan Tradisional" atau "Ekspresi Budaya Tradisional" dan bukan "indigenous"[22]

Sebagian besar diskusi tentang perlindungan yang memadai terhadap EBT di Indonesia, sama halnya dengan praktik WIPO, istilah "tradisional" digunakan agar tidak mengecualikan para pembawa dan pemegang hak potensial dari EBT, walaupun fokus utama adalah pada penduduk adat atau komunitas adat.

---

[21] Cek: Kamus Besar Bahasa Indonesia daring.

[22] WIPO,Ibid.

Sementara itu, "indigenous", dapat ditelusuri dari pembedaan antara "indı´gena" and "ı´ndio," yang digunakan di negara-negara yang berbahasa Spanyol dan negara-negara yang berbahasa Portugis. "I´ndio" menunjuk adanya orang-orang asli dari wilayah, merujuk pada kepercayaan yang keliru dari Columbus ketika mendarat di India, dan dengan demikian mengandung kesalahan historis. Dari sudut pandang tertentu, istilah ini memiliki konotasi negatif, yakni "liar", "tak beradab", "kotor", dan "malas". [23] Walaupun demikian sejarahnya, istilah "ı´ndio" telah digunakan dalam konteks penamaan diri dan dengan demikian dianggap direhabilitasi, misalnya di Brazil.[24] Di satu sisi, istilah ini digunakan oleh sebagian masyarakat adat dalam menggambarkan dirinya sendiri, di sisi lain, istilah ini ditemui di sebagian besar legislasi yang terkait dengan topik ini. Dan maknanya adalah sama sebagai "indı´gena."Sebelum tahun 2003, istilah "silvı´cola/s" (*savage*/orang biadab, ganas), "aborı´gene", "indı´gena", and "ı´ndios" digunakan secara bertukar dalam legislasi Brazil. Baru akhir-akhir ini "Silvı´cola" diganti dengan istilah "ı´ndio" or "ı´ndios". UUD, Hukum Perdata, dan UU Indian sebagian besar menggunakan istlah "ı´ndio" and "indı´gena". Istilah indı´gena" adalah kata sifat. [25]

Walaupun demikian, akhir-akhir ini, di negara yang sama, masyarakat adat telah membangkitkan tuntutan akan suatu istilah yang resmi, koheren, dari istilah "povos indý´genas" di Portuguese, "indigenous peoples" di Inggris, sesuai dengan *UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*,khususnya dalam konteks diskusi tentang perlindungan yang memadai terhadap EBT.[26]

Terkait dengan istilah "indigenous", ada suatu definisi seragam tentang "indigenous peoples." Pada level internasional, instrumen sentral terkait dengan aspek hukum dari *indigenous peoples*, Deklarasi PBB tentang *The Rights of Indigenous Peoples of 2007* tidak mengandung suatu definisi juga. Di wilayah khusus EBT, hukum *sui generis*-nya

---

[23] Busch, Op.Cit.,2010, hlm. 220.

[24] Kayser, H.-E. (2005), hlm. 46. "Die Rechte der indigenen V€olker Brasiliens-historische Entwicklung und gegenwa¨rtiger Stand", Aachen, dalam Bush, Ibid., hlm. 43.

[25] Merujuk pada De Hollanda Sheldrick untuk istilah"silvı´colas" dalam Pasal 6 Civil Code mulaitahun 2001. Lihat De Hollanda Sheldrick, 2009, hlm. 61 note 7, dalam Busch, Op.Cit., hlm. 43.

[26] Pidato dan Komentar personal dari Fernanda Kaingang, Indigenous lawyer darisuku Kaingang pada the ASPI International Congress on Intellectual Property June 21–23, 2009, di Sa˜o Paolo, Brazil, dalam Busch, Ibid., hlm. 44.

Panama menggunakan istilah "pueblo indı´gena" or "pueblos indı´genas," tetapi tidak mengandung suatu definisi. Suatu definisi mungkin bahkan tidak dibutuhkan di Panama, karena ada konsensus tentang spesifikasi tentang tujuh "indigenous peoples" yang tinggal di negara itu.[27]

Dalam bidang pengetahuan tradisional yang mirip dalam pengertian yang luas, beberapa definisi hukum dapat dijumpai, misalnya dalam UU di Peru tentang *Protection of Indigenous Peoples' Collective Knowledge Associated with Biological Resources* No. 27811. Menurut Pasal 2 dari Undang-undang tersebut, "indigenous peoples" adalah orang-orang yang memiliki hak-hak asli (*original*) yang lebih dulu ada daripada Konstitusi Peru dan yang memelihara budaya mereka sendiri, wilayah, dan identitias diri mereka sendiri. Agak mengejutkan, undang-undang ini juga menginstruksikan bahwa istilah "indigenous" dapat dipahami sebagai dan digunakan secara sinonim dengan antara lain, "aboriginal," "native," "ethnic," "ancestral," atau bahkan "traditional."[28]

Secara umum, perbedaan terbesar antara cara-cara mendefinisikan atau menentukan kategori "indigenous" terletak antara suatu pendekatan subjektif di satu sisi, dan pendekatan objektif di sisi lain. Pendekatan subjektif didasarkan pada definisi diri tentang orang-orang yang terkait. Sementara itu, pendekatan objektif didasarkan pada kriteria objektif atau pada tindakan resmi dari negara terhadap seseorang untuk memberikan status "Indian," dan dengan demikian menggelari orang tersebut dengan "status Indian". Terkait dengan "status Indian", banyak legislasi Amerika Latin mendefiniskan status tentang seseorang "indigenous", semua legislasi Amerika Latin mendefinisikan status orang sebagai "indigenous person de lege" ini, sementara misalnya, di Colombia, pengaturan undang-undang seperti ini tidak ada. Dalam praktiknya, dari sudut pandang adat/indigenous, kurangnya regulasi undang-undang dan oleh karenanya "dominansi" publik dianggap sebagai agak positif: karena kekurangan ini, orang-orang asli dapat memelihara ruang bebas tertentu untuk identifikasi diri dan definisi diri mereka.[29]Undang-undang Indian

---

[27] Ruiz, M., I. Lape~na, et al.,2004. "The Protection of Traditional Knowledge in Peru: A Comparative, Perspective", 3 Wash. U. Global Stud. L. Rev., hlm. 758.

[28] Articles 2 and 3 of the Peruvian Law No. 27811, terjemahan Busch, Ibid., hlm. 44

[29] Semper, 2008, hlm.149, dalam Busch, Ibid., hlm. 45.

Brazil memberi definisi tentang "ı´ndio" atau "silvı´cola", "demi hukum," yang dibaca: "Semua orang yang berasal dari pra-Columbia atau yang nenek moyangnya mengidentifikasi dirinya dan diidentifikasi oleh orang lain sebagai milik suatu kelompok etnis yang karakteristik budayanya membedakan dirinya dari masyarakat nasional."

Penulis berpendapat bahwa EBT adalah segala bentuk ekspresi budaya, baik yang bersifat benda maupun takbenda, atau kombinasi keduanya, yang menunjukkan keberadaan suatu budaya yang secara tradisi merupakan warisan dari leluhur, baik dipegang secara individual atau komunal dan bersifat turun temurun. Definisi ini membawa konsekuensi tercakupnya cagar budaya sebagai ekspresi budaya tradisional juga. Konsekuensi berikutnya, baik EBT benda, non-benda, perlu diatur dalam suatu hukum yang harmonis, selaras, tidak terpencar-pencar dalam berbagai aturan yang beberapa di antaranya bertentangan dan tidak saling mendukung.

Perlu diperhatikan juga konsep sosio-budaya tentang "Masyarakat Adat" ("Indigenous Peoples") dan identitas etnik ("Ethnic Identity"). Weber mendefinisikan kelompok etnis sebagai "kelompok-kelompok manusia yang memiliki suatu keyakinan subyektif dalam nenek moyang bersama karena kesamaan tipe fisik atau kesamaan kebiasaan atau keduanya, atau karena memori-memori kolonisasi dan migrasi; keyakinan ini harus menjadi penting bagi formasi kelompok."[30]

5. Istilah "tangible" dan "intangible" *cultural property*

Tangible cultural property adalah kekayaan budaya yang bersifat ragawi, sementara *intangible cultural property* adalah kekayaan budaya yang bersifat nir-ragawi. Menurut *Black's Law Dictionary*, "intangible" merujuk pada sesuatu yang bukan dalam bentuk fisik. Di sisi lain, "tangible" didefinisikan sebagai memiliki bentuk fisik; berwujud, dapat disentuh atau dilihat; nampak jelas.""Intangible cultural heritage" sebagaimana didefinisikan oleh UNESCO dalam *Convention for the Safeguarding of the Intangible Cultural Heritage* (2003) adalah "praktik, representasi, ekspresi, pengetahuan, keterampilan "juga instrumen, objek, artefak, dan ruang-ruang budaya yang diasosiasikan dengannya yakni komunitas, kelompok, dalam beberapa kasus,

[30] Weber, Ibid., hlm.389.

individu diakui sebagai bagian dari warisan budaya. Warisan budaya takbenda ini disebarkan dari generasi ke generasi, terus menerus diciptakan oleh komunitas dan kelompok dalam menanggapi lingkungannya, interaksinya dengan alam dan sejarahnya, dan memberi mereka rasa identitas dan kontinyuitas, sehingga mempromosikan penghormatan akan keragaman budaya dan kreativitas manusia. Konvensi ini juga menyatakan bahwa "intangible cultural heritage" mewujud antara lain dalam bidang-bidang berikut: a) tradisi dan ekspresi lisan, termasuk bahasa sebagai sarana warisan budaya takbenda; b) seni pertunjukan; c) praktik-praktik sosial, ritual, festival; pengntahuan dan praktik yang berkaitan dengan alam raya; e) kerajinan tradisional.

6. Cagar Budaya, Saujana, dan Warisan Budaya

Istilah ini secara lengkap akan dibahas dalam Butir 2.4, tentang Hubungan antara Hak Cipta, Cagar Budaya, dan Pemajuan Kebudayaan terkait Ekspresi Budaya Tradisional.

B. Definisi

1. Apa itu "Perlindungan"?

Istilah "perlindungan" atau "protection" dalam konteks ini adalah perlindungan ekspresi budaya tradisional. Menurut Draft Pasal-pasal WIPO IGC Session 33, pemilik EBT bisa menuntut kalau penggunaan EBT dilakukan:

(1) Melanggar hak cipta

(2) Jika penggunaan EBT bersifat merendahkan (*derogatory*)

(3) Tidak sesuai dengan penggunaan sesungguhnya (misalnya, EBT yang bersifat *sacred* yang seharusnya digunakan untuk keperluan ritual, disalahgunakan menjadi untuk keperluan profan)

(4) Jika tidak memberi kredit (*give credit*)/tidak menghargai kepada pemilik asli.

Mengenai prosedurnya, diserahkan kepada negara masing-masing, walaupun ada badan internasional yang menengahi. Pemilik EBT tidak bisa menuntut penggunaan EBToleh pihak lain, apabila:

(1) Sudah ada kesepakatan;

(2) Jika EBT sudah dikenal luas sehingga diketahui asal muasal EBT tersebut, dan orang membuat karya baru berdasarkan hal itu. Hal ini bukan dianggap sesuatu yang dapat dituntut.

Hal ini diserahkan kepada masing-masing negara. WIPO hanya memberi pedoman, rekomendasi, sementara pengaturan detil diserahkan pada negara anggota (*member state*).

2. Perlindungan terhadap Apa?

Dalam *Intergovernmental Committee on Intellectual Property and Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore* pada Sidang ke-20 di Geneva tanggal 14 Februari-22 Februari 2012, Sekretariat WIPO menyiapkan dokumen berisi istilah-istilah kunci yang terkait dengan kekayaan intelektual dan sumber daya genetik, pengetahuan tradisional, dan ekspresi budaya tradisional.

Sebelum membahas pertanyaan pada topik di atas, perlu diperhatikan bahwa Ekspresi Budaya Tradisional termasuk dalam Warisan bangsa (*cultural heritage*), bukan hak cipta (*author's right and copyright*). Selain itu, perlu dibedakan antara *misappropriation* dan sekedar menggunakan EBT untuk kepentingan pribadi dan promosi. Termasuk, kata-kata yang populer disebut-sebut di sejumlah media massa, "mengklaim" juga perlu dijernihkan, apakah itu "klaim pribadi" ataukah "klaim resmi" (melalui otoritas yang berwenang).

Dalam *Glossary* rumusan WIPO, perlindungan terhadap EBT mencakup perlindungan dalam arti positif dan defensif. Perlindungan positif mencakup pembuatan hukum yang memastikan bahwa tidak ada eksploitasi dan penggunaan yang tak sah (*unauthorized*) atas PT-EBT. Hukum itu harus dari komunitas yang memiliki EBT. Dalam hal ini, WIPO menganjurkan 2 pendekatan, yakni pendekatan kekayaan intelektual dan non-kekayaan intelektual, di mana keduanya harus saling melengkapi.

Perlindungan hukum yang defensif merupakan strategi untuk memastikan bahwa tidak ada klaim yang *illegitimate* atas EBT. Di sini masih dicampuradukkan pengertian PT dan EBT, dan masih bisa diklaim dengan HKI. Dalam hal ini, mereka yang merupakan pemilik dan pemegang PT-EBT bisa mengklaim HKI, sehingga jika mereka yang melakukan misapropriasi bisa dituntut. Namun dalam *Glossary*, PT paling banyak dikaitkan dengan keragaman hayati.

Walaupun dalam *Glossary*, WIPO membedakan antara PT dan EBT, tetapi perlakuan atas pelanggarannya disamakan, yakni dalam istilah "misappropriasi" di mana penekanannya adalah pada kompetisi dan komersialisasi. Oleh karena itu, pertanyaan "perlindungan terhadap apa" bisa dijawab dengan lugas, bahwa perlindungan hukum adalah terhadap misapropriasi, atau melawan "misapropriasi". Apa yang dimaksud dengan "misappropriation" itu adalah mengikuti definisi *Black's Law Dictionary.*

Misapropriasi (*misappropriation*), secara harafiah, dapat diartikan sebagai pengambilan sesuatu sebagai miliknya secara tidak benar. Dalam bahasa sehari-hari (bahasa *colloquial, casual*) termasuk di dalamnya "mengaku-ngaku" sebagai pemilik. Menurut *Black's Law Dictionary*, kata ini merupakan kata benda berasal dari bahasa Inggris, *misappropriation, n.* (I8c), yang bisa berarti:

- Menggunakan milik orang lain untuk keuntungan diri sendiri (*the application of another's property or money dishonestly to one's own use*)
- Dalam hukum hak kekayaan intelektual *common law*, misapropriasi bisa berarti tindakan melawan hukum dengan cara menggunakan informasi yang menggunakan informasi/ide-ide yang tidak bisa di-hak cipta-kan yang dikumpulkan dan disebarluaskan oleh sebuah organisasi untuk mendapat keuntungan untuk bersaing secara tidak sehat, atau meniru suatu karya yang penciptanya belum diketahui atau diberi hak-hak eksklusif atas karya tersebut.

Maka jika ada bangsa lain yang menjual tradisi Indonesia dengan mengakui-mengakui miliknya, bukan milik Indoensia, dengan tujuan memperoleh keuntungan, maka hal itu adalah misapropriasi, dan itu harus dibuktikan.

Elemen-elemen misapropriasi adalah:

(1) Penggugat harus sudah mengivestasikan waktu, uang, atau usaha untuk mendapatkan informasi tersebut;

(2) Tergugat harus mendapatkan informasi tersebut tanpa melakukan investasi yang sama;

(3) Penggugat harus sudah menderita kerugian kompetitif (kalah bersaing) karena diambilnya informasi tersebut. Karena Tari Pendet diakui Malaysia, Indonesia mengalami kerugian kompetitif.

Jadi, misapropriasi bisa diterapkan untuk tradisi kalau pihak lain memakai tradisi secara tidak sah untuk mendapat keuntungan dan menyebabkan kerugian di pihak pewaris tradisi.

Terkait dengan perlindungan, perlu dikemukakan istilah *benefit sharing*, suatu istilah yang muncul dalam Nagoya Protocol *on Access to Genetic Resources and the Fair and Equitable Sharing of Benefits Arising from their Utilization to the Convention on Biological Diversity* (2010). *Benefit sharing* adalah pembagian yang adil dan merata atas keuntungan/manfaat yang muncul dari pemakaian sumber daya genetik, termasuk akses yang memadai atas sumber daya genetik dan pengalihan teknologi yang relevan, dengan mempertimbangkan segala hak atas sumber daya dan teknologi tersebut, dan dengan pendanaan yang memadai.

Pembagian yang wajar dari keuntungan yang dihasilkan dari penggunaan sumber daya genetik adalah termasuk akses yang memadai terhadap sumber daya genetik dan transfer teknologi yang relevan dengan mempertimbangkan semua hak atas sumber daya dan teknologi tersebut dan dengan pendanaan yang memadai, dengan demikian berkontribusi pada pelestarian keberagaman hayati dan pemakaian yang berkelanjutan dari komponen-komponennya. Menurut protokol ini juga, hal yang disebutkan di atas juga dapat diterapkan pada Pengetahuan Tradisional yang terkait dengan sumber daya genetik. Oleh karena itu, "pembagian keuntungan" sebagaimana definisi konvensi Nagoya ini dapat juga diterapkan pada pemakaian pengetahuan tradisional yang ada kaitannya dengan sumber daya genetik. Pembagian keuntungan bukan hanya berupa pembagian/*sharing* materi/keuntungan, melainkan pembagian/*sharing* yang bersifat promotif, adanya tindakan aktif dan terencana untuk memperkenalkan EBT kepada masyarakat. Sebagaimana dalam *Glossary* WIPO tersebut, bahwa *benefit* itu bersifat *monetary* dan *non monetary*. Oleh karena itu, pemerintah tidak perlu terlalu mencari keuntungan uang dari EBT, karena keuntungan juga bisa bersifat non-monetary.[31]

[31] Periksa: Secretariat of the Convention on Biological Diversity, Nagoya Protocol on Access to Genetic Resources and The Fair and Equitable Sharing of Benefits Arising from Their Utilization to The Convention on Biological Diversity, 2011.

3. Ekspresi Budaya Tradisional

Gambaran tentang definisi dan pengertian tentang apa EBT tidak secara gamblang dijelaskan dalam aturan-aturan hukum di Indonesia. Setidaknya ada beberapa aturan nasional yang mengatur EBT atau memiliki irisan tentang EBT.

Pertama, sudah tentu Undang-undang Nomor 28 tahun 2014 tentang Hak Cipta. Undang-undang ini jelas memasukkan EBT dalam kategori ciptaan yang tidak dikenal penciptanya, sehingga negara memegang hak cipta atas EBT (pasal 38). *Kedua,* Undang-undang Nomor Undang-undang Nomor 11 tahun 2010 tentang Cagar Budaya. Dalam pasal 1 UUCB disebutkan bahwa Cagar Budaya adalah warisan budaya bersifat kebendaan berupa Benda Cagar Budaya, Bangunan Cagar Budaya, Struktur Cagar Budaya, Situs Cagar Budaya, dan Kawasan Cagar Budaya di darat dan/atau di air yang perlu dilestarikan keberadaannya karena memiliki nilai penting bagi sejarah, ilmu pengetahuan, pendidikan, agama, dan/atau kebudayaan melalui proses penetapan. Oleh karena itu, jika EBT adalah mencakup salah satu atau kombinasi bentuk ekspresi dalam berbagai bentuk sebagaimana yang ditentukan dalam penjelasan pasal 38 UUHC, dimana ekspresi tersebut bisa berwujud benda dan tak benda, maka dapat disimpulkan bahwa cagar budaya adalah termasuk ekspresi budaya tradisional. Secara definisi (walaupun penulis masih mempertanyakan apakan EBT masuk dalam kategori hak cipta) hal ini sesuai dengan Rancangan Peraturan Pemerintah Indonesia tentang Hak Cipta yang Dipegang oleh Negara atas Ekspresi Budaya Tradisional. *Ketiga,* Undang-undang Nomor 5 tahun 2017 tentang Pemajuan Kebudayaan, Pasal 5 menyebutkan objek pemajuan kebudayaan, yakni: Objek Pemajuan Kebudayaan meliputi: tradisi lisan, manuskrip, adat istiadat, ritus, pengetahuan tradisional, teknologi tradisional, seni, bahasa, permainan rakyat, dan olahraga· tradisional. Objek-objek ini pulalah yang termasuk dalam lingkup Ekspresi Budaya Tradisional dalam Undang-undang Hak Cipta.

Pokok persoalan dalam perlindungan EBT dalam UUHC Indonesia ditentukan dalam pasal 38 UUHC 28 tahun 2014, sebagai berikut. Yang dimaksud dengan "ekspresi budaya tradisional" mencakup salah satu atau kombinasi bentuk ekspresi sebagai berikut:

a) verbal tekstual, baik lisan maupun tulisan, yang berbentuk prosa maupun puisi, dalam berbagai tema dan kandungan isi pesan, yang dapat berupa karya sastra ataupun narasi informatif;
b) musik, mencakup antara lain, vokal, instrumental, atau kombinasinya;
c) gerak, mencakup antara lain, tarian;
d) teater, mencakup antara lain, pertunjukan wayang dan sandiwara rakyat;
e) seni rupa, baik dalam bentuk dua dimensi maupun tiga dimensi yang terbuat dari berbagai macam bahan seperti kulit, kayu, bambu, logam, batu, keramik, kertas, tekstil, dan lain-lain atau kombinasinya; dan
f) upacara adat.

Ekspresi Budaya Tradisional juga mencakup bentuk-bentuk tak berwujud dari EBT seperti tarian, vokal, musik, upacara adat, dll.

Definisi ini, yang dipilih oleh pembuat UUHC untuk melindungi EBT di Indonesa, adalah didasarkan pada definisi WIPO tahun 1982.[32] Dalam definisi WIPO ini, "EBT, atau ekspresi *folklore* dipahami sebagai ekspresi pengetahuan tradisional, yang berarti produksi yang terdiri dari elemen-elemen yang merupakan karakteristik dari patrimoni tradisional budaya, yang dikembangkan dan dipelihara oleh suatu komunitas, masyarakat dalam satu negara atau oleh para individu yang mencerminkan harapan budaya tradisional dari komunitas atau orang-orang ini (*TCEs, or expressions of folklore, are understood as expressions of traditional knowledge, which means productions consisting of elements which are characteristic of the cultural traditional patrimony, developed and maintained by a community, peoples in one country or by individuals reflecting the traditional cultural expectations of this community or peoples*).

Ketika mendefinisikan muatan atau isi dari EBT, ada tiga butir penting menarik yang menjadi wilayah perdebatan. Hal ini memberi ciri pada seluruh topik perlindungan EBT. Pertama, berwujud versus tak berwujud; kedua, kolektif versus individual; dan ketiga, tradisional versus modifikasi atau ekspresi yang dikembangkan

[32] Lihat http://www.wipo.int/tk/en/glossary/index.html and http://www.wipo.int/tk/en/glossary/#tce, terakhir dikunjungi pada tanggal 20 Juli 2017

4. Ekspresi Berwujud dan Tak Berwujud

Walaupun mulai dari sudut pandang hak kekayaan intelektual, konsep EBT yang dibahas di sini tidak terbatas pada ekspresi tak berwujud, tetapi mencakup ekspresi berwujud dan tak berwujud. Di satu sisi, hal ini adalah karena perspektif holistik dari masyarakat adat itu sendiri, dan di sisi lain, sesuai dengan UUHC Indonesia dan aturan WIPO.

Menurut rezim *sui generis* di Panama, misalnya, kerajinan sebagai benda berwujud adalah bagian dari ekspresi identitas budaya dari komunitas tradisional, dan sehingga dengan demikian, kerajinan tradisional merupakan EBT.[33]Misalnya, beberapa pasal UU No 20 tahun 2000 tentang *Special System for the Collective Intellectual Property Rights of Indigenous Peoples for the Protection and Defense of Their Cultural Identity and Their Traditional Knowledge* di Panama menyebutkan bahwa:

> Kebiasaan, tradisi, kepercayaan, spiritualitas, agama, pandangan dunia, ekspresi folklore, ekspresi seni, pengetahuan tradisional dan segala bentuktradisional dari ekspresi masyarakat adat adalah bagian dari warisan budaya; sehingga itu semua tak bisa mejadi subjek dari hak-hak eksklusif jenis apapun dari pihak ketiga yang tidak diotorisasikan melalui sistem kekayaan intelektual, seperti hak cipta, desain industri, merek, indikasi geografis, dan indikasi lain, kecuali secara tertulis diminta oleh masyarakat adat itu. Walaupun demikian, hak-hak yang diakui di atas harus diakui dan tak dipengaruhi oleh undang-undang yang berlaku.[34]
>
> Sementara itu, Panama juga mengakui hak-hak kolektif masyarakat adat atas instrumen musik, musik, tarian, atau pertunjukan, ekspresi lisan, dan tertulis yang merupakan bagian dari tradisi mereka dan menjadi ekspresi historis, kosmologis, dan

---

[33] Articles 2, 4, dan 5 dari Undang-undang No. 20 tahun 2000 Panama, tentang Special System for the Collective Intellectual Property Rights of Indigenous Peoples for the Protection and Defense of their Cultural Identity and their Traditional Knowledge.

[34] Teks asli berbunyi: The customs, traditions, beliefs, spirituality, religion, worldview, expressions of folklore, artistic expressions, traditional knowledge and all other traditional forms of expression of indigenous peoples are part of their cultural heritage; they may not therefore be the subject of exclusive rights of any kind on the part of third parties that have not been authorized via the intellectual property system, such as copyright, industrial designs, marks, geographical indications and other indications, unless expressly requested by the indigenous peoples. Nevertheless, the rights recognized above shall be observed and unaffected pursuant to existing legislation.

kultural mereka. Permohonan untuk mendaftarkan hak-hak kolektif ini dibuat oleh Kongres atau otoritas adat tradisional kepada *Directorate General of Registration of Industrial Property of the Ministry of Commerce and Industry, DIGERPI,* atau *the National Copyright Directorate of the Ministry of Education,* untuk disetujui dan didaftarkan.[35]

Dengan demikian, hak-hak kolektif masyarakat adat dalam alat-alat kerja dan alat-alat seni tradisional mereka, juga teknik untuk membuatnya, yang diekspresikan dalam bahan-bahan kasar nasional, melalui unsusr-unsur alam, pemrosesannya, persiapannya, kombinasi dari *natural dies*, termasuk ukiran *ivory palm and semi-precious wood* (*cocobolo andnazareno*), keranjang tradisional, *nuchus*, manik-manik, tas kulit, dan ekspresi budaya tradisional lainnya dari masyarakat ini, adalah diakui. Hak-hak ini harus didaftarkan atas permintaan kongres umum atau otoritas tradisional pada departemen yang ditentukan.[36]

5. Ekspresi Kolektif dan Ekspresi Individual

Dari perspektif emik,[37] masyarakat adat telah merumuskan pemahaman mereka tentang berbagai jenis EBT dan pengetahuan tradisional dalam arti luas. Yang menarik, dari masyarakat adat Amerika Latin misalnya, mereka telah merumuskan pemahaman mereka tentang berbagai jenis EBT dan pengetahuan tradisional dalam arti luas. Menurut organisasi adat dari orang-orang Indian Amazon, COICA, terdapat juga EBT yang terdiri dari ekspresi individual, atau berakar dalam pemegang pengetahuan tradisional, yang disebut sebagai "kearifan nenek moyang" "*ancestral wisdom*," sementara lainnya berakar dalam "pengetahuan bersama/kolektif".

Pembedaan ini diuraikan sebagai berikut. Kearifan nenek moyang" atau *ancestral wisdoms* adalah kearifan-kearifan yang terkait dengan pengetahuan yang sangat khusus, yang membutuhkan subjek-subjek

---

[35] Periksa: Pasal 4 UU No. 20 Tahun 2000 Panama,tentangSpecial System for the Collective Intellectual Property Rights of Indigenous Peoples for the Protection and Defense of their Cultural Identity and their Traditional Knowledge.

[36] Pasal 5, Ibid.

[37] James L. Olive, "Reflecting on the Tensions Between Emic and Etic Perspectives in Life History Research: Lessons Learned", Forum Qulitative Research, Sozialvorschung, Volume 15, No. 2, Art. 6-May 2014.

yang memperolehnya untuk telah menentukan kondisi dan perlakuan-perlakuan ("*wisdoms linked to highly specialized knowledge, which require the subjects that acquire them to havedetermined conditions and traits*). Kearifan yang tekait dengan dunia hutan dengan dunia spiritual hutan itu sendiri. Karena hal ini, orang yang bisa mengakses kearifan-kearifan ini harus mendemonstrasikan, melalui upacara ritual dan tuntutan yang sangat kuat, kekuatan spiritual dan fisik mereka. Kearifan-kearifan khusus ini tak dapat dialihkan kepada seseorang yang tak mampu berpuasa dalam jangka panjang, tak mampu pergi ke hutan sendirian dan tinggal di sana; mengambil tanaman yang dianggap suci dan memperoleh vision." Jenis pengetahuan yang sangat khusus ini, ritual dan ekspresi ini "hampir rahasia untuk sebagian besar orang. Terhadap pengetahuan ini, hanya beberapa anggota komunitas yang bisa mengaksesnya, yang dipandang sangat penting; walaupun demikian mereka tidak mengalihkan/menyebar-kannyakepada semua kita, tetapi kepada orang-orang tertentu yang dianggap bijaksana dari generasi baru, yang memenuhi syarat personal dan sosial tertentu.[38]

Sebaliknya, "pengetahuan kolektif" dipahami sebagai "pengetahuan yang dapat diakses oleh laki-laki atau perempuan, melalui pendidikan yang dikembangkan oleh generasi dewasa bagi generasi-generasi baru." Pengetahuan ini mencakup semua informasi yang telah membantu eksistensi kita untuk menghadapi situasi konkret tentang kebutuhan manusia seperti berburu, menangkap ikan, berkumpul, pertanian, kerajian, metaurgi, mengasuh anak, kesehatan fisik dan spiritual, aktivitas di waktu senggang, musik, tarian, lukisan, persiapan makanan dan pengawetannya, pakaian, pesta, dan reproduksi manusia."[39]

Maka kedua kategori ini mencakup apa yang sebelumnya diistilahkan sebagai EBT atau, dengan kata lain, EBT dianggap sebagai bagian dari "pengetahuan kolektif" dan "kearifan nenek moyang", Pembedaan antara kategori yang terakhir ini agaknya merujuk pada aspek tanggung jawab atau penciptaan kolektif dan indvidual terkait EBT dan pengetahuan tradisional dalam pengertian luas.Satu contoh EBT yang diciptakan dan digunakan oleh satu bagian dari komunitas adalah tenun dan batik: ia selalu diciptakan dan ditenun oleh kelompok

[38] Busch, hlm. 38.

[39] Ibid.

perempuan dari penduduk di daerah-daerah di Indonesia. Secara resmi, terkait dengan instrumen hukum, inilah yang disebut sebagai "seni perempuan".[40] Walaupun demikian, secara hukum ia dikategorikan sebagai "pengetahuan tradisional yang dimiliki oleh masyarakat adat. Dan oleh karena itu merupakan properti kolektif dan bukan properti dari individu-individu yang membentuk bagian dari pasyarakat. Pengetahuan ini telah diturunkan dari generasi ke generasi, dan oleh karena itu, ia adalah kekayaan kelompok masyarakat itu. Oleh karenanya, pertanyaan tentang tentang pencipta EBT atau pemegang pengetahuan terkait, di satu sisi, dan pemegang hak di sisi lain, akan dipertimbangkan sebagai pertanyaan yang berbeda, akan dijawab secara berbeda.

6. Sifat Dinamis Ekspresi Budaya Tradisional

Apa yang dimaksud dengan "tradisional"? Dalam kepustakaan Indonesia tentang EBT misalnya, orang membaca: spirit adat, termasuk musik, legenda, dan cerita rakyat, kerajinan tangan, dan tarian, sesungguhnya mengandung budaya adat tradisional dan tradisi dari leluhurnya. Sebagaimana orang tahu, tradisi budaya ini berasal dari nenek moyang ketika hukum hak cipta belum pernah terdengar. Apakah "tradisional" menyiratkan bahwa objek-objek yang dianggap sebagai EBT harus memiliki suatu keterhubungan dengan jaman dulu? Jika demikian, keterhubungan macam apa? Haruskah perubahan atau bahkan inovasi tidak diperbolehkan, dalam pengertian "tradisional"? Haruskah pengertian itu juga mencakup praktik-praktik revitalisasi?

Dari sudut pandang antropologis dan sosiologis, "tradisi" jarang memiliki kontinuitas yang nyata dengan masa lalu. Sebaliknya, ritual, atau artefak budaya berwujud cenderung ditanggapi pada situasi-situasi baru. Menciptakan tanggapan sedemikian mengandung suatu perilaku manusia universal dalam budaya manapun dan masyarakat manapun. Kadangkala, tetapi tak selalu, kreasi-kreasi baru tersebut merupakan suatu prasyarat esensial bagi hidupnya masyarakat atau komunitas, dan akulturasi.[41]

---

[40] Bandingkandengan "Arte de la mujer", Article 3 of the Rules of Use of the Collective Right "Mola Kuna di Panama."

[41] Tentang konsep asimilasi, akulturasi, perubahan budaya, kehilangan budaya,dan peralihan budaya, lihat Fikentscher, 2009, Bab 5.

Hobsbawm, dalam penelitian antropologis klasiknya, memperkenalkan dan menggali fenomena tentang *invention of tradition*. Fenomena ini secara sosio budaya merupakan *normal behaviour*. Hobsbawm berargumen,[42]hal ini khas bagi semua jenis masyarakat dan komunitas: Barat dan Timur, modern dan tradisional. *Invented traditions* dipahami sebagai 'seperangkat praktik, biasanya diatur secara terang-terangan atau diam-diam dan merupakan simbol atau ritual, yang berusaha untuk menanamkan nilai-nilai tertentu dan norma-norma tertentu perilaku melalui pengulangan, yang secara otomatis mengimplikasikan keberlanjutan dengan masa lalu. Dalam kenyataannya, manakala memungkinkan, mereka secara norma berusaha menetapkan keberlangsungan dengan masa lalu historis yang cocok. Kekhasan dari tradisi-tradisi yang "ditemukan" ini adalah bahwa kontinuitas dengan itu adalah sangat fiktif. Singkatnya, tradisi ini merupakan *respons* atas situasi baru yang mengambil bentuk referens pada situasi lama, atau yang menetapkan masa lalu mereka sendiri dengan repetisi yang bersifat semi wajib. Menurut fungsi khasnya, tradisi yang ditemukan ini dapat dibagi menjadi tiga jenis: (i) the "invented traditions" yang menetapkan atau memantapkan kohesi sosial dan identitas kolektif, (ii) tradisi-tradisi yang menetapkan atau melegitimasi institusi dan hirarkhi sosial, dan (iii) tradisi-tradisi yang menyosialisasikan orang ke dalam konteks sosial tertentu.[43]

Istilah "tradisi yang ditemukan" tidak hanya mencakup adaptasi dan penggunaan baru dari tradisi lama untuk tujuan baru, tetapi juga penggunaan-ulang elemen-elemen kuno dalam konteks yang baru, juga penggunaan tradisi yang sudah punah, apabila dihidupkan kembali, demikian Hobsbawm menegaskan.[44] Maka, kontinuitas tradisi yang muncul tidak hanya secara sosio kultural menjadi "perilaku normal", melainkan juga suatu kriteria yuridis yang sosial dan yuridis hampir tidak dapat dipisahkan atau dibedakan dari kategori tradisi dan EBT.

Menurut Hobsbawm, mungkin tidak ada masyarakat yang tidak melihat "invensi" dari tradisi. Juga, tradisi-tradisi yang ditemukan mungkin terjadi lebih sering pada saat-saat transformasi sosial yang

[42] Hobsbawm, E. "Introduction: Inventing Tradition", dalam E. Hobsbawm dan T. E. Ranger, "The Invention of Tradition", Cambridge, 1983, hlm. 1-14.

[43] Ibid., hlm. 9.

[44] Ibid., hlm. 5-8.

cepat ketika "tradisi lama" musnah. Maka Hobsbawm mengharapkan sejumlah besar "tradisi baru" ditemukan selama dua abad terakhir ini, di masyarakat "tradisional" maupun "modern".

Dari perspektif praktis, keinginan murni di dalam komunitas adat untuk memelihara tradisi dan memastikan keberlanjutannya mendorong penggunaan dan bahkan adaptasi elemen-elemen baru dan cara penyebarannya, bahkan dengan teknologi baru. Contoh di bidang kerajinan tradisional misalnya, realitas karakter dinamis juga telah diobservasi dalam kerajinan topeng Malang yang telah banyak mengalami modifikasi dari tokoh-tokoh aslinya.[45]Jika kita menerima tekanan ini untuk pembaharuan sebagai suatu bagian melekat dari sebuah budaya, kita harus mempertanyakan pemahaman sempit tentang Ekspresi Budaya yang "tradisional".

Pemahaman yang lebih longgar (tidak ketat sebagai "tradisional") juga dianut oleh Pemerintah Indonesia. Dalam Buku *Panduan Pencatatan, Penetapan, dan Pengusulan Warisan Budaya Takbenda Indonesia*[46] jelas-jelas dinyatakan bahwa warisan budaya takbenda, selain bersifat tradisional (mewakili tradisi masa lalu), juga praktik kebudayaan kontemporer di mana kelompok budaya yang beragam mengambil bagian. Selain itu, ia juga memiliki sifat inklusif, yakni kita dapat memiliki ekspresi dari warisan budaya yang mirip dengan yang dilakukan orang lain. Apakah ekspresi budaya itu berasal dari desa tetangga, atau telah diadaptasi oleh masyarakat yang berimigrasi dan menetap di wilayah yang berbeda, itu semua adalah warisan budaya takbenda: suatu warisan yang telah hidup dari satu generasi ke generasi lain, telah berevolusi sebagai bentuk adaptasi terhadap lingkungan, dan memberi kontribusi untuk rasa identitas secara terus menerus, menyediakan hubungan dari masa lalu kita, sampai sekarang, dan ke masa depan kita. Hal ini memberi kontribusi untuk kohesi sosial, mendorong rasa identitas, dan tanggung jawab yang membantu individu untuk merasa menjadi bagian dari satu atau lebih komunitas yang berbeda dan merasa menjadi bagian dari masyarakat luas.

---

[45] Wawancara dengan Mak Yam, istri Mbah Karimoen, tanggal 2 Mei 2017 di Desa Kedung Monggo, Kabupaten Malang.

[46] Lihat: Direktorat Warisan dan Diplomasi budaya Direktorat Jenderal Kebudayaan Kementerian Pendidikan dan Kebudayaan, Panduan Pencatatan, Penetapan, dan Pengusulan Warisan Budaya Tak benda Indonesia, 2015.

Proyek pencatatan, penetapan, dan pengusulan warisan budaya tak benda di Indonesia (di mana EBT termasuk salah satu di dalamnya), benar-benar mengungkapkan fenomena ini dan tantangannya. Perorangan, komunitas, masyarakat hukum adat yang memiliki kepedulian dan kegelisahan akan hilangnya tradisi mereka dalam suatu konteks perubahan yang cepat, berusaha mendokumentasikan berbagai warisan budaya itu, yang secara pasti didedikasikan pada "tantangan menyebarkan" pengetahuan dari seluruh penjuru nusantara untuk diturunkan ke generasi berikutnya,[47] "bersamaan dengan segala sesuatu yang terasosiasi di dalamnya: narasi mistis, ritual, cara eksekusi, dan interpretasinya."[48]Projek ini, "juga mengungkap keindahan tradisi," juga mengindikasikan "tantangan masa kini dan alat baru yang digunakan untuk menghadapinya. Bagaimana membuat tradisi hidup selama periode yang intens berubah? Pertanyaan ini yang ditanyakan dan perlu dijawab melalui upaya pemerintah memfasilitasi para pemangku kepentingan dalam menjaga, melestarikan, dan membagikannya ke generasi-generasi selanjutnya. Kadangkala juga bantuan yang dibutuhkan dari luar komunitas.

Jika "tradisi" dicirikan atau seharusnya dicirikan oleh adanya "diturunkan dari generasi ke generasi" dan pada saat yang sama bantuan dari luar komunitas dibutuhkan untuk penyebaran ke generasi selanjutnya itu, pertanyaan muncul, apakah aspek ini seharusnya punya relevansi yuridis, yakni: bagaimana EBT masih nyata-nyata "tradisional" dan bersifat sakral dan rahasia harus dicatatkan dan ditetapkan dengan tetap menjaga kerahasiaan dan kesakralannya.[49]

---

[47]Lihat: Direktorat Warisan dan Diplomasi Budaya Direktorat Jenderal kebudayaan, Kementerian Pendidikan dan Kebudayaan, Penetapan Warisan Budaya Tak benda Indonesia Tahun 2016.

[48] Ibid.

[49] Wawancara dengan Bapak Herry Manurung di Direktorat Warisan Budaya Tak benda, Kementerian Pendidikan dan Kebudayaan Republik Indonesia, Jl. Jendral Sudirman Senayan, Jakarta, pada tanggal 16 Juni 2017.

BAB 3

ALASAN MELINDUNGI EKSPRESI BUDAYA TRADISIONAL

Apakah yang dimaksud dengan perlindungan? Apakah memang ada kebutuhan akan perlindungan itu? Apa urgensi perlindungan hukum terhadap EBT? Jika perlindungan itu dilakukan, apanya, atau bagian manakah yang dilindungi?

Perlu direfleksikan, apakah memang ada kebutuhan akan perlindungan? Konsep legal-politik tentang masyarakat warisan budaya yang relevan untuk perlindungan EBT, kebutuhan akan perlindungan, berasal dari keadaan warisan budaya itu sendiri.[1] Konsep pemerintah tentang warisan budaya menyatakan dengan tegas bahwa warisan budaya takbenda (termasuk EBT di dalamnya) merupakan faktor penting mempertahankan keragaman budaya dalam menghadapi globalisasi yang berkembang. Pemahaman tentang warisan budaya dari komunitas yang berbeda diharapkan dapat menciptakan adanya dialog antarbudaya, dan mendorong saling hormat menghormati cara hidup kebudayaan lainnya. Pentingnya warisan budaya ini bukanlah terletak pada manifestasi budaya itu sendiri, melainkan pada kekayaan pengetahuan dan keterampilan yang ditularkan dari satu generasi ke generasi berikutnya. Proses regenerasi pengetahuan

[1] Direktorat Warisan dan Diplomasi Budaya, Dirjen Kebudayaan, Kementrerian Pendidikan dan Kebudayaan, *Panduan Pencatatan, Penetapan, dan Pengusulan Warisan Budaya Tak benda Indonesia,* 2015,hlm. 6.

merupakan modal penting bagi pembangunan sosial dan ekonomi yang berkelanjutan tidak hanya di negara-negara maju, tetapi sama pentingnya bagi negara-negara berkembang untuk dikembangkan.

Indonesia yang terdiri dari 13.000 pulau yang dihuni lebih dari 734 etnis, memiliki begitu banyak bentuk kebudayaan yang diwariskan dari generasi ke generasi. Dinamika masyarakat dan arus globalisasi menimbulkan perubahan sehingga mengakibatkan hilangnya warisan budaya takbenda. Di sisi lain, akibat selanjutnya adalah timbulnya krisis identitas bangsa. Dengan sendirinya dibutuhkan perlindungan warisan budaya takbenda Indonesia yang tersebar di seluruh wilayah Indonesia. Begitu juga, desentralisasi wilayah ternyata berdampak pada kepemilikan identitas dan/atau mencari suatu identitas baru. Sementara itu, dalam melaksanakan perlindungan, pemangku kepentingan yang akan melaksanakan pelestarian belum memiliki panduan teknis sebagai acuan melaksanakan tugas.[2]

Definisi, istilah dan lingkup analisis buku ini mengungkapkan bahwa menentukantopik dan pertanyaan saja, ternyata cukup sulit. Apalagi memahami "realitas"dari"hal"nya, "konten"nya, yang seharusnya mendapat perlindungan hukum konkret.Pertanyaan tentang mengapa melindungi EBT muncul dan muncul lagi, khususnya setelah merefleksikan berbagai peraturan pelaksanaan yang tak kunjung muncul walaupun undang-undang mengamanatkannya.

A. Argumen Kontra

Posisi menentang perlindungan terhadap EBT telah muncul 30 tahun silam dan terus berlangsung hingga saat ini. Tantangan itu khususnya dibawa oleh negara-negara industri.Kepedulian-kepedulian ini juga menjadi alasan mengapa bahkan beberapa negara, seperti Amerika Latin secara kuat menentang diadopsinya sarana legislatif untuk melindungi EBT. Di Columbia, misalnya tidak ada undang-undang, pun upaya pengundangan, tidak ada kemauan politik untuk menginisiasi proyek-proyek sedemikian.[3] Dalam kenyataannya, ada berbagai pendekatan politik terhadap topik ini, yang mengarahkan pada suatu gambaran yang sangat heterogen terhadap *status quo* perlindungan EBT di sana.

[2] Direktorat Warisan dan Diplomasi budaya Direktorat Jenderal Kebudayaan Kementerian Pendidikan dan kebudayaan, *Ibid*., hlm.1

[3] Busch, *Op.Cit*., hlm. 59.

Argumen yang menentang perlindungan terhadap EBT dapat dikelompokkan menjadi lima kelompok:

(1) Perlindungan EBT terutama bertujuan untuk memastikan kehidupan budaya tradisional di mana ekspresi budaya itu berakar. Dilihat dari kaca mata "Darwinisme Budaya/*Cultural Darwinism*," perlindungan sedemikian barangkali bisa menjadi suatu konsep artifisial dan bertentangan dengan dinamika alamiah dari sejarah kebudayaan. Menurut konsep Darwinisme Budaya ini, sebagaimana dijelaskan oleh Mader, selalu ada budaya yang punah dan muncul yang baru, dan bahkan budaya-budaya yang kuat dan tinggi sekalipun, seperti Kekaisaran Romawi, telah musnah.[4] Maka, perlindungan EBT pada akhirnya menjadi suatu pemeliharaan artifisial terhadap budaya yang "mati", yang tidak masuk akal dalam konteks evolusi budaya.

(2) Anggota komunitas atau masyarakat terkait, khususnya orang-orang mudanya, kadangkala tidak ingin menjaga tradisi mereka (secara aktif). Hal ini juga menjadi salah satu tantangan utama yang ditemukan dalam komunitas-komunitas pelestari warisan budaya.[5] Dalam kasus-kasus sedemikian, bertahannya budaya tidak dapat dijamin secara praktis melalui instrumen hukum semata.

(3) Seandainya komunitas lokal ingin tetap melestarikan budaya tradisional mereka, sarana-sarana efektif lebih baik diambil pada level faktual (praktikal dan personal). Penghargaan dan apresiasi terhadap budaya tradisional adalah jauh lebih penting demi mempertahankan EBT tetap hidup dibandingkan ketentuan hukum.

(4) Bahkan jika ketentuan hukum dibuat oleh negara tempat komunitas tradisional itu berada, hal ini tidak akan mengarah pada solusi yang tepat. Kaidah atau bahkan putusan yang dibuat oleh otoritas nasional tidak pernah dapat mencapai level yang sama dalam hal legitimasi sebagaimana level yang dicapai oleh komunitas pemangku EBT itu sendiri. Instrumen atau sarana sedemikian hanya akan mengarah pada efek kontra-produktif memperlemah struktur sosial, identitas, dan kekuatan internal dari komunitas yang bersangkutan, sehingga pada gilirannya akan bertentangan dengan tujuan yang paling penting dari melindungi EBT.

(5) Level spiritual EBT merupakan salah satu hal terbesar dan paling penting bagi produk-produk biasanya yang dibeli di pasar. Walaupun demikian, hal ini tidak dilindungi dalam sistem Barat juga. Sakramen mahakudus dalam gereja Katolik, misalnya, harus dilindungi melalui komunitas religius sendiri. Tidak ada alasan untuk memberi perlindungan kepada elemen-elemen spiritual dari komunitas tradisional dibandingkan perlindungan pada komunitas religius yang diakui secara resmi.

Masih argumen yang kontra perlindungan, seorang antropolog, Michael F. Brown, menyatakan bahwa memberikan perlindungan yang luas pada pengetahuan tradisional dan mengubah pengetahuan ini menjadi hak-hak, akan menyumbang pada tenggelamnya *public domain* dan akan membatasi aliran bebas informasi.[6] Dalam pandangannya, memasukkan budaya tradisional ke dalam lingkup perlindungan hak kekayaan intelektual akan membimbing pada pengetahuan yang sebelumnya bersifat rahasia menjadi masuk ke wilayah publik.[7]

B. Argumen Pro

Terlepas dari tantangan bahkan aspek-aspek kritik yang disebutkan di atas, ada banyak alasan untuk memajukan perlindungan EBT, khususnya di Indonesia.

(1) Insentif untuk dan perlindungan terhadap kreasi budaya yang bertujuan untuk mempertahankan budaya telah dilakukan di masyarakat lain juga, salah satu instrumennya adalah hak cipta.[8]

(2) Fakta bahwa hak cipta tidak mampu menyediakan perlindungan terhadap EBT karena filosofi dan prinsip-prinsip perlindungan yang mendasarinya berbeda tidak meniadakan perlindungan

---

[4] Busch, *Ibid*.

[5] Diskusi dalam Grup *Malang Heritage Community*.

[6] Michael F. Brown, "Can Culture Be Copyrighted?" *Current Anthropology* No. , 39, tahun 1998, hlm. 193, 195, 198, dapat diakses di http://lanfiles.williams.edu/~mbrown/Brown-CopyrightingcultureCA98.pdf., dalam *Yang Chih-Chieh*, "A Comparative Study of the Models Employed to Protect Indigenous Traditional Cultural Expressions", *Asian-Pacific Law & Policy Journal* Vol.11:2, hlm. 68.

[7] *Ibid*.

[8] Periksa: Direktorat Warisan dan Diplomasi Budaya, Direktorat Jenderal Kebudayaan, Kementerian Pendidikan dan Kebudayaan, *Panduan Pencatatan, Penetapan, dan Pengusulan Warisan Budaya Takbenda Indonesia*, 2015, yang menyebutkan landasan hukumnya adalah Undang-Undang Nomor 28 tahun 2014 tentang Hak Cipta.

terhadap EBT. Ada beberapa alasan mengapa hak cipta dan hak-hak dalam kekayaan intelektual tidak cocok untuk melindungi EBT. Misalnya, bahwa suatu ekspresi budaya tradisional diturunkan dari generasi ke generasi dan oleh karena itu tidak memenuhi syarat sebagai suatu tindakan kreatif.[9] Filosofi ini berasal dari individualisme pada abad XVIII di Eropa.[10] Filosofi sedemikian dan argumentasi hukum yang dihasilkannya dari hak-hak alamiah, walaupun demikian, tidak dengan sendirinya dianggap sebagai satu-satunya konsep pengarah atau bahkan pandangan yang superior, untuk dikecualikannya perspektif menyimpang dalam merancang perlindungan EBT yang berbeda, khususnya yang terkait dengan kepemilikan. Karena hak cipta itu sendiri tak mampu melindungi, maka saat ini dikenal apa yang disebut dengan hak cipta komunal.[11] Pengembangan teori perlindungan hukum hak cipta dengan memperluasnya menjadi Hak Cipta Komunal juga dikenal di negara lain, misalnya di Amerika Latin.[12] Dalam Undang-Undang Nomor 5 tahun 2017 tentang Pemajuan Kebudayaan, Penjelasan Pasal 1 Butir g menyebutkan bahwa "Yang dimaksud dengan "seni" adalah ekspresi artistik individu, kolektif, atau komunal, yang berbasis warisan budaya maupun berbasis kreativitas penciptaan baru, yang terwujud dalam berbagai bentuk kegiatan dan/atau medium. Seni antara lain seni pertunjukan, seni rupa, seni sastra, film, seni musik, dan seni media.

(3) Kreasi baru dan ekspresi budaya muncul secara cepat dan berubah sangat cepat melalui berbagai saluran media komunikasi. Terhadap latar belakang ini, tradisi sebagai landasan dan sebagai elemen di dalam berbagai masyarakat mungkin dan bernilai untuk diperlakukan sebagai nilai-nilai penting untuk dilindungi secara hukum juga.

---

[9] Lihat: Kordmann (2001), dalam Busch, *Op. Cit.* hlm.60.

[10] Lihat: Ramsauer (2005) 63, merujuk pada John Locke, *Second Treatise on Government* (1698), §§25-51.

[11] *IIED and Andes*, "Protecting Community Rights over Traditional Knowledge: Implications of Customary Laws and Practices", *Research Planning Workshop*, Cusco, Peru, 20-25 May 2005.

[12] Lihat, misalnya: Pasal 124 Venezuelan Constitution on the CollectiveIntellectual Property.

(4) Sama halnya, EBT memberi sumbangan pada keragaman budaya, yang akhir-akhir ini menjadi sesuatu yang memiliki nilai tinggi.[13]

(5) Karena hubungannya yang dekat dengan isu-isu lingkungan pada level konkret maupun level umum, dan karena aspek-aspek ekonomik terkait dengan komunitas, perlindungan EBT bahkan bisa menjadi suatu instrumen untuk menerapkan kebijakan lingkungan dan kebijakan pembangunan. [14]

(6) Suatu perlindungan EBT yang memadai dapat mengikuti fungsi umum dari instrumen hukum, yakni: pengamanan dan perdamaian. Konflik-konflik sosial dapat diperhatikan yang memengaruhi stabilitas dan perkembangan masyarakat lokal atau bangsa terkait di level hukum, khususnya pertimbangan aturan kebiasaan dan hubungannya dengan hukum nasional dan standard-standard hukum.

(7) Ada kebutuhan akan perlindungan karena kepekaan khusus akan EBT di samping tantangan untuk menegakkan struktur sosial komunal sebagai suatu prasyarat untuk dipeliharanya EBT, ada berbagai bentuk ancaman umum dan pelanggaran konkret terhadap EBT.

C. Simpulan

Beberapa argumen pro dan kontra perlindungan EBT sesungguhnya merefleksikan kesulitan yang serius di topik ini. Walaupun demikian, hal itu seharusnya tidak perlu mengganggu dimajukannya perlindungan terhadap EBT, karena bahkan ada argumen-argumen yang lebih baik untuk melindungi. Argumen-argumen kontra dapat dan seharusnya menjadi tantangan bagi siapapun yang terlibat pada topik ini.

---

[13] Lihat: The UNESCO policy and Conventions Chapter III Section 1.B. dan COICA, 2005, hlm. 77, terjemahan COICA, dapat diakses pada http://www.coica.org.ec/ingles/aia_book/index.html.

[14] Lihat, misalnya, proyek penanaman pada Departemen Hak-Hak Kolektif dan Ekspresi *Folklore* di dalam DIGERPI, dan pasal 58 *BrazilianIndian Statute* sebagai suatu contoh untuk secara legal mempromosikan EBT sebagai sarana pembangunan.

D. Konsekuensi Melindungi EBT

Para penulis dan peneliti EBT menegaskan bahwa perlindungan hak kekayaan intelektualdalam bentuknya yang esensial bukanlah solusi yang berdiri sendiri.[15] Mekanisme hukum dalam perlindungan EBT dapat bervariasi, berkaitan dengan yang lebih detil, dalam konteks kaidah hukum kebiasaan sebagai implementasi konkretnya. Di sini, hanya disebutkan bahwa apapun pendekatannya, *sui generis,* perspektif emik (misalnya melalui penerapan hukum "kebiasaan" lokal atau pertimbangan kekhususan budaya), atau melalui hukum internasional, perspektif dari dalam para pengemban EBT adalah relevan untuk dihargai.

1. Objek Perlindungan

Semua bagian dalam ekspresi budaya tradisional dicirikan oleh suatu keterkaitan yang saling bergantung.Untuk itu, pemahaman tentang konten yang dilindungi, secara teoretis adalah sesuatu yang komprehensif. Hal ini sesuai dengan filosofi Gadamer tentang Lingkar Hermeneutika, yakni proses memahami (*understanding/verstehen*) sebuah teks (tertulis dan/atau non-tertulis) dengan alur interpretasi yang bersifat melingkar spiral timbal balik antara bagian dengan keseluruhan, sedemikian sehingga bagian-bagian teks tidak bisa dipahami tanpa memahami keseluruhan teks dan keseluruhan teks tidak bisa dipahami tanpa memahami bagian-bagiannya, untuk mendapatkan pemahaman tentang teks tersebut secara komprehensif.[16]

Objek atau "hal", *die sache* dari perlindungan seharusnya dipahami dalam pengertian seluas mungkin. Secara khusus,seharusnya tidak ada pembedaan menurut fungsi dari orang yang melaksanakan suatu ekspresi. Problem praktis, khususnya jika perlindungan diadaptasi atau dimasukkan dalam wilayah hak kekayaan intelektual, akan dijelaskan di bawah ini.

2. Pemegang Hak

Filosofi yang ditampilkan di atas mencakup prinsip fundamental tentang kepemilikan kolektif, setidaknya dalam teori. Pertama, ketika kehidupan komunal masih berfungsi, setiap komunitas

---

[15] Taubman and Leistner, *Op.Cit.*, 2008, hlm. 179.

[16] Hans Georg Gadamer, *Truth and Method*, London: Continuum, 1999, hlm. xxxii.

seharusnya memiliki hak untuk menentukan keseimbangan antara hak kolektif dan hak individual. Khususnya, ketika terkait dengan hubungan dengan eksternal, masyarakat non-lokal, prinsip umum ini seharusnya menjadi prinsip tentang kepemilikan kolektif.

Dalam hal pengakuan atas hak-hak individual dalam EBT, pelaksanaanya seharusnya sangat bergantung pada aspek penggunaan hak tersebut demi kebaikan bersama. Pembatasan seperti ini juga terdapat dalam sosiologi Barat, filosofi, dan sistem hukum. Relevansinya menyangkut dua hal. Pertama: mengakui karakter kolektif dari pengetahuan mereka, iniasi dan praktik tradisional mereka," dan kedua, "menjamin bahwa mereka (masyarakat lokal) adalah masyarakat yang mengambil keputusan atas dasar prinsip kesepakatan yang sudah dilakukan (prinsip tentang *informed concent*). Suatu cara*sui generis* harus mengatur bahwa kesepakatan ini diberikan dalam suatu cara kolektif oleh komunitas menurut praktis umum mereka."

3. Perwakilan

Penerapan hak-hak kolektif mensyaratkan suatu cara mewakili kolektivitas tersebut. Hal ini bisa dilakukan oleh"orang bijak", "tetua", atau para pemimpin masyarakat yang menurut sistem perwakilan tradisional dijadikan wakil. Dalam Panduan Pencatatan Warisan Budaya Takbenda, salah satu unsurnya adalah "representative", yakni bahwa warisan budaya takbenda tidak hanya dihargai sebagai barang budaya, secara komparatif, untuk eksklusivitas atau nilai yang luar biasa/Warisan Budaya Takbenda berkembang pada masyarakat dan tergantung pada orang-orang yang memiliki pengetahuan tradisi, keterampilan dan kebiasaan yang diteruskan ke seluruh masyarakat, dari generasi ke generasi, atau komunitas lain. Menurut Busch, mengikuti kecenderungan organisasi politik dari orang-orang adat, bisa jadi ada organisasi lokal yang mewakili pemilik kolektif, khususnya ketika ia sampai pada keterlibatan yang melampaui lokal.Rincian selanjutnya dan aspek-aspek praktis tentang persoalan perwakilan dapat dilihat dalam konteks hukum kebiasaan.

Menurut kajian tentang pengetahuan tradisional di Wilayah Andes,[17] ditegaskan bahwa "dipulihkannya dan tersedianya otoritas

[17] Busch, Op. Cit., hlm. 123.

tradisional dan bentuk-bentuk khas organisasi mereka adalah strategi terbaik untuk melindungi pengetahuan tradisional terhadap penyalahgunaan oleh pihak ketiga." Sebaliknya, tak satu pun kasus telah diidentifikasi bahwa pengetahuan tradisional telah dilindungi atau dikembangkandengan sarana parameter yang ditetapkan oleh hak kekayaan intelektual. Hal ini yang membuat perlindungan EBT melalui wilayah hukum hak cipta menjadi patut dikaji lebih dalam lagi.

4. Konsep dan Dampak Perlindungan

Pengakuan terhadap kebiasaan setempat, penerapan kaidah di kalangan masyarakat setempat, adalah hal yang niscaya.Untuk itu, aspek elementer dari suatu perlindungan EBT dan PT, yakni: "menjamin keamanan hukum dari tanah adat dan wilayahnya."

Elemen-elemen esensial bagi penggunaan dan metode yang memadai untuk melindungi EBT adalah prinsip timbal balik dan keberlanjutan (*reciprocity and sustainability*), misalnya dari praktik leluhur dan saling memberi dalam kaitannya dengan alam, tetapi juga terkait dengan "pertukaran terus-menerus barang dan jasa antarperson ", yang merupakan suatu "mekanisme sosial wajib" yang disebut saling timbal balik.Ada elemen-elemen lebih lanjut tentang perlindungan yang diekspresikan oleh masyarakat lokal sendiri, khususnya di wilayah pengetahuan tradisional, yakni:

(i) kaidah-kaidah yang mendorong dan mendukung tukar-menukar pengetahuan, inovasi, dan praktik tradisional antara mereka sendiri;

(ii) suatu "hak veto", yakni hak untuk menentang penelitian apapun yang akan merendahkan penghormatan atau pengakuan akan hak-hak lokal;

(iii) ketentuan yang memastikan bahwa transaksi apapun yang bertujuan merusak atau mendiskreditkan integritas pengetahuan, inovasi, dan praktik-praktik lokal, adalah batal;

(iv) menggali dan secara legal menerapkan strategi "thwart plans" yang "memengaruhi secara buruk" pengetahuan mereka, inovasi mereka, dan trarisi-tradisi praktik mereka, khususnya ketika pihak ketiga menerapkan proyek-proyek raksasa dalam wilayah mereka;

(v) memastikan bahwa penggunaan bersama atas sumber daya biologis dan sumber daya lain terkait denganpengetahuan tradisional

tetap bebas, khususnya ketika suatu sistem perlindunganatas hak kekayaan kolektifdirancang.

5. Konsekuensi terkait Proses Perlindungan

Sebagaimana dilihat, ada prinsip-prinsip yang terkait dengan muatan hukum. Tetapi juga konsekuensi yang berguna dapat disimpulkan dalam kaitannya dengan cara mengarah penetapan suatu perlindungan hukum terhadap EBT, yakni proses komunikasi antarbudaya, negosiasi, dan menyiapkan suatu sistem perlindungan yang memadai.

Mengombinasikan kebijaksanaan leluhur dengan pengetahuan barangkali merupakan hal yang bijak. Sama halnya, para filsuf Barat, yang secara politik telah menyatakan bahwa "masyarakat barat" dapat dan seharusnya belajar dari kebijaksanaan leluhur dan cara hidup yang seimbang. Efektivitas sistem perlindungan EBT juga bergantung pada keterikatan, kehendak masing-masing, dan aktivitas orang adat sendiri dalam melestarikan vitalitas dari filosofi tradisional mereka sebagai basis dari EBT dan EBT sebagai ekspresi dari filosofi mereka. Agar berhasil melestarikan filosofi mereka, budaya mereka, pengetahuan dan sumber daya, mereka harus menciptakan mekanisme untuk menyebarkan nilai-nilai mereka dan penghargaan atas budaya mereka kepada generasi berikutnya, dan kedua, mereka tidak harus tergoda oleh sistem moneter yang berlawanan dengan filosofi tradisional mereka, dan menjual "harta karun mereka sendiri".[18] Pada akhirnya, hal ini menyangkut soal edukasi dan pemberdayaan masyarakat. "Sentuhan/dorongan" melalui kebijakan negara bisa memfasilitasi perilaku yang memberdayakan budaya.

[18] Busch, *Ibid, hlm.* 127.

BAB 4

TEORI PERLINDUNGAN HUKUM TERHADAP EKSPRESI BUDAYA TRADISIONAL

A. Teori "Tanpa Perlindungan"

Dalam teori ini, siapapun boleh menggunakan dan mengeksploitasi. Yang Chih-Chieh[1] mendukung perlakuan atas EBT sebagai bagian dari wilayah publik, di mana setiap orang termasuk orang asing" bebas memanfaatkannya dan mengubahnya, karena hal ini akan membantu masyarakat lokal untuk memperoleh keuntungan ekonomik dari budaya tradisionalnya. Perusahaan asing yang menggunakan motif tradisional dan menghakciptakan di negaranya, termasuk penganut teori ini.

B. Teori Perlindungan Hak Cipta

EBT dilindungi dalam sistem HKI dengan memasukkannya dalam kelompok bidang HKI. Beberapa negara dapat dijadikan contoh. Indonesia misalnya, menganut sistem ini, dengan memasukkannya dalam wilayah hukum hak cipta. Berdasarkan penafsiran hukum yang komprehensif berbasis Lingkar Hermeneutika terhadap Hak Moral dan Hak Ekonomi dalam Hak Cipta,[2] menyimpulkan bahwa

[1] Yang Chih-Chieh, A Comparative Study of the Models Employed to Protect Indigenous Traditional Cultural Expressions, *Asian-Pacific Law & Policy Journal* Vol.11:2, hlm. 84.

[2] R. Diah Imaningrum Susanti, "Penafsiran Hukum yang Komprehensif terhadap Hak Moral dan Hak Ekonomi dalam Undang-undang Hak Cipta", *Laporan Hasil Penelitian Hibah Doktor*. Lihat juga: R. Diah Imaningrum Susanti,"The Problem of Copyright for

hak cipta tidak memadai dalam melindungi EBT karena konsep "warisan bersama" (*common heritage*) yang tak mengenal pencipta, bersifat komunal dan turun-temurun, sering kali tidak ada fiksasi, jangka waktu tak terbatas, sama sekali berbeda dengan konsep hukum hak cipta yang justru harus membuktikan siapa pencipta, fiksasi ciptaan, jangka waktu hak ekonomi terbatas. Selain itu, temuan Mahadewi[3] menunjukkan bahwa bentuk perlindungan hukum yang diberikan oleh negara terhadap motif-motif tradisional melalui pendaftaran hak cipta tidak dilakukan oleh masyarakat Bali, karena mereka memandang hakikat karya sebagai bagian dari sistem nilai dan mencari nafkah hidup. Senada dengan itu, temuan Collins[4] menyatakan bahwa perlindungan EBT di Afrika melalui hukum hak cipta mengaburkan status EBT sebagai warisan dan karya derivatif yang membawa identitas nasional. Maka, menggunakan kriteria hak cipta untuk EBT adalah kurang tepat, karena EBT sangat tidak cocok dengan hukum kekayaan intelektual karena hukum kebiasaan mengandung *margin error* yang tak mengandung level klaritas dan presisi yang sama yang seringkali dicari dalam konsep hukum Barat.[5]

Di Australia, UUHC Australia pun gagal melindungi karya seni yang mestinya digunakan untuk upacara religius namun digunakan secara tak pantas,[6] walaupun Pemerintah Australia mendasarkan pada *UN Declaration on the Rights of Indegenous Peoples* (DRIP) yang mengandung standar minimum bagi bertahan, bermartabat, dan kesejahteraan masyarakat tradisional di seluruh dunia.[7]

Traditional Cultural Expression in Indonesia", *Journal of Law, Policy, and Globalization*, Vol. 29/September 2014.

[3] Kadek Julia Mahadewi, 2015. Program Budaya Hukum dalam Keberlakuan Undang-undang Nomor 28 tahun 2014 tentang Hak Cipta Pada Pengrajin Perak di Bali, *Thesis*, Program Pascasarjana Universitas Udayana Denpasar.

[4] Collins, Stephen. "The Commoditization of Culture: *Folklore*, Playwriting and Copyright in Ghana", *Thesis of Doctor of Philosophy*, School of Law, College of Social Sciences, University of Glasgow 2015)

[5] R. Diah Imaningrum Susanti, *Penafsiran Hukum yang Komprehensif Berdasarkan Lingkar Hermeneutika*, Malang: Indonesian Philosophical Studies2015; Paul Kuruk,"African Customary Law and The Protection of *Folklore*", *Copyright Bulletin*, Vol. XXXVI, No. 2, 2002; danManfred O. Hinz,2011. "The Swakopmund Protocol on the Protection of Traditional Knowledge and Expressions of *Folklore*", *Namibia Law Journal*, Volume 3 Issue 1, January 2011, hlm. 1.

[6] Jake Philips, "Australia's Heritage Protection of Act: An Alternative to Copyright in the Struggle to Protect Communal Interests in Authored Works of *Folklore*", *Pacific Rim Law and Policy Journal Association*, Aug. Vol. 18 Issue 3.Philips, 2009: 547.

[7] Janke, Terri dan Dawson, Peter, *Indigenous Knowledge and Cultural Expression and the. Australian Intellectual Property System*, Australia: Terri Janke & Company Pty Ltd, 2012: 4. Lihat juga: Anurag Dwivedi dan Monica Saroha, Monica, "Copyright Laws as A Means

Di Tiongkok, model hak cipta terbukti tidak memadai melindungi EBT.[8] Hal ini disebabkan oleh adanya konsep originalitas atau otentisitas, fiksasi, jangka waktudalam hukum hak cipta, hak moral, problem yurisdiksi yang tidak cocok dengan EBT.[9]

C. Teori Perlindungan *Sui Generis*

Teori ini menyatakan perlindungan EBT melalui hukum khusus. Contohya adalah Model WIPO tahun 2002 dan Panama. Australia akhirnya mengundangkan EBT dalam hukum khusus, yakni *Australian Heritage Protection Act*, yang lebih efisien dan lebih memadai.[10] Zhang[11] dalam penelitiannya di Cina mengusulkan suatu hukum *sui generis* dengan beberapa strategi: mempercepat dideklarasikannya "warisan budaya takbenda", menunjuk orang dan unit-unit yang dapat mewarisi dan menjalankan seni tradisional, membangun museum ekologi di wilayah minoritas, menyusun UU lokal melalui kongres masyarakat setempat karena tidak ada hukum tunggal yang melindungi TCE di Cina. Malaysia juga menggunakan model *sui generis* melalui pengundangan *National Heritage Act* 2005. Tunisia menggunakan model ini, menggabungkan model perlindungan hak cipta, namun tidak diberi jangka waktu perlindungan. Karena bersifat khusus, pola penyelesaian sengketa nonlitigasi merupakan pilihan yang tepat.[12] Keberhasilan hukum yang *sui generis* ini masih amat bergantung pada kerjasama antara komunitas lokal, mekanisme *benefit sharing*

---

of Extending Protection to Expressions of *Folklore*", *Journal of Intelectual Property Rights*, Vol. X, July, 2015.

[8] Luo Li,Intellectual Property Protection of Traditional Cultural Expressions/*Folklore* in China, Switzerland: Springer International Publishing, 2014: 35-60.

[9] Molly Torsen, Intellectual Property and Traditional Cultural Expressions, WIPO; Amber Burtis, Amber T. "Managing Indigenous Knowledge and Traditional Cultural Expressions: Is Technology the Solution?", *Information for Social Change*, Volume 29, Burtis, Amber T.2009. "Managing Indigenous Knowledge and Traditional Cultural Expressions: Is Technology the Solution?", *Information for Social Change*, Volume 29, 2009: 9,Princeton University Library, Princeton, New Jersey, USA;Lorraine Aragon, 2012. "Copyrighting Culture for the Nation? Intangible Property Nationalism and the Regional Arts of Indonesia", *International Journal of Cultural Property* No. 192012,R. Diah Imaningrum Susanti, "The Probem of Copyright for Traditional Cultural Expression in Indonesia", *Journal of Law, Policy, and Globalization*, Vol. 29/September 2014.

[10] Jake Philips, "Australia's Heritage Protection of Act: An Alternative to Copyright in the Struggle to Protect Communal Interets in Authored Works of *Folklore*", *Pacific Rim Law and Policy Journal Association*, Aug. Vol. 18 Issue 3, 2009.

[11] Lisa Zhang, *Protecting Traditional Cultural Expressions From a Copyright Perspective*, Philips IP Academy Fudan University Law School, 2008, hlm. 5.

[12] Fathoni. 2014. "Paradigma Hukum Berkeadilan dalam Hak Kekayaan Intelektual Komunal", *Jurnal Cita Hukum*, Vol. I No. 2 Desember.

dan seberapa jauh pengampu kepentingan setempat merasa bahwa kepentingan mereka secara efektif diwakili dalam hukum-hukum nasional mereka. [13]

D. Teori Perlindungan melalui Penegakan Pengadilan Adat

Teori ini menyatakan bahwa EBT memadai dilindungi melalui pengadilan adat.[14] Negara-negara di Afrika yang cenderung menekankan pada aspek komunal menggunakan model ini.[15] Konten yang dilindungi dalam EBT dapat ditentukan hanya dengan merujuk pada praktik kebiasaan komunitas yang bersangkutan. Di Ghana, komunitas etnik itu sendiri yang melestarikan EBT desain *kente dan adinkra* menurut hukum adatnya.[16] Sementara Purwaningsih[17] mengemukakan bahwa perlindungan EBT harus berbasis kebutuhan masyarakat setempat, melalui pendekatan partisipasi berkelanjutan.

---

[13] Cristoph Antons, "Asian Borderlands and the Legal Protection of Traditional Knowledge and Traditional Cultural Expressions", *Modern Asian Studies* Vol. 47, 2013, hlm.1433.

[14] Frisch,Op. Cit., hlm. 422.

[15] Adewopo Adebambo,"Protection and Administration of *Folklore* in Nigeria", *SCRIPT-ed*, Volume 3, Issue 1, March, 2006, hlm. 10.

[16] Stephen Collins, 2015. "The Commoditisation of Culture: *Folklore*, Playwriting and Copyright in Ghana", *Thesis of Doctor of Philosophy*, School of Law, College of Social Sciences, University of Glasgow.

[17] Endang Purwaningsih,"Partisipasi Masyarakat Dalam Perlindungan Hukum terhadap Kekayaan Intelektual Warisan Bangsa, *Jurnal Masalah-masalah Hukum FH UNDIP*" Vol.41 No.1 Januari 2012.

BAB 5

KERANGKA HUKUM INTERNASIONAL

Sebelum membahas kerangka hukum internasional, perlu diketahui dua organisasi besar dunia yang mengurusi Ekspresi Budaya Tradisional, yaitu. *World Intellectual Property Organization* (WIPO) dan *United Nation Education and Social and Cultural Organization* (UNESCO).

A. Organisasi Dunia di Bidang EBT

1. *World Intellectual Property Organization* (WIPO)

WIPO adalah organisasi kekayaan intelektual dunia yang didedikasikan untuk memastikan bahwa hak-hak pencipta dan pemilik kekayaan intelektual dilindungi di seluruh dunia sehingga penemu dan pencipta, diakui dan dihargai karena akal budi mereka. Sistem kekayaan intelektual menawarkan sejumlah jaminan dan insentif yang bertindak sebagai suatu alat pacu bagi kreativitas manusia, yang memperluas batas-batas ilmu dan teknologi dan memperkaya dunia sastra dan seni. Dengan menyediakan suatu lingkungan yang stabil untuk memasarkan produk-produk kekayaan intelektual, ia juga membantu mempromosikan perdagangan internasional.

WIPO melakukan kegiatan dalam tiga bidang utama, yakni (1) memajukan hukum kekayaan intelektual internasional; (ii) membantu negara berkembang untuk membangun kapasitas kekayaan

intelektual di tingkat nasional dan regional serta mendorong penggunaan kekayaan intelektual yang lebih efektif sebagai alat untuk pertumbuhan ekonomi; dan (iii) pelayanan pada industri dan sektor privat untuk memfasilitasi proses memperoleh perlindungan kekayaan intelektual di berbagai negara.

WIPO bekerja dalam kerjasama dengan 184 negara anggota untuk mempromosikan kekayaan intelektual di seluruh dunia dan untuk memastikan bahwa seluruh anggota berada dalam suatu posisi untuk meraih manfaat dari adanya sistem kekayaan intelektual yang efektif dan dapat dijangkau demi mempromosikan pertumbuhan ekonomi dan menciptakan kesejahteraan.

Munculnya ekonomi pengetahuan berarti bahwa isu-isu kekayaan intelektual adalah sangat penting bagi pembuatan kebijakan regional dan internasional di sebagian besar usaha ekonomi. WIPO telah membuat kekayaan intelektual sebagai salah satu prioritas utama sesuai dengan komitmennya untuk membangun konsensus dan dialog yang terbuka dengan semua pengampu kepentingan. Tujuan jangka panjang organisasi ini adalah menetapkan suatu budaya kekayaan intelektual yang dibangun berdasarkan suatu pemahaman yang berbasis luas tentang kekayaan intelektual dan penghormatan atas hak-hak kekayaan intelektual. Sementara upaya yang melebihi target dari WIPO terus menargetkan pemerintah dan pembuat kebijakan, pencipta dan pengusaha, organisasi ini juga sedang bekerja untuk menjangkau publik dan mendidik mereka tentang pentingnya dan nilai-nilai dari kreativitas individual dan mendata partisipasi mereka dalam menciptakan suatu budaya kekayaan intelektual yang mempromosikan apresiasi dan penghargaan atas usaha-usaha itu. Dipimpin oleh Direktur Jenderal, WIPO memiliki staf sejumlah 950 orang dari 89 negara.

WIPO telah membentuk *liaison offices* di Brussels, New York, Washington D.C. dan Singapore sebagai saluran-saluran strategis untuk memperkuat hubungan dengan komunitas kekayaan intelektual internasional, pemimpin industri, LSM dan masyarakat sipil. Kantor-kantor ini mengembangkan hubungan kerja yang saling menguntungkan dan berkoordinasi secara erat dengan organisasi-organisasi yang terletak di luar lingkungan tradisional WIPO dalam

konsultasi dan kerjasama, tetapi saat ini muncul sebagai partner baru WIPO yang bernilai.

Kegiatan WIPO khususnya adalah mengadakan pertemuan dengan para wakil industri, bisnis, dan asosiasi profesional, masyarakat dan LSM, termasuk lokakarya, simposium, dan seminar tentang kekayaan intelektual pada umumnya, aspek-aspek spesifik dari kekayaan intelektual yang menjadi kepedulian mereka, dan peran WIPO dalam promosi dan perlindungan kekayaan intelektual.

Sejak awal berdirinya, WIPO **telah** bekerjasama dengan LSM dalam bidang kekayaan intelektual. Lebih dari 250 LSM (baik nasional dan internasional) saat ini memiliki status sebagai pengamat dalam pertemuan-pertemuan WIPO. Hal ini meliputi sejumlah kelompok dari industri dan masyarakat sipil. Prosedur untuk memperoleh status pengamat adalah memasukkan suatu permohonan tertulis kepada Sekretariat WIPO. LSM dengan status *observer* secara otomatis diundang untuk berpartisipasi dalam semua pertemuan WIPO, termasuk pertemuan-pertemuan teknis yang berkaitan dengan isu-isu hukum kekayaan intelektual substantif, seperti *Standing Committee on the Law of Patents* (SCP) dan *the Standing Committee on Copyright and Related Rights* (SCCR). LSM memainkan peran yang semakin aktif dan penting dalam debat-debat di sekitar penetapan standard kekayaan intelektual di level internasional.

Keberadaan WIPO dalam sistem PBB adalah unik karena ia menyediakan sejumlah layanan bebas bayar pada industri dan sektor privat. Hal ini memampukan WIPO untuk membangkitkan suatu proporsi signifikan dari pendapatannya dan selanjutnya menghasilkan keterkaitan erat dengan industri dan sektor privat yang merupakan pengguna utama dari layanan ini. Hal ini meliputi 1) *Patent Cooperation Treaty*, yang memfasilitasi proses memperoleh perlindungan paten bagi lebih 125 negara; 2) Sistem Madrid bagi Pendaftaran Internasional Merek Dagang; 3) Sistem *Hague* bagi Registrasi Internasional Desain Industri; dan 4) Mekanisme Penyelesaian Sengketa Alternatif, arbitrase dan layanan mediasi yang ditawarkan oleh *WIPO Arbitration and Mediation Center*. Dengan adanya sifat teritorial hak kekayaan intelektual (hak kekayaan intelektual memiliki dampak hukum hanya di negara atau wilayah dimana hak-hak itu dijamin),

layanan ini menyediakan suatu pilihan yang efisien dan efektif biaya bagi para penemu dan pebisnis yang sedang mencari perlindungan kekayaan intelektual di berbagai negara.

WIPO memperluas program dengan program UKM (Usaha Kecil Menengah). Salah satu pesan utama WIPO *adalah bahwa kekayaan intelektual merupakan alat strategis untuk mempromosikan* perkembangan ekonomi, sosial, dan budaya. Dalam usahanya untuk meningkatkan penggunaan yang lebih efektif dan lebih luas dari sistem ini, akhir-akhir ini WIPO telah menginisiasi sejumlah program baru untuk meningkatkan kesadaran tentang nilai strategis dari kekayaan intelektual di kalangan kelompok-kelompok yang belum secara optimal menganut sistem ini.

Perluasan program ini dirancang untuk meningkatkan kesadaran dan pemahaman di kalangan pemerintah, lembaga privat dan masyarakat sipil di seluruh dunia yang memampukan mereka untuk merumuskan dan menerapkan kebijakan, program, dan strategi untuk meningkatkan penggunaan strategis aset-aset kekayaan intelektual oleh para inovator dan UKM.

Program ini mengompilasi dan menyebarluaskan panduan, model-model praktik baik dan studi kasus bagi penemu, akademisi, pengusaha, dan para pengusaha serta UKM melalui berbagai media, CD-ROM, dan internet. Misalnya, pada tahun 2004, dua pedoman singkat yang pertama tentang dalam Serial Kekayaan Intelektual untuk Bisnis, yakni: *"Making a Mark" on trademarks* dan *"Looking Good"* pada desain industri diterjemahkan dalam lebih dari 50 negara di seluruh dunia. Program ini juga membantu asosiasi UKM, jaringan pusat informasi, inkubator bisnis, universitas, institusi penelitian dan pengembangan, universitas, asosiasi profesional, dan kamar-kamar dagang dalam menyediakan layanan dukungan terkait kekayaan intelektual kepada para anggotanya. Program-program pelatihan bagi institusi mitra dan penyedia layanan bisnis tentang kekayaan intelektual juga dikelola. Program UKM melanggengkan suatu jaringan internasional bagi mitra yang mencakup serangkaian dukungan UKM nasional dan institusi keuangan di seluruh dunia, organisasi PBB, dan kantor-kantor kekayaan intelektual regional, dan organisasi/administrasi hak cipta.

Terkait dengan Pengetahuan Tradisional (PT), peran sistem kekayaan intelektual dan bagaimana melestarikan, melindungi, dan memanfaatkan PT, saat ini sedang berkembang diskusi tentang kebijakan internasional. Persoalan-persoalan yang dipedulikan adalah berbagai makanan dan pertanian, lingkungan, khususnya konservasi keanekaragaman hayati, kesehatan, termasuk obat-obatan tradisional, hak azasi manusia dan isu-isu adat, serta aspek-aspek pertumbuhan perdagangan dan ekonomi.

Sementara isu-isu kebijakan terkait PT adalah luas dan beragam, isu-isu kekayaan intelektual dibagi ke dalam dua tema pokok: 1) perlindungan defensif atas PT, atau sarana-sarana yang memastikan bahwa hak-hak kekayaan intelektual terhadap PT tidak diberikan kepada para pihak selain dari pemegang PT berdasarkan hukum adat. Sarana-sarana ini telah memasukkan amademen dari sistem paten yang diselenggarakan WIPO (*the International Patent Classification system and the Patent Cooperation Treaty Minimum Documentation*). Beberapa negara dan komunitas juga sedang mengembangkan database yang dapat digunakan sebagai bukti tentang *prior art* untuk mengalahkan klaim paten terhadap PT sedemikian; dan 2) perlindungan positif atas PT, atau diciptakannya hak-hak positif dalam PT yang memberdayakan pemegang PT untuk melindungi dan mempromosikan PT mereka. Di beberapa negara, legislasi yang *sui generis* telah dikembangkan secara khusus untuk menjelaskan perlindungan positif terhadap PT. Para penyedia dan pengguna juga bisa memasuki persetujuan kontraktual dan/atau menggunakan sistem perlindungan yang sudah ada. Kerja WIPO atas PT, sumber daya genetik, dan EBT didasarkan pada konsultasi yang luas dengan para wakil masyarakat adat dan komunitas lokal dan LSM lainnya. Bekerja di wilayah ini dimulai pada tahun 1998, tahap pertama adalah mendengarkan terlebih dahulu dari tangan pertama, kebutuhan dan harapan dari 3.000 wakil dari 60 komunitas pemegang PT di seluruh dunia yang pencerahan dan perspektif mereka terus membimbing kerja WIPO.

Banyak acara yang diorganisasi oleh WIPO di bidang ini melibatkan para wakil masyarakat adat dan komunitas lokal dan para pengampu kepentingan lainnya. Sejak WIPO *Intergovernmental Committee on Intellectual Property and Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folkore* (IGC) pertama kali bersidang tahun 2001, perhatian khusus

diarahkan untuk meningkatkan partisipasi masyarakat adat dan komunitas lokal dalam kerja ini. Lebih dari 150 LSM diakreditasi IGC. Banyak dari mereka mewakili komunitas adat dan pemegang PT dan EBT. Langkah lain mencakup sidang tentang forum konsultasi adat, yang dirangkai pertemuan-pertemuan LSM, konsultasi tentang bahan-bahan sidang yang sedang berkembang, juga kreasi suatu halaman *web* yang didedikasikan untuk pada pengamat terakreditasi untuk memasang perspektif mereka, komen, makalah-makalah teknis, pengalaman nasional, dan dokumen-dokumen sejenis tentang isu-isu yang didiskusikan oleh IGC.

Bekerja sama dengan organisasi internasional lainnya dan dengan berdialog dengan LSM, WIPO, dalam konteks IGC, menyediakan suatu forum untuk debat kebijakan internasional terkait hubungan antara kekayaan intelektual dan pengetahuan tradisional, sumber daya genetik, dan EBT (*folklore*). Kerja WIPO di wilayah ini terentang dari dimensi internasional PT dan bekerjasama dengan lembaga-lembaga internasional lain untuk membangun kapasitas dan mengumpulkan pengalaman praktis pada bidang yang kompleks ini.

WIPO juga mendefinisikan 'Traditional cultural expressions'/ 'expressions of *EBT*' sebagai produk-produk yang mengandung unsur-unsur karakteristik dari warisan seni tradisional yang dikembangkan dan dipelihara oleh komunitas dalam suatu negara atau oleh orang-orang yang mencerminkan harapan-harapan artistik tradisional dari komunitas tersebut, khususnya:

- ekspresi lisan, seperti cerita rakyat, puisi, tanda, kata, simbol, dan indikasi;
- ekspresi musik, seperti lagu darah, dan musik instrumental;
- ekspresi melalui tindakan, seperti tarian rakyat, dan bentuk-bentuk seni ritual; apakah hal itu direduksi atau tidak dalam bentuk nyata, dan
- ekspresi berwujud, seperti produk seni rakyat, khususnya lukisan, patung, ukiran, mosaik, ukiran kayu, perhiasan, tenun, tekstik, karpet, kostum; kerajinan;
- instrumen musik;
- bentuk-bentuk arsitektur.

The World Intellectual Property Organization (WIPO), adalah organisasi dunia yang pertama kali mengkaji hubungan antara kekayaan intelektual dan perlindungan, promosi, dan pelestarian *EBT* beberapa puluh tahun lalu, memiliki program aktif untuk pengembangan kebijakan, bantuan penyusunan undang-undang, dan *capacity building* di wilayah ini. Hubungan antara EBT dan hak kekayaan intelektual menimbulkan isu yang rumit dan menantang, karena EBT meng-identifikasi dan merefleksikan nilai-nilai, tradisi, dan kepercayaan-kepercayaan yang dimiliki oleh masyarakat tradisional, sementara HKI mengandaikan ada kepemilikan atas kreasi secara individual.

Masalah EBT semakin penting saat ini, karena tak satu pun masalah-masalah kemanusiaan, baik itu etnografi, sejarah, bahasa, atau sejarah sastra bisa berlangsung tanpa EBT. Sedikit demi sedikit kita menjadi semakin sadar bahwa solusi atas berbagai fenomena dan budaya spiritual adalah tersembunyi di dalam *EBT*. Walaupun demikian, *EBT* belum mendefinisikan tujuannya, materialnya, karakter spesifiknya sebagai wilayah pengetahuan.[1]

Pekerjaan seorang *folklorist* adalah pekerjaan advokasi.[2] Proyek-proyek *EBT* adalah memberi suara kepada orang-orang yang tidak memiliki kekuasaan atau membuat akses pada kekuasaan. Para *folk-lorist* ini berkontribusi dalam cara yang sedikit, menciptakan suatu dunia yang lebih manusiawi dan adil."[3] Walaupun EBT diabaikan dalam dunia modern,[4] EBT bisa digunakan sebagai sumber alternatif menulis sejarah, sebagaimana terjadi di India yang dihuni oleh beragam suku, dan hanya ada sedikit dokumen tertulis, bukti arkeologis, dan bukti-bukti lainnya. [5]

Sampai saat ini, WIPO telah melakukan sidang ke-33. Dalam sidang ke-33 ini, WIPO menempatkan EBT sebagai hal yang amat penting. Dalam sidang antarpemerintah (*Intergovernmental Committee*) yang

---

[1] Vladimir Propp, *Theory and History of Folklore*, diterjemahkan oleh Ariadna Y. Martin and Richard P. Martin dan lain-lain, diedit dengan Pendahuluan dan Catatan, oleh Anatoly Liberman, University of Minnesota Press, Minneapolis,1984, hlm. 3.

[2] Lindahl, dalam Eliot Oring, "Traditional Cultural Expressions and Advocacy". *Journal of Traditional Cultural Expession Research*, May-Dec. 2014, 41,2/3.

[3] Norkunas, dalam Eliot Oring,*Ibid*., hlm. 259.

[4]Lowenthal, 1983, dalam George E. Lankford, *Looking for Lost Lore : Studies in EBT, Ethnology, and Iconography,* Tuscaloosa: The University of Alabama Press. 2008.

[5] Meeta Deka, Traditional Cultural Expressions and Northeast Indian History. *Sociology Mind*, 2011, Vol. 1, No. 4.

diselenggarakan oleh WIPO pada tanggal 27 Februari-3 Maret 2017, WIPO-IGC memulai perencanaan selanjutnya dari pertimbangan-pertimbangan mendalamnya bagi suatu instrumen tertulis yang terfokus pada perlindungan EBT, sesuai dengan mandat yang diberikan padanya.[6]

Draft dokumen terakhir tentang EBT dikompilasi selama sidang ke-27 dari IGC tahun 2014. Debat-debat terakhir dilaksanakan sesuai dengan mandat Sidang Umum WIO 2015 kepada Committee agar "melanjutkan mempercepat kerjanya, dengan tujuan mencapai kesepakatan tentang adanya suatu instrumen hukum internasional tanpa berpraduga tentang sifat hasilnya, terkait dengan kekayaan intelektual yangakan menjamin perlindungan yan seimbang dan efektif pada sumber daya genetik, pengetahuan tradisional dan ekspresi budaya tradisional."

Bahwa teks draft IGC tentang SumberDaya Hayati (*Genetic Resources*) dan Pengetahuan Tradisional (*Traditional Knowledge*) mungkin lebih maju dibandingkan dengan draft EBT tahun 2014, tampaknya bahwa pertemuan-pertemuan akhir-akhir ini akan mengambil manfaat dari pergeseran yang telah dilakukan pada dua teks itu. Walaupun demikian, debat-debat EBT menghadirkan tantangan unik dalam dirinya karena adanya tumpang tindih antara EBT dan PT. Namun sejarah perjuangan untuk membela *folkolore*, yang kini bernama EBT, dengan ruang khusus dalam ilmu hukum kekayaan intelektual internasional menerima dorongan lain di bawah bantuan IGC.

Hal ini sudah merupakan kecenderungan dalam pertimbangan-pertimbangan yang sedang berlangsung tentang EBT untuk memperhitungkan bahasa dari draft-draft teks terdahulu, khususnya teks PT, ke dalam teks EBT yang sedang berubah. Walaupun demikian, delegasi IGC butuh berjuang dengan batas-batas yang diperlukan. Dengan kata lain, mereka dihadapkan dengan tugas memetakan dan mengakui tumpang tindih antara PT dan EBT, sementara juga mengidentifikasi poin-poin keberbedaannya. Misalnya, sementara draft teks PT telah mengembangkan suatu kerangka yang kuat pada pendekatan yang bertingkat dan berbeda terhadap PT yang mengidentifikasi PT sebagai "sakral, rahasia, sempit, dan tersebar luar", para

[6] Chidi Oguamanam, *Openair African Innovation Research, dari ttps://www.openair.org.za/wipo-33rd-igc-traditional-cultural-expressions-in-the-spotlight/diakses pada tanggal 26 Juni 2017.*

delegasi harus mempertimbangkan sejauh mana dan bagaimana klasifikasi sedemikian bisa diadaptasi ke dalam arena EBT.

Selain itu, para delegasi memiliki peluang lain untuk meninjau ulang definisi kerja tentang EBT yang telah dikembangkan sebelumnya. Draft teks 2014 tentang EBT menyediakan suatu definisi tentang EBT dalam format dalam kurung (yang menunjukkan kurangnya konsensus dari para negara anggota) sebagai berikut:

> [Traditional] cultural expression means any form of [artistic and literary], creativeandspiritual,] expression, tangible or intangible, or a combination there of, such as actions, materials, music and sound, verbal and written [and their adaptations], regardless of the form in which it is embodied, expressed or illustrated [which may subsist in written/codified, oral or other forms].

Barangkali, dengan adanya rezim yang rumit di sekitar EBT, para delegasi IGC perlu berjalan selaras untuk membenarkan sejauh mana atau seberapa tingkat untuk mana teks itu akan melengkapi dan tidak duplikasi pada bidang-bidang dan situs-situs dengan yuridiksi yang relevan dengan EBT. Misalnya, bidang-bidang yang tidak dibatasi pada *WIPO Performances and Phonograms Treaty*, bidang-bidang perjanjian UNESCO tentang WBTb, perjanjian hak cipta dan merek yang sudah ada, instrumen hukum internasional tentang indikasi geografis, dsb.

Terlepas dari masih mentahnya ruang yang tepat dan pas bagi EBT dalam kerangka WIPO, para delegasi ahli IGC melalui dua negosiasi tentang EBT di tahun 2017 perlu menentukan tujuan kebijakan, penggunaan istilah, pokok persoalan dari instrumen, ahli waris, lingkup perlindungan, pelaksanaan hak dan perkecualiannya, serta batasan-batasannya.Semua kategori ini adalah konsisten dengan seluruh arsitektur instrumen IGC dari draft yang sudah ada tentang GR, PT, dan EBT. Pada pelengkapan pertimbangan yang terjadwal tentang EBT, IGC akhirnya mengajukan teks tentang GRs, PT dan EBT, suatu gerakan yang akhirnya akan menggerakkan komunitas internasional lebih dekat pada konferensi diplomatik, langkah konkret berikutnya dalam proses negosiasi yang kini telah ditahan selama lebih dari 17 tahun.

Sidang IGC-WIPO ke-33 ini didedikasikan untuk memikirkan perlindungan yang akan diberikan pada EBT secara mendalam. Sidang-sidang sebelumnya telah mempertimbangkan pengetahuan tradisional dan keragaman hayati.

Dalam IGC-WIPO ke-33 tersebut, EBT dilingkupkan dalam Warisan Bangsa (*cultural heritage*), bukan dalam wilayah hak cipta (*author's right and copyright*). Dalam sidang ini, beberapa istilah penting perlu dicatat, yakni pembedaan antara *misappropriation* dan penggunaan EBT untuk kepentingan pribadi dan promosi. Selain itu, perlu pula dibedakan konsep-konsep yang populer dilihat, dibaca, pun didengar khalayak tentang "meng-klaim", karena "klaim itu sendiri perlu dibedakan antara "klaim pribadi" dan "klaim resmi" (melalui otoritas yang berwenang). Selain itu, istilah *benefit sharing* bukan berupa *sharing* materi/keuntungan, tapi sharing yang sifat promotif, memperkenalkan EBT kepada masyarakat. Untuk itu, Pemerintah perlu tidak selalu mencari keuntungan materi dari EBT, karena *benefit* itu bisa berupa *monetary* dan *non-monetary*.[7]

Beberapa konsep di bawah ini perlu dikemukakan. Konsep-konsep ini dirumuskan dalam *Glossary of Key Terms Related to Intellectual Property and Genetic Resources, Traditional Knowledge and Traditional Cultural Expressions* dan *Draft Articles* tentang *The Protection of Traditional Cultural Expressions* yang dirumuskan oleh *Intergovernmental Committee on Intellectual Property and Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore* pada Sidang ke-33 di Geneva, 27 Februari-3 Maret 2017.

1) Misapropriasi (*Misappropriation*)

Misapropriasi atas EBT merupakan tindakan mengambilalih secara salah, atau dalam bahasa sehari-hari atau bahasa kasual, "mengaku-aku". Definisi misapropriasi yang digunakan oleh Glossary WIPO[8] ini mengutip dari *Black's Law Dictionary*, yakni:

---

[7] Periksa: Secretariat of the Convention on Biological Diversity, Diversity United Nations Environmental Programme, Nagoya Protocol on Access to Genetic Resources and the Fair and Eqquitable Sharing of Benefits Arising from Their Utilization to the Convention on Biological Diversity, Canada, Montreal, 2011.

[8] Secretariat WIPO,Intergovernmental Committee on Intellectual Property and Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore ,Twentieth Session, Geneva, February 14 to 22, 2012, Glossary of key Terms Related to Intellectual Property and Genetic Resources, Traditional Knowledge and Traditional Cultural Expressions.

menggunakan milik orang lain untuk keuntungan diri sendiri (*the application of another's property or money dishonestly to one's own use*).[9] Dalam konsep kekayaan intelektual *Common Law,misapropriation* adalah perbuatan melawan hukum dengan menggunakan informasi/ ide-ide yang tidak bisa di-hak cipta-kan yang dikumpulkan dan disebarluaskan oleh sebuah organisasi untuk mendapat keuntungan untuk bersaing secara tidak sehat, atau meniru suatu karya yang penciptanya belum diketahui atau diberi hak-hak eksklusif atas karya tersebut.[10]

Misapropriasi dalam glosari WIPO mencakup ide-ide yang tidak di-hak cipta-kan, tapi bisa diproteksi dengan kekayaan intelektual yang lain. Jadi, perlindungan terhadap EBT terhadap misapropriasi itu adalah gabungan antara perlindungan melalui kekayaan intelektual dan non-kekayaan intelektual, yang saling melengkapi. Menjadi tantangan, adalah kita harus mencari kombinasi yang baik dalam merumuskan perlindungan terhadap PT dan EBT itu.

Unsur-unsur misapropriasi adalah: (1) penggugat harus sudah menginvestasikan waktu, uang, dan tenaga, untuk menggali informasi itu, (2) tergugat harus sudah mendapatkan informasi tanpa melakukan investasi yang sama, dan (3) penggugat telah menderita kerugian yang kompetitif akibat tindakan tersebut." Doktrin misapropriasi ini merupakan cabang khas dari persaingan tak sehat, telah diterapkan pada berbagai situasi yakni ketika pengadilan menganggap bahwa salah satu pihak sedang bertindak secara tidak adil kepada suatu pihak, tetapi tidak tercakup oleh tiga sistem yang telah ditetapkan UU yang melindungi hak kekayaan intelektual: hak cipta, paten, dan merek. "Maka, misapropriasi bisa diterapkan untuk tradisi kalau pihak lain memakai tradisi secara tidak sah untuk mendapat keuntungan dan menyebabkan kerugian di pihak pewaris tradisi.

Oleh karena itu, jika dikatakan bahwa negara tertentu melakukan misapropriasi atas EBT yang berasal dari suatu daerah tertentu di Indonesia, haruslah dibuktikan bahwa negara tersebut menjual

---

[9] Cek: Black's Law Dictionary.

[10] Cek; Black's Law Dictionary, " Tort of using the noncopyrightable information or ideas that an organization collects and disseminates for a profit to compete unfairly against that organization, or copying a work whose creator has not yet claimed or been granted exclusive rights in the work. *Int'l News Servo V. Associated Press,* 248 U.S. 215, 29 S.Ct. 68 (1918).

tradisi Indonesia. Dengan kata lain, harus dibuktikan orang menjual tradisi Indonesia dengan mengaku-akui bahwa tradisi itu miliknya, bukan milik Indonesia, dengan tujuan memperoleh keuntungan.

Walaupun WIPO membedakan istilah Pengetahuan Tradisional dan Ekspresi Budaya Tradisional, namun perlakuan atas pelanggarannya disamakan, yakni dalam istilah "misapropriasi", di mana penekanannya adalah pada kompetisi dan komersialisasi.

2) Pelestarian (*Preservation*)

Pelestarian memiliki dua elemen yang luas. Pertama, pelestarian budaya yang hidup dan konteks sosial dari pengetahuan tradisional dan ekspresi budaya, sehingga kerangka kebiasaan untuk mengembangkan, meneruskan dan mengatur akses terhadap pengetahuan tradisional atau ekspresi budaya dipelihara; dan kedua, pelestarian pengetahuan tradisional dan ekspresi budaya dalam suatu bentuk yang tetap, seperti ketika hal-hal itu didokumentasikan. Pelestarian bisa bertujuan untuk membantu bertahannya pengetahuan tradisional atau ekspresi budaya itu untuk generasi mendatang dari komunitas aslinya dan memastikan keberlanjutannya di dalam suatu kerangka tradisional atau kebiasaan, atau dengan tujuan untuk membuatnya tersedia pada publik yang lebih luas (termasuk para pakar dan peneliti), dengan pengakuan atas kemanfaatannya sebagai bagian dari warisan budaya bersama umat manusia.[11] Hukum-hukum non HKI dan program-program yang terkait dengan perlindungan dan promosi warisan yang hidup dapat memainkan peran yang bermanfaat dalam melengkapi hukum yang terkait dengan perlindungan kekayaan intelektual.

3) Perlindungan

Perlindungan dalam konsep IGC cenderung merujuk pada perlindungan pengetahuan tradisional dan ekspresi budaya tradisional terhadap bentuk penggunaan yang tak sah dari pihak ketiga.[12] Dua bentuk perlindungan telah dikembangkan dan diterapkan, yakni perlindungan positif dan perlindungan defensif.

---

[11] Secretariat WIPO, Intergovernmental Committee on Intellectual Property and Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore, Twentieth Session, Geneva, February 14 to 22, 2012, *Glossary of Key Terms Related to Intellectual Property and Genetic Resources, Tradisional Knowledge and Traditional Cultural Expressions*.

[12] Catatan kaki No. 131 dari Secretariat WIPO, Ibid.

Perlindungan positif terhadap PT-EBT melalui HKI digali. Pertama, yang terkait dengan mencegah penggunaan yang tidak sah dan penggunaan terkait dengan eksploitasi aktif. Hukum tersebut harus dari komunitas yang memiliki EBTitu sendiri. Di samping itu, penggunaan pendekatan-pendekatan kekayaan intelektual untuk perlindungan positif PT-EBT bisa saling melengkapi dan digunakan dalam hubungannya dengan perlindungan kekayaan intelektual. Misalnya, perlindungan positif terhadap PT-EBT bisa mencegah pihak lain untuk memperoleh akses yang tak sah terhadap PT-EBT atau menggunakannya untuk mendapatkan keuntungan tanpa pembagian keuntungan secara merata, tetapi juga bisa digunakan oleh pemegang PT EBT untuk membangun usahanya sendiri berdasarkan PT-EBT itu.

Perlindungan defensif merujuk pada seperangkat strategi untuk memastikan bahwa pihak ketiga tidak memperoleh hak kekayaan intelektual secara tak sah dan tak berdasar terhadap PT-EBT dan sumber daya hayati terkait. Perlindungan defensif terhadap PT termasuk sarana untuk mencegah atau membatalkan paten yang secara tak sah mengklaim pengetahuan tradisional yang sudah ada sebagai suatu invensi.

DalamDraft Perlindungan atas EBT pada *Intergovernmental Committee on Intellectual Property and Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore* 2017 pada Sidang ke-33 (selanjutnya disebut IGC-WIPO ke-33) di Geneva tahun 2017 perlu dikemukakan di sini,WIPO merumuskan "legal Protection" dengan menekankankan bahwa pemilik EBT bisa menuntut kalau dia melihat bahwa penggunaan EBT dilakukan:

a. Melanggar hak cipta
b. Jika penggunaan TCE bersifat menghina (*derogatory*)
c. Tidak sesuai dengan penggunaan sesungguhnya (kalau menyangkut keperluan ritual, sakral/*sacred*)
d. Jika tidak memberi kredit (give credit)/tidak menghargai kepada pemilik asli.

Bagaimana perlindungan itu dilakukan, prosedur apa yang harus dilalui, hal ini diserahkan kepada negara masing-masing. Namun demikian, ada badan internasional yang menengahi. Pemilik EBT

tak bisa menuntut dalam hal: (1) Sudah sepakat; (2) Jika EBT sudah dikenal luas sehingga EBT tersebut diketahui asal muasalnya, dan jika ada orang membuat karya baru berdasarkan itu, hal itu masih diizinkan dan bukan sesuatu yang harus dituntut. Dalam hal ini, WIPO hanya memberi pedoman dan rekomendasi. Adalah negara masing-masing yang mengatur secara rinci. Dalam sidang yang ke-34, akan ada database yang nantinya akan menjadi rujukan.

Sidang ke-33 WIPO yang diselenggarakan di Geneva pada tanggal 27 Februari sampai 3 Maret 2017 menekankan beberapa istilah penting, yakni Warisan Budaya, Budaya Tradisional, dan Folklor. Tujuannya adalah menyediakan sarana hukum bagi pencegahan, pengendalian, promosi, dan pelestarian. Sarana hukum tersebut adalah sarana UU, Kebijakan, administratif dan praktis, termasuk sanksi dan penegakan hukum yang dapat diakses.

Tindakan yang akan dicegah dan diberi sanksi adalah *Misappropriation, Misuse, dan Offensive/derogatory use* terhadap EBT. Untuk itu, WIPO:

a. Mengontrol cara-cara dimana EBT digunakan dengan tidak semestinya;
b. Mempromosikan *Benefit sharing* atas penggunaan yang sudah ada *Informed Consent* (yang menguntungkan kedua belah pihak);
c. Mendorong dan melindungi kreasi yang berdasarkan tradisi;
d. Mencegah klaim hak kekayaan intelektual atas EBT yang dilakukan oleh pihak-pihak yang tidak berhak;
e. Mendorong kebebasan artistik, intelektual, pertukaran budaya, tapi atas persetujuan bersama, yang adil dan merata;
f. Hak-hak pihak ketiga dan kepastian hukum untuk publik domain yang beragam isinya dan dapat diakses.

EBT yang bagaimana yang layak dilindungi, telah ditentukan dalam Pasal 1 Sidang ke-33 IGC 2017, sebagai berikut:

a. Diciptakan, diwujudkan, dan dilestarikan oleh kelompok dalam komunitas lokal (jadi harus kelompok, bukan perorangan);
b. Merupakan produk yang unik yang dikaitkan dengan identitas budaya, sosial, dan warisan budaya komunitas lokal;

c. Diwariskan dari generasi ke generasi;
d. Yang sudah digunakan dalam jangka waktu yang sudah ditentukan oleh negara (tidak kurang 50 tahun. Jadi standard internasional adalah EBT itu minimal berusia 50 tahun untuk bisa dilindungi);
e. Hasil dari aktivitas intelektual yang kreatif;
f. Bersifat dinamis dan dapat berkembang.

Sebuah candi misalnya, ia bisa bersifat dinamis sebagaimana kriteria Pasal 1 Sidang IGC-WIPO, jika ia berfungsi sebagai tempat ibadat. Namun jika ia "hanya" sebagai peninggalan yang hanya untuk dilihat, dikenang, sifatnya menjadi statis, sebagaimana halnya benda museum. Jika ia ditetapkan sebagai tempat ibadat, maka ia masih bisa berkembang dan layak dilindungi. Maka EBT – candi - ini menjadi bagian dari warisan budaya yang masih hidup/dinamis, dan bisa berkembang. Jika candi tersebut tidak menjadi suatu tempat yang berfungsi sebagai tempat ibadat, maka ia tetap menjadi warisan budaya. Oleh karena itu, bisa jadi ada suatu candi yang berada di wilayah abu-abu (*grey area*). Di satu sisi ia tak berkembang, di sisi lain masyarakat agama tertentu menjadikannya sebagai tempat ibadah baru, yang kegiatan itu belum mencapai usia 50 tahun. Dalam hal ini, jika candi tersebut akan diperlakukan sebagai EBT, maka ia harus dibuat dinamis.

Membaca kecenderungan akhir-akhir ini, pemeluk agama Buddha mulai prihatin karena ulah manusia yang tak senonoh terhadap Borobudur. Mulai dari pengeboman yang terjadi pada tahun 2004 sampai kerusakan karena ulah pengunjung. Hasil penelitian yang dilakukan oleh Susanto menunjukkan bahwa selama dua hari saja dalam pengamatan selama empat jam, diperoleh data 968 orang menaiki stupa Kunta Bima dan 103 orang menaiki stupa terbuka. Selain itu, pada candi dan halaman dijumpai berjenis-jenis sampah. Sampah-sampah ini dapat digolongkan menjadi enam jenis, yaitu rokok (termasuk bungkus rokok dan batang korek api), kertas, plastik, makanan, buah-buahan, dan ludah (termasuk ingus dan sejenisnya).

Teras "arupadhatu" merupakan tempat terakumulasinya sampah.[13] Perilaku tak pantas ini ingin dibersihkan melalui klaim-klaim bahwa Candi Borobudur adalah ekspresi budaya tradisional yang menjadi milik masyarakat Buddha. Hal ini memang mungkin bisa melindungi, namun di sisi lain, bisa menutup akses *public domain*. Mungkin timbul problem, apakah Borobudur menjadi tempat ibadah bagi umat Buddha atau menjadikannya sebagi *world heritage* yang merupakan *public domain*.

Contoh lain adalah keraton Jogja. Keraton ini digunakan sebagai tempat tinggal sultan, namun di sisi lain, ada juga bagian-bagian yang terbuka bagi semua orang. Ada sebagian yang ditutup, dikhususkan untuk tujuan tertentu, seperti keinginan pihak yang mengklaim, di sisi lain ada bagian yang merupakan akses terbuka bagi semua orang.

Contoh lain lagi, Reog di Ponorogo. Dahulu, yang jadi gemblak adalah laki-laki, yang dalam arti tertentu bisa menjadi dari seniornya. Saat ini, yang menjadi gemblak adalah perempuan, dan ia tidak berfungsi sebagai kekasih, melainkan penari. Dengan hal ini, kita terpaksa mencabut ekspresinya dari tradisi aslinya, karena tradisi aslinya memiliki moralitas yang pada jaman ini tidak diperkenankan. Aktivitas dan performa reog sudah bergeser dari tradisi aslinya. Tentu hal ini akan menimbulkan perdebatan banyak dari sisi moralitas. Melalui dialog dan edukasi, tradisi warok mulai bergeser. Dulu jagoannya sakti, kini pegawai negeri, seniman biasa. Penari reog di Malaysia juga berubah. Dibandingkan dengan di Jepang, Geisha adalah wanita penghibur. Sekarang adalah "performer", menyanyi, menari.

Dari berbagai contoh di atas, maka perlu dianalisis lebih jauh, apa yang kita lindungi? Moralitasnya? Ataukah ekspresinya? Tentu, ekspresinya itulah yang dilindungi, tetapi dalam ekspresi itu ada nilai-nilai moral Pancasila yang harus dilestarikan. Maka, dikaitkan dengan konteks Indonesia, Reog Ponorogo yang menerima perlindungan, bisa dibedakan berdasarkan hukum, yakni mereka yang melestarikan ekspresi itu tanpa menjalankan tradisi yang tidak sesuai dengan moral dan nilai-nilai serta hukum yang berlaku. Di sini peran negara harus mulai diwujudkan.

---

[13] Djulianto Susanto, *Pengunjung dan Masalah Konservasi Candi Borobudur,* Majalah Arkeologi Indonesia, 7 Desember 2010.

4) Penerima Perlindungan

Dalam Pasal 2 *Draft* Perlindungan atas EBT pada *Intergovernmental Committee on Intellectual Property and Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore* 2017 pada Sidang ke-33 di Geneva tahun 2017, yang dimaksud dengan "penerima perlindungan" adalah:

(1) Warga lokal/komunitas lokal atau negara yang menjadi ahli waris yaitu mereka yang mencipta, mewujudkan, melestarikan, memakai, dan mengembangkan EBT sebagai bagian dari identitas budaya dan sosial dan itu harus diakui oleh hukum negara setempat. Dalam artian ini, harus ada hukum nasional yang menetapkan siapa yang menjadi ahli waris.

(2) Negara bisa bertindak sebagai wakil dari warga lokal yang menerima perlindungan itu apabila memang dibolehkan oleh hukum negara. Negara mengambil alih, bukan suku itu sendiri yang memberikan ijin, dsb., tetapi negara yang mengatur, kalau memang sudah hukum yang menetapkan itu.

(3) Jika EBT tidak diklaim oleh kelompok masyarakat mana pun, meskipun sudah berusaha untuk mencari/mengidentifikasi kelompok yang memiliki tersebut, negara bisa menunjuk badan nasional sebagai pengganti dari kelompok masyarakat tersebut. Misalnya ada suatu bentuk kesenian, yang diyakini ada, tapi tak ada orang yang mengenali pemiliknya, maka pemerintah dapat menunjuk Departemen Kebudayaan untuk menjadi ahli waris. Dalam hal ini, EBT yang bisa diwakili oleh badan nasional dari negara adalah:

   a. Masuk dalam wilayah negara yang bersangkutan.

      Oleh karena itu, kita tak bisa mengaku-aku sebagai pemilik EBT di wilayah negara tetangga, demikian pula sebaliknya.

   b. Tidak dipraktikkan oleh satu kelompok spesifik (tersebar)

   c. Tidak diakui sebagai budaya/tradisi satu kelompok yang spesifik

   d. Identitas badan yang berwenang harus dilaporkan ke Sekretariat WIPO.

5) Lingkup Perlindungan

Draft Pasal 3 dari Sidang IGC-WIPO ke-33 menentukan lingkup perlindungan sebagai berikut:

A. Khusus EBT yang bersifat rahasia dan sakral, negara harus memastikan:
   a. Bahwa ahli warisnya memang berhak secara eksklusif dan kolektif untuk:
      1. menciptakan, melestarikan, dan mengembangkan EBT yang rahasia dan sakral tersebut.
      2. Mencegah pemakaian yang tak sah atau *exposure* yang tak diizinkan. Misalnya, jika suatu EBT Indonesia memiliki ritual yang dianggap suci, yang publik tak boleh mengetahuinya, dan tidak melanggar hukum, lalu ada orang luar yang memvideokan, kemudian menyebarkannya tanpa meminta ijin terlebih dahulu, maka hal itulah yang dilarang. Atau jika ada hiasan khusus dalam agama tertentu yang dianggap sakral, kemudian digunakan secara sembarangan untuk peragaan baju di mana peragawatinya menggunakan secara terbuka, maka hal itu dianggap sebagai pemakaian yang merendahkan (*derogatory offensive*).[14] Jika ahli waris Borobudur adalah pemeluk Buddha, maka mereka bisa saja menggugat jika bagian yang dianggap suci itu diinjak-injak. Di Kraton Jogja misalnya, ada bagian-bagian tertentu bangunan yang dianggap suci, misalnya, plengkung bangunan kraton. Ketika ada petugas TV yang naik ke sana untuk syuting film tanpa ijin dan tidak melewati jalan yang seharusnya, pihak kraton hanya mengeluh. Jika hal ini sudah ada UU yang mengikat, maka hal ini bisa dikenai sanksi hukum.

[14] Bandingkan dengan kasus di Australia, "hak untuk menciptakan lukisan dan karya seni lain yang menggambarkan kreasi dan memimpikan cerita-cerita, dan untuk menggunakan desain yang sudah ada dan totem-otem yang sudah dikenal baik dari suku, terletak di dalam pemilik (atau penjaga) tradisional atas kisah-cerita atau gambar-gambar itu. Hakim *Per* von Doussa dalam kasus *Milpurrurru and Others* v. *Indofurn Pty Ltd and Others* (1994) 130 ALR 659, Hakim tersebut (at para. 13) juga mencatat bahwa di bawah hukum Aboriginal, adalah tanggung jawab dari pemilik tradisional untuk melakukan tindakan untuk melestarikan mimpinya, dan untuk menghukum orang-orang yang bertanggung jawab karena pelanggarannya (bahkan jika mereka sendiri tidak memiliki kontrol atas atau pengetahuan tentang yang terjadi). Sanksi dapat mencakup dihapuskannya hak untuk berpartipasi dalam upacara dan melukis cerita, diasingkan, membayar uang, dan dalam kasus-kasus berat kemungkinan kekerasan fisik, seperti ditombak, disiksa. Maka tidaklah mengejutkan bahwa artis Aborigin telah dipaksa untuk mengambil tindakan terhadap orang-orang yang melanggar hak cipta mereka: dengan mengejar hak mereka, maka artis aborigin bisa berharap perlakuan yang lebih lunak terhadap suku mereka. Dikaitkan dengan hak ini, kasus yang terkenal, *Mabo* v. *Queensland* (1992) 175 CLR 1, the High Court of Australia memutuskan bahwa *Common Law* of Australia mengakui bentuk hak adat native (land). Lihat: M. Blakeney, "Protecting Expressions of Australian Aboriginal Folklore under Copyright Law", No. 9, 1995,hlm. 422.

3. Memberi izin pemakaian EBT tersebut berdasarkan persetujuan bersama.
4. Memberi perlindungan terhadap pemakaian yang tidak sah atau menyesatkan, terutama yang menyiratkan persetujuan dari ahli waris. Dalam hal ini, pemakaian yang tak sah, namun sudah ada ijin dari ahli waris, maka pemakaian tersebut menjadi diperbolehkan. Oleh karena itu, ahli waris itu sendiri sudah harus punya aturan internal dan otoritas menentukan mana yang boleh dan mana yang tidak boleh berdasarkan aturan yang mereka buat. Di kraton Jogja, ada kereta-kereta yang hanya boleh dimandikan pada hari-hari tertentu. Di Singapura, ada kuil Hindu, orang harus melepaskan alas kaki dan membunyikan bel untuk menghormati dewa. Jika ada rombongan turis yang tak membunyikan bel, foto-foto, tapi diizinkan oleh penjaga kuil, ini tergantung pada apakah itu betul-betul sakral dan betul-betul ditegakkan, atau dianggap sebagai sesuatu yang bisa dilanggar. Harus dipikirkan oleh kelompok itu sendiri.
5. Ahli waris berhak mencegah atau melarang pemakaian atau modifikasi yang mengubah atau merusak EBT yang dilindungi atau yang bersifat menghina/merendahkan/ atau mengurangi signifikansi budayanya.

b. Negara memastikan dan mendorong pemakai (orang lain, bukan pewaris) EBT untuk melakukan hal-hal berikut:
1. Mengakui kepemilikan kelompok pewaris EBT
2. Membagi *benefit sharing* berdasarkan persetujuan bersama, atau negara memastikan pemakai mengadakan persetujuan dengan ahli waris untuk pemakaian tersebut. Alternatifnya, negara memastikan pemakai mengadakan persetujuan dengan pewaris untuk pemakaian tersebut.
3. Negara memastikan pemakai memakai EBT dengan cara yang sesuai keinginan ahli waris.

B. Ekspresi Budaya Tradisional yang Tersedia untuk Masyarakat Luas Tapi Tidak Bersifat Sakral, Tak Rahasia, Tapi Juga Belum Dikenal Secara Luas:

Dalam hal ini negara harus memastikan bahwa pemakai:

a. Mengakui kepemilikan kelompok pewaris
b. Memberi *benefit sharing* atau melakukan persetujuan kerjasama lebih dulu dengan pewaris
c. Memakai EBT dengan semestinya seperti yang dikehendaki oleh pewaris.
d. Tidak menyalahgunakan pemakaian (*misuse*) dari TCE tersebut.

C. EBT yang sudah masuk *Public Domain*:

a. Negara memastikan bahwa pengguna memberi pegakuan pada kelompok pewaris
b. Memakai EBT sesuai dengan pengguna aslinya dengan menghormati budaya dan norma-norma kelompok pewaris (misalnya: jangan memakai atribut pemakaman untuk pesta, menggunakan keris dipakai sebagai pegangan tisu WC, walaupun keris sudah menjadi *public domain*).
c. Mencegah pemakaian yang tak semestinya dari TCE meskipun ada tersirat daripersetujuan dari pewaris. (catatan penulis: Penyalahgunaan ini lebih rumit persoalannya jika menyangkut EBT yang sudah menjadi *public domain*).
d. Jika dimungkinkan, pengguna memberi sumbangan pada dana bersama yang dibentuk oleh negara pewaris. Hal ini termasuk *benefit sharing* juga, tapi lebih pada sukarela. Di Kraton, memberi sumbangan perawatan, masuk museum, memberi tarif masuk. Di Inggris, masuk *Tower of London*, harus membayar, itu merupakan wujud dari *public domain*, karena sudah tak berkembang lagi secara ekspresi.

Sidang IGC ke 33 IGC-WIPO memberi pilihan lain dalam konteks ini, yakni bahwa tidak disediakan perlindungan bagi yang pemakaiannya sudah di luar komunitas pewaris, yakni:

a. Negara anggota melindungi kepentingan ekonomi dan moral pewaris terkait dengan TCE ya sebagaimana ditentukan dalam hukum nasional, dalam cara yang rasional dan adil/seimbang.

b. Instrumen ini tak melindungi TCE yang sudah dikenal luas atau dipakai di luar komunitas pewaris untuk waktu tertentu (misalnya dipakai di luar Indonesia) dalam ranah *public domain* atau yang dilindungi oleh kekayaan intelektual.

Perlu dikemukakan di sini tentang apa yang dimaksud dengan "public domain". Dalam Glossary **WIPO,**[15] suatu karya dianggap sebagai sudah berada dalam wilayah publik (public domain) apabila tidak ada pembatasan hukum untuk penggunaannya oleh publik. *Black's Law Dictionary* mendefinisikan "public domain" sebagai seluruh karya invensi dan kreatif yang tidak dilindungi oleh hak kekayaan intelektual dan oleh karenanya tersedia bagi siapapun tanpa biaya. Ketika hak cipta, merek, paten, atau hak rahasia dagang hilang atau berakhir, kekayaan intelektual yang telah melindungi bidang-bidang itu menjadi bagian dari *public domain* dan dapat dimiliki oleh siapapun tanpa tanggung gugat jika ada pelanggaran.

Public domain telah didefinisikan di bidang hak cipta dan hak terkait sebagai "lingkup karya dan objek hak terkait yang dapat digunakan dan dieksploitasi oleh setiap orang tanpa otorisasi, dan tanpa kewajiban untuk membayar remunerasi pada pemilik hak cipta dan hak terkait itu sebagai suatu aturan karena berakhirnya jangka waktu perlindungan, atau karena tidak adanya perjanjian internasional yang memastikan perlindungan bagi karya-karya itu pada negara tersebut.

Secara umum, *public domain* dalam hukum paten terdiri atas pengetahuan, ide, dan inovasi di mana tidak orang atau organisasi yang memiliki hak kekayaan itu. Pengetahuan, ide, dan inovasi adalah berada dalam wilayah publik jika tidak ada pembatasan-pembatasan hukum terhadap penggunaannya (berbagai ketentuan undang-undang menentukan posisi pada *public domain* ini setelah berakhirnya paten (biasanya 20 tahun), sebagai akibat tidak diperbaharuinya, setelah dicabutnya dan setelah invalidasi paten.

6) Pengaturan Hak-Hak atau Kepentingan

Pasal 4 *Draft* IGC-WIPO ke-33 menentukan bahwa negara peserta diharapkan atau diharuskan membentuk/menunjuk otoritas yang

---

[15] Secretariat WIPO, Intergovernmental Committee on Intellectual Property and Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore, Twentieth Session, Geneva, February 14 to 22, 2012, *Glossary of Key Terms Related to Intellectual Property and Genetic Resources, Tradisional Knowledge and Traditional Cultural Expressions*.

kompeten, dengan persetujuan dan keterlibatan dengan para pemilik, pemegang, atau pemilik EBT, sesuai dengan hukum nasional dan tanpa diskriminasikan hak-hak pemilik/pemegang EBT itu sehingga pemilik/pemegang dapat menjalankan kepentingan/hak mereka sesuai dengan kebiasaan pemahaman, hukum, dan praktik-praktiknya.

Pilihan lain yang diajukan dalam *Draft* pasal ini adalah adalah, jika memang diminta oleh ahli waris, otoritas yang berkompeten dapat mendapat ijin dari ahli waris dan demi menguntungkan para ahli waris ini, membantu manajemen pengelolaan dari hak-hak dan kepentingan tersebut. Oleh karena itu, harus ada otoritas yang menjamin hak-hak ahli waris terjamin) atau bisa juga ikut membantu mengelola, bukan hanya mengawasi, melindungi. Atau, negara anggota dapat mendirikan otoritas yang kompeten sesuai dengan hukum nasional untuk menjalankan hak-hak dan kepentingan yang ditetapkan oleh IGC WIPO ke-33 ini. Identitas otoritas yang dibentuk tersebut harus diberitahukan ke *International Bureau of the World Intellectual Property Organization*.

7) Pengecualian dan Batasan

Dalam perlindungan EBT, negara anggota dapat atau sebaiknya mengambil/mengadopsi batasan-batasan dan perkecualian-perkecualian sesuai degan hukum nasional tapi dengan persetujuan dan keterlibatan dari ahli waris, dengan syarat bahwa pemakaian EBT harus: (1)Mengakui para ahli waris jika mungkin; (2) Tidak bersifat menghina, merendahkan ahli waris; (3) Sesuai dengan penggunaan yang wajar; (4) Tidak bertentangan dengan pemakaian yang normal sesuai dengan adat dari ahli waris; (5) Tidak merugikan kepentingan yang sah dari ahli waris dengan mempertimbangkan kepentingan-kepentingan yang sah dari pihak ketiga.

Alternatif lain dari ketentuan pengecualian dan pembatasan tersebut adalah bahwa negara anggota dapat mengadopsi batasan-batasan atau perkecualian yang memadai sesuai dengan hukum nasional dengan syarat bahwa batasan-batasan dan perkecualian-perkecualian itu: (1) Dibatasi pada kasus-kasus khusus/spesial tertentu; (2) Tidak bertentangan dengan penggunaan normal dari EBT itu oleh ahli warisnya; (3) Tidak secara tidak layak merugikan kepentingan yang sah dari para ahli waris; (4) Memastikan bahwa pemakaian

EBT tersebut: (1) Tidak menghina/merendahkan para ahli waris; (2) Sesuai dengan praktik-praktik yang adil; (3) Jika ada kekhawatiran yang masuk akal tentang adanya kerusakan yang tak bisa diperbaiki terkait dengan EBT yang rahasia dan sakral, negara anggota tak perlu memberi perkecualian dan batasan.

Selain itu, perkecualian-perkecualian yang khusus sesuai dengan batasan yang sudah diberikan pada paragraf 1 adalah: Negara anggota dapat mengadopsi batasan-batasan atau perkecualian yang memadai dan sesuai dengan hukum nasional dan dengan persetujuan serta keterlibatan ahli waris atau pemilik/pemegang dari EBT yang orisinil: (1) Untuk pembelajaran, pengajaran, dan penelitian sesuai dengan tatacara nasional kecuali jika digunakan untuk tujuan komersial; (2) Untuk pelestarian, pameran, penelitian, dan presentasi dalam bentuk arsip, perpustakaan, museum, atau lembaga budaya lain yang diakui oleh hukum nasional dengan tujuan kekayaan budaya nonkomersial atau tujuan lain yang masuk dalam kepentingan masyarakat, dan (3) Untuk pembuatan karya orisinil yang diinspirasikan, didasarkan atau meminjam dari EBT.

Jenis-jenis pemakaian yang diizinkan: (1) Pemakaian EBT di lembaga-lembaga budaya yang diakui oleh hukum nasional, arsip, perpustakaan, dan museum untuk tujuan pewarisan budaya nonkomersial atau tujuan lain dalam kepentingan umum, termasuk pelestarian, pameran, riset, dan presentasi; (2) Dengan persetujuan sebelumnya dan keterlibatan pemegang/pemilik atas karya asli, penciptaan karya asli (*authorship*) yang diinspirasikan, didasarkan atau meminjam dari EBT; (3) Pemakaian EBT yang diambil secara legal dari sumber-sumber selain ahli waris; (4) Pemakaian EBT yang diketahui/dikenal melalui jalur yang diakui hukum di luar komunitas ahli waris.

Untuk EBT yang rahasia, pemakaian EBT diperbolehkan sepanjang tindakan pemakaian EBT itu diizinkan oleh hukum nasional dan dengan persetujuan serta keterlibatan ahli waris, bagi karya-karya yang dilindungi oleh IPT, termasuk Hak Cipta, atau lambang-lambang yang dilindungi oleh merek dagang atau penemuan yang dilindungi oleh paten atau model-model yang dilindungi oleh Hak Desain Industri, tindakan pemakaian EBT tidak dilarang oleh perlindungan EBT.

8) Jangka Waktu Perlindungan

Pasal 6 IGC-WIPO menentukan bahwa negara anggota dapat menentukan jangka waktu perlindungannya sendiri sepanjang EBT memang memenuhi kriteria untuk dilindungi dan selalu berkonsultasi dengan ahli waris. Selain itu, negara anggota bisa menentukan bahwa perlindungan itu diberikan pada EBT menghadapi bentuk-bentuk distorsi, mutilasi, atau modifikasi lain, atau pelanggaran sejenis yang dilakukan dengan tujuan merusak atau merugikan reputasi atau citra ahli waris atau daerah ahli waris itu berasal. Perlindungan terhadap EBT tidak berbatas waktu (selama-lamanya).

Sidang ke-33 WIPO ini juga merancang bahwa negara anggota melindungi EBT yang diakui dalam instrumen ini sepanjang ahli waris perlindungan menerima perlindungan sebagaimana yang ditentukan dalam Pasal 3.

Sidang ke-33 WIPO ini juga memberi alternatif perlindungan lain, yakni bahwa negara anggota dapat menentukan jangka waktu perlindungan EBT, setidaknya yang berkaitan dengan aspek-aspek ekonomi, harus dibatasi. Dalam hal ini, sebenarnya konsep hak cipta yang digunakan, khususnya hak ekonomi dalam hak cipta yang mengakui adanya batasan waktu perlindungan. Di sini pula nampak bahwa EBT terletak pada posisi irisan antara Hak Cipta dan Warisan Budaya.

9) Tata Cara

Perlindungan EBT memerlukan formalitas atau tatacara. Sidang ke-33 EBT menentukan prinsip umum bahwa negara anggota sebaiknya tidak membuat perlindungan EBT sebagai formalitas belaka. Meskipun demikian, dimungkinkan EBT yang bersifat rahasia untuk tidak mengikuti tata cara yang ditentukan yang kemungkinkan akan mengungkapkan kerahasiaan itu.

Dalam pengertian ini, formalitas adalah praktik, yang walaupun tampak tak penting, biasanya harus diamati untuk mencapai suatu hasil hukum tertentu. Dalam konteks hak cipta, istilah "formalitas" merujuk pada suatu syarat prosedural atau administratif seperti menempatkan suatu peringatan hak cipta, menerangkan copy atau registrasi, untuk dipenuhi sebagai syarat diperolehnya penikmatan

dan pelaksanaan serta ditegakkannya hak cipta atau hak-hak terkait. Dalam Konvensi Bern 1971 dan TRIPS *Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property (TRIPS Agreement)*, *the WIPO Copyright Treaty* dan *the WIPO Performances andPhonograms Treaty*, dinikmatinya dan dilaksanakannya hak-hak tersebut bisa tidak tunduk pada formalitas apapun.

10) Sanksi, Ganti Rugi, dan Pelaksanaan Kepentingan

Negara anggota sebaiknya memberikan sarana hukum, kebijakan, administrasi atau yang lain, sesuai dengan hukum nasional, untuk menjamin penerapan instrumen ini. WIPO juga masih memberi pilihan (Opsi 2) bahwa Negara anggota, sebaiknya sesuai dengan hukum nasional, menyediakan sarana hukum, kebijakan, atau sarana administrasi yang dibutuhkan, untuk mencegah kerugian yang disengaja atau tidak disengaja terhadap hak-hak ekonomi dan moral ahli waris serta menyediakan mekanisme perselisihan sengketa yang bisa diakses, yang memadai dan adekuat, sanksi dan ganti rugi, termasuk gantir rugi dan pidana dan perdata untuk menjamin penerapan instrumen ini. Apabila ada perselisihan di antara ahli waris itu sendiri, atau antara ahli waris dan pengguna EBT, masing-masing pihak dapat/diwajibkan untuk merujuk masalah itu pada mekanisme penyelesaian perselisihan yang independen atau yang alternatif, yang diakui oleh dunia internasional, pemerintah daerah, atau hukum nasional dan yang paling sesuai dengan pemegang EBT. Sarana untuk mendapatkan ganti rugi untuk menjamin perlindungan yang diberikan instrumen ini sebaiknya diatur oleh hukum nasional negara di mana perlindungan itu dimintakan. Negara anggota, jika pihak ketiga secara tak wajar memperoleh IP atas EBT tanpa persetujuan sebelumnya dari ahli waris, maka negara anggota itu sebaiknya berusaha mencabut atau menyediakan jalan untuk mencabut hak tersebut. Negara anggota sebaiknya tidak memberlakukan sanksi atau meminta ganti rugi dalam kasus-kasus penggunaan yang insidentil dari EBT yang dilindungi dalam karya lain atau topik lain atau dalam kasus-kasus di mana pengguna tidak mengetahui atau secara wajar tahu bahwa EBT itu dilindungi.

11) Sarana Peralihan

Sarana Peralihan diatur dalam Pasal 9, yakni bahwa instrumen ini berlaku untuk semua EBT yang pada saat instrumen ini diberlakukan, memenuhi kriteria yang ditetapkan dalam instrumen ini. Sidang ke-33 IGC-WIPO ini memberi dua opsi, yakni: (1) Negara peserta menjamin hak-hak yang diperoleh pihak ketiga berdasarkan hukum nasional sebelum instrumen ini diberlakukan; (2) Kegiatan-kegiatan EBT yang sudah berlangsung sebelum diberlakukannya instrumen ini yang tidak akan diizinkan atau tidak masuk aturan dari instrumen ini, sebaiknya disesuaikan dengan instrumen dalam periode waktu yang wajar setelah pemberlakukan sesuai dengan Paragraf ke-3 atau diizinkan tetap berlangsung. Sehubungan dengan EBT yang sangat penting bagi pewaris dan dibawa keluar dari kendali si pewaris, maka para pewaris itu berhak mengambil kembali TCE tersebut.

Selanjutnya, ditegaskan dalam Draft pasal 10 Sidang IGC ke-33 WIPO bahwa tak satu pun dari instrumen ini diwujudkan sebagai membatalkan hak-hak yang dimiliki warga pribumi atau warga komunitas lokal baik itu sekarang maupun di masa depan. Selain itu, negara anggota harus memberlakukan instrumen ini dalam cara yang saling mendukung kesepakatan internasional lain yang sudah ada.

Draft pasal 11 Sidang IGC WIPO ini mengamanatkan perlindungan yang sama dengan warga negara anggota, bagi ahli waris suatu EBT yang merupakan warga negara dari negara anggota WIPO tersebut. Maka, misalnya, jika ada warga Negara India yang mau mempertahankan tradisi India-nya di Indonesia, maka Indonesia selayaknya memberikan perlindungan yang sama dengan warga Negara Indonesia bagi warga negara India tersebut.

Kerja sama lintas batas diperlukan bagi EBT yang terletak di wilayah negara peserta lain. Sidang ini mengamanatkan perlunya kerjasama dalam menangani EBT lintas batas, dengan melibatkan masyarakat pribumi dan masyarakat lokal terkait, dengan tujuan menerapkan instrumen ini jika bisa diterapkan.

Negara peserta harus bekerjasama dalam membangun kapasitas dan memperkuat sumber daya manusia, terutama ahli waris dan dalam membangun kapasitas institusional, agar dapat menerapkan

instrumen ini secara efektif. Negara anggota harus menyediakan sumber daya yang penting bagi warga pribumi dan masyarakat lokal dan bekerjasama dengan mereka untuk mengembangkan proyek-proyek *capacity buiding* dalam mengembangkan masyarakat lokal pribumi itu sendiri yang berfokus pada pengembangan mekanisme dan metode yang memadai seperti materi/bahan ajar dan bahan elektronik yang memadai secara budaya dan yang dikembangkan dengan partisipasi penuh serta efektif dari masyarakat pribumi lokal dan organisasi mereka sendiri.

Dalam konteks ini, negara peserta harus menjamin partisipasi penuh ahli waris dan para pengampu kepentingan lain yang relevan, termasuk organisasi nonpemerintah dan sektor swasta. Untuk itu, negara peserta harus mengambil langkah-langkah untuk meningkatkan kesadaran atas instrumen ini dan secara khusus mengedukasi pengguna dan pemegang TCE mengenai kewajiban mereka menurut instrumen ini.

2. *United Nations Educational, Scientific, and Cultural Organization* (UNESCO)

Warisan Budaya Takbenda (*Intangible Cultural Heritage*) adalah program UNESCO yang diawali tahun 2001 untuk mengakui dan melindungi berbagai budaya dan praktik, yang tak dapat diraba. Warisan Budaya Takbenda (WBTb) meliputi lagu, musik, drama, keterampilan, kerajinan, dan bagian-bagian lain dari budaya yang dapat direkam tetapi tak dapat disentuh dan berinteraksi dengannya, tanpa sarana untuk kebudayaan. Sarana kebudayan ini disebut "harta karun umat manusia" oleh PBB.

UNESCO membagi daftar ini ke dalam tiga kategori yang berbeda:

1) Daftar yang bersifat ***representative***: terdiri dari "praktik-praktik dan ekspresi budaya yang membantu mendemonstrasikan keberagaman dari warisan ini dan meningkatkan kesadaran tentang manfaatnya."
2) Daftar yang bersifat ***safeguarding***: terdiri dari elemen-elemen budaya yang terancam dan butuh sarana mendesak agar unsur-unsur budaya itu tetap hidup.

3) Daftar yang bersifat ***best practice***: terdiri dari contoh-contoh terbaik dari komunitas dan pemerintah dalam hal perlindungan dan pengakuan akan warisan budaya takbenda.

UNESCO menetapkan daftar WBTb dengan tujuan memastikan perlindungan yang lebih baik terhadap warisan budaya takbenda yang penting di seluruh dunia dan kesadaran akan makna warisan budaya itu. Setiap tahun UNESCO, melalui *Intergovernmental Commitee for the Safeguarding of Intangible Cultural Heritage* dan anggotanya diseleksi oleh negara anggota yang bertemu di sidang umum UNESCO. Melalui suatu kompendium dari berbagai harta lisan dan takbenda umat manusia di seluruh dunia, program ini bertujuan menarik perhatian untuk kepentingan menyelamatkan warisan budaya takbenda, yang UNESCO telah mengidentifikasinya sebagai suatu komponen esensial dan sebagai suatu repositori tentang keanekaragaman budaya dan ekspresi kreatif.

Daftar ini ditetapkan pada tahun 2008 ketika *Convention for the Safeguarding of the Intangible Cultural Heritage* 2003 mulai berlaku. Pada tahun 2010 program ini memaparkan dua daftar. Daftar yang lebih panjang yakni *Representative List of the Intangible Cultural Heritage of Humanity* terdiri dari "praktik dan ekspresi budaya yang membantu menunjukkan keragaman warisan dan meningkatkan kesadaran tentang maknanya." Daftar yang lebih singkat, *List of Intangible Cultural Heritage in Need of Urgent Safeguarding*, terdiri dari elemen-elemen budaya yang terkait dengan komunitas dan negara-negara yang membutuhkan sarana yang mendesak untuk menjaga agar elemen-elemen budaya tersebut tetap hidup.

Pada tahun 2013, empat elemen dituliskan dalam Daftar *Intangible Cultural Heritage* yang mendesak untuk diselamatkan, yang membantu negara pihak untuk memobilisasi kerjasama internasional dan bantuan internasional untuk memastikan disebarkannya warisan ini dengan partisipasi komuntias terkait. Saat ini daftar warisan budaya takbenda yang mendesak untuk diselamatkan itu berjumlah 35 unsur Komite juga memasukkan 25 elemen pada *Representative List of the Intangible Cultural Heritage of Humanity*, yang berfungsi untuk meningkatkan kesadaran tentang warisan takbenda dan menyediakan pengakuan bagi tradisi komunitas dan pengetahuan (*know-how)*

yang mencerminkan keragaman budaya mereka. Daftar ini tidak mengakui standard keunggulan apapun atau eksklusivitas apapun.

1) The 2003 Convention for the Safeguarding of the Intangible Cultural Heritage

Sidang Umum *United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization* (UNESCO) yang dilaksanakan di Paris, dari tanggal 29 September sampai 17 Oktober 2003, menggunakan istilah yang berbeda untuk EBT. *The 2003 Convention for the Safeguarding of the Intangible Cultural Heritage* (selanjutnya disebut Konvensi UNESCO 2003) menggunakan istilah "Warisan Budaya Takbenda" atau "Intangible Cultural Heritage" untuk EBT.

Konvensi Perlindungan Warisan Budaya Takbenda ini telah diratifikasi Indonesia pada tanggal 5 Juli 2007 melalui Peraturan Presiden Republik Indonesia Nomor 78 tahun 2007 tentang Pengesahan *Convention for the Safeguarding of the Intangible Cultural Heritage* (Konvensi untuk Perlindungan Warisan Budaya Takbenda). Pemerintah Republik Indonesia, berdasarkan Pasal 26 Ayat (2) Konvensi ini, menyatakan tidak terikat pada ketentuan Pasal 26 Ayat (1). Dalam hal ini, Pemerintah Indonesia tidak terikat untuk melakukan pembayaran dana sebagaimana yang ditentukan dalam Konvensi.

Dalam konsiderans, konvensi ini menyatakan bahwa warisan budaya terdiri dari warisan budaya takbenda, warisan budaya benda, serta warisan alam, yang ketiganya bersifat saling bergantung.

Alasan perlu dilindunginya warisan budaya takbenda adalah:

1. Warisan budaya takbenda sebagai sumber tenaga utama keanekaragaman budaya dan suatu jaminan pembangunan berkelanjutan, sebagaimana ditegaskan dalam Rekomendasi UNESCO mengenai Perlindungan Budaya Tradisi dan Folklore tahun 1989, dalam Deklarasi Universal UNESCO mengenai Keanekaragaman Budaya tahun 2001, dan dalam Deklarasi Istambul tahun 2002, yang diterima oleh Konferensi Meja Bundar Ketiga Menteri menteri Kebudayaan.
2. Proses globalisasi dan transformasi sosial, selaras kondisi yang diciptakannya untuk memperbarui dialog antarkomunitas, seperti halnya dengan gejala sikap tidak toleran, juga menimbulkan

ancaman serius yang dapat mengakibatkan kemerosotan, kepunahan, dan kehancuran warisan budaya takbenda, khususnya akibat kekurangan sumber daya untuk melindungi warisan tersebut.

3. Adanya keinginan universal serta keprihatinan umum untuk melindungi warisan budaya takbenda manusia.
4. Berbagai komunitas, khususnya komunitas adat, kelompok-kelompok dan, dalam beberapa kasus perseorangan, memainkan suatu peran penting dalam menghasilkan, melindungi, memelihara, dan menciptakan kembali warisan budaya takbenda sehingga membantu memperkaya keanekaragaman budaya serta kreativitas manusia.
5. Dampak yang luas kegiatan UNESCO dalam membentuk instrumen-instrumen normatif bagi perlindungan warisan budaya, khususnya Konvensi untuk Perlindungan Warisan Budaya dan Warisan Alam Dunia 1972.
6. Belum ada instrumen multilateral yang mengikat untuk melindungi warisan budaya takbenda.
7. Berbagai persetujuan internasional, rekomendasi-rekomendasi, dan resolusi resolusi yang ada mengenai warisan budaya dan alam perlu diperkaya dan ditambah secara efektif melalui peraturan baru yang berhubungan dengan warisan budaya takbenda.
8. Perlunya membangun kesadaran yang lebih luas, khususnya di kalangan generasi muda, mengenai arti penting warisan budaya takbenda serta perlindungannya.
9. Masyarakat internasional bersama para negara pihak pada konvensi ini, seharusnya menyumbang untuk perlindungan warisan tersebut dengan semangat kerja sama dan saling membantu.
10. Adanya program UNESCO mengenai warisan budaya takbenda, khususnya, Proklamasi Karya Agung Lisan dan Takbenda Warisan Manusia.
11. Peran takternilai warisan budaya takbenda sebagai faktor yang membawa manusia saling mendekat satu sama lain serta memastikan pertukaran dan pengertian antar mereka.

Konsep "Warisan budaya takbenda" mencakup hal yang luas. Ekspresi Budaya tradisional hanya salah satu bagian dari warisan

budaya takbenda. Pasal 2 Konvensi mendefinisikan "Warisan Budaya Takbenda" sebagai berbagai praktik, representasi, ekspresi, pengetahuan, keterampilan, serta instrumen-instrumen, objek, artefak, dan lingkungan budaya yang terkait meliputi berbagai komunitas, kelompok, dan dalam beberapa hal tertentu, perseorangan yang diakui sebagai bagian warisan budaya mereka. Warisan budaya takbenda ini, diwariskan dari generasi ke generasi, secara terus-menerus diciptakan kembali oleh berbagai komunitas dan kelompok sebagai tanggapan mereka terhadap lingkungannya, interaksi mereka dengan alam, serta sejarahnya, dan memberikan mereka makna jati diri dan keberlanjutan, untuk memajukan penghormatan keanekaragaman budaya dan kreativitas manusia. Untuk maksud maksud konvensi ini, pertimbangan akan diberikan hanya kepada warisan budaya takbenda yang selaras dengan instrumen instrumen internasional yang ada mengenai hak hak asasi manusia, serta segala persyaratan saling menghormati antar berbagai komunitas, kelompok, dan perseorangan, dan pembangunan yang berkelanjutan.

"Warisan budaya takbenda", sebagaimana dalam Ayat (1) di atas, diwujudkan antara lain di bidang-bidang sebagai berikut:

(a) tradisi dan ekspresi lisan, termasuk bahasa sebagai wahana warisan budaya takbenda;

(b) seni pertunjukan;

(c) adat istiadat masyarakat, ritus, dan perayaan-perayaan;

(d) pengetahuan dan kebiasaan perilaku mengenai alam dan semesta;

(e) kemahiran kerajinan tradisional.

Warisan Budaya Takbenda merupakan sesuatu yang perlu dilindungi, dihormati, dan dihargai, sehingga Konvensi ini memfasilitasi kerjasama dan bantuan internasional untuk melindunginya (Pasal 1 Perpres No. 78 tahun 2007). Konvensi ini mengidentikkan "perlindungan" dengan "pelestarian", sehingga konsep Perlindungan menurut Konvensi ini adalah tindakan tindakan yang bertujuan memastikan kelestarian warisan budaya takbenda. Tindakan pelestarian itu, termasuk di dalamnya adalah:

1) identifikasi,
2) dokumentasi,

3) penelitian,
4) preservasi,
5) perlindungan,
6) pemajuan,
7) peningkatan,
8) penyebarankhususnya melalui pendidikan, baik formal maupun nonformal, serta revitalisasi berbagai aspek warisan budaya tersebut.

Konvensi ini membentuk *Inter-Governmental Committe* (IGC) atau Komite Antar-Pemerintah untuk PerlindunganWarisan Budaya Takbenda", terdiri dari wakil 18 negara pihak, yang dipilih oleh para negara pihak dalam sidang Majelis Umum. Kewajiban Komite ini adalah:

(a) mempromosikan tujuan Konvensi, dan meningkatkan serta memantau pelaksanaannya;
(b) memberikan arahan mengenai cara-cara terbaik dan membuat rekomendasi mengenai tindakan tindakan untuk perlindungan warisan budaya takbenda;
(c) menyiapkan dan menyampaikan kepada majelis umum, mengenai penyetujuan suatu rancangan rencana penggunaan sumber-sumber dana
(d) mengupayakan cara-cara peningkatan sumber-sumber dana dan mengambil langkah-langkah yang perlu untuk maksud ini
(e) menyiapkan dan menyampaikan kepada majelis umum untuk penyetujuan arahan operasional pelaksanaan Konvensi ini.
(f) memeriksa, sesuai dengan Pasal 29, laporan-laporan yang disampaikan oleh para negara pihak dan menyimpulkannya untuk majelis umum;
(g) memeriksa permintaan-permintaan yang disampaikan oleh para negara pihak, dan memutuskan untuk itu, sesuai dengan tujuan kriteria seleksi untuk dibentuk oleh Komite dan disetujui majelis umum.

Konsekuensi atas diratifikasinya konvensi ini adalah bahwa negara peratifikasi menaati isi konvensi, termasuk di dalamnya melakukan perlindungan. Konvensi ini juga membagi perlindungan di tingkat

nasional dan internasional. Di tingkat nasional, negara pihak diwajibkan mengambil langkah-langkah yang perlu untuk memastikan perlindungan warisan budaya takbenda di dalam wilayahnya (Pasal 11, a). Langkah-langkah perlindungan tersebut adalah:

1) Inventarisasi warisan budaya tak benda. Kegiatan ini meliputi mengidentifikasi, menentukan berbagai elemen warisan budaya takbenda yang berada di wilayahnya, dengan mengikutsertakan berbagai komunitas, kelompok maupun lembaga sosial masyarakat terkait (Pasal 12, 1). Inventarisasi itu wajib dimutakhirkan secara reguler. Selain itu, negara wajib memberikan informasi yang relevan mengenai inventaris dimaksud pada saat setiap negara pihak menyampaikan laporannya kepada Komite secara periodik (pasal 12 ayat 2).
2) Berusaha menyetujui kebijakan umum yang bertujuan mempromosikan fungsi warisan budaya takbenda dalam masyarakat, dan mengintegrasikan perlindungan warisan tersebut dalam program-program perencanaan;
3) Menunjuk atau membentuk satu atau lebih badan-badan yang memiliki kompetensi untuk perlindungan warisan budaya takbenda yang ada di wilayahnya;
4) Mendorong studi ilmiah, teknik dan seni serta metodologi penelitian, dengan tujuan untuk perlindungan efektif warisan budaya takbenda, khususnya warisan budaya takbenda yang terancam;
5) Menerapkan tindakan-tindakan hukum, teknik, administratif, dan keuangan yang tepat yang bertujuan untuk:
   a) mendorong penciptaan atau penguatan lembaga-lembaga pelatihan di bidang manajemen warisan budaya takbenda dan penyebaran warisan tersebut melalui forum-forum dan ruang yang dimaksudkan untuk pertunjukan atau ekspresi warisan budaya takbenda dimaksud;
   b) memastikan akses warisan budaya takbenda dengan menghormati adat istiadat yang mengatur akses pada bagian-bagian spesifik warisan tersebut;
   c) mendirikan lembaga-lembaga dokumentasi warisan budaya takbenda dan memfasilitasi akses lembaga-lembaga tersebut.

d) Memastikan pengakuan, penghormatan dan peningkatan warisan budaya takbenda dalam masyarakat, khususnya melalui:

(a) Program-program pendidikan, peningkatan kesadaran dan informasi, yang ditujukan kepada masyarakat, khususnya generasi muda;

(b) Program-program pendidikan dan pelatihan di kalangan berbagai komunitas dan kelompok yang berkepentingan;

(c) Kegiatan-kegiatan pembangunan kapasitas untuk perlindungan terhadap warisan budaya takbenda, khususnya manajemen dan penelitian ilmu pengetahuan; dan

(d) sarana penyebaran pengetahuan nonformal.

6) Menjaga agar masyarakat mendapatkan informasi mengenai bahaya yang mengancam warisan tersebut, dan kegiatan-kegiatan yang dilaksanakan berkaitan dengan konvensi ini;

7) Memajukan pendidikan untuk perlindungan lingkungan alami dan tempat-tempat bersejarah yang keberadaannya diperlukan untuk mengekspresikan warisan budaya takbenda.

8) Memastikan kemungkinan seluas-luasnya keikutsertaan berbagai komunitas, kelompok dan, perseorangan yang menciptakan, memelihara dan menyebarkan warisan budaya tersebut, dan melibatkan mereka secara aktif dalam manajemennya

2) The 2005 Convention on the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expressions

Konvensi tentang Perlindungan dan Promosi Keanekaragaman Ekspresi Budaya ini merupakan hasil sidang UNESCO yang ke-33. Konvensi ini telah diratifikasi oleh Indonesia melalui Peraturan Presiden Nomor 78 tahun 2011 tentang Pengesahan *Convention On The Protection and Promotion of The Diversity Of Cultural Expressions* (Konvensi Tentang Proteksi Dan Promosi Keanekaragaman Ekspresi Budaya) pada tanggal 29 Oktober 2011.

Konvensi ini berlaku sejak 18 Maret 2007, tiga bulan setelah ratifikasinya oleh 30 negara anggotaUNESCO, sesuai dengan Pasal 29-nya. Tujuan dari konvensi ini, antara lain adalah melindungi dan mempromosikan keanekaragaman ekspresi budaya.

Atas inisiatif 8 anggotanya, butir "kajian awal tentang aspek teknis dan aspek hukum yang terkait dengan diinginkannya suatu instrumen yang terstandard tentang keanekaragaman budaya" ditempatkan pada agenda *Executive Board of* UNESCO in 2002. Sekelompok pakar, yang ditetapkan oleh *Director-General of* UNESCO, menghasilkan suatu rancangan naskah pada bulan Mei 2004. Atas undangan *Executive Board, the Director-General* melakukan sidang ahli pemerintah untuk memajukan persiapan dari draft awal konvensi. Pada sidang pertama *Intergovernmental Meeting of Experts*, suatu komite perancang dibentuk untuk menyiapkan teks revisi atas draft awal tersebut. Pada sidang ketiga dan sidang terakhir dari *Intergovernmental Meeting of Experts*, Juni 2005, tinjauah menyeluruh atas semua pasal dari *draft* awal yang diadopsi oleh komite perancang dilengkapi. Kemudian General Conference of UNESCO mengadopsi *Convention on the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expressions* pada tanggal 20 Oktober 2005.

Konvensi ini terdiri atas 35 pasal, yang *inter alia*: mendefinisikan istilah "cultural diversity", "cultural content" and "cultural expressions" (Pasal 4): menegaskan hak-hak negara berdaulat untuk memelihara, mengadopsi, dan menerapkan kebijakan dan sarana yang dianggap memadai untuk melindungi dan mempromosikan keragaman ekspresi budaya di wilayah mereka (Pasal 1(h), 2, Ayat 2, dan 6); serta menetapkan Dana Internasional bagi Keragaman Budaya (Pasal 18).

Konvensi UNESCO 2005 tentang Keragaman Budaya ini merupakan persetujuan yang sangat penting dalam hukum internasional modern dalam kebudayaan. Konvensi ini mencerminkan pemahaman yang beragam dan pluralis tentang kebudayaan, juga sebagai dimensi komersialnya yang sedang berkembang. Tiga puluh diplomat, praktisi, dan akademisi menjelaskan dan mengakses persetujuan penting ini dalam komentar mereka. Pasal demi pasal, evolusi, konsep, konten, dan implikasi Konvensi juga dianalisis secara mendalam dan dilengkapi dengan rekomendasi yang bernilai untuk diterapkan.

3) *The UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples* (2007)

Deklarasi PBB tentang Hak-hak Penduduk Asli atau *The UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples* adalah sebuah deklarasi yang disahkan Majelis UmumPerserikatan Bangsa-Bangsa (MU PBB)

dalam sesi ke-61-nya di Markas PBB di New York, 13 September2007. Deklarasi ini menggariskan hak individual dan kolektif para penduduk asli (pribumi), dan juga hak mereka terhadap budaya, identitas, bahasa, pekerjaan, kesehatan, pendidikan dan isu-isu lainnya. Deklarasi ini juga menekankan hak mereka untuk memelihara dan memperkuat institusi, budaya dan tradisi mereka, dan hak mereka akan pembangunan untuk memenuhi kebutuhan dan aspirasi mereka. Deklarasi ini juga melarang diskriminasi terhadap penduduk asli, dan memajukan partisipasi mereka secara penuh dan efektif dalam segala hal yang menyangkut masalah mereka, serta hak mereka untuk tetap berbeda, dan mengusahakan visi pembangunan ekonomi dan sosial mereka sendiri.

Deklarasi ini dibuat dalam waktu lebih dari 22 tahun. Gagasan ini berawal di 1982 saat Dewan Ekonomi dan Sosial PBB (ECOSOC) memulai Kelompok Kerja dalam Populasi Penduduk Asli (WGIP), didirikan sebagai hasil penelitian *Special Rapporteur* PBB José R. Martínez Cobo dalam masalah diskriminasi yang dihadapi penduduk asli. Kelompok kerja ini ditugasi untuk mengembangkan standard hak asasi manusia yang akan melindungi para penduduk asli, dan pada 1985 mulai menyusun Deklarasi tentang Hak-Hak Penduduk Asli. Naskah tersebut selesai pada tahun 1993, dan selanjutnya diajukan kepada Sub-Komisi Pencegahan Diskriminasi dan Perlindungan Kelompok Minoritas, yang menerimanya pada tahun berikutnya.

Draft Deklarasi ini kemudian dirujuk kepada Komisi Hak Asasi Manusia PBB, yang kemudian mendirikan kelompok kerja lain untuk memeriksa isinya. Dalam tahun-tahun berikutnya kelompok kerja ini bertemu sebanyak 11 kali untuk memeriksa dan mempercocok *Draft* Deklarasi ini dan ketentuan-ketentuannya. Perkembangan berjalan dengan lambat karena kekhawatiran negara-negara tertentu soal beberapa ketentuan umum dalam deklarasi ini, misalnya hak penduduk asli untuk menentukan nasibnya sendiri, dan mengendalikan sumber daya alam yang berada di tanah adat mereka. Versi terakhir dari deklarasi ini akhirnya disetujui pada 29 Juni2006 oleh Dewan Hak Asasi Manusia PBB (pengganti Komisi Hak Asasi Manusia), dimana dari 47 negara anggota, 30 setuju, 2 menolak, 12 abstain, 3 absen.

Deklarasi ini kemudian dirujuk ke Majelis Umum, yang mengadakan pemungutan suara dengan hasil penerimaan usulan ini pada

13 September2007, dalam sesi ke-61. Perolehan suara adalah 143 negara setuju 4 menolak dan 11 abstain.

6 Walaupun deklarasi ini tidak mengikat secara hukum, sebagaimana juga Deklarasi-deklarasi Majelis Umum lainnya, deklarasi ini menggambarkan perkembangan dinamis dari norma hukum internasional, dan merefleksikan komitmen dari negara-negara anggota PBB untuk bergerak ke arah tertentu; PBB menggambarkannya sebagai memberikan standard penting bagi perlakuan terhadap penduduk-penduduk asli di seluruh dunia, yang tentu saja akan menjadi alat yang penting dalam memberantas pelanggaran HAM terhadap 370 juta penduduk asli di dunia, dan membantu mereka memerangi diskriminasi dan marjinalisasi.

Deklarasi ini diadopsi oleh PBB pada 13 September2007, dengan 143 suara mendukung, 4 menolak, dan 11 abstain. Keempat negara anggota yang menolak adalah negara bekas koloni Inggris yang memiliki populasi penduduk asli yang besar: Amerika Serikat, Australia, Kanada, dan Selandia Baru. Negara-negara yang abstain adalah Azerbaijan, Bangladesh, Bhutan, Burundi, Kolombia, Georgia, Kenya, Nigeria, Rusia, Samoa, and Ukraina; 34 negara anggota lainnya tidak hadir dalam pemungutan suara.

Istilah EBT adalah istilah lain dari "Traditional Cultural Expressions" yang digunakan oleh WIPO dan sesuai dengan rumusan Pasal 31 *UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*. Pasal 31 menjamin masyarakat adat untuk "memelihara, mengontrol, melindungi, dan mengembangkan pengetahuan tradisional mereka dan ekspresi budaya tradisional mereka". Selain itu, pasal 31 tersebut kemudian melanjutkan: "1. (...) juga perwujudan pengetahuan, teknologi, dan kebudyaan mereka, termasuk sumber daya manusia dan genetik mereka, biji-bijian, pengetahuan akan kekayaan hewan dan tumbuhan, tradisi lisan, sastra, desain, olah raga, dan permainan tradisional serta seni pertunjukan mereka. Mereka juga memiliki hak untuk memelihara, melindungi, dan mengembangkan kekayaan intelektual mereka, termasuk warisan kebudayaan, pengetahuan tradisional, dan ekspresi budaya tradisional mereka".

BAB 6

KERANGKA HUKUM NASIONAL

Selama kurun waktu 32 tahun, hukum hak cipta Indonesia sudah empat kali diganti, sejak pertama kali diundangkannya Undang-undang Hak Cipta (UUHC) nasional tahun 1982. Keempat undang-undang tersebut mencantumkan EBT sebagai salah satu bidang yang dilindungi oleh hukum hak cipta. Konsep penting dalam UUHC-Hak Moral (HM) dan Hak Ekonomi (HE), sepenuhnya tidak dapat diterapkan untuk EBT, karena EBT tidak dapat ditelusur siapa pencipta awal, sehingga hak moral melekat padanya. Jika konsep hak moral yang merupakan konsep pokok hak cipta tidak dimiliki dalam EBT, apalagi konsep hak ekonomi, yang merupakan konsep lanjutan konsekuensi dari hak moral tersebut.[1] Selain itu, negara diberi otoritas oleh undang-undang untuk memegang hak cipta atas ekspresi budaya tradisional ini. Otoritas memegang hak cipta atas EBT menjadi problem di tingkat teoretis dan praktis. Di tingkat teoretis, EBT adalah bukan hak cipta dan tidak bisa dikategorikan sebagai hak cipta. Di tingkat praktis, peran negara sebagai pemegang hak cipta masih perlu diperjelas pelaksanaan konkretnya.

---

[1] R. Diah Imaningrum Susanti, *Hak Moral dan Hak Ekonomi dalam Hukum Hak Cipta, Sejarah, Filosofi, dan Perbandingan,* Malang: Widya Sasana Publication,2016, hlm. 281.

A. Memahami Makna melalui Maksud Pembuat Undang-undang

Tugas ilmuwan hukum di dalam memahami hukum berada dalam ranah *prospective interpretation*, yang hasilnya dapat berupa tulisan, *commentaries*, dan doktrin.[2] Selama ini, ilmu hukum lebih banyak peduli pada memahami hukum melalui metode penafsiran hukum yang dilakukan hakim (*operative interpretation)*, padahal, menerapkan hukum haruslah didahului pemahaman yang komprehensif terlebih dahulu, sehingga menjadi tugas ilmuwan hukum menjadi amat penting.[3] Legislator adalah penafsir pertama hukum dalam bentuk memberi definisi dan penjelasan pasal-pasal dalam undang-undang.[4]

Munculnya penafsiran yang berbeda atas teks yang sama, merupakan problem tanda dan makna, problem *sign-meaning*, yang awalnya dikaji mendalam dalam interpretasi linguistik dan sastra, kemudian dikonfirmasi oleh pemahaman hukum modern, bahwa perumusan suatu aturan tak pernah sempurna, selalu mengandung keterbatasan, sehingga berakibat tak dapat ditentukan hukumnya secara pasti/*legal indeterminacy.*[5] Problem ini berlanjut menjadi bagaimanakah, tahapan apa, yang harus dilalui penafsir untuk mendapatkan pemahaman makna dalam keterbatasan perumusan itu, juga pada keutamaan-keutamaan (*virtues*) yang harus dimiliki oleh penafsir agar penafsirannya mendekati makna yang memang dimaksudkan pembuat UU.

Teori Intensionalisme adalah suatu teori yang menyatakan bahwa penafsir perlu mengkaji maksud pembuat UU untuk menentukan makna hukum. Dalam interpretasi konstitusi, hal ini disebut *originalism*, yakni ide bahwa makna suatu teks adalah makna yang dimiliki pada saat teks itu ditulis.[6]

---

[2] Christopher Walshaw, "Interpretation is Understanding and Application: The Case for Concurrent Legal Interpretation",*Statute Law Review*, 34 (2), 23 Desember 2012. Makna yang sama dengan istilah yang berbeda dikemukakan oleh Jerzy Wróblewski, 'Legal Language and Legal Interpretation", *Law and Philosophy*, Vol. 4, No. 2, Legal Reasoning & Legal Interpretation, Aug., 1985, hlm. 247, yang membagi interpretasi ke dalam dua kategori, yakni *Operative Interpretation* dan *Doctrinal Interpretation.*

[3] R. Diah Imaningrum Susanti, *Penafsiran Hukum yang Komprehensif berdasarkan Lingkar Hermeneutika*, Indonesian Philosophical Studies, 2015, hlm. 19.

[4] Bagir Manan, *Dialog Interaktif kerjasama MOU antara Departemen Hukum dan HAM RI dengan Departemen kejaksaan Agung Australia*. Jakarta, 29-30 April 2009.

[5] Matthias Klatt. *Making the Law Explicit, The Normativity of Legal Argumentation.* Portland: Hart Publishing, 2008, hlm. hlm. 3. Bandingkan dengan *Dworkin, Law asInterpretation*, dalam Wacks, Raymond, *Introduction to Philosophy of Law*, (Oxford: Oxford University Press, 2006), hlm. 41-55.

[6] Natalie Stoljar, "Interpretation, Indeterminacy and Authority: Some Recent Controversies in the Philosophy of Law", *The Journal of Political Philosophy:* Volume 11, Number 4, 2003. hlm. 472.

Karakter *original* membutuhkan kesetiaan terhadap maksud pembuat, pemahaman si peratifikasi, makna publik, dst., walau ada amandemen. Teori ini disebut juga penafsiran historis: untuk menafsirkan makna UU harus melihat maksud pembuat UU, atau spiritnya, yang secara jelas terungkapkan, atau melalui sejarah UU yang dapat dipercaya teori ini mewujud pada metode penafsiran historis dan genetik[7] dan penafsiran otentik.

Teori intensionalisme dikritik keras, bahwa: 1) Maksud/*intention* dari pembuat UU hanya digunakan sebagai kedok untuk menutupi bahwa yang diinginkan sebenarnya adalah maksud si penafsir, siapa sebenarnya yang dapat diidentifikasi sebagai legislator yang punya maksud (*intent*) sebagaimana yang ditafsirkan oleh penafsir itu, karena legislator bukanlah seorang tunggal sehingga kita tidak dapat mengatakan maksud seorang adalah maksud kelompok, dan apabila norma yang kabur itu ditanyakan pada pembuat UU, maka penafsiran yang dibuat oleh si pembuat UU itu sendiri belum tentu dapat menjelaskan maksud sebenarnya.[8]

Dalam hukum hak cipta, teori*Moral Right Justification* menekankan bahwa pencipta memiliki hak yang melekat atau HM atas usaha kreatifnya. Hal ini didasarkan pada "penghargaan" atas karyanya (*Just Reward Theory*) dan teori hukum alam.[9] Termasuk dalam "just reward theory" ini adalah teori "personality", dikemukakan oleh Kant dan Herbert Spencer yang mengidentikkan karya dan personalitas pencipta. [10] Teori HM sebagai hal yang melekat dan abadi diletakkan dasarnya oleh Konvensi Bern dan dianut oleh beberapa negara dengan perlindungan jangka waktu berbeda.

Secara filosofis, HM sebenarnya ada terlebih dahulu dibandingkan dengan HE. Untuk itu, sangat penting dilakukan pembahasan mengenai HM yang mendalam, mendasar, dan tuntas, apalagi kasus-kasus hak cipta disebabkan oleh karena tidak dipahaminya hak ini secara tepat. Makna aturan tak cukup dipahami dari kata-kata itu sendiri, sebagaimana metode penafsiran literal, karena pilihan kata,

---

[7] Savigny dalam R. Alexy, *A Theory of Legal Argumentation, The Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Justification,* Oxford, 1989, 233-44, dalam Klatt, *Op. Cit.*, hlm. 5.

[8] Lord Halsbury dalam Klatt, *Op. Cit.*, hlm. 8.

[9] Simon Stokes, *Art and Copyright*. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2001.

[10] Michael I. Levy (Editor), *100 Most Influential Philosophers All the Time*, New York: Britannica Educational Publishing, 2010.

konsep, adalah kebijakan yang dipilih legislator dalam sistem hukum nasional dan konstitusi.[11] Teori ini diawali dari teori linguistik dan sastra tentang maksud pengarang, yang untuk teks hukum, dikenal dengan Intensionalisme: makna teks adalah makna yang dimaksudkan oleh si "pembicara".[12] Apabila tidak dipahami secara tepat, berakibat pemahaman yang berbahaya, karena: 1) yang dihasilkan adalah bukan maksud penulis, melainkan maksud dari si penafsir itu sendiri, sehingga maksud/*intention* dari pembuat UU hanya digunakan sebagai kedok untuk menutupi bahwa yang diinginkan sebenarnya adalah maksud si penafsir;[13] Metode ini menjerumuskan penafsir pada historisitas tekstual atau arkeologi teks (*mens auctoris*), padahal hukum itu juga bersifat kontekstual kontemporer.[14] Kesulitan mengidentifikasi legislator yang memaksudkan hal yang akan ditafsir tersebut dan problem anggapan adanya maksud/*counterfactual intention hypothesis*. Teori intensionalisme dalam menafsir makna aturan tercermin juga dalam penafsiran otentik, suatu metode penafsiran yang mengandalkan penjelasan resmi pembuat UU.[15] Penafsiran ini bisa berdampak pada positivisme linguistik dan ke *fallacy argumentatum ab auctoritate* argumentasi dari otoritas, atau juga *argumentum ad baculum* yakni argumen yang mengandalkan kekuatan fisik yang melindunginya .

Kajian Marmor[16] atas teori intensionalisme berhasil mengidentifikasi posisi "intensionalist" dalam hal konsep gagasan mengenai "maksud" (*intention*) dan mengklasifikasinya menjadi 1) intensionalis "ketat" (*strict*), yang memahami interpretasi sebagai terbatas pada keyakinan-keyakinan khusus mengenai penerapan istilah tersebut dari legislator awal atau penulis awalnya; 2) intensionalis "moderate",

---

[11] John F. Manning, "Deriving Rules of Statutory Interpretation from the Constitution", *Columbia Law Review,* Vol. 101, No. 7, Nov. 2001, hlm. 1654.

[12] Graeme Forbes, *Attitude Problems; An Essay on Linguistic Intensionality*, United States, New York: Oxford University Press Inc., 2006, hlm. 9. Beberapa filsuf hukum menyepakati berbagai jenis intensionalisme karena berbagai alasan adalah Alexander (1995); Goldsworthy (1997); Marmor (1992), p. 176ff; and Raz (1996), lihat, Natalie Stoljar, "Vagueness, Counterfactual Intentions, and Legal Interpretation", *Legal Theory,* Vol. 7/ Issue 4/December 2001, hlm. 447.

[13] Klatt, Loc. Cit.

[14] R. Diah Imaningrum Susanti, *Penafsiran Hukum yang Komprehensif berbasis Lingkar Hermeneutika,* Indonesian Philosophical Studies, 2015, hlm. 100.

[15] Bryan A. Gardner (Ed.), *Black's Law Dictionary* 9th Edition, St.Paul MN: West Publishing Company, 2009.

[16] Lihat: Andrei Marmor, *Interpretation and Legal Theory*, Oxford and Portland, Oregon: Hart Publising, 2005.

mendasarkan maksud pada maksud yang biasanya berlaku di masyarakat; dan 3) mendasarkan "maksud" pada tujuan aturan. Berbagai kemungkinan tentang "intention" di atas membuat apa yang dimaksudkan oleh pembuat aturan menjadi sangat abstrak, seperti suatu maksud untuk membuat suatu prinsip moral.[17]

B. Makna "Negara sebagai Pemegang Hak Cipta" atas EBT

Hak Cipta sebagai "intangible assets" memiliki "harga", "nilai", bukan semata-mata hak moral. Hak cipta mengandung dua konsep penting, Hak Moral (HM), yakni hak atas identitas dan hak atas integritas karya; dan Hak Ekonomi (HE). Hasil penelitian Susanti[18] menunjukkan bahwa definisi hak cipta dalam UUHC sebelum 2014 lebih bermakna HE yakni "hak pencipta atau penerima hak untuk mengumumkan atau memperbanyak ciptaannya atau memberikan izin untuk itu," hal ini sama sekali berbeda dengan esensi *author's right* sebagaimana di negara-negara *civil law.* Makna hak moral dirumuskan secara kabur dalam penjelasan umum, "hak moral melekat pada pencipta dan tidak dapat dihilangkan atau dihapus tanpa alasan apapun." Maksud pembuat UU tentang makna hak moral belum cukup mampu ditelusuri lewat metode penafsiran hukum historis, yakni mempelajari risalah pembuatan RUUHC pada saat itu.[19]

Dalam bahasa aslinya, *droit morale* (Perancis) hanya berkonotasi suatu hubungan yang melekat dengan personalitas individual,[20] sehingga memampukan pencipta untuk mengontrol nasib karyanya.[21] Oleh karena itu, hak moral bersifat melekat dan tak dapat dialihkan dengan cara apapun. Hak ini dipertahankan oleh pencipta bahkan ketika hak ekonomi (*copyright*) itu sudah dialihkan kepada pihak lain. Konsekuensinya, hak moral dapat berlaku untuk semua bentuk *mistreatment* atas karya, apakah itu berarti reputasi pencipta dirusak

---

[17] Ronald Dworkin, *A Matter of Principle*. Cambridge, MA: Harvard University Press,1985.

[18] R. Diah Imaningrum Susanti, Penafsiran Hukum yang Komprehensif terhadap Hak Moral dan Hak Ekonomi dalam Undang-Undang Hak Cipta", *Laporan Hasil Penelitian Hibah Doktor* 2014.

[19] R. Diah Imaningrum Susanti, 2014, *Ibid.*

[20] Wilkinson, Margaret Ann dan Natasha Gerolami, "The Author as Agent of Information Policy, The Relation Between Economic and Moral Rights in Copyright," *Government Information Quarterly* 26, 2009.

[21] Westbrook, Steve (Ed.), *Composition and Copyright: Perspective on Teaching, Text-Making, and Fair Use*, New York: State University of New York Press, 2009.

atau tidak, hak moral bisa melindungi karya seni atas pengrusakan, dan dapat dipertahankan oleh anggota publik umum.

Dua hal mendasar dari HM adalah *right of maternity*, hak yang dimilliliki oleh si penglahir karya. Hak maternitas ini terdiri dari hak atas identitas, yang mengizinkan pencipta untuk berkeberatan jika namanya tidak digunakan dalam asosiasi dengan karya, dan hak atas integritas atau keutuhan karya,yang mengizinkan pencipta untuk berkeberatan atas modifikasi, mutilasi, atau distorsi atas karya mereka yang merendahkan kehormatan mereka (Konvensi Bern Revisi 1907). Hak moral, minimum, dengan demikian, membiarkan pencipta untuk menegaskan bahwa namanya akan dicantumkan dalam karya dan bahwa karya tersebut tidak akan diganti dalam suatu cara apapun yang bisa memengaruhi reputasi si pencipta.

Di Indonesia, hak cipta meliputi HM dan HE. UUHC 2014 merumuskan HM dengan lebih jelas, namun UUHC ini melemahkan karakter personal dan melekat dari HM dengan melindunginya "hanya selama pencipta hidup" dan memungkinkannya untuk dialihkan ketika pencipta telah meninggal (Pasal 4 dan 4 UUHC 2014). Ketidak-jelasan tentang makna hak moral membawa dampak pada ketidak-pastian hukum. Dalam kasus Pak Raden, misalnya, "Kembalikan hak cipta pada pencipta",[22] sebenarnya tidak perlu terjadi jika pencipta dan pemegang hak cipta memahami Hak Moral dan Hak Ekonomi, sehingga tidak terjadi hak moral yang di-hakekonomi-kan, atau sebaliknya.

Dalam UUHC 2002 maupun 2014, Negara Indonesia memegang hak cipta untuk berbagai perwujudan EBT dan yang dinamakan 'hasil-hasil kebudayaan rakyat'. Alasan untuk memasukkan EBT dikemukakan dalam pertimbangan UU bahwa: Negara Indonesia adalah negara yang memiliki keberagaman suku/budaya dan kesejah-teraan di bidang seni dan sastra yang membutuhkan perlindungan hak cipta bagi kekayaan intelektual yang berasal dari keberagaman itu; bahwa Indonesia telah menjadi anggota berbagai konvensi/ persetujuan internasional di bidang hak kekayaan intelektual, dan khususnya di bidang Hak Cipta, yang membutuhkan perwujudan selanjutnya dalam sistem hukum nasionalnya.

[22] Tempo, 2012.

Sebagai konsekuensi dimasukkannya EBT ke dalam sistem hukum hak cipta adalah, bahwa HM dan HE diberlakukan untuk EBT. HM mencakup hak untuk diidentifikasi sebagai pencipta (hak atas maternitas, kadangkala disebut sebagai hak atribusi/right *to attribution*, hak untuk keberatan atas perlakuan yang merendahkan atas karya/*right of integrity*.

Makna "negara sebagai pemegang hak cipta atas EBT" menjadi patut dipertanyakan, apakah frasa itu memiliki makna, karena EBT tidak dapat dikategorikan dalam hak cipta, sehingga konsekuensinya negara bukanlah pemegang hak cipta atas EBT. Hal ini akan dibahas lebih lanjut dalam Bab VII tentang Peran Negara dalam Melindungi Ekspresi Budaya Tradisional.

C. EBT dalam Perjalanan Undang-undang Hak Cipta Indonesia

Hak Cipta sebagai bagian dari HKI telah dibawa ke Indonesia oleh pemerintah Kolonial Belanda. Indonesia sudah mengenal peraturan tentang hak cipta sejak 104 tahun yang lalu, ketika Kerajaan Belanda mengundangkan *Auteurswet* 1912 di Indonesia. Belanda sebagai bagian dari negara-negara Eropa Kontinental mengikuti jejak negara-negara lain yang mengikatkan diri pada. *The Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works*, biasanya dikenal dengan Konvensi Bern, sebagai persetujuan internasional tentang hak cipta, yang pertama kali diterima di Berne, Swiss. Tahun 1886. Konvensi ini merupakan konvensi internasional pertama yang mengatur perlindungan seni dan sastra. Indonesia sebagai negara jajahan Kerajaan Belanda diikutsertakan pada konvensi ini. Semenjak diberlakukannya peraturan tersebut, setiap karya, yang dinyatakan sebagai objek perlindungan hak cipta di Indonesia, mendapatkan perlindungan hak cipta.

Namun demikian, jika ditelusur, tak satu pun naskah Konvensi Bern yang notabene merupakan cikal bakal perlindungan hak cipta memasukkan EBT dalam wilayah perlindungannya. Konvensi Bern tidak mengatur persoalan Pengetahuan Tradisional (PT) dan Ekspresi Budaya Tradisional (EBT). Walaupun demikian, pembahasan masalah perlindungan Hak Kekayaan Intelektual (HKI) atas Pengetahuan Tradisional (PT) dan Ekspresi Budaya Tradisional (EBT) di tingkat

internasional sebenarnya tidak sepenuhnya merupakan sesuatu yang baru, karena telah dimulai sejak tahun 1967.[23]

Indonesia merupakan Negara dengan keanekaragaman budaya yang sangat luar biasa. Kekayaan budaya tersebut ternyata menyimpan pula potensi ekonomi yang sangat besar sehingga dapat mendukung proses pembangunan ekonomi yang berkelanjutan. Tidak mengherankan bahwa nilai tersebut telah menyebabkan pihak asing berulangkali memanfaatkan tanpa izin dan/atau mengakui Pengetahuan Tradisional (PT) dan Ekspresi Budaya Tradisional (EBT) di Indonesia sebagai milik mereka. Dalam jangka panjang, tindakan-tindakan tersebut dapat merugikan kepentingan nasional, karena semakin lama akan semakin banyak Pengetahuan Tradisional (PT) dan Ekspresi Budaya Tradisional (EBT) Indonesia yang diambil alih oleh bangsa lain, sedangkan dari segi kepentingan nasional di Indonesia sendiri belum dapat dikalkulasi seberapa besar potensi keuntungan ekonomi secara berkelanjutan yang dapat diperoleh dari kekayaan intelektual warisan budaya bangsa tersebut.

Perjalanan Undang-undang Hak Cipta Indonesia dapat ditelusuri mulai jaman penjajahan sampai saat ini.

1. Jaman Penjajahan

Auteurswet 1912 menetapkan bahwa masa berlaku hak cipta (dalam arti hak ekonomi) akan habis (bagi karya-karya yang dibuat setelah dan sebelum peraturan tersebut diundangkan) 70 tahun setelah pencipta meninggal dunia,terhitung sejak tanggal 1 Januari pada tahun meninggalnya pencipta untuk segala jenis ciptaan. Misalnya, seorang pencipta meninggal pada tahun 1950, maka hak ekonomi atas karya itu akan berhenti dinikmati oleh pencipta pada 70 tahun setelah tahun 1950, yaitu 2020.

Auteurswet 1912 hanya memisahkan pengaturan karya sinematografi di dalam ketentuan masa berlaku hak cipta. Sehingga ciptaan lain, termasuk buku ini, akan habis masa berlaku hak ciptanya 70 tahun setelah tahun meninggal dari penulisnya.*Auteurswet* mengatur bahwa karya sinematografihabis masa berlaku hak ciptanya mengikuti tahun kematian dari masing-masing orang yang terlibat

[23] WIPO Publications No. 913 (E)3.

dalam pembuatan karya tersebut yang urutannya adalah: 1) Sutradara Utama; 2) Penulis Skenario; 3) Penulis Dialog; dan 4)Pembuat Aransemen Musik.

Selama masa penjajahan Jepang, secara *de facto* Indonesia tidak mengenal hubungan internasional. Hal ini menyebabkan tidak adanya tempat untuk memberlakukan hukum hak cipta, sehingga hak cipta berada dalam kedudukan *status-quo* waktu itu. Tahun 1944 merupakan akhir dari masa penjajahan Jepang di Indonesia. Proklamasi Kemerdekaan 17 Agustus 1945 secara formal mengakhiri berlakunya tertib hukum kolonial, dan dilanjutkan dengan berlakunya tertib hukum nasional dengan dasar hukum Aturan Peralihan dan Aturan Tambahan dari Undang-undang Dasar 1945 yang menyatakan bahwa "Segala badan negara dan peraturan yang ada masih berlaku selama belum diadakan yang baru". Artinya, sampai Indonesia mampu membuat UUHC sendiri, maka *Auterswet* 1912 masih digunakan.

2. Jaman Kemerdekaan

1) UU Nomor 6 tahun 1982 tentang Hak Cipta

Setelah 70 tahun memakai *Auterswet* 1912,Indonesia kemudian mengundangkan UUHC baru yaitu Undang-undang Nomor 6 tahun 1982 tentang Hak Cipta (UUHC 1982) yang mengakhiri berlakunya *Auterswet* 1912. Peraturan ini menetapkan masa berlaku hak cipta akan habis 25 tahun setelah pencipta meninggal dunia, dan 15 tahun setelah karya pertama kali dipublikasikan untuk karya fotografi dan sinematografi.

Ekspresi Budaya Tradisional diatur dalam Pasal 10 UUHC 1982 dengan nama "Benda Budaya Nasional". Yang dimaksud dengan "benda budaya nasional" adalah:

a. Karya peninggalan sejarah, pra sejarah, paleo antropologi dan benda benda budaya nasional lainnya (pasal 10 UUHC 1982 ayat 1)
b. Hasil kebudayaan rakyat yang menjadi milik bersama, seperti cerita, hikayat, dongeng, legenda, babad, lagu, kerajinan tangan, koreografi, tarian, kaligrafi dan karya seni lainnya (pasal 10 ayat 2a)

Dapat disimpulkan, bahwa karya budaya dalam UUHC 1982 ini dibagi menjadi dua, yakni karya budaya yang berwujud (*tangible cultural property*), yakni: 1) Karya peninggalan sejarah, prasejarah,

paleo antropologi dan benda-benda budaya nasional lainnya, dan 2) karya budaya yang tak berwujud, berupa hasil kebudayaan rakyat yang menjadi milik bersama, seperti cerita, hikayat, dongeng, legenda, babad, lagu, kerajinan tangan, koreografi, tarian, kaligrafi dan karya seni lainnya (*intangible cultural property*).

Sejak Indonesia memiliki UUHC, karya budaya telah dimasukkan dalam wilayah hak cipta, dan pemegang hak ciptanya adalah negara, sebagaimana ditegaskan dalam Pasal 10 Ayat 2 (b), bahwa Negaralah yang memegang hak cipta atas karya peninggalan sejarah, pra sejarah, paleo antropologi dan bendabenda budaya nasional lainnya terhadap Luar Negeri.

2) UU Nomor 7 tahun 1987 tentang Hak Cipta

Lima tahun setelah pemberlakuan UUHC 1982, pemerintah menerbitkan Undang-undang Nomor 7 tahun 1987tentang Perubahan Atas Undang-undang No.6 Tahun 1982 tentang Hak Cipta (UUHC 1987). Perubahan ini dilakukan karena masa berlaku hak cipta pada undang-undang sebelumnya dianggap tidak lazim. Jangka waktu perlindungan *selain* untuk karya fotografi dan sinematografi kemudian diperpanjang menjadi 50 tahun setelah pencipta meninggal dunia. Sedangkan untuk karya fotografi dan sinematografi masa berlaku hak ciptanya diperpanjang menjadi 25 tahun setelah pencipta meninggal.

Meskipun jarak perubahan UUHC 1982 ke UUHC 1987 begitu dekat, namun prinsip non-retroaktif tetap diberlakukan pada karya yang terbit ketika UUHC 1982 masih berlaku.Kita dapat mengambil contoh film Satria Bergitar yang diperankan oleh Rhoma Irama. Film tersebut pertama kali ditayangkan atau dipublikasikan pada tahun 1983.Artinya, sebagai karya sinematografi, film ini telah habis masa berlaku hak ciptanya pada tahun 2009.

Undang-undang ini memasukkan ekspresi budaya tradisional dalam ciptaan yang tak diketahui penciptanya. Ketentuan Pasal 10 Ayat (1) diubah sehingga berbunyi sebagai berikut, (1) Negara memegang Hak Cipta atas karya peninggalan pra sejarah, sejarah, dan benda budaya nasional. Ketentuan Pasal 10 Ayat (3) dan Ayat (4) dihapus, dan Pasal 10 Ayat (5) dijadikan Pasal 10 Ayat (3) baru. Di

antara Pasal 10 dan Pasal 11 disisipkan Pasal 10A yang berbunyi sebagai berikut:

> Selanjutnya, makna "negara sebagai pemegang hak cipta atas benda budaya nasional" memberi kewajiban negara untuk: 1) memelihara; 2) melindungi benda budaya nasional itu terhadap LUAR NEGERI; 3) menjadikan milik negara suatu benda budaya yang dipandang demi kepentingan nasional dengan Keputusan Presiden atas dasar pertimbangan Dewan Hak Cipta.

Menjadi patut dipertanyakan di sini, apakah yang dimaksud memelihara? Apanya yang dipelihara? Untuk apa dipelihara? Dengan cara apanegara memelihara? Bagaimana konsekuensi dari benda budaya yang tak dipelihara? Apakah yang dimaksud dengan melindungi?

Memelihara dan melindungi merupakan dua kata tak terpisahkan yang digunakan dalam peran negara dalam kebudayaan nasional. Pasal 32 Ayat (1) Undang-undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 Pasal I ini menyatakan bahwa, "Negara memajukan kebudayaan nasional Indonesia ditengah beradaban dunia dengan menjamin kebebasan masyarakat dalam memeliharadan mengembangkan nilai-nilai budayanya" Amanah pasal ini tentunya dapat dipahami bahwa apabila kebudayaan yang kita miliki ini bila dikelola dan dimanfaatkan dengan baik, akan menjadi kendaraan yang secara ekonomi dapat mendorong peningkatan kesejahteraan yang dirasakan oleh masyarakat.

Pasal 33, pada dasarnya menyebutkan bahwa negara *melindungi* hajat hidup orang banyak, kekayaan bangsa dan penyelenggaraan demokrasi ekonomi demi kepentingan masyarakat luas, untuk sebesar-besarnya kepentingan dankemakmuran rakyat, secara berkeadilan, berkelanjutan dan berwawasan lingkungan, kemandirian serta dengan menjaga keseimbangan kemajuan dan kesatuan ekonomi nasional.

Badan Pembinaan Hukum Nasional, dalam Rancangan Akademik Undang-undang Perlindungan EBT mengusulkan rumusan makna "perlindungan" itu dalam arti:

(1) pengakuan dan penghormatan terhadap masyarakat lokal yang secara tradisional/kultural telah memeliharanya secara turun temurun;

(2) akses informasi dan karya intelektual yang dikembangkan dari padanya; serta

(3) pembagian hasil yang adil yang diperoleh dari pengembangan serta eksploitasinya.

Perlindungan EBT diarahkan untuk dapat memberi manfaat kepada penduduk asli atau masyarakat yang secara kultural dan tradisional mendukungnya. Lingkup perlindungan yang diusulkan meliputi antara lain:

(1) pencegahan tindakan perbanyakan, adaptasi, penyebarluasan, dan segala bentuk ekspoitasi lainnya, serta pemilikan dalam kerangka HAKI atas EBT/TCE dan produk turunannya;

(2) pencegahan dari tindakan yang secara tidak sah mengungkap atau bentuk pemanfaatan lainnya yang memungkinkan pihak ketiga untuk memperoleh HAKI atas rahasia EBT/TCE.

(3) dalam hal karya tradisional seperti yang dimaksud dalam Traktat WIPO 1996 tentang Pertunjukan dan *Phonogram,* perlindungan harus menjangkau hak-hak moral dan ekonomi masyarakat tradisional;

(4) di luar karya seni (pertunjukan), disarankan agar dalam penggunaan atau pemanfaatan EBT/TCE lainnya ditentukan: kewajiban untuk dengan jelas menyebutkan masyarakat budaya atau tradisional yang telah memberi inspirasi bagi lahirnya suatu karya (intelektual) yang baru; larangan dan ancaman pidana terhadap segala perilaku distortif, penghilangan, pengubahan atau tindakan sejenis yang dapat merusak reputasi, identitas budaya, dan integritas masyarakat berikut nilai-nilai yang hidup didalamnya; pencegahan dan ancaman pidana terhadap segala tindakan yang menyesatkan atau menimbulkan kebingungan dunia perdagangan, dan bertentangan dengan asal usul EBT/TCE, karakteristik, kuantitas, bentuk dan proses pembentukannya; ada skim pemberian imbalan atau pembagian hasil yang adil dalam hal pemanfaatan komersial

3) Undang-undang Nomor 12 tahun 1997 tentang Perubahan Atas Undang-undang Nomor 6 Tahun 1982 Sebagaimana Telah Diubah dengan Undang-undang Nomor 7 Tahun 1987

Sepuluh tahun setelah perubahan yang diadakan terhadap UUHC 1982 oleh UUHC 1987, pemerintah kembali melakukan perubahan terkait beberapa ketentuan dengan mengundangkan UU

12 Nomor 12 tahun 1997 tentang Perubahan Atas UU Nomor 6 tahun 1982 Sebagaimana Telah Diubah dengan Undang-undang Nomor 7 tahun 1987. UU ini disebut UUHC 1997.UUHC yang terbaru ini membuat tiga kategori jangka waktu perlindungan hukum hak cipta. Kategori pertama adalah untuk ciptaan yang sifatnya asli atau orisinil seperti buku, lagu, karya seni rupa, dan beberapa ciptaanlain. Pada kategori ini jangka waktu perlindungan hukum diberikan selama seumur hidup pencipta ditambah 50 tahun setelah pencipta meninggal dunia. Kategori kedua dibuat untuk ciptaan yang bersifat turunan (derivatif). Masa berlaku hak cipta untuk karya-karya seperti program komputer, sinematografi, rekaman suara, karya pertunjukan, dan karya siaran berlangsung selama 50 tahun untuk orang perorangan maupun badan hukum, sejak ciptaan tersebut pertama kali diumumkan. Kategori ketiga merupakan ketentuan khusus untuk karya fotografi dan susunan perwajahan karya tulis yang diterbitkan sebagai buku yang masa berlaku hak ciptanya hanya 25 tahun sejak pertama kali diumumkan.

Contoh, album musik "The Best of Wayang" ini pertama kali dipublikasikan pada tahun 2001. Lagu-lagu yang masuk di dalam album ini adalah lagu-lagu yang pernah dipublikasikan dari tahun 1997 sampai tahun 2000. Karya ini terbit setahun sebelum UUHC 2002 diberlakukan. UUHC 1997 dan UUHC 2002 juga memiliki rentang waktu perubahan yang amat dekat. Tidak ada perbedaan ketentuan masa berlaku hak cipta untuk karya musik antara UUHC 1997 dan UUHC 2002. Karya ini mengikuti ketentuan yang diatur oleh UUHC 1997 tentang masa berlaku hak cipta yang dipegang oleh dua pihak oleh lebih. Masa berlaku hak cipta dihitung dari tahun kematian pihak yang paling terakhir meninggal dari band ini, untuk kemudian ditambah 50 tahun.

4) UU Nomor 19 tahun 2002 tentang Hak Cipta

Indonesia merasa perlu untuk menyesuaikan peraturan perundang-undangan mengenai hak cipta terhadap TRIPs. UUHC 1997 yang dirasa kurang sempurna dicabut, untuk kemudian diubah dengan Undang-undang Nomor 19 tahun 2002 tentang Hak Cipta. UUHC 2002 ini juga membuat tiga kategori di ketentuan tentang masa berlaku hak cipta suatu ciptaan. Kategori pertama masih ditujukan

untuk karya-karya orisinil (karya seni rupa, buku, danmusik) yang ketentuan perlindungannya juga sama yaitu 50 tahun setelah pencipta meninggal dunia. Terdapat penambahan dan pengurangan obyek perlindungan yang ada di kategori kedua, yaitu ciptaan fotografi, basis data, dan karya hasil pengalihwujudan yang masa berlaku hak ciptanya adalah 50 tahun sejak ciptaan kali pertama diumumkan. Kategori ketiga juga merupakan ketentuan yang dikhususkan untuk karya-karya seperti *folklore*dan hasil kebudayaan rakyat sebagai karya yang hak ciptanya dipegang oleh negara dan jangka waktu perlindungannya tidak mengenalbatas waktu. Contoh, Tarian Jaran Kepang adalah salah satu hasil kebudayaan rakyat Indonesia. Karya-karya sejenis tidakmengenal masa berlaku hak cipta. Hak cipta untuk karya ini dipegang oleh negara. Hak cipta atas karya hasil kebudayaan rakyat dipegang oleh negara untuk mencegahpemanfaatan untuk kepentingan komersial tanpa seizin negara sebagai Pemegang Hak Cipta. Penerbit Balai Pustaka merupakan salah satu penerbit yang aktif pada masa diundangkannya *Auterswet* 1912 ('Kiosk van 'Balai Poestaka' te Poerwokerto.', Koleksi Tropen Museum, CC BY-SA 3.0, via Wikimedia Commons).

5) UU Nomor 28 tahun 2014 tentang Hak Cipta

Ada dua pasal yang mengatur EBT dalam UU ini, yakni dalam Bab V Undang-undang Nomor 28 tahun 2014 tentang Hak Cipta, yakni "Ekspresi Budaya Tradisional dan Ciptaan yang Dilindungi", dalam Pasal 38 dan Pasal 39 yang berbunyi:

- **Pasal 38**

  (1) Hak Cipta atas ekspresi budaya tradisional dipegang oleh Negara;

  (2) Negara wajib menginventarisasi, menjaga, dan memelihara ekspresi budaya tradisional sebagaimana dimaksud pada Ayat (1);

  (3) Penggunaan ekspresi budaya tradisional sebagaimana dimaksud pada Ayat (1) harus memperhatikan nilai-nilai yang hidup dalam masyarakat pengembannya;

  (4) Ketentuan lebih lanjut mengenai Hak Cipta yang dipegang oleh Negara atas ekspresi budaya tradisional sebagaimana dimaksud pada Ayat (1) diatur dengan Peraturan Pemerintah.

- **Pasal 39**

(1) Dalam hal Ciptaan tidak diketahui Penciptanya dan Ciptaan tersebut belum dilakukan Pengumuman, Hak Cipta atas Ciptaan tersebut dipegang oleh Negara untuk kepentingan Pencipta.

(2) Dalam hal Ciptaan telah dilakukan Pengumuman tetapi tidak diketahui Penciptanya, atau hanya tertera nama aliasnya atau samaran Penciptanya, Hak Cipta atas Ciptaan tersebut dipegang oleh pihak yang melakukan Pengumuman untuk kepentingan Pencipta.

(3) Dalam hal Ciptaan telah diterbitkan tetapi tidak diketahui Pencipta dan pihak yang melakukan Pengumuman, Hak Cipta atas Ciptaan tersebut dipegang oleh Negara untuk kepentingan Pencipta.

(4) Ketentuan sebagaimana dimaksud pada ayat (1), ayat (2), dan ayat (3) tidak berlaku jika Pencipta dan/atau pihak yang melakukan Pengumuman dapat membuktikan kepemilikan atas Ciptaan tersebut.

(5) Kepentingan Pencipta sebagaimana dimaksud pada ayat (1) dan ayat (3) dilaksanakan oleh Menteri.

Sampai pada saat buku ini ditulis, belum ada Peraturan Pemerintah yang mengatur tentang hak cipta yang dipegang oleh negara atas EBT sebagaimana diamanatkan oleh UU ini. Hasil wawancara dengan DJHKI subdit pelayanan hukum hak cipta dan desain Industri menunjukkan bahwa RPP ini telah dirancang dan menunggu pengesahan dari Pemerintah. Nama RPP itu adalah Rancangan Peraturan Pemerintah[24]

D. Perbandingan Berbagai Undang-undang Hak Cipta Indonesia

Dari berbagai undang-undang hak cipta yang dimiliki Indonesia, alasan diaturnya EBT dalam Hak Cipta dan Tugas Negara sebagai Pemegang Hak Cipta dapat diringkas dalam Tabel 1 dan Tabel 2 sebagai berikut:

[24] Juga merupakan hasil wawancara dengan Kasubdit Pengetahuan Tradisional dan Ekspresi Budaya Tradisional, Ditjen Kebudayaan Kemdikbud, pada tanggal 16 Juni 2017.

Tabel 1.
Maksud Pembuat Undang-Undang dan Perbandingan UUHC dalam Mengatur Ekspresi Budaya Tradisional

	UUHC 1982	UUHC 1987	UU 19/2002	UU 28/2014
Maksud Pembuat UU	1. Indonesia mau membangun hukum sebagaimana dalam Garis-garis Besar Haluan, Negara (Ketetapan Majelis Permusyawaratan Rakyat Nomor IV/MPR/1978), 2. Mendorong dan melindungi penciptaan, penyebarluasan hasil kebudayaan di bidang karya ilmu, seni dan sastra 3. Mempercepat pertumbuhan kecerdasan kehidupan bangsa dalam Wahana Negara Republik Indonesia berdasarkan Pancasila dan Undang-Undang Dasar 1945	a. Bahwa pemberian perlindungan hukum terhadap Hak Cipta pada dasarnya dimaksudkan sebagai upaya untuk mewujudkan iklim yang lebih baik bagi tumbuh dan berkembangnya gairah mencipta di bidang ilmu pengetahuan, seni, dan sastra; b. bahwa di tengah kegiatan pelaksanaan pembangunan nasional yang semakin meningkat, khususnya di bidang ilmu pengetahuan, seni, dan sastra, ternyata telah berkembang pula kegiatan pelanggaran Hak Cipta, terutama dalam bentuk tindak pidana pembajakan; c. bahwa pelanggaran Hak Cipta tersebut telah mencapai tingkat yang membahayakan dan dapat merusak tatanan kehidupan masyarakat pada umumnya dan minat untuk mencipta pada khususnya; d. bahwa untuk mengatasi dan menghentikan pelanggaran Hak Cipta dipandang perlu untuk mengubah dan menyempurnakan beberapa ketentuan dalam Undang-	a. bahwa Indonesia adalah negara yang memiliki keanekaragamanetnik/suku bangsa dan budaya serta kekayaan di bidang seni dansastra dengan pengembangan-pengembangannya yang memerlukan perlindungan Hak Cipta terhadap kekayaan intelektual yang lahir dari keanekaragaman tersebut; b. bahwa Indonesia telah menjadi anggota berbagaikonvensi/ perjanjian internasional di bidang hak kekayaanintelektual pada umumnya dan Hak Cipta pada khususnya yangmemerlukan pengejawantahan lebih lanjut dalam sistem hukumnasionalnya; c. bahwa perkembangan di bidang perdagangan, industri, dan investasi telah sedemikian pesat sehingga memerlukanpeningkatan perlindungan bagi Pencipta dan Pemilik Hak Terkaitdengan tetap memperhatikankepentingan masyarakat luas; d. bahwa dengan memperhatikan pengalaman dalam melaksanakanUndang-undang Hak Cipta yang ada, dipandang perlu untukmenetapkan Undang-undang Hak Cipta yang baru	a. bahwa hak cipta merupakan kekayaan intelektual di bidang ilmu pengetahuan, seni, dan sastra yangmempunyai peranan strategis dalam mendukung pembangunan bangsa dan memajukan kesejahteraan umum sebagaimana diamanatkan oleh Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945; b. bahwa perkembangan ilmu pengetahuan, teknologi, seni, dan sastra, sudah demikian pesat sehinggamemerlukan peningkatan pelindungan dan jaminan kepastian hukum bagi pencipta, pemegang Hak Cipta,dan pemilik Hak Terkait; c. bahwa Indonesia telah menjadi anggota berbagai perjanjian internasional di bidang hak cipta dan hakterkait sehingga diperlukan implementasi lebih lanjut dalam sistem hukum nasional agar para pencipta dan kreator nasional mampu berkompetisi secarainternasional; d. bahwa Undang-Undang nomor 19 tahun 2002 tentang hak cipta sudah tidak sesuai denganperkembangan hukum dan kebutuhan masyarakat sehingga perlu diganti denganUndang-undang yangbaru; e. bahwa berdasarkan pertimbangan sebagaimana dimaksud pada huruf a, huruf b, huruf c, dan huruf dperlu membentuk Undang-undang tentang Hak Cipta.

		undang Nomor 6 Tahun 1982 tentang Hak Cipta;	menggantikanUndang-undang Nomor 6 Tahun 1982 tentang Hak Cipta sebagaimana telah diubah dengan Undang-undang Nomor 7 Tahun 1987 dan terakhir diubah dengan Undang-undang Nomor 12 Tahun 1997; e. bahwa berdasarkan pertimbangan sebagaimana tersebut dalamhuruf a, huruf b, huruf c, dan huruf d, dibutuhkan Undang-undangtentang Hak Cipta;	
Ketentuan yang mengatur	**Pasal 10** (1) Negara memegang hak cipta atas karya peninggalan sejarah, pra sejarah, paleo antropologi dan bendabendabudaya nasional lainnya. .	Pasal 10 " (1) Negara memegang Hak Cipta atas karya peninggalan pra sejarah, sejarah, dan benda budaya nasionallainnya". (menghilangkan kata "paleoantropologi")	Pasal 10 (1) Negara memegang Hak Cipta atas karya peninggalan prasejarah, sejarah,dan benda budaya nasionallainnya.	**Pasal 38** (1) Hak Cipta atas ekspresi budaya tradisional dipegang oleh Negara. (2) Negara wajib menginventarisasi, menjaga, dan memelihara ekspresi budaya tradisional sebagaimanadimaksud pada ayat (1). (3) Penggunaan ekspresi budaya tradisional sebagaimana dimaksud pada ayat (1) harus memperhatikannilai-nilai yang hidup dalam masyarakat pengembannya. (4) Ketentuan lebih lanjut mengenai Hak Cipta yang dipegang oleh Negara atas ekspresi budaya tradisionalsebagaimana dimaksud pada ayat (1) diatur dengan Peraturan Pemerintah.
	(2): a. Hasil kebudayaan rakyat yang menjadi milik bersama, seperti cerita, hikayat, dongeng, legenda,babad, lagu, kerajinan tangan, koreografi, tarian, kaligrafi dan karya seni	Tetap	(2) Negara memegang Hak Cipta atas *folklor* dan hasil kebudayaan rakyat yangmenjadi milik bersama, seperti cerita, hikayat, dongeng, legenda, babad,lagu, kerajinan tangan, koreografi, tarian, kaligrafi, dan karya seni lainnya.	Penjelasan pasal 38: **Pasal 38** Ayat (1) Yang dimaksud dengan "ekspresi budaya tradisional" mencakup salah satu atau kombinasi bentuk ekspresi sebagai berikut: a. verbal tekstual, baik lisan maupun tulisan, yang berbentuk prosa maupun puisi, dalam berbagai tema dan

	lainnya dipelihara dandilindungi oleh negara; b. Negara memegang hak cipta atas ciptaan tersebut pada ayat (2) a terhadap luar negeri.			kandungan isi pesan, yang dapat berupa karya sastra ataupun narasi informatif; b. musik, mencakup antara lain, vokal, instrumental, atau kombinasinya; c. gerak, mencakup antara lain, tarian; d. teater, mencakup antara lain, pertunjukan wayang dan sandiwara rakyat; e. seni rupa, baik dalam bentuk dua dimensi maupun tiga dimensi yang terbuat dari berbagai macambahan seperti kulit, kayu, bambu, logam, batu, keramik, kertas, tekstil, dan lain-lain ataukombinasinya; dan f. upacara adat. Ayat (2) Cukup jelas. Ayat (3) Yang dimaksud dengan "nilai-nilai yang hidup dalam masyarakat pengembannya" adalah adat istiadat, norma hukum adat, norma kebiasaan, norma sosial, dan norma-norma luhur lain yang dijunjung tinggi oleh masyarakat tempat asal, yang memelihara, mengembangkan, dan melestarikan ekspresi budaya tradisional.
	3) Hak cipta suatu karya demi kepentingan nasional dengan sepengetahuan pemegangnya dapat dijadikan milik negara dengan Keputusan Presiden atas dasar pertimbangan Dewan Hak Cipta.	dihapus,	3) Untuk mengumumkan atau memperbanyak Ciptaan tersebut pada ayat (2),orang yang bukan warga negara Indonesia harus terlebih dahulu mendapatizin dari instansi yang terkait dalam masalah tersebut.	
	(4) Kepada pemegang hak cipta sebagaimana dimaksud dalam ayat (3)	Dihapus	(4) Ketentuan lebih lanjut mengenai Hak Cipta yang dipegang oleh Negarasebagaimana dimaksud	

	diberi imbalan peng-hargaan yang ditetapkan oleh Presiden. (5) Ketentuan lebih lanjut mengenai hak cipta yang dipegang oleh negara sebagaimana dimaksud dalampasal ini, diatur lebih lanjut dengan Peraturan Pemerintah		dalam Pasal ini, diatur dengan PeraturanPemerintah.	
		Ayat 3 dan 4 dijadikan Pasal 10 ayat (3) baru. Sebagai berikut: – Hak cipta suatu karya demi kepentingan nasional dengan sepengetahuan pemegangnya dapat dijadikanmilik negara dengan Keputusan Presiden atas dasar pertimbangan Dewan Hak Cipta. – Kepada pemegang hak cipta sebagaimana dimaksud dalam ayat (3) diberi imbalan penghargaan yangditetapkan oleh Presiden. Di antara Pasal 10 dan Pasal 11 disisipkan Pasal 10A yang berbunyi sebagai berikut : "**Pasal 10A** Apabila suatu ciptaan sama sekali tidak diketahui siapa penciptanya, maka Negara memegang Hak Cipta atas ciptaan tersebut kecuali terbukti sebaliknya".		

				Pasal 60 (1) Hak Cipta atas ekspresi budaya tradisional yang dipegang oleh negara sebagaimana dimaksud dalamPasal 38 ayat (1) berlaku tanpa Batas waktu. (2) Hak Cipta atas Ciptaan yang Penciptanya tiada
				Modifikasi atas ekspresi budaya tradisional dilindungi sebagai hak cipta tersendiri (pasal 40 UUHC 2014)
				kompilasi ekspresi budaya tradisional selama kompilasi tersebut merupakan karya yang asli;
	(4) Kepada pemegang hak cipta sebagaimana dimak-sud dalam ayat (3) diberi imbalan penghargaan yangditetapkan oleh Presiden. (5) Ketentuan lebih lanjut mengenai hak cipta yang dipegang oleh negara sebagaimana dimaksud dalam pasal ini, diatur lebih lanjut dengan Peraturan Pemerintah	Dihapus	(4) Ketentuan lebih lanjut mengenai Hak Cipta yang dipegang oleh Negarasebagaimana dimaksud dalam Pasal ini, diatur dengan PeraturanPemerintah.	

Keempat UUHC Indonesia mengatur tugas negara sebagai pemegang hak cipta atas Ekspresi Budaya Tradisional, sebagaimana dipaparkan dalam tabel 2 berikut ini:

Tabel 2.
Tugas Negara Sebagai Pemegang Hak Cipta atas Ekspresi Budaya Tradisional

UUHC 1982	UUHC 1987	UUHC 2002	UUHC 2014
1. Memelihara hasil kebudayaan rakyat yang menjadi milik bersama, seperti cerita, hikayat, dongeng, legenda, babad, lagu, kerajinan tangan, koreografi, tarian, kaligrafi dan karya seni lainnya 2. Melindungi hasil kebudayaan rakyat yang menjadi milik bersama, seperti cerita, hikayat, dongeng, legenda, babad, lagu, kerajinan tangan, koreografi, tarian, kaligrafi dan karya seni lainnya	1. Memelihara hasil kebudayaan rakyat yang menjadi milik bersama, seperti cerita, hikayat, dongeng, legenda, babad, lagu, kerajinan tangan, koreografi, tarian, kaligrafi dan karya seni lainnya 2. Melindungi hasil kebudayaan rakyat yang menjadi milik bersama, seperti cerita, hikayat, dongeng, legenda, babad, lagu, kerajinan tangan, koreografi, tarian, kaligrafi dan karya seni lainnya.	Instansi terkait sebagai otoritas yang memberi ijin atas pengumuman, perbanyakan EBT Untuk mengumumkan atau memperbanyak EBT (pasal 10 ayat 2)	1. Wajib menginventarisasi, 2. Wajib menjaga, 3. Wajib memelihara 4. Penggunaan EBT harus memperhatikannilai-nilai yang hidup dalam masyarakat pengembannya.
Mengamanatkan adanya Peraturan Pemerintah untuk pengaturan lebih lanjut mengenai EBT,	Ada dewan hak cipta yang ditetapkan oleh Keppres untuk memberi pertimbangan "Hak cipta suatu karya demi kepentingan nasional dengan sepengetahuan pemegangnya dapat dijadikan milik negara dengan Keputusan Presiden atas dasar pertimbangan Dewan Hak Cipta	Diamanatkan dalam UU, adanya PP yang mengatur negara sebagai pemegang hak cipta atas EBT, namum sampai saat ini tidak ada	Mengamanatkan adanya PP untuk pengaturan lebih lanjut tentang Hak Cipta yang dipegang oleh Negara atas ekspresi budaya tradisional
Belum ada PP sampai UU tersebut diganti	Belum ada PP sampai UU tersebut diganti	Belum ada PP sampai UU tersebut diganti	Sudah ada Rancangan Peraturan Pemerintah yang dikonsep oleh dari Ditjen HKI

1. Konsekuensi Hukum

Jika EBT dalam terminologinya dan kontennya seharusnya dipahami dan diperlakukan sesuai dengan pemahaman dan konsep dari para pengemban EBT, adalah esensial mempertimbangkan sejauh mungkin konsep-konsep tentang kebudayaan dan pandangan dunia yang menggarisbawahinya dari sudut pandang masyarakat itu sendiri. Di samping itu, jika perlindungan EBT dipahami sebagai secara politik mengikuti suatu pendekatan sosial ekonomi, yang bertujuan untuk menguatkan suatu keberagaman budaya, dan bukan sebagai pelestarian masa lalu sebagaimana museum, maka bahkan "fenomena yang diadopsi "baru" seharusnya menjadi bagian dari EBT sebagai objek perlindungan.

Sama halnya, terkait dengan aspek yang diperdebatkan, "revitalisasi" EBT, hal yang setara dapat dikemukakan pada 2007 *UN Dedaration on the Rights of Indigenous Peoples*. Pasal 13, ayat 1-nya secara tegas menyatakan hak masyarakat asli untuk merevitalisasi, menggunakan, mengembangkan, dan menyebarkan ke generasi-generasi selanjutnya, sejarah mereka, bahasa, tradisi lisan, filosofi, sistem dan sastra tulis, dan mempertahankan nama-nama yang mereka buat sendiri untuk komunitas, tempat, dan orang-orangnya."[25] Di Ecuador misalnya, rancangan legislasi tentang PT dan EBT dari negara tersebut secara eksplisit mendefinisikan pengetahuan tradisional, praktik-praktik, dan ekspresi-ekspresi sebagai "dinamis", dan "dalam suatu proses konstan terus-menerus dalam inovasi dan adaptasi terhadap realitas baru, berdasarkan visi kosmos dan dari komunitas tersebut."[26]

2. Hubungan antara Hak Cipta, Cagar Budaya, dan Pemajuan Kebudayaan terkait Ekspresi Budaya Tradisional

Membahas ketiga undang-undang yang terkait dengan budaya memiliki relevansi sebagai berikut. Pertama, ketiganya melindungi produk akal budi manusia di bidang ilmu pengetahuan, seni, dan sastra, yang tentunya merupakan hasil kebudayaan.[27] Ketiga UU ini

---

[25] Tentang deklarasi ini, lihat http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_en.pdf, diakses pada tanggal 17 Mei 2017.

[26] Busch, *Op. Cit.*, hlm. 42.

[27] Lihat:Koentjaraningratdalam bukunya, *Kebudayaan, Mentalitas, dan Pembangunan*, Jakarta: Gramedia, 1974, yang mengemukakan pengertian kebudayaan sebagai "keseluruhan sistem gagasan, tindakan, dan hasil karya manusia dalam rangka kehidupan masyarakat yang dijadikan milik diri manusia dengan belajar.

memuat unsur-unsur kebudayaan, yang mengandung tujuh unsur, yakni:[28]

1) ***Bahasa:***Bahasa adalah suatu pengucapan yang indah dalam elemen kebudayaan dan sekaligus menjadi alat perantara yang utama bagi manusia untuk meneruskan atau mengadaptasi kan kebudayaan. Bentuk bahasa ada dua yaitu bahasa lisan dan bahasa tulisan.
2) ***Sistem Pengetahuan***: Sistem pengetahuan itu berkisar pada pegetahuan tentang kondisi alam sekelilingnya dan sifat-sifat peralatan yang dipakainya. Sistem pengetahuan meliputi ruang pengetahuan tentang alam sekitar, flora dan fauna, waktu, ruang dan bilangan, sifat sifat dan tingkah laku sesama manusia, tubuh manusia.
3) ***Sistem Kemasyarakatan atau Organisasi Sosial***; Organisasi Sosial adalah sekelompok masyarakat yang anggotanya merasa satu dengan sesamanya. Sistem kemasyarakatan atau organisasi sosial yang meliputi: kekerabatan, asosiasi dan perkumpulan, sistem kenegaraan, sistem kesatuan hidup, perkumpulan.
4) ***Sistem Peralatan Hidup dan Teknologi.***Yang dimaksud dengan teknologi adalah jumlah keseluruhan teknik yang dimiliki oleh para anggota suatu masyarakat, meliputi keseluruhan cara bertindak dan berbuat dalam hubungannya dengan pengumpulan bahan bahan mentah, pemrosesan bahan-bahan itu untuk dibuat menjadi alat kerja, penyimpanan, pakaian, perumahan, alat trasportasi dan kebutuhan lain yang berupa benda meterial. Unsur teknologi yang paling menonjol adalah kebudayaan fisik yang meliputi, alat alat produksi, senjata, wadah, makanan dan minuman, pakaian dan perhiasan, tempat berlindung dan perumahan serta alat alat transportasi.
5) ***Sistem mata pencaharian hidup.*** Sistem mata pencaharian hidup merupakan segala usaha manusia untuk mendapatkan barang dan jasa yang dibutuhkan. Sistem mata pencaharian hidup atau sistem ekonomi yang meliputi, berburu dan mengumpulkan makanan, bercocok tanam, peternakan, perikanan, perdagangan.

---

[28] Koentjaraningrat, *Ibid*.

6) ***Sistem Religi:*** Sistem religi dapat diartikan sebagai sebuah sistem yang terpadu antara keyakinan dan praktik keagamaan yang berhubungan dengan hal-hal suci dan tidak terjangkau oleh akal. Sistem religi yang meliputi, sistem kepercayaan, sistem nilai dan pandangan hidup, komunikasi keagamaan, dan upacara keagamaan.

7) ***Kesenian:*** Secara sederhana kesenian dapat diartikan sebagai segala hasrat manusia terhadap keindahan. bentuk keindahan yang beraneka ragam itu timbul dari imajinasi kreatif yang dapat memberikan kepuasan batin bagi manusia. Secara garis besar, kita dapat memetakan bentuk kesenian dalam tiga garis besar, yaitu seni rupa, seni suara dan seni tari.

Hubungan antara ketiga UU tersebut dapat dianalisis dengan menganalisis konsep-konsep penting dalam kedua undang-undang tersebut, lingkup, dan konsekuensi yuridisnya.

Jika dianalisis hukum yang mengatur cagar budaya dan hukum hak cipta, terlihat adanya ketidakselarasan pengaturan antara keduanya. Ketidakselarasan tersebut terlihat dari adanya tumpang tindih pengaturan antara *tangible cultural properties* yang diatur dalam UU Nomor 28 tahun 2014 tentang Hak Cipta (UUHC), khususnya Ekspresi Budaya Tradisional, sekaligus juga diatur dalam Undang-undang Nomor 10 tahun 2011 tentang Cagar Budaya (UUCB). Oleh karena itu, keterkaitan antara kedua undang-undang ini terletak pada Ekspresi Budaya Tradisional yang diatur oleh baik UUHC maupun oleh UUCB. Pengaturan atas EBT dalam dua undang-undang yang berbeda menyebabkan adanya tumpang tindih pengaturan. Ketumpangtindihan pengaturan ini menyebabkan konsekuensi yuridis berupa tak dapat ditentukan secara pasti yang mana hukum yang akan diterapkan dalam suatu objek. Inilah yang dalam hukum disebut *legal indeterminacy. Legal indeterminacy* dalam hal ini adalah: tercakup dalam hukum manakah ekspresi budaya tradisional yang termasuk *tangible* tersebut (*coverage*) dan isi (*content*) yang dilindungi.

Terdapat tumpang tindih konsep antara UUHC dan UUCB, yakni dalam hal karya manusia, lingkup dalam konteks UUHC dan "Benda Cagar Budaya" dalam UUCB. *Pertama,* konsep tentang karya sebagai wujud kebudayaan, sebagaimana dikemukakan oleh Kuntjaraningkat

di atas. Undang-undang Nomor 2 tahun 2014 menyebutnya sebagai "ciptaan", dengan mendefinisikannya sebagai "setiap hasil karya cipta di bidang ilmu pengetahuan, seni, dan sastra yang dihasilkan atas inspirasi, kemampuan, pikiran, imajinasi, kecekatan, keterampilan, atau keahlian yang diekspresikan dalam bentuk nyata." Konsep tentang ciptaan ini mensyaratkan adanya identifikasi sebagai pencipta (sehingga diketahui hak moral dari penciptanya), originalitas dari pencipta (hasil inspirasi, kemampuan, pikiran, imajinasi, dsb) dan fiksasi (diekspresikan dalam bentuk nyata). Selanjutnya, hak ekonomi (hak memperbanyak, hak mendapatkan manfaat ekonomi) akan menjadi konsekuensi berikutnya dari adanya hak moral tersebut. *Kedua*, lingkup yang dilindungi dalam kedua undang-undang tersebut mengandung objek yang sama. UUHC melindungi Ekspresi Budaya Tradisional (UUHC Pasal 38); hak ciptanya dipegang oleh negara, termasuk di dalamnya adalah seni rupa, baik dalam bentuk dua dimensi maupun tiga dimensi yang terbuat dari berbagai macam bahan seperti kulit, kayu, bambu, logam, batu, keramik, kertas, tekstil, dan lain-lain atau kombinasinya. UUCB pun melindungi benda cagar budaya, sejauh itu memenuhi syarat usia (minimal 50 tahun) yang memiliki hubungan erat dengan kebudayaan dan sejarah perkembangan manusia. Maka, terlihat ada "tumpang tindih" atau "irisan" antara UUHC dan UUCB dalam hal ekspresi budaya tradisional. *Ketiga*, dalam hal konsekuensi yuridis. Objek yang sama dilindungi oleh undang-undang yang berbeda ini mengakibatkan konsekuensi yuridis yang berbeda. Pengaturan suatu objek budaya dalam UUHC sebagaimana Ekspresi Budaya Tradisional berakibat pada adanya hak moral dan hak ekonomi sesuai hukum hak cipta, negara sebagai pemegang hak cipta atas EBT, serta adanya *custodian* sebagai pewaris yang menjadi pemelihara, penjaga EBT.[29]

Ringkasnya, keterhubungan kedua undang-undang tersebut dapat dilihat dalam tabel sebagai berikut:

[29] Istilah "custodian" ini baru muncul dalam Rancangan Peraturan Pemerintah (RPP) tentang Hak Cipta yang Dipegang oleh Negara atas Ekspresi Budaya Tradisional.RPP ini didapat peneliti dari Direktorat Jendral Hak Kekayaan Intelektual, Departemen Hukum dan HAM, Juni 2017.

Tabel 3.
Konsep, Lingkup, dan Konsekuensi Yuridis dari "Ciptaan" dalam UUHC dan Konsep Benda Cagar Budaya dalam UUCB

	UUHC	UUCB	Komentar
Konsep tentang karya	Ciptaan adalah setiap hasil karya cipta di bidang ilmu pengetahuan, seni, dan sastra yang dihasilkan atas inspirasi, kemampuan, pikiran, imajinasi, kecekatan, keterampilan, atau keahlian yang diekspresikan dalam bentuk nyata	Benda Cagar Budaya adalah benda alam dan/atau benda buatan manusia, baik bergerak maupun tidak bergerak, berupa kesatuan atau kelompok, atau bagian-bagiannya, atau sisa-sisanya yang memiliki hubungan erat dengan kebudayaan dan sejarah perkembangan manusia.	Keterkaitan antara kedua UU ini terletak pada benda buatan manusia yang dilingkup dalam definisi "Benda cagar budaya" dalam UUCB adalah termasuk "ciptaan" dalam UUHC juga.
Lingkup	Termasuk di dalamnya adalah Ekspresi Budaya Tradisional (UUHC pasal 38), dimana hak ciptanya dipegang oleh Negara, termasuk di dalamnya adalah seni rupa, baik dalam bentuk dua dimensi maupun tiga dimensi yang terbuat dari berbagai macam bahan seperti kulit, kayu, bambu, logam, batu, keramik, kertas, tekstil, dan lain-lain atau kombinasinya;	Benda Cagar Budaya adalah benda alam dan/atau benda buatan manusia, baik bergerak maupun tidak bergerak, berupa kesatuan atau kelompok, atau bagian-bagiannya, atau sisa-sisanya yang memiliki hubungan erat dengan kebudayaan dan sejarah perkembangan manusia.	Karya seni rupa yang termasuk dalam Ekspresi Budaya Tradisional dilindungi dalam UUHC, sekaligus dilindungi oleh UUCB sebagai Benda Cagar Budaya. Inilah yang menjadi "tumpang tindih" atau ketidakselarasan antara kedua hukum yang mengatur objek-objek yang berpeluang menjadi warisan budaya.
Konsekuensi Yuridis	1. Ada Hak Moral dan Hak Ekonomi dalam sesuai hukum hak cipta. 2. Negara sebagai pemegang hak cipta atas EBT. 3. Ada *custodian* sebagai pewaris yang menjadi pemelihara, penjaga EBT.	1. Tidak ada hak moral dan hak ekonomi; 2. Negara menjadi pelestari dan pelindung cagar budaya;	Walaupun EBT masuk dalam kategori hak cipta, sulit ditentukan Hak Moralnya karena EBT bersifat warisan, tidak ada fiksasi, tidak dapat ditentukan originalitasnya.

Terkait dengan kekayaan budaya dalam perkembangan regulasi Indonesia, telah diterbitkan Undang-undang Pemajuan Kebudayaan (UUPK), melalui Undang-undang Nomor 5 tahun 2017. Objek

pemajuan kebudayaan sebagaimana disebutkan dalam aturan tersebut meliputi: a). tradisi lisan; b). manuskrip; c). adat istiadat; d). ritus; e). pengetahuan tradisional; f). teknologi tradisional; g). seni; h). bahasa; i). permainan rakyat; dan J). olahraga tradisional.

Bagaimana keterkaitan antara UUHC, UUCB, dan UUPK, hal ini dapat dijelaskan dalam Bab IX, Ketentuan Penutup, Pasal 59 UUPK, bahwa semua peraturan perundang-undangan yang berkaitan dengan Objek Pemajuan Kebudayaan, dinyatakan masih tetap berlaku sepanjang tidak bertentangan dengan ketentuan dalam Undang-undang ini. Oleh karena itu dapat disimpulkan bahwa UUHC dan UUCB tetap berlaku karena tidak bertentangan dengan UUPK yang baru diterbitkan ini. Walaupun demikian, ada hal yang masih perlu dicermati,karena Ekspresi Budaya Tradisional maupun Benda Cagar Budaya menjadi objek pemajuan kebudayaan. Secara lebih khusus, ada benda-benda objek budaya yang tercakup dalam ranah ketiganya, misalnya kerajinan tradisional, yang bisa tercakup dalam Ekspresi Budaya Tradisional (dengan konsekuensi yuridis masuk dalam ranah UUHC), dalam benda Cagar Budaya (dengan konsekuensi yuridis masuk dalam ranah UUCB), serta sekaligus dalam undang-undang pemajuan kebudayaan, karena kerajinan tradisional masuk di ranah pengetahuan tradisional dan seni.

Di Indonesia, benda-benda kerajinan juga termasuk dalam EBT, sebagaimana tercantum dalam Pasal 38 UUHC Nomor 28 tahun 2014, sebagai bagian dari seni rupa, baik dalam bentuk dua dimensi maupun tiga dimensi yang terbuat dari berbagai macam bahan seperti kulit, kayu, bambu, logam, batu, keramik, kertas, tekstil, dan lain-lain atau kombinasinya. Konsep seperti ini juga digunakan oleh WIPO. Walaupun orang dapat mempertanyakan apakah "ekspresi tercakup dalam objek material", namun hal ini hanya mencakup ekspresi yang relevan dan bukan objek material itu sendiri, WIPO berargumentasi bahwa kerajinan khususnya bahwa "kerajinan adalah suatu kombinasi ide dan ekspresi yang saling terkait, suatu kombinasi simbiotik dari ide dan ekspresi" (*handicrafts are an intertwined, symbiotic combination of ideas and of expressions*). Sebagaimana elemen lain dari pengetahuan tradisional, kerajinan berawal dari tradisi dan mengekspresikan tradisi yang sama: mereka dikaitkan dengan komunitas dan berfungsi sebagai

suatu elemen untuk identifikasi. Maka, WIPO berargumentasi, kerajinan mengandung satu kategori dari pengetahuan tradisional dalam pengertian luas.[30]

Rancangan Peraturan Pemerintah (RPP) tentang Hak Cipta yang Dipegang oleh Negara atas Ekspresi Budaya Tradisional juga mencakup EBT berwujud dan tak berwujud sebagai subjek perlindungan. Pendekatan holistik diikuti oleh sebagian besar masyarakat adat itu sendiri dengan mendefinisikannya melalui dicakupkannya barang-barang berwujud dan tak berwujud. RPP tentang EBT tersebut juga mencantumkan bahwa EBT mencakup segala bentuk ekspresi karya cipta, baik material (benda) maupun nonmaterial (takbenda) atau kombinasi keduanya yang menunjukkan keberadaan suatu budaya tradisional yang dipegang secara komunal, bersifat turun turun, dan lintas generasi, termasuk ekspresi budaya tradisional yang terkait dengan sumber daya genetik.[31]

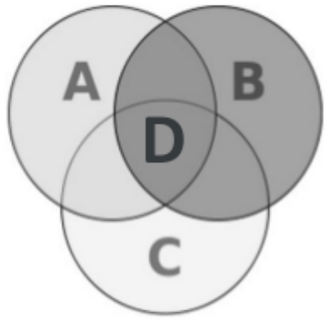
Untuk menjelaskan hubungan ini, suatu pemetaan berupa diagram Venn atau diagram set dapat dipaparkan. Diagram Venn atau diagram set adalah diagram yang menunjukkan semua kemungkinan hubungan logika di antara sekelompok (set/himpunan/grup) benda/objek. Diagram Venn ini pertama kali diperkenalkan pada tahun 1880 oleh John Venn memetakan atau menunjukkan hubungan sederhana dalam topik-topik, antara lain logika dan bahasa. Hukum, pada dasarnya adalah bahasa, sebagaimana dikemukakan oleh Heidegger:" bahasa adalah rumah dari 'ada', *language is the home of being*, dan didukung oleh Gadamer yang menyatakan bahwa satu-satunya 'ada' yang bisa dipahami adalah bahasa (*the only being that can be understood is language*).[32] Oleh karena itu, diagram Venn di bawah menunjukkan keterkaitan keduanya, hubungan antara ketiganya adalah sebagai berikut:

---

[30] WIPO Secretariat, 2005, hlm. 4.

[31] Rancangan Peraturan Pemerintah tentang Hak Cipta yang Dipegang oleh Negara atas Ekspresi Budaya Tradisional, diperoleh dari Departemen Pendidikan dan Kebudayaan pada saat penulis melakukan penelitian, 16 Juni 2017.

[32] Lihat: Jerzy Stelmach dan Brozek, *Methods of Legal Reasoning*, Dodrecht: Springer 2006, hlm. 172. Lihat Juga, John Protevi (Eds), *The Edinburgh Dictonary of Continental Philosophy*, Edinburgh: Edinburgh University Press. 2005, hal. 350.



Keterangan:

A: adalah Undang-undang Nomor 28 tahun 2014 tentang Hak Cipta;

B: adalah Undang-undang Nomor 11 tahun 2010 tentang Cagar Budaya; dan

C: adalah Undang-undang Nomor 5 tahun 2017 tentang Pemajuan Kebudayaan.

D: adalah irisan antara ketiga Undang-Undang tersebut adalah Ekspresi Budaya Tradisional, khususnya yang menyangkut kerajinan tradisional.

Mencermati persamaan di atas, persoalan yang mungkin muncul adalah sebagai berikut: seni kerajinan yang telah diwariskan turun-temurun, seperti Topeng Malang, misalnya,[33] termasuk Ekspresi Budaya Tradisional ataukah Benda Cagar Budaya? Konsekuensi hukum pengaturannya akan berbeda jika ia dikategorikan sebagai Ekspresi Budaya Tradisional, yakni ia akan dilindungi oleh Undang-undang Nomor 14 tahun 2014 tentang Hak Cipta, yang hak ciptanya dipegang oleh negara. Konsekuensi berikutnya adalah, negara akan memegang hak moral dan hak ekonomi dari ekspresi budaya tradisional tersebut. Berbeda halnya dengan jika seni kerajinan yang diwariskan turun temurun itu dikategorikan sebagai Benda Cagar Budaya. Ia tentu akan dilindungi berdasarkan Undang-undang Nomor 11 tahun 2010 tentang Cagar Budaya, di mana konsekuensi yuridisnya, antara lain adalah: (1) kepemilikannya diambil alih oleh negara jika tak ada ahli warisnya, (2) Setiap orang dapat memiliki dan/atau menguasai dengan tetap memperhatikan fungsi sosialnya sepanjang tidak bertentangan dengan ketentuan Undang-undang;

[33] R. Diah Imaningrum Susanti, "Kerajinan Topeng Malang dan Kepedulian Lingkungan", *AdityaWacana,* December 2004.

dan (3) pendanaan pelestariannya ditanggung oleh pemerintah. Kehadiran Undang-undang Nomor 5 tahun 2017 tentang Pemajuan Kebudayaan belum dapat menyelaraskan tumpang-tindih antara kedua UU tersebut, walaupun UU ini melarang untuk memusnahkan sarana-sarana yang secara melawan hukum menghancurkan, merusak, menghilangkan, atau mengakibatkan tidak dapat dipakainya sarana dan prasarana Pemajuan Kebudayaan.

Perkembangan terbaru dengan terbitnya UUPK ini adalah bahwa perlu dipertanyakan apakah relevan membedakan Ekspresi Budaya Tradisional (yang sebagian besar berupa *intangible cultural heritage*) yang diatur dalam hukum hak cipta dan benda-benda ekspresi budaya tradisional dalam hukum cagar budaya (yang merupakan *tangible cultural heritage*). Mengapa demikian?

Setidaknya dua alasan dapat dikemukakan di sini. *Pertama*, pembedaan *intangible cultural heritage* dan *tangible cultural heritage* tidak memiliki signifikansi apapun dari segi hukum, karena baik Ekspresi Budaya Tradisional maupun Benda Cagar Budaya adalah "warisan" atau *heritage*. Hal ini didukung oleh instrumen internasional-WIPO-UNESCO Model Provisions, 1982,[34] yakni:

> *Productions consisting of characteristic elements of the traditional artistic heritage developed and maintained by a community of a country or by individuals reflecting the traditional artistic expectations of such a community, in particular: (i) Verbal expressions, such as folk tales, folk poetry and riddles; (ii) Musical expressions, such as folk songs and instrumental music; (iii) Expressions by action, such as folk dances, plays and artistic forms or rituals; whether or not reduced to a material form; and (iv) Tangible expressions.*

Sementara itu, cagar budaya adalah juga "warisan", bahwa UUCB menegaskannya sebagai "warisan budaya yang bersifat kebendaan", yang dikenal sebagai *tangible cultural heritage*. Jika keduanya sama-sama merupakan warisan bangsa, pertanyaan berikutnya: mengapa merumuskan keduanya dalam dua peraturan yang berbeda, dengan konsekuensi yuridis yang berbeda pula?Mencermati ekspresi budaya tradisional sebagai warisan bangsa dalam UUHC, sebenarnya hal ini telah terjadi selama 35 tahun, sejak Indonesia memiliki UUHC nasional, yakni pada tahun 1982. Walaupun telah berganti 4 (empat

[34] Lihat: WIPO-UNESCO Model Provision, Geneva, 1982

kali), tidak pernah ada peraturan pemerintah satu pun yang diterbitkan untuk memenuhi amanat undang-undang hak cipta tersebut.[35] Agaknya, pemerintah mengalami kesulitan akan konsep "negara sebagai pemegang hak cipta atas ekspresi budaya tradisional", sebagaimana diamanatkan UUHC, sehingga dalam Rancangan Peraturan Pemerintah yang belum diterbitkan, hanya tertulis: "Hak atas Ekspresi Budaya Tradisional dipegang oleh Negara untuk kepentingan kustodian dan masyarakat Indonesia." [36]

Kedua, saat ini di dunia internasional berkecenderungan tidak memisahkan antara *tangible* dan *intangible cultural heritage,* karena keduanya sama-sama merupakan warisan bangsa, dan diatur dalam hukum yang satu, tidak terpisah-pisah. Malaysia misalnya, memiliki *National Heritage Act 2005.*

Di kalangan pemerhati dan pelestari budaya,[37] saat ini sedang didorong penyatuan konsep *tangible* dan *intangible cultural heritage* menjadi istilah "saujana". Kata yang masih langka terdengar ini adalah kata asli bahasa Indonsia, yang secara harafiah menurut Kamus Bahasa Indonesia berarti "sejauh mata memandang". Kata "saujana" kemudian disepakati dalam Piagam Pelestarian Pusaka Indonesia tahun 2003 untuk digunakan sebagai terjemahan dari 'cultural landscape'. Saujana merupakan refleksi hubungan antara manusia dengan budayanya dan lingkungan alamnya dalam kesatuan ruang dan waktu yang luas. Alam antara lain dapat berupa gunung, pegunungan, hutan, gurun, dan sungai, sedangkan budaya adalah hasil cipta, rasa. karsa, dan karya manusia, seperti tradisi, kepercayaan, cara hidup, dan sebagainya. Alam adalah mitra masyarakat, dan keduanya dalam kondisi dinamik membentuk saujana.

Saujana merefleksikan tata cara masyarakat dalam mengolah lahan dan sumberdaya alam yang berkelanjutan. Banyak saujana merefleksikan keberadaan dan perkembangan masyarakat lokal dalam mengelola sistem lingkungannya dalam waktu yang lama,

---

[35] R. Diah Imaningrum Susanti, "Perlindungan Hak Cipta atas Ekspresi Budaya Tradisional", *Laporan Penelitian,* Universitas Katolik Widya Karya, 2016.

[36] Naskah Rancangan Peraturan Pemerintah ini diperoleh dari Departemen Pendidikan dan Kebudayaan Jakarta, pada tanggal 16 Juni 2017.

[37] Wawancara dengan Dwi Cahyono, anggota Tim Ahli Cagar Budaya Kota Malang, di Dinas Pariwisata Kota Malang, 10 Agustus 2017.

sehingga tercapai keharmonisan hidup dengan alam dan terpeliharanya identitas budaya masyarakat. Saujana merupakan fenomena kompleks dengan identitas pusaka yang ragawi (*tangible*) dan yang bukan ragawi (*intangible*). Oleh karena itu, warisan budaya yang bersifat ragawi dan bukan ragawi layak untuk disatukan dalam satu payung perlindungan hukum, yakni hukum tentang warisan budaya bangsa, agar tidak menimbulkan konsekuensi yuridis yang berbeda-beda.

3. Pemegang Hak Cipta: Definisi dan Konten

"Negara sebagai pemegang hak cipta atas Ekspresi Budaya Tradisional" memiliki riwayat yang cukup lama di Indonesia, dan hal itu dapat ditelusuri dalam berbagai undang-undang hak cipta Indonesia yang sudah pernah berlaku, mulai tahun 1982.

Versi asli dari UUHC 1982 adalah ketentuan yang bertajuk "Pemegang hak cipta atas benda-benda budaya' dan memasukkan sub-bagian yang membuatnya mungkin bagi negara, untuk memegang hak cipta pencipta dengan Keputusan Presiden dan persetujuan Dewan Hak Cipta, jika hal ini demi kepentingan nasional. Maka pemerintah merevisi ketentuan ini dan mengubah judul bagian ini sehingga berjudul "Hak Cipta atas Karya-karya yang tidak diketahui penciptanya". Ia menghapuskan sub-bagian tentang kepemilikan negara dan menentang kritik gangguan dalam kepentingan masyarakan dengan (a) memasukkan dalam ketentuan bahwa pemerintah melaksanakan hak cipta ini terhadap negara asing, dan (b) menjelaskan dalam suatu penjelasan bahwa 'warga Negara Indonesia sendiri pada umumya bebas untuk menggunakannya'.[38]

Penjelasan UUHC Indonesia menyatakan bahwa: demi melindungi folklore dan produk-produk budaya masyarakat lainnya, Pemerintah dapat mencegah monopoli aau komersialisasi dan aktivitas yang merusak atau mengambil keuntungan secara komersial tanpa ijin dari Negara Indonesia sebagai pemegang hak cipta. Ketentuan ini dimaksudkan untuk mencegah kegiatan yang dilakukan orang asing yang bisa merusah nilai budaya.[39]

Negara sebagai pemegang hak cipta sebenarnya tidak pernah menerima hak dari Pencipta sebagaimana disyaratkan dalam Ketentuan

---

[38] Antons, Op. Cit., 84-85.

[39] Lihat: Penjelasan UUHC 2002

Umum, Pasal 1 butir (4) UUHC, bahwa "Pemegang Hak Cipta adalah Pencipta sebagai pemilik Hak Cipta, pihak yang menerima hak tersebut secara sah dari Pencipta, atau pihak lain yang menerima lebih lanjut hak dari pihak yang menerima hak tersebut secara sah." Dalam hal ini, sebenarnya negara tidak pernah memiliki hak moral atas EBTkarena EBT tidak identik dengan negara melainkan dengan komunitas yang melahirkannya. Peran negara adalah hanya melindungi dan melestarikan folklore agar tetap eksis dan bertumbuh. Sebagai akibatnya, di samping "hak moral", "hak ekonomi" dimiliki komunitas itu sendiri. Komunitas itu sendirilah yang harus mengeksploitasi ciptaan untuk mencapai pasar sebesar-besarnya kebanyakan pencipta dan artis telah memilih menyediakan diri mereka untuk kemungkinan yang diciptakan oleh industrialisasi.[40] Bahwa negara harus memfasilitasi aspek ekonomi dari EBT, hal ini adalah konsekuensi dari peran negara untuk melindungi rakyatnya, bukan untuk memegang hak cipta. Selanjutnya, dalam kenyataannya, karya yang berhak cipta tidak dapat didaftarkan atas nama komunitas tertentu, melainkan atas nama individual atau badan hukum.[41] Sayangnya bahwa Indonesia yang sangat kaya dengan keragaman budaya tidak memiliki aturan khusus/sui generis tentang ekspresi budaya tradisional. Satu-satunya yang dimiliki Indonesia terkait dengan budaya adalah UU Nomor 10 tahun 2011 tentang Cagar Budaya, suatu UU yang melindungi warisan budaya berwujud, seperti candi, monumen, danlanskap, didasarkan pada Pasal 32 (1) UUD 1945 yang menyatakan bahwa negara harus memajukan kebudayaan Indonesia di tengah peradaban dunia dengan menjamin kebebasan masyarakat untuk melestarikan dan mengembangkan nilai-nilai budaya.

Selanjutnya, patut dicermati pula Bagian Tiga dari UUHC 2002 berjudul "Hak Cipta untuk Ciptaan yang Tidak Diketahui Penciptanya". Ketentuan ini mencampurkan unsur-unsur dari Pasal 15.4 Konvensi Bern dengan pendekatan Tunisia tentang folklore. Pasal 11 mengatur ciptaan yang tak dipublikasikan (juga dipublikasikan) dari pencipta yang tak diketahui, di mana dalam hal ininegara menjadi

---

[40] Margaret Ann Wilkinson and Natasha Gerolami, 'The Author as Agent of Information Policy: The Relationship between Economic and Moral Rights in Copyright' ,*Government Information Quarterly* 26,2009, hlm. 324.

[41] Formulir Pengajuan Hak Cipta, Peraturan Menteri Hukum dan HAM RI, NomorM.01.HC.03.01.1987

pemegang hak cipta. Walaupun demikian, tidak ada penunjukan otoritas yang berkompeten untuk mewakili kepentingan pencipta sebagaimana disyaratkan oleh Konvensi Bern Pasal 15.4. Pasal 10 (1) UUHC 1982 yang agak aneh ini menyatakan negara sebagai pemegang hak cipta dalam peninggalan sejarah dan prasejarah dan "benda-benda nasional lainnya". Teks Indonesia menggunakan istilah Hak Cipta untuk suatu karya yang dilindungan hak cipta bercampur dengan istilah "peninggalan", walaupun hal ini akan wajar bagi warisan dibandingkan dengan perlindungan hak cipta. Menurut Pasal 10 (2), negara juga memegang hak cipta untuk berbagai perwujudan folklore dan "produk-produk kebudayaan rakyat". Orang asing perlu ijin untuk menggunakan bahan-bahan tersebut (Pasal 10 (3)). Pasal 10 mensyaratkan penerapan lebih lanjut melalui peraturan Pemerintah (Pasal 10 (4)), yang bahkan sampai UUHC terbaru, yakni UU Nomor 28 tahun 2014 berlaku, hal itu tidak pernah diterbitkan.

Terakhir, karena banyak masyarakat adat yang menghasilkan EBT di Indonesia, bagaimana suatu badan terpusat dilengkapi dengan perangkat sumber daya manusia sehingga mampu mengklaim keahlian yang memadai untuk mewakili semua pengampu kepentingan dan kepentingan-kepentingan mereka?[42] Bahkan pada saat pemerintahan sentralistik di jaman Soeharto, suatu model pengelolaan folklore terpusat pada kebiasaan masyarakat lokal tidak dapat diterapkan.

Berbagai budaya lokal di Indonesia dapat diungkapkan dengan semua keunikan dan perbedaannya di dalam Indonesia, tetapi mereka menjadi bagian dari budaya nasional Indonesia ketika budaya-budaya itu dihadirkan di hadapan dunia internasional. Dari perspektif pemerintah Indonesia, hal ini penting untuk menjamin persatuan nasional yang kadangkala masih rapuh; dan ia juga membenarkan penggunaan budaya lokal untuk simbolisme politik dan kampanye turis yang ditujukan untuk orang asing. Walaupun dmeikian, pendekatan ini menjadi problematik ketika budaya lokal juga dihadirkan di wilayah negara-negara yang bertetanggaan.[43]

---

[42] Antons, *Op. Cit.*,hal. 84-90

[43] *Ibid*.

Pergeseran perwujudan budaya lokal dan regional untuk menjadi simbol identitas nasional selanjutnya mengarahkan pada suatu pembedaan yang kabur antara perlindungan warisan dan perlindungan hak cipta.[44] Hal ini kentara dari ayat di Pasal 10, yang menetapkan negara sebagai pemegang hak cipta bagi benda-benda yang sesungguhnya bukan atau tidal layak dilindungi hak cipta sama sekali, yakni peninggalan pra sejarah dan peninggalan sejarah dan benda-benda budaya lainnya.

Bagian terakhir yang disebut dalam Pasal 10 tampaknya diilhami oleh Konvensi UNESCO 1970 tentang *Means of Prohibiting and Preventing the Illicit Import, Export, and Transfer of Ownership of Cultural Property*, namun konvensi internasional lain yang berpengaruh pada saat UUHC Indonesia dirancang. Konsep "kekayaan budaya" kini sering digunakan oleh komunitas dannegara-negara untuk mengklaim berdasarkan tradisi dan identitasnya, sebenarnya berasal dari Konvensi Den Haag 1954 tentang Perlindungan Kekayaan Budaya dalam Peristiwa Konflik Bersenjata.[45]

Pasal 10 UUHC 2002 maka, merupakan suatu contoh bagus adanya kombinasi antara kekayaan budaya dan kekayaan intelektual yang secara simbolis amat berdaya. Walaupun demikian, ia menciptakan suatu kebingungan, tentang hakekat dan kekuatan yang pasti dari "hak" yang terlibat di sana. Mengenai otoritas negara untuk mengontrol publikasi dan reproduksi budaya Indonesia dan budaya rakyat, hal ini membutuhkan peraturan pelaksanaan melalui Peraturan Pemerintah.[46] Mungkin karena kesulitan konseptual sebagaimana diuraikan di atas, PP tersebut tidak pernah diterbitkan. Maka, sampai saat ini masih tidak ada hak bagi ekspresi budaya tradisional pada level nasional di Indonesia dan perlindungan internasional masih di bawah negosiasi WIPO.[47]

Cara untuk memegang hak cipta akan menjadi bagaimana negara sebagai pemegang hak cipta atas *folklore* melindungi terkait dengan kebijakan sentralisasi dari Negara Indonesia. Setelah krisis

---

[44] Christoph Antons, 'What is "Traditional Cultural Expression"?, International Definitions and Their Application in Developing Asia', *WIPO Journal* No. 1, 2009,hal.108.

[45] Aragon, *Op. Cit.*, hal. 271.

[46] Pasal 10 (4) UUHC

[47] ChristophAntons, *Op. Cit.*,hal. 1425.

pada tahun 1997/1998, pemerintahan yang sentralistik telah diubah menjadi otonomi di setiap wilayah, danhal ini direalisasikan melalui kebijakan desentralisasi ketika kekuasaan telah dilimpahkan dari pemerintah pusat ke daerah melalui UU 22 tahun 1999 tentang Otonomi Daerah, yang kemudian diubah dengan UU Nomor 13 tahun 2009 tentang hal yang sama. Hukum ini mengatur otoritas pemerintah setempat untuk mengorganisasikan dan mengatur penduduk lokal; otonomi daerah dilaksanakan dengan memperhatikan keanekaragaman setiap daerah. Prinsip-prinsip mendasar dari otonomi daerah adalah pemberdayaan masyarakat dengan mengembangkan inisiatif dan kreativitas dari masyarakat lokal. Dalam hukum itu, pemerintah daerah memiliki otoritas dan kebebasan untuk membentuk dan melaksanakan kebijakan yang sesuai dengan inisiatif dan aspirasi anggota masyarakat. Maka, jika negara sebagai pemegang hak cipta akan *folklore*, hal ini berarti bahwa negara telah kehilangan landasan untuk era pra-reformasi yang segala sesuatunya adalah sentralistik. Tetapi hal yang paling penting adalah bahwa ekspresi budaya tradisional ditemukan dalam wilayah lokal, karena ekspresi budaya tradisional sebagaimana bentuk tradisi lainnya) adalah tentu secara lokal didefinisikan dan, sebagian besar, diasosiasikan dengan daerah tertentu, misalnya, topeng Malang diasosiasikan dengan daerah Malang.

Jika hak cipta dipegang oleh negara, maka hanya tersisa sedikit ruang bagi otonomi daerah. Dalam praktiknya, hal ini menimbulkan kesulitan tentang siapa yang mengumpulkan royalti dari si pengguna dan memberikannya kembali kepada masyarakat tradisional yang memiliki budaya itu? Baik pembelaan dan pengumpulan royalti untuk ekspresi budaya Indonesia itu menjadi masalah otoritas nasional. Alasan-alasan berikut ini khususunya mungkin telah menyumbang digunakannya pendekatan ini; pertama, pemerintah Indonesia menganggap masalah sebagian besar sebagai masalah tentang "kami" (Indonesia dan budayanya) versus "mereka" (turis asing, mengoleksi seni, artis, dan agen-agen periklanan yang menggunakan bahan dalam cara yang tidak patut).[48] Walaupun pemahaman sedemikian adalah sesuai dengan pasal 32 dari UUD 1945 yang mendeklarasikan

[48] Antons, *Op. Cit.*, 1422.

negara sebagai memajukan kebudayaan nasional,[49] adalah lebih mudah untuk menuliskan daripada menerapkannya, karena sampai sekarang tidak ada aturan tentang bagaimana mengumpulkan royalti dari orang asing demi kepentingan nasional.

Dalam perjalanan pengaturan EBT sampai saat ini di Indonesia, perlindungan terhadap ekspresi budaya tradisional masih saja dimanifestasikan dalam peran negara sebagai pemegang hak cipta atas EBT, dan hal ini terdapat pada ketentuan Pasal 38 Undang-undang Hak Cipta Nomor 28 tahun 2014 tentang Hak Cipta. Selanjutnya, Rancangan Peraturan Pemerintah tentang hal ini melanjutkan dengan frasa "untuk kepentingan kustodian EBT dan masyarakat Indonesia" (RPP-EBT Pasal 4 (1)), dan Hak atas EBT tersebut digunakan sebesar-besarnya untuk kemakmuran rakyat. RPP ini tidak secara tegas merumuskan "Hak Cipta atas EBT dipegang oleh negara", walaupun judul dari RPP ini adalah 'Hak Cipta atas Ekspresi Budaya Tradisional yang Dipegang oleh Negara". Hal ini patut dicermati, apakah karena keraguan atas status EBT sebagai bagian dari hak ciptaan ataukah memang ketidakcermatan dalam perumusannya.

Sementara itu, kustodian EBT adalah pengampu dan/atau pengemban yang merupakan komunitas adat yang tinggal dalam suatu teritorial tertentu, yang memiliki persamaan nilai dan kohesi sosial, dan menjaga, memelihara, serta mengembangkan EBT secara tradisional, komunal secara turun-temurun atau lintas generasi, termasuk di dalamnya masyarakat pendukung.

[49] Pasal 32 (1) UUD 45 menyatakan bahwa'Negara memajukan kebudayaan Indonesia di antara bangsa-bangsa beradab di dunia dengan memberi kebebasan masyarakat untuk melestarikan dan mengembangkan nilai-nilai budaya".

BAB 7

PERAN NEGARA DALAM MELINDUNGI EKSPRESI BUDAYA TRADISIONAL

A. Negara sebagai Pemegang Hak Cipta atas Ekspresi Budaya Tradisional(?)

Pembahasan bagian ini fokus pada pertanyaan-pertanyaan berikut: Apakah EBT termasuk dalam kategori hak cipta, sehingga ia bisa dilingkup dalam hukum hak cipta? Jika ia termasuk dalam ciptaan sebagaimana pengertian hukum hak cipta, siapa yang menjadi pencipta dan pemegang hak cipta? Di manakah hak moral dan hak ekonominya? Apa makna "negara sebagai pemegang hak cipta atas EBT"? Bagaimana peran negara sebagai pemegang hak cipta atas EBT? Berikutnya, akan dibahas argumen pro dan kontra, dilanjutkan dengan simpulan dan konsekuensinya.

1. Argumen Pro

Satu argumen pro dikategorikannya EBT dalam hak cipta karena hukum hak cipta adalah hukum yang mengatur wilayah ilmu pengetahuan, seni, dan sastra, sementara EBT adalah ekspresi dari seni dan sastra tersebut. Argumen ini juga dianut secara formal dalam empat Undang-undang Hak Cipta yang pernah dimiliki Indonesia, mulai UUHC 1982, 1987, 2002, dan 2014.[1]

[1] Periksa: Tabel 6.5.1 di atas. Hal ini juga dianut oleh DJHKI, setidaknya yang dikemukakan oleh Bapak Yuriko Pandit, dalam wawancara peneliti dengan beliau di DJHKI Jakarta pada tanggal 15 Juni 2017.

2. Argumen Kontra

Argumen kontra di sini lebih menitikberatkan problem, kesulitan, baik dari segi teoretis konseptual, maupun dari segi praktik, dengan memasukkan EBT dalam sistem hukum hak cipta. EBT sebagai bagian dari warisan budaya memang telah menarik perhatian dari berbagai sudut pandang dan kepakaran, mulai hukum, sosial, dan antropologi. Indonesia telah menjadi tempat yang menarik perhatian atas subjek ini. Lorraine V. Aragon, seorang antropolog yang juga telah menggali pendekatan Indonesia terhadap perlindungan EBT, dengan mengkritik negara sebagai pemegang seni daerah Indonesia, melalui analisisnya bagaimana EBT ditulis ulang sebagai kekayaan intelektual dan kekayaan budaya nasional dalam bangsa-bangsa pascakoloial sebagaimana Indonesia dalam istilah tentang "intangible property nationalism",[2] dan Christoph Antons menggali kemungkinan hukum hak cipta berperan dalam perlindungan EBT di Indonesia, karena Indonesia memiliki banyak komunitas etnik yang menghasilkan EBT.[3]

Bagian ini akan mengeksplor kesulitan-kesulitan yang muncul dalam usaha pemerintah untuk memasukkan EBT dalam wilayah hukum hak cipta, sebagaimana selama ini telah dilakukan dalam keempat UUHC yang pernah dimiliki Indonesia maupun UUHC yang dianut saat ini. Khususnya, hak moral (HM), dan Hak Ekonomi (HE) yang menjadi konsep penyangga hak cipta – kurang tepat jika harus diterapkan untuk EBT. Diskusi berikutnya akan dipertajam dengan mengajukan satu pertanyaan, apakah EBT itu berkaitan dengan hak kepenciptaan budaya (*cultural authorship*) ataukah hak atas warisan budaya. Setelah semua itu jelas, maka baru bisa dianalisis bagaimana posisi negara atas EBT.

Sebagaimana dijelaskan sebelumnya, "Pengetahuan Tradisional" dan "Ekspresi Budaya Tradisional" adalah istilah yang digunakan selama negosiasi-negosiasi internasional dalam suatu komite khusus dari WIPO, yakni *Intergovernmental Committee on Intellectual Property and Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore* (IGC).[4] Komite

---

[2] Lorraine V. Aragon"Copyrighting Culture for the Nation?Intangible Property Nationalism and the Regional Arts of Indonesia", *International Journal of Cultural Property* No. 19, 2012.

[3] Antons, Cristoph. "Asian Borderlands and the Legal Protection of Traditional Knowledge and Traditional Cultural Expressions", *Modern Asian Studies* 47, 2013, hlm. 4.

[4] Jonathan A. Franklin, "Protecting Traditional Cultural Expressions", 2008, *Information Outlook*,8, hlm. 27.

ini bersidang pertama kali pada tahun 2001 setelah misi pencarian fakta pada 28 negara pada tahun 1998 dan 1999 untuk menemukan kebutuhan-kebutuhan yang terkait dengan kekayaan intelektual dan harapan-harapan dari para pemegang pengetahuan tradisional.[5] Istilah 'pengetahuan tradisional' telah digunakan oleh WIPO dalam suatu pengertian umum dan dalam pengertian sempit. Dalam pengertian sempit, PT merujuk pada pengetahuan tradisional tentang sifat teknis, seperti dalam hubungannya dengan pertanian, lingkungan, atau obat-obatan, juga dalam kaitannya dengan sumber daya genetik.[6]Ia dibedakan dari EBT (*Traditional Cultural Expression*), suatu istilah yang digunakan secara sama dengan 'expressions of folklore' untuk merujuk pada bentuk-bentuk berwujud dan tak berwujud yakni pengetahuan tradisional itu diekspresikan, dikomunikasikan, atau dimanifestasikan, misalnya, ekspresi verbal, ekspresi musikal, ekspresi melalui tindakan seperti tarian, dan ekspresi-ekspresi berwujud dalam seni dan kerajinan.[7]Indonesia menggunakan istilah "folklore" dalam UUHC 2002, tapi menggunakan istilah EBT dalam UUHC 2014.

Hak Cipta dalam undang-undang hak cipta adalah hak eksklusif yang timbul secara otomatis berdasarkan prinsip deklaratif setelah suatu ciptaan diwujudkan dalam bentuk nyata tanpa mengurangi pembatasan sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan. Hal ini berbeda secara signifikan dengan definisi hak cipta dalam UUHC sebelumnya, UUHC 2002, yang mendefinisikan hak eksklusif itu dimiliki oleh pencipta dan pemegang hak cipta (catatan: ada kemajuan berarti dalam UUHC 2014 ini, bahwa hak moral pencipta diakui dan dihargai secara lebih jelas). Di Indonesia, pencipta adalah adalah seorang atau beberapa orang yang secara sendiri-sendiri atau bersama-sama menghasilkan suatu ciptaan yang bersifat khas dan pribadi (Pasal 1 Ayat 2); Ciptaan adalah setiap hasil karya cipta di bidang ilmu pengetahuan, seni, dan sastra yang dihasilkan atas inspirasi, kemampuan, pikiran, imajinasi, kecekatan, keterampilan, atau keahlian yang diekspresikan dalam bentuk nyata (Pasal 1 Ayat 3); dan 4. Pemegang Hak Cipta adalah Pencipta sebagai pemilik Hak Cipta, pihak yang menerima hak tersebut secara sah dari Pencipta, atau pihak lain yang menerima lebih lanjut hak dari pihak yang menerima hak tersebut secara sah (Pasal 1 Ayat 4).

Siapa yang melindungi EBT dan di bawah hukum hak kekayaan intelektual apakah EBT itu terlingkup, telah didiskusikan oleh antropolog seperti Lorrain V. Aragon yang mengkritik pengategorian EBT ke dalam hukum hak cipta yang dipegang oleh negara sebagai "nasionalisme kekayaan takbenda" (*intangible property nationalism*) untuk menjuluki impuls organisasi internasional dan negara-negara pascakolonial untuk memandang praktik-praktik budaya folklorik dengan suatu perasaan campuran antara hak kepemilikan terhadap sesuatu yang takberwujud dari kekayaan intelektual dan suatu perasaan membela kepemilikan kelompok, yang ditarik dari model kekayaan budaya.[8] Pada tahun 1967 WIPO mengadministrasikan *Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works* untuk memampukan negara-negara membentuk suatu "otoritas yang kompeten" untuk mewakili, melindungi, dan menegakkan hak-hak atas karya-karya yang "takdipublikasian" yang identitas penciptanya tak diketahui. Walaupun ketentuan-ketentuan terhadap dampaknya dimasukkan dalam sejumlah undang-undang hak cipta yang diperkenalkan oleh negara-negara berkembang pada saat itu, sebelum tahun 2002, hanya India yang telah memberlakukan ketentuan itu dengan memberitahu WIPO tentang otoritas yang berkompeten mengatur EBT.[9]Sementara itu, Tunisia dipuji sebagai negara pertama yang memperkenalkan suatu pasal yang mengatur khusus perlindungan EBT pada tahun 1966 dalam hukum hak ciptanya, yang akan dilaksanakan oleh suatu "otoritas yang berkompeten" pada level nasional.[10]

Salah satu dari kepedulian utama Tunisia terkait dengan EBT adalah karena Tunisia ingin mengindari kepunahan EBT-nya. Maka tujuan dari UU itu, sejauh terkait dengan EBT, adalah melindunginya. Di sisi lain, Tunisia juga mempertimbangkan EBT sebagai sumber

---

[5] WIPO, "Intellectual Property needs and Expectations of Traditional Knowledge Holders" – *WIPO Report on Fact-finding Missions on Intellectual Property and Traditional Knowledge* 1998-1999, WIPO, Geneva, 2001.

[6] WIPO, *Glossary of Key Terms Related to Intellectual Property and Traditional Cultural Expressions,* WIPO Doc. WIPO/GRTKF/IC/19/INF/17 May 2011, hlm.26-27.

[7] WIPO, *Ibid.*

[8] Aragon, Op. Cit., hlm. 269.

[9] Christoph Antons, "Asian Borderlands and the Legal Protection of Traditional Knowledge and Tradtional Cultural Expressions", *Modern Asian Studies,* No. 47, 2013, hlm.1408.

[10] Daphne Zografos, "The Legal protection of Traditional Cultural Expressions, The Tunisian Example", *The Journalof World Intellectual Property* No. 7, 2004, Issue 2.

kreativitas dan penemuan dan meyakini bahwa EBT telah berkontribusi terhadap perkembangan sosial dan ekonomi negara itu. Tunisia mempertimbangkan ada keterhubungan antara keharusan menjaga dan melindungi EBT dan mendorong pertumbuhan dengan memperkaya dan mengeksploitasinya. Sebagai akibatnya, tujuan ganda UU Tunisia adalah menyediakan perlindungan terhadap eksploitasi gelap terhadap EBT, tetapi juga menjaganya tetap hidup dan berjalan dengan mendorong pemanfaatan yang sah terhadap EBT.[11] Walaupun Indonesia telah memasukkan EBT ke dalam sistem hukum hak ciptanya, hal ini tak berarti bahwa melindungi EBT telah berjalan baik dalam sistem hukum hak cipta, dan hal ini dapat ditelusuri melalui latar belakang sejarah dari hukum hak cipta Indonesia.

Hukum hak cipta Indonesia mengandung dua frasa, yakni hak dan cipta. Maka, secara harafiah, ia memiliki makna tentang hak (pen) cipta atas cipta(an). Sejak pertama undang-undang ini diperkenalkan di Indonesia, ia tidak diberi nama "Hak Copy" atau "Copyright" sebagaimana disebutkan dalam beberapa buku asing seperti yang ditulis oleh Christoph Antons,[12] melainkan "hak kepengarangan" atau "Auteursrecht". Nama "Hak Cipta" adalah penerjemahan dari "Auteursrecht" (dari bahasa Belanda, yang berarti "hak atas kepenciptaan", "droit d'auteur Perancis, Diritto d'autore- Italia), sebagaimana dikenal dalam hukum hak cipta Eropa, termasuk beberapa ketentuan yang paling komprehensif tentang hak modal di dunia.[13] Semua ini menekankan hak-hak yang dimiliki oleh *genius author*, atau yang dikenal sebagai hak moral, karena "hak cipta" adalah hak dari si pencipta atas ciptaannya.

Nama ini memiliki sejarah panjang sejak *Auteursrecht* diberlakukan oleh Pemerintah Kolonial selama lebih dari seratus tahun yang lalu melalui *Auteurswet 1912 Staatsblaad* Nomor 600 tahun 1912. *Auteurswet* ini dicabut oleh pemerintah Indonesia pada tahun 1982, dan namanya diganti menjadi "Undang-undang Hak Cipta". Pada tahun 1987, UUHC 1982 ini diganti oleh UU No. 7 tahun 1987, kemudian UU No. 12 tahun 1997, kemudian diganti lagi oleh UU

[11] Daphne Zografos, *Ibid*.

[12] Lihat, misalnya, ChristophAntons, *Intellectual Property Law in Indonesia*,Kluwer LawInternational, 2000,hlm. 49.

[13] Mira T. SundaraRajan, *Copyright and Creative Freedom: A Study of Post Socialist Law Reform*, New York, Routledge, 2006, hlm.43.

Nomor 19 tahun 2002. Dua belas tahun berselang, UU terakhir ini pun diganti lagi oleh UU Nomor 2 tahun 2014 tentang Hak Cipta. Perubahan-perubahan dalam hukum hak cipta Indonesia adalah usaha untuk menyesuaikan dengan konvensi-konvensi internasional dan hubungan antarbangsa di wilayah internasional, seperti diratifikasinya *World Trade Organization* tahun 1994 yang mencakup Persetujuan tentang Aspek-aspek Perdagangan yang terkait dengan Hak Kekayaan Intelektual (TRIPS) melalui UU Nomor 7 tahun 1994. Pada tahun 1997, Pemerintah Indonesia meratifikasi Konvensi Bern melalui Keputusan Presiden Nomor 18 tahun 1997. Indonesia telah meratifikasi Konvensi Bern pada tanggal 24 Desember 1950, tetapi kemudian menarik keanggotaannya dari Konvensi ini pada tahun 1958 karena menurut Perdana Menteri Djuanda, Pemerintah Indonesia membutuhkan memperbanyak buku-buku asing secara bebas tanpa harus membayar royalti untuk pendidikan;[14] dan juga Perjanjian Hak Cipta WIPO melalui Keputusan Presiden Nomor 19 tahun 1997.

Nama "Hak Cipta" dalam UUHC 2002 menyiratkan nuansa hak moral karena ia menyangkut hak dari pencipta dan kepenciptaan. Dari namanya, tidak ada indikasi mengarah pada hak untuk mereproduksi atau untuk memperbanyak sehingga layak diberi nama "hak memperbanyak" atau "copyright". Walaupun demikian, UU ini mendefinisikan "Hak Cipta sebagai "hak yang dimiliki oleh pencipta untuk memperbanyak karyanya", yang menyiratkan nuansa hak enonomik. Hal ini sesungguhnya adalah paradoks, karena judulnya menyiratkan hak moral, sementara definisinya menyiratkan hak ekonomi. Sementara "hak cipta" (berasal dari hak pencipta) berasal dari kolonial Belanda yang terfokus pada hak moral dari pencipta, istilah "copyright" (Inggris) bermakna "hak untuk memperbanyak, mengkopi, menggandakan)",

Sebelum UUHC 2014, sumber utama persoalan setidaknya dalam perumusannya adalah hak moral dan ekonomi.Hak moral dan hak ekonomi adalah dua hak yang tak dapat dipisahkan karena ia seperti dua sisi mata uang. Semua sistem hak cipta mengatur kedua hak ini dengan penekanan yang berbeda. Orientasi hak moral mengakui bahwa produk intelektual manusia memiliki nilai-nilai instrinsik sebagai

---

[14] Lihat: Usman, Rahmadi, *Hukum Hak Atas Kekayaan Intelektual, Perlindungan dan Dimensi Hukumnya di Indonesia,* Bandung: Alumni, 2003, hlm. 35.

ekspresi martabat dan kreativitasnya sebagai manusia. Dengan kata lain, karya seni dan ilmu pengetahuan tak semata-mata merupakan komoditas ekonomi di mana nilainya ditentukan oleh manfaat dan harga yang ditempel dalam karya itu.[15]

Di Indonesia, hak cipta 2002 ini menimbulkan problem di level UU maupun aplikasinya. Jika hukum tertulisnya saja sulit dipahami, penerapannya pun akan menimbulkan ketidakpastian. Di level tertulis, *legal indeterminacy* itu terletak pada kekaburan makna ketentuan UU itu, baik karena kekaburan, inkonsistensi, dan ambiguitasnya, yang berdampak pada kesulitan interpretasi. Kesulitan interpretasi ini tampaknya merupakan kesulitan dalam memahami kata-kata, tetapi sesungguhnya merupakan kesulitan dalam keberterapan kaidah atas fakta.[16]

UUHC Indonesia tahun 2002 ini menetapkan duabelas jenis karya yang dilindungi hak cipta. Salah satu sumber persoalan menerapkan ketentuan ini adalah menafsirkan makna hak moral dan hak ekonomi. Dari sudut pandang perumusan, kedua hak ini tak dirumuskan secara tepat, sehingga ia menyebabkan ketidakpastian hukum dan berbagai interpretasi hukum. Setidaknya ada tiga persoalan ketidakjelasan di bidang hak moral dan hak ekonomi. *Pertama*, kekaburan istilah hak moral dalam UUHC 2002: dalam batang tubuh UU, hanya hak moral yang dirumuskan, sementara hak ekonomi dikemukakan dalam bagian Penjelasan Umum. Kekaburan istilah hak moral dalam UUHC 2002 ini menghasilkan berbagai interpretasi. *Kedua*, ketidakjelasan wilayah hak moral dan hak ekonomi: dalam bagian tubuh UU, hanya hak moral yang dirumuskan, sementara hak ekonomi dirumuskan dalam bagian Penjelasan. Ketiga, kekaburan makna hak moral dan hak ekonomi, *karena tidak jelas batas-batas antara keduanya.* Rumusan hak moral dijelaskan dalam bagian ketujuh Pasal 24 UUHC tentang Hak Moral dan penjelasannya. Pasal 24 UU tersebut menjelaskan bahwa:

(1) Pencipta atau ahli warisnya berhak menuntut Pemegang Hak Cipta supaya nama Pencipta tetap dicantumkan dalam Ciptaannya.

---

[15] Audrey R. Chapman, "Approaching Intellectual Property as a Human Right",2001, *Copyright Bulletin,*No. 3,hlm.12.

[16] Bryan Bix, Law, *Language, and Legal Determinacy,* Oxford Clarendon University Press, 1993, hlm.5

(2) Suatu Ciptaan tidak boleh diubah walaupun Hak Ciptanya telah diserahkan kepada pihak lain, kecuali dengan persetujuan Pencipta atau dengan persetujuan ahli warisnya dalam hal Pencipta telah meninggal dunia.

(3) Ketentuan sebagaimana dimaksud pada Ayat (2) berlaku juga terhadap perubahan judul dan anak judul Ciptaan, pencantuman, dan perubahan nama atau nama samaran Pencipta.

(4) Pencipta tetap berhak mengadakan perubahan pada Ciptaannya sesuai dengan kepatutan dalam masyarakat.

Selanjutnya, terkait dengan hak moral, Penjelasan Umum UUHC 2002 menyatakan: Hak Cipta terdiri atas hak ekonomi *(economic rights)* dan hak moral *(moral rights)*. Hak ekonomi adalah hak untuk mendapatkan manfaat ekonomi atas Ciptaan serta produk Hak Terkait. Hak moral adalah hak yang melekat pada diri Pencipta atau Pelaku yang tidak dapat dihilangkan atau dihapus tanpa alasan apa pun, walaupun Hak Cipta atau Hak Terkait telah dialihkan.

Sementara itu, penjelasan Pasal 24-nya menyebutkan bahwa pasal ini "sudah cukup jelas" dan dengan hak moral, Pencipta dari suatu karya cipta memiliki hak untuk:

a. dicantumkan nama atau nama samarannya di dalam Ciptaannya ataupun salinannya dalam hubungan dengan penggunaan secara umum;

b. mencegah bentuk-bentuk distorsi, mutilasi atau bentuk perubahan lainnya yang meliputi pemutarbalikan, pemotongan, perusakan, penggantian yang berhubungan dengan karya cipta yang pada akhirnya akan merusak apresiasi dan reputasi Pencipta. Selain itu tidak satupun dari hak-hak tersebut di atas dapat dipindahkan selama Penciptanya masih hidup, kecuali atas wasiat Pencipta berdasarkan peraturan perundang-undangan (penjelasan Pasal 24 Ayat 2 UUHC 2002).

"Kecerobohan" dalam merumuskan hak moral dapat dilihat dari Penjelasan Umum UUHC tersebut yang menyatakan bahwa hak moral adalah hak yang melekat pada diri Pencipta atau Pelaku yang tidak dapat dihilangkan atau dihapus tanpa alasan apa pun, walaupun Hak Cipta atau Hak Terkait telah dialihkan." Jika ketentuan ini ditafsirkan secara *a-contrario*, maka maknanya menjadi "hak moral

adalah hak yang melekat pada pencipta atau pelaku yang dapat dihapuskan atau dialihkan dengan alasan apapun, walaupun hak ekonomi atau hak terkait telah dialihkan." Jika hal ini benar, maka ketentuan ini akan berkontradiksi dengan Pasal 24 yang melindungi hak pencipta untuk mensyaratkan pemegang hak cipta mencantumkan nama pencipta pada karyanya. *Kedua,* ketidakjelasan dalam lingkup hak moral dan hak ekonomi. Dalam tubuh UU, hanya hak moral yang dirumuskan, sementara hak ekonomi dirumuskan dalam penjelasannya. Berbeda dari hak moral yang dirumuskan dalam bagian tertentu dan pasal tertentu, tidak ada aturan tentang hak ekonomi dalam tubuh UU itu. Istilah "hak ekonomi" ditulis dalam Penjelasan Umum bahwa hak ekonomi adalah hak untuk menerima manfaat ekonomi dari penciptaan dan produk terkait." Struktur penempatan kaidah-kaidahnya tidak logis karena penjelasan seharusnya menjelaskan istilah-istilah yang telah disebutkan sebelumnya dalam bagian batang tubuh UU. Sementara menurut perancangan undang-undang yang baik, penjelasan seharusnya tidak menambahkan suatu norma baru.[17]

Walaupun UU ini menyatakan manfaat dari hak ekonomi sebagai hak eksklusif pencipta untuk melakukan tindakan yang memiliki nilai-nilai ekonomik, konsep "hak eksklusif" tidak dikenal oleh sebagian besar masyarakat tradisional Indonesia. Untuk tanah saja, misalnya, menurut hukuk agraria Indonesia, tidaklah eksklusif, melainkan punya fungsi sosial.[18] Dalam suatu masyarakat komunal yang memprioritaskan ada kekeluargaan, gotong royong, tidaklah mengherankan jika hak cipta sering mengalami perubahan untuk menyesuaikan dengan perkembangan global.

Ketidakjelasan ketiga adalah tentang batas-batas antara hak moral dan hak ekonomi. Berdasarkan Pasal 24 UUHC ini, hak moral terdiri dari dua hak: hak untuk diidentifikasi sebagai pencipta (Pasal 24 Ayat 1) dan hak untuk mencegah perubahan atas karya yang merugikan kehormatan pencipta atau hak atas integritas (Pasal 24 Ayat 2). Selanjutnya, kedua hak ini dilindungi dalam periode yang berbeda. Hak untuk diidentifikasi sebagai pencipta dilindungi tanpa batas

---

[17] Maria Farida IndratiSuprapto, *Ilmu Perundang-undangan, Dasar-dasar dan Pembentukannya* Jogjakarta: Kanisus, 1998, hlm. 34.

[18] Lihat, Pasal 6Undang-undangPokokAgrariaNomor 5 tahun 1960 (*Peraturan Dasar Pokok-pokok Agraria*): "semua hak atas tanah memiliki fungsi sosial".

waktu, sementara hak atas keutuhan karya dilindungi untuk periode hak cipta atas karya tersebut, kecuali untuk menyebutkan dan mengubah nama atau nama samaran dari pencipta. Jika hak moral dapat dialihkan dengan wasiat atau testamen, hal ini berarti hak moral diperlakukan sebagai hak ekonomi, sementara identitas adalah sesuatu yang melekat. Yang "inherent' yang tak dapat dialihkan dengan alasan apapun. Maka, seharusnya dipertanyakan, mengapa pasal ini memberikan peluang untuk mengalihkan hak moral walaupun dengan kesepakatan ahli warisnya? Bukankah hal itu menjadi ranah hak ekonomi? Dari ketentuan ini, tampak bahwa tidak ada pembedaan antara kedua hak ini.

Sejak awal, proses perancangan UUHC 2002 ini, konsep tentang Hak Moral dan Hak Ekonominya tidak jelas dan tidak konsisten. Menurut RUU-nya (Rancangan Undang-undang Hak Cipta 2002 didapatkan dari Sekretaris Jenderal Dewan Perwakilan Rakyat Republik Indonesia, 2010), yang diinisiasi oleh Pemerintah pada era Presiden Abdurrachman Wahid melalui Peraturan Presiden Nomor R.44/PU /XII/1999, hak moral memiliki karakter manunggal dengan penciptanya, dan hal ini hanya berlaku untuk *seni pahat dan seni lukis*. Agaknya, ambiguitas ketentuan hak moral ini harus diselesaikan dengan apa yang dimaksudkan sesungguhnya oleh para pembuat undang-undang sebagaimana didiskusikan ketika mereka merancangnya.

Yang paling menarik dari diskusi ini adalah bahwa tidak ada fraksi yang mempertanyakan esensi dari hak moral dan hak ekonomi dari hak cipta, walaupun dua hak itu adalah hak yang paling mendasar dari hak cipta. Istilah "moral" dan "ekonomik" dicampuradukkan dengan hak "private" dan "public" dan kepedulian tentang "fungsi sosial" dari ilmu pengetahuan bahwa ilmu pengetahuan yang benar akan menjadi bermanfaat bagi manusia ketika kita bertanggung jawab tentang apa telah kita miliki di dunia ketika kita wafat dan menghadap Tuhan untuk mempertanggungjawabkan apa yang telah kita lakukan. Selanjutnya, pencipta yang sesungguhnya adalah "Allah" sebagai pemilik ilmu pengetahuan, bahkan pernyataan dari Fraksi Reformasi menekankan ketidaksetujuannya pada hak ekonomi dari pencipta.[19]

---

[19] Pernyataan selengkapnya adalah"*Yang akan menuai keuntungan dari penambahan waktu jika hak cipta dijadikan komoditi ekonomi adalah pemilik hak cipta yang berkolaborator*

Diperlukan waktu dua setengah tahun sejak tanggal 13 Desember sejak Pemerintah mengajukan RUU sampai persetujuan DPR pada tanggal 11 Juli 2002. Ketika merancang UU tersebut, Menteri Hukum dan HAM Indonesia menjelaskan di hadapan anggota DPR bahwa jangka waktu hak moral adalah abadi.[20]

> *Hak pencipta atas suatu ciptaan terdiri dari Hak Ekonomi dan Hak Moral. Hak Ekonomi atas suatu ciptaan dapat berpindah kepada pihak lain, misalnya melalui perjanjian atau pewarisan. Sedangkan Hak Moral tetap melekat pada pencipta walaupun hak ekonominya telah berpindah atau dalam hal si pencipta sudah meninggal dunia, ahli warisnya berhak menuntut pihak lain atas pelanggaran terhadap hak moral tersebut .*[21]

Maka, dapat disimpulkan bahwa ada "kesalahan ketik" pada saat RUU tersebut disahkan menjadi UU. Jika tanggapan Pemerintah telah ditulis sebagai ketentuan atau penjelasan pada UUHC 2002 tersebut, tidak akan terjadi ambiguitas sedemikian.

Masih ada pertanyaan mendasar tentang jangka waktu perlindungan dalam UUHC 2002 ini. Jangka waktu perlindungan itu untuk hak moral atau hak ekonomi?Istilah "hak cipta" sebagaimana didefinisikan dalam Pasal 1 UUHC 2002 adalah hak eksklusif dari pencipta atau penerima hak untuk mengumumkan atau memperbanyak ciptaan atau memberi ijin tanpa mengurangi pembatasan sesuai dengan undang-undang dan peraturan yang berlaku. Dari definisi itu, jelas bahwa hak moral hak maternitas dan hak integritas tidak tercakup dalam definisi itu. Tidak mengejutkan jika dalam regulasi dan praktiknya, "hak cipta" hanya dimaknai sebagian besar sebagai "hak ekonomi". Hak ekonomi ini mencakup hak memperbanyak,

---

dengan kaum kapitalis. Oleh karena itu, negara-negara maju (kapitalis) yang menguasai teknologi hanya akan lebih diuntungkan dibandingkan dengan negara-negara berkembang yang berlatar-belakang teknologi dan finansial. Misalnya seperti gugatan yang dilakukan Microsoft terhadap warga negara dan perusahaan-perusahaan pelanggar tersebut. Untuk para pemilih hak di negara-negara berkembang akan menjadi sia-sia. Selain itu, yang dianggap memprihatinkan adalah akan ada gejala putusnya perkembangan generasi, karena generasi tersebut tidak memiliki hak publik. Di dalam pandangan agama, ilmu yang bermanfaat bagi banyak orang akan menjadi bekal untuk hari kematian. Jika hak privat dimiliki untuk jangka waktu yang sangat panjang, kapan bisa menjadi hak publik, padahal ilmu itu adalah milik Allah (SWT, Tuhan), dan Tuhan juga pemilik, julukan sebagai Pencipta (Yang memiliki hak Cipta).

[20] Pidato Menteri Hukum dan HAM,Prof. Yusril Ihza Mahendra di depan Sidang Pleno DPR pada tanggal 30 Maret 2000 pada RUU tentang Hak Cipta.

[21] Tanggapan Pemerintah Indonesia yang dibacakan oleh Menteri Hukum dan HAM tentang Pandangan Umum Fraksi-Fraksi DPR,15, 2000, Laporan tentang Rancangan undang-undang Hak Cipta Indonesia, hlm.139.

hak untuk mengumumkan, dan hak atas adaptasi. Hak memperbanyak memberi hak kepada pencipta untuk mengontrol perbanyakan atas karya, termasuk foto, rekaman, pengunduhan, dan semacamnya. Hak untuk mengumumkan memberikan hak kepada pencipta bagaimana suatu karya disebarluaskan, dikomunikasikan, disiarkan, ditampilkan, dipamerkan, dan sebagainya. Hak adaptasi memberikan pencipta untuk mengontrol adaptasi karya melalui penerjemahan, dramatisasi, film, dan penciptaan karya-karya turunan secara umum.[22]

Dalam peraturan Direktorat Jenderal HKI, nuansa "hak ekonomi" itulah yang lebih terlihat, dengan menyatakan bahwa istilah perlindungan hak cipta adalah sebagaimana ditetapkan dalam UU tersebut. Tabel di bawah ini menggambarkan jangka waktu perlindungan hak ekonomi pencipta menurut UUHC 2002, karena hak moral adalah bersifat abadi.

Tabel 4. Jenis Ciptaan dan Jangka Waktu Perlindungan Hak Ekonomi

Buku, Program Komputer, Pamflet, Karya cipta tertulis lainnya, Ceramah, Kuliah, Pidato, dan Ciptaan lain yang sejenis dengan itu, Alat peraga yang dibuat untuk keperluan pendidikan dan ilmu pengetahuan, drama, drama musikal, pantomim, karya koreografi, semua bentuk seni seperti seni lukis, gambar, seni ukir, seni kaligrafi, seni pahat, seni patung, kolase, dan seni terapan, arsitektur, peta, seni batik, terjemahan, tafsir, saduran, bunga rampai.	Seumur hidup pencipta dan dan terus berlangsung selama 70 (tujuh puluh) tahun setelah Pencipta meninggal dunia, terhitung mulai tanggal 1 Januari tahun berikutnya.
Ciptaan yang dimiliki atau dipegang oleh badan hukum	50 (lima puluh) tahun sejak pertama kali dilakukan Pengumuman.

[22] Untuk hak ekonomi, lihat,Sybil Foreman, *Copyright Law: World Study*, University Publications, 2012, hlm. 40.

a. karya fotografi; b. Potret; c. karya sinematografi; d. permainan video; e. Program Komputer; f. perwajahan karya tulis; g. terjemahan, tafsir, saduran, bunga rampai, basis data, adaptasi, aransemen, modifikasi dan karya lain dari hasil transformasi; h. terjemahan, adaptasi, aransemen, transformasi atau modifikasi ekspresi budaya tradisional; i. kompilasi Ciptaan atau data, baik dalam format yang dapat dibaca dengan Program Komputer atau media lainnya; dan j. kompilasi ekspresi budaya tradisional selama kompilasi tersebut merupakan karya yang asli, (2) Pelindungan Hak Cipta atas Ciptaan berupa karya seni terapan berlaku selama 25 (dua puluh lima) tahun sejak pertama kali dilakukan Pengumuman.	50 (lima puluh) tahun sejak pertama kali dilakukan Pengumuman.
karya seni terapan	25 (dua puluh lima) tahun sejak pertama kali dilakukan Pengumuman.
Hak Cipta atas Ekspresi budaya tradisional yang dipegang oleh negara	Tanpa batas waktu
Ciptaan yang Penciptanya tidak diketahui yang dipegang oleh negara	50 (lima puluh) tahun sejak Ciptaan tersebut pertama kali dilakukan Pengumuman.

Pelaku Pertunjukan	berlaku selama 50 (lima puluh) tahun sejak pertunjukannya difiksasi dalam Fonogram atau audiovisual;
Produser Fonogram	berlaku selama 50 (lima puluh) tahun sejak Fonogramnya difiksasi; dan
c. Lembaga Penyiaran	20 (dua puluh) tahun sejak karya siarannya pertama kali disiarkan.
Ciptaan buku, dan/atau semua hasil karya tulis lainnya, lagu dan/atau musik dengan atau tanpa teks yang dialihkan dalam perjanjian jual putus dan/atau pengalihan tanpa batas waktu.	Hak Ciptanya beralih kembali kepada Pencipta pada saat perjanjian tersebut mencapai jangka waktu 25 (dua puluh lima) tahun.
Karya Pelaku Pertunjukan berupa lagu dan/atau musik yang dialihkan dan/atau dijual hak ekonominya.	kepemilikan hak ekonominya beralih kembali kepada Pelaku Pertunjukan setelah jangka waktu 25 (dua puluh lima) tahun.

Sejak UUHC nasional dimiliki Indonesia tahun 1982, Indonesia telah memasukkan EBT dalam Pasal 10 (2)-nya, Negara memegang hak cipta atas hasil kebudayaan rakyat yang menjadi milik bersama, seperti cerita, hikayat, dongeng, legenda, babad, lagu, kerajinan tangan, koreografi, tarian, kaligrafi dan karya seni lainnya. Dilanjutkan dengan penegasan bahwa negara memegang hak cipta atas ciptaan tersebut pada ayat (2) a terhadap luar negeri.

Dalam UUHC saat ini (2014), pasal 38 mengatur tentang:

(1) Hak Cipta atas ekspresi budaya tradisional dipegang oleh Negara.

(2) Negara wajib menginventarisasi, menjaga, dan memelihara ekspresi budaya tradisional sebagaimana dimaksud pada ayat (1).

(3) Penggunaan ekspresi budaya tradisional sebagaimana dimaksud pada ayat (1) harus memperhatikan nilai-nilai yang hidup dalam masyarakat pengembannya.

(4) Ketentuan lebih lanjut mengenai Hak Cipta yang dipegang oleh Negara atas ekspresi budaya tradisional sebagaimana dimaksud pada ayat (1) diatur dengan Peraturan Pemerintah.

Sebagai konsekuensi dimasukkannya EBT di dalam sistem hukum hak cipta adalah bahwa hak moral dan hak ekonomi berlaku pula atas EBT. Hak moral mencakup hak untuk diidentifikasi sebagai pencipta hak maternitas, yang kadangkala disebut hak atribusi, dan hak untuk mempertahankan haknya dalam hal terjadi distorsi Ciptaan, mutilasi Ciptaan, modifikasi Ciptaan, atau hal yang bersifat merugikan kehormatan diri atau reputasinya. atau hak integritas). Hak moral ini secara tradisional diasosiasikan dengan pandangan indivualistik tentang kepenciptaan, yang berasal dari romantisisme Eropa pada abad ke-19. Budaya-budaya tertentu tidak menekankan identifikasi sang seniman dengan karyanya, melainkan menilai karya seni itu demi karya itu, atau demi makna/kepentingan sosialnya.[23] Indonesia menganut sistem hukum *civil law*, hak moral tak dapat dialihkan, dijual, atau dipisahkan dari hak ekonomi. Ini adalah bukan *copyright*, melainkan *author's right*.[24]

Persoalan yang terkait dengan hak moral itu erat kaitannya dengan "hak moral" yang sangat unik dari EBT, yang tidak cocok dengan konsep originalitas atau maternitas sebagaimana tujuan hak cipta. Marett Leiboff mengatakan bahwa jika sesuatu yang kita ciptakan itu berasal dari kita, maka untuk beberapa jenis hak cipta, kita telah menemukan salah satu unsur dari hukum hak cipta.[25] Doktrin originalitas ini, seperti dikotomi "idea-expression", mungkin secara moral masuk akal, tetapi hal ini menyulitkan dalam filosofi dan praktiknya. Dimensi yang paling problematik dari syarat "originalitas" dalam ekonomi kapiltasi akhir-akhir ini adalah keterkaitan yang erat antara kreativitas dan keuntungan. Karya-karya kreatif yang original jika karya itu menimbulkan keuntungan seringkali dikemas secara industri dan pemasaran yang berarti bahwa usaha-usaha yang ditanamkan dalam karya itu bukan semata-mata pekerjaan atas usaha si pencipta, melainkan banyak investasi ekonomik dan estetik tercakup di dalamnya. Sementara hak cipta, yang ditujukan

[23] Mira Sunjana T.Rajan, Op. Cit., hlm. 213.

[24] Paul Torremans, *Copyright Law: A Handbook of Contemporary Research*, Edward Elgar, 2006, hlm. 19.

[25] MarettLeiboff, *Creative Practice and the Law*,Lawbook Co.2007, hlm. 18.

untuk menetapkan legitimasi dari pencipta, para distributor menciptakan doktrin "karya sewa" dan berbagai jenis persetujuan kontraktual untuk mengizinkan seorang pencipta untuk menyerahkan hak-haknya atas suatu karya pada orang lain, yang secara langsung atau tak langsung, mengurangi keseluruhan konstruk kepenciptaan.[26]

Dengan observasi yang dekat terhadap proses dan pembuatan EBT, dapat disimpulkan bahwa karya-karya sedemikian adalah bersifat evolusioner, derivatif, sehingga sulit menunjukkan bahwa karya-karya itu original sebagaimana tujuan hak cipta.

Pertama, EBT memiliki suatu karakter unik yang berbeda dari karya-karya yang dicakup dalam wilayah hukum hak cipta. Ditinjau dari segi ini, UUHC 2002 mendefinisikan karakteristik EBT dalam definisi yang lebih mencakup makna EBT, yakni: "sekumpulan ciptaan tradisional, baik yang dibuat oleh kelompok maupun perorangan dalam masyarakat, yang menunjukkan identitas sosial dan budayanya berdasarkan standard dan nilai-nilai yang diucapkan atau diikuti secara turun temurun, termasuk:

a. cerita rakyat, puisi rakyat;
b. lagu-lagu rakyat dan musik instrumen tradisional;
c. tari-tarian rakyat, permainan tradisional;
d. hasil seni antara lain berupa: lukisan, gambar, ukiran-ukiran, pahatan, mosaik, perhiasan, kerajinan tangan, pakaian, instrumen musik dan tenun tradisional.

Sementara itu, UUHC 2014 tidak menjelaskan apa yang dimaksud dengan EBT. Unsur "tradisional" atau "sifat turun-temurun sebagai warisan budaya" sama sekali tak tercantum dalam UUHC 2014. UUHC 2014 hanya menguraikan contoh-contoh perwujudan yang dikategorikan sebagai EBT, yakni mencakup salah satu atau kombinasi bentuk ekspresi sebagai berikut:

a. verbal tekstual, baik lisan maupun tulisan, yang berbentuk prosa maupun puisi, dalam berbagai tema dan kandungan isi pesan, yang dapat berupa karya sastra ataupun narasi informatif;

---

[26] Lakwan Pang, *Cultural Control and Globalization in Asia: Copyright, Piracy, and Cinema*, Routledge, 2006, hlm. 26. Lihat juga: Foreman, *Op, Cit*, 34, hlm.10 yang menambahkan *the right not to false attribution* sebagai konsekuensi dari hak atribusi, ketika karya itu disajikan secara keliru sebagai karya orang lain.

b. musik, mencakup antara lain, vokal, instrumental, atau kombinasinya;
c. gerak, mencakup antara lain, tarian;
d. teater, mencakup antara lain, pertunjukan wayang dan sandiwara rakyat;
e. seni rupa, baik dalam bentuk dua dimensi maupun tiga dimensi yang terbuat dari berbagai macam bahan seperti kulit, kayu, bambu, logam, batu, keramik, kertas, tekstil, dan lain-lain atau kombinasinya; dan
f. upacara adat.,

Unsur "originalitas" tidak ada dalam EBT. Setiap karya EBT adalah peniruan melalui pewarisan dari satu generasi ke generasi berikutnya, sebagaimana dicontohkan oleh proses pembuatan topeng, batik tradisional, dsb.[27] EBT bersifat lokal, berakar pada suatu tempat tertentu dan merupakan serangkaian pengalaman yang dihasilkan oleh orang-orang yang hidup di daerah itu; ia secara lisan disebarluaskan, atau disebarluaskan melalui peniruan dan pertunjukan; ia lebih bersifat empiris dan bukan teoretis, ia terus menerus berubah, walaupun seringkali diwakili sebagai statis; penyebarannya berbeda-beda secara sosial; dan ia berada di dalam wilayah tradisi budaya yang lebih luas, sehingga memisahkan yang teknis dari yang nonteknis dan rasional adalah problematik.[28]

Terkait dengan hak atas integritas dari hak moral, hal ini dipertimbangkan sebagai hak moral dengan makna praktis yang lebih besar, dan biasanya dibatasi, sebagaimana dalam model internasional yang ditetapkan oleh Pasal 6 *bis* dari Konvensi Bern, untuk bertindak yang merendahkan "kehormatan atau reputasi pencipta". Walaupun demikian, interpretasi dari teori hak moral ini tidak selalu sempit. Reputasi pencipta dapat dilindungi melalui hukum pencemaran nama baik. Selanjutnya, fakta bahwa hak moral yang paling penting secara langsung berkaitan dengan perlakuan atas karya seni dampak dari perlakuan terhadap reputasi pencipta

---

[27] R. Diah Imaningrum Susanti, "KerajinanTopeng Malang danKepedulianLingkungan", *Jurnal Aditya Wacana*, Desember 2004.

[28] Ellen, R and Harris, H. 'Introduction' dalam Ellen, R., Parkes, P. dan Bicker, A.eds. *Indigenous Environmental Knowledge andIts Transformations*, Routledge, 2000, hlm. 4-5.

yang bertindak sebagai suatu sarana hukum yang membatasi dicapainya hak itu membuat penekanan pada reputasi tampaknya sedikit palsu. Walaupun demikian, konsep hak moral juga membuat suatu sumbangan yang lebih besar, pertama bahwa ia cenderung tidak dikatakan. Hak moral menyumbang pada kepentingan publik dalam budaya setidaknya dalam tiga hal ini: generasi yang menghargai kreativitas, yang mengarah pada penciptaan budaya dan mendorong dipeliharanya warisan budaya; pelestarian patrimoni budaya yang sudah ada; dan penghormatan atas kebenaran historis. Kepentingan publik dalam budaya bahwa hak moral melindungi menemukan eksprsinya dalam *Universal Declaration of Human Rights and the International Covenant on Economic, Social, and Cultural Rights*. Mereka muncul dalam bentuk hak atas budaya dan akses publik terhadap budaya.

Kesulitan lain jika EBT masuk dalam hukum hak cipta adalah: syarat fiksasi dalam hukum hak cipta untuk menentukan bahwa suatu karya dilindungi hak cipta, bahwa karya itu harus karya original dari pencipta yang difiksasikan dalam suatu bentuk berwujud atau ekspresi yang berwujud. Dari ketiga kualifikasi tersebut, "ekspresi", "originalitas", adalah prinsip-prinsip yang abstrak, sementara "fiksasi" adalah suatu kualitas material yang mengizinkan tindakan mengkopi, memperbanyak, bisa terjadi. Oleh karena itu, hak cipta (dalam arti hak memperbanyak, mengkopi), tidak berakhir dengan adanya fiksasi, melainkan dimulai dari fiksasi, karena kepedulian nyata dari hak cipta adalah bukan pada penciptaan itu sendiri (*creation*), melainkan pada pelanggarannya, bukan pada definisi tentang kepenciptaan melainkan pada pengaturan tentang produk hasil penciptaan itu, reproduksinya, dan distribusinya.[29] Hanya setelah karya itu difiksasi dalam bentuk yang berwujud, maka karya itu bisa ditiru/dicopy, diperbanyak.

Problem fiksasi ini semakin jelas yang dikenal karena kecenderungan EBT tidak difiksasi. Persoalan berikutnya adalah kesulitan dalam penegakan hukumnya. Ketentuan Pasal 44 UUHC 2014 tentang pelanggaran hak cipta tidak cocok jika diberlakukan untuk EBT. Pasal ini menentukan bahwa:

---

[29] Lakwan Pang *Cultural Control and Globalization in Asia; Copyright, Piracy, and Cinema,* Routledge, 2006, hlm.29.

2

(1) Penggunaan, pengambilan, Penggandaan, dan/atau pengubahan suatu Ciptaan dan/atau produk Hak Terkait secara seluruh atau sebagian yang substansial tidak dianggap sebagai pelanggaran Hak Cipta jika sumbernya disebutkan atau dicantumkan secara lengkap untuk keperluan:

a) pendidikan, penelitian, penulisan karya ilmiah, penyusunan laporan, penulisan kritik atau tinjauan suatu masalah dengan tidak merugikan kepentingan yang wajar dari Pencipta atau Pemegang Hak Cipta;

b) keamanan serta penyelenggaraan pemerintahan, legislatif, dan peradilan;

c) ceramah yang hanya untuk tujuan pendidikan dan ilmu pengetahuan; atau

d) pertunjukan atau pementasan yang tidak dipungut bayaran dengan ketentuan tidak merugikan kepentingan yang wajar dari Pencipta.

(2) Fasilitasi akses atas suatu Ciptaan untuk penyandang tuna netra, penyandang kerusakan penglihatan atau keterbatasan dalam membaca, dan/atau pengguna huruf braille, buku audio, atau sarana lainnya, tidak dianggap sebagai pelanggaran Hak Cipta jika sumbernya disebutkan atau dicantumkan secara lengkap, kecuali bersifat komersial.

(3) Dalam hal Ciptaan berupa karya arsitektur, pengubahan sebagaimana dimaksud pada Ayat (1) tidak dianggap sebagai pelanggaran Hak Cipta jika dilakukan berdasarkan pertimbangan pelaksanaan teknis.

(4) Ketentuan lebih lanjut mengenai fasilitasi akses terhadap Ciptaan bagi penyandang tuna netra, penyandang kerusakan penglihatan dan keterbatasan dalam membaca dan menggunakan huruf braille, buku audio, atau sarana lainnya sebagaimana dimaksud pada ayat (2) diatur dengan Peraturan Pemerintah.

Ada dua unsur penting untuk dicatat. Pertama, kegiatan "Penggunaan, pengambilan, Penggandaan, dan/atau pengubahan". Kedua, terkait dengan "bagian substansial", UUHC 1982 (lihat pasal 14), dengan syarat bahwa sumbernya harus disebut secara lengkap, maka tidak dianggap sebagai pelanggaran hak cipta:

> Pengutipan ciptaan pihak lain sampai sebanyak-banyaknya 10% (sepuluh persen) dari kesatuan yang bulat tiap ciptaan yang dikutip sebagai bahan untuk menguraikan masalah yang dikemukakan.

UU ini menetapkan bahwa pengutipan lebih dari 10 persen dari kesatuan ciptaan adalah melanggar hak cipta. UUHC 2002 dan UUHC 2014 meniadakan ketentuan itu, dan menetapkan bahwa pelanggaran tidak ditentukan oleh berapa persen pengambilan atau penggunaan dari ciptaan, melainkan pada "bagian yang substansial" yang menjadi karakteristik suatu karya walaupun itu kurang dari 10 persen, adalah pelanggaran hak cipta, sejauh hal itu tidak mengutip sumbernya. Maka ada dua hal penting dalam menentukan "kegiatan mengambil, menggunakan, menggandakan" ini, sehingga bisa dianggap sebagai plagiat atau tidak. Mengambil bagian yang substansial dengan mengutip sumber, atau untuk kepentingan pendidikan, penelitian, adalah bukan pelanggaran hak cipta. Mengambil bagian substansial tanpa mengutip sumber jelas merupakan plagiarisme. Mengambil bagian yang tidak substansial tanpa mengutip sumber, adalah bukan melanggar hak cipta, tetapi hal ini lebih baik tak dilakukan karena itu perbuatan yang tidakterpuji.

Tabel berikut menyarikan kegiatan-kegiatan yang dapat diklasifikasikan pelanggaran hak cipta atau bukan, menurut UUHC.

Tabel 5. Kriteria Pelanggaran Hak Cipta

Bagian Substansial	Mengutip Sumber?	Plagiarisme?	Catatan
Ya	Ya	Tidak	Tindakan jujur, beretika.
Ya	Tidak	Ya	Tindakan harus dihindari
No	Ya	Tidak	Tindakan jujur. Walaupun bukan plagiarisme atau pelanggaran hak cipta, jangan lakukan ini, karena hal ini tentu menggelikan.
Tidak	Tidak	Tidak	Tindakan yang masuk akal

Jika EBT akan dilindungi dalam hukum hak cipta, persoalan besar muncul: bagian mana dari EBT yang harus dianggap sebagai substansial dan mana yang tidak substansial? EBT adalah kekayaan budaya yang mengandung nilai-nilai etik, kebiasaan-kebiasaan sosial, atau mitos-mitos tentang warisan takbenda yang merupakan simbol

dan ekspresi.[30] EBT seharusnya diperlakukan sebagai suatu ciptaan secara keseluruhan, maka tak mungkin mengambil atau menentukan bagian tertentu sebagai substansial dan bagian lain sebagai yang tidak substansial untuk menentukan adanya pelanggaran hak cipta atau tidak. EBT itu sangat spesifik dan tak dapat dicampuradukkan dengan bidang-bidang kekayaan intelektual lainnya. Kekhususan EBT adalah pada komunitas kultural yang "memiliki"nya, yang mengembannya. Adalah komunitas budaya itulah memiliki EBT atau generasi-generasi yang diasuh oleh tradisi. Bukan negara yang memiliki hak moral ataupun hak ekonomi atas EBT, karena negara bukanlah si pencipta, bahkan negara bukan pemegang hak cipta atas ciptaan yangberupa EBT itu, karena negara adalah entitas politik, bukan entitas budaya.

Persoalan yang paling penting adalah ketentuan bahwa negara sebagai pemegang hak cipta atas EBT. Versi asli dari ketentuan ini terdapat pada UUHC pertama Indonesia (UUHC 1982), yang berbunyi Pasal 10:

(1) Negara memegang hak cipta atas karya peninggalan sejarah, pra sejarah, paleo antropologi dan benda-benda budaya nasional lainnya.

(2) a. Hasil kebudayaan rakyat yang menjadi milik bersama, seperti cerita, hikayat, dongeng, legenda, babad, lagu, kerajinan tangan, koreografi, tarian, kaligrafi dan karya seni lainnya dipelihara dan dilindungi oleh negara;

b. Negara memegang hak cipta atas ciptaan tersebut pada Ayat (2) a terhadap luar negeri.

Penjelasan UUHC 1982 tersebut menyatakan bahwa dalam rangka melindungi hasil kebudayaan rakyat yang dimaksud dalam Ayat (2) a pasal ini, Pemerintah dapat mencegah adanya monopoli serta adanya tindakan yang merusak citra kebudayaan tersebut. Ketentuan ini dimaksudkan untuk menghindari kegiatan-kegiatan oleh pihak asing yang dapat merusak nilai budaya.

Negara sebagai pemegang hak cipta sebenarnya tak pernah menerima hak dari pencipta sebagaimana disyaratkan dalam Pasal 1 Ayat 4 UUHC 2014, bahwa yang disebut "Pemegang Hak Cipta" adalah Pencipta sebagai pemilik Hak Cipta, pihak yang menerima

hak tersebut secara sah dari Pencipta, atau pihak lain yang menerima lebih lanjut hak dari pihak yang menerima hak tersebut secara sah. Negara tidak pernah memiliki hak moral atas EBT, sehingga EBT tidak identik dengan negara, melainkan dengan komunitas yang mengembannya. Peran negara terlepas ia sebagai pemegang hak cipta atau tidak, dan memang seharusnya bukan pemegang hak cipta karena EBT bukan ciptaan dalam ranah hukum hak cipta– adalah hanya melindungi dan menjaga, melestarikan agar tetap eksis dan berkembang. Sebagai konsekuensinya, di samping "hak moral", "hak ekonomi" dimiliki oleh komunitas itu sendiri. Komunitas itu sendirilah yang harus mengeksploitasi karyanya yang berwujud EBT itu untuk menjangkau pasar-pasar yang mungkin sebagian besar pencipta dan artis menyediakan diri atas kemungkinan ini oleh industrialisasi. Bahwa negara harus memfasilitasi aspek ekonomik dari EBT, hal itu adalah konsekuensi peran negara untuk melindungi warganya, bukan sebagai pemegang hak cipta. Selanjutnya, karya-karya budaya tradisional itu, dalam kenyataannya adalah bukan hak cipta dan tidak pernah didaftarkan sebagai ciptaan.[31]

Yang agak aneh adalah pasal Pasal 10 Ayat 1 UUHC 2002, yang menyatakan bahwa "Negara memegang Hak Cipta atas karya peninggalan prasejarah, sejarah, dan benda budaya nasional lainnya." UU ini menggunakan istilah "karya" bercampur dengan "peninggalan", walaupun hal ini akan biasanya menjadi ranah perlindungan warisan dan bukan perlindungan hak cipta.[32] Menurut Pasal 10 (2)-nya, Negara memegang Hak Cipta atas folklordan hasil kebudayaan rakyat yang menjadi milik bersama, seperti cerita, hikayat, dongeng, legenda, babad, lagu, kerajinan tangan, koreografi, tarian, kaligrafi, dan karya seni lainnya. Untuk mengumumkan atau memperbanyak folklor dan hasil kebudayaan rakyat itu, orang asing harus terlebih dahulu mendapat izin dari instansi yang terkait dalam masalah tersebut. Pasal 10 Ayat (4)-nya menentukan perlunya Peraturan Pemerintah untuk mengatur lebih lanjut penerapan ketentuan tersebut, yang sampai pada saat digantinya UUHC 2002 dengan UUHC 2014, Peraturan Pemerintah tersebut belum pernah diterbitkan.

---

[30] Margaret Ann Wilkinson and Natasha Gerolami, *Op. Cit.*,hlm.324.

[31] Hasil wawancara dengan Ibu Nuryanti, Subdit Pelayanan Hukum Hak Cipta dan Desain Industri, DJHKI, Kuningan Jakarta, tanggal 15 Juni 2017.

[32] Christoph Antons, *Op.Cit.*, hlm. 90.

Berbagai budaya daerah di Indonesia dapat diwujudkan dengan beranekaragam dan keunikannya di dalam Indonesia, tetapi mereka menjadi bagian dari budaya nasional ketika direpresentasikan di hadapan dunia. Dari perspektif pemerintah Indonesia, hal ini penting untuk menjaga suatu kesatuan bangsa yang masih rapuh, dan ia juga menjustifikasi digunakannya budaya lokal untuk simbolisme politik dan untuk kampanye pariwisata yang ditujukan pada pihak asing. Walaupun demikian, pendekatan ini menjadi problematik ketika budaya daerah juga direpresentasikan di wilayah-wilayah negara tetangga.[33]

Pergeseran eskpresi budaya setempat menjadi simbol-simbol identitas nasional selanjutnya mengarah pada suatu pembedaan yang kabur antara perlindungan warisan dan perlindungan hak cipta[34] Hal ini muncul dari ayat pertama dari Pasal 10, yang menempatkan negara sebagai pemegang hak cipta atas hal-hal/materi/muatan yang sebenarnya bukan materi pokok dari perlindungan hak cipta sama sekali, seperti "peninggalan prasejarah dan sejarah dan benda-benda budaya lainnya". Memang sulit diterjemahkan, UU ini mengombinasikan istilah "peninggalan" dengan butir-butir yang menjadi objek kekayaan intelektual.

Bagian yang disebutkan terakhir dari Pasal 10 UUHC 2002 tampaknya diinspirasi oleh Konvensi UNESCO tahun 1970 tentang *the Means of Prohibiting and Preventing the Illicit Import, Export, and Transfer of Ownership of Cultural Property*, suatu konvensi internasional yang berpengaruh pada saat dirancangnya UUHC 2002 tersebut. Konsep "kekayaan budaya" yang kini seringkali digunakan oleh komunitas dan oleh negara kebangsaan untuk klaim-klaimnya yang didasarkan pada tradisi dan identitas, memiliki asal mula pada Konvensi *Hague* tahun 1954 tentang Perlindungan Kekayaan Budaya dalam Peristiwa Konflik Bersenjata (*1954 Hague Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict*).[35]

Maka, Pasal 10 UUHC 2002 adalah contoh yang sangat bagus bagi kombinasi kekayaan budaya dan kekayaan intelektual yang

---

[33] Christoph Antons, *Op.Cit.*, hlm. 84-90.

[34] Christoph Antons, "What is "Traditional Cultural Expression?, International Definitions and Their Application in Developing Asia", *The WIPO Journal 1*, 2009, hlm. 108.

[35] Aragon, *Op.Cit.*, hlm. 271.

secara simbolis sangat berdaya. Walaupun demikian, ia menciptakan kerancuan tentang hakikat sebenarnya dan kekuatan sebenarnya dari "hak-hak" yang dimaksud. Karena otoritas Indonesia untuk mengontrol publikasi dan reproduksi dari folklor Indonesia dan kebudayaan rakyat, maka ia mensyaratkan penerapan selanjutnya melalui Peraturan Pemerintah (Pasal 10 (4) UUHC 2002). Barangkali karena kesulitan konseptual sebagaimana didiskusikan di atas, Peraturan Pemerintah itu sampai saat ini belum terwujud.

Cara penanganan hak cipta akan menjadi suatu persoalan tentang bagaimana negara sebagai pemegang hak cipta atas EBT melindunginya dalam konteks kebijakan desentralisasi di Negara Indonesia. Setelah krisis Asia tahun 1997/1998, pemerintahan yang sentralistik berubah menjadi otonomi di setiap daerah, dan hal ini direalisir melalui kebijakan desentralisasi ketika ia mengalihkan kekuasaan dari pemerintah pusat ke pemerintah daerah melalui Undang-undang Nomor 22 tahun 1999 tentang Otonomi Daerah. UU Otonomi Daerah yang pertama ini kemudian diubah melalui UU Nomor 13 tahun 2009. UU ini mengatur otoritas pemerintah daerah untuk menata dan melaksanakan otonomi daerah, dilaksanakan dengan memperhatikan keragaman setiap wilayah. Prinsip-prinsip fundamental otonomi daerah adalah pemberdayaan masyarakat dengan mengembangkan inisiatif dan kreativitas dari masyarakat setempat. Dalam UU itu, pemerintah daerah memiliki otoritas dan kebebasan untuk membentuk dan melaksanakan kebijakan yang sesuai dengan inisiatif dan aspirasi dari anggota masyarakatnya. Maka, jika negara memegang hak cipta atas EBT, hal ini berarti bahwa negara telah kehilangan dasar sampai pada pra-reformasi yakni segala sesuatunya sentralistik. Tetapi hal yang paling pentng adalah bahwa EBT ditemukan di wilayah daerah, karena EBT tentu didefinisikan secara lokal, dan sebagian besar, terkait dengan wilayah daerah setempat.

Jika hak cipta dipegang oleh negara, maka bagaimana otonomi daerah berperan? Dalam praktiknya, hal ini menimbulkan kesulitan tentang siapa yang mengumpulkan royalti dari si pengeksploitasi dan memberikannya kepada masyarakat tradisional yang memiliki budaya itu. Oleh karena itu, baik pembelaan terhadap EBT, pengumpulan royalti untuk EBT, menjadi persoalan bagi otoritas nasional. Alasan-alasan berikut khususnya mungkin telah menyumbang diadopsinya

pendekatan ini; pertama, Pemerintah Indonesia memandang persoalan ini sebagian besar sebagai persoalan tentang "kita" (rakyat Indonesia dan budayanya) melawan "mereka" (turis asing, kolektor seni, agen-agen periklanan yang menggunakan bahan-bahan EBT dalam cara yang tak patut).[36] Walaupun pemahaman ini sesuai dengan Pasal 32 UUD 45 yang menyatakan bahwa negara memajukan kebudayaan nasional, hal ini lebih mudah menuliskannya daripada melaksanakannya, karena sammpai saat ini tidak ada aturan yang menentukan bagaimana mengumpulkan royalti dari pihak yang mengeksploitasi EBT tersebut.

3. Kesimpulan dan Konsekuensi

Satu pertanyaan diajukan untuk mengambil simpulan: Ekspresi Budaya Tradisional Hak atas Kepemilikan Budaya atau Hak atas Warisan Budaya? Jika EBT adalah hak cipta, apakah ada hak moral dan hak ekonomi dalam EBT?

Negara tak punya hak moral dan hak ekonomi atas EBT karena negara tidak identik dengan komunitas yang mengemban EBT itu, karena negara adalah suatu komunitas politik, bukan komunitas budaya. Peran negara dalam hal ini hanyalah melindungi, menjaga, dan mempromosikan eksistensi EBT. Ada hak cipta atau tanpa hak cipta, negara sebagai komunitas politik tetap memiliki peran seperti itu. Sebagai suatu entitas politik, negara harus membuat suatu keputusan politik yang mendukung hak moral dan hak ekonomi komunitas yang memiliki hak aslinya. Hal ini dapat dilakukan misalnya dengan mempromosikan dan meningkatkan pariwisata berbasis komunitas lokal. Jika EBT dilindungi melalui sistem hak cipta, harus dipstikan bahwa komunitas itu sendiri adalah pemegang hak cipta karena *de facto* mereka telah melestarikan dan memelihara EBT. Melindungi warisan budaya tidak berarti membekukannya, karena warisan budaya sebagai suatu entitas dinamis seharusnya dieksploitasi demi mengembangkannya, melestarikannya, dan bahkan menciptakan kemajuan sosial dan inspirasi fundamental bagi produksi budaya. Menetapkan negara sebagai pemegang hak cipta mungkin bisa membuka peluang mengeksploitasi EBT sebagai alat politik dan propaganda.

---

[36] Dalam UUHC 2002 jelas ini dinyatakan bahwa ketentuan ini dimaksudkan untuk menghindari tindakan pihak asing yang dapat merusak nilai kebudayaan itu, tetapi dalam UUHC 2014, dikotomi "kita versus asing" sudah tak adalagi.

Para pengemban EBT, kustodian EBT, berada dalam posisi melestarikan dan menjaga agar keturunan mereka masih melestarikan warisan budaya ini. Warisan berarti sesuatu yang diwariskan atau sesuatu yang diturunkan dari generasi ke generasi. Ia bisa mencakup monumen, bangunan bersejarah, juga lanskap alam. Ia sangat berbeda ide dasarnya tentang bagaimana memberi imbalan atas kreativitas intelektual dan kepenciptaan. Negara-negara Asia memiliki gagasan berbeda tentang bagaimana memberi imbalan pada kreativitas intelektual dan kepenciptaan. Imbalan terhadap seorang pencipta atau penemu berasal dari statusnya yang ditingkatkan dalam komunitas, dan bukan dari individualitas yang bernegosiasi dalam kontrak. Hal inilah yang ditekankan oleh Christoph Antons bahwa meniru suatu karya seorang master sebelum seseorang memahami tekniknya adalah sangat penting. Keterampilan khusus terletak pada cara detil itu diekspresikan. Oleh karenanya, EBT tidak sepatutnya dilingkup dalam hukum hak cipta, yang justru menghargai originalitas suatu kepenciptaan. Lebih tepat jika EBT dimasukkan ke dalam warisan budaya. Ada tiga level ahli waris EBT: pertama, berdasarkan fakta, komunitas itu sendirilah yang menjadi ahli waris atau sebagai pengemban warisan budaya dari basis faktual bahwa mereka telah melestarikannya secara turun temurun. Kedua, berdasarkan politik, negara adalah ahli waris, karena EBT terletak di wilayah yurisdiksi negara, sehingga negara harus melindungi dan mempromosikan EBT demi masyarakat pengemban EBT itu sendiri dan demi negara secara keseluruhan. Ketiga, berdasarkan kemanusiaan, seluruh umat manusia itu sendirilah yang menjadi ahli waris dari EBT.

Sampai saat ini, Indonesia hanya memiliki UU Cagar Budaya, yang melindungi warisan budaya berwujud, seperti monumen, situs, lanskap, dan warisan budaya benda lainnya.[37] Maka sebetulnya dibutuhkan eksistensi hukum yang *sui generis* untuk mengatur EBT dan bank warisan budaya untuk melindungi EBTdari apropriasi dan eksploitasi negara lain serta menjamin eksistensinya.

Pengakuan akan kedaulatan adat adalah esensi kesadaran dari hak-hak komunal. Pernyataan Hak Azasi Manusia Sedunia menetapkan hak atas kepentingan moral dan material yang dihasilkan

[37] Devi Rosa Kausar, Sustainability in the Management of World Cultural Heritage, dalamDr. Mirat Kasinmoglu (Ed), *Visions for Global Tourism Industry –Creating and Sustaining Competitive Strategies*, In Tech, April2012.

dari ilmu, sastra dan seni. EBT seharusnya dipandang sebagai hak azasi manusia dan organisasi-organisasi terkait seharusnya menjadikannya kepedulian dari kegiatan mereka.[38] Pelestarian warisan budaya telah diakui oleh UNESCO melalui Konvensi tentang *Protection and Promotion of Diversity of Cultural Expression*. Indonesia telah meratifikasinya melalui Peraturan Presiden Republik Indonesia Nomor 78 Tahun 2011. Konvensi ini berupaya untuk mengabadikan sejumlah tujuan termasuk keanekaragaman budaya dibuat terwujud tidak hanya melalui berbagai cara warisan budaya umat manusia diwujudkan, disebarluaskan, melalui berbagai ekspresi budaya, melainkan juga melalui berbagai sarana kreasi seni, produksi, diseminasi, atribusi dan penikmatan, apapun sarana dan teknologi yang digunakan.[39]

B. Tugas Negara dalam Melindungi Warisan Budaya Takbenda

Terlepas sebagai pemegang hak cipta atau tidak, negara memiliki kewajiban sesuai amanat konstitusi untuk menjaga, merawat, melestarikan dan memajukan EBT Indonesia. Hal ini lebih lanjut diatur dalam Buku Panduan Pencatatan, Penetapan, dan Pengusulan Warisan Budaya Takbenda Indonesia.

EBT termasuk dalam Warisan Budaya Takbenda (WBTb), karena WBTb merupakan ekspresi hidup atau tradisi yang diwarisi dari nenek moyang kita dan diteruskan kepada keturunan kita, seperti tradisi lisan, seni pertunjukan, praktik-praktik sosial, ritual, perayaan-perayaan, pengetahuan, dan praktik mengenai alam dan semesta atau pengetahuan dan keterampilan untuk menghasilkan kerajinan tradisional.[40]

Indonesia terdiri dari 13.000 pulau, dihuni oleh sekitar 734 suku, memiliki begitu banyak bentuk kebudayaan yang diwariskan dari generasi ke generai. Dinamika masyarakat dan arus globaliasi menimbulkan perubahan sehingga mengakibatkan hilangnya warisan budaya takbenda. Di sisi lain, akibat selanjutnya adalah timbulnya krisis identitas bangsa. Dengan sendirinya dibutuhkan perlindungan WBTb

---

[38] D.A. Posey and M.P Goeldi, "International Agreement and Intellectual Property Right Protection for Indegenous People", dalamMichael S. Simons, "Aboriginal Heritage Art and Moral Rights," dalam *Annals of Tourism Research*,2000, No. 27 hlm.415.

[39] Lihat:Pasal 4 Konvensi Perlindungan dan Promosi Keanekaragam Ekspresi Budaya UNESCO, 2005.

[40] Direktorat Warisan dan Diplomasi Budaya, Direktorat Jenderal Kebudayaan Kementerian Pendidikan dan Kebudyaaan 2015, hlm.6.

yang tersebar di seluruh wilayah Indoensia. Begitu juga, desentralisasi wilayah ternyata berdampak pada kepemilikan identitas dan/atau mencari identitas baru. Sementara itu, dalam melaksanakan perlindungan, pemangku kepentingan yang akan melaksanakan pelestarian WBTb Indonesia belum memiliki panduan teknis sebagai acuan dalam melaksanakan tugas.

Para pemangku kepentingan (orang, komunitas budaya, masyarakat hukum adat, badan usaha, dan pemerintah daerah) memerlukan acuan dalam upaya melestarikan EBT yang ada di wilayah mereka masing-masing. Acuan tersebut telah disusun oleh Kemendikbud pada tahun 2015 melalui Buku Panduan Pencatatan, Penetapan, dan Pengusulan Warisan Budaya Takbenda Indonesia.

1. Pengertian Warisan Budaya Takbenda

Warisan Budaya Takbenda merupakan bagian dari Warisan Budaya. Warisan Budaya adalah keseluruhan peninggalan kebudayaan yang memiliki nilai penting bagi sejarah, ilmu pengetahuan dan teknologi, dan/atau seni. Warisan budaya dimiliki bersama oleh suatu komunitas atau masyarakat dan mengalami perkembangan dari generasi ke generasi, dalam alur suatu tradisi.

Warisan budaya takbenda atau *intangible cultural heritage* bersifat tidak dapat dipegang (*intangible*/abstrak), seperti konsep dan teknologi, dan sifatnya dapat berlalu dan hilang dalam waktu seiring perkembangan jaman, seperti misalnya bahasa, musik tari, upacara, serta berbagai perilaku terstruktur lain.[41]

Warisan Budaya Takbenda berdasarkan Konvensi 2003 UNESCO adalah berbagai praktik, representasi, ekspresi, pengetahuan, keterampilan, serta instrumen, objek, artefak, dan ruang-ruang budaya terkait dengannya bahwa masyarakat, kelompok, dan dalam beberapa kasus, perorangan, merupakan bagian dari warisan budaya tersebut.

WBTb ini diwariskan dari generasi ke generasi, yang secara terus menerus diciptakan kembali oleh masyarakat dan kelompok dalam menanggapi lingkungan sekitarnya, interaksi mereka dengan alam dan sejarah mereka, dan memberikan rasa identitas yang berkelanjutan, untuk menghargai perbedaan budaya dan kreativitas manusia.

[41] Edy Sedyawati dalam pengantar Seminar Warisan Budaya Takbenda, 2002.

2. Karakteristik

Karakteristik Warisan Budaya Takbenda adalah:

a. **Tradisional, kontemporer, dan hidup pada saat yang sama**: WBTb tidak hanya mewakili tradisi warisan masa lalu, melainkan juga praktik kebudayaan kontemporer di mana kelompok budaya yang beragam mengambil bagian;

b. **Inklusif:** kita dapati berbagai ekspresi dari WBTb yangmirip dengan yang dilakukan orang lain. Apakah mereka berasal dari desa tetangga, bagiandarikitadi sisi berlawanan dari dunia, atau telah diadaptasi oleh masyarakat yang bermigrasi dan menetap di wilayah yang berbeda, mereka semua adalah WBTb: mereka telah hidup dari satu generasi ke generasi lain, telah berevolusi sebagai bentuk adaptasi terhada lingkungan mereka dan memberikan kontribusi untuk rasa identitas secara terus menerus, menyediakan hubungan dari masa lalu kita, sampai sekarang, dan ke masa depan kita. WBTb yang memberi kontribusi untuk kohesi sosial, mendorong rasa identitas dan tanggung jawab yang membantu individu untuk menjadi bagian dari satu atau lebih komunitas yang berbeda dan merasa menjadi bagian dari masayrakat luas;

c. **Representatif** (mewakili): WBTb tidak hanya dihargai sebagai barang budaya, secara komparatif, untuk eksklusivitas, atau nilai yang luar biasa. WBTb berkembang pada masyarakat dan tergantung pada orang-orang yang memiliki pengetahuan tradisi, keterampilan dan kebiasaan yang diteruskan ke seluruh masyarakat, dari generasi ke generasi, atau komunitas lain;

d. **Berbasis Masyarakat**: WBTb hanya dapat diwariskan bila diakui oleh masyarakat, kelompok, atau individu yang menciptakan, memelihara, dan mentransmisikannya. Tanpa pengakuan mereka, tidak ada orang lain yang dapat memutuskan bahwa ekspresi atau praktik tertentu adalah warisan milik mereka.

3. Kategori Warisan Budaya Takbenda Indonesia

Mengacu pada Konvensi UNESCO tahun 2003 tentang *Safeguarding of Intangible Cultural Heritage,* yang dimaksud warisan budaya takbenda dibagi atas lima domain a) tradisi dan ekspresi lisan; b) seni pertunjukan; c) adat istiadat masyarakat; d) pengetahuan dan

kebiasaan perilaku mengenai alam semesta; dan/atau e) keterampilan dan kemahiran kerajinan tradisional.

1) Tradisi dan Ekspresi Lisan

Budaya takbenda yang termasuk dalam tradisi dan ekspresi lisan adalah:

a. Bahasa: aksara, dialek, tata bahasa, tindak tutur, tingkatan berbahasa
b. Naskah kuno: berbentuk buku, surat perjanjian, surat berharga, surat pribadi, kitab suci, kumpulan nyanyian dalam bentuk buku, babad, ditulis pada bahan (batu, tembaga, lontar, kulit kayu-*daluwang*, bambu), aksara, arsip-arsip (piagam, kronik, memori serah jabatan, ROC-OV, KV), bahasa, dan tulisan yang tidak digunakan lagu, komik/animasi dalam naskah);
c. Permainan Tradisional: fungsi (hiburan dan pemanfaatan waktu luang, permainan religius); bentuk permainan (bertanding, berlomba); jenis permainan (seperti takraw, sepak raga, gasing, layang-layang, dll); aturan permainan (jumlah pemain, gerakan, penentuan menang kalah, urutan, dll); karakteristik pemain (laki-laki, perempuan, anak kecil, dewasa, tua, muda, sudah menikah, belum, dll); pakaian saat bermain (sarung, ikat kepala, dll); waktu bermain (siang, malam, sore, hari besar, bulan purnama, dll); bahan permainan (gerabah, bambu, kayu, daun, dll); dan lokasi permainan (seperti di pantai, di lapangan, halaman terbuka, dll);
d. Pantun: gurindam, syair, tembang, sajak, puisi, pajian (puji-pujian religius), *syi'ir* (nyanyian religius), kidung;
e. Cerita rakyat: dongeng, mite, legenda, dll;
f. Mantra (pengaruh dari budaya lokal): bahasa yang diuapkan, kapan dibacakan, aturan membacanya, lokasi, siapa yang membacakan, pantangan dan anjuran, tujuan;
g. Doa (pengaruh dari agama): bahasa yang diucapkan, kapan dibacakan, aturan membacanya, lokasi, siapa yang membacakan, pantangan dan anjuran, tujuan);
h. Nyanyian Rakyat: bermain, kapan, siapa (jenis kelamin, usia, strata), lokasi, syair lagu, musik pengiring, dan akapela, urutan penyajian.

2) Seni Pertunjukan

Seni pertunjukan terdiri atas:

a. Seni Tari: pola gerakan (konsentris, menyebar); penari (jenis kelamin), lokasi (istana, bangunan sakral, lapangan, dll); musik pengiring (gamelan, gendrang, akapela, dll); kostum (warna pakaian, asesoris, motif baju, dll); pencahayaan (blencong, obor, oncor, dll); komposisi (berkelompok, perorangan, campuran, dll); tujuan (sakral, profan); jesni dan bentuk tari.

b. Seni Suara: penyair, syair, lirik lagu, instrumen, lokasi, waktu, pakaian, genre (jenis);

c. Seni Musik: alat musik, jenis musik, tujuan, pemain, aturan memainkan alat musik, rakitan (gabungan semua komponen musik);

d. Seni Teater: panggung, pemain, lakon, kostum, waktu, lokasi, alat musik, pencahayaan.

e. Film: lakon, pemain, skrip, dan skenario, kostum, lokasi.

3) Adat Istiadat Masyarakat, Ritus, dan Perayaan-perayaan

Adat istiadat masyarakat, ritus, dan perayaan-perayaan terdiri atas:

a. Upacara Tradisional: daur hidup individu (kelahiran, inisiasi, perkawinan, kematian) dan daur hidup kolektif (bersih desa, *nyadran*, dll); tujuan (sakral, tolak bala, dll); lokasi (gunung, pantai/pesisir, sungai, mata air, dll); peserta (perorangan, keluarga, masyarakat); waktu (kalender agama, waktu panen, waktu melaut, dll); aturan (pantangan dan anjuran), urutan upacara (tahapan pelaksanaan kegiatan uapara); kelengkapan (sesaji, asesoris, peralatan, dll);

b. Sistem Organisasi Sosial: kepemimpinan (adat, desa, agama, pemerintahan); struktur (hirarki, dll); aturan-aturan adat (pantangan dan ajuran); wilayah organiasi sosial (subak, banjar, wanua, banua, dll);

c. Sistem Ekonomi Tradisional: pasar berdasarkan pasaran (*pon, kliwon, legi, wage*); pasar berdasarkan hari (minggu, senin, selasa, rabu, kamis, jumat, sabtu); barter (tukar menukar hasil tangkapan dan hasil panen, sewa rumah dengan hasil bumi (tawar menawar, cara pembayaran (tunai, angsuran, lelang, *ijon, tebas*, dll).

4) Pengetahuan dan Kebiasaan Perilaku Mengenai Alam dan Semesta

Pengetahuan dan kebiasaan perilaku mengenai alam dan semesta terdiri atas:

a. Pengetahuan Tradisional: alam (mikrokosmos, makrokosmos); astronomi; manusia (asal usul manusia, dll);
b. Kearifan Lokal: mitigasi bencana (pengurangan risiko bencana berbasis budaya), konservasi ekologi, penghormatan terhadap orang tua, harmoni kehidupan/toleransi;
c. Pengobatan tradisional: pilihan penyembuhan, teknik pengobatan, bahan pengobatan, penyembuh (*sanro, dukun, sekerei, suwanggi, belian*, paranormal, "orang pintar", tabib, *sinshe*, dll); etiologi penyakit (faktor-faktor penyebab terjadinya penyakit).

5) Keterampilan dan Kemahiran Kerajinan Tradisional

Keterampilan dan kemahiran kerajinan tradisional terdiri atas:

a. Teknologi tradisional (proses pembuatan, rancang bangun), arah hadap bangunan (*kaja-kelod, luan-teben*); bangunan ditentukan oleh status (*jahe-julu*);
b. Arsitektur tradisional (proses panduan rancang bangun, antropometrik-ukuran bangunan berdasarkan tubuh manusia–depa, jengkal, *nyengking, langka*, dll); antropomorfik (bentuk bangunan berdasarkan tubuh manusia); bangunan berdasarkan motif ragam hias; pembuat (*pandrita lopi, pande*, dll);
c. Pakaian Tradisional: (filosofi bentuk, ragam hias, warna); status pemakai; waktu dan tata cara pemakaian; fungsi (sakral, profan), jenis kelamin pemakai;
d. Asesoris Tradisional; (filosofi bentuk, desain, warna); status pemakai, letak pemakaian, jenis kelamin pemakai, waktu dan tata cara pemakaian, fungsi (sakral, profan);
e. Kerajinan Tradisional: bahan (anyaman, gerabah, ukir kayu, tenun, besi, kayu, batu, rotan), perkakas, pengrajin (*pande sikek, gozali*, dll.), hasil karya (kriya, sulam, dll); teknik pengerjaan (merajut, tempa, menganyam, mengukir, menenun, dll).

f. Kuliner Tradisional;

g. Media Transportasi;

h. Senjata Tradisional.

4. Kode Etik

Dalam pencatatan, penetapan, dan pengusulan WBTb Indonesia, harus diperhatikan kode etik sebagai berikut:

1) Dalam pencatatan, seluruh budaya takbenda yang dimiliki oleh seluruh masyarakat Indonesia dapat dicatatkan.
2) Menghormati adat istiadat yang membatasi akses pada hal-hal tertentu dalam WBTb, terutama yang termasuk pengetahuan dan keterampilan yang sakral dan rahasia (*sacred and secret knowledge and skill*).
3) Catatan mengenai karya budaya yang akan dipublikasikan secara luas bersifat umum dan singkat. Untuk hal-hal yang bersifat khusus, orang yang berkepentingan dipersilakan menghubungi komunitas/organisasi/asosiasi/badan/paguyuban, kelompok sosial atau perorangan penanggung jawab karya budaya atau guru budaya/maestro pemegang kekayaan intektual atas karya budaya warisan budaya takbenda yang bersangkutan.
4) Tidak mengusulkan karya budaya takbenda yang melanggar peraturan perundang-undangan Republik Indonesia.

BAB 8

PROSEDUR TEKNIS PENCATATAN, PENETAPAN, DAN PENGUSULAN WARISAN BUDAYA TAKBENDA INDONESIA

Ekspresi Budaya Tradisional dinamai dengan nama lain sebagai Warisan Budaya Takbenda. Direktorat Warisan dan Diplomasi Budaya Direktorat Jenderal Kebudayaan Kementerian Pendidikan dan Kebudayaan Indonesia telah menetapkan prosedur teknis untuk pencatatan, penetapan, dan pengusulan warisan budaya takbenda Indonesia dalam langkah-langkah atau tahapan di bawah ini.

A. Pencatatan

Proses mencatatkan WBTb adalah sebagai berikut:

1. Mengisi Formulir Pencatatan WBTb Indonesia

Setiap orang (perorangan, komunitas budaya, masyarakat hukum adat) dapat mendaftarkan kekayaan budaya mereka. Pendaftaran diajukan pada Direktorat Warisan dan Diplomasi Budaya melalui Pemerintah Daerah atau didampingi oleh Balai Pelestarian Nilai Budaya (BPNB) sebagai unit pelaksana teknis Kementerian di Daerah (catatan: Jawa Timur termasuk dalam wilayah BPNB Jawa Tengah).

Pendaftaran secara online dilakukan dengan mengisi formulir Pencatatan Warisan Budaya Takbenda Indonesia yang sudah disiapkan oleh Direktorat Warisan dan Diplomasi Budaya melalui laman/website http://warisanbudayaindonesia.info dengan

memperhatikan Petunjuk Pengisian dan Formulir Pencatatan (terlampir).

Pendaftaran secara manual dilakukandengan mengunduh Formulir Pencatatan WBTb Indonesia yang disediakan di laman http://www.warisanbudayaindonesia.info atau meminta format formulir kepada Balai Pelestarian Nilai Budaya dan mengisinya secara lengkap.

2. Penyerahan Formulir Pencatatan Warisan Budaya Takbenda Indonesia

Formulir yang diisi secara lengkap diserahkan dan/atau dikirimkan kepada Seksi Penetapan Subdit warisan Budaya Takbenda Direktorat Warsan dan Diplomasi Budaya melalui website, pos dan diantarkan langsung. Formulir dapat juga diserahkan ke Balai Pelestarian Nilai Budaya di wilayah kerja masing-masing.

Formulir sekurang-kurangnya rangkap dua; satu berkas sebagai arsip dan satu berkas yang asli dikirimkan kepada Tim Pengelola Data/Sekretariat Pusat Pencatatan Warisan Budaya Takbenda yang beralamatkan di:

- Sekretariat/Pengelola Data Pencatatan;
- Direktorat Warisan dan Diplomasi Budaya;
- Kementerian Pendidikan dan Kebudayaan;
- Gedung E Lantai 10, Jalan Jenderal Sudirman, Senayan Jakarta 10270.

3. Pengumpulan Formulir Pencatatan Warisan Budaya Takbenda Indonesia

Formulir yang telah diterima oleh tim pengumpul dan pengolah data atau Sekretariat dikumpulkan menjadi satu berkas sesuai dengan susunan Formulir Pencatatan. Setelah dikumpulkan, selanjutnya Formulir diolah oleh Tim Pengelola Data mendokumentasikan berkas pendaftaran yang asli sebagai pendataan Kekayaan Budaya serta menggandakannya sebagai arsip.

4. Pemeriksaan Kelengkapan Formulir Pencatatan Warisan Budaya Takbenda Indonesia

Formulir yang berasal dari perorangan melalui Pemerintah Daerah dan atau Tim Pencatatan dari UPT Balai Pelestarian Nilai Budaya diterima oleh Seksi Pencaatatan Subdit Warisan Budaya Takbenda Direktorat Warisan dan Diplomasi Budaya untuk diperiksa. Pemeriksaan formulir tersebut selambat-lambatnya lima hari kerja sejak diterimanya formulir dan pihak pencatat dan/atau Balai Pelestarian Nilai Budaya akan mendapatkan hasil pemeriksaan kelengkapan administrasi serta mengembalikannya paling lama sepuluh hari kerja setelah diperiksa oleh tim pengumpul dan pengolah data.

5. Input Data dan Pengolahan Data Pencatatan Warisan Budaya Takbenda Indonesia

Pencatatan Warisan Budaya Takbenda Indonesia yang telah dikumpulkan dan diperiksa, selanjutnya dijemput ke Database Pencatatan Warisan Budaya Takbenda Indonesia. Setelah itu diolah sesuai dengan klasifikasi dan jenis data. Klasifikasi data dari hasil isian Formulir Pencatatan Warisan Budaya Takbenda Indonesia berdasarkan domain *Intangible Cultural Heritage* UNESCO yaitu lima domain. Untuk mempermudah data pencatatan warisan budaya takbenda Indonesa juga diklasifikasikan menjadi empatbelas kategori. Setelah diklasifikasi, data pencatatan warisan budaya takbenda direkapitulasi berdasarkan domain dan kategori serta rekapitulasi berdasarkan provinsi daerah lokasi warisan budaya takbenda berada. Jika ada data yang dianggap masih meragukan perlu dilakukan verifikasi dan konfirmasi.

6. Penyajian Data Pencatatan Warisan Budaya Takbenda Indonesia

Untuk keperluan pengambilan keputusan pimpinan dan kebutuhan bahan publikasi, sosialisasi, dan workshop atau kegiatan lainnya yang memerlukan data pencatatan, maka data pencatatan dapat disajikan. Data yang disajikan adalah data yang telah diolah dan dibuat rekapitulasinya.

B. Penetapan

Proses dan prosedur teknis penetapan menjadi warisan budaya takbenda Indonesia adalah sebagai berikut:

1. Pengumpulan Berkas Pendaftaran Warisan Budaya Takbenda Indonesia

Masyarakat/Komunitas Adat melalui Pemerinah Daerah/Dinas Kebudayaan setempat dapat mengusulkan/mendaftarkan warisan budaya mereka ke Dinas Provinsi yang terkait di wilayah setempat atau berkoordinasi dengan BPNB. Pendaftaran warisan budaya dilakukan dengan mengisi kelengkapan berkas pendaftaran yang disiapkan oleh instansi yang berwenang atau BPNB. Berkas pendaftaran rangkap dua yang lengkap dikirimkan ke Tim Pengelola Data Warisan Budaya Takbenda Indonesia untuk diumpulkan berdasarkan urutan Daftar Pendaftaran. Berkas yang telah dikumpul kemudian digandakan untuk diserahkan kepada Tim Ahli Warisan Budaya Takbenda Indoensia. Tim Pengelola Data sekurang-kurangnya tujuh belas berkas pendaftaran yang telah dikumpulkan untuk disampaikan kepada Tim Ahli Warisasn Budaya Takbenda Indonesia untuk diseleksi.

2. Seleksi oleh Tim Ahli Warisan Budaya Takbenda Indonesia

Berkas pendaftaran yang diserahkan ke Tim Ahli Warisan Budaya Takbenda Indonesia diseleksi oleh tim tersebut untuk diperiksa secara administratif dan substantif. Seleksi Warisan Budaya Takbenda Indonesia memperhatian kriteria sebagai berikut:

1) merupakan identitas budaya dari satu atau lebih komunitas budaya;
2) memiliki nilai-nilai budaya yang dapat meningkatkan kesadaran akan jati diri dan persatuan bangsa;
3) Masih berlangsung dan memiliki nilai penting bagi manusia (*meaningfulness*);
4) Mendesak untuk dilestarikan (unsurkarya, budaya, dan pelaku) karena peristiwa alam, bendana alam, kriis sosial, krisis politik, dan krisis ekonomi;
5) Menjadi wahana perlindungan dari dampak negatif pembangunan dan kekuatan warisan budaya takbenda sebagai katalisator/ *filter* bagi pembangunan berkelanjutan;
6) Keberterimaan (*acceptable*) oleh pemangku kepentingan;
7) Memiliki otentisitas/kekhasan lokal/suku bangsa yang memperkuat jati diri bangsa Indonesia;

8) WBTb diprioritaskan di wilayah perbatasan dengan negara lain;
9) Rentan terhadap klaim WBTB oleh negara lain;
10) WBTB yang memberikan dampak sosial ekonomi, dan budaya (*mutiplier effect*).

3. Penetapan Daftar Urut yang Akan Dinominasikan Menjadi Warisan Budaya Takbenda Indonesia

Setelah Tim Ahli memeriksa berkas pendaftaran yang diajukan oleh tim pengusul, Tim Ahli menyampaikan hasil pemeriksaannya kepada Direktorat Warisan dan Diplomasi Budaya melalui tim pengelola data. Tim Pengelola Data menyusun Daftar Urut yang akan dinominasikan menjadi Warisan Budaya Takbenda Indonesia.

4. Koordinasi Tindak Lanjut

Direktorat Warisan dan Diplomasi Budaya bersama tim pengelola data menindaklanjuti hasil pemeriksaan Tim Ahli dengan mengoordinasikannya kepada tim pengusul. Rapat koordinasi dilaksanakan dengan Tim Pengusul adalah terkait dengan berkas usulan.

5. Pelengkapan Berkas Usulan oleh Tim Pengusul

Setelah rapat koordinasi dengan tim pengusul, maka Tim Pengusul harus melengkapi berkas usulan mereka, baik Formulir dan Pendokumentasiannya.

6. Penyusunan Berkas Usulan Warisan Budaya Takbenda Indonesia

Berkas Usulan Warisan Budaya Takbenda Indonesia yang telah lengkap rangkap dua yang lengkap dikirim ke Tim Pengelola data Warisan Budaya Takbenda Indonesia untuk dikumpulkan berdasarkan urutan Daftar Pendaftaran. Berkas yang telah terkumpul kemudian digandakan untuk diserahkan kepada Tim Ahli Waisan Budaya Takbenda Indonesia.

7. Verifikasi Data Penetapan Warisan Budaya Takbenda Indonesia

Pengecekan data dari berkas usulan Warisan Budaya Takbenda Indonesia dilakukan dan diseleksi oleh Tim Ahli dan dibahas dalam Rapat Koordinasi Tim Ahli Warisan Budaya Takbenda Indonesia. Mekanisme verifikasi data adalah melengkapi data dengan melakukan pengamatan, wawancara mendalam terhadap maestro atau narasumber

yang ahli di bidang budaya takbenda yang akan ditetapkan serta melakukan FGD (*Focus Group Discussion*).

8. Finalisasi Berkas Warisan Budaya Takbenda Indonesia

Setelah berkas Susulan Warisan Budaya Takbenda Indonesia diverifikasi maka Tim Ahli melakukan penilaian yang memenuhi kriteria sebagai warisan budaya takbenda Indonesia direkomendasikan kepada Menteri untuk mendapat penetapan. Tim ahli menyusun Daftar Penetapan Warisan Budaya Takbenda Indonesia untuk bahan Sidang Penetapan. Berkas yang sudah memperoleh penilaian tetapi tidak memenuhi kriteria sebagai warisan budaya takbenda Indonesia diberitahukan kepada pendaftar melalui Tim Pengelola. Direktorat Warisan dan Diplomasi Budaya mencatat semua berkas baik yang memenuhi kriteria untuk ditetapkan menjadi Warisan Budaya Takbenda Indonesia atau yang belum ditetapkan menjadi Warisan Budaya Takbenda Indonesia.

9. Sidang Penetapan oleh Tim Ahli

Sidang penetapan tim Ahli dilaksanakan dengan mengkaji laporan-laporan hasil penilaian Budaya Takbenda Indonesia untuk menentukan penetapannya menjadi Warisan Budaya Takbenda Indonesia dan justifikasi pengusul dari warisan budaya takbenda Indinesia. Beberapa hal yang menjadi dasar penilaian Tim Ahli untuk meluluskan atau menetapkan menjadi Warisan Budaya Takbenda Indonesia adalah kelengkapan adminsitrasi, kesahihan data (dukungan data primer, proses validitas dan reliabilitas, hasil review Tim Ahli, dokumentasi), kekhasan karya budaya dan ekspresi spesifik serta dukungan pemangku kepentingan.

10. Penyerahan Sertifikat Warisan Budaya Takbenda Indonesia

Warisan Budaya takbenda Indonesia ditetapkan melalui proses penilaian atau Sidang Penetapan yang dilakukan oleh Tim Ahli. Hasil Penilaian yang dilakukan oleh Tim Ahli adalah dalam bentuk rekomendasi Penetapan kekayaan Budaya takbenda sebagai Warisan Budaya Takbenda Indonesia yang disampaikan kepada Menteri. Tim Ahli memberikan rekomendasi kepada Menteri terhadap Kekayaan Budaya Takbenda yang sudah diverifikasi setelah selesai verifikasi dan penilaian. Hasil sidang penetapan menetapkan Warisan Budaya

Takbenda Indonesia. Sertifikat terkait dengan Warisan Budaya Takbenda Indonesia diserahkan kepada wilayah atau daerah atau Pemerintah Daerah di mana warisan budaya takbenda tersebut berada.

C. Pengusulan ke UNESCO

1. Syarat-syarat

Proses dan prosedur teknis pengusulan ke Badan Warisan Budaya Takbenda Indonesia adalah sebagai berikut:

1) Warisan budaya yang akan diseleksi untuk usulan dalam daftar ICH UNESCO harus memenuhi unsur-unsur sebagai berikut:
   a. Warisan budaya yang dimaksud sudah masuk dalam daftar inventariasi kekayaan budaya yang dimiliki Direktorat Jenderal Kebudayaan;
   b. Sudah ditetapkan sebagai Warisan Budaya Takbenda Indonesia;
   c. Didukung seluas-luasnya oleh masyarakat, pemerintah daerah, dan pemerintah pusat, serta pihak-pihak swasta lainnya;
   d. Warisan Budaya Takbenda tersebut memiiki nilai penting dan masih dipraktikkan oleh masyarakat pendukungnya;
   e. Warisan Budaya Takbenda tersebut dakui dan diterima serta menjadi kebanggaan masyarakat Indonesia (keberterimaan);
   f. Memiliki perspektif sejarah (sejauh mana sang objek memiliki keterkaitan dengan nilai sejarah bagi bangsa Indonesia;
   g. Masuk dalam wilayah geografis Indonesia secara administrasi dan geografi budaya (*culture-area*);
   h. Berada di wilayah administratif yang secara sosial politik memiliki nilai strategis bagi *bangsa* Indonesia (mis: daerah perbatasan dan daerah konflik);
   i. Mengandung nilai multidisiplin yang memiliki dampak ganda (*multiplier effect*).
2) Warisan Budaya takbenda Indonesia yang akan diusulkan untuk masuk dalam daftar UNESCO harus mempertimbangkan beberapa hal mengingat keanekaragaman budaya yang dimiliki Indonesia, antara lain:

a. Pemerataan persebaran di wilayah Indonesia;

b. Pemenuhan setiap domain untuk menunjukkan bahwa Indonesia memiliki kebudayaan yang beragam;

c. Mewakili seluruh kebudayaan yang ada di Indonesia.

3) Warisan Budaya Takbenda UNESCO menurut Pasal 2 Konvensi 2003 dibagi dalam tiga kriteria:

a. *List of Intangible Cultural Heritage In Need of Urgent Safeguarding* (disingkat 'U')

U.1. Bahwa unsur budaya tersebut seperti yang didefinisikan dalam Pasal 2 Konvensi, dan termasuk satu atau lebih di antara 5 domain Warisan Budaya Takbenda.

U.2. (a) bahwa unsur budaya yang bersangkutan memerlukan perlindungan mendesak karena terancam punah, walaupun sudah ada upaya masyarakat dan pemerintah untuk melestarikannya; atau

(b) bahwa unsur budaya membutuhkan perlindungan mendesak karena menghadapi ancaman berat sehingga tidak mungkin diharapkan selamat tanpa perlindungan negara.

U.3 Ada rencana perlindungan yang memungkinan masyarakat melaksanakan unsur budaya yang bersangkutan dan menurunkan/mewariskannya kepada generasi penerus.

U.4. Usulan disusun dengan mengikutsertakan masyarakat seluas-luasnya.

U.5. bahwa unsur budaya tercatat dalam daftar inventaris Warisan Budaya Takbenda yang sesuai dengan konvensi UNESCO Pasal 11 dan 12;

U.6. dalam kasus-kasus yang sangat mendesak, Negara Pihak sebaiknya berkonsultasi sebelumnya tentang naskah yang akan diusulkan sesuai dengan Pasal 17.3 Konvensi.

b. *Representative List of The Intangible Cultural Heritage of Humanity* (disingkat 'R')

R.1. Merupakan Warisan Budaya Takbenda sebagaimana didefinisikan pada Pasal 2 Konvensi;

R.2. Masuknya unsur Merupakan Warisan Budaya Takbenda tersebut berkontribusi untuk memberikan kejelasan dan kesadaran akan pentingnya warisan budaya tak benda dan untuk mendorong timbulnya dialog, sehingga mencerminkan keragaman budaya di seluruh dunia dan memberikan kesaksian pada kreativitas manusia.

R.3. Langkah-langkah perlindungan yang diuraikan harus dapat melindungi dan mempromosikan unsur budaya tersebut.

R.4. Unsur Merupakan Warisan Budaya Takbenda tersebut diusulkan dengan keterlibatan dan keikutsertaan seluas-luasnya komunitas, kelompok maupun perseorangan.

R.5. Unsur budaya yang bersangkutan tercatat pada daftar inventaris Merupakan Warisan Budaya Takbenda yang ada pada wilayah Negara pihak yang bersangkutan sebagaimana didefinisikan pada Pasal 11 dan 12 Konvensi.

c. *Program, Projects, and Activities For Safeguarding Intangible Cultural Heritage* (disingkat 'P')

P1. Program, proyek, atau kegiatan menyangkut perlindungan, sebagaimana didefinisikan dalam Pasal 2 Ayat 3 Konvensi.

P.2. Mendorong koordinasi atas usaha-usaha untuk perlindungan warisan budaya takbenda pada tingkat regional, subregional, atau internasional ditambah tingkat nasional.

P.3. Mencerminkan prinsip dan tujuan konvensi.

P.4. Program, proyek, atau kegiatan telah menunjukkan efektivitas dalam memberikan kontribusi bagi kelangsungan hidup warisan budaya takbenda yang bersangkutan.

P.5. Program, proyek, atau kegiatan sedang atau telah dilaksanakan dengan partisipasi masyarakat, kelompok, atau, bilamana tempat perseorangan yang bersangkutan, dan ditandai dengan persetujuan bebas sepengetahuan mereka sebelumnya.

P.6. Program, proyek, atau kegiatan ini dapat berfungsi sebagai contoh kegiatan perlindungan warisan budaya takbenda pada tingkat subregional, regional, atau nasional.

P.7. Negara pihak yang mengusulkan, lembaga pelaksana, komunitas, kelompok, atau bilamana tempat perseorangan yang bersangkutan, bersedia bersama-sama dalam penyebaran "best practices" seandainya program mereka terpilih.

P.8. Program, proyek, atau kegiatan mempunyai pengalaman-pengalaman yang hasilnya dapat dinilai.

P.9. Program, proyek, atau kegiatan terutama dapat digunakan untuk kebutuhan negara berkembang.

2. Waktu Pelaksanaan

1) Pelaksanaan pengusulan di Indonesia dimulai dari tahun ke-0 sampai tahun ke-2 untuk masing-masing warisan budaya takbenda Indonesia yang akan diusulkan.

   a. Waktu tahun ke-0 adalah waktu penetapan nominasi yang akan diusulkan ke UNESCO berdasarkan kriteria.

   b. Tahun ke-1 melakukan penelitian, pendokumentasian warisan budaya takbenda Indonesia yang akan diusulkan dan pelaksanaan FGD untuk menjaring pendapat masyarakat, serta persiapan pemerintah daerah dan masyarakat untuk membuat program bagi rencana aksi pelestarian.

   c. Tahun ke-1 dilakukan juga penyusunan naskah awal berdasarkan hasil langkah ke-2 di atas.

   d. Tahun ke 1, stelah penyusunan naskah dilakukan verifikasi data ke lapangan dengan mengundang seluruh *stakeholder* yang terkait dan dilakukan penandatanganan persetujuan hasil verifikasi serta kesepakatan bersma untuk pengajuan nominasi yang ditandatangani oleh seluruh *stakeholder* yang hadir. Dalam kegiatan ini *stakeholder* yand diundang adalah Kementerian (c.q. Dirjen kebudayaan); Pemerintah Provinsi, Kabupaten/Kota; Masyarakat/komunitas pendukung kebudayaan yang bersangkutan.

   e. Tahun ke-1 dalam tahapan selanjutnya adalah Finalisasi Naskah.

   f. Tahun ke-2 Pengiriman naskah ke sekretariat ICH UNESCO paling lambat tanggal 31 Maret setiap tahunnya.

Selanjutnya akan diringkas dalam tabel berikut ini:

Tabel 6. Waktu Penominasian Warisan Budaya Takbenda Indonesia untuk ICH List-UNESCO

Tahun 0	Menentukan Warisan Budaya Takbenda Indonesia yang akan diusulkan ke Sekretariat ICH UNESCO
Tahun ke- 1	Melakukan Penelitian, Pendokumentasian, dan FGD
Tahun ke- 1	Penyusunan Naskah
Tahun ke- 1	Verifikasi Data
Tahun ke- 1	Finalisasi Naskah
Tahun ke- 2	Pengiriman Naskah ke Sekretariat ICH UNESCO

BAB 9

MENUJU PENGATURAN YANG KOMPREHENSIF TENTANG WARISAN BUDAYA

Kembali pada tiga pertanyaan di awal buku ini. *Pertama*, apakah ekspresi budaya tradisional itu, apa persoalannya, dan siapa para pengemban hak dan kewajiban yang terlibat di dalamnya, dapat dipaparkan sebagai berikut.

Ekspresi Budaya Tradisional adalah segala bentuk perwujudan budaya, baik yang bersifat benda maupun takbenda, atau kombinasi keduanya, yang menunjukkan keberadaan suatu budaya yang secara tradisi merupakan warisan dari leluhur, baik dipegang secara individual atau komunal dan bersifat turun temurun. Definisi ini membawa konsekuensi tercakupnya cagar budaya sebagai ekspresi budaya tradisional juga. Konsekuensi berikutnya, baik EBT benda, non-benda, perlu diatur dalam suatu hukum yang harmonis, selaras, tidak terpencar-pencar dalam berbagai aturan yang beberapa di antaranya bertentangan dan tidak saling mendukung.

Kedua, bagaimana EBT secara hukum dilindungi, harus diawali dari pengaturan yang ada di negara Indonesia sejak tahun 1982, bahwa "Negara sebagai pemegang hak cipta atas EBT". Konsep ini mengandaikan adanya dua proposisi, sebagai berikut: 1) EBT adalah termasuk wilayah hak cipta; 2) negara adalah pemegang hak cipta atas EBT.

Proposisi pertama, bahwa EBT termasuk dalam kategori hak cipta, perlu diklarifikasi. Jika EBT dianggap sebagai "ciptaan" sebagaimana pengertian hukum hak cipta, siapa yang menjadi pencipta dan pemegang hak cipta? Di manakah hak moral dan hak ekonominya? Apa makna "negara sebagai pemegang hak cipta atas EBT"? Bagaimana peran negara sebagai pemegang hak cipta atas EBT?

Argumen Pro atas pernyataan ini adalah bahwa dikategorikannya EBT dalam hak cipta karena hukum hak cipta adalah hukum yang mengatur wilayah ilmu pengetahuan, seni, dan sastra, sementara EBT adalah salah satu ekspresi dari seni dan sastra tersebut. Argumen ini juga dianut secara formal dalam 4 (empat) Undang-Undang Hak Cipta yang pernah dimiliki Indonesia, mulai UUHC 1982, 1987, 2002, dan 2014.

Argumen kontra terhadap dikategorikannya EBT dalam wilayah hukum hak cipta adalah problem baik dari segi teoretis konseptual, maupun dari segi praktik. Indonesia menganut sistem hukum *civil law* di mana hak moral tak dapat dialihkan, dijual, atau dipisahkan dari hak ekonomi. Hak cipta dalam pengertian ini bukan *copyright*, melainkan *author's right*.

Problem yang dimaksud di atas terkait erat dengan "hak moral" yang sangat unik dari EBT, yang tidak cocok dengan konsep originalitas atau paternitas sebagaimana tujuan hak cipta. Dengan observasi yang dekat terhadap proses dan pembuatan EBT, dapat disimpulkan bahwa karya-karya sedemikian adalah bersifat evolusioner, derivatif, sehingga sulit menunjukkan bahwa karya-karya itu original sebagaimana tujuan hak cipta.

Kesulitan lain jika EBT masuk dalam hukum hak cipta adalah: syarat fiksasi dalam hukum hak cipta untuk menentukan bahwa suatu karya dilindungi hak cipta, bahwa karya itu harus karya original dari pencipta yang difiksasikan dalam suatu bentuk berwujud atau ekspresi yang berwujud. Problem fiksasi ini semakin jelas yang dikenal karena kecenderungan EBT tidak difiksasi.

Persoalan berikutnya adalah kesulitan dalam penegakan hukumnya. Ketentuan pasal 44 UUHC 2014 tentang pelanggaran hak cipta tidak cocok jika diberlakukan untuk EBT, karena sulit ditentukan mana bagian yang substansial untuk ditiru dan mana yang tidak substansial dan boleh ditiru.

Di pihak lain, tanpa label "hak cipta" yang harus dipegang oleh negara sebagaimana amanat pasal 30 UUHC 2014, negara tetap berkewajiban melindungi kebudayaan Indonesia, melalui kebijakan perlindungan EBT. Untuk itu, pengemban EBT (bukan pemegang hak cipta atas EBT) adalah komunitas tempat EBT itu tumbuh dan berkembang. Bahwa EBT termasuk dalam kategori objek yang dilindungi hak cipta karena termasuk dalam kategori "ilmu pengetahuan, seni, dan sastra", hal ini masih harus dicermati lagi, karena proses teknologi pun masuk dalam kategori ilmu pengetahuan. Pemahaman yang komprehensif tentang hukum hak cipta dan objek yang dilindunginya perlu dilakukan sehingga tidak salah arah dalam menggolongkan EBT dalam kategori hak cipta. Pengaturan EBT dalam undang-undang kebudayaan lebih logis dan tak sesat nalar, karena "budaya" mencakup ekspresi budaya tradisional. Memasukkan EBT dalam hukum hak cipta, apalagi hak ciptanya dipegang oleh negara perlu dikritisi lebih lanjut. Selain itu, EBT erat terkait dengan istilah "immaterial" , "intangible," dan "tangible". Pembedaan ini tak mudah dalam tataran praktik, karena masyarakat komunal memiliki pemahaman holistik mereka sendiri, mencakup keseluruhan proses, ekspresi, dan objek di dalam konteks yang relevan.[1]

Perlindungan Ekpresi Budaya Tradisional perlu dilindungi secara hukum melalui cara-cara sebagai alternatif sebagai berikut: a) Ekspresi Budaya Tradisional adalah warisan bangsa. Untuk itu, peran negara adalah sesuai dengan konstitusi, menjaga, merawat, melestarikan dan memajukan EBT Indonesia. Panduan sebagaimana Panduan Pencatatan, Penetapan, dan Pengusulan Warisan Budaya Takbenda Indonesia sebaiknya secara tegas menyatakan berlaku untuk Ekspresi Budaya Tradisional juga; b) Penyatuan konsep *tangible* dan *intangible cultural heritage* menjadi istilah "saujana" perlu didorong dan dikaji, karena keduanya merefleksikan hubungan antara manusia dengan budayanya dan lingkungan alamnya dalam kesatuan ruang dan waktu yang luas, merefleksikan tata cara masyarakat dalam berhubungan dengan alam, sehingga tercapai keharmonisan hidup dengan alam dan terpeliharanya identitas budaya masyarakat. Saujana merupakan fenomena komplek dengan identitas pusaka yang ragawi (*tangible*) dan yang bukan ragawi (*intangible*). Oleh karena itu, warisan budaya yang bersifat ragawi dan bukan ragawi layak untuk disatukan

dalam satu payung perlindungan hukum, yakni hukum tentang warisan budaya bangsa, agar tidak menimbulkan konsekuensi yuridis yang berbeda-beda; c) Dalam rangka perlindungan hukum itu pula, perlu adanya:

1. Pemastian identifikasi, nominasi, perlindungan, konservasi, presentasi dan transmisi ke generasi selanjutnya dalam hal warisan budaya yang dijumpai di dalam wilayah-wilayah di Indonesia;
2. Suatu kebijakan umum untuk memfungsikan warisan budaya dalam kehidupan komunitas, apakah itu berwujud wisata religius, ekowisata, yang memberi manfaat (*benefit sharing*) kepada komunitas setempat.
3. Diintegrasikannyaperlindungan warisan budaya tersebut ke dalam program-program perencanaan negara secara komprehensif.
4. Pengembangankajian-kajian ilmiah dan teknis untuk meng-identifikasi berbagai tindakan yang melanggar dan mengancam kelangsungan hidup warisan budaya;
5. Penetapan upaya hukum, ilmiah, teknis, administratif, dan keuangan untuk melindungi warisan;
6. Pengembangan pusat-pusat pelatihan untuk melindungi, memelihara, dan melestarikan waarisan serta mendorong penelitian ilmiah di bidang-bidang ini

Konsekuensi dari berbagai argumentasi di atas sekaligus menjawab pertanyaan ketiga dari buku ini, bagaimana mempertanggung-jawabkan hak cipta atas EBT dipegang oleh negara. Konsep bahwa negara adalah pemegang hak cipta atas EBT kurang dapat dipertanggungjawabkan secara teoretik-konseptual maupun secara yuridis. Berbagai pengaturan di Indonesia tentang ekspresi budaya tradisional dan cagar budaya, menyebabkan bertumpangtindihnya aturan dan konsekuensi hukumnya. Dari segi substansi hukum, diperlukan suatu aturan yang komprehensif tentang warisan budaya, apakah itu warisan budaya ragawi (*tangible*), nir-ragawi (*intangible*), maupun gabungan keduanya (saujana). Untuk itu, kajian lintas disiplin, khususnya ilmu hukum dan filsafat budaya, akan sangat membantu diwujudkannya suatu perlindungan yang menyangkut "apa" ("hal"-nya, *die sache*) yang dilindungi, dan subjek (siapa yang "me-" dan "di-"lindungi).

Akhirnya, dalam merancang hukum yang akan datang, perlu dipertimbangkan pengalaman masyarakat setempat, membandingkan solusi hukum di atas kertas dan dalam kenyataannya. Termasuk dalam hal ini adalah merancang suatu pengaturan tentang Ekspresi Budaya Tradisional sebagai Warisan Bangsa, dengan mengharmonisasikan hukum-hukum internasional, nasional, dan pengalaman masyarakat setempat.

Indeks

A
Adat istiadat 24, 77, 79, 111, 150, 154
Ahli waris 55, 63, 64, 65, 68, 69, 70, 71, 72, 73, 114, 128, 129, 131, 132, 147
Antropomorfik 153
Arah hadap bangunan 153
Argumentum ad baculum 87
Arsitektur tradisional 7, 153
Astronomi 153
Auteurswet 90, 91, 126
B
Bahasa 3, 16, 107, 115, 151
Benda budaya nasional 92, 93, 94, 142, 143
Benefit sharing 23, 45, 56, 65, 66, 169
Berbasis Masyarakat 150
Best practice 74, 164
BPNB 8, 155, 158
Budaya lokal 118, 119, 144, 151
C
Cagar Budaya 11, 20, 24, 106, 108, 109, 110, 111, 113, 114, 115, 117, 147
Cerita rakyat 8, 29, 52, 137
Ciptaan 97, 98, 110, 118, 124, 128, 129, 133, 136, 140
Cultural diversity 81
Cultural landscape 115

D

Daftar Penetapan Warisan Budaya Takbenda Indonesia 160

Deklarasi 45, 81, 82, 83, 106, 121

Diagram Venn 112, 113

Direktorat Warisan dan Diplomasi Budaya 11, 32, 33, 36, 148, 155, 156, 157, 159, 160

Doa 151

Domain 14, 36, 60, 61, 62, 66, 67, 150, 157, 162

Droit morale 88

E

Ekspresi 1, 2, 4, 5, 7, 13, 15, 16, 20, 21, 24, 25, 26, 27, 29, 31, 38, 47, 58, 65, 76, 80, 90, 91, 92, 97, 98, 104, 106, 108, 109, 111, 112, 113, 114, 115, 116, 121, 122, 123, 146, 148, 151, 155, 166, 168, 170

Ekspresi Budaya Tradisional 1, 2, 4, 5, 7, 13, 16, 20, 21, 24, 25, 29, 47, 58, 65, 90, 91, 92, 97, 98, 104, 106, 108, 109, 111, 112, 113, 114, 115, 116, 121, 122, 123, 146, 155, 166, 168, 170

Etiologi penyakit 153

F

Folklore 13, 14, 15, 16, 21, 38, 44, 45, 46, 53, 56, 58, 59, 63, 64, 67, 75, 123

Folklorist 53

G

Ganti Rugi 71

Geografi budaya 161

Glossary WIPO 24, 56, 67

Gurindam 151

H

Hak atribusi 90, 136, 137

Hak Azasi Manusia 12, 147

Hak Cipta 1, 2, 4, 5, 11, 13, 20, 24, 36, 37, 43, 44, 69, 70, 84, 88, 89, 90, 91, 92, 93, 94, 96, 97, 98, 106, 108, 109, 112, 113, 115, 116, 117, 118, 121, 122, 124, 126, 127, 128, 129, 131, 132, 135, 136, 140, 141, 142, 143, 167

Hak ekonomi 44, 70, 71, 84, 88, 91, 109, 113, 117, 122, 127, 128, 129, 130, 131, 132, 133, 136, 142, 143, 146, 167

Hak integritas 132, 136

Hak kekayaan intelektual 22, 26, 36, 39, 41, 48, 49, 51, 53, 57, 59, 60, 67, 89, 125

hak maternitas 132, 136

Hak merek 64, 68, 82

Hak moral 45, 84, 88, 89, 95, 109, 113, 117, 122, 123, 124, 126, 127, 128, 129, 130, 131, 132, 133, 136, 138, 139, 142, 143, 146, 167

Harmoni kehidupan/tolerans 153

Hasil kebudayaan rakyat 89, 93, 97, 135, 142, 143

I

Indigenous 4, 12, 13, 16, 17, 18, 19, 26, 27, 36, 43, 44, 45, 81, 83, 106, 138

Inklusif 150

Input Data 157

Intangible Property Nationalism 45, 123

Intensionalisme 85, 87

Inventarisasi 79, 97, 135

Irisan 24, 70, 109, 113

K

Karya 76, 92, 96, 97, 115, 116, 136

Kategori 1, 11, 12, 14, 18, 24, 28, 29, 30, 55, 73, 84, 85, 90, 96, 97, 112, 113, 122, 137, 157, 167, 168

Keanekaragaman hayati 10, 51

Kearifan Lokal 153

Kerajinan tradisional 20, 26, 31, 77, 111, 113, 148, 151, 153

Klaim 21, 22, 51, 56, 59, 60, 61, 62, 63, 118, 119, 144, 159

Kode Etik 154

Komite Antarpemerintah (Intergovernmental Commitee 1

Komunitas adat 1, 10, 17, 31, 52, 76, 121, 158

Konservasi ekologi 153

Kontemporer 12, 31, 87, 150
Konvensi 1, 23, 75, 76, 77, 78, 80, 81, 89, 90, 119, 127, 144, 162, 163
Konvensi Bern 71, 86, 89, 90, 118, 127, 138
Kuliner Tradisional 154
Kustodian 115, 121, 147
L
Legislator 86, 87
Lingkup Perlindungan 36, 55, 63, 95
M
Makrokosmos 153
Mantra 151
Menghina (derogatory) 59
Misapropriasi 22, 23, 56, 57, 58
Misuse 60, 66
N
Naskah kuno 151
Negara 1, 2, 5, 10, 13, 24, 46, 63, 65, 66, 69, 71, 72, 73, 83, 88, 89, 90, 91, 93, 94, 97, 98, 106, 109, 112, 115, 116, 117, 120, 121, 122, 135, 136, 142, 143, 145, 146, 147, 148, 162, 163, 164, 166
Nyanyian Rakyat 151
O
Originalitas 15, 45, 109, 136, 138, 139, 147, 167
Otonomi Daerah 120, 145
P
Pakaian Tradisional 153
Pantun 151
Pelestarian 23, 34, 53, 58, 60, 69, 77, 106, 114, 139, 149, 164
Pemajuan Kebudayaan 20, 24, 37, 106, 111, 113, 114
Pemegang Hak Cipta 1, 5, 88, 97, 98, 106, 116, 117, 122, 124, 128, 140, 142

Pemegang hak cipta 2, 84, 89, 90, 93, 94, 104, 110, 115, 116, 117, 118, 119, 120, 121, 122, 124, 130, 142, 143, 144, 145, 146, 148, 166, 167, 168, 169
Pencatatan 31, 33, 36, 40, 148, 149, 155, 156, 157, 168
Penerima Perlindungan 63
Penetapan 31, 32, 33, 36, 148, 149, 156, 157, 159, 160, 168, 169
Pengemban 2, 39, 50, 53, 73, 95, 97, 106, 121, 135, 147, 166, 168
Pengetahuan Tradisional 7, 9, 16, 23, 51, 54, 58, 90, 91, 98, 123, 153
Penghormatan terhadap orang tua 153
Pengobatan tradisional 153
Pengolahan Data 157
Pengusulan 31, 33, 36, 148, 149, 161, 168
Peninggalan prasejarah 143, 144
Peninggalan sejarah 92, 93, 118, 119, 142
perayaan 77, 148, 152
Perlindungan 4, 20, 21, 35, 39, 41, 42, 43, 45, 46, 58, 59, 63, 70, 75, 76, 77, 78, 80, 82, 94, 95, 115, 119, 127, 133, 144, 148, 168
Perlindungan defensif 51, 58
Perlindungan positif 51, 58, 59
Permainan rakyat 24, 111
Permainan tradisional 13, 83, 137
Preservasi 78
Profan 20, 152, 153
Program 50, 53, 58, 73, 74, 76, 79, 80, 96, 164, 169
Proyek 34, 38, 41, 53, 73
Public domain 36, 61, 62, 66, 67
R
Representative 74, 162
Right of integrity 90
Right of maternity 89
Ritus 24, 77, 111, 152

S
Safeguarding 4, 19, 74, 75, 150, 162, 163
Sanksi 60, 64, 71
Saujana 20, 115, 116, 168
Seni Musik 152
Seni pertunjukan 13, 20, 37, 77, 83, 148, 150
Seni Suara 152
Seni Tari 152
Seni Teater 152
Senjata Tradisional 154
Sertifikat Warisan Budaya Takbenda Indonesia 160
Simbolisme politik 119, 144
Sinshe 153
Sistem Ekonomi Tradisional 152
Sistem Organisasi Sosial 152
T
Teknologi tradisional 153
Teknologi tradisional 24, 111
Teori linguistik 87
Tim Ahli Warisan Budaya Takbenda 158, 160
TRIPS 71, 127
U
Undang-undang Hak Cipta 1, 2, 24, 43, 84, 90, 91, 98, 121, 122, 126, 131
United Nation Education and Social and Cultural Or 47
Upacara Tradisional 152
Urgent Safeguarding 74, 162
W
Warisan 10, 11, 20, 21, 31, 32, 33, 34, 36, 40, 46, 56, 60, 70, 73, 75, 76, 77, 78, 146, 147, 148, 149, 150, 155, 156, 157, 158, 159, 160, 161, 162, 163, 165, 168, 170

Warisan Bangsa 46, 56, 170

Warisan Budaya 11, 20, 31, 32, 33, 36, 40, 60, 70, 73, 75, 76, 77, 78, 146, 148, 149, 150, 155, 156, 157, 158, 159, 160, 161, 162, 163, 165, 168

Warisan Budaya Takbenda 31, 36, 40, 73, 75, 77, 78, 148, 149, 150, 155, 156, 157, 158, 159, 160, 161, 162, 163, 165, 168 4

World heritage 62

World Intellectual Property Organization (WIPO) 1, 47, 53

Glosarium

1. Benda Budaya Nasional : Suatu istilah yang dikemukakan dalam pasal 10, UU Nomor 8 Tahun 1982 tentang Hak Cipta, meliputi:
   a. Karya peninggalan sejarah, pra sejarah, paleo antropologi dan benda-benda budaya nasional lainnya (pasal 10 UUHC 1982 ayat 1)
   b. Hasil kebudayaan rakyat yang menjadi milik bersama, seperti cerita, hikayat, dongeng, legenda, babad, lagu, kerajinan tangan, koreografi, tarian, kaligrafi dan karya seni lainnya (pasal 10 ayat 2a)
2. *Benefit sharing:* Istilah yang muncul dari Nagoya Protocol *on Access to Genetic Resources and the Fair and Equitable Sharing of Benefits Arising from their Utilization to the Convention on Biological Diversity* (2010), bermakna sebagaipembagian yang adil dan merata atas keuntungan/manfaat yang muncul dari pemakaian sumber daya genetik, termasuk akses yang memadai atas sumber daya genetik dan pengalihan teknologi yang relevan, dengan mempertimbangkan segala hak atas sumber daya dan teknologi tersebut, dan dengan pendanaan yang memadai
3. Deklarasi PBB tentang Hak-Hak Penduduk Asli atau *The UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples* : Sebuah deklarasi yang disahkan Majelis UmumPerserikatan Bangsa-Bangsa (MU PBB) dalam sesi ke-61-nya di Markas PBB di New York, 13 September 2007. Deklarasi ini menggariskan hak individual dan kolektif para penduduk asli (pribumi), dan juga hak mereka terhadap budaya, identitas, bahasa, pekerjaan, kesehatan, pendidikan dan isu-isu lainnya. Deklarasi ini juga menekankan hak mereka untuk memelihara dan memperkuat institusi, budaya dan tradisi mereka, dan hak mereka akan pembangunan untuk memenuhi kebutuhan dan aspirasi merek.

4. Ekspresi Budaya Tradisional : Segala bentuk ekspresi karya cipta, baik material maupuan non material (takbenda) atau kombinasi keduanya yang menunjukkan keberadaan suatu budaya tradisional yang dipegang secara komunal, bersifat turun temurun, dan lintas generasi, termasuk EBT yang terkait dengan sumber daya genetik.
5. *Intangible cultural property:* Kekayaan budaya yang bersifat nirragawi. UNESCO dalam *Convention for the Safeguarding of the Intangible Cultural Heritage* (2003) adalah "praktik, representasi, ekspresi, pengetahuan, keterampilan juga instrumen, objek, artefak, dan ruang-ruang budaya yang diasosiasikan dengannya yakni komunitas, kelompok, dalam beberapa kasus, individu diakui sebagai bagian dari warisan budaya. Warisan budaya takbenda ini disebarkan dari generasi ke generasi, terus menerus diciptakan oleh komunitas dan kelompok dalam menanggapi lingkungannya, interaksinya dengan alam dan sejarahnya, dan memberi mereka rasa identitas dan kontinyuitas, sehingga mempromosikan penghormatan akan keragaman budaya dan kreativitas manusia. Konvensi ini juga menyatakan bahwa "intangible cultural heritage" mewujud antara lain dalam bidang-bidang berikut: a) tradisi dan ekspresi lisan, termasuk bahasa sebagai sarana warisan budaya takbenda; b) seni pertunjukan; c) praktik-praktik sosial, ritual, festival; pegnetahuan dan praktik yang berkaitan dengan alam raya; e) kerajinan tradisional.
6. Lingkar Hermeneutika : Pendekatan Gadamer ini dicirikan dengan adanya "dialog" dan analisis yang komprehensif terhadap teks tertulis dan teks tidak tertulis dari si penafsir terhadap teks dengan pendekatan lingkar timbal balik sedemikian rupa sehingga yang sebagian tak bisa dilepaskan dari yang keseluruhan, dan yang keseluruhan tak bisa dilepaskan dari yang sebagian, demi mendapatkan pemahaman yang komprehensif.
7. Misapropriasi (*misappropriation*) : Pengambilan sesuatu sebagai miliknya secara tidak benar. Dalam bahasa sehari-hari (bahasa *colloquial, casual*) termasuk di dalamnya "mengaku-ngaku" sebagai pemilik. Menurut *Black's Law Dictionary*, kata ini merupakan kata benda berasal dari bahasa Inggris, *misappropriation*, *n.* (I8c), yang bisa berarti:

- Menggunakan milik orang lain untuk keuntungan diri sendiri (*the application of another's property or money dishonestly to one's own use*)
- Dalam hukum hak kekayaan intelektual *common law*, misapropriasi bisa berarti tindakan melawan hukum dengan cara menggunakan informasi yang menggunakan informasi/ide-ide yang tidak bisa di-hak cipta-kan yang dikumpulkan dan disebarluaskan oleh sebuah organisasi untuk mendapat keuntungan untuk bersaing secara tidak sehat, atau meniru suatu karya yang penciptanya belum diketahuii atau diberi hak-hak eksklusif atas karya tersebut.

8. Pengetahuan Tradisional : PT menyangkut konsep dan bersifat abstrak. Sekretariat WIPO merinci pengetahuan tradisional dalam sastra berbasis tradisi karya-karya ilmiah atau artistik; penampilan, invensi, temuan ilmiah; desain, merek, nama dan simbol, informasi rahasia, dan inovasi-inovasi dan dan kreasi berbasis tradisi lainnya yang dihasilkan dari kegiatan intelektual dalam bidang ilmu pengetahuan, industri, sastra, atau seni. "pengetahun tradisional" dalam pengertian luasjuga mencakup pengetahuan teknis, pertanian, dan kedokteran, di antaranya, juga "ekspresi budaya tradisional" (*expressions of folklore*) dalam bentuk musik, tarian, nyanyian, kerajinan, desain, cerita, dan karya seni, elemen bahasa, seperti nama, indikasi geografis, dan simbol, dan kekayaan budaya yang "movable".

   Intergovernmental Commitee menggunakan istilah "Traditional Knowledge" merujuk pada makna atau substansi pengetahuan sebagai hasil dari aktivitas intelektual dan pencerahan dalam suatu konteks tradisional, dan mencakup *know-how,* ke terampilan, inovasi, praktik, dan pembelajaran yang membentuk bagian dari sistem pengetahuan tradisional, dan pengetahuan yang menyatu dalam gaya hidup tradisional dari suatu komunitas atau masyarakat, atau terkandung dalam sistem pengetahuan terkodifikasi yang diturunkan dari generasi ke generasi. Pengetahuan tradisional tak dibatasi pada bidang teknik tertentu apapun, dan bisa mencakup pengetahuan pertanian, lingkungan, dan obat-obatan, dan pengetahuan yang diasosiasikan dengan sumberdaya genetik.

9. Perlindungan Ekspresi Budaya Tradisional : Mencakup perlindungan dalam arti positif dan defensif. Perlindungan positif mencakup pembuatan hukum yang memastikan bahwa tidak ada eksploitasi dan penggunaan yang tak sah (*unauthorized*) atas PT-EBT.
10. Perlindungan hukum yang defensif : merupakan strategi untuk memastikan bahwa tidak ada klaim yang *illegitimate* atas EBT
11. Perlindungan hukum yang positif : mencakup pembuatan hukum yang memastikan bahwa tidak ada eksploitasi dan penggunaan yang tak sah (*unauthorized*) atas PT-EBT.
12. Saujana : Penyatuan konsep *tangible* dan *intangible cultural heritage*. Saujana merefleksikan tata cara masyarakat dalam mengolah lahan dan sumberdaya alam yang berkelanjutan. Saujana merupakan fenomena kompleks dengan identitas pusaka yang ragawi (*tangible*) dan yang bukan ragawi (*intangible*).
13. *Sui generis :* Dari Bahasa Latin, yang berarti "dalam kelompok tersendiri", "unik". Dalam hukum, sui generis merujuk pada keharusan adanya penafsiran yang khusus dan unik atas suatu aturan, atau kasus.
14. *Tangible cultural property :* Kekayaan budaya yang bersifat ragawi, misalnya: candi, monumen, gedung, dsb.
15. Darwinisme Budaya/Cultural Darwinism : Paham yang menyatakan bahwa budaya itu ber-evolusi, selalu ada budaya yang punah dan muncul budaya yang baru.
16. Ekspresi Budaya Tradisional : WIPO mendefinisikan **'Traditional cultural expressions'/ 'expressions of *EBT*'** sebagai produk-produk yang mengandung unsur-unsur karakteristik dari warisan seni tradisional yang dikembangkan dan dipelihara oleh komunitas dalam suatu negara atau oleh orang-orang yang mencerminkan harapan-harapan artistik tradisional dari komunitas tersebut, khususnya:
    - ekspresi lisan, seperti cerita rakyat, puisi, tanda, kata, simbol, dan indikasi;
    - ekspresi musik, seperti lagu darah, dan musik instrumental

- ekspresi melalui tindakan, seperti tarian rakyat, dan bentuk-bentuk seni ritual; apakah hal itu direduksi atau tidak dalam bentuk nyata, dan
- ekspresi berwujud, seperti produk seni rakyat, khususnya lukisan, patung, ukiran, mosaik, ukiran kayu, perhiasan, tenun, tekstik, karpet, kostum,
- kerajinan;
- instrumen musik;
- bentuk-bentuk arsitektur

17. Fiksasi : Suatu syarat dalam hukum hak cipta untuk menentukan bahwa suatu karya dilindungi hak cipta, bahwa karya itu harus karya original dari pencipta yang difiksasikan dalam suatu bentuk berwujud atau ekspresi yang berwujud.
18. Hak Cipta : Hak cipta mengandung dua konsep penting, Hak Moral (HM), yakni hak atas identitas dan hak atas integritas karya; dan Hak Ekonomi (HE).
19. Hak Moral : Hak pencipta yang terdiri dari *right of maternity,* yakni hak yang dimiliki penglahir karya. Hak maternitas ini terdiri dari hak atas identitas, yang mengizinkan pencipta untuk berkeberatan jika namanya tidak digunakan dalam asosiasi dengan karya, dan hak atas integritas, yang mengizinkan pencipta untuk berkeberatan atas modifikasi, mutilasi, atau distorsi atas karya mereka yang merendahkan kehormatan mereka (Konvensi Bern Revisi 1907).
20. *Intergovernmental Committee WIPO :* Komite khusus dari WIPO, yakni *Intergovernmental Committee on Intellectual Property and Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore* untuk menemukan kebutuhan-kebutuhan yang terkait dengan kekayaan intelektual dan harapan-harapan dari para pemegang pengetahuan tradisional.
21. Konvensi Perlindungan Warisan Budaya Takbenda : Konvensi UNESCO 2003 yang ini telah diratifikasi Indonesia pada tanggal 5 Juli 2007 melalui Peraturan Presiden Republik Indonesia Nomor 78 tahun 2007 tentang Pengesahan *Convention for the Safeguarding of the Intangible Cultural Heritage* (Konvensi untuk Perlindungan Warisan Budaya Takbenda).

22. Konvensi tentang Perlindungan dan Promosi Keanekaragaman Ekspresi Budaya : Konvensi yang ini merupakan hasil sidang UNESCO yang ke-33. Konvensi ini telah diratifikasi oleh Indonesia melalui Peraturan Presiden Nomor 78 tahun 2011 tentang Pengesahan *Convention On The Protection And Promotion Of The Diversity Of Cultural Expressions*.
23. Warisan Budaya *(Cultural Heritage) :* Warisan budaya terdiri dari warisan budaya takbenda, warisan budaya benda, serta warisan alam, yang ketiganya bersifat saling bergantung.
24. Warisan Budaya Takbenda (WBTb) : Istilah yang merupakan terjemahan dari *Intangible Cultural Heritage*, bermula dari Konvensi UNESCO 2003 tentang *Safeguarding of the Intangible Cultural Heritage*. Warisan budaya takbenda adalah berbagai praktik, representasi, ekspresi, pengetahuan, keterampilan, serta instrumen instrumen, objek, artefak dan lingkungan budaya yang terkait meliputi berbagai komunitas, kelompok, dan dalam beberapa hal tertentu, perseorangan yang diakui sebagai bagian warisan budaya mereka. Warisan budaya takbenda ini, diwariskan dari generasi ke generasi, secara terus menerus diciptakan kembali oleh berbagai komunitas dan kelompok sebagai tanggapan mereka terhadap lingkungannya, interaksi mereka dengan alam, serta sejarahnya, dan memberikan mereka makna jati diri dan keberlanjutan, untuk memajukan penghormatan keanekaragaman budaya dan kreativitas manusia. WBTb diwujudkan antara lain di bidang bidang sebagai berikut:
    (a) tradisi dan ekspresi lisan, termasuk bahasa sebagai wahana warisan budaya takbenda;
    (b) seni pertunjukan;
    (c) adat istiadat masyarakat, ritus, dan perayaan perayaan;
    (d) pengetahuan dan kebiasaan perilaku mengenai alam dan semesta;
    (e) kemahiran kerajinan tradisional.
25. WIPO (*World Intellectual Property Organization*) : Organisasi dunia yang pertama kali mengkaji hubungan antara kekayaan intelektual dan perlindungan, promosi dan pelestarian *EBT,* memiliki program aktif untuk pengembangan kebijakan, bantuan penyusunan undang-undang, dan *capacity building*.

Daftar Pustaka

"Ekspresi Budaya Tradisional dalam Undang-undang Hak Cipta Indonesia: Kajian Maksud Pembuat Undang-undang dan Kajian Perbandingan Hukum". 2016(b). *Laporan Hasil Penelitian*, Malang: Universitas Katolik Widya Karya.

"Integrating the Experiences in Local Knowledge into the Higher Education Using Digital Tools,". 2014(a). *Makalah*, disajikan pada Seminar Internasional-Kerja Sama 18 Universitas Filipina dan UKWK Malang, 26 April.

"Partialities in the Method of Legal Interpretation". 2014(d). *Journal of Law, Policy, and Globalization*, Vol. 32/Dec

"Penafsiran Hukum yang Komprehensif terhadap Hak Moral dan Hak Ekonomi dalam Undang-Undang Hak Cipta". 2014 (b). *Laporan Hasil Penelitian Hibah Doktor*.

"Plagiarisme menurut UU Hak Cipta".2010. *Jurnal Wawasan*, Juni.

"Problematika Hak Moral dan Hak Ekonomi dalan Hukum Hak Cipta Indonesia",. 2013. *Makalah*, disampaikan pada Seminar Nasional Fakultas Hukum se-Surabaya 30 Maret di Surabaya.

"The Probem of Copyright for Traditional Cultural Expression in Indonesia". 2014(c), *Journal of Law, Policy, and Globalization*, Vol. 29/September.

Adebambo, Adewopo.2006. "Protection and Administration of *Folklore* in Nigeria", *SCRIPT-ed*, Volume 3, Issue 1, March.

Antons, Christoph.2000. *Intellectual Property Law in Indonesia*.Kluwer Law International.

Antons, Christoph. 2009. 'What is "Traditional Cultural Expression"?. International Definitions and Their Application in Developing Asia', *WIPO Journal* No. 1.

Antons, Cristoph. 2013."Asian Borderlands and the Legal Protection of Traditional Knowledge and Traditional Cultural Expressions. *Modern Asian Studies* Vol. 47.

Aragon, Lorraine. 2012. "Copyrighting Culture for the Nation? Intangible Property Nationalism and the Regional Arts of Indonesia'.*International Journal of Cultural Property* No. 19.

Bix, Bryan. 1993. Law, *Language, and Legal Determinacy.*Oxford Clarendon University Press.

Burtis, Amber T. 2009. "Managing Indigenous Knowledge and Traditional Cultural Expressions: Is Technology the Solution?". *Information for Social Change*, Volume 29, 9. Princeton University Library, Princeton, New Jersey, USA.

Busch, Anna Friederike. 2015. *Protection of Traditional Cultural Expressions in Latin America: A Legal and Anthropological Study*. Berlin Heidelberg: Springer-Verlag.

Chapman, Audrey R. 2001. 'Approaching Intellectual Property as a Human Right',2001, *Copyright Bulletin,*No. 3.

Chidi Oguamanam. *Tt. Openair African Innovation Research, dikutipdari*https://www.openair.org.za/wipo-33rd-igc-traditional-cultural-expressions-in-the-spotlight/

Collins, Stephen. 2015. "The Commoditisation of Culture: *Folklore*, Playwriting and Copyright in Ghana", *Thesis of Doctor of Philosophy*, School of Law. College of Social Sciences, University of Glasgow.

Deka, Meeta. 2011. "Traditional Cultural Expressions and Northeast Indian History". *Sociology Mind*, Vol. 1, No. 4.

Direktorat Warisan dan Diplomasi budaya Direktorat Jenderal Kebudayaan Kementerian Pendidikan dan kebudayaan, 2015. Panduan Pencatatan, Penetapan, dan Pengusulan Warisan Budaya Takbenda Indonesia.

Direktorat Warisan dan Diplomasi Budaya, Direktorat Jenderal kebudayaan, Kementerian Pendidikan dan Kebudayaan, 2016. *Penetapan Warisan Budaya Takbenda Indonesia Tahun 2016*.

Dwivedi, Anuragdan Monica Saroha. 2015 "Copyright Laws as A Means of Extending Protection to Expressions of *Folklore*", *Journal of Intelectual Property Rights*, Vol. X, July.

Dworkin, Ronald. 1985. *A Matter of Principle*. Cambridge, MA: Harvard University Press.

Ellen, R., Parkes, P. dan Bicker, A. (eds). 2000. *Indigenous Environmental Knowledge and Its Transformations,* Routledge.

Fathoni.2014. "Paradigma Hukum Berkeadilan dalam Hak Kekayaan Intelektual Komunal", *Jurnal Cita Hukum*, Vol. I No. 2 Desember.

Forbes, Graeme. 2006.*Attitude Problems; An Essay on Linguistic Intensionality*. United States, New York: Oxford University Press Inc.

Foreman, Sybil. 2012. *Copyright Law: World Study*, University Publications.

Franklin, Jonathan A.2008.'Protecting Traditional Cultural Expressions', *Information Outlook*,8.

Gadamer, Hans Georg.2004. *Truth and Method*, Second Edition. London, New York, Continuum.

Gardner, Bryan A. (Ed.). 2009. *Black's Law Dictionary* 9th Edition. St.Paul MN: West Publishing Company.

Hak Moral dan Hak Ekonomi dalam Hak Cipta: Konsep, Sejarah, dan Perbandingan.2016 (a)., Malang: Widya Sasana Publication.

Hobsbawm, E. , 1983. "Introduction: Inventing Tradition", dalam E. Hobsbawm dan T. E. Ranger, "The Invention of Tradition". Cambridge.

Janke, Terri dan Dawson, Peter. 2012. *Indigenous Knowledge and Cultural Expression and the. Australian Intellectual Property System*, Australia: Terri Janke & Company Pty Ltd,

Kausar, Devi Rosa. 2012. Sustainability in the Management of World Cultural Heritage, dalam Dr. Mirat Kasinmoglu (Ed), *Visions for Global Tourism Industry Creating and Sustaining Competitive Strategies.*In Tech, April.

Klatt, Matthias. 2008. *Making the Law Explicit, The Normativity of Legal Argumentation*. Portland: Hart Publishing.

Kleden, Marianus. 2009. *Hak Azasi Manusia dalam Masyarakat Komunal, Kajian atas Konsep HAM dalam Teks-Teks Adat Lamaholot dan relevansinya terhadap Ham dalam UUD 1945*. Yogyakarta, Jakarta, Penerbit Lamalera dan Komnas HAM,

Koentjaraningrat. 1974. *Kebudayaan, Mentalitas, dan Pembangunan*. Jakarta: Gramedia.

Kuruk, Paul dan Manfred O. Hinz. 2011. "The Swakopmund Protocol on the Protection of Traditional Knowledge and Expressions of *Folklore*", *Namibia Law Journal*, Volume 3 Issue 1, January.

Kuruk, Paul. 2011. "African Customary Law and The Protection of Folklore", *Copyright Bulletin*, Vol. XXXVI, No. 2, 2002.

Lankford, George E. 2008. *Looking for Lost Lore: Studies in EBT, Ethnology, and Iconography.* Tuscaloosa: The University of Alabama Press.

Laporan tentang Rancangan Undang-undang Hak Cipta Indonesia, 2000. Tanggapan Pemerintah Indonesia yang dibacakan oleh Menteri Hukum dan HAM tentang Pandangan Umum Fraksi-Fraksi DPR.

Leiboff, Marett. 2007. *Creative Practice and the Law.* Australia: Lawbook Co.

Leiboff, Marretdan Thomas, Mark. 2007. *Legal Theories in Principle*. New Douth Wales: Lawbook Co.

Levy, Michael I. (Editor), 2010.*100 Most Influential Philosophers All the Time*. New York: Britannica Educational Publishing.

Li, Luo. 2014. *Intellectual Property Protection of Traditional Cultural Expressions/Folklore in China.* Switzerland: Springer International Publishing.

Mahadewi, Kadek Julia. 2015. Program Budaya Hukum dalam Keberlakuan Undang-undang Nomor 28 tahun 2014 tentang Hak Cipta Pada Pengrajin Perak di Bali, *Thesis*. Program Pascasarjana Universitas Udayana Denpasar.

Manan, Bagir. 2009. *Dialog Interaktif Kerjasama MOU antara Departemen Hukum dan HAM RI dengan Departemen kejaksaan Agung Australia*. Jakarta, 29-30 April.

Manning, John F. 2001. "Deriving Rules of Statutory Interpretation from the Constitution", *Columbia Law Review*, Vol. 101, No. 7, Nov.

Marmor, Andrei. 2005. *Interpretation and Legal Theory*, Oxford and Portland, Oregon: Hart Publising.

Olive, James L. 2014. "Reflecting on the Tensions Between Emic and Etic Perspectives in Life History Research: Lessons Learned",

Forum Qulitative Research, Sozialvorschung, Volume 15, No. 2, Art.6May.

Oring, Eliot. 2014. "Traditional Cultural Expressions and Advocacy". *Journal of Traditional Cultural Expession Research*, May-Dec.

Pang, Lakwan. 2006. *Cultural Control and Globalization in Asia: Copyright, Piracy, and Cinema*, Routledge.

Penafsiran Hukum yang Komprehensif Berdasarkan Lingkar Hermeneutika. 2015., Malang: Indonesian Philosophical Studies.

Penang Heritage City, The Journey Starts Here, diaksesdarihttp://www.penangheritagecity.com/index.html

Philips, Jake. 2009. "Australia's Heritage Protection of Act: An Alternative to Copyright in the Struggle to Protect Communal Interets in Authored Works of *Folklore*", *Pacific Rim Law and Policy Journal Association*, Aug. Vol. 18 Issue 3.

Propp, Vladimir. 1997. *Theory and History of Folklore*, University of Minnesota Press, Minneapolis.

Protevi, John. (Eds). 2005. *The Edinburgh Dictonary of Continental Philosophy*, Edinburgh: Edinburgh University Press.

Purwaningsih, Endang. 2012. "**P**artisipasi Masyarakat Dalam Perlindungan Hukum Terhadap Kekayaan Intelektual Warisan Bangsa", *Jurnal Masalah-masalah Hukum* FH UNDIP" Vol.41 No.1 Januari.

Rajan, Mira T. Sundara. 2006. *Copyright and Creative Freedom: A Study of Post Socialist Law Reform*, New York:Routledge.

Ruiz, M., I. Lapena, et al. 2004. "The Protection of Traditional Knowledge in Peru: A Comparative, Perspective", 3 Wash. U. *Global Stud.* L. Rev.

Secretariat of the Convention on Biological Diversity, 2011. *Nagoya Protocol on Access to Genetic Resources and The Fair and Equitable Sharing of Benefits Arising from Their Utilization to The Convention on Biological Diversity*.

Secretariat WIPO. 2012. Intergovernmental Committee on Intellectual Property and Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore, Twentieth Session, Geneva, February 14 to 22, *Glossary of key Terms Related to Intellectual Property and Genetic Resources, Traditional Knowledge and Traditional Cultural Expressions*.

Simons, Michael S. 2000. "Aboriginal Heritage Art and Moral Rights," dalam *Annals of Tourism Research*.

Stelmach, Jerzy dan Brozek. 2006. *Methods of Legal Reasoning*, Dodrecht: Springer.

Stokes, Simon, , 2001. *Art and Copyright*. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing.

Stoljar, Natalie. 2001. "Vagueness, Counterfactual Intentions, and Legal Interpretation", *Legal Theory*, Vol. 7/ Issue 4/December.

Stoljar, Natalie. 2003. "Interpretation, Indeterminacy and Authority: Some Recent Controversies in the Philosophy of Law", *The Journal of Political Philosophy:* Volume 11, Number 4.

Suprapto, Maria Farida Indrati. 1998. *Ilmu Perundang-undangan, Dasar-dasar dan Pembentukannya.* Jogjakarta: Kanisus.

Susanti, R. Diah Imaningrum.2005. "Perlindungan Hukum Hak atas Kekayaan Intelektual Bagi Kerajinan Topeng Malang Dalam Kerangka Otonomi Daerah," APTIK, *Justitia et Pax*. Fakultas Hukum Universitas Atma Jaya Jogjakarta.

Susanto, Djulianto. 2010. *Pengunjung dan Masalah Konservasi Candi Borobudur.* Majalah Arkeologi Indonesia. 7 Desember.

Torremans, Paul. 2006. *Copyright Law: A Handbook of Contemporary Research*, Edward Elgar.

Undang-Undang Nomor19 Tahun 2002 tentang Hak Cipta

Undang-Undang Nomor28 Tahun 2014 tentang Hak Cipta

Undang-Undang Nomor6 Tahun 1982 tentang Hak Cipta

Undang-Undang Nomor7 Tahun 1987 tentang Hak Cipta

United Nations. 2008. *United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, March.

Usman, Rahmadi. 2003. *Hukum Hak Atas Kekayaan Intelektual, Perlindungan dan Dimensi Hukumnya di Indonesia,* Bandung:Alumni.

Wacks, Raymond. 2006. *Introduction to Philosophy of Law*, Oxford: Oxford University Press.

Walshaw, Christopher. 2012. "Interpretation is Understanding and Application: The Case for Concurrent Legal Interpretation", *Statute Law Review*, 34 (2), 23 Desember.

Westbrook, Steve (Ed.). 2009. *Composition and Copyright: Perspective on Teaching, Text-Making, and Fair Use*, New York: State University of New York Press.

Wilkinson, Margaret Ann dan Natasha Gerolami. 2009. "The Author as Agent of Information Policy, The Relation Between Economic and Moral Rights in Copyright," *Government Information Quarterly* 26.

WIPO, 2001. 'Intellectual Property needs and Expectations of Traditional Knowledge Holders' – *WIPO Report on Fact-finding Missions on Intellectual Property and Traditional Knowledge* 1998 – 1999, WIPO, Geneva.

WIPO, 2002. *Traditional Knowledge Operational Terms and Definitions,* WIPO/GRTKF/IC/ 3/9.

WIPO.2001. *Intellectual Property Needs and Expectations of Traditional Knowledge Holders Report on Fact Finding Missions* (1998-1999). Geneva.

WIPO-UNESCO *Model Provision*, Geneva, 1982.

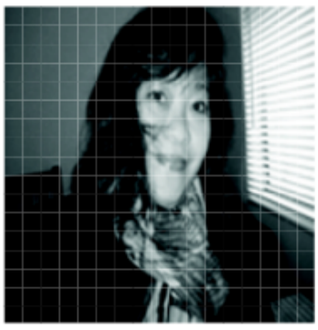
Wróblewski, Jerzy. 1985. "Legal Language and Legal Interpretation", *Law and Philosophy*, Vol. 4, No. 2, Legal Reasoning & Legal Interpretation, Aug.

Yang, Chih-Chieh.2008. "A Comparative Study of the Models Employed to Protect Indigenous Traditional Cultural Expressions", *Asian Pacific Law & Policy Journal*, 11 Asian-Pacific Law and Policy J. 49.

Zhang, Lisa. *2008. Protecting Traditional Cultural Expressions from a Copyright Perspective*. Philips IP Academy –Fudan University Law School.

Zografos, Daphne. 2004. "The Legal protection of Traditional Cultural Expressions, The Tunisian Example", *The Journal of World Intellectual Property* No. 7,Issue 2.

Tentang Penulis



Dr. R. Diah Imaningrum Susanti, S.H., M.Hum., M.Pd. lahir di Malang. Beliau menempuh pendidikan Hukum di Fakultas Hukum Universitas Brawijaya (S1, lulus 1987); Program Pascasarjana Universitas Airlangga Surabaya (S2, lulusan terbaik tahun 1995); dan Program Doktor Ilmu Hukum (S3, lulus *cum laude* tahun 2015). Penulis juga berkesempatan mendapatkan beasiswa program Peningkatan Penulisan Publikasi Internasional di *Faculty of Law, Humanity, and Arts*, University of Wollongong, New South Wales, Australia. Disamping Ilmu Hukum, penulis juga menjalani Pendidikan Bahasa Inggris yang ditempuh di Fakultas Sastra Universitas Kristen Cipta Wacana Malang (S1) dan di Program Pascasarjana Pendidikan Bahasa Inggris Universitas Negeri Malang (S2).

Disamping pernah menjadi *Expert Consultant* dalam mengukur Pemenuhan Hak Azasi Manusia di Bidang Kesehatan Ibu dan Bayi yang Baru Lahir (NTT dan NTB 2008), Beliau juga produktif dalam menulis artikel dan buku di berbagai Penerbit dan Jurnal. Karya tulisnya a.l.:

1. The Problem of Copyright for Traditional Cultural Expression in Indonesia, *Journal of Law, Policy, and Globalization*, September No 29 tahun 2014.
2. Partialities in the Method of Legal Interpretation, *Journal of Law, Policy, and Globalization*, December No. 32 tahun 2014.
3. Penafsiran Hukum yang Komprehensif Berbasis Lingkar Hermeneutika, *Indonesian Philsophical Studies*, 2015.

4. Penyaji dalam Seminar Internasional "Philosophy and Spirituality in Higher Education", Universitas Katolik Widya Karya, November 2016.
5. Penyaji dalam Konferensi Hukum Perdata III, "Itikad Baik Sebagai Batas Proses Interpretasi Kontrak, dalam Tema Pembaharuan Hukum Kontrak Prinsip-Prinsip Hukum Kontrak Universal dan Sistem Hukum Kontrak Indonesia, 19- 21 Oktober 2016 di Universitas Brawijaya Malang.
6. *Hak Cipta: Kajian Filosofis dan Historis*, Setara Press, 2017.