

ABSTRAKSI

ALFON MUBARAK, Hukum Internasional, Fakultas Hukum Universitas Brawijaya, Agustus 2010, *Perbandingan Konseptual Terhadap Perlindungan Hukum Pengetahuan Tradisional Dan Ekspresi Budaya Tradisional (PTEBT) Berdasarkan Rezim Hak Atas Kekayaan Intelektual Konvensional Dan Rezim Sui Generis*, Afifah Kusumadara, S.H., L.L.M., S.J.D; Adi Kusumaningrum, S.H, M.H.

Adanya Perbedaan pendapat dalam memberikan perlindungan hukum terhadap PTEBT dari Negara Maju yang menginginkan digunakannya rezim HaKI Konvensional dan Negara berkembang yang menginginkan dibentuknya Rezim *Sui Generis* tidak pernah menghasilkan kesepakatan, sehingga PTEBT belum memiliki perlindungan Hukum yang pasti. Padahal, perlu disadari pentingnya perlindungan terhadap PTEBT sejak maraknya terjadi kasus pelanggaran (*missappropriation* dan *bioparacing*) PTEBT khususnya terkait dengan masyarakat asli yang telah memelihara PTEBT ataupun secara umum bagi negara yang wajib melindungi PTEBT.

Melihat begitu pentingnya perlindungan hukum terhadap PTEBT untuk menghindari adanya pelanggaran PTEBT, maka penulis memberikan rumusan permasalahan sebagai berikut ini, (1) Bagaimana perbandingan konsep terhadap perlindungan hukum PTEBT berdasarkan rezim HaKI Konvensional dan Rezim *Sui Generis* dan, (2) Bagaimana strategi kebijakan Negara Berkembang dalam rangka memberikan perlindungan hukum terhadap PTEBT.

Pembahasan skripsi ini menggunakan metode penelitian yuridis normatif, dengan menggunakan metode penelitian tersebut penulis mengkaji dan menganalisa permasalahan yang muncul dari penerapan ketentuan-ketentuan secara yuridis dan disesuaikan dengan asas-asas hukum yang berlaku secara normatif. Penulisan ini juga menggunakan Pendekatan Konseptual untuk menganalisa konsep perlindungan PTEBT secara Rezim HaKI Konvensional dengan Rezim *Sui Generis* dan menggunakan Pendekatan Perbandingan untuk menganalisa Kebijakan Negara-Negara Berkembang dalam melindungi PTEBT

Penulis menganalisa konsep perlindungan yang sesuai dengan karakteristik PTEBT yang bersifat komunal. Jika dibandingkan dengan HaKI Konvensional yang melindungi hak individual dan memiliki masa perlindungan yang terbatas, sistem *Sui Generis* memiliki karakteristik khusus berbeda dengan pengaturan yang telah ada sehingga dapat mengakomodir perlindungan PTEBT yang dibutuhkan. Selanjutnya penulis menganalisa strategi kebijakan dengan hasil formulasi strategi kebijakan baik menciptakan Pengaturan secara *Sui Generis* ditingkat Internasional ataupun Nasional dan membuat *database* yang dapat dilakukan negara berkembang sebagai upaya perlindungan PTEBT.

Dari hasil analisa yang telah dilakukan penulis, maka dapat disimpulkan konsep perlindungan hukum secara *Sui Generis* lebih tepat digunakan sehingga negara-negara pemegang hak PTEBT dapat mengaplikasikan perlindungannya.

BAB I

PENDAHULUAN

A. Latar Belakang

Pembahasan tentang perlindungan *Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore* (GRTKF) atau yang biasa disebut sebagai Sumber Daya Genetik, Pengetahuan Tradisional dan Ekspresi Budaya Tradisional (PTEBT) oleh masyarakat Internasional semakin hangat dan gencar¹ khususnya bagi negara berkembang. Indonesia kerap kali mengajukan topik perlindungan terhadap GRTKF, karena isu GRTKF memiliki potensi untuk menimbulkan konflik antar negara jika tidak segera ada aturan hukum yang mengaturnya.² Seperti contohnya pematenan obat-obatan tradisional oleh negara maju yang bukan sebagai pelestari pengetahuan tradisional tersebut.

Salah satu organisasi internasional yang berusaha merumuskan rezim perlindungan internasional atas GRTKF atau sumber daya genetik (SDG), pengetahuan tradisional (PT), dan ekspresi budaya tradisional (EBT) adalah *World Intellectual Property Organization* (WIPO)³. WIPO telah menyediakan forum bernama *Intergovernmental Committee on Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore* (IGC-GRTKF)⁴ yang dibentuk pada tahun 2000. Pada

¹ Priharniwati, *Upaya Perlindungan Hak Kekayaan Intelektual terkait dengan Pendayagunaan Sumberdaya Genetik, Pengetahuan Tradisional, dan Ekspresi Folklore di tingkat Nasional dan Internasional*, Media HKI Vol.IV/No.4/Agustus 2007.

² Lampiran Peraturan Presiden Republik Indonesia No.5/2010 tentang Rencana Pembangunan Jangka Menengah Nasional (RPJMN) Tahun 2010-2014, Buku II *Memperkuat Sinergi Antarbidang Pembangunan*, Kementerian Perencanaan Pembangunan Nasional, 2010.

³ *Convention on Establishing World Intellectual Property Organization* ditandatangani di Stockholm pada tanggal 14 Juli 1967 dan telah diamandemen pada 28 September 1979. WIPO fokus terhadap perlindungan HKI yang dapat memberikan keuntungan kepada anggotanya.

⁴ IGC-GRTKF (yang selanjutnya disebut dengan “*the Committee*”), pada awalnya dilaksanakan di Geneva pada 30 April sampai 3 May 2001, telah menerima beberapa organisasi

periode 2006-2007 Indonesia memimpin forum IGC-GRTKF dan menghasilkan basis terbentuknya perlindungan PTEBT.

Selama proses perundingan, IGC-GRTKF hanya memfokuskan pembahasan terhadap konsep perlindungan PTEBT. Hal ini dikarenakan pembahasan mengenai PTEBT memiliki konsep yang lebih sederhana dibandingkan dengan Sumberdaya Genetik (SDG) yang perlu dikaji terlebih dahulu bersama dengan pihak *Convention on Biodiversity* (CBD) dan *Food and Agriculture Organization* (FAO).

Dalam proses terbentuknya traktat perlindungan terhadap PTEBT terjadi perbedaan pandangan antara negara maju dan negara berkembang. Bagi negara maju rezim hak kekayaan intelektual (HaKI) konvensional seperti paten, hak cipta, dan merek dianggap sudah memadai untuk mengakomodir PTEBT, sedangkan negara berkembang sangat mendukung dibentuknya traktat PTEBT yang bersifat khusus dan berbeda dari konsep HaKI konvensional karena negara berkembang memiliki kekayaan yang pluralisme dari kebudayaannya yang membutuhkan perlindungan khusus (*sui generis*).

Ada beberapa hal yang perlu diperhatikan dalam memberikan perlindungan PTEBT yaitu perbedaan yang mendasar terhadap bentuk perlindungan HaKI dan PTEBT. Dalam WIPO konsep perlindungan terhadap karya cipta bersifat *private*/pribadi, sedangkan bentuk perlindungan terhadap PTEBT bersifat *communal* yang kepemilikannya bersama berdasarkan unsur komunitas atau masyarakat yang diwarisi secara turun temurun.

dan permasalahan prosedur termasuk mengenai status Tim peneliti Ad Hoc seperti NGO (*non-governmental organization*) yang memiliki keinginan mengikuti pengaturan didalam *the Committee Report, as adopted by the Committee, document WIPO/GRTKF/IC/1/13, paragraph 18*).

Namun telah terjadi distorsi makna perlindungan HaKI dengan PTEBT yang telah dijadikan satu dalam pandangan masyarakat Indonesia.⁵ Seperti contohnya banyak daerah di Indonesia yang meminta kebudayaan mereka dilindungi dengan menggunakan sistem ‘paten’⁶ agar tidak dicuri ataupun ditiru oleh negara lain.⁷ Hal ini dipicu oleh kurangnya pemahaman hukum dan informasi masyarakat Indonesia terhadap bentuk perlindungan budaya serta terpancingnya amarah masyarakat Indonesia terhadap berita penggunaan kebudayaan Indonesia yang ditiru oleh pihak asing.

Pentingnya perlindungan kebudayaan yang merupakan wujud dari EBT telah membuat masyarakat sadar bahwa perlu adanya perlindungan secara hukum terhadap PTEBT, seperti contoh kasus PTEBT milik Indonesia yang digunakan oleh pihak asing tanpa sepengetahuan dari pemegang hak (Pemerintah Indonesia). Penggunaan *icon* budaya Tari Pendet yang dilakukan oleh Malaysia seharusnya mendapatkan izin dan mengikuti standar prosedur dari pihak Indonesia.⁸ Penggunaan *icon* budaya oleh negara lain juga dapat memberikan keuntungan ekonomis bagi negara pemilik kebudayaan tersebut, dengan adanya nilai ekonomis dari PTEBT membuat negara berkembang gencar merumuskan perlindungan PTEBT sampai ditingkat internasional.

⁵ Arif Havas Oegroseno, *Salah Kaprah Paten Budaya*, diakses melalui <http://embassyofindonesia.it/salah-kaprah-paten-budaya/> pada tanggal 16 Februari 2010.

⁶ Paten tidak dapat diterapkan dalam memberikan perlindungan terhadap budaya. Paten hanya dapat dilakukan terhadap invensi bidang teknologi (pasal 1 Undang-Undang No. 14 Tahun 2001) yang bersifat privat, sedangkan budaya bersifat kelompok (*communal*).

⁷ Berita lainnya dapat diakses di www.antaraneews.com: ‘Sultan: Produk Budaya Idealnya Dipatenkan Internasional’ 25 Agustus 2009; ‘Seni Debus Banten segera Dipatenkan’ 28 Agustus 2009; ‘Masyarakat Alami Distorsi Makna HKI dan GRTKF’ 3 September 2009.

⁸ Henry Winarno, *Discovery Channel Cabut Iklan ‘Tari Pendet’ Malaysia*, <http://www.detiknews.com/read/2009/08/24/155325/1188688/10/discovery-channel-cabut-iklan-tari-pendet-malaysia>.

Indonesia belum memiliki peraturan yang dapat mengkoordinir bentuk perlindungan terhadap PTEBT secara khusus, hanya didalam UU No. 19 tahun 2002 tentang Hak Cipta, *folklore* masuk di dalam sistem HaKI konvensional. Sebagaimana yang diatur dalam pasal 10 ayat (1) yang berbunyi "Negara memegang Hak Cipta atas karya peninggalan prasejarah, sejarah dan benda budaya nasional lainnya"; dan ayat (2): "Negara memegang Hak Cipta atas folklor dan hasil kebudayaan rakyat yang menjadi milik bersama, seperti cerita, hikayat, dongeng, legenda, babad, lagu, kerajinan tangan, koreografi, tarian, kaligrafi, dan karya seni lainnya"; serta ayat (3) yang berbunyi "Untuk mengumumkan atau memperbanyak Ciptaan tersebut pada ayat (2), orang yang bukan warga negara Indonesia harus terlebih dahulu mendapat izin dari instansi yang terkait dalam masalah tersebut".

Merujuk pada pasal 10 UU No. 19 tahun 2002 tentang Hak Cipta, ada beberapa pertanyaan yang timbul dari perlindungan PTEBT di Indonesia. Ketentuan dari pasal 10 hanya mengatur sebatas siapa pemegang hak dan bagaimana bila orang asing akan memperbanyak atau mempergunakan ciptaan yang haknya dipegang negara. Sedangkan ketentuan tersebut belum mengatur secara rinci tentang perlindungan PTEBT yang lebih spesifik apabila ada pelanggaran yang dilakukan oleh orang asing. Termasuk kesulitan dalam menentukan hukum acara perdata dan pidana bagi orang asing di luar wilayah RI yang dianggap melanggar ketentuan tersebut.⁹

Dalam perkembangan terkait isu PTEBT telah terjadi perbedaan pendapat antara Negara maju dan Negara berkembang sehingga menghambat forum IGC-

⁹ Arif Syamsudin, *Antara Pelestarian dan Perlindungan Ekspresi Budaya Tradisional/ Pengetahuan Tradisional Dan Perlindungan Hak Kekayaan Intelektual*, Media HKI, Vol.V/No.4/Agustus 2008.

GRTKF yang telah berlangsung sebanyak 15 kali. Perbedaan pandangan inilah yang mengakibatkan terjadinya kekosongan hukum dalam perlindungan PTEBT di tingkat internasional. Disamping itu, belum ada aturan hukum di tingkat nasional yang mengatur tentang PTEBT. Namun telah ada usaha ditingkat nasional yang tengah menyiapkan Rancangan Undang-Undang terhadap perlindungan PTEBT.

Dengan latar belakang permasalahan di atas, penulis tertarik untuk melakukan penelitian dengan judul: “Perbandingan Konseptual Terhadap Perlindungan Hukum Pengetahuan Tradisional dan Ekspresi Budaya Tradisional (PTEBT) Dalam Bentuk Rezim HaKI Konvensional dan Rezim *Sui Generis*”

B. Rumusan Masalah

Berdasarkan latar belakang di atas, maka penulis mengangkat permasalahan sebagai berikut:

1. Bagaimana perbandingan konsep terhadap perlindungan hukum PTEBT berdasarkan Rezim HaKI Konvensional dan Rezim *Sui Generis*?
2. Bagaimana strategi kebijakan Negara Berkembang dalam rangka memberikan perlindungan hukum terhadap PTEBT?

C. Tujuan

Tujuan penulisan ini adalah untuk memahami dan menelaah suatu permasalahan. Adapun yang menjadi dasar tujuan penulisan ini adalah:

1. Untuk mengkaji perbandingan konsep terhadap perlindungan hukum PTEBT berdasarkan rezim HaKI Konvensional dan rezim *sui generis*;

2. Untuk mengkaji strategi kebijakan Negara Berkembang dalam rangka memberikan perlindungan hukum terhadap PTEBT.

D. Manfaat

Ada pun manfaat dari penulisan ini adalah untuk menguraikan dan menjelaskan tentang kegunaan dari penulisan ini, yang mana dibedakan menjadi dua, yaitu manfaat secara teoritis dan praktis.

1. Manfaat teoritis

Secara teoritis penelitian ini diharapkan dapat memberikan manfaat bagi perkembangan ilmu pengetahuan hukum internasional, terutama dengan Perlindungan secara Internasional terhadap PTEBT. Sehingga dapat menambah wawasan pengetahuan, konsep, metoda, maupun pengembangan teori di bidang hukum internasional khususnya Perdagangan Internasional.

2. Manfaat Praktis

Diharapkan penelitian ini dapat dijadikan acuan dalam menyusun sebuah ketentuan baru dalam hukum nasional terkait dengan perlindungan kebudayaan tradisional oleh Negara khususnya Indonesia.

E. Sistematika Penulisan

Untuk memperoleh hasil tulisan yang baik dan terstruktur, maka di dalam penyusunan skripsi ini, akan disusun berdasarkan format penulisan laporan penelitian hukum sebagai berikut:

BAB I : PENDAHULUAN

Berisi tentang latar belakang permasalahan, perumusan masalah, tujuan dan manfaat penulisan, metode penelitian, dan sistematika penulisan.

BAB II : KAJIAN PUSTAKA

Berisi tentang kajian teori-teori ilmiah yang berhubungan dengan konsep-konsep yang dipermasalahkan dan akan dipakai dalam analisis, hasil-hasil kajian ilmiah lain yang berhubungan dengan apa yang dipermasalahkan, dan rangkuman hasil-hasil kajian teori yang berkaitan dengan permasalahan. Adapun dalam tulisan ini kajian pustaka berisi tentang: Pengertian dari HaKI, Mengapa PTEBT menjadi isu penting dalam pembahasan masyarakat Internasional, Sekilas tentang WIPO dan WTO, perlindungan HaKI di Indonesia, Pengertian Umum mengenai PTEBT.

BAB III : METODE PENELITIAN

Berisi tentang pendekatan penelitian, Bahan hukum, Teknik pengambilan bahan hukum, dan Teknik Pengolahan Bahan Hukum.

BAB IV : HASIL PENELITIAN DAN PEMBAHASAN

Berisi tentang laporan rinci tentang pelaksanaan kegiatan dalam mencapai hasil, berikut hasil-hasil kajiannya yaitu tentang bentuk perlindungan terhadap PTEBT, Permasalahan Hukum yang timbul dari PTEBT, serta Upaya Hukum yang dapat dilakukan oleh pemerintah Indonesia.

BAB V : PENUTUP

Berisi tentang kesimpulan dan saran. Kesimpulan merupakan uraian jawaban dari rumusan masalah yang telah dijabarkan di dalam pembahasan. Saran berisi harapan-harapan mengenai hasil kajian ke arah yang lebih baik untuk masa yang akan datang.



BAB II

KAJIAN PUSTAKA PERLINDUNGAN HUKUM, HAK ATAS KEKAYAAN INTELEKTUAL (HaKI), PENGATURAN TERHADAP PERLINDUNGAN HaKI, PENGETAHUAN TRADISIONAL DAN EKSPRESI BUDAYA TRADISIONAL (PTEBT)

A. Kajian Umum Tentang Perlindungan Hukum

Satjipto Rahardjo menerangkan bahwa perlindungan hukum yaitu melindungi kepentingan seseorang dengan cara menempatkan suatu kekuasaan yang dilakukan secara terukur (tertentu luas dan dalamnya) untuk bertindak dalam rangka kepentingan tersebut.¹⁰ Perlindungan hukum adalah segala bentuk daya dan upaya yang dilakukan secara sadar oleh setiap orang maupun lembaga pemerintah dan swasta yang bertujuan untuk mengusahakan pengamanan, penguasaan, dan pemenuhan kesejahteraan hidup sesuai dengan hak asasi manusia yang telah lama ada¹¹. Berarti dapat dikatakan pula bahwa perlindungan hukum merupakan sebuah perlindungan yang diberikan terkait dengan adanya keseimbangan antara hak dan kewajiban yang dimiliki manusia sebagai subjek hukum dalam interaksinya dengan sesama manusia dan lingkungannya¹²

Perlindungan hukum memberikan pengayoman kepada hak asasi manusia yang dirugikan oleh orang lain dan perlindungan tersebut diberikan kepada masyarakat agar mereka dapat menikmati semua hak-hak yang diberikan

¹⁰ Satjipto Rahardjo, *Ilmu Hukum*. 1991. P.T. Citra Aditya Bakti Cetakan III. Bandung. Hal. 53

¹¹ Definisi Perlindungan Hukum. <http://www.kosasihade75.blogspot.htm>. di akses 15 Maret 2010

¹² CST. Kansil, 1989. *Pengantar Ilmu Hukum dan Tata Hukum Indonesia*. Balai Pustaka. Jakarta. Hal. 117

oleh hukum.¹³ Perlindungan hukum dapat diartikan sebagai sebuah perlindungan terhadap harkat dan martabat manusia serta pengakuan terhadap hak asasi manusia yang dimiliki oleh subyek hukum didalam Negara hukum yang berdasarkan ketentuan hukum dari kesewenangan¹⁴. Prinsip dasar perlindungan hukum terkait dengan pengakuan dan perlindungan hak asasi manusia dan prinsip Negara hukum yang segala tindakannya berlandaskan hukum.¹⁵

B. Kajian Umum Tentang HaKI

1. Lahirnya Konsep Perlindungan HaKI.

Lahirnya konsep perlindungan HaKI dikarenakan sulitnya melindungi hasil kreasi intelektualitas manusia. HaKI didefinisikan sebagai benda tak berwujud dari hasil kreativitas manusia.¹⁶ Berdasarkan pasal 27 (2) Deklarasai Hak Asasi Manusia (HAM) se-Dunia mengatakan “setiap orang memiliki hak untuk mendapatkan perlindungan (moral dan materil) yang diperoleh dari ciptaan ilmiah, kesusastraan atau artistik dalam hal dia sebagai pencipta”.

Dalam perkembangannya, ini merupakan perlindungan yang secara alamiah dengan tujuan melindungi individu dan berkembang pada kemanfaatan ciptaanya bagi masyarakat terhadap konsep HaKI.¹⁷ Namun jauh sebelum Deklarasi HAM muncul telah ada Konvensi yang memberikan perlindungan terhadap HaKI.

¹³ Satjipto Raharjo. 2000. *Ilmu Hukum*. P.T. Citra Aditya Bakti. Bandung. Hal. 45

¹⁴ M. Hadjon. 1987. *Perlindungan Hukum Bagi Rakyat di Indonesia*. Surabaya: Bina Ilmu

¹⁵ Ibid, halm 30.

¹⁶ Frederick M. Abbott, *Intellectual Property Rights in World Trade*, Research Handbook in International Economic Law, Hlm.444.

¹⁷ Tim Lindsey dkk, *Hak Kekayaan Intelektual Suatu Pengantar*, Asian Law Group Pty Ltd & Penerbit PT Alumni, Bandung, 2006 , Hlm. 13.

Pada tahun 1883 telah lahir Konvensi Paris (*Paris Convention*)¹⁸ yang merupakan konvensi pertama mengenai Hak Milik Industri. Sesuai dengan tujuannya konvensi ini lahir sebagai *common rules* (peraturan dasar) terhadap Paten, Merek, Desain Produk Industri, *Indication of Source*¹⁹ dan persaingan curang. Tiga tahun setelah lahirnya Konvensi ini, muncul suatu Konvensi Hak Cipta secara Internasional (*Berne Convention*)²⁰ dengan tujuan menyeragamkan perlindungan hukum untuk hak cipta yang terkait dengan literatur dan hasil kesenian.²¹

Dalam perkembangan Internasional perlindungan HaKI sudah sangat berkembang pada era tersebut dan terus maju sampai terbentuknya organisasi internasional yang mewadahi sistem perlindungan HaKI yaitu *World Intellectual Property Organizations* (WIPO) dengan *Convention the Establishing WIPO* dan *World Trade Organization* (WTO) yang mengatur perdagangan dunia dan yang salah satu aturan khususnya membahas tentang Hak Kekayaan Intelektual (*Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights*).²²

¹⁸ *The Paris Convention was formally amended in Brussels (Belgium) on 14 December 1900, in Washington, DC (USA), on 2 June 1911, in The Hague (Netherlands) on 6 November 1925, in London (United Kingdom) on 2 June 1934, in Lisbon (Portugal) on 31 October 1958 and, finally, in Stockholm (Sweden) on 14 July 1967. The revised Convention then generally came into force on 26 April 1970. By 2010 there were 173 contracting parties (www.wipo.com/treatiesstatistic).*

¹⁹ Berdasarkan Pasal 10 Konvensi Paris, *Indication of Source* digunakan untuk mengetahui keaslian barang ataupun identitas dari pembuat, pabrik atau pedagang barang tersebut.

²⁰ *The Convention came into force on 1 August 1951. The Berne Convention is described as having been completed in Paris (France) on 4 May 1896, revised at Berlin (Germany) in November 1908 and completed in Berne in March 1914, then revised at Rome (Italy) in June 1928, Brussels (Belgium) in June 1948, Stockholm (Sweden) in July 1967 and Paris in July 1971. The Convention was amended on 2 October 1979, and it is this text reproduced below. By April 2010 there were 164 contracting parties (www.wipo.com/treatiesstatistic).*

²¹ Pasal 1, Berne Convention 1979.

²² *Annex 1C of the WTO Agreement.*

2. Pengertian Umum mengenai HaKI

Pengertian Hak Kekayaan Intelektual tidak memiliki batasan yang jelas. Pada awalnya pengertian *Intellectual Property Rights* muncul dalam Hukum *Anglo Saxon* dan oleh Indonesia diartikan menjadi Hak Milik Intelektual, dan dirubah menjadi Hak Kekayaan Intelektual.²³ W. R. Cornish mendeskripsikan²⁴

HaKI sebagai berikut:

Traditionally “the term” intellectual property was used to refer to the rights conferred by the grant of copying in literary, artistic, and musical works. In more recent time, however, it has been used to refer to a wide range of disparate rights, including a number of more often known as industrial property such as patent and trademarks.

Definisi HaKI dapat digambarkan secara umum terhadap perlindungan penerapan ide dan informasi yang memiliki nilai komersial seperti tercantum dalam pasal 1.2 TRIPs Agreement²⁵ yaitu:

a. Hak Cipta dan Hak Terkait;

Berdasarkan pasal 1 UU No 19 Tahun 2002 Hak Cipta adalah hak eksklusif bagi Pencipta atau penerima hak untuk mengumumkan atau memperbanyak ciptaannya atau memberikan izin untuk itu dengan tidak mengurangi pembatasan-pembatasan menurut peraturan perundang-undangan yang berlaku. Hak Cipta merupakan hak eksklusif bagi pencipta untuk mengumumkan atau memperbanyak ciptaannya dalam bidang ilmu pengetahuan, seni dan sastra, yang antara lain dapat terdiri dari buku, program komputer, ceramah, kuliah,

²³ Saidin, *Aspek Hukum Kekayaan Intelektual*, Grafindo Persada, Jakarta, 1997, Hlm 7.

²⁴ Adrian Sutedi, *Hak Atas Kekayaan Intelektual*, Sinar Grafika, Jakarta, 2009, Hlm. 26.

²⁵ Tim Lindsey dkk, *Op.Cit.* Hlm. 3.

pidato dan ciptaan lain yang sejenis dengan itu, serta hak terkait dengan hak cipta.²⁶

b. Merek dagang;

Merek adalah sebuah tanda yang membedakan antara produk barang atau jasa dengan produk lainnya yang sejenis.²⁷ Merek adalah tanda berupa gambar, nama, kata, huruf-huruf, angka-angka, susunan warna, atau kombinasi dari unsur-unsur tersebut yang memiliki daya pembeda dan digunakan dalam kegiatan perdagangan barang dan jasa.²⁸

c. Indikasi geografis;

yaitu tanda yang menunjukkan daerah asal barang karena faktor lingkungan geografis, termasuk faktor alam, faktor manusia, atau kombinasi dari kedua faktor tersebut yang memberikan ciri dan kualitas tertentu pada barang yang dihasilkan.²⁹

d. Desain industri;

Desain Industri didefinisikan sebagai kreasi tentang bentuk, konfigurasi atau komposisi garis atau warna, atau garis dan warna atau gabungan daripadanya yang berbentuk tiga dimensi atau dua dimensi yang memberikan kesan estetis dan dapat diwujudkan dalam pola tiga dimensi atau dua dimensi serta dapat dipakai untuk menghasilkan suatu produk, barang, komoditas industri, atau kerajinan tangan.³⁰

²⁶ Tim Lindsey dkk, Op. Cip. Hlm. 6.

²⁷ Tomi Suryo Utomo, *Hak Kekayaan Intelektual (HKI) di Era Global Sebuah Kajian Kontemporer*, Graha Ilmu, Yogyakarta, 2010, Hlm. 206.

²⁸ Undang-Undang No.15 Tahun 2001 tentang Merek, Pasal 1.

²⁹ Adrian Sutedi, Op. Cit, Hlm. 151; Penjelasan Undang-Undang No.15 Tahun 2001 tentang Merek.

³⁰ Undang-Undang No.31 Tahun 2000 tentang Desain Industri, pasal 1.

e. Paten;

Paten adalah hak eksklusif yang diberikan negara kepada inventor atas hasil investasinya dibidang teknologi, yang untuk selama waktu tertentu melaksanakan sendiri invensinya tersebut atau memberikan persetujuannya kepada pihak lain untuk melaksanakannya.³¹

f. Tata letak (topografi) sirkuit terpadu;

Sirkuit terpadu adalah produk dalam bentuk jadi atau setengah jadi yang didalamnya terdapat elemen dan sekurang-kurangnya adalah satu dari elemen aktif, yang sebagian atau seluruhnya berkaitan dan dibentuk secara terpadu didalam sebuah semikonduktor dimaksudkan untuk menghasilkan fungsi elektronik.³²

g. Perlindungan informasi rahasia;

h. Kontrol terhadap praktek persaingan usaha tidak sehat dalam perjanjian lisensi.

Sedangkan di dalam WIPO (*World Intellectual Property Organization*) HaKI secara Internasional meliputi,³³ “*Literary, artistic, and scientific works; Performances of performing artist, phonograms, and broadcast; Inventions in all fields of human endeavour; Scientific discoveries; Industrial designs; Trademarks, service marks, and commercial name and designation; Protection against unfair competition*”.

³¹ Undang-Undang No. 14 Tahun 2001 tentang Paten, pasal 1.

³² Adrian Sutedi, Op. Cit, Hlm. 149.

³³ Muhammad Djumhana, R. Djubaedillah, *Hak Milik Intelektual: Sejarah, Teori dan prakteknya di Indonesia*, Citra Aditya Bakti, Bandung 1997, Hlm. 10.

Konsep HaKI sendiri memiliki tiga sifat asli yang melekat padanya, yaitu;³⁴

a. Mempunyai jangka waktu terbatas;

Dalam arti setelah habis masa perlindungannya ciptaan tersebut akan menjadi milik umum akan tetapi ada pula yang setelah habis masa perlindungannya bisa diperpanjang asalkan terus dipergunakan dalam perdagangan.

b. Bersifat eksklusif dan mutlak;

Maksudnya adalah hak tersebut dapat dipertahankan terhadap siapapun.

c. Bersifat hak mutlak yang bukan kebendaan.

Bagi seorang yang menguasai benda tidak otomatis memiliki hak eksklusif dari benda itu.

HaKI memiliki basis penting dalam kemajuan inovasi dan karya cipta manusia. Penghargaan terhadap hasil karya cipta manusia ini mendapatkan perlindungan hukum yang mutlak, akan tetapi tidak semua negara dapat menerapkan perlindungan HaKI. Seperti negara berkembang yang memiliki waktu cukup lama untuk menyesuaikan diri dalam memberikan perlindungan HaKI.

3. Prinsip-prinsip Hak Atas Kekayaan Intelektual

Sarjana hukum Romawi telah menamakan apa yang dihasilkan oleh masyarakat, ekonomi dan hukum yang berlaku sebagai perolehan sipil dan dipahamkan bahwa asas *suum cuique tribuere*³⁵ telah menjamin bahwa benda yang diperoleh dengan usahanya adalah kepunyaan seseorang itu.³⁶

³⁴ Ibid. Hlm. 23.

³⁵ *Suum Cuique*, the Latin phrase for "to each his own," is a traditionally received short definition, a maxim as it were, of justice. The Institutes of Justinian define the precepts of the law

Untuk memberikan perlindungan terhadap individu dan juga keseimbangan bagi kepentingan dan peranan pribadi individu dengan kepentingan masyarakat, maka HaKI berdasarkan pada sistem prinsip.³⁷

- a. Prinsip Keadilan; Hukum memberikan perlindungan demi kepentingan pencipta berupa suatu kekuasaan untuk bertindak dalam rangka kepentingannya tersebut.
- b. Prinsip Ekonomi; Konsep HaKI memberikan perlindungan kepada individu yang menguntungkan dari kepemilikannya.
- c. Prinsip kebudayaan; konsepsi karya manusia bersifat berkelanjutan yang akan menghasilkan lebih banyak karya lagi. Dengan demikian perkembangan ilmu pengetahuan seni dan sastra sangat besar artinya bagi peningkatan taraf kehidupan, peradaban, dan martabat manusia.
- d. Prinsip Sosial; manusia memiliki sifat dasar yang tidak bisa lepas dari kehidupan sosial/ kemasyarakatan. Hak perseorangan yang diakui oleh hukum juga harus memperhatikan kepentingan masyarakat banyak.

HaKI yang bersifat privat hanya akan bermakna jika diwujudkan dalam bentuk produk dipasaran, digunakan dalam siklus permintaan, dan penawaran yang berpengaruh terhadap perdagangan.³⁸

as "*honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*," that is, "to live honestly, not to injure another, and to give each one that which belongs to him.

³⁶ Roscoe Pund, *Pengantar Filsafat Hukum* (terjemahan Drs. Mohamad Radjab), Cetakan Ketiga, Jakarta; Bharatara Karya Aksara, 1982: 118.

³⁷ Muhamad Djumhana, Op. Cit. Hlm. 26-27.

³⁸ A. Zen Umar Purba, *Peta Mutakhir Hak Kekayaan Intelektual Indonesia*, Makalah Dirjen HaKI – Departemen Kehakiman dan Hak Asasi Manusia, 29 Januari 2002.

4. Rezim HaKI Konvensional dan Rezim *Sui Generis*

Rezim HaKI Konvensional³⁹ merupakan perlindungan hukum yang diberikan kepada HaKI modern seperti Hak Cipta, Paten, Rahasia Dagang, Merek, Indikasi Geografis seperti yang tercantum di dalam TRIPs, *Berne Convention* 1979, ataupun *Paris Convention* 1967. HaKI Konvensional⁴⁰ selama ini telah berhasil memberikan perlindungan terhadap Karya Cipta, Penemuan dibidang teknologi dan lainnya. Akan tetapi Perlindungan HaKI Konvensional tidak dapat mengakomodir semua perlindungan seperti contohnya varietas tanaman yang masuk kedalam Rezim *Sui Generis*⁴¹, sebagai aturan khusus yang memiliki karakteristik yang khas. “*In intellectual property there are rights which are known as being sui generis to owners of a small class of works, such as intellectual property rights in mask works, ship hull designs, databases, or plant varieties*”. Indonesia memiliki perlindungan dengan rezim *Sui Generis* yaitu Undang-Undang No. 29 Tahun 2000 tentang Perlindungan Varietas Tanaman (PVT). PVT adalah perlindungan khusus yang diberikan oleh Negara yang dalam hal ini diwakili oleh pemerintah dan pelaksanaannya dilakukan oleh Kantor Perlindungan Varietas Tanaman, terhadap varietas tanaman yang dihasilkan oleh pemulia tanaman melalui kegiatan pemuliaan tanaman.

³⁹ HaKI Konvensional dalam penulisan ini ditujukan bagi perlindungan terhadap *immaterial goods* yang memiliki nilai komersial dan dihasilkan dari teknologi modern.

⁴⁰ Pengaturan tentang HaKI Konvensional akan dibahas lebih lanjut dalam kajian pustaka di sub kajian 2 tentang Pengaturan terhadap Perlindungan HaKI.

⁴¹ *Sui Generis*, Latin: *Of its own kind. Unique; of its own particular type; in a class of its own.*

C. Pengaturan terhadap Perlindungan Hukum HaKI

1. Perlindungan HaKI dalam Hukum Internasional

a. *World Intellectual Property Organization* (WIPO)

1) Sejarah WIPO

WIPO (*The World Intellectual Organization*) merupakan agen khusus dari Perserikatan Bangsa-bangsa (*United Nations*) yang berlokasi di Geneva, Switzerland. WIPO didirikan pada tahun 1970 setelah dibentuknya *Convention the Establishing WIPO 1967* untuk memajukan perlindungan terhadap HaKI di seluruh dunia dan untuk menjalin kerjasama antar negara dan Organisasi Internasional lainnya. Pada tahun 2010 anggota WIPO terdiri dari 184 Negara anggota, 66 anggota *Intergovernmental organizations* dan 265 *non-governmental* yang telah mengikuti dan mengobservasi pada pertemuan WIPO.⁴²

2) Tujuan dan Fungsi WIPO

Tujuan WIPO adalah untuk meningkatkan kestabilan dan akses HaKI secara internasional, dengan memberikan penghargaan terhadap hak cipta, penemuan, dan kontribusi terhadap ekonomi, perkembangan sosial dan kebudayaan dari semua negara untuk melindungi kepentingan umum.⁴³

Tugas Utama dari WIPO yaitu memegang kendali atas perlindungan HaKI yang terkait dengan⁴⁴;

- a) Kerjasama dengan negara untuk mendukung keseimbangan dari perkembangan Hukum HaKI.
- b) Mengorganisir perjanjian-perjanjian yang terkait dengan HaKI.
- c) Mewakili pemerintah dan organisasi dalam pengembangan peraturan,

⁴² <http://www.wipo.int/members/en/> diakses pada tanggal 7 April 2010.

⁴³ *WIPO Convention 1979 (amended) Article 3.*

⁴⁴ *An Overview of World Intellectual Property Organization, 2009 Edition.*

struktur dan keahlian didalam potensi HaKI yang bertujuan untuk meningkatkan perkembangan ekonomi anggotanya.

- d) Menyediakan jasa pendaftaran global terhadap *trademarks, design industries*, dan mendatabase-kan dari pendaftaran paten.
- e) Menyediakan arbitrase, mediasi, dan penyelesaian sengketa lainnya.
- f) Memajukan HaKI.
- g) Menyediakan forum untuk berbagi informasi dari pengetahuan HaKI.
- h) Mengidentifikasi permasalahan HaKI yang dapat menghadapi tantangan global dan memaksimalkan keuntungan dari sistem HaKI keseluruhannya.

3) Struktur Organisasi WIPO

Badan-badan pengambilan keputusan utama dari WIPO adalah: *WIPO General Assembly, WIPO Conference, WIPO Coordination Committee*, dan *Assemblies berasal* dari masing-masing *Unions* (seperti *PCT Union Assembly, Madrid Union Assembly*). WIPO GA adalah badan pengambilan keputusan tertinggi di dalam WIPO yang terdiri dari perwakilan negara anggota dengan mengirimkan satu delegasi dari tiap negara. Adapun tugas dari *General Assembly* diantaranya adalah⁴⁵:

- a) menetapkan Direktur Jenderal WIPO yang sebelumnya dinominasikan oleh *Coordination Committee*; mengkaji dan mengesahkan laporan-laporan Direktur Jenderal mengenai WIPO dan memberikan instruksi-instruksi yang dianggap perlu dilakukan;
- b) mengkaji dan mengesahkan laporan-laporan dan aktivitas-aktivitas *Coordination Committee* dan;

⁴⁵ Pasal 6 *Convention on Establishing World Intellectual Property Organization 1979*.

c) memberikan instruksi pada *Committee* dimaksud. *Committee on Development and Intellectual Property* (CDIP) yang akan menjalankan rekomendasi yang sudah disepakati seluruh negara anggota yaitu menekankan aspek pembangunan di dalam segenap aktivitas WIPO.

Sedangkan fungsi dari WIPO *Conference* adalah bertugas untuk mendiskusikan permasalahan/isu umum yang terkait dengan HaKI dan dapat memberikan rekomendasi terkait permasalahan/isu terkait.⁴⁶ Selain itu WIPO juga memiliki Badan Khusus yaitu *Coordination Committee* dalam menjalin kerjasama dengan Negara Anggota (*Union*)⁴⁷ dari Konvensi yang memberikan perlindungan terhadap HaKI seperti *Paris Convention* dan *Berne Convention*.

4) Perundingan IGC-GRTKF

IGC-GRTKF merupakan forum khusus yang dibentuk oleh WIPO untuk menangani perkembangan isu terhadap perlindungan SDGPTEBT pada tahun 2001. Di dalam perundingan IGC-GRTKF mengakomodir pembahasan terhadap sistem perlindungan SDGPTEBT, terlebih terhadap konsep perlindungan SDGPTEBT yang diajukan oleh negara berkembang.

Pada pertemuan IGC-GRTKF yang keempat di Genewa tahun 2002, Komite telah melakukan pertimbangan khusus yaitu mengundang anggota dari perjanjian *Convention on Biodiversity* (CBD) untuk membahas pelaksanaan paten yang dimungkinkan dapat diaplikasikan dalam memberikan perlindungan terhadap Sumberdaya Genetik dan Pengetahuan Tradisional. Di dalam perundingan IGC-GRTKF ini masih dibahas mengenai pengaturan PTEBT,

⁴⁶ Pasal 7 ayat 2, *Convention on Establishing World Intellectual Organization 1979*.

⁴⁷ *According to Article 1 on WIPO Convention, "Unions" shall mean the Paris Union, the Special Unions and Agreements established in relation with that Union, the Berne Union, and any other international agreement designed to promote the protection of intellectual property whose administration is assumed by the Organization according to Article 4(iii).*

sedangkan SDG masih menunggu pembahasan bersama dari anggota *Convention on Biodiversity* (CBD) dan *Food and Agriculture Organization* (FAO). Pada Desember 2009 telah dilaksanakan pertemuan IGC-GRTKF yang ke-15 di Geneva.⁴⁸ Dalam perkembangannya IGC-GRTKF masih belum bisa menemukan pemahaman yang sama antara negara maju dan negara berkembang terkait dengan pembentukan rezim khusus bagi PTEBT.

5) Konvensi Internasional yang dikelola oleh WIPO

a) *Paris Convention for The Protection of Industrial Property 1967*

Konvensi ini berlaku bagi Properti Industri dengan cakupan yang luas, seperti *patens, marks, industrial designs, utility models, trade names, geographical indications, repression of unfair competition*. Ada tiga kategori utama dalam pengaturan *Paris Convention*. Pertama *National Treatment*, prinsipnya memberikan jaminan perlindungan yang sama bagi Negara anggota dan terhadap Negara non-anggota juga dapat diterapkan prinsip ini apabila terdapat industri yang berkedianan disalah satu Negara anggota *Paris Convention*. Kedua adalah hak utama (*rights priority*), dasar prinsip ini adalah memberikan hak utama bagi pengajuan *Patents, Utility Models, Marks, and Industrial Design*. Negara anggota diberikan waktu selama 12 Bulan untuk mengajukan *patents and utility models*, dan 6 Bulan untuk *industrial design and marks*. Jika dibandingkan dengan Negara non-anggota yang tidak bisa diutamakan haknya, prinsip ini memberikan keuntungan bagi Inventor negara anggota yang diutamakan dalam mendapatkan perlindungan. Prinsip yang ketiga adalah keharusan negara untuk mengikuti aturan umum yang disediakan oleh *Paris*

⁴⁸ Lihat IGC-GRTKF *Fifteenth Session (Initial Draft Report)* Geneva 7-11 Desember 2009.

Convention yaitu jaminan terhadap paten dalam hal suatu paten telah terdaftar di satu negara anggota Konvensi maka negara anggota lainnya tidak perlu untuk memberikan perlindungan paten tersebut. Selain itu paten bersifat tidak dapat ditolak, dibatalkan, atau diakhiri dalam hal salah satu negara anggota membatalkan atau mengakhiri paten yang didaftarkan.⁴⁹

b) Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works 1979.

Perlindungan terhadap hak cipta telah ada pada pertengahan abad 19 dengan berbasiskan perjanjian bilateral. Sejumlah perjanjian bilateral antarnegara yang memberikan perlindungan hak cipta pada masa itu belum memiliki keseragaman bentuk perlindungan hukum. Pada tahun 1886 dunia internasional merasakan butuh adanya keseragaman dalam perlindungan hak cipta, karena itu lahirlah *Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works*. Sebagai Konvensi Internasional yang pertama melindungi Hak Cipta, Berne Convention bertujuan “*to protect, in as effective and uniform a manner as possible, the right of authors in their literary and artistic works.*”⁵⁰ Berne Convention memiliki tiga prinsip umum, yang pertama terkait dengan memberikan perlindungan yang sama bagi negara anggota Konvensi Berne

⁴⁹ WIPO Intellectual Property Handbook, *International Treaties and Convention on Intellectual Property*, chapter five of page 242.

⁵⁰ Article 1, *The Berne Convention as revised and amended 1979; Literary and artistic works shall mean (like mention in Article 2) every production in the literary, scientific and artistic domain, whatever may be the mode or form of its expression, such as books, pamphlets and other writings; lectures, addresses, sermons and other works of the same nature; dramatic or dramatico-musical works; choreographic works and entertainments in dumb show; musical compositions with or without words; cinematographic works to which are assimilated works expressed by a process analogous to cinematography; works of drawing, painting, architecture, sculpture, engraving and lithography; photographic works to which are assimilated works expressed by a process analogous to photography; works of applied art; illustrations, maps, plans, sketches and three-dimensional works relative to geography, topography, architecture or science.*

sebagai bentuk penerapan dari asas *National Treatment*.⁵¹ Prinsip umum yang kedua adalah perlindungan yang dilakukan secara otomatis diberikan oleh dan untuk negara anggota Konvensi. Prinsip ketiga disebut dengan *independence of protection* yaitu suatu perlindungan yang bebas dari keberadaan perlindungan hasil karya di Negara asal (*country of origin*). *Berne Convention* juga menyediakan hak moral yaitu hak untuk menuntut atau hak untuk menggugat atas perusakan atau perubahan, atau tindakan yang menghina hasil karya penciptanya.

c) WIPO Copy Rights Treaty and WIPO Performances and Phonograms Treaty 1996.

Perlindungan terhadap hak cipta pertama kali dirumuskan dengan Berne Convention 1979. Hak cipta semakin berkembang pada abad 19 seiring dengan perkembangan teknologi. Terlebih dengan adanya televisi sebagai media elektronik yang menayangkan berbagai macam program acara. Hal ini juga terkait dengan hak siaran, *home taping*, *reprography*, dan perkembangan program komputer yang juga termasuk penyimpanan data (*database*). Perkembangan teknologi ini tidak dapat ditampung lagi oleh *Berne Convention* yang melindungi hak cipta. Oleh karena itu, WIPO memprakarsai membentuk perlindungan baru bagi Hak Cipta terkait dengan perkembangan *broadcasting*, media elektronik dan program komputer, yang disediakan melalui dua forum yaitu melalui forum GATT dan forum WIPO. Akan tetapi, setelah melalui Uruguay Round, pada tahun

⁵¹ *Under the Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property (TRIPS Agreement), the principles of national treatment, automatic protection and independence of protection also bind those World Trade Organization (WTO) Members which are not party to the Berne Convention. In addition, the TRIPS Agreement imposes an obligation of "most-favored-nation treatment," under which advantages accorded by a WTO Member to the nationals of any other country must also be accorded to the nationals of all WTO Members. It is to be noted that the possibility of delayed application of the TRIPS Agreement does not apply to national treatment and most-favored-obligations.*

1996 WIPO langsung menerbitkan *WIPO Copy Rights Treaty* dan *WIPO Performances and Phonograms Treaty*.⁵²

d) *Special Conventions in the Field of Related Rights: The International Convention for the Protection of Performers, Producers of Phonograms and Broadcasting Organizations (“the Rome Convention”)*

Pembahasan terhadap basis perlindungan *phonograms, producers of phonograms and broadcasting organization*⁵³ telah ada sejak tahun 1928 oleh *Berne Convention Union for The Protection of Literary and Artistic Works* dalam agenda *Diplomatic Conference*-nya. Selanjutnya pada tahun 1934 *the International Confederation of Societies of Authors and Composer (CISAC)* turut serta membahas perlindungan *phonograms* dengan menandatangani Perjanjian di Stresa bersama dengan *the International Federation of the Gramophone Industry*. Di tahun 1939 *International Labour Organization (ILO)* telah menangani perlindungan dari *performers* dan telah menyiapkan Draft Perlindungan yang akan dibahas bersama dengan Anggota *Berne Convention (Berne Union)*, akan tetapi hal tersebut gagal karena terjadinya Perang Dunia II. Akhirnya pada tahun 1960, diadakan pertemuan oleh WIPO bersama dengan ILO dan UNESCO yang membahas basis perlindungan *phonograms, producers of phonograms and broadcasting organization* dan menghasilkan *Rome Convention 1961*. *Rome Convention* memberikan jaminan perlindungan kepada *performers, phonograms,*

⁵² WIPO Intellectual Property Handbook, *International Treaties and Convention on Intellectual Property*, chapter five of page 269; see also summary of WIPO Copy Rights Treaty 1996 at www.wipo.com, and by 2010 there is 88 of contracting parties.

⁵³ According to article 3 of Rome Convention 1961, *Performance means actors, singers, musicians, dancers, and other persons who act, sing, deliver, declaim, play in, or otherwise perform literary or artistic works; phonograms means any exclusively aural fixation of sounds of a performance or of other sounds; producer of phonograms means the person who, or the legal entity which, first fixes the sounds of a performance or other sounds; broadcasting means the transmission by wireless means for public reception of sounds or of images and sounds.*

producers of phonograms and broadcasting organization. Bagi para *performers*, perlindungan diberikan terhadap penampilan mereka yang disiarkan langsung ke publik. Sedangkan bagi *producers of phonograms* berhak untuk mengatur atau melarang baik secara langsung atau tidak langsung duplikat *phonograms* mereka. Jika *phonograms* diedarkan dengan tujuan komersil maka pihak yang menggunakannya wajib membayar (*equitable remuneration*) sejumlah uang kepada *producer* ataupun kepada *performers* yang menampilkan karya si *producer*. Bagi *broadcasting organization* berhak untuk mengatur dan melarang tindakan tertentu seperti rebroadcasting atau penyiaran yang dilakukan secara serempak. *Rome Convention* mengizinkan diterapkannya prinsip pengecualian terhadap hukum nasional yang ditujukan pada penggunaan secara pribadi.

b. World Trade Organization (WTO)

1) Pengertian Tentang WTO

World Trade Organization merupakan badan Internasional yang secara khusus mengatur tentang perdagangan antar negara. WTO tercipta sebagai upaya pendorong liberalisasi perdagangan internasional yang adil, transparan, dan *predictable*. WTO terbentuk tanggal 1 Januari 1995, sebagai hasil dari pertemuan *General Agreement on Tariffs and Trade (GATT)* yang membahas mengenai peraturan dan sistem perdagangan multilateral yang diadakan di Marrakesh, dalam Uruguay Round pada tahun 1986 sampai 1994.⁵⁴

⁵⁴ *Understanding the WTO, 3rd Edition, Publish as "Trading Into Future" 2003, revised 2007, diakses pada tanggal 15 September 2009*

2) Tujuan dan Fungsi WTO

Sebagai Organisasi Internasional WTO memiliki tujuan seperti mendorong arus perdagangan antar negara yaitu dengan maksud mengurangi dan menghapus berbagai macam hambatan yang dapat mengganggu kelancaran arus perdagangan barang dan jasa. WTO juga memfasilitasi negara-negara anggota dengan menyediakan forum negosiasi yang lebih permanen. Selain itu WTO juga menyediakan penyelesaian sengketa perdagangan antar negara-negara. Sedangkan fungsi umum WTO adalah untuk memberikan kerangka kelembagaan bagi hubungan perdagangan antara negara anggota dalam implementasi perjanjian dan berbagai macam instrumen hukum termasuk yang terdapat dalam Annex persetujuan WTO. Secara Khusus WTO memiliki lima fungsi yaitu⁵⁵ :

a) Implementasi dari persetujuan WTO

Yaitu memfasilitasi implementasi, administrasi dan pelaksanaan dari persetujuan WTO serta perjanjian-perjanjian multilateral dan plurilateral tambahannya.

b) Forum Untuk perundingan Perdagangan

Fungsi WTO ini adalah memberikan suatu forum tetap, guna melakukan perundingan antar negara anggota. Biasanya perundingan ini tidak saja menyangkut masalah/ isu-isu yang telah tercakup dalam persetujuan WTO, tetapi juga berbagai masalah/ isu yang belum tercakup dalam Persetujuan WTO.

⁵⁵ Article 3, WTO Agreement

c) Penyelesaian Sengketa

WTO sebagai administrator dalam sistem administrasi penyelesaian sengketa terhadap Negara anggotanya.

d) Mengawasi Kebijakan Perdagangan

Fungsi keempat ini adalah sebagai administrasi dari mekanisme tinjauan atas kebijakan perdagangan (*Trade Policy Review Mechanism-TPRM*)

e) Kerjasama dengan organisasi lainnya

WTO berfungsi untuk menjalin kerjasama dengan organisasi-organisasi internasional dan organisasi-organisasi non-pemerintah.

3) Prinsip-Prinsip WTO

a) *Most-Favoured-Nation* (MFN)

Prinsip ini mengharuskan kepada semua negara anggota untuk memberikan perlakuan yang sama (*non-discrimination*) terhadap semua mitra dagangnya. Negara anggota dilarang untuk mendiskriminasi mitra dagang mereka. MFN merupakan prinsip utama yang ada dalam GATT untuk mengatur perdagangan barang dan telah diatur dalam pasal 2 GATS dan pasal 4 TRIPS.

b) *National Treatment*

Bagi negara anggota diwajibkan untuk memberikan perlakuan yang sama atas barang-barang impor dan lokal. Pemberlakuan ini dikenakan kepada barang, jasa, dan hak atas kekayaan intelektual ketika saat memasuki pasar domestik. Prinsip ini tercantum pada pasal 3 GATT, pasal 17 GATS, dan Pasal 3 TRIPS. Tetapi negara masih bisa mengenakan bea masuk terhadap barang impor tersebut, hal ini bukan merupakan pelanggaran terhadap perlakuan nasional ataupun bila produk-produk lokal tidak dikenakan pajak yang setara dengan barang impor.

c) *Transparency*

Bagi negara anggota diwajibkan untuk bersifat terbuka/ transparan terhadap berbagai kebijakan perdagangannya⁵⁶ sehingga memudahkan para pelaku usaha untuk melakukan kegiatan perdagangan. Dengan adanya prinsip ini negara anggota diharapkan dapat menotifikasi segala kebiakannya yang terkait dengan perdagangan barang, jasa dan kekayaan intelektual.

d) *Reciprocity Principle*

Merupakan prinsip dasar yang terkandung dalam *Article XXVIII of GATT*, prinsip ini digunakan dalam negosiasi tarif dengan tujuan keuntungan yang timbal balik dari masing-masing Negara.⁵⁷

4) Struktur Kelembagaan Organisasi WTO

Struktur Organisasi WTO dikepalai oleh badan tertinggi yaitu Konferensi Tingkat Menteri (*Ministerial Conference*) yang diwakili oleh masing-masing negara anggota. Kewenangan Badan ini yaitu mengadakan sidang sedikitnya sekali dalam dua tahun untuk mengambil keputusan mengenai kebijakan tentang perdagangan multilateral.

Dewan Umum (*General Council*) yang terdiri dari semua anggota WTO, merupakan badan pelengkap dari badan tertinggi tersebut. Tugas Dewan umum adalah membantu Badan Tertinggi dalam kerjanya sehari-hari. Selain itu Badan ini juga bertugas menyampaikan laporan atas segala kegiatan kepada *the Ministerial Conference*. General Council memiliki beberapa fungsi lainnya;

⁵⁶ *Article X General Agreement on Tariffs and Trade (GATT)*

⁵⁷ N. Rosyidah Rakhmawati, *Hukum Ekonomi Internasional*, Bayu Media Publishing, Malang, 2006. Hal. 129

- a) sebagai suatu Badan Penyelesaian sengketa (*Dispute Settlement Body*) apabila ada Negara anggota yang meloparkan suatu kasus kepada WTO maka *General Council*-lah yang akan bertindak untuk menanganinya.
- b) sebagai badan peninjau atas kebijakan perdagangan yang dileluarkan oleh Negara-negara anggota GATT (*Trade Policy Review Body*).
- c) Dewan Umum juga bertugas mengamati masalah-masalah perdagangan yang akan dicakup oleh WTO.

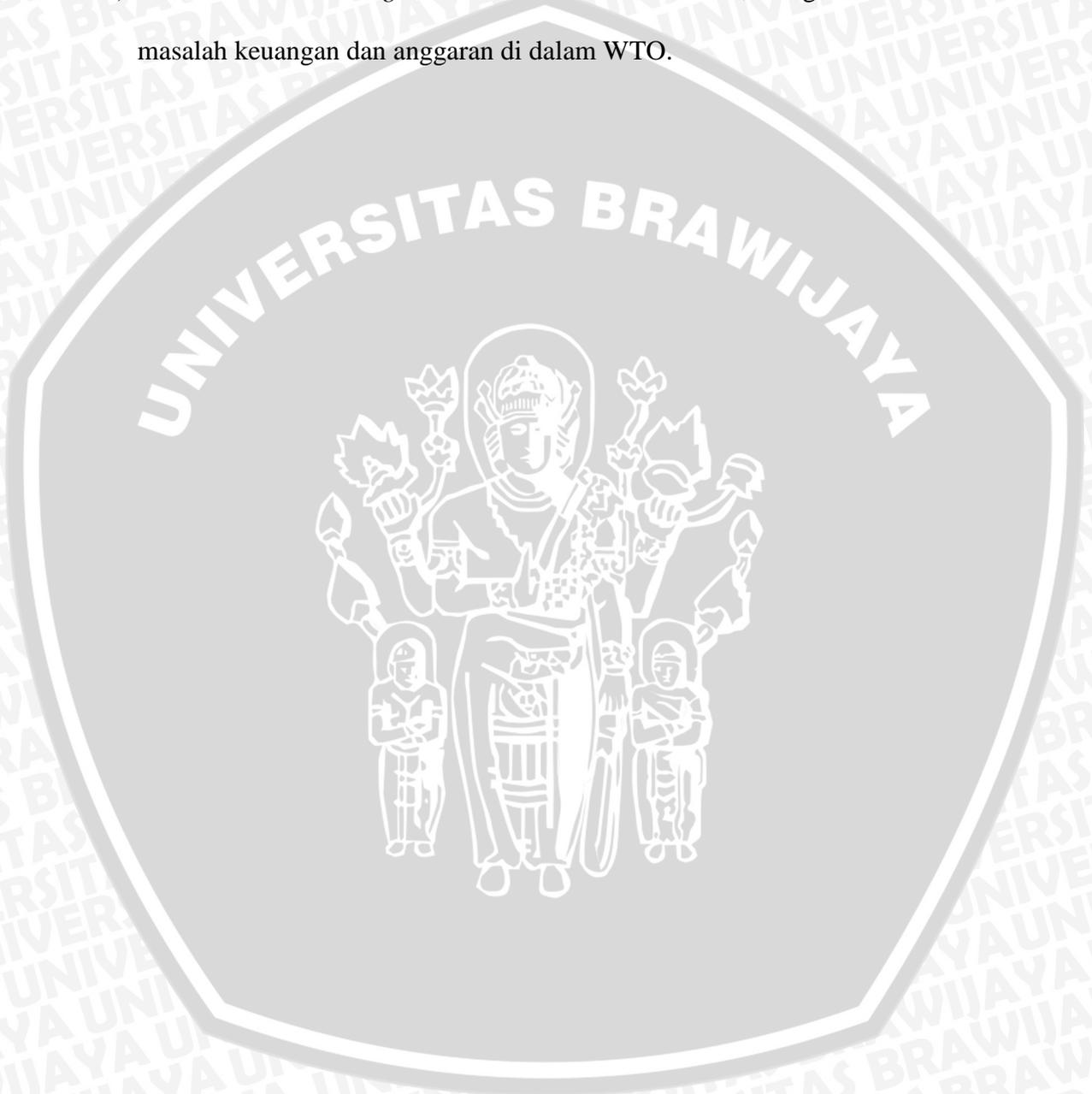
Dewan Umum memiliki kewenangan untuk menetapkan tiga badan subsider, pertama yakni *The Council for Trade in Goods* yang bertugas untuk mengawasi pelaksanaan dan berfungsinya semua perjanjian mengenai perdagangan barang, sebagaimana yang terdapat didalam Annex 1A WTO *Agreement*. Yang kedua adalah *Council for Trade in Services*, dan yang terakhir membentuk *Council for Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPs)*. Bagi Dewan Perdagangan dan Jasa dan Dewan untuk TRIPs memiliki tanggung jawab yang berkaitan dengan *WTO Agreement*. Dalam kondisi tertentu kedua badan tersebut berhak untuk mendirikan badan-badan subsider lainnya.

Selanjutnya ada tiga badan lain yang didirikan oleh *the Ministerial Conference* serta tunduk dan bertanggung jawab kepada *the General Council*. Ketiga badan itu adalah

- a) *the Committee on Trade and Development*, bertanggung jawab atas masalah yang terdapat di negara-negara berkembang.
- b) *the Committee on Balance of Payments*, bertanggung jawab untuk menyelenggarakan konsultasi di antara negara-negara anggota WTO dan

negara-negara yang melaksanakan tindakan-tindakan restriktif perdagangan yaitu tindakan untuk menghadapi kesulitan-kesulitan dalam neraca pembayarannya (Pasal XII dan XVII GATT).

c) *the Committee on Budget, Finance and Administration*, mengatur masalah-masalah keuangan dan anggaran di dalam WTO.



5) Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights

(TRIPs)

a) Sejarah terbentuknya TRIPs

TRIPs⁵⁸ merupakan aturan khusus mengenai HaKI dengan sistem yang modern dan merupakan aturan khusus dari WTO (*World Trade Organizations*). Persetujuan TRIPs memiliki kesinambungan dalam Hukum Internasional yang memiliki peranan penting dalam standar internasional dalam sistem HaKI dengan karakteristik seperti :

- (1) Pengertian perlindungan HaKI yang seimbang dan efektif merupakan suatu masalah perdagangan yang untuk itu diatur dengan sistem perdagangan multilateral yang lebih luas;
- (2) Lingkup pengaturan hukum yang lebih menyeluruh, mencakup hak cipta, hak terkait, kekayaan industri;
- (3) Pengaturan terinci mengenai penegakan dan administrasi HaKI dalam sistem hukum nasional;
- (4) Penggunaan penyelesaian sengketa WTO;
- (5) Pembuatan proses-proses yang transparan secara terstruktur.

b) Ketentuan TRIPs

TRIPs mewajibkan anggota WTO untuk menetapkan isi peraturan nasionalnya yang sesuai dengan Konvensi Paris 1883, Konvensi Bern 1886 dengan pengecualian terhadap pasal 6bis tentang hak moral. TRIPs juga mengadaptasi dari Konvensi Roma (*International Convention for the protection of*

⁵⁸ Annex 1C, Agreement on Trade Related Aspect on Intellectual Property Rights Including Trade in Counterfit Goods, WTO Agreement 1994.

performers, producers of phonogram and broadcasting organizations) tahun 1961, selain itu juga mengadopsi Traktat WIPO tentang Sirkuit terpadu.

Ketentuan TRIPs mengakui adanya pengecualian terhadap prinsip-prinsip mendasar seperti *National Treatment* dan *Most Favoured Nations* (MFN). Dalam beberapa hal TRIPs bersifat sebagai *full compliance* terhadap konvensi-konvensi HaKI dan menggunakannya sebagai basis minimal akan tetapi dalam hal tertentu dapat mengisi kekosongan seperti Jangka Waktu Perlindungan Paten dan Program Komputer dan bahkan mengubah ketentuan Internasional yang telah ada seperti Perlindungan *Integrated Circuit* yang menjadi minimal 10 tahun dibandingkan dengan Washington Treaty yang hanya memberikan waktu perlindungan minimal 8 tahun.⁵⁹

TRIPs meninggalkan isu-isu *parallel importation* (habisnya masa berlaku HaKI) yang akan diputuskan oleh negara anggota WTO.⁶⁰ Dengan menggunakan standard perdagangan Internasional, TRIPs juga memberlakukan *Cross Retaliation* (pembalasan silang) setelah mendapatkan putusan dari panel yang menyatakan negara tersebut telah dirugikan dan dapat melakukan pembalasan terhadap negara yang bersangkutan.⁶¹

c) Hubungan WTO dan WIPO

Sebelum adanya TRIPs, Amerika mengemukakan bahwa WIPO tidak mampu melindungi HaKI Negara Amerika di pasar Internasional dan mengakibatkan neraca perdagangannya menjadi negatif. Amerika berargumen bahwa WIPO memiliki keterbatasan terhadap anggota dimana ketentuannya tidak dapat diberlakukan kepada non-anggota dan tidak memiliki mekanisme dalam

⁵⁹ Adrian Sutedi, *Hak atas Kekayaan Intelektual*, Sinar Grafika, Jakarta, 2009, Hlm. 44.

⁶⁰ Pasal 6 Perjanjian TRIPs.

⁶¹ Adrian Sutedi, Op. Cit, Hlm. 45.

menyelesaikan dan memberi hukuman terhadap pelanggaran HaKI.⁶² Sehingga terbentuklah TRIPs yang berada didalam pengaturan WTO.

Sebagai organisasi yang bergerak dalam memberikan perlindungan terhadap HaKI, WIPO dan WTO telah melakukan perjanjian kerjasama yang bersifat formal pada tahun 1995. Didalam perjanjian WIPO dan WTO hanya terdiri dari 5 Pasal yang mengatur tentang definisi, masa berlaku dan berakhirnya perjanjian.⁶³ Perjanjian kerjasama tersebut mengatur tentang bidang-bidang kerjasama praktis yang bermanfaat bagi permasalahan hukum yang bersifat mendasar dan membentuk kerjasama bantuan teknis untuk negara-negara berkembang.

WIPO *Convention* dan TRIPs yang merupakan dua pengaturan yang tumpang tindih, dan harus dipahami terlebih dahulu dengan hubungan organik antar kedua lembaga yaitu WIPO dan WTO yang lebih berbasis kepada perdagangan internasional dalam peningkatan keuntungan dari negara anggotanya.

1. HaKI Indonesia

a. Sejarah Terbentuknya HaKI di Indonesia

Pada masa Kolonial di Indonesia telah ada peraturan yang mengatur HaKI, di tahun 1885 Undang-Undang Merek mulai diberlakukan di Indonesia dan disusul dengan diberlakukannya Undang-Undang Paten pada tahun 1910. Dua tahun kemudian diberlakukan Undang-Undang Hak Cipta (*Auteurs Wet 1912*).

Untuk melengkapi peraturan perundangan-undangan tersebut, pemerintah

⁶² Adrian Sutedi, Op. Cit, Hlm. 46; Tim Lindsey dkk, *Hak Kekayaan Intelektual Suatu Pengantar*, Hlm. 77; Getlan, Myles S, *TRIPs and Section 301 Colombia Journal of Transitional Law*, 1995.

⁶³ Lihat WIPO-WTO *Agreement*.

Kolonial Belanda di Indonesia memutuskan untuk menjadi anggota Konvensi Paris pada tahun 1888 disusul pula dengan menjadi anggota Konvensi Berne pada tahun 1914.

Sampai Indonesia mencapai kemerdekaanya pada tahun 1945 Produk peraturan HaKI tetap dipertahankan, kecuali Undang-Undang Paten yang salah satu pasalnya tidak sesuai dengan kedaulatan RI. Pemerintah Indonesia sendiri mengundang Undang-Undang Merek tahun 1961 yaitu Undang-Undang No. 21 Tahun 1961, disusul dengan Undang-Undang Hak Cipta Nasional yang pertama pada tahun 1982 (Undang-Undang No. 6 Tahun 1982) dan Undang-Undang Paten tahun 1989 (Undang-Undang No. 6 Tahun 1989).⁶⁴

Pada saat ini Indonesia telah memiliki tujuh perundang-undangan HaKI;

- 1) UU No. 29 Tahun 2000 tentang Perlindungan Varietas Tanaman;
- 2) UU No. 30 Tahun 2000 tentang Rahasia Dagang;
- 3) UU No. 31 Tahun 2000 tentang Desain Industri;
- 4) UU No. 32 Tahun 2000 tentang Desain Tata Letak Terpadu;
- 5) UU No. 14 Tahun 2001 tentang Paten;
- 6) UU No. 15 Tahun 2001 tentang Merek;
- 7) UU No. 19 Tahun 2002 tentang Hak Cipta;

Dengan direformasikannya dan diundangkannya peraturan HaKI oleh pemerintah Indonesia telah dianggap dapat memajukan bertumbuhan ekonomi serta membantu komersialisasi inventoran dan inovasi secara efektif.

⁶⁴ Tomi Suryo Utomo, *Hak Kekayaan Intelektual (HKI) di Era Global Sebuah Kajian Kontemporer*, Graha Ilmu, Yogyakarta, 2010, Hlm. 6-7.

b. Pembentukan secara pasif

Undang-Undang HaKI awalnya berasal dari masa Kolonial (Belanda) yang dialihkan dan diterapkan oleh pemerintah Belanda di Indonesia selama masa penjajahan. Pemerintah Belanda telah menerapkan sistem hukum pluralisme, hukum Belanda berlaku bagi warga Eropa dan Asia. Penduduk pribumi bisa menggunakan hukum adat selama tidak bertentangan dengan prinsip keadilan barat yang telah diakui. Di dalam Hukum Adat itu sendiri tidak mengakui adanya HaKI, sehingga masyarakat Indonesia jarang atau tidak berurusan dengan HaKI.

Setelah masa peralihan, Indonesia tidak bisa begitu saja menghapus sistem hukum Belanda dan seluruh perangkat aturannya, sehingga pemberlakuan dan pewarisan hukum HaKI Belanda di Indonesia tidak dilakukan dengan sengaja atau pilihan bangsa Indonesia itu sendiri, tetapi ada campur tangan pemerintah kolonial dan kebutuhan praktis.⁶⁵

c. HaKI dan Hukum Adat Indonesia

Hukum adat Indonesia banyak tidak mengakui konstruksi abstrak yang umum di sistem hukum barat. Seperti perbedaan antara harta berwujud dan tidak berwujud. Hukum adat berdasarkan pada konstruksi keadilan yang konkret, nyata dan dapat dilihat, sehingga tidak mengakui penjualan barang yang tidak berwujud. Prinsip hukum adat yang universal dan yang paling fundamental adalah bahwa hukum adat lebih mementingkan masyarakat dibandingkan dengan individu.⁶⁶

⁶⁵ Tim Lindsey dkk, Op.Cit. hlm. 65-66.

⁶⁶ Afifah Kusumadara, *Konflik Hukum HaKI Dengan Adat di Indonesia*, Diterbitkan di Jurnal Arena Hukum, No. 12, November 2000; Lihat juga Soepomo, Bab-bab tentang Hukum Adat, Pradya Paramita, 2nd ed, Jakarta, 1977.

Kepopuleran konsep harta komunal mengakibatkan HaKI bergaya barat tidak dimengerti oleh masyarakat adat/desa di Indonesia.⁶⁷

Masyarakat adat atau yang disebut sebagai *Indigenous People* masih memiliki hubungan dengan HaKI yaitu perlindungan terhadap kebudayaan masyarakat adat dan keberlangsungan kehidupan ekonominya.⁶⁸ Walaupun didalam hukum adat sendiri tidak mengakui konsep perlindungan yang berbasis tidak berwujud tetapi perlu adanya perlindungan terhadap hasil karya masyarakat adat yang ada sejak lama. Terlebih dengan maraknya perkembangan HaKI yang juga banyak mengambil produk lokal (budaya adat) agar dapat dikomersialisasikan dan sering tidak menguntungkan masyarakat adat itu sendiri melainkan orang luar yang tidak ikut dalam melestarikan adat setempat. Kelemahan akan pengetahuan inilah yang dapat merugikan bagi masyarakat adat dan dibutuhkannya perlindungan yang selaras dengan konsep-konsep adat.

D. Kajian Umum Tentang PTEBT

1. Pengertian Umum Tentang PTEBT

Pengetahuan Tradisional adalah *knowledge, innovation and practices of indigenous and local communities embodying traditional lifestyles relevant for the conservation and sustainable use of biological diversity*. Merujuk pada pengertian itu pengetahuan tradisional (PT) dapat diartikan sebagai pengetahuan, inovasi dan kebiasaan-kebiasaan dari suatu komunitas lokal yang membentuk suatu tradisi.⁶⁹

⁶⁷ Tim Lindsey dkk, Op.Cit. Hlm. 71.

⁶⁸ Lorie Graham and Stephen McJohn, *Indigenous People and Intellectual Property*, 19 Washington University Journal of Law & Policy 313, 2006; Resolution of Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities, E/CN.4/sub.2/1992/30,1992/35 (August, 27,1992).

⁶⁹ WIPO, *Intellectual Property Needs and Expectations of Traditional Knowledge Holders*: WIPO Report on Fact-Finding Missions on Intellectual Property and Traditional Knowledge (1998-1999), at 25 (Apr. 2001), available at

Dengan demikian pengertian Pengetahuan Tradisional merujuk pada ciptaan ciptaan yang didasarkan pada pengetahuan, pertunjukan, invensi, penemuan ilmiah, desain, merek, nama dan simbol, informasi yang bersifat rahasia yang semuanya berbasis pada tradisi. Kategori ini termasuk ilmu pengetahuan di bidang pertanian, pengetahuan dibidang ilmu pengetahuan, pengetahuan teknis, pengetahuan ekologis, pengetahuan yang berhubungan dengan obat, pengetahuan yang berhubungan dengan keanekaragaman hayati, ekspresi budaya tradisional dalam bentuk musik, tarian, lagu, desain-desain kerajinan tangan, cerita, karya seni, simbol-simbol.⁷⁰

Ekspresi budaya lokal tradisional dapat mencakup ekspresi verbal seperti berpantun dan berpuisi, ekspresi lain seperti pelantunan lagu, dan musik tradisional serta ekspresi gerakan seperti tari-tarian, upacara adat atau gerakan tubuh yang menyangkut *magic religius*. Dalam tataran ekspresi bentuk nyata dari budaya lokal dapat berupa lukisan, pahatan patung, kerajinan kayu, kerajinan aneka logam, seni batik, ukiran, bordiran, perhiasan dan bangunan arsitektural.⁷¹

2. PTEBT sebagai HaKI non-Konvensional

Konsep PTEBT harus dapat dijadikan pemicu dalam melestarikan dan mengembangkan apa yang telah ada sejak masyarakat asli (*indigenous people*) turunkan kepada generasinya. Konsep perlindungan terhadap PTEBT merupakan hal berbeda dengan HaKI Konvensional yang melindungi hak pribadi, sedangkan

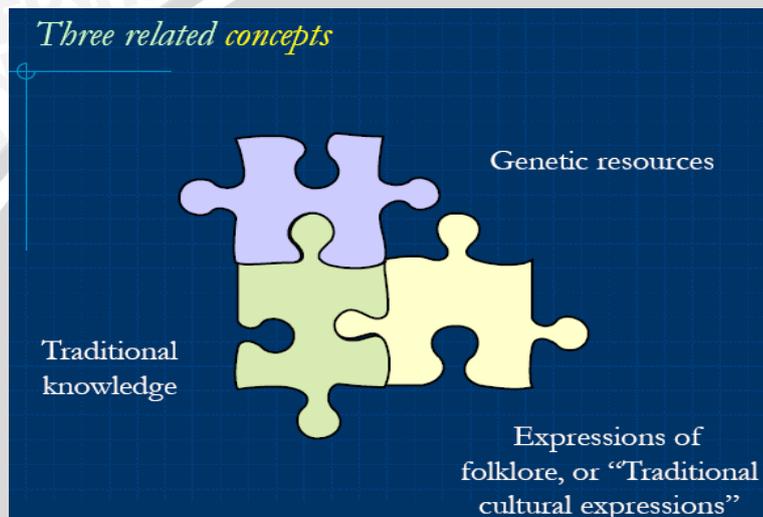
<http://www.wipo.int/tk/en/tk/ffm/report/final/index.html> (hereinafter WIPO Fact-Finding Missions), diakses pada tanggal 15 Februari 2010.

⁷⁰ *Perlindungan Hak Kekayaan Intelektual terkait dengan Pendayagunaan Sumberdaya Genetik, Pengetahuan Tradisional, dan Ekspresi Budaya Tradisional*, Desember 2009, <http://grahapemikiran.blogspot.com/2009/12/perlindungan-hak-kekayaan-intelektual.html> diakses pada tanggal 17 Februari 2010.

⁷¹ Ibid.

PTEBT bersifat *communal* dan berbasis pada keberadaan masyarakat asli yang identik sebagai pengguna dan pelestari PTEBT.

Bagan 2 Hubungan Antara Sumber Daya genetik, Pengetahuan Tradisional dan Ekspresi Budaya Tradisional



(Sumber: WIPO/LAS (League of Arab States) ARAB Regional Symposium for The Head of Institutes of Diplomatic Studies in the Arab Region)

PTEBT memiliki keterkaitan antara satu sama lain, yang merupakan warisan budaya, identitas sosial dan ekspresi yang muncul dari suatu bangsa, mempunyai kreatifitas dan inovasi baru yang memainkan peranan penting dalam pengembangan ekonomi suatu bangsa.⁷² Namun demikian, pembentukan rezim khusus di dalam Internasional bagi perlindungan PTEBT masih berlangsung lama dengan adanya perbedaan pandangan terhadap konsep perlindungan PTEBT.

⁷² Priharniwati, *Upaya Perlindungan Hak Kekayaan Intelektual terkait dengan Pendayagunaan Sumberdaya Genetik, Pengetahuan Tradisional, dan Ekspresi Folklore di tingkat Nasional dan Internasional*, Media HKI Vol.IV/No.4/Agustus 2007.

E. Kajian Umum Tentang Kebijakan

Negara sebagai subjek hukum yang memiliki kekuasaan tertinggi, memiliki kewenangan untuk mengeluarkan kebijaksanaan kepada warganegaranya (publik). Produk kebijaksanaan itu disebut dengan kebijakan, kebijakan yang ditujukan kepada masyarakat untuk mengaturnya berdasarkan hukum, sehingga menciptakan suatu kebijakan publik yang tepat. Pengertian dari kebijakan itu sendiri telah banyak diberikan oleh para ahli, diantaranya Kebijakan publik berdasarkan pemikiran dari Chandler dan Plano menyatakannya sebagai pemanfaatan yang strategis terhadap sumberdaya-sumberdaya yang ada untuk memecahkan masalah-masalah publik atau pemerintah. Selanjutnya dikatakan bahwa kebijakan publik merupakan suatu bentuk intervensi yang dilakukan secara terus-menerus oleh pemerintah demi kepentingan kelompok yang kurang beruntung dalam masyarakat agar mereka dapat hidup, dan ikut berpartisipasi dalam pembangunan secara luas.⁷³ Berdasarkan Chandler dan Plano kebijakan negara pada umumnya memiliki kontinuitas kepada masyarakat walaupun dilakukan dengan cara yang memaksa karena adanya unsur intervensi (campur tangan). Konsep kebijakan ini pada dasarnya memiliki sifat dan fungsi hukum yaitu sebagai alat pengendali sosial, dimana masyarakat harus patuh dan tunduk kepada hukum, begitupun dengan kebijakan yang dikeluarkan oleh negara.

Pendapat ahli lainnya adalah Dye telah mendefinisikan kebijakan publik sebagai “*Whatever governments choose to do or not to do.*”, yaitu segala sesuatu

⁷³ Hessel Nogi S. Tangkilisan, *Kebijakan Publik yang Membumi*, Lukman Offset & YPAPI, Yogyakarta tahun 2003.

atau apapun yang dipilih oleh pemerintah untuk dilakukan atau tidak dilakukan.⁷⁴

Dye memaknai kebijakan publik sebagai upaya untuk mengetahui apa sesungguhnya yang dilakukan oleh pemerintah, mengapa mereka melakukannya, dan apa yang menyebabkan mereka melakukannya secara berbeda-beda. Dye juga telah mengatakan bahwa apabila pemerintah memilih untuk melakukan suatu tindakan, maka tindakan tersebut harus memiliki suatu tujuan. Kebijakan publik tersebut harus meliputi semua tindakan pemerintah, bukan hanya merupakan keinginan atau pejabat pemerintah saja.

Pada dasarnya kebijakan publik memiliki tiga sifat, yaitu makro, meso dan mikro. Kebijakan publik yang bersifat makro adalah kebijakan umum seperti;⁷⁵

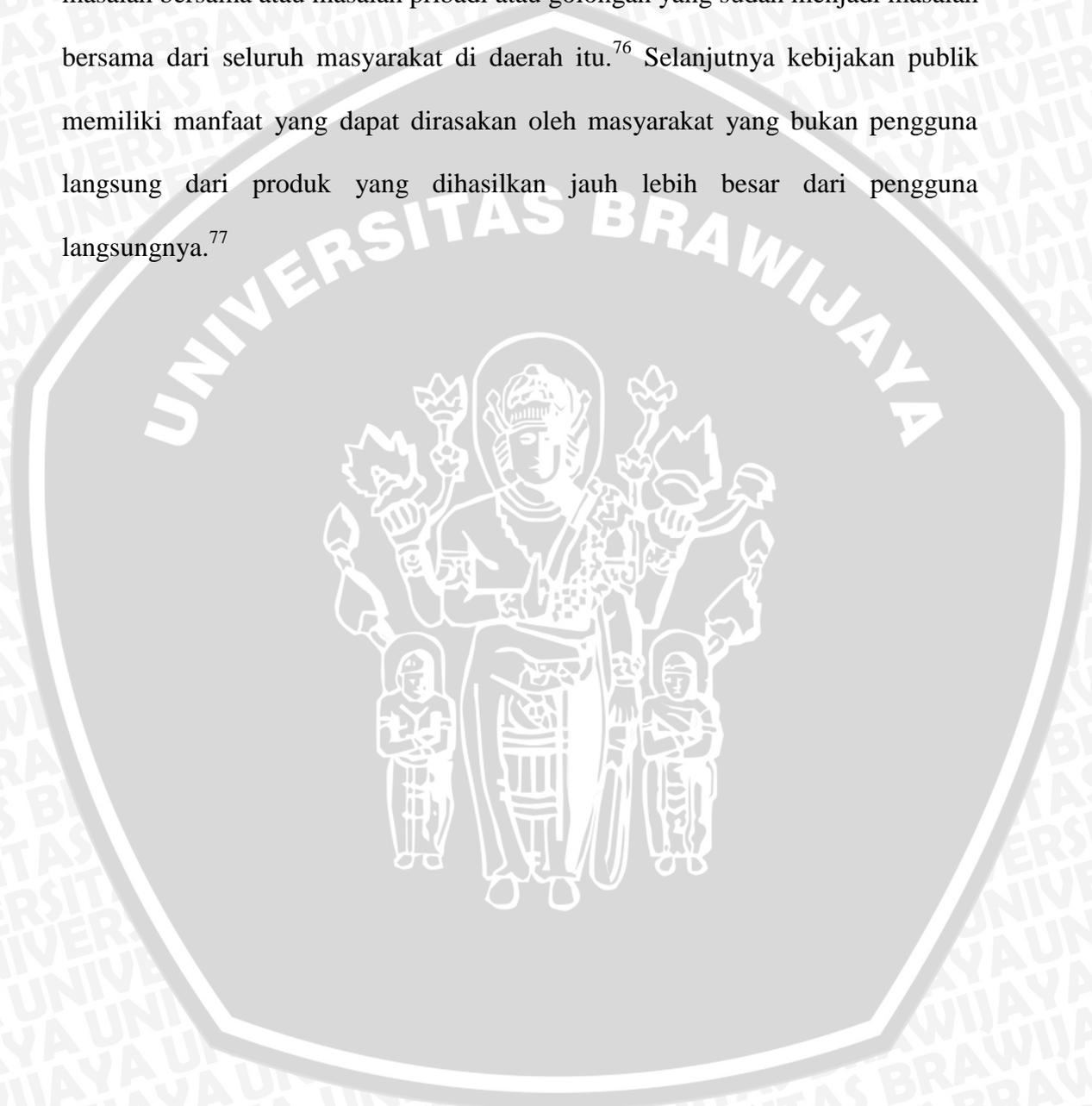
1. Undang-Undang Dasar 1945;
2. Undang-Undang/ Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang;
3. Peraturan Pemerintah;
4. Peraturan Presiden;
5. Peraturan Daerah.

Kebijakan publik yang bersifat meso merupakan suatu penjabaran pelaksanaan, seperti Peraturan Menteri, Peraturan Gubernur ataupun dalam bentuk suatu surat keputusan. Sedangkan kebijakan publik yang bersifat mikro adalah kebijakan yang mengatur implementasi dari kebijakan di atasnya, contohnya adalah peraturan yang dikeluarkan oleh aparat publik dibawah menteri, gubernur, bupati, dan wali kota.

⁷⁴ J.E. Hosio, *Kebijakan Publik dan Desentralisasi (Esai-esai dari Sorong)*, Laksbang, Yogyakarta, 2007.

⁷⁵ Pasal 7 Undang-Undang No. 14 tahun 2004 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan.

Setelah meneliti definisi diatas, dapat kita pahami kebijakan publik dikeluarkan oleh negara atau sebagai administratur publik. Kebijakan publik mengatur semua yang ada didomain lembaga administrtur publik dan mengatur masalah bersama atau masalah pribadi atau golongan yang sudah menjadi masalah bersama dari seluruh masyarakat di daerah itu.⁷⁶ Selanjutnya kebijakan publik memiliki manfaat yang dapat dirasakan oleh masyarakat yang bukan pengguna langsung dari produk yang dihasilkan jauh lebih besar dari pengguna langsungnya.⁷⁷



⁷⁶ Riant Nugroho. D, *Kebijakan Publik Untuk Negara-Negara Berkembang*, PT Elex Media Komputindo, Jakarta, 2006.

⁷⁷ Hal ini dikenal dengan konsep 'eksternalitas', dimana masyarakat yang bukan pengguna langsung suatu kebijakan tetap dapat merasakan manfaat dari kebijakan tersebut. Lihat Riant Nugroho D dalam *Kebijakan Publik Untuk Negara-Negara Berkembang*.

BAB III

METODE PENELITIAN

Adapun metode yang dipergunakan dalam penyusunan skripsi ini adalah sebagai berikut :

1. Pendekatan Penelitian

Jenis penelitian yang dipergunakan dalam penulisan skripsi ini adalah dengan menggunakan **Yuridis Normatif**⁷⁸, yaitu Penelitian hukum yang dilakukan dengan cara meneliti bahan pustaka atau data sekunder belaka atau disebut dengan Penelitian Hukum Kepustakaan. Penulisan ini juga menggunakan Pendekatan Konseptual⁷⁹ untuk menganalisa konsep perlindungan PTEBT secara Rezim HaKI Konvensional dengan Rezim *Sui Generis* dan menggunakan Pendekatan Perbandingan untuk menganalisa Kebijakan Negara-Negara Berkembang dalam melindungi PTEBT diantaranya India, Afrika dan Filipina.

2. Bahan Hukum

Dalam penelitian ini, data yang digunakan adalah data sekunder yaitu bahan hukum yang diperoleh dari bahan-bahan pustaka yang mencakup :

1. Bahan hukum Primer, yaitu bahan hukum yang bersifat mengikat seperti Konvensi, Undang-undang dan sebagainya.

⁷⁸ Soeryono Soekanto, *Penelitian Hukum Normatif (Suatu Tinjauan Singkat)*, C.V Rajawali, Jakarta, 1990.

⁷⁹ Penulis dalam hal ini menggunakan Pendekatan Perbandingan dan Pendekatan Konseptual yang merupakan penunjang satu sama lain dalam menganalisa basis perlindungan PTEBT yang belum memiliki Sistem Hukum tetap; Lihat juga Peter Mahmud Marzuki, *Penelitian Hukum*, Kencana Prenada Media Group, Jakarta, 2009, Hlm. 132-137.

Adapun bahan hukum Primer yang digunakan antara lain :

- a. *Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPs), Annex 1 C of the Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization (signed in Marrakesh, Morocco on 15 April 1994);*
- b. *Berne Convention for th Protection of Literary and Artistic Works (of September 1886, completed at Paris 1896, and as amended 1979);*
- c. *Convention on Biological Dicersity, concluded at Rio de Janeiro 1992 and entry into force on December 1993;*
- d. *Convention the Establishing World Intellctual Property Organizations (Signed at Stockholm on July 14, 1967 and as amended on September 28, 1979);*
- e. *Paris Convention for The Protection of Intellectual Property Rights (of March 20, 1883, as revised at Brussel on December 14, 1900, and as amended on September 28, 1967);*
- f. Undang-undang No. 19 Tahun 2002 tentang Hak Cipta.

2. Bahan hukum Sekunder, yaitu bahan hukum yang memberikan penjelasan mengenai bahan hukum Primer. Adapun bahan hukum Sekunder yang digunakan yaitu Rancangan Undang-Undang Pengetahuan Tradisional dan Ekspresi Budaya Tradisional, literatur-literatur tentang HaKI dan PTEBT, Jurnal-jurnal terkait dengan HaKI dan PTEBT baik cetak maupun elektronik, serta media informasi lainnya.

3. Bahan Hukum Tersier, yaitu bahan hukum yang memberikan petunjuk maupun penjelasan terhadap bahan hukum primer dan sekunder seperti :

- a. Kamus Istilah Aneka Hukum.

- b. Kamus Standar Bahasa Indonesia.
- c. Kamus Bahasa Inggris.
- d. *Black Law Dictionary* (garner, Bryan A., Black's Law Dictionary Seventh Edition, West Group, 1999)

3. Teknik Pengumpulan Bahan Hukum

Teknik yang dipergunakan untuk pengumpulan bahan hukum dan dilakukan dengan membaca, menggali, dan mengkaji hal-hal yang relevan dengan penulisan skripsi ini, pengolahan bahan hukum dalam penyusunan skripsi ini adalah :

a. Studi Dokumentasi

Studi Dokumentasi, maksudnya dalam hal ini penulis mempelajari pemahaman terhadap PTEBT, WIPO dan menganalisisnya dengan Permasalahan hukum yang terjadi.

b. Studi Literatur

Studi Literatur, maksudnya dalam hal ini penulis mengumpulkan bahan hukum dengan cara mempelajari buku-buku dan literatur-literatur serta artikel-artikel baik di surat kabar ataupun artikel-artikel pada sarana elektronika yaitu Internet yang berkaitan dengan masalah yang akan dibahas.

4. Teknik pengolahan dan Analisis Bahan Hukum

Teknik analisa bahan hukum yang digunakan untuk kedua rumusan masalah adalah *Analytical Study*, yaitu menganalisa perlindungan terhadap

PTEBT, serta mempelajari penerapan norma dan kaidah hukum yang berlaku terutama terhadap upaya dan pelaksanaan perlindungan PTEBT.⁸⁰

5. Definisi Konseptual

- a. Perbandingan Hukum : Menurut Van Appelder on perbandingan hukum merupakan suatu ilmu bantu bagi ilmu hukum dogmatik dalam arti bahwa untuk menimbang dan menilai aturan-aturan hukum dan putusan-putusan pengadilan yang ada dengan sistem hukum lain, yang dalam penulisan ini dijadikan metode dalam membandingkan konsep perlindungan hukum terhadap PTEBT.
- b. Perlindungan Hukum : Berdasarkan *Black Law Dictionary* “*the act of protecting the regime that orders human activities and relations through systematic application of the force of pollicaly organized society through social pressure, back by force in such a society*” atau tindakan pemerintah untuk melindungi masyarakat melalui penerapan kebijakan dan kekuatan yang sah dan terorganisir yang disertai kontrol sosial pada masyarakat.
- c. Pengetahuan Tradisional : Pengetahuan Tradisional dapat diartikan sebagai pengetahuan, inovasi dan kebiasaan-kebiasaan dari suatu komunitas lokal yang membentuk suatu tradisi.
- d. Ekspresi Budaya Tradisional : Ekspresi Budaya Tradisional adalah bagian integral budaya dan identitas sosial masyarakat adat dan lokal yang diekspresikan melalui musik, desain, simbol, penampilan, narasi dan berbagai bentuk kerajinan.

⁸⁰ Jhonny Ibrahim, *Teori & Metodologi Penelitian Hukum normative*; Bayu Media; Malang; 2007; hal 306.

- e. HaKI Konvensional : Pengaturan hukum yang melindungi Hak atas Kekayaan Intelektual modern secara individual/*private* seperti Hak Cipta, Paten, Indikasi Geografis, Desain Industri, dan Rahasia Dagang.
- f. *Sui Generis* : *Black Law Dictionary* menyebutkan “*Of its own kind, unique or particular*”, yaitu khusus atau unik. Dalam penulisan ini *sui generis* merupakan aturan khusus yang berbeda dengan aturan yang sudah ada (HaKI Konvensional) karena memiliki karakteristik yang berbeda dari segi pengaturannya.
- g. Strategi Kebijakan : Merupakan langkah konstruktif yang akan diambil dalam merancang suatu kebijakan.



BAB IV

HASIL PENELITIAN DAN PEMBAHASAN

A. Perbandingan Konseptual Terhadap Perlindungan Hukum PTEBT dalam bentuk Rezim HaKI Konvensional dan Rezim *Sui Generis*

1. Definisi Konseptual PTEBT

a. Definisi Pengetahuan Tradisional

Konsep perlindungan hukum PTEBT harus dicermati terlebih dahulu masing-masing esensi dari Pengetahuan Tradisional dan Ekspresi Budaya Tradisional. Sebenarnya Pengetahuan Tradisional belum memiliki definisi yang pasti, karena munculnya banyak perdebatan dari para ahli mengenai definisi dari Pengetahuan Tradisional. Ada beberapa definisi tentang Pengetahuan Tradisional yang digunakan dalam studi kepustakaan oleh para ahli, sumber atau para penulis sebagai suatu acuan pendefinisian, seperti pengertian Pengetahuan Tradisional yang terdapat didalam pasal 8 (j) *Convention on Biological Diversity* 1992:

Subject to its national legislation, respect, preserve and maintain knowledge, innovations and practices of indigenous and local communities embodying traditional lifestyles relevant for the conservation and sustainable use of biological diversity and promote their wider application with the approval and involvement of the holders such knowledge, innovations and practices and encourage the equitable sharing of the benefits arising from the utilization of such knowledge, innovations and practices.

Pasal 8 (j) CBD telah menjelaskan tentang pengetahuan tradisional bagi negara anggotanya yang bergantung pada perundang-undangan nasionalnya, menghormati, melindungi dan mempertahankan pengetahuan, inovasi-inovasi dan praktek-praktek masyarakat asli dan lokal yang mencerminkan gaya hidup berciri tradisional, sesuai dengan konservasi dan pemanfaatan secara berkelanjutan

keanekaragaman hayati dan memajukan penerapannya secara lebih luas dengan persetujuan dan keterlibatan pemilik pengetahuan inovasi-inovasi dan praktek-praktek tersebut semacam itu mendorong pembagian yang adil keuntungan yang dihasilkan dari pendayagunaan pengetahuan, inovasi-inovasi dan praktek-praktek semacam itu.

Selain pengertian dari CBD, WIPO juga telah mendefinisikan Pengetahuan Tradisional sebagai:

tradition-based literary, artistic or scientific works; performances; inventions; scientific discoveries; designs; marks, names and symbols; undisclosed information; and all other tradition-based innovations and creations resulting from intellectual activity in the literary, scientific, or industrial fields⁸¹

berdasarkan pengertian Pengetahuan Tradisional yang diberikan oleh WIPO, dapat dilihat bahwa Pengetahuan Tradisional berasal dari hasil kerja tradisional (yaitu masyarakat tradisional) yang merupakan hasil dari kegiatan masyarakat adat dan merupakan satu kesatuan yang tidak dapat dipisahkan dan tidak disebarkan secara umum, yang hanya berada dilingkup masyarakat tradisional. Pengetahuan Tradisional masih belum memiliki pengertian yang baku dan sepaham dari para ahli. WIPO mengambil langkah lebih lanjut untuk memperjelas pengertian dari Pengetahuan Tradisional yang telah banyak terjadi perbedaan pendapat terhadap definisinya (*Gap Analysis*):

For the purpose of its 2008 Gap Analysis, WIPO described TK as “referring in general to the content or substance of knowledge resulting from intellectual activity in a traditional context, and includes the know-how, skills, innovations, practices and learning that form part of traditional knowledge systems, and knowledge embodying traditional lifestyles of indigenous and local communities, or contained in codified

⁸¹ WIPO, IGC, *Traditional Knowledge – Operational Terms and Definitions*, at 11, WIPO Doc. WIPO/GRTKF/IC/13/9 (May 20, 2002).

knowledge systems passed between generations. It is not limited to any specific technical field, and may include agricultural, environmental and medicinal knowledge, and knowledge associated with genetic resources. This general description of TK is based on the work of the Committee itself.”⁸²

Dari hasil analisa WIPO disebutkan bahwa Pengetahuan Tradisional merupakan warisan leluhur masyarakat adat yang diberikan secara turun menurun dari hasil kegiatan masyarakat yang tidak memiliki batas terhadap suatu bidang tertentu. Bagi Asosiasi Amerika Untuk Kemajuan Ilmu Pengetahuan telah mendefinisikan *Traditional knowledge (TK)*, understood as “the information that people in a given community, based on experience and adaptation to a local culture and environment, have developed over time, and continue to develop”⁸³. Pengetahuan tradisional juga merupakan bentuk informasi yang diberikan oleh suatu komunitas yang berdasarkan pengalaman dan adaptasi terhadap kebudayaan lokal dan lingkungannya dan terus mengalami perkembangan dari waktu ke waktu serta berkembang pada tahap yang selanjutnya.

Pengetahuan Tradisional pada umumnya terkait dengan lingkungan sekitar dibandingkan dengan hasil seni, kerajinan, dan hasil budaya lainnya atau ekspresi budaya yang masuk kedalam unsur *folklore*. Berdasarkan salah satu ahli mengatakan Pengetahuan Tradisional sebagai Pengetahuan Lingkungan Tradisional (*Traditional Environmental Knowledge*) yaitu bagian dari pengetahuan yang dibangun oleh kelompok yang diturunkan dari satu generasi ke

⁸² WIPO, IGC, *The Protection of Traditional Knowledge: Draft Gap Analysis: Revision*, Annex I, at 4, WIPO Doc. WIPO/GRTKF/IC/13/5/(b) Rev. (October 11, 2008); WIPO IGC, *Matters Concerning Intellectual Property and Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore – An Overview*, at 11, WIPO Doc. WIPO/GRTKF/IC/1/3 (2001).

⁸³ American Association for the Advancement of Science, *Traditional Knowledge and Intellectual Property: A Handbook on Issues and Options for Traditional Knowledge Holders in Protecting their Intellectual Property and Maintaining Biological Diversity*, p. 13, available from shr.aaas.org/tek/handbook/handbook.pdf, accessed at 25 March 2010.

generasi selanjutnya yang berhubungan dengan alam sekitar, termasuk didalamnya sistem pengelompokan, observasi lingkungan sekitar, dan sistem pengelolaan dan penggunaan dari sumberdayanya.⁸⁴

Fact Finding Mission (FFM) yang merupakan badan khusus dari WIPO dibentuk oleh IGC IP-GRTKF Khusus membahas Traditional Knowledge telah menemukan ciri-ciri Pengetahuan Tradisional sebagai berikut :⁸⁵

- 1) Pengertian Pengetahuan Tradisional merupakan pengertian yang sangat luas, tidak hanya terbatas pada pengetahuan di lapangan teknologi atau seni saja, juga termasuk sistem pengetahuan dibidang pengobatan dan penyembuhan, pelestarian keanekaragaman hayati, lingkungan, makanan dan pertanian. Termasuk musik, tari-tarian, dan artisanat (desain, tekstil, seni plastik, kerajinan tangan, dan lain-lain). Pengetahuan Tradisional juga merupakan simbol ketertiban dan kepercayaan, contohnya adalah ketika penyanyi tradisional menyanyikan lagu tradisional, maka melodi, langgam, dan bentuk nyanyiannya mengikuti aturan-aturan yang telah dijaga dari generasi sebelumnya. Hal ini menunjukkan bahwa lagu tersebut tidak hanya menghibur akan tetapi juga mengajarkan kepada pendengarnya yang sekarang yang merupakan simbol penyatuan masyarakat masa lalu dan masyarakat sekarang ini.

⁸⁴ Graham Dutfield, *Protecting Traditional Knowledge and Folklore*, UNCTAD-ICTSD Project on IPRs and Sustainable Development; Johnson, M. (1992), "Research on traditional environmental knowledge: its development and its role", in M. Johnson (ed.); Lore, *Capturing Traditional Environmental Knowledge*, Ottawa: IDRC, at 3-4.

⁸⁵ Andong, *Perlindungan Pengetahuan Tradisional*, Jurnal Ranying Bunu, Vol.1, No.1, Agustus 2006, hlm. 11-27; Krisnani Setyowati, *Tinjauan tentang Convention on Biological Diversity (CBD) Dalam Kaitan dengan Sumber Daya Genetika dan Pengetahuan Tradisional*, Makalah pada PenLok HKI, Ditjen Dikti, Surabaya, 3-6 September 2001, hlm.6.

- 2) Pengertian Tradisional merupakan konsep dari *multifaceted* yang mengarahkan beberapa komponen. Pengetahuan Tradisional dihasilkan dari respon dan interaksi pencipta yang individual ataupun kolektif dengan lingkungan budaya mereka.
- 3) Pengertian Pengetahuan Tradisional memiliki aspek penting dalam penggunaan ‘Tradisional’. Tradisional disini menggambarkan bahwa kreasi dan penggunaan yang merupakan bagian dari tradisi budaya komunitas.

Posey dan Dutfield telah merangkum beberapa kategori dan wujud dari Pengetahuan Tradisional serta memfokuskan pengetahuan tradisional yang berhubungan dengan lingkungan yaitu.⁸⁶

1. *knowledge of current use, previous use, or potential use of plant and animal species, as well as soils and minerals;*
2. *knowledge of preparation, processing, or storage of useful species;*
3. *knowledge of formulations involving more than one ingredient;*
4. *knowledge of individual species (planting methods, care, selection criteria, etc.);*
5. *knowledge of ecosystem conservation (methods of protecting or preserving a resource that may be found to have commercial value, although not specifically used for that purpose or other practical purposes by the local community or the culture); and*
6. *classification systems of knowledge, such as traditional plant taxonomies.*
7. *renewable biological resources (e.g., plants, animals, and other organisms) that originate (or originated) in indigenous lands and territories;*
8. *cultural landscapes, including sacred sites;*
9. *nonrenewable resources (e.g., rocks and minerals)*

Pengkategorian Pengetahuan Tradisional yang diberikan oleh Posey dan Dutfield menunjukkan adanya kesamaan dengan definisi yang diberikan oleh CBD ataupun WIPO akan tetapi memiliki klasifikasi yang lebih khusus yaitu

⁸⁶ Posey, D.A., and G. Dutfield (1996), *Beyond Intellectual Property: Toward Traditional Resource Rights for Indigenous Peoples and Local Communities*, Ottawa: International Development Research Centre, at 12-13.

Pengetahuan Tradisional berangkat dari lingkungan sekitar yang dilestarikan oleh masyarakat adat atau lokal terkait dengan tanaman, penemuan secara tradisional (bumbu-bumbuan, cara bertanam, pelestarian lingkungan dan lain-lain), serta penggunaan (*know-how*) dalam kehidupan masyarakat adat. Apapun definisi yang diberikan kepada Pengetahuan Tradisional oleh Perserikatan Bangsa-bangsa (*United Nations/UN*) memberikan tiga karakteristik khusus didalamnya:

- 1) Pengetahuan Tradisional bersifat secara bersama (*communal*) karena Pengetahuan Tradisional berangkat dari pengetahuan masyarakat setempat;
- 2) Disampaikan secara lisan yaitu diturunkan dari generasi ke generasi selanjutnya secara lisan tanpa adanya bukti tertulis yang disampaikan dan tidak terdokumentasi;
- 3) Bersifat dinamis dan tradisional yang mengalami perkembangan terus menerus sesuai dengan kebutuhan masyarakatnya.⁸⁷

Selain itu perlu dipertegas mengenai kata Tradisional, dalam hala ini Tradisional bukanlah hal yang kuno atau tua melainkan penggunaan dan merupakan jelmaan dari tradisi kelompok tersebut, hal ini juga sesuai dengan yang ciri-ciri yang diberikan oleh FFM IGC IP-GRTKF. Sedangkan Barsh berpendapat bahwa Tradisional:

*“What is ‘traditional’ about traditional knowledge is not its antiquity, but the way it is acquired and used. In other words, the social process of learning and sharing knowledge, which is unique to each indigenous culture, lies at the very heart of its ‘traditionality.’ Much of this knowledge is actually quite new, but it has a social meaning, and legal character, entirely unlike the knowledge indigenous peoples acquire from settlers and industrialized societies.”*⁸⁸

⁸⁷ United Nations Conference on Trade and Development, *Systems and National Experiences for Protecting Traditional Knowledge, Innovations and Practices*, TD/B/COM.1/EM.13/2, para. 9.

⁸⁸ Barsh, R., *‘Indigenous Knowledge and Diversity’*, in Dufield, G. (ed.), *Intellectual Property, Biogenetic Resources and Traditional Knowledge*, United Kingdom: Earthscan, 2004) p. 95.

Pengetahuan Tradisional memiliki keterikatan erat dengan masyarakat adat (*Indigenous People*) dan lingkungan sekitarnya berdasarkan pada kedaulatan dan kelangsungan budaya yang menjadikannya wacana utama didunia Internasional.⁸⁹ *Indigenous* merupakan masyarakat asli yang telah lama tinggal disuatu daerah tertentu.⁹⁰ Selain Pengetahuan Tradisional ada juga yang disebut dengan *Indigenous Knowledge*, yang oleh *International Institute of Rural Reconstruction (IIRR)*⁹¹ didefinisikan sebagai:

“Indigenous Knowledge is the knowledge that people in a given community have developed over time, and continue to develop. It is based on experience, often tested over centuries of use, adapted to local culture and environment, and dynamic and changing. Indigenous knowledge is not confined to tribal groups or the original inhabitants of an area (called indigenas in Latin America). It is not even confined to rural people. Rather, any community possesses indigenous knowledge, whether settled and nomadic, original inhabitants and migrants. Other names for indigenous knowledge (or closely related concepts) are local knowledge, indigenous technical knowledge and traditional knowledge.”

Sedangkan oleh Henry Soelistyo Budi mengatakan bahwa *Indigenous Knowledge* menunjuk bahwa pengetahuan yang dimiliki dan dipertahankan oleh masyarakat asli (*indigenous people*) di daerah tertentu. *Indigenous knowledge* merupakan bagian dari *traditional knowledge*, tetapi tidak semua *traditional knowledge* merupakan *indigenous knowledge* karena cakupan *indigenous*

⁸⁹ Rebecca M. Bratspies, *The New Discovery Doctrine: Some Thoughts On Property Rights and Traditional Knowledge*, *American Indian Law Review*, Volume 31. Available at <http://ssrn.com/abstract=987042>, accessed at 25 March 2010.

⁹⁰ Berdasarkan Pasal 1 ayat 1 (b) *Convention Concerning Indigenous and Tribal Peoples in Independent Countries* dan *International Labour Organization (ILO)* menyebutkan *indigenous people* sebagai “peoples in independent countries who are regarded as indigenous on account of their descent from populations which inhabited the country, or a geographical region to which the country belongs, at the time of conquest or colonization or the establishment of present State boundaries and who irrespective of their legal status, retain some or all of their own social, economic, cultural and political institutions.”

⁹¹ Andong, *Perlindungan Pengetahuan Tradisional*, *Jurnal Ranying Bunu*, Vol.1, No.1, Agustus 2006, hlm. 14; www.panasia.org.sg/iirr/

knowledge lebih sempit dan spesifik.⁹² Hal yang sama juga disampaikan oleh Krisnani Setyowati menyebutkan bahwa *Indigenous Knowledge* adalah pengetahuan tradisional dari masyarakat asli, karena itu *Indigenous Knowledge* merupakan bagian *traditional knowledge*. Dengan kata lain *Indigenous Knowledge* adalah *traditional knowledge* tetapi tidak semua pengetahuan tradisional itu *indigenous*.⁹³ Selama ini Pengetahuan Tradisional banyak berkembang dan hidup diantara masyarakat adat yang diterapkan dalam kehidupan mereka sehari-hari. Seperti contohnya makanan dan kesehatan. Pengetahuan tradisional biasanya juga digunakan untuk pengobatan dengan bahan-bahan tradisional atau tumbuhan yang memang hanya berada di lingkungan tersebut yang dipercaya dan diyakini memiliki khasiat untuk mengobati penyakit, di Indonesia jamu-jamuan telah menjadi bagian dari kehidupan masyarakat lokal akan tetapi Indonesia belum memiliki *database* yang jelas dan Pengetahuan Tradisional selama ini menjadi perhatian khusus bagi seluruh dunia, karena belum adanya perlindungan secara Internasional terhadap Pengetahuan Tradisional yang dapat memberikan jaminan perlindungan hak kepada masyarakat adat yang telah melestarikannya.

⁹² Andong, *Perlindungan Pengetahuan Tradisional*, Jurnal Ranying Bunu, Vol.1, No.1, Agustus 2006, hlm. 15; Henry Soelistyo Budi, Status Indigenous Knowledge, Makalah disampaikan pada pelatihan HaKI V, Surabaya, 26 Agustus – 7 September 2002, hlm. 2.

⁹³ Andong, *Perlindungan Pengetahuan Tradisional*, Jurnal Ranying Bunu, Vol.1, No.1, Agustus 2006, hlm. 15; Krisnani, Krisnani Setyowati, *Tinjauan tentang Convention on Biological Diversity (CBD) Dalam Kaitan dengan Sumber Daya Genetika dan Pengetahuan Tradisional*, Makalah pada PenLok HKI, Ditjen Dikti, Surabaya, 3-6 September 2001, hlm.8.

b. Definisi Ekspresi Budaya Tradisional

Ekspresi Budaya Tradisional merupakan bagian dari Hak Asasi Manusia yang memiliki kebebasan untuk mengekspresikan suatu karya tradisional. Dalam *Universal Declaration of Human Rights* (UDHR) telah menyebutkan tentang kebebasan yang berbunyi:⁹⁴

1. *Everyone has the right freely to participate in the cultural life of the community, to enjoy the arts and to share in scientific advancement and its benefits;*
2. *Everyone has the right to the protection of the moral and material interests resulting from any scientific, literary or artistic production of which he is the author.*

Kebebasan berkespresi juga terdapat didalam *the International Covenant on Civil and Political Rights* pasal 19 yang menyebutkan:

Everyone shall have the right to freedom of expression; this right shall include freedom to seek, receive and impart information and ideas of all kinds, regardless of frontiers, either orally, in writing or in print, in the form of art or, through any other media of his choice.

UDHR dan ICCPR telah menyatakan kebebasan bagi setiap orang dalam mengekspresikan kegiatan budayanya dan berpartisipasi secara aktif didalam komunitas mereka, menikmati hasil budaya dan memberikan perlindungan hasil kebudayaan yang telah diciptakan oleh penciptanya. Kedua konvensi internasional tersebut telah memberikan pengertian umum bagi *folklore*, untuk lebih khususnya pengertian dari Ekspresi Budaya Tradisional adalah:⁹⁵

“Traditional cultural expressions” or “expressions of folklore”⁹⁶ are any forms, whether tangible and intangible, in which traditional culture and

⁹⁴ Article 27, Universal Declaration of Human Rights (UDHR).

⁹⁵ *Folklore* yang dapat diartikan sebagai Ekspresi Budaya Tradisional memiliki unsur Kebudayaan, yang berasal dari kata *buddhaya* yaitu bentuk jamak dari *budhi* yang berarti akal, sedangkan kebudayaan diartikan sebagai hal-hal yang berkaitan dengan akal.

⁹⁶ *In IGC-GRTKF provisions, the terms “traditional cultural expressions” and “expressions of folklore” are used as interchangeable synonyms, and may be referred to simply as “TCEs/EoF”. The use of these terms is not intended to suggest any consensus among Committee participants on*

knowledge are expressed, appear or are manifested, and comprise the following forms of expressions or combinations thereof:

- (i) verbal expressions, such as: stories, epics, legends, poetry, riddles and other narratives; words, signs, names, and symbols;*
- (ii) musical expressions, such as songs and instrumental music;*
- (iii) expressions by action, such as dances, plays, ceremonies, rituals and other performances*⁹⁷

Pengertian tersebut berasal dari hasil IGC-GRTKF dalam rundingan forum WIPO yang sedang berusaha merumuskan *instrumet legal binding* terhadap perlindungan GRTKF. Secara garis besar, Ekspresi Budaya Tradisional merupakan wujud dari kebudayaan tradisional yang nyata atau tidak nyata dan dapat diekspresikan secara verbal (cerita rakyat, legenda, puisi, narasi dan lain-lain), dan dapat diekspresikan pula melalui musik dan lagu dan yang terakhir diekspresikan dengan gerakan atau aksi seperti tari-tarian, upacara adat, permainan tradisional dan pagelaran seni adat lainnya.

UNESCO mendefinisikan Ekspresi Budaya Tradisional dalam Rekomendasi terhadap Perlindungan Budaya Tradisional dan Ekspresi Budaya Tradisional (*Folklore*) yang telah diadopsi oleh anggotanya pada tahun 1989 sebagai :

“folklore (or traditional and popular culture) is the totality of tradition-based creations of a cultural community, expressed by a group of individuals and recognised as reflecting its cultural and social identity; its standards and values are transmitted orally, by imitation or by other means. Its forms are, among others, language, literature, music, dance, games, mythology, rituals, customs, handicrafts, architecture and other arts”.

Ekspresi Budaya Tradisional, memiliki nilai-nilai budaya yang sangat kuat, seperti pertunjukan, musik dan tarian tradisional yang berada dimasyarakat

the validity or appropriateness of these or other terms, and does not affect or limit the use of other terms in national or regional laws.

⁹⁷ Draft Article 1, *The Protection Of Traditional Cultural Expressions/ Expressions Of Folklore: Revised Objectives And Principles*, WIPO/GRTKF/IC/9/4.

adat merupakan peranan yang sangat utama di kehidupan mereka. Ekspresi pertunjukan, musik ataupun tarian bisa saja hanya untuk hiburan dan dapat dinikmati oleh seluruh orang akan tetapi terkadang pertunjukan, musik, dan tari digunakan untuk hal-hal keagamaan dan tidak semuanya dapat menikmati dan merasakannya karena sifatnya yang hanya terbatas pada komunitas tertentu saja. Mitos, legenda, lagu dan cerita lainnya biasanya diturunkan dari generasi sebelumnya kepada generasi selanjutnya, hal ini menunjukkan keaslian yang telah dijaga oleh komunitas tersebut dan memiliki nilai luhur yang tinggi dan dapat diperkenalkan kepada orang luar.⁹⁸ Pengetahuan yang memungkinkan orang atau sekelompok orang untuk menampilkan upacara atau ritual dapat dilihat juga sebagai kekayaan intelektual yang sangat berharga. Hal ini dapat menunjukkan bahwa kelompok tersebut memiliki status tertentu, penghormatan dan identitas budayanya. Bahkan, kelompok tersebut dapat mengakui secara sah kepemilikan suatu tempat yang dianggap suci, bagi masyarakat adat disimbolkan dan ditandai dengan batu yang menunjukkan kepemilikan mereka.⁹⁹ Ekspresi Budaya Tradisional dapat berubah menjadi obyek yang beragam dan memiliki nilai yang sangat berharga.

⁹⁸ Graham Dutfield, *Protecting Traditional Knowledge and Folklore*, UNCTAD-ICTSD Project on IPRs and Sustainable Development; Griffiths, T. (1993), *Indigenous Knowledge and Intellectual Property: A Preliminary Review of the Anthropological Literature*. Oxford: Working Group on Traditional Resource Rights, Oxford, UK (unpublished commissioned paper), at 23.

⁹⁹ Pinel, S.L., and M.J. Evans (1994), "Tribal sovereignty and the control of knowledge", in T. Greaves (ed.), *Intellectual Property Rights For Indigenous Peoples: A Sourcebook*, Oklahoma City: Society for Applied Anthropology.

2. Pendekatan Perlindungan PTEBT Dengan Pengaturan HaKI

Konvensional

a. PTEBT Ditinjau dari Pengaturan Nasional

2) Hak Cipta

Perlindungan Pengetahuan tradisional dan Ekspresi Budaya Tradisional yang tidak secara tegas disebutkan dalam Perundang-undangan di Indonesia. Oleh Undang-Undang Hak Cipta No. 19 Tahun 2002 hanya menyebutkan secara implisit terhadap perlindungan *folklore* atau Ekspresi Budaya Tradisional dan tidak memberikan perlindungan terhadap Pengetahuan Tradisional. Pasal 1 ayat (1) menyebutkan “Negara memegang Hak Cipta atas karya peninggalan prasejarah, sejarah dan benda budaya nasional lainnya”; dan ayat (2): “Negara memegang Hak Cipta atas folklor dan hasil kebudayaan rakyat yang menjadi milik bersama, seperti cerita, hikayat, dongeng, legenda, babad, lagu, kerajinan tangan, koreografi, tarian, kaligrafi, dan karya seni lainnya”; serta ayat (3) yang berbunyi ”Untuk mengumumkan atau memperbanyak Ciptaan tersebut pada ayat (2), orang yang bukan warga negara Indonesia harus terlebih dahulu mendapat izin dari instansi yang terkait dalam masalah tersebut”.

Perlindungan Folklore melalui Undang-Undang Hak Cipta tidak dapat mengatur secara tegas dan memberikan perlindungan yang pasti kepada Ekspresi Budaya Tradisional. Dalam Undang-Undang Hak Cipta No. 19 Tahun 2002 juga telah menyebutkan tentang masa perlindungan yang diberikan terhadap karya Cipta yaitu selama 50 Tahun setelah setelah suatu karya cipta diterbitkan dan 50 tahun masa perlindungan setelah pengarang meninggal dunia yang selebihnya menjadi *public domain*. Untuk perlindungan terhadap Folklore tidak memiliki

batas waktu perlindungan sebagaimana yang tercantum dalam pasal 31 ayat 1 huruf (a) “Pasal 10 ayat (2) berlaku tanpa batas waktu”. Memang benar berdasarkan pasal tersebut Folklore tidak memiliki batas waktu perlindungan akan tetapi ada kerancuan dengan perlindungan yang diberikan oleh Undang- Undang Hak Cipta terhadap folklore. Pertama folklore bersifat *communal*, yang dimana Undang-Undang hak cipta hanya memberikan perlindungan hak Individu. Sebagaimana kita ketahui, bahwa Ekspresi Budaya Tradisional tidak mengenal siapa pencipta suatu karya dan bersifat *communal*. Selama ini perlindungan hak cipta hanya diberikan kepada perorangan atau individu¹⁰⁰ adapun karya cipta yang diciptakan dari dua orang atau lebih yang dianggap sebagai Penciptanya adalah orang yang memimpin serta mengawasi penyelesaian seluruh ciptaan itu ataupun orang yang menghimpun suatu karya ciptaan dengan tidak mengurangi hak cipta masing-masing atas bagian ciptaannya itu.¹⁰¹ Selanjutnya pemegang hak atas folklore adalah negara. Pasal tersebut tidak menjelaskan bagaimana perlindungan yang diberikan oleh negara, penggunaan *folklore* oleh pihak asing dan sharing yang akan didapatkan dari penggunaan *folklore* apakah dikelola oleh negara sendiri ataukah akan ada share kepada masyarakat lokal. Terhadap pelanggaran *folklore* pun tidak disebutkan sanksinya, padahal selama ini pelanggaran terhadap *Folklore* yang dimiliki oleh Indonesia telah banyak digunakan dan diakui oleh pihak asing. Undang-undang hak cipta tidak cukup untuk memberikan perlindungan terhadap pelanggran *Folklore*.

¹⁰⁰ Berdasarkan Pasal 1 ayat 2 Undang-Undang Hak Cipta menyebutkan kepemilikan individual yaitu ‘Pencipta adalah seorang atau beberapa orang secara bersama-sama yang atas inspirasinya melahirkan suatu Ciptaan berdasarkan kemampuan pikiran, imajinasi, kecekatan, keterampilan, atau keahlian yang dituangkan ke dalam bentuk yang khas dan bersifat pribadi’.

¹⁰¹ Pasal 6 Undang-Undang tentang Hak Cipta No. 19 Tahun 2002.

3) Paten

Lain halnya dengan *Folklore*, Pengetahuan Tradisional lebih banyak masuk kedalam sistem paten walupun didalam Undang-Undang No.14 Tahun 2001 tentang Paten tidak disebutkan tentang perlindungan terhadap Pengetahuan Tradisional akan tetapi banyak kasus pematenan terhadap Pengetahuan Tradisional. Ada beberapa kasus pematenan Pengetahuan Tradisional milik Indonesia yang didaftarkan oleh Jepang di Eropa. Sebenarnya untuk penggunaan sistem paten bagi perlindungan Pengetahuan Tradisional harus dicermati unsur-unsur penting yang ada didalam Undang-Undang Paten. Disebutkan bahwa syarat-syarat paten adalah dibidang invensi¹⁰² dan dapat diterapkan pada bidang industri atau teknologi. Seperti Jepang yang telah mendaftarkan paten kosmetik Shisedo yang bahan-bahannya berasal dari tumbuh-tumbuhan herbal asli Indonesia di Eropa akan tetapi dibatalkan karena diketahui bahan-bahan yang dipatenkan berasal dari tumbuh-tumbuhan asli milik Indonesia. Dalam Pasal 2 Undang-Undang Paten No. 14 Tahun 2001 disebutkan bahwa paten untuk invensi yang baru dan mengandung langkah inventif serta dapat diterapkan dalam industri. Invensi mengandung langkah inventif jika invensi tersebut bagi seseorang yang mempunyai keahlian tertentu dibidang tekhnik merupakan hal yang tidak dapat diduga sebelumnya. Penilaian terhadap invensi yang tidak dapat diduga sebelumnya harus dilakukan dengan memperhatikan keahlian yang ada pada saat permohonan diajukan atau yang telah ada pada saat diajukan permohonan pertama

¹⁰² Undang-Undang Paten sebelumnya menggunakan istilah penemuan, selanjutnya dalam Undang-Undang No. 14 Tahun 2001 tentang Paten digunakan istilah invensi. Hal ini dikarenakan invensi berasal dari kata *invention* yang lebih tepat digunakan jika dibandingkan dengan kata penemuan yang memiliki multi pengertian. Invensi yang kaitannya dengan paten adalah serangkaian kegiatan sehingga tercipta sesuatu yang baru atau yang belum ada (tentu dalam kaitan hubungan antar manusia, dengan kesadaran bahwa semuanya tercipta karena Tuhan) lihat Andong, *Perlindungan Pengetahuan Tradisional*, Jurnal Ranying Bunu, Vol.1, No.1, Agustus 2006

dalam hal permohonan itu diajukan dengan hak prioritas. Dalam kenyataannya Pengetahuan Tradisional bukan merupakan bagian dibidang teknologi yang bersifat invensi, karena pengetahuan traditional merupakan warisan dari nenek moyang masyarakat asli yang telah lama diturunkan dari generasi ke generasi, hal ini tidak sesuai dengan unsur *novelty* yang ada didalam paten sedangkan untuk Pengetahuan Tradisional tidak memiliki unsur tersebut. Pasal 8 menyebutkan masa perlindungan terhadap paten yang memberikan jangka waktu selama 20 tahun yang dihitung sejak tanggal penerimaan dan jangka waktu tidak dapat diperpanjang. Bagi perlindungan pengetahuan yang bersifat communal, tidak dapat diberikan perlindungan hanya dengan jangka perlindungan selama 20 tahun. Sedangkan pengetahuan tradisional membutuhkan waktu yang tidak terbatas untuk mendapatkan perlindungan.

4) Merek

Pasal 1 Undang-Undang Merek No. 15 Tahun 2001 mendefinisikan Merek yaitu tanda berupa gambar, nama, kata, huruf-huruf, angka-angka, susunan warna, atau kombinasi dari unsur-unsur tersebut yang memiliki daya pembeda dan digunakan dalam kegiatan perdagangan barang dan jasa. Merek tergolong menjadi dua yaitu Merek dagang dan Merek jasa. Undang-Undang Merek disini tidak mencantumkan perlindungan terhadap Pengetahuan Tradisional dan Ekspresi Budaya Tradisional, namun biasanya Merek ataupun tanda tersebut memiliki unsur-unsur yang tradisional.¹⁰³ Pendaftaran merek ini memiliki masa

¹⁰³ Selain memiliki unsur-unsur tradisional, ada unsur baru yang juga masuk kedalam merek seperti; satu warna (*single colour*), tanda-tanda tiga dimensi (bentuk sebuah produk atau kemasan), tanda-tanda yang dapat didengar (*audible signs*), tanda-tanda yang dapat dicium (*olfactory signs*) dan tanda-tanda bergerak (*motion signs*).

perlindungan selama 10 tahun¹⁰⁴ dan harus memiliki kejelasan asal dari tanda tersebut untuk didaftarkan sebagai Merek Dagang atau Merek Jasa. Indikasi asal merupakan penunjuk asal suatu barang atau jasa, berbeda dengan Indikasi Geografis yaitu produk yang terasosiasi oleh sebuah tempat, yang berfungsi sebagai pengenalan atau *identifier* dan harus didaftarkan terlebih dahulu. Indikasi Geografis dilindungi sebagai suatu tanda yang menunjukkan daerah asal suatu barang, yang karena faktor lingkungan geografis termasuk faktor alam, faktor manusia atau kombinasi dari kedua faktor tersebut, memberikan ciri dan kualitas tertentu pada barang yang dihasilkan.¹⁰⁵ Indikasi geografis dan keaslian sebagai *identifier* pada dasarnya dapat menjadi indikasi dari masyarakat adat atau masyarakat asli dalam perlindungan merek yang merupakan tanda dari pengetahuan tradisional ataupun ekspresi budaya tradisional. Sifat dari Pengetahuan Tradisional dan Ekspresi Budaya Tradisional yang merupakan bagian dari identitas bangsa dapat ditunjukkan dengan indikasi geografis namun sama sekali tidak disebutkan didalam Undang-Undang Merek.

5) Desain Industri

Desain Industri adalah suatu kreasi tentang bentuk, konfigurasi, atau komposisi garis atau warna, atau garis dan warna, atau gabungan daripadanya yang berbentuk tiga dimensi atau dua dimensi yang memberikan kesan estetis dan dapat diwujudkan dalam pola tiga dimensi atau dua dimensi serta dapat dipakai untuk menghasilkan suatu produk, barang, komoditas industri atau kerajinan tangan.¹⁰⁶ Desain Industri pada dasarnya ada yang mengadopsi dari pengetahuan tradisional dan ekspresi budaya tradisional, seperti penggunaan desain-desain

¹⁰⁴ Pasal 28 Undang-Undang No. 15 Tahun 2001 Tentang Merek.

¹⁰⁵ Pasal 56 Undang-Undang No. 15 Tahun 2001 Tentang Merek.

¹⁰⁶ Pasal 1 Undang-Undang No. 31 Tahun 2000 Tentang Desain Industri.

pada lukisan, patung, ataupun motif pada perhiasan. Desain yang memiliki unsur tradisional dapat dijadikan sebagai bagian dari desain industri, pada kenyataannya banyak dari perusahaan asing yang mendaftarkan desain mereka dengan menggunakan motif tradisional seperti dalam kasus John Hardy Ltd. Jangka waktu perlindungan desain industri hanya 10 tahun dan tidak dapat diperpanjang. Ketika aplikasi desain industri menggunakan desain tradisional baik yang masuk dalam Pengetahuan Tradisional ataupun yang merupakan bagian Ekspresi Budaya Tradisional harus mendapatkan perlindungan, namun dalam Undang-undang No. 31 Tahun 2000 Tentang Desain Industri tidak ada pasal yang mengatur terhadap perlindungan desain tradisional. Lemahnya perundang-undangan nasional menjadikan PTEBT sebagai kajian yang mendalam baik secara yuridis ataupun sosiologis dari para pakar untuk mencari payung hukum yang tepat.

b. PTEBT Ditinjau dari Pengaturan Internasional

1) *Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property*

Rights (TRIPs).

Sebagai salah satu pengaturan internasional yang berada di bawah WTO, TRIPs memainkan peranan penting dalam memberikan perlindungan HaKI. TRIPs juga memiliki hubungan dengan Pengetahuan Tradisional ataupun Ekspresi Budaya Tradisional yang selama ini menjadi perdebatan apakah TRIPs sudah cukup melindunginya. Selama ini TRIPs hanya dianggap menguntungkan negara maju dan tidak berpihak kepada negara berkembang. USA, the European Union, dan Jepang memiliki rezim HaKI yang luas dengan perlindungan yang kuat terhadap para penemu, sedangkan bagi Negara berkembang hanya sedikit menjamin perlindungan terhadap suatu penemuan dan bahkan ada beberapa yang

tidak bisa dilindungi dengan sistem HaKI seperti obat-obatan dan makanan, contohnya adalah India tidak mengizinkan patenan atas *pharmaceuticals* atau jasad renik.¹⁰⁷ Sebagai pembandingan dengan perlindungan HaKI yang pada umumnya dalam bentuk hak cipta, merek, desain dan paten tersedia bagi pencipta, penemu, dan pihak asli yang membuat (yang akan dilindungi secara individu) terhadap hasil karya, objek dari temuan.¹⁰⁸ TRIPs tidak mengatur perlindungan Pengetahuan Tradisional dan Ekspresi Tradisional secara pasti. Isi yang berada di TRIPs serta implementasinya menunjukkan keuntungan dari perlindungannya, utamanya terhadap kepentingan individu. Hal ini sangat bertentangan dengan Pengetahuan Tradisional dan Ekspresi Budaya Tradisional, tidak ada karakteristik yang sesuai dengannya. Sejauh ini TRIPs hanya dihubungkan dengan Pengetahuan Tradisional dan tidak dijadikan sebagai suatu pendekatan hukum untuk memberikan perlindungan terhadap ekspresi budaya tradisional. Pasal 7 Annex 1C TRIPs menyebutkan:

“The protection and enforcement of intellectual property rights should contribute to the promotion of technological innovation and to the transfer and dissemination of technology, to the mutual advantage of producers and users of technological knowledge and in a manner conducive to social and economic welfare, and to a balance of rights and obligations.”

¹⁰⁷ Averie K. Hason & Jean E. Shimotake, *Global Interdependence and International Commercial Law: Recent Developments in Patent Rights for Pharmaceuticals in China and India*, 18 PACE INT’L L. REV. 303, 309 (2006); Theresa Beeby Lewis, *Patent Protection for the Pharmaceutical Industry: A Survey of the Patent Laws of Various Countries*, 30 INT’L LAW. 835, 858-59 (1996).

¹⁰⁸ Daniel Gervais, *Intellectual Property, Sustainable Development, and Endangered Species: Understanding the Dynamics of the Information Ecosystem Symposium Traditional Knowledge & Intellectual Property: A TRIPs Compatible Approach*, Michigan State Law Review - Spring 2005 137 page 5; Daniel J. Gervais, *Spiritual But Not Intellectual? The Protection of Sacred Intangible Traditional Knowledge*, 11 Cardozo J. Int’l & Comp. Law 467, 485 (2003).

Pasal tersebut diajukan oleh negara-negara berkembang yang bertujuan untuk memberikan perlindungan (*safeguard*) yang seimbang antara hak individu dan kepentingan umum yang bertentangan akibat adanya pelanggaran Hak Kekayaan Intelektual yang mungkin terjadi, selain itu digunakan untuk menarik para investor asing dan transfer teknologi. Berdasarkan pasla 27 TRIPs terhadap subyek paten membawa dampak perubahan bagi hukum domestik:

Subject to the provisions of paragraphs 2 and 3, patents shall be available for any inventions, whether products or processes, in all fields of technology, provided that they are new, involve an inventive step and are capable of industrial application.⁵ Subject to paragraph 4 of Article 65, paragraph 8 of Article 70 and paragraph 3 of this Article, patents shall be available and patent rights enjoyable without discrimination as to the place of invention, the field of technology and whether products are imported or locally produced.

Dalam pasal 27 ayat 1 tersebut paten harus dapat diterapkan dalam segala penemuan, baik produk (hasil) ataupun proses dalam segala bidang teknologi yang baru dalam suatu penemuan dan dapat diterapkan di bidang industri. Dalam pasal 27 ayat 1 TRIPs ini tidak ada batasan terhadap paten, baik yang terkait dengan Pengetahuan Tradisional ataupun Indigenous Knowledge dan menimbulkan kerancuan dalam aplikasi paten. Hal yang kontroversi juga disebutkan dalam pasal 27 ayat 3:

Members may also exclude from patentability:

- (a) diagnostic, therapeutic and surgical methods for the treatment of humans or animals;*
- (b) plants and animals other than micro-organisms, and essentially biological processes for the production of plants or animals other than non-biological and microbiological processes. However, Members shall provide for the protection of plant varieties either by patents or by an effective sui generis system or by any combination thereof. The provisions of this subparagraph shall be reviewed four years after the date of entry into force of the WTO Agreement.*

Berdasarkan sudut pandang *Indigenous people* pasal ini sangat rancu karena terkait dengan hak-hak *Indigeneous people* yang dalam pasal tersebut membolehkan pematenan terhadap tanaman atau hewan dan juga dengan perlindungan secara *sui generis*, yang menjadi perhatian khusus dari pasal tersebut adalah keterkaitannya dengan pengetahuan tradisional yang sering masuk kedalam sistem paten, seperti tumbuh-tumbuhan tradisional yang telah lama digunakan oleh indigenous people dalam pengobatan. Hal serupa juga terkait dengan obat-obatan yang menggunakan tumbuhan tradisional dan dipatenkan seperti Obat HIV/AIDS, dengan adanya lisensi paten dan pengguna obat tersebut harus membayar dengan harga yang mahal menjadikan hal yang kontras bagi negara berkembang untuk mendapatkan akses atas obat-obatan tersebut. Padahal tujuan dibentuknya WTO salah satunya adalah mendapatkan akses baik kesehatan, makanan atau produk lainnya.

Dengan menggunakan pendekatan TRIPs, menunjukkan bahwa Pengetahuan Tradisional berhubungan dengan lingkungan sekitar yang terdiri dari kepemilikan, obyek dan hak-hak yang dilindungi. Berdasarkan kepemilikan, bahwa dalam perlindungan TRIPs seperti yang terdapat didalam Hak Cipta, Merek, Paten merupakan kepemilikan individu bukan kepemilikan kelompok. Walaupun dalam negara-negara telah ada yang mempraktekan kepemilikan HaKI yang bersifat Komunal. Dalam TRIPs pun dikenal dengan *Disclosure of Origin* yang diajukan oleh negara berkembang.¹⁰⁹ *Disclosure of Origin* merupakan

¹⁰⁹ Krishna Ravi Srinivas, *Traditional Knowledge And Intellectual Property Rights: A Note On Issues, Some Solutions And Some Suggestions*. available at: <http://ssrn.com/abstract=1140623>; Disclosure of both the origin of the genetic resources and the traditional knowledge associated with that in the patent applications for inventions using genetic resources and/or TK from developing nations is the demand by developing nations. The view points of nations are stated in various submissions to TRIPs Council. Developing nations came up with the Disclosure norm as a

penunjuk keaslian dari suatu hasil HaKI. Sebenarnya dalam TRIPs juga dikenal dengan Indikasi Geografis yang dapat menunjukkan asal daerah dimana tempat HaKI berasal. Berdasarkan pasal 22 TRIPs tentang *Geographical Indications* mendefinisikannya sebagai:

Geographical indications are, for the purposes of this Agreement, indications which identify a good as originating in the territory of a Member, or a region or locality in that territory, where a given quality, reputation or other characteristic of the good is essentially attributable to its geographical origin.

Bagi Pengetahuan Tradisional dan Ekspresi Budaya Tradisional dikenal dengan keaslian (*authentic*) yang menunjukkan darimana mereka berasal, biasanya terkait dengan komunitas tertentu dan tempat tertentu. Seperti contohnya Pohon Neem yang terkenal berasal dari India, berdasarkan indikasi geografisnya menunjukkan Pohon Neem¹¹⁰ hanya tumbuh di daerah India, Asia Selatan dan beberapa bagian dari Asia Tenggara. Tinjauan berdasarkan TRIPs agreement bagi PTEBT tidak cukup memberikan perlindungan yang pasti, karena TRIPs hanya mengatur HKI modern dan tidak mengaplikasikannya dalam perlindungan tradisional.

tool against biopiracy. In the literature on DOO various views, both opposing and supporting have been expressed. See C.M. Correa, Establishing a Disclosure of Origin Obligation in the TRIPs Agreement (Quaker United Nations Office, Occasional Paper No. 12, 2003) for the basic idea of Disclosure. See generally Alison L. Hoare & Richard G. Tarasofsky, Asking and Telling: Can "Disclosure of Origin" Requirements in Patent Applications Make a Difference?, 10 J. WORLD INTEL. PROPERTY 149 (2007). The discussion of DOO and patents is being conducted at different fora. For the purposes of this article, we restrict ourselves to the debates at TRIPs Council.

¹¹⁰ Pada tahun 1994, EPO telah memberikan nomer paten Eropa yaitu No. 0436257 kepada perusahaan Amerika W.R Grace dan USDA atas metode pengendalian jamur ditanaman dengan menggunakan obat dari minyak neem secara hydrophobic. Pada tahun berikutnya 1995, NGO dan para aktivis India memprotes tindakan tersebut dan meminta pencabutan paten dari EPO, setelah menunjukkan bukti dan keaslian neem berasal dari India yang telah lama digunakan untuk memberantas hama maka secara sah paten dicabut karena tidak adanya unsur kebaruan (*novelty*)

2) *Convention on Biological Diversity*

Convention on Biological Diversity (CBD) lebih memiliki pengaturan pasal yang memberikan perlindungan kepada Pengetahuan Tradisional dibandingkan dengan TRIPs. Pasal 8 (j) CBD menyebutkan:

Subject to its national legislation, respect, preserve and maintain knowledge, innovations and practices of indigenous and local communities embodying traditional lifestyles relevant for the conservation and sustainable use of biological diversity and promote their wider application with the approval and involvement of the holders such knowledge, innovations and practices and encourage the equitable sharing of the benefits arising from the utilization of such knowledge, innovations and practices.

Konvensi ini hanya terkait dengan pengetahuan tradisional dan tidak terkait kepada ekspresi budaya tradisional, dan menyatakan kepemilikan pribadi terhadap sumberdayanya dengan berdasarkan kedaulatan suatu negara yang memberlakukan Pengetahuan Tradisional sebagai sumberdaya yang berwujud sama seperti minyak dan uranium. Berdasarkan prinsip 22 *Rio Declaration* dikatakan bahwa CBD merupakan perlindungan yang penting bagi pengetahuan tradisional terhadap keseimbangan ekologi dunia. Prinsip 22 *Rio Declaration*¹¹¹ menyebutkan:

Indigenous people and their communities, and other local communities, have a vital role in environmental management and development because of their knowledge and traditional practices. States should recognize and duly support their identity, culture and interests and enable their effective participation in the achievement of sustainable development.

Hal ini dikarenakan keaneka ragaman hayati merupakan bagian dari pengetahuan tradisional. Banyak penggunaan tumbuh-tumbuhan yang berangkat

¹¹¹ U.N. Conference on Environment and Development, Rio de Janeiro, June 3-14, 1992, *Rio Declaration on Environment and Development*, princ. 22, U.N. Doc. A/CONF.151/6/Rev.1 (June 14, 1992), 31 I.L.M. 874

dari tempat asli suatu komunitas tertentu yang memang telah lama dijaga dan dilestarikan secara turun-menurun dalam menggunakan teknik/ *skill* seperti pencangkakan, budidaya dan semacamnya secara tradisional. Sesuai dengan Pasal 10 (c) CBD yang menyatakan “mendorong pemanfaatan sumber daya alam hayati yang sesuai dengan praktek-praktek budaya, tradisional, yang cocok dengan persyaratan konservasi atau pemanfaatan secara berkelanjutan”.

Konvensi ini juga memberikan akses dan *benefit sharing* (keuntungan) bagi para anggotanya, akses yang diberikan juga termasuk dalam pertukaran informasi. CBD juga menerapkan sanksi bagi perlindungan *biological diversity* yang ada didalam pasal 14 ayat 2:

the Conference of the Parties shall examine, on the basis of studies to be carried out, the issue of liability and redress, including restoration and compensation, for damage to biological diversity, except where such liability is a purely internal matter.

Namun dalam pasal ini telah banyak menimbulkan perdebatan bagi para ahli. Terkait dengan ganti rugi yang akan diberikan, apakah dapat menutupi semua kerusakan yang terjadi pada keanekaragaman hayati dan bagaimana bila kerusakan tersebut tidak dapat diperbaiki/ diperbaharui. Pasal ini masih membutuhkan proses pengkajian yang lebih mendalam, untuk itu anggota CBD membentuk COP (*Convention of the Parties*) untuk membahas kerancuan yang masih terdapat di dalam pasal-pasal CBD.

3. Rezim *Sui Generis*

a. Definisi *Sui Generis*

Sui generis sebagai *of its own kind. Unique; of its own particular type; in a class of its own.*¹¹² *Sui Generis* merupakan aturan khusus yang berbeda dengan pengaturan sistem hukum yang telah ada. Seperti contohnya adalah Perlindungan terhadap Varietas Tanaman, yang memisahkan dari pengaturan sistem HaKI. Perlindungan Varietas Tanaman ini memiliki pengaturan yang kompleksitas dibandingkan dengan sistem HaKI yang sudah ada seperti Hak Cipta, Paten, Merek dan Desain Industri. Banyaknya negara yang sadar akan perlindungan PTEBT tidak cukup dengan menggunakan perlindungan sistem HaKI Konvensional mereka beralih mencari alternative lain untuk memberikan perlindungan yang sesuai terhadap PTEBT, salah satunya adalah dengan menciptakan Model Hukum (*Model Law*) yang dapat diadopsi oleh negara yang ingin menggunakan *model law* tersebut sebagai hukum positive mereka. Pengaturan dengan sistem *Sui Generis* telah diterapkan oleh beberapa negara ataupun kawasan regional dalam memberikan perlindungan PTEBT, ada beberapa contoh perlindungan PTEBT secara *Sui Generis* dengan sistem Model Hukum, seperti *Tunis Model Law*, *UNESCO-WIPO Model Provision 1982*, *Pacific Model Law 2002*.

b. Contoh Perlindungan PTEBT Secara *Sui Generis*

1) UNESCO-WIPO Model Provision 1982

UNESCO-WIPO Model Provision For National Laws on The Protection of Expression of Folklore against Illicit Exploitation and Other Prejudicial

¹¹² *Black Law Dictionary*

Actions ditujukan terhadap perlindungan *folklore* atas eksploitasi gelap yang dilakukan oleh pihak asing. *Model Provision* 1982 memiliki dua kategori utama yang pertama adalah perlindungan (*Protection*) terhadap eksploitasi gelap dan yang kedua adalah *Prejudicial Actions* (tindakan merugikan lainnya). Model Provision ini memiliki 14 bab yang terdiri atas Prinsip Perlindungan, Perlindungan terhadap *folklore*, Subjek Pemanfaatan, Pengecualian, Pengakuan terhadap Sumber, Pelanggaran, Penyitaan dan lainnya, Ganti rugi, Wewenang, Hak, Yurisdiksi, Hubungan dengan bentuk perlindungan lain, Penafsiran, Perlindungan *Folklore* terhadap Negara Asing.

Didalam *Section 1 Principle of Protection* menyebutkan bahwa perlindungan terhadap ekspresi budaya tradisional yang berada disuatu negara melawan adanya eksploitasi gelap dan segala tindakan yang merugikan lainnya yang telah ditegaskan oleh hukum. Penggunaan kata hukum (*'law'*) dalam section ini merupakan kata yang memiliki arti optional (pilihan). *Model Provision* ini dapat diadopsi sebagai hukum yang terpisah, dapat dijadikan bagian dari Hak Kekayaan Intelektual, ataupun hanya sebagai Keputusan (*decree*). Model ini dapat diterapkan oleh negara-negara sesuai dengan kondisi dan kebutuhannya dalam menerapkan perlindungan terhadap ekspresi budaya tradisional. *Section 2*, menyebutkan tentang definisi dari ekspresi budaya tradisional yang dijabarkan:

Productions consisting of characteristic elements of traditional artistic heritage developed and maintained by a community, in particular, verbal expressions, (folk tales, folk poetry, riddles); musical expressions (folk songs and instrumental music); expressions by action (folk dances, plays and artistic forms or rituals); and tangible expressions (productions of folk art, drawings, paintings, carvings, sculptures, pottery, terracotta, mosaic, woodwork, metalware, jewelry, basket-weaving, needlework, textiles, carpets, costumes, musical instruments, and [architectural forms].

Model Provision 1982 memberikan definisi Ekspresi Budaya Tradisional dengan menyebutnya sebagai 'Productions' yang merupakan produk atau hasil dari elemen-elemen yang khas dari seni kebudayaan tradisional yang telah berkembang dan dipelihara oleh masyarakat. Pengertian Ekspresi Budaya Tradisional berdasarkan *Model Provision* di atas memiliki 4 unsur penting yaitu, *verbal expression, musical expression, expression by action, expression in tangible form*, yang semuanya adalah wujud dari ekspresi budaya tradisional yang telah diaplikasikan menjadi suatu produk dari seni budaya. Produk ekspresi budaya tradisional memiliki persyaratan untuk dicantumkan sumber produk tersebut berasal, walaupun pada kenyataannya sulit untuk mengetahui sumber asli dari ekspresi budaya tradisional berasal karena suatu budaya memberikan pengaruh bagi budaya lainnya. Pelanggaran terhadap ekspresi budaya¹¹³ tradisional juga telah diatur, sanksi diberikan sesuai dengan hukum pidana bagi negara pengguna *Model Provision* ini yang dapat diberikan hukuman berupa penjara dan denda. Sesuai dengan tujuannya *Model Provision* ini dapat disesuaikan dengan kondisi negara yang menggunakannya, dan dapat menerapkannya sebagai hukum positif. Penunjukan yurisdiksi Pengadilan dalam penyelesaian sengketa juga ditentukan sendiri oleh negara pengguna *Model Provision* ini, bagi legislator penerapan *Model Provision* merupakan solusi yang dapat dipilih untuk membentuk Undang-Undang dengan cara (i) dijadikan sebagai hukum yang retroaktif, yaitu penggunaan EBT menjadi subyek dari peraturan yang telah dibuat sebelumnya dan dilanjutkan kembali setelah disahkannya menjadi hukum bagi pengaturan yang belum ada, seperti contohnya peredaran/

¹¹³ Pengecualian terhadap pelanggaran EBT adalah (i) penggunaan untuk tujuan pendidikan, (ii) penggunaan dengan cara ilustrasi dari hasil asli sang pengarang/pencipta, (iii) meminjam dari EBT untuk menciptakan karya asli sang pengarang.

pendistribusian dari duplikasi EBT yang sebelumnya belum diatur, (ii) non-retroaktif yaitu pengaturan hukum yang sebelumnya tidak diatur dan disahkan menjadi hukum positif.

2) *Model Law For The Protection Of traditional Knowledge And Expressions Of Culture (Model Law 2002)*

Model Law ini berada dan berkembang di negara-negara Pasifik yang bertujuan untuk melindungi PTEBT dari bentuk eksploitasi dan tindakan komersialisasi terhadap PTEBT. Bagi negara secara individual yang berkeinginan menjadikan model law ini dapat secara bebas mengadopsikannya kedalam hukum positif mereka, model law ini hampir serupa dengan *Model Provision* 1982, yang dapat disesuaikan dengan kebutuhan negara dalam memberikan perlindungan kepada komunitasnya. Perbedaannya dengan *Model Provision* 1982, *Model Law* 2002 ini tidak hanya mengatur Ekspresi Budaya saja tetapi juga mengatur perlindungan terhadap Pengetahuan Tradisional. *Model Law* 2002 memiliki delapan (8) bagian, *Part I* adalah *Preliminary* (Pembukaan), *Part II* menjabarkan tentang Hak Kebudayaan Tradisional (*Tradisional Cultural Rights*) yang berisikan tentang pemegang hak kebudayaan tradisional, pengertian tentang hak kebudayaan, wujud kebudayaan serta hak tambahan lainnya. Definisi yang diberikan terhadap PTEBT adalah:

traditional knowledge includes any knowledge that generally:
(a) is or has been created, acquired or inspired for traditional economic, spiritual, ritual, narrative, decorative or recreational purposes; and
(b) is or has been transmitted from generation to generation; and
(c) is regarded as pertaining to a particular traditional group, clan or community of people in [Enacting country]; and
(d) is collectively originated and held.

Penjabaran definisi dari *Model Law* 2002 tentang Pengetahuan budaya

tidak berbeda jauh dengan definisi yang sebelumnya telah dijelaskan, bahwa pada *Model Provisi* 2002 Pengetahuan Tradisional merupakan pengetahuan yang secara umum memiliki empat karakteristik yang pertama disebutkan bahwa pengetahuan tradisional adalah yang dibuat, diciptakan atau diinspirasi dari ekonomi tradisional, spiritual, ritual, narasi, dekorasi ataupun dengan tujuan untuk menghibur, dan karakteristik yang kedua disebutkan adanya penyampaian ataupun transfer pengetahuan tradisional dari generasi ke generasi, yang ketiga merupakan penghormatan terhadap kelompok tradisional tertentu, klan, komunitas kelompok dari suatu negara. Karakteristik yang terakhir adalah pengetahuan tradisional merupakan gagasan kelompok (*collective*) yang dipertahankan.

Sedangkan pengertian dari Ekspresi Budaya adalah:

expressions of culture mean any way in which traditional knowledge appears or is manifested, irrespective of content, quality or purpose, whether tangible or intangible, and, without limiting the preceding words, includes:

- (a) names, stories, chants, riddles, histories and songs in oral narratives; and*
- (b) art and craft, musical instruments, sculpture, painting, carving, pottery, terra-cotta mosaic, woodwork, metalware, painting, jewellery, weaving, needlework, shell work, rugs, costumes and textiles; and*
- (c) music, dances, theatre, literature, ceremonies, ritual performances and cultural practices; and*
- (d) the delineated forms, parts and details of designs and visual compositions; and*
- (e) architectural forms.*

Berdasarkan pengertian tersebut, Ekspresi Budaya merupakan bagian dari Pengetahuan tradisional baik yang berbentuk atau tidak berbentuk tanpa membatasi maknanya termasuk diantaranya nama, nyanyian, cerita, dengan narasi secara lisan, seni dan kerajinan, musik, tarian, teater, literatur, pertunjukan ritual, dan adat budaya serta seni arsitektur. Pengertian pengetahuan tradisional dan

ekspresi budaya tradisional tersebut merupakan obyek yang akan dilindungi oleh *Model law* 2002.

Dalam *Part III* menjelaskan tentang Hak Moral (*Moral Rights*) yaitu hak pemilik tradisional, sebagaimana yang dimaksud '*the right of attribution of ownership in relation to the traditional knowledge and expressions of culture. In other words, traditional owners have the right to be named as the owners of their traditional knowledge and expressions of culture*', pemilik hak cipta atas pengetahuan tradisional dan folklor berhak untuk mencantumkan namanya di setiap hasil ciptaanya. Dalam *Part IV* menjelaskan tentang Perolehan Persetujuan dan Izin Informasi dari Pemegang Hak Tradisional, *Part 4* ini memiliki 5 bagian yang mengatur tentang prosedur perolehan persetujuan dan izin informasi dalam menggunakan hak tradisional. Untuk Pelaksanaan diatur dalam *Part V* baik pemberian sanksi ataupun hukuman. Didalam *Part VI* dijelaskan tentang *Transitional Arrangements* dan *Part VII* menjabarkan Kewenangan Budaya, dan *Part VIII* telah mencantumkan tentang Aturan Tambahan.

4. Perbedaan Sudut Pandang Negara Berkembang dan Negara Maju Terhadap Konsep Perlindungan PTEBT

Sejak dilaksanakannya perundingan IGC-GRTKF berdasarkan forum WIPO telah terjadi sudut pandang yang berbeda antara negara berkembang dan negara maju. Bagi negara maju, perlindungan terhadap PTEBT cukup dilindungi dengan sistem HaKI Konvensional, seperti paten atau hak cipta. Akan tetapi, negara berkembang tidak setuju apabila PTEBT dimasukan kedalam sistem HaKI Konvensional. Negara berkembang berpendapat jika PTEBT dilindungi dengan sistem HaKI Konvensional maka akan memiliki banyak kelemahan dalam memberikan perlindungannya seperti jangka waktu yang dimiliki oleh Paten

hanya 10 atau 20 tahun serta Hak Cipta memiliki jangka waktu perlindungan 50 tahun setelah pencipta suatu karya meninggal dan selebihnya jatuh kepada public domain. Selain itu kelemahan lainnya adalah siapa pemegang hak atas PTEBT dan bagaimana pemberian benefit sharing atas penggunaan PTEBT oleh pihak asing. Selama ini HaKI Konvensional hanya melindungi hak perorangan (*privat*) yang memang berbeda dengan hak communal terkait dengan konsep perlindungan PTEBT.

Dalam pertemuan IGC-GRTKF WIPO ke-14, negara berkembang telah menekankan posisi agar IGC diarahkan untuk membentuk *International Legally Binding Instrument (ILBI)*, sementara bagi negara maju menginginkan sifat instrumen yang tidak mengikat (*non-legally binding*). Hal ini menimbulkan permasalahan *Deadlock* didalam forum IGC GTRKF yang ke-14. Akan tetapi, permasalahan *Deadlock* dapat terselesaikan setelah Sidang Majelis WIPO ke-47 yang berlangsung di Jenewa pada tanggal 22 September 2009 – 1 Oktober 2009 memutuskan untuk memperpanjang mandat IGC-GRTKF Periode 2010-2011 dan menyetujui proses IGC untuk diarahkan pada pembentukan *International Legal Instrument* yang melindungi SDGPTEBT. *International Legal Instrument* GRTKF (draft Treaty GRTKF) diajukan kepada Sidang Majelis Umum WIPO tahun 2011 oleh IGC untuk kemudian dipergunakan sebagai bahan pertimbangan Sidang Majelis Umum untuk menentukan penyelenggaraan *Diplomatic Conference* guna mengadopsi naskah traktat GRTKF yang diperkirakan diselenggarakan pada tahun 2012.¹¹⁴

¹¹⁴ Damos Dumali Agusman, Diplomasi Memperjuangkan Sumber Daya Genetik yang Adil dan Berimbang, Tabloid Diplomasi, Media Komuniaksi dan Integrasi, No. 27 Tahun III, Tanggal 15 Januari – 16 Februari 2010.

5. Perbandingan Rezim HaKI Konvensional *versus* Rezim *Sui*

Generis Sebagai Konsep Perlindungan Hukum PTEBT

Selama ini, sebenarnya konsep perlindungan PTEBT masih belum memiliki *instrumen legal binding* yang pasti. Banyaknya permasalahan dalam perumusan basis perlindungan PTEBT menjadikannya sebagai kekosongan hukum, sehingga banyak pendapat yang menyatakan konsep perlindungan PTEBT dapat dilakukan dengan menggunakan sistem HaKI Konvensional. Banyak pendapat dari para ahli menyatakan bahwa HaKI Konvensional seperti Paten dapat melindungi Pengetahuan Tradisional atau Hak Cipta dapat melindungi Ekspresi Budaya Tradisional yang memiliki pemahan sama dengan Negara maju. Pendapat ahli lainnya tidak setuju dengan penggunaan sistem HaKI Konvensional dan lebih mendukung konsep perlindungan dari Negara berkembang yang ingin dibentuknya sistem *Sui Generis*, hal ini dikarenakan HaKI Konvensional memiliki beberapa kelemahan dalam memberikan perlindungan Hukum. Kelemahan perlindungan dari sistem HaKI Konvensional yang bersifat *private* dirasakan tidak sesuai untuk melindungi PTEBT, terkait dengan jangka waktu perlindungan yang terbatas dari Paten dan Hak Cipta juga merupakan bahan pertimbangan lebih lanjut untuk memasukan konsep perlindungan PTEBT kedalam rezim *sui generis*. Di Indonesia, perlindungan terhadap paten memiliki masa perlindungan selama 20 tahun dan perlindungan hak cipta selama 50 tahun. Berikut adalah tabel perlindungan dengan sistem HaKI Konvensional

Tabel 1
Perlindungan Hukum dalam Sistem HaKI Konvensional

| No | HaKI Konvensional | |
|----|--|--|
| | Paten Undang-Undang No. 14/2001 | Hak Cipta Undang-Undang No. 19/2002 |
| 1. | Paten melindungi inventor atau yang menerima lebih lanjut hak inventor yang bersangkutan. Jika invensi dihasilkan secara bersama-sama hak invensi tersebut dimiliki bersama-sama oleh para inventor yang bersangkutan (Pasal 10). | Hak eksklusif bagi pencipta atau pemegang hak cipta untuk mengumumkan atau memperbanyak hak ciptanya (Pasal 2). |
| 2. | Diberikan untuk invensi yang baru dan mengandung langkah inventif serta dapat diterapkan dalam industri. Invensi mengandung langkah invensif jika invensi tersebut bagi seseorang yang mempunyai keahlian tertentu dibidang tehnik merupakan hal yang tidak dapat diduga sebelumnya. Penilaian terhadap invensi yang tidak dapat diduga sebelumnya harus dilakukan dengan memperhatikan keahlian yang ada pada saat permohonan diajukan atau yang telah ada pada saat diajukan permohonan pertama dalam hal permohonan itu diajukan dengan hak prioritas. (Pasal 2). | Ciptaan yang dilindungi adalah ciptaan dalam bidang ilmu pengetahuan, seni, dan sastra yang mencakup: <ol style="list-style-type: none"> a. buku, program komputer, pamflet, perwajahan (<i>lay out</i>), karya tulis yang diterbitkan dan semua hasil karya tulis lain; b. ceramah, kuliah, pidato, dan ciptaan lain yang sejenis dengan itu; c. alat peraga yang dibuat untuk kepentingan pendidikan dan ilmu pengetahuan; d. lagu atau musik dengan atau tanpa teks; e. drama atau drama musikal, tari, kreografi, pewayangan dan pantonim; f. seni rupa dalam segala |

| | | |
|-----------|--|--|
| | | <p>bentuk seperti seni lukis, gambar, seni ukir, seni kaligrafi, seni pahat, seni patung, kolase, dan seni terapan;</p> <p>g. arsitektur;</p> <p>h. peta;</p> <p>i. seni batik;</p> <p>j. fotografi;</p> <p>k. sinematografi;</p> <p>l. terjemah, tafsir, saduran, bunga rampai, <i>database</i>, dan karya lain dari pengalih wujudan (pasal 12).</p> |
| <p>3.</p> | <p>Jangka waktu paten selama 20 tahun dihitung sejak tanggal penerimaan dan jangka waktu itu tidak dapat diperpanjang (pasal 8).</p> | <p>Hak Cipta atas ciptaan yang terdapat didalam pasal 12 berlaku selama masa hidup pencipta dan terus berlangsung hingga 50 tahun setelah pencipta meninggal dunia. Sedangkan ciptaan yang dimiliki oleh dua orang atau lebih, hak cipta berlaku selama hidup pencipta yang meninggal dunia paling akhir dan berlangsung hingga 50 tahun sesudahnya.</p> |

(Sumber: Undang-Undang 14/2001 tentang Paten dan Undang-Undang 19/2002

tentang Hak Cipta)

Berdasarkan penjabaran tersebut, baik paten maupun hak cipta tidak memberikan perlindungan terhadap PTEBT. Undang-Undang No. 19 tahun 2002 tentang Hak Cipta didalam pasal 10 memang memberikan perlindungan terhadap karya cipta yang tidak diketahui sumbernya atau masuk sebagai kategori *folklore*. Pasal 10

Ayat (1) UU No.19 Tahun 2002 tentang Hak Cipta berbunyi "Negara memegang Hak Cipta atas karya peninggalan prasejarah, sejarah dan benda budaya nasional lainnya"; dan ayat (2): "Negara memegang Hak Cipta atas folklor dan hasil kebudayaan rakyat yang menjadi milik bersama, seperti cerita, hikayat, dongeng, legenda, babad, lagu, kerajinan tangan, koreografi, tarian, kaligrafi, dan karya seni lainnya"; serta ayat (3) yang berbunyi "Untuk mengumumkan atau memperbanyak Ciptaan tersebut pada ayat (2), orang yang bukan warga negara Indonesia harus terlebih dahulu mendapat izin dari instansi yang terkait dalam masalah tersebut." Perlindungan dalam pasal 10 UU No. 19/2002 tentang Hak Cipta ini sungguh terbatas dan memiliki kelemahan. Hal pertama adalah pengaturan terhadap pemegang hak masih belum jelas, walaupun disebutkan Negara sebagai pemegang hak atas *folklore* (EBT) akan tetapi perlu diingat adanya peranan komunitas¹¹⁵ yang telah menjaga PTEBT selama ini. Kedua, *equitable sharing* atau hasil yang akan didapatkan juga belum ada pengaturannya, akan masuk kedalam kas negara atau ada *share* yang akan diberikan kepada komunitas. Ketiga adalah jangka waktu yang diberikan paten dan hak cipta sangatlah terbatas, sedangkan nilai utama dari PTEBT adalah keberadaannya yang telah lama dan tidak diketahui secara pasti kemunculannya dan penciptanya. Jika PTEBT dimasukkan kedalam sistem Paten atau Hak Cipta, terkait jangka waktu yang terbatas, maka PTEBT hanya akan memiliki waktu selama 20 tahun apabila Pengetahuan tradisional diindungi dengan sistem paten dan untuk Ekspresi Budaya Tradisional selama 50 tahun dengan sistem perlindungan Hak Cipta. Berdasarkan hal ini bisakah negara mendaftarkan PTEBT kedalam sistem paten

¹¹⁵ Peranan komunitas dapat dilihat dalam dasar filosofis dari perlindungan PTEBT.

atau hak cipta. Kelemahan inilah yang menjadi dasar perlu dibentuknya sistem perlindungan secara *sui generis*.

Sui generis merupakan pengaturan yang bersifat khusus dan unik yang memiliki perbedaan dengan sistem hukum lainnya. Konsep perlindungan secara *sui generis*, oleh para ahli dan negara berkembang dianggap sebagai sistem yang tepat untuk merumuskan perlindungan PTEBT. Seperti contohnya Perlindungan Varietas Tanaman, merupakan sistem hukum *sui generis* yang berbeda dengan perlindungan HaKI Konvensional. Perlindungan Varietas Tanaman dipisahkan dari HaKI Konvensional karena tidak memiliki kriteria yang sama didalamnya.

Dalam *draft WIPO Provision of Protecting Traditional Knowledge and Folklore* (TKF/PTEBT) terdapat beberapa prinsip yang harus dilindungi, secara garis besarnya adalah sebagai berikut

Tabel 2
Prinsip-Prinsip Perlindungan PTEBT

| No. | Prinsip | |
|-----|---|--|
| | Pengetahuan Tradisional | Ekepresi Budaya Tradisional |
| 1. | <i>Responsiveness to the needs and expectations of traditional knowledge holders.</i> Tanggapan terhadap kebutuhan dari pemilik pengetahuan tradisional. | <i>Responsiveness to aspirations and expectations of relevant communities</i> Tanggapan terhadap aspirasi dan harapan bagi komunitas yang terkait. |
| 2. | <i>Equity and benefit sharing</i> Keadilan dan pembagian hasil | <i>Balance</i> Keseimbangan |
| 3. | <i>Respect for and cooperation with other and international and regional instruments and processes</i> Menghormati dan bekerjasama dengan instrumen dan proses lainnya di internasional dan regional | <i>Respect for and consistency with international and regional agreements and instruments</i> Menghormati dan kesesuaian dengan instrumen perjanjian internasional dan regional |
| 4. | <i>Flexibility and comprehensiveness</i> Kesesuaian dan kelengkapan | <i>Flexibility and comprehensiveness</i> Kesesuaian dan kelengkapan |
| 5. | <i>Recognition of the specific characteristics of traditional</i> | <i>Recognition of the specific nature and characteristics of cultural</i> |

| | | |
|-----|--|---|
| | <i>knowledge</i> Pengakuan dari karakter khusus dari pengetahuan tradisional | <i>expression</i> Pengakuan terhadap sifat alami dan karakteristik dari ekspresi budaya |
| 6. | <i>Consistency with existing legal system governing access to associated genetic resource</i> Konsisten dengan peraturan yang telah ada terkait dengan Sumberdaya Genetik | <i>Complementarity with protection of traditional knowledge</i> Melengkapi dengan perlindungan pengetahuan tradisional |
| 7. | <i>Recognition of Rights</i> Pengakuan atas Hak | <i>Respect for rights of and obligations towards indigenous peoples and other traditional communities</i> Menghormati hak dan kewajiban terhadap masyarakat asli dan komunitas tradisional lainnya |
| 8. | <i>Respect of customary use and transmission of traditional knowledge</i> Menghormati penggunaan kebiasaan dan penyebaran dari pengetahuan tradisional | <i>Respect for customary use and transmission of TCEs/EoF</i> Menghormati penggunaan kebiasaan dan penyebran dari ekspresi budaya tradisional |
| 9. | <i>Effectiveness and accesibility of protection</i> Keefektifan dan akses perlindungan | <i>Effectiveness and accessibility of measures for protection</i> Keefektifan dan akses terhadap tindakan perlindungan |
| 10. | <i>Providing assistance to address the needs of traditional knowledge holders</i> Menyediakan bantuan untuk menyampaikan kebutuhan pemilik pengetahuan tradisional | |

(Sumber: *Draft WIPO Provision*)

Prinsip yang telah disebutkan dalam *Draft WIPO Provision*, menjabarkan secara khusus terkait dengan perlindungan PTEBT. Seperti adanya pengakuan terhadap hak *indigenous people*, yang memang selama ini telah mempertahankan dan mengembangkan keberadaan PTEBT. Selanjutnya disebutkan tentang prinsip keseimbangan (*Balance Principle*) yang telah mengapresiasi *indigenous people* dalam memelihara PTEBT, hal ini ditandai dengan adanya pembagian

hasil yang seimbang (*benefit sharing*) dari hasil penggunaan PTEBT.¹¹⁶ Sebagaimana *balance principle* yang terdapat dalam sistem HaKI Konvensional yang mengakui adanya hak individu dan mengapresiasikannya dengan memberikan royalti sebagai hasil adanya komersialisasi.

Prinsip-prinsip diatas telah membawa pemahaman yang besar terhadap PTEBT, ketika mengkaji lebih jauh pengaturan yang ada dalam pengaturan HKI ataupun Keanekaragaman Hayati tidak menjelaskan secara spesifik mengenai PTEBT. CBD, hanya menjelaskan konsep penggunaan pengetahuan tradisional yang memang terasosiasi kepada keanekaragaman hayati, pendefinisian pun hanya merupakan pendekatan untuk memberikan arti bagi pengetahuan tradisional yang selama ini tidak pernah memiliki arti baku. Sebagaimana CBD, TRIPs juga tidak mengatur dan memberikan perlindungan atas PTEBT.

Hal ini memacu para pengamat PTEBT khususnya organisasi kelompok asli (*indigenous people, native, cultural community*) yang mengajukan untuk dibentuknya rezim *sui generis* dalam memberikan perlindungan PTEBT kepada negaranya atau secara internasional. Sebagai contoh Philippines telah memiliki Undang-Undang *sui generis*nya yaitu *Indigenous People Right Act (Republic Act 8371)* dengan penggunaan dan perlindungan PTEBT yang berbasis pada hak komunitas, tidak hanya Philippines tetapi Guatemala dengan *Cultural Heritage Protection National Law (NO. 26-97, as amended in 1998)* telah menglegislasikan

¹¹⁶ Sebagai contoh Undang-Undang *Sui Generis* Brazil menyebutkan dalam Pasal 24 tentang pembagian hasil yang seimbang:

“Keuntungan yang didapatkan dari perkembangan ekonomi terhadap produk dan proses yang dihasilkan dari kekayaan genetik yang berhubungan dengan Pengetahuan Tradisional... harus dibagikan dengan cara adil, diantara para pihak berdasarkan peraturan yang sesuai”

Undang-Undang Brazil telah berusaha menyebutkan indikasi asas keadilan dan keseimbangan yaitu (1) Divisi Keuntungan (2) Pembayaran royalti (3) Akses dan transfer (4) Lisensi tertutup dari produk ataupun jasa (5) Pelatihan sumber daya manusia.

perlindungan PTEBT secara *sui generis* untuk menghindari adanya Missappropriation¹¹⁷ dari pihak asing. WIPO yang telah lama menyelenggarakan Forum IGC GRTKF, pada tahun 2002 telah dikaji sistem *sui generis* untuk melindungi Pengetahuan Tradisional.¹¹⁸ Berdasarkan pendapat dari delegasi Algeria yang mewakili negara-negara Afrika menyatakan:

“[...] WIPO should determine which categories of traditional knowledge could be protected under existing legislation. For the other categories, WIPO should develop new *sui generis* mechanisms in order to ensure adequate protection.”¹¹⁹

Delegasi Algeria meminta agar WIPO mengembangkan mekanisme dengan sistem *sui generis* yang baru untuk melindungi *traditional knowledge* sebagai perlindungan yang sesuai. Sebagaimana yang telah dirumuskan oleh WIPO dan UNESCO terhadap *Model Law* yang pernah dibuat terhadap folklore yaitu *UNESCO-WIPO Model Provision For National Laws on The Protection of Expression of Folklore against Illicit Exploitation and Other Prejudicial Actions*. Berikut adalah tabel perbandingan Sistem HaKI Konvensional dan Sistem *Sui Generis* dalam memberikan perlindungan PTEBT

Tabel 3
Perbandingan Perlindungan Hukum PTEBT dengan Sistem HaKI Konvensional dan *Sui Generis*

| No. | Perlindungan | HaKI Konvensional | <i>Sui Generis</i> |
|-----|--------------------|--|---|
| 1. | Obyek Perlindungan | Individual/ <i>Private</i> | Kelompok/ <i>Communal</i> |
| | Penjelasan | HaKI Konvensional seperti Hak Cipta dan Paten hanya mengakui | <i>Sui Generis</i> dapat memberikan kesempatan bagi hak kelompok agar |

¹¹⁷ *Misappropriation* yaitu suatu usaha dari pihak asing untuk menggunakan dan memanfaatkan pengetahuan tradisional secara melawan hukum.

¹¹⁸ *Elements Of A Sui Generis System For The Protection Of Traditional Knowledge*, 3rd Session, wipo/grtkf/ic/3/8.

¹¹⁹ See *Intergovernmental Committee on Intellectual Property and Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore, Second Session, Report, adopted by the Committee*, WIPO document WIPO/GRTKF/IC/2/16, of December 14, 2001, at paragraph 17.

| | | | |
|----|--------------------|--|--|
| | | dan memberikan perlindungan kepada individu sebagai pencipta atau inventor. | mendapatkan perlindungan yang sesuai. |
| 2. | Jangka Waktu | Terbatas | Tidak terbatas |
| | Penjelasan | Bagi Hak Cipta melindungi suatu karya ciptaan selama 50 tahun setelah pencipta meninggal dunia, dan bagi paten selama 20 tahun setelah pencipta meninggal dunia, setelah masa perlindungan habis maka masuk sebagai <i>public domain</i> . | Perlindungan dapat diberikan selama kelompok (<i>indigenous people</i>) memelihara PTEBT. |
| 3. | Sifat Perlindungan | Tidak mencakupi perlindungan PTEBT | Khusus |
| | Penjelasan | HaKI Konvensional tidak pernah secara tegas menyebutkan bentuk perlindungan terhadap PTEBT. | Dengan menggunakan sistem <i>Sui Generis</i> , PTEBT dapat diatur secara jelas mengenai perlindungannya. <i>Sui Generis</i> ditujukan memberikan perlindungan dengan karakteristik yang khusus berbeda dengan pengaturan yang telah ada. |

(Sumber: Data Sekunder dikelola 2010)

Dengan membandingkan konsep perlindungan yang ada didalam sistem HKI Konvensional dengan jelas dapat dilihat kurangnya perlindungan yang diberikan terhadap PTEBT. Selama ini HKI Konvensional hanya dijadikan pendekatan untuk memberikan perlindungan kepada PTEBT, walaupun tidak memiliki kriteria yang sesuai dengan karakteristik PTEBT. Diciptakannya sistem perlindungan secara sui generis lebih banyak memiliki kesempatan untuk menjabarkan secara pasti pengaturan PTEBT dan model perlindungannya, baik pendefinisian, penggunaan PTEBT, pemegang hak, serta pembagian keuntungan,

sehingga jelas bagaimana PTEBT dilindungi dan tidak akan masuk kedalam “grey area” dalam peraturan perundang-undangan ataupun konvensi internasional.

B. Analisa Strategi Kebijakan Negara Berkembang Dalam Rangka Memberikan Perlindungan PTEBT

1. Dasar Filosofis Perlindungan PTEBT

Sejak dibentuknya forum perlindungan terhadap PTEBT, banyak para ahli dari negara berkembang maupun dari negara maju mencari dasar (filosofi) dibentuknya traktat perlindungan PTEBT. Sejauh ini ada beberapa hal yang dapat dijadikan sebagai dasar filosofi dari perlindungan PTEBT, yaitu:

a. Hak Asasi Manusia

Konsep perlindungan PTEBT dengan pengajuan draft dari negara berkembang, harus berdasarkan pada asas *Human Rights*. Hukum Internasional telah mengkodifikasikan tiga instrumen perlindungan Hak Asasi Manusia, yang yang pertama adalah *Universal Declaration of Human Rights* (UDHR), yang kedua adalah *International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights* (ICESCR) dan yang ketiga adalah *International Covenant on Civil and Political Rights* (ICCPR). Dalam perlindungan Hak Asasi Manusia tersebut terdapat lima kategori hak yang berbeda yaitu sipil, politik, sosial, ekonomi, dan budaya. Konsep perlindungan PTEBT ini masuk kedalam hak asasi manusia yang bersifat hak budaya. Berdasarkan pasal 27 (2) Deklarasi Hak Asasi Manusia (HAM) se-Dunia mengatakan “setiap orang memiliki hak untuk mendapatkan perlindungan (moral dan materil) yang diperoleh dari ciptaan ilmiah, kesusastraan atau artistik dalam hal dia sebagai pencipta”. Pasal ini juga memberikan jaminan perlindungan yang sama terhadap perlindungan HaKI Konvensional dan merupakan dasar

filosofis dari implementasi perlindungan HaKI. Hak Asasi Manusia merupakan hak dasar yang melekat pada manusia dan tidak dapat dikesampingkan atau dilanggar. Dasar filosofis pada perlindungan PTEBT merupakan Hak Asasi Manusia yang berada di dalam kelompok (*communal*) sedangkan Hak Asasi Manusia yang menjadi dasar dari perlindungan HaKI adalah Hak Asasi Manusia yang bersifat pribadi (*privat*). Hak Asasi Manusia yang merupakan Hak kelompok (*communal*) yang berasal dari *Indigenous People, Tribal Community, Cultural Community*, sebagaimana hak kelompok telah diakui oleh *United Nations*:

*Indigenous peoples have the right to the full enjoyment, as a collective or as individuals, of all human rights and fundamental freedoms as recognized in the Charter of the United Nations, the Universal Declaration of Human Rights and international human rights law.*¹²⁰

Pada perlindungan PTEBT komunitas (termasuk *indigenous people, tribal community, dan cultural community*) memiliki peranan penting dalam melaksanakan perlindungan dan pelestarian PTEBT selama ini. Peranan komunitas tersebut seperti yang terdapat di Indonesia masih dapat mempertahankan keberadaan PTEBT. *Indigenous people* merupakan pengertian dari penduduk asli yang telah lama tinggal disuatu wilayah yang memang memiliki interaksi kuat dengan PTEBT. *"There is a relationship, in the laws or philosophies of indigenous peoples, between cultural property and intellectual property, and the protection of both is essential to the indigenous peoples' cultural and economic survival"*¹²¹. *Indigenous People* dalam kaitannya dengan

¹²⁰ Article 1 of United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples, UN GA Res. 61/295 September 2007.

¹²¹ Lorie Graham and Stephen McJohn, *Indigenous Peoples and Intellectual Property*, Washington University 19 Washington University Journal of Law & Policy 313 2006; Resolution of SubCommission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities, E/CN.4/Sub.2/1992/30, 1992/35 (Aug. 27, 1992), this paper is available at: <http://ssrn.com/abstract=956643>.

Pengetahuan Tradisional telah diakui oleh masyarakat internasional *according to which, traditional knowledge involves “innovations and practices of indigenous and local communities embodying traditional lifestyles relevant for the conservation and sustainable use of biological diversity”*¹²²

Perlindungan PTEBT juga merupakan wujud dari perlindungan HAM dimana masyarakat masih memiliki kepentingan yang harus dilindungi terkait dengan keberlangsungan hidup mereka, seperti contoh, *Indigenous people, Tribal community, Cultural Community* merupakan komunitas yang telah melestarikan kebudayaannya dalam perkembangan globalisasi, komunitas tersebut masih belum bisa memahami perlindungan HaKI Konvensional dan juga terhadap perlindungan budayanya, hal ini memicu orang luar untuk menggunakan PTEBT yang berangkat dari masyarakat adat dan mendapat keuntungan tanpa sepengetahuan masyarakat adat tersebut atau pun tanpa mendapatkan keuntungan dari pengetahuan adat yang telah digunakan oleh orang yang tidak turut serta dalam melestarikan pengetahuan adat tersebut.

b. Kepemilikan Umum (*Public Domain*)

Public Domain merupakan dasar perlindungan PTEBT, pengertian *Public domain* adalah sumber hukum legal yang dapat diakses secara bebas (gratis) atau dengan biaya tertentu secara luas.¹²³ Dalam penulisan ini definisi atas *Public Domain* digunakan sebagai elemen yang berbeda dalam HaKI, yang tidak dapat dimiliki secara pribadi (*privat*) tetapi dapat digunakan oleh masyarakat umum.

Public Domain pada umumnya sering dikaitkan dengan Pengetahuan Tradisional.

Pengetahuan Tradisional yang berasal dari *indigenous people, tribal community*

¹²² Article 8 (j) Convention on Biological Diversity (CBD).

¹²³ Anupam Chander and Madhavi Sunder, *The Romance of The Public Domain*, California Law Review, 2004. <http://creativecommons.org/licenses/by-nc/2.0/legalcode>.

and cultural community merupakan hak semua orang untuk dapat menikmatinya, seperti contohnya adalah obat-obatan tradisional yang berasal dari Pengetahuan Tradisional tidak dapat dipatenkan dengan sistem HaKI Konvensional. Kepemilikan obat-obatan dari Pengetahuan Tradisional seharusnya milik masyarakat umum (*public domain*), dengan mematenkan obat-obatan tradisional akses masyarakat akan terbatas dengan sistem paten. Banyak obat-obatan dari pengetahuan tradisional yang telah dipatenkan oleh Negara-negara maju dan mereka mendapatkan keuntungan sendiri dari hasil paten obat-obatan tradisional tersebut. Ironisnya, masyarakat tradisional ataupun lokal sulit untuk mendapatkan (mengakses) obat-obatan tradisional yang berasal dari pengetahuan tradisional sebagai pengetahuan mereka sendiri karena adanya harga obat yang mahal dan khusus dijual di daerah atau negara tertentu. Perlu diingat masyarakat tradisional ataupun masyarakat lokal banyak yang berada dibawah standar kemiskinan, mengingat masyarakat tradisional lebih banyak berasal dari negara berkembang dibandingkan dengan negara maju. *Public Domain* ini-lah yang menjadikan basis bagi *Traditional Knowledge* untuk mendapatkan perlindungan agar dapat mensejahterakan kehidupan masyarakat tradisional.

c. Identitas Bangsa

Pengajuan draft perlindungan PTEBT banyak berasal dari negara berkembang karena Negara Berkembang memiliki keanekaragaman budaya dan pengetahuan tradisional yang khas dan ingin mendapatkan pengakuan oleh masyarakat internasional. Indonesia dengan keanekaragaman budaya tradisionalnya telah lama terkenal dimata dunia, tidak hanya Indonesia seperti Thailand, Filipina, Africa, dan Negara-negara Amerika Latin memiliki

kebudayaan khas yang sudah terkenal dimata dunia dan *Icon* Kebudayaan sering dijadikan Identitas Negeranya dalam rangka mendapatkan pengakuan dan menarik perhatian masyarakat internasional untuk berkunjung (berlibur) ke Negeranya. Dalam kasus batik, Indonesia telah menyatakan tegas batik berasal dari Indonesia sebelum mendapatkan pengakuan dari UNESCO. Setelah beberapa tahun memperjuangkan mendaptkan pengakuan dari UNESCO bahwa batik berasal dari Indonesia pada tahun 2008 UNESCO telah menyatakan secara jelas bahwa Batik adalah milik Indonesia akan tetapi dalam pengakuan UNESCO Batik adalah Warisan Budaya Indonesia yang mendapatkan pengaruh dari kebudayaan China, Arab, dan India.¹²⁴ UNESCO Mengakui Wayang Sebagai “*Indonesian Intangible Cultural Heritage*” dengan menyebutkan “*Wayang stories borrow characters from Indian epics and heroes from Persian tales*”.¹²⁵ Tidak hanya batik saja yang diperjuangkan oleh Indonesia untuk diakui oleh masyarakat internasional, banyak kebudayaan (dalam hal ini EBT) seperti makanan, tarian dan ekspresi budaya lainnya.

d. Pembagaian Keuntungan (*Benefit Sharing*)

Konsep perlindungan PTEBT ditujukan agar dapat mensejahterakan masyarakat tradisional yang telah berupaya melestarikan PTEBT tetap ada sampai sekarang ini. Pengetahuan Tradisional dan Ekspresi Budaya Tradisional dapat mendatangkan keuntungan tertentu. Seperti penggunaan kebudayaan Indonesia oleh negara asing yang harus mendapatkan izin terlebih dahulu dari Indonesia,

¹²⁴ Batik Indonesia Resmi diakui UNESCO, AntaraNews, Jumat 2 Oktober 2009, <http://www.antaranews.com/berita/1254491066/batik-indonesia-resmi-diakui-unesco>, diakses pada tanggal 5 Maret 2010.

¹²⁵ Indonesia – Information related to Intangible Cultural Haritage, <http://www.unesco.org/culture/ich/print.php?pg=00311&cp=ID> diakses pada tanggal 5 Maret 2010.

dan seharusnya ada nilai ekonomis yang dikeluarkan dari penggunaan negara lain. Malaysia yang menjadikan Tari Pendet sebagai *Icon* Kebudayaannya dalam promosi pariwisata budaya standarnya harus mendapatkan izin pemerintah Indonesia dengan membayarkan sharing kepada negara Indonesia. Akan tetapi belum adanya kejelasan aturan baik secara Internasional maupun secara Nasional membuat pembagian dan penyerahan benefit sharing menjadi tidak jelas dan tidak memiliki kekuatan hukum tetap untuk diaplikasikan oleh negara-negara. Hal ini sangatlah penting mengingat nilai ekonomis dari perlindungan PTEBT dapat mensejahterakan suatu negara dan juga akan mensejahterakan masyarakat tradisional yang telah melestarikan PTEBT. Pada dasarnya Nilai Ekonomi juga terdapat didalam HaKI Konvensional baik terhadap paten, hak cipta, merek, rahasia dagang. Semuanya memiliki nilai ekonomi yang dihasilkan dari masing-masing HaKI. Paten dalam pemberian Lisensi merupakan perjanjian yang diberikan oleh pemegang paten kepada pihak lain yang ingin menikmati manfaat ekonomi dari suatu paten yang dilindungi dalam jangka waktu tertentu dan syarat tertentu (UU No.14 Tahun 2001 tentang Paten, pasal 1 Ketentuan Umum).

2. Kasus Pelanggaran PTEBT

a. Amazon

Loren Miller, pada tahun 1984 sebagai pendiri dari perusahaan Tanaman Obat Internasional telah mengisi aplikasi atas varietas baru dan berbeda dari spesies *banisteriopsis caapi*, yang telah ditemukan tumbuh di wilayah hutan hujan Amazon, yang telah diberi label "*Da Vine*".¹²⁶ Berdasarkan aplikasi paten yang diajukan, Miller berkeinginan untuk menyelidiki tanaman tersebut untuk

¹²⁶ Miller, L., United States Plant Patent 5,751, June 17, 1986.

pengobatan kanker dan *psychotherapy*, pengajuan aplikasi paten Miller telah diterima pada tahun 1986, oleh Paten Amerika memperoleh *US Plant Patent 5.751*. Sesungguhnya, *Banisteriopsis caapi* telah memainkan peranan yang penting dibidang keagamaan dan pengobatan dalam sejarah dan tradisi dari masyarakat diwilayah Amazon, kulit kayu tanaman tersebut telah lama dijadikan minuman dalam upacara masyarakat setempat yaitu 'ayahuasca' sebagai persembahan yang sakral dan juga digunakan untuk upacara penyembuhan.

Dalam bahasa Quecha, penduduk asli Amerika Latin menyebutkan 'ayahuasca' sebagai *vine of the soul*. Sebenarnya tanaman ini bukan merupakan suatu invensi tetapi merupakan *discovery* (penemuan), hal ini dikarenakan tidak ada dokumentasi sebelumnya tentang tanaman ini, dan oleh Amerika telah diterima syarat kebaruan (*novelty*) dalam aplikasi paten Miller. Setelah pematenan oleh Miller telah menuai protes besar dai masyarakat lokal di Amazon yang meminta diadakannya pemeriksaan kembai, akan tetapi paten tersebut telah berhasil lulus dari pemeriksaannya dan mendapatkan batas waktu paten hingga 17 Juni 2003. Pematenan oleh Miller ini telah menimbulkan pertanyaan besar bagi para pengamat Traditional Knowledge, HKI, Varietas tanaman dan terlebih dari komunitas di Amazon yang telah menjadikan *banisteriopsis caapi* bagian dari kehidupan mereka, yaitu jika tidak adanya dokumentasi terhadap *banisteriopsis caapi* maka inventor harus membuktikan kebaruaran dari tanaman tersebut yang pada faktanya tanaman tersebut telah tumbuh beratus-ratus tahun di hutan hujan amazon dan telah lama dijadikan bagian dari pengetahuan tradisional sedangkan unsur novelty sangat mustahil untuk dibuktikan. Penggunaan pengetahuan tradisional seperti yang telah dijelaskan dalam konsep definisinya disampaikan

dari generasi ke generasi secara lisan, dan memang tidak terdokumentasi.¹²⁷

b. Gurun Kalahari (Afrika)

Kasus pelanggaran PTEBT pernah terjadi terhadap penduduk Gurun Kalahari yaitu *Xhomani San (Bushman)* di Afrika. Hal ini terjadi ketika beberapa orang peneliti dari Afrika Selatan yang bekerja untuk *South Africa's Council for Scientific and Industrial Research (CSIR)*, mempelajari tentang kehidupan suku Xhomani San. Setelah melakukan eksperimennya para peneliti tersebut mendaftarkan paten terhadap *Hoodia*, yaitu tanaman lokal yang tumbuh dilingkungan Gurun Kalahari dan telah lama dijadikan bagian dari sumber makanan suku Xhomani San. Paten tersebut didasarkan atas kegunaan tanaman *Hoodia* yang dijadikan sebagai obat peningkat daya tahan dalam melakukan kegiatan. Bagi CSIR, penemuan obat ini diharapkan dapat menjadi sebuah penemuan yang mengejutkan dibidang pengobatan dan mendapatkan keuntungan yang besar dari hasil tanaman *Hoodia*. Perusahaan Inggris yang bernama *Phytophram*, yang telah mengembangkan penemuan tersebut dan *Pfizer* yang telah memiliki lisensi eksklusif dalam menjual penemuan obat tersebut telah menikmati keuntungan yang besar. Hal ini sangat berbanding terbalik dengan suku Xhomani San, yang tidak mendapatkan keuntungan dari adanya penggunaan tanaman *Hoodia*. Akhirnya setelah mendapatkan protes, pada tahun 2002 CSIR setuju untuk membagi hasil keuntungan kepada suku Xhomani San.¹²⁸

¹²⁷ Commission on Intellectual Property Rights, *Traditional Knowledge and Geographical Indications*, Integrating Intellectual Property Rights and Development Policy Chapter 4, London, September 2002. Diakses pada tanggal 7 Juli 2010 melalui http://www.iprcommission.org/papers/pdfs/final_report/CIPRfullfinal.pdf

¹²⁸ Graham Dutfield, Op Cit Halaman 31.

3. Perjanjian Kerjasama Internasional Sebagai Jalur Perlindungan PTEBT.

Perlindungan PTEBT belum memiliki Instrumen Hukum tetap baik secara Internasional dan Nasional. Indonesia yang mengusahakan terbentuknya *Instrumen Legal Binding* dalam perundingan IGC-GRTKF, memanfaatkan forum ini agar segera dibentuknya payung hukum dan untuk negara-negara lain mengakui perlindungan PTEBT. Selama belum terbentuknya basis perlindungan PTEBT, sesungguhnya dapat dilakukan strategi lain untuk memberikan perlindungan PTEBT. Jalur perjanjian kerjasama internasional¹²⁹ antar negara dapat dilakukan sebagai jalur perlindungan lain dalam memberikan perlindungan PTEBT. Terbentuknya *Like Minded Countries* (LMCs) merupakan langkah awal konsep perlindungan bagi Indonesia untuk menggalang pemahaman yang sama dari negara-negara berkembang untuk diajukan ke forum IGC-GRTKF. Berdasarkan pasal 1 ayat 1 Undang-Undang No. 37 Tahun 1999 tentang Hubungan Luar Negeri menyebutkan:

Hubungan Luar Negeri adalah setiap kegiatan yang menyangkut aspek regional dan internasional yang dilakukan oleh Pemerintah di tingkat pusat dan daerah, atau lembaga-lembaganya, lembaga negara, badan usaha, organisasi politik, organisasi masyarakat, lembaga swadaya masyarakat, atau warga negara Indonesia.

Dibentuknya forum LMCs ini merupakan aplikasi dari praktek hubungan luar negeri, yang berdasarkan kerjasama Internasional. Forum LMCs ini diharapkan terbentuknya langkah-langkah kongkret dari negara-negara sepaham sampai terbentuknya *Instrumen Legal Binding* dan terus membuka peluang untuk

¹²⁹ Berdasarkan Undang-Undang No. 24 Tahun 2000 tentang Perjanjian Internasional dalam pasal 1 ayat 1 menyebutkan bahwa Perjanjian Internasional adalah perjanjian dalam bentuk dan nama tertentu yang diatur dalam hukum internasional yang dibuat secara tertulis serta menimbulkan hak dan kewajiban.

melakukan kerjasama internasional baik bilateral maupun multilateral *agreement* dalam melindungi PTEBT.

4. Penerapan Perlindungan PTEBT di Beberapa Negara Berkembang

a. India

Sama seperti Indonesia, India juga memiliki kekayaan akan budaya dan kepercayaan. Salah satu simbol terbesarnya adalah warisan atas kebudayaan suku India. Kerajinan, bahasa, kepercayaan, tarian, teknologi bercocok tanam dan sebagainya telah memainkan peranan penting dalam perkembangan negara India.

Akan tetapi sejauh ini peraturan nasional milik India tidak ada yang melindungi secara tegas atas Pengetahuan Tradisional dan Ekspresi Budaya Tradisional. Negara India sadar akan perlindungan yang harus diberikan kepada warisan dari nenek moyang mereka. Perlindungan terhadap pengetahuan tradisional dan ekspresi tradisional telah diterapkan oleh India, dalam bentuk *database*. *Database* ini bersifat *defensive protection*, yaitu perlindungan yang diberikan secara khusus sebagai salah satu dari perlindungan secara *sui generis* untuk menghindarkan adanya pelanggaran atau pencurian atas pengetahuan tradisional yang dimiliki oleh India.

Negara India telah mengembangkan *Library Digital Database* sebagai bukti kongkret perlindungan terhadap pengetahuan tradisionalnya. Sedangkan ekspresi budaya tradisional yang dimiliki oleh India hanya dilindungi melalui *conservation* atau pelestarian, karena bangsa India sendiri menganggap bahwa warisan atas ekspresi budaya mereka sebagai *common heritage of human kind*. Berbeda dengan *database* yang diakui dalam sistem HaKI untuk mendapatkan perlindungan dengan mekanisme yang jelas termasuk didalamnya *benefit sharing*

atas penggunaan pengetahuan tradisional baik tumbuh-tumbuhan ataupun *traditional skill/ know-how* dan adanya sanksi yang tegas, bagi perlindungan secara konservasi di India hanya bersifat melestarikan dan siapa saja bebas menggunakan ekspresi tradisional yang berasal dari India. Negara India tidak pernah berkeberatan bagi siapapun yang menggunakan ekspresi budaya mereka untuk dipertunjukkan dalam bentuk tarian, drama, ataupun lagu. Dalam prakteknya India memberikan perlindungan yang berbeda terhadap pengetahuan tradisional dan ekspresi budaya tradisional. *Defensive Protection* diberikan terhadap Pengetahuan Tradisional, sedangkan bagi Ekspresi Budaya Tradisional India memberikan perlindungannya dengan cara *conservation protection*, yang bersifat hanya melestarikan ekspresi budayanya.

b. Filipina

Filipina telah memberikan upaya perlindungan yang terkait dengan Pengetahuan tradisional dan Ekspresi Budaya Tradisional dengan memberikan perlindungannya berdasarkan *Republic Act Nomor 8371* tentang *Indigenous People Right Act*, menjabarkan tentang hak Indigenous People untuk memiliki, mengontrol, mengembangkan dan melindungi PTEBT. Dampak adanya Undang-undang *Indigenous People Right Act* ini memberikan hak *indigenous people* untuk memperoleh restitusi atas kekayaan tradisional yang dieksploitasi dikarenakan Undang-undang HKI Filipina tidak melindungi PTEBT.¹³⁰

¹³⁰ Priharniwati, Upaya Perlindungan Hak Kekayaan Intelektual terkait dengan Pendayagunaan Sumber Daya Genetik, Pengetahuan Tradisional, dan Ekspresi Folklor di tingkat Nasional dan Internasional, Media HKI Vol.IV/No.4/Agustus 2007, hlm 22.

c. Afrika

Negara-negara Afrika yang bersatu dalam OAU, *Organization of African Unity's* membentuk *model law* untuk melindungi Pengetahuan Tradisional yang dimilikinya yaitu *OAU Model Legislation for the Protection of the Rights of Local Communities, Farmers and Breeders, and for the Regulation of Access to Biological Resource covers community rights*. Diciptakannya *Model Law* ini karena Negara-negara Afrika sadar bahwa adanya hak komunitas yang telah lama ada dan berasal dari kebiasaan masyarakat lokal dan diturunkan dari generasi ke generasi yang tidak memiliki perlindungan hukum di negaranya. Jauh sebelum adanya hak individu, kepemilikan hak komunitas telah lama ada dan berkembang terhadap pengetahuannya, hak komunitas ini oleh *OAU Model Law* dianggap sebagai hak dasar dan natural sebagaimana yang telah tercantum dalam pembukaannya.

5. Perkembangan dan Tujuan Perlindungan PTEBT di Indonesia

a. Pelanggaran Kasus PTEBT di Indonesia

1.) Kasus Shiseido

Perusahaan kosmetik Jepang yaitu Shiseido, telah mendaftarkan patent di Eropa atas sebelas bahan baku yang berbeda milik pengobatan tradisional Indonesia atau yang dikenal dengan sebutan 'Jamu'. Ketika mengetahui adanya pematenan jamua-jamuan Indonesia oleh Jepang telah mendapatkan protes yang keras dari beberapa kelompok di Indonesia seperti BioTani Foundation/ PAN Indonesia. Setelah mendapat protes, Shiseido menarik daftar patenya di Eropa pada tanggal 24 Januari 2002. Obat-obatan herbal di Indonesia dan pengetahuannya telah menjadi subyek dari daftar paten Jepang oleh Shiseido,

sebagai perusahaan kosmetik terbesar di Jepang. Salah satu obata-obatan herbal (jamu) yang telah dipatenkan adalah Cabe Jawa (*Piperacea*) yang digunakan untuk tonik rambut serta bahan lainnya adalah Orang Aring (*Elcipta alba*), Jangkang (*Sterculia foetida*), Meniran (*Phyllanthuss niruri*), Mrico bolong (*Boesenbergia pandurata*). Semua obat-obatan herbal ini berasal dari pengetahuan tradisional indonesia yang oleh komunitasnya telah dikembangkan dan dilestarikan untuk obata-obatan tradisional (jamu). Pada tahun 1995, lebih dari 35 tanaman herbal yang telah menjadi 20 sybyek paten oleh Perusahaan kosmetik Shiseido Jepang, termasuk lempuyang yang telah memiliki nomor lisensi paten yaitu WO09963950A1, JP100299242A, JP09169628A, JP09169627A, JP09071522A, yang telah digunakan untuk *anti-aging* (anti-penuaan) serta di tahun 1999 Shiseido telah berhasil memformulasikan produk pemutih kulit yang berbahan dasar lempuyang.¹³¹

2.) John Hardy

John Hardy International Ltd. merupakan perusahaan internasional dibidang perhiasan. Perusahaan tersebut telah menuduh salah satunya pegawainya, Ketut Deni Aryasa, atas tindakan ilegal menduplikasikan hak cipta dari motif perhiasan perusahaan tersebut yaitu "Batu Kali" yang merupakan bagian dari "Crocodile Skin". Perusahaan tersebut memiliki hak cipta atas 800 motif tradisional Indonesia, 12 diantaranya motif tradisional Bali yang telah lama digunakan oleh seniman perak Indonesia di Celuk, Gianyar. Motif tersebut berupa "Palu" motif yang biasanya digunakan seniman Bali. Tidak hanya motif Bali saja yang telah didaftarkan oleh perusahaan tersebut akan tetapi motif seperti "Tulang

¹³¹ Riza V. Tjahjadi, *Hak Petani atas Penemuan: HaKI untuk Petani*, Makalah dalam Konferensi 15 Infid, Jakarta 28 Oktober 2008, Biotani & Bahari Indonesia.

Naga" yang berasal dari Lumajang, Jawa Timur, dan "Batik Kawung" motif yang biasanya digunakan untuk membuat batik di Yogyakarta dan Solo serta motif "Dayak" dari Kalimantan.¹³²

b. *Like Minded Countries Meeting*

Negara berkembang sedang berusaha keras untuk mengembangkan sistem HaKI baru terkait dengan perlindungan *Genetic Resource, Traditional Knowledge and Folklore* (GRTKF) yang menyeimbangi antara standar perlindungan dan kemajuan dari kondisi negaranya. Sejak belum terbentuknya instrumen hukum internasional yang mengatur mengenai konsep perlindungan GRTKF, hal yang dapat dilakukan adalah menyerahkan upaya perlindungan kepada masing-masing negara. Dengan semangat kerjasama melalui organisasi regional maupun internasional, negara berkembang berusaha untuk membuat mekanisme perlindungan nasional terhadap GRTKF-nya.¹³³ Pemerintah Indonesia telah ikut berperan aktif dalam setiap pembahasan di *WIPO-Intergovernmental Committee on Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore* (IGC-GRTKF) dan menggalang posisi bersama dengan *Like-Minded Countries* (LMCs) atau negara yang sepaham dalam berbagai perundingan multilateral. Dalam kaitan ini, IGC-GRTKF merupakan suatu forum yang tepat dalam penentuan bentuk perlindungan SDGPTEBT secara internasional.

¹³² Irawaty Wardany, *Expert defends local artisan in copyright violation case*, The Jakarta Post, Denpasar, Wed, 07/09/2008 <http://www.thejakartapost.com/news/2008/07/09/expert-defends-local-artisan-copyright-violation-case.html> diakses pada tanggal 5 Maret 2010.

¹³³ Seminar on Genetic Resource and Protection of Traditional Knowledge, The Protection of Traditional Knowledge and Genetic Resources in Indonesia, 2008/SOM3/IPEG/SEM, Lima, Peru, 13-14 Agustus 2008.

Pada tanggal 23-27 November 2009 bertempat di Bali, Indonesia sebagai pemerksa telah mengadakan *Like-Minded Countries Meeting* (LMCM) yang dihadiri oleh 17 negara (Algeria, Angola, Bangladesh, Brazil, Ecuador, Egypt, India, Indonesia, Malaysia, Mexico, Nepal, Oman, Senegal, South Africa, Thailand, Zambia dan Zimbabwe). Pertemuan LMCs ini dimaksudkan untuk mengkonsolidasikan posisi negara-negara yang tergabung dalam LMCs dan dalam rangka menyusun *draft International Legal Instrument* (ILI) sebagai *text-based negotiation* negara-negara berkembang dalam pertemuan WIPO IGC-GRTKF. Pertemuan ini sebelumnya diawali dengan Pertemuan Persiapan (*Preparatory Meeting*) yang berlangsung di Montreux, Swiss tanggal 29-30 Oktober 2009. Dalam pertemuan tersebut telah disusun *consolidated text* yang terdiri dari: (i) WIPO *draft Treaty for the Protection of Traditional Cultural Expressions* (TCE), dan (ii) WIPO *draft Treaty for the Protection of Traditional Knowledge* (TK) untuk dipergunakan sebagai dasar rujukan posisi negara berkembang bagi penyusunan “*text-based negotiation*” traktat GRTKF. Posisi tersebut selanjutnya telah di sampaikan oleh LMC dalam pertemuan IGC-GRTKF WIPO ke-15, di Jenewa, 7-11 Desember 2009.

Pada Pertemuan IGC-GRTKF ke-15 tersebut telah dilakukan *working exercise* atas dokumen (*consolidated text*) hasil pertemuan Bali oleh negara berkembang sehingga Pertemuan IGC ke-15 telah menunjukkan kemajuan dengan dimulainya “*text-based negotiations*”, dimana telah melakukan *proposed amendments*, *addition* dan *deletion* terhadap dokumen yang ada. Pertemuan LMCM Bali juga menyepakati pembentukan *networking* antar negosiator dan *experts* untuk mendapatkan masukan substantif bagi pengembangan *consolidated*

text atau *text-based negotiation* dalam kerangka IGC-GRTKF. Pertemuan juga sepakat untuk melanjutkan proses LMCs melalui pertemuan reguler baik di Jenewa maupun di negara anggota LMCC. Pertemuan reguler ini diharapkan dapat semakin memperkuat posisi LMCs dalam negosiasi di WIPO IGC hingga pertemuan selanjutnya dan menghasilkan basis perlindungan PTEBT.¹³⁴

c. Formulasi Strategi Perlindungan PTEBT

Memahami konsep perbandingan perlindungan PTEBT dengan HaKI Konvensional dan sistem perlindungan secara *Sui Generis*, Indonesia harus mengambil langkah untuk dibuatnya peraturan perundang-undangan yang memberikan perlindungan bagi PTEBT. Model Hukum yang dapat digunakan adalah model law secara *sui generis*, walaupun Indonesia telah memiliki RUU Pengetahuan Tradisional dan Ekspresi Budaya Tradisional, masih banyak yang harus dikaji dan diteliti terkait dengan PTEBT. Hal ini dirasakan karena perlindungan dalam bentuk peraturan perundang-undangan saja tidak cukup.

Rancangan Undang-Undang PTEBT menyebutkan bentuk perlindungan yang sesuai dengan pembahasan dari penggunaan sistem *sui generis* dalam melindungi PTEBT yaitu:¹³⁵

Pasal 16: Pihak yang Menerima Hasil Pemanfaatan

- (1) Kustodian Pengetahuan Tradisional dan Ekspresi Budaya Tradisional berhak menerima pembagian hasil pemanfaatan dari Pemegang Izin Akses Pemanfaatan sesuai dengan kesepakatan yang dituangkan di dalam perjanjian pemanfaatan.
- (2) Hasil pemanfaatan yang diterima sebagaimana dimaksud pada ayat 1 harus dapat memberikan kontribusi dalam rangka pelestarian dan pengembangan PT dan EBT

¹³⁴ Direktorat Jendral Hukum dan Perjanjian Internasional, Bahan Masukan Raker KEPKRIS RI, Jakarta, 4-9 Februari 2010.

¹³⁵ Rancangan Undang-Undang Pengetahuan Tradisional dan Ekspresi Budaya Tradisional

Pasal 4 ayat 1: Bentuk Perlindungan

Bentuk Perlindungan Pengetahuan Tradisional dan Ekspresi Budaya Tradisional meliputi pencegahan dan/atau pelarangan terhadap:

- a. Pemanfaatan yang dilakukan tanpa izin akses pemanfaatan dan perjanjian pemanfaatan oleh orang asing atau badan hukum asing atau badan hukum Indonesia penanaman modal asing;
- b. Pemanfaatan oleh setiap orang atau badan hukum baik asing maupun Indonesia yang dalam pelaksanaan pemanfaatannya tidak menyebutkan dengan jelas asal wilayah dan komunitas atau masyarakat yang menjadi sumber Pengetahuan Tradisional dan Ekspresi Budaya Tradisional tersebut; dan/atau Pemanfaatan oleh setiap orang atau badan hukum baik asing maupun Indonesia yang dilakukan secara tidak patut, menyimpang dan menimbulkan kesan tidak benar terhadap masyarakat terkait, atau yang membuat masyarakat tersebut merasa tersinggung, terhina, tercela, dan/atau tercemar.

Rancangan Undang-Undang yang dimiliki oleh Indonesia pada dasarnya harus mencakupi perlindungan PTEBT yang memiliki karakteristik berbeda dengan HaKI Konvensional, karena prinsip yang dimiliki oleh PTEBT juga berbeda dengan HaKI yang lebih melindungi hak-hak individu.

Indonesia yang memiliki keanegaraman budaya yang pastinya memiliki PTEBT yang bervariasi harus memiliki inventarisir yang jelas terhadap PTEBT. Sebagaimana *Traditional Knowledge Digital Library* (TKDL) yang dimiliki oleh India dalam menginventaris pengetahuan tradisionalnya agar tidak terjadi *misappropriation* dari negara lain dan juga sebagai bukti dalam pengajuan aplikasi paten terkait dengan *novelty* (kebaharuan), dengan sistem *digital library* ini dapat diketahui apakah aplikasi paten memenuhi unsur *novelty* atau tidak. Indonesia dapat menerapkan sistem ini untuk melindungi Pengetahuan Tradisional dan Ekspresi Budaya Tradisionalnya dengan memiliki data yang jelas dari masing-masing daerah. Hal ini juga mencegah adanya pelanggaran PTEBT yang sering dialami oleh Indonesia, seperti *bio-piracy* dan claim budaya oleh pihak asing.

Negara-negara berkembang, termasuk Indonesia, menghendaki pemberian perlindungan hukum terhadap PTEBT secara *sui generis* karena rezim HaKI konvensional kurang memberikan perlindungan hukum terhadap PTEBT. Adapun Strategi kebijakan negara-negara berkembang dalam upaya pemberian perlindungan hukum terhadap PTEBT adalah: 1) Menciptakan *database* atas Pengetahuan Tradisional untuk memberikan *defensive protection* bagi Pengetahuan Tradisional (di India); 2) Memberikan *conservation protection* bagi Ekspresi Budaya Tradisional (di India); 3) Menciptakan undang-undang *sui generis* untuk melindungi hak masyarakat adat beserta kekayaan tradisionalnya (di Filipina); 4) Membentuk *Model Law* untuk melindungi Pengetahuan Tradisional di negara-negara Afrika (di Afrika); 5) Mengorganisasikan negara-negara yang memiliki pemahaman yang sama terhadap perlindungan PTEBT dalam pertemuan-pertemuan *Like Minded Countries* dan aktif dalam forum IGC-GRTKF (di Indonesia); 6) Negara-negara berkembang yang tergabung dalam *Like Minded Countries* melakukan persuasi dalam forum-forum IGC-GRTKF yang diselenggarakan oleh *World Intellectual Property Organisation* untuk terciptanya Perjanjian Internasional yang melindungi PTEBT ; 7) Negara-negara berkembang menyusun *draft International Legal Instrument (ILI)* sebagai *text-based negotiation* untuk dibawa dalam pertemuan-pertemuan yang diselenggarakan WIPO yang mengarah pada pembentukan perjanjian internasional di bidang PTEBT.

BAB V

PENUTUP

A. Kesimpulan

Bedasarkan pembahasan permasalahan pada bab sebelumnya, yaitu membandingkan konsep perlindungan PTEBT berdasarkan rezim HaKI Konvensional dan Rezim *Sui Generis*, serta memformulasikan strategi kebijakan terhadap perlindungan PTEBT, penulis mengambil kesimpulan:

1. Dengan membandingkan konsep perlindungan yang ada didalam sistem HaKI Konvensional baik dalam pengaturan nasional ataupun internasional dengan jelas dapat dilihat kurangnya perlindungan yang diberikan terhadap PTEBT. Selama ini HaKI Konvensional, seperti hak cipta, paten indikasi geografis telah banyak digunakan oleh para ahli untuk mengidentifikasi PTEBT secara umum dan hanya dijadikan pendekatan untuk memberikan perlindungan kepada PTEBT, walaupun tidak memiliki kriteria yang sesuai dengan karakteristik PTEBT karena HaKI Konvensional memberikan perlindungan secara *private* dan tidak pernah memberikan perlindungan secara *communal*, terlebih terhadap *traditional community*. Sedangkan perlindungan dengan sistem *Sui Generis* lebih tepat digunakan untuk memberikan perlindungan PTEBT karena sifatnya yang khusus dan lebih banyak memiliki kesempatan untuk menjabarkan secara pasti pengaturan PTEBT serta model perlindungannya, baik pendefinisian, penggunaan PTEBT, pemegang hak, serta pembagian keuntungan, sehingga jelas bagaimana PTEBT dilindungi

dan tidak akan masuk kedalam “*grey area*” dalam peraturan perundang-undangan nasional ataupun konvensi internasional.

2. Negara-negara berkembang menghendaki pemberian perlindungan hukum terhadap PTEBT secara *sui generis* karena rezim HaKI konvensional kurang memberikan perlindungan hukum terhadap PTEBT. Strategi kebijakan negara-negara berkembang dalam upaya pemberian perlindungan hukum terhadap PTEBT adalah: 1)Menciptakan *database* atas Pengetahuan Tradisional untuk memberikan *defensive protection* bagi Pengetahuan Tradisional (di India); 2)Memberikan *conservation protection* bagi Ekspresi Budaya Tradisional (di India); 3)Menciptakan undang-undang *sui generis* untuk melindungi hak masyarakat adat beserta kekayaan tradisionalnya (di Filipina); 4)Membentuk *Model Law* untuk melindungi Pengetahuan Tradisional di negara-negara Afrika (di Afrika); 5)Mengorganisasikan negara-negara yang memiliki pemahaman yang sama terhadap perlindungan PTEBT dalam pertemuan-pertemuan *Like Minded Countries* dan aktif dalam forum IGC-GRTKF (di Indonesia); 6)Negara-negara berkembang yang tergabung dalam *Like Minded Countries* melakukan persuasi dalam forum-forum IGC-GRTKF yang diselenggarakan oleh *World Intellectual Property Organisation* untuk terciptanya Perjanjian Internasional yang melindungi PTEBT ; 7)Negara-negara berkembang menyusun *draft International Legal Instrument (ILI)* sebagai *text-based negotiation* untuk dibawa dalam pertemuan-pertemuan yang diselenggarakan WIPO yang mengarah pada pembentukan perjanjian internasional di bidang PTEBT.

B. Saran

1. Perlindungan terhadap PTEBT harus memiliki pengaturan yang jelas dan tegas baik di level nasional maupun di level internasional. Perumusan perlindungan PTEBT dapat mengatasi permasalahan yang ada selama ini seperti tindakan *misappropriation*, *bio-paracy*, dan *claim* budaya. Dalam level Internasional perlu dibentuknya suatu traktat internasional yang mengatur tegas perlindungan PTEBT secara *Sui Generis*, yang dapat memberikan ruang kebebasan dalam memformulasikan serta memberikan perlindungan PTEBT sehingga lepas dari karakteristik HaKI Konvensional yang sempit dan terbatas yang selama ini telah dijadikan pendekatan dalam melindungi PTEBT.
2. Bagi Indonesia, yang telah memiliki Rancangan Undang-Undang Pengetahuan Tradisional dan Ekspresi Budaya Tradisional diharapkan agar cepat disahkannya peraturan tersebut sebagai jawaban atas permasalahan yang terkait dengan PTEBT selama ini sehingga Indonesia memiliki pengaturan yang jelas dan tegas terhadap PTEBT. Tindakan lain yang dapat diambil oleh Indonesia adalah menginventarisir Pengetahuan Tradisioal dan Ekspresi Budaya Tradisional yang dimilikinya dalam bentuk *database (Digital Library)*, agar masyarakat ataupun pihak asing mengenal dan mengerti tentang PTEBT Indonesia dan menghindari adanya kasus-kasus seperti Shiseido ataupun John Hardy Ltd yang menggunakan PTEBT Indonesia tanpa izin komunitas pemilik PTEBT. Selain itu sosialisasi terhadap kebudayaan Indonesia harus tetap dilakukan

dan lebih ditingkatkan di level Internasional, karena hal ini merupakan sumber utama dari identitas bangsa.



DAFTAR PUSTAKA

Undang-Undang dan Konvensi

Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPs), Annex 1 C of the Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization (signed in Marrakesh, Morocco on 15 April 1994);

Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works (of September 1886, completed at Paris 1896, and as amended 1979);

Convention on Biological Diversity, concluded at Rio de Janeiro 1992 and entry into force on December 1993.

Convention the Establishing World Intellectual Property Organizations (Signed at Stockholm on July 14, 1967 and as amended on September 28, 1979).

Paris Convention for The Protection of Intellectual Property Rights (of March 20, 1883, as revised at Brussel on December 14, 1900, and as amended on September 28, 1979).

Undang-undang No. 19 Tahun 2002 tentang Hak Cipta.

Undang-Undang No.31 Tahun 2000 tentang Desain Industri.

Undang-Undang No. 14 Tahun 2001 tentang Paten.

Undang-Undang No.15 Tahun 2001 tentang Merek.

Lampiran Peraturan Presiden Republik Indonesia No.5/2010 tentang Rencana Pembangunan Jangka Menengah Nasional (RPJMN) Tahun 2010-2014, Buku II *Memperkuat Sinergi Antarbidang Pembangunan*, Kementerian Perencanaan Pembangunan Nasional, 2010.

Rancangan Undang-Undang Pengetahuan Tradisional dan Ekspresi Budaya Tradisional.

BUKU

A. Zen Umar Purba, 2002, *Peta Mutakhir Hak Kekayaan Intelektual Indonesia*, Makalah Dirjen HaKI – Departemen Kehakiman dan Hak Asasi Manusia, Jakarta.

Adrian Sutedi, 2009, *Hak Atas Kekayaan Intelektual*, Sinar Grafika, Jakarta.

An Overview of World Intellectual Property Organization, 2009 Edition.

Andrew T. Guzman dan Alan O. Sykes, 2007, *Research Handbook in International Economic Law*, Edward Elgar Publishing Limited, United Kingdom.

Francis Botchway, 2006, *Documents in International Economic Law*, Routledge, London, United Kingdom.

Muhamad Djumhana, R. Djubaedillah, 1997, *Hak Milik Intelektual: Sejarah, Teori dan prakteknya di Indonesia*, Citra Aditya Bakti, Bandung.

Muhamad Djumhana, 2006 *Perkembangan Doktrin dan Teori Perlindungan Hak Kekayaan Intelektual*, PT Citra Aditya Bakti, Bandung.

Priharniwati, 2007, *Upaya Perlindungan Hak Kekayaan Intelektual terkait dengan Pendayagunaan Sumberdaya Genetik, Pengetahuan Tradisional, dan Ekspresi Folklore di tingkat Nasional dan Internasional*, Media HKI Vol.IV/No.4/Agustus 2007.

Saidin, 2007, *Aspek Hukum Kekayaan Intelektual*, PT RajaGrafindo Persada, Ed. Revisi ke-6, Jakarta.

Soepomo, 1977, *Bab-bab tentang Hukum Adat*, Pradya Paramita, 2nd ed, Jakarta.

Tim Lindsey dkk, 2006, *Hak Kekayaan Intelektual Suatu Pengantar*, Asian Law Group Pty Ltd & Penerbit PT Alumni, Bandung.

Tomi Suryo Utomo, 2010, *Hak Kekayaan Intelektual (HaKI) di Era Global Sebuah Kajian Kontemporer*, Graha Ilmu, Yogyakarta.

JOURNALS, PAPER WORKS

Alison L. Hoare & Richard G. Tarasofsky, *Asking and Telling: Can "Disclosure of Origin" Requirements in Patent Applications Make a Difference?*, 10 *J. WORLD INTELL. PROPERTY* 149 (2007).

Afifah Kusumadara, 2000, *Konflik Hukum HaKI Dengan Adat di Indonesia*, Diterbitkan di Jurnal Arena Hukum.

American Association for the Advancement of Science, *Traditional Knowledge and Intellectual Property: A Handbook on Issues and Options for Traditional Knowledge Holders in Protecting their Intellectual Property and Maintaining Biological Diversity*. Available from

shr.aaas.org/tek/handbook/handbook.pdf, [accessed 26 August 2005].

Andong, *Perlindungan Pengetahuan Tradisional*, Jurnal Ranying Bunu, Vol.1, No.1, Agustus 2006, hlm. 11-27;

Averie K. Hason & Jean E. Shimotake, *Global Interdependence and International Commercial Law: Recent Developments in Patent Rights for Pharmaceuticals in China and India*, 18 PACE INT'L L. REV. 303, 309 (2006);

Barsh, R., 'Indigenous Knowledge and Diversity', in Duffield, G. (ed.), *Intellectual Property, Biogenetic Resources and Traditional Knowledge, United Kingdom: Earthscan*, (2004).

C.M. Correa, *Establishing a Disclosure of Origin Obligation in the TRIPS Agreement (Quaker United Nations Office, Occasional Paper No. 12, 2003) for the basic idea of Disclosure*.

Daniel Gervais, *Intellectual Property, Sustainable Development, and Endangered Species: Understanding the Dynamics of the Information Ecosystem Symposium Traditional Knowledge & Intellectual Property: A TRIPS Compatible Approach, Michigan State Law Review - Spring 2005*.

Daniel J. Gervais, *Spiritual But Not Intellectual? The Protection of Sacred Intangible Traditional Knowledge*, 11 *Cardozo J. Int'l & Comp. Law* 467, 485 (2003).

Graham Duffield, *Protecting Traditional Knowledge and Folklore*, UNCTAD-ICTSD Project on IPRs and Sustainable Development; Johnson, M. (1992), "Research on traditional environmental knowledge: its development and its role", in M. Johnson (ed.), *Lore: Capturing Traditional Environmental Knowledge*, Ottawa: IDRC.

Krishna Ravi Srinivas, *Traditional Knowledge And Intellectual Property Rights: A Note On Issues, Some Solutions And Some Suggestions*. available at: <http://ssrn.com/abstract=1140623>.

Krisnani Setyowati, *Tinjauan tentang Convention on Biological Diversity (CBD) Dalam Kaitan dengan Sumber Daya Genetika dan Pengetahuan Tradisional*, Makalah pada PenLok HKI, Ditjen Dikti, Surabaya, 3-6 September 2001.

Lorie Graham and Stephen McJohn, *Indigenous People and Intellectual Property*, 19 *Washington University Journal of Law & Policy* 313, 2006; *Resolution of Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities*, E/CN.4/sub.2/1992/30,1992/35 (August, 27,1992).

Pinel, S.L., and M.J. Evans (1994), "Tribal sovereignty and the control of knowledge", in T. Greaves (ed.), *Intellectual Property Rights For Indigenous Peoples: A Sourcebook*, Oklahoma City: Society for Applied Anthropology.

Rebecca M. Bratspies, *The New Discovery Doctrine: Some Thoughts On Property Rights and Traditional Knowledge*, *American Indian Law Review*, Volume 31. Available at <http://ssrn.com/abstract=987042>.

Theresa Beeby Lewis, *Patent Protection for the Pharmaceutical Industry: A Survey of the Patent Laws of Various Countries*, 30 *INT'L LAW*. 835, 858-59 (1996).

U.N. Conference on Environment and Development, Rio de Janeiro, June 3-14, 1992, *Rio Declaration on Environment and Development*, princ. 22, U.N. Doc. A/CONF.151/6/Rev.1 (June 14, 1992), 31 *I.L.M.* 874

United Nations Conference on Trade and Development, *Systems and National Experiences for Protecting Traditional Knowledge, Innovations and Practices*, TD/B/COM.1/EM.13/2.

WEBSITE

Understanding the WTO, 3rd Edition, Publish as "Trading Into Future" 2003, revised 2007, diakses pada tanggal 15 September 2009
http://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/whatis_e.htm

Arif Havas Oegroseno, *Salah Kaprah Paten Budaya*, diakses melalui <http://embassyofindonesia.it/salah-kaprah-paten-budaya/> pada tanggal 16 Februari 2010.

www.antaraneews.com: '*Sultan: Produk Budaya Idealnya Dipatenkan Internasional*' 25 Agustus 2009; '*Seni Debus Banten segera Dipatenkan*' 28 Agustus 2009; '*Masyarakat Alami Distorsi Makna HKI dan GRTKF*' 3 September 2009.

Henry Winarno, *Discovery Channel Cabut Iklan 'Tari Pendet' Malaysia*, <http://www.detiknews.com/read/2009/08/24/155325/1188688/10/discovery-channel-cabut-iklan-tari-pendet-malaysia> diakses pada tanggal 16 Februari 2010.

WIPO official website <http://www.wipo.int/portal/index.html.en>

