

# PERLINDUNGAN EKSPRESI BUDAYA TRADISIONAL DALAM SISTEM HUKUM KEKAYAAN INTELEKTUAL

Kholis Roisah  
Fakultas Hukum Universitas Diponegoro  
Jl. Prof. Soedarto, S.H., Tembalang Semarang  
email : r\_kholis@yahoo.com

## Abstract

*The existing law of intellectual property had enable to protect incomprehensive for against TCE cause that is difference between the characteristics of both IPR and TCE. Forms of IPR should be embodied in the idea (in material form), (novelty) and(originality), in the form of TCE can be verbal expression/oral, and idea of TCE must be contained and produced as an act and knowledge as well as specific techniques rooted cultural tradition. IPR system base on individualistic and monopolistic value, and TCE system base on comunal and sipiritual value*

**Key words :** Protection, IPR, and TCE

## Abstrak

*Sistem hukum hak kekayaan intelektual ternyata tidak mampu melindungi EBT secara komprehensif, karena perbedaan karakteristik antara HKI dan EBT. Bentuk gagasan HKI harus diwujudkan dalam bentuk ekspresi yang nyata (in material form) bisa dilihat dan di dengar, tetapi dalam EBT bentuk gagasan tidak selalu dalam ekspresi nyata, bisa dalam bentuk ekspresi verbal/oral dan hasil gagasan dalam bentuk karya cipta seni dan pengetahuan serta teknik tertentu yang berakar dari tradisi turun temurun. Sistem HKI berbasis nilai-nilai individualistik dan monopolistik, sedangkan EBT berbasis pada nilai komunal dan sipiritual.*

**Kata kunci :** Perlindungan, HKI dan EBT

## A. Pendahuluan

Kekayaan intelektual merupakan kreatifitas yang dihasilkan dari olah pikir manusia dalam rangka memenuhi kebutuhan dan kesejahteraan hidup manusia. Kreatifitas manusia yang muncul sebagai asset intelektual seseorang telah lama memberi pengaruh yang signifikan terhadap peradaban manusia, antara lain melalui penemuan-penemuan (*inventions*) dan hasil-hasil di bidang karya cipta dan seni (*art and literary work*)<sup>1</sup> Semakin berkembang kreatifitas seseorang maka semakin berkembang juga peradaban manusia. Pada akhirnya diperlukan pengakuan dan juga penghargaan (*reward*) terhadap hasil kreatifitas seseorang dengan tatanan hukum yang disebut rejim hukum hak kekayaan intelektual. Rejim hukum ini memberikan perlindungan terhadap hasil karya penemu (*inventor*) atau pencipta dari pihak lain yang

secara tidak sah menggunakan ataupun memanfaatkan hasil karyannya. Selain itu rejim hukum HKI juga memberikan perlindungan terhadap kepentingan ekonomi dari hasil temuan ataupun karya cipta penemu atau pencipta. Perlindungan hukum bertujuan untuk memberikan rangsangan untuk menghasilkan temuan atau karya cipta yang lebih inovatif. Ruang lingkup rejim HKI meliputi hak paten, merek, disain industri, cipta, rahasia dagang, disain tata letak sirkit terpadu dan varietas tanaman. Banyaknya Negara yang menjadi peserta perjanjian TRIPs menunjukkan, kepedulian masyarakat internasional terhadap perlindungan HKI. Hal ini membawa dampak terhadap upaya peningkatan perlindungan HKI di tingkat lokal /nasionaI termasuk Indonesia. Pada dasa warsa terakhir ini Indonesia telah meratifikasi perjanjian-perjanjian internasional

---

<sup>1</sup>Acmad Gusman Catur Siswandi, Perlindungan Hukum Terhadap Asset Pengetahuan Tradisional, hlm. 1

di bidang HKI dan melakukan revisi juga mengeluarkan peraturan baru di bidang perundang-undangan HKI.

Persoalan terjadi pada ekspresi budaya tradisional atau EBT (*Traditional Cultural Expressions/Expressions of Folklore*) sebagai salah satu bentuk dari kekayaan intelektual tradisional. EBT memiliki nilai budaya yang sangat besar sebagai bentuk warisan budaya yang terus menerus berkembang bahkan dalam masyarakat modern di penjuru dunia. Sementara di sisi lain, mereka juga memegang peran penting sebagai bagian dari identitas sosial dan wujud ekspresi budaya dari suatu masyarakat lokal.

Ekspresi budaya tradisional Indonesia juga mempunyai potensi ekonomi yang menjanjikan terutama terkait dengan industri pariwisata dan industri ekonomi kreatif. Di bidang industri pariwisata misalnya, industri pariwisata di Bali yang hampir semuanya berbasis EBT mempunyai sumbangan yang sangat besar sebagai sumber pendapatan ekonomi daerah dan menjadikan Bali dikenal seluruh dunia. Di bidang industri ekonomi kreatif terutama produk kerajinan berbasis EBT seperti, kerajinan batik, ukir kayu, ukir tembaga, perak adalah produk mempunyai sumbangan yang cukup besar untuk menyumbang devisa negara. Namun perkembangan teknologi modern terutama di bidang telekomunikasi dapat menimbulkan berbagai penggunaan secara tak pantas dari EBT yang ada. Berbagai bentuk komersialisasi terhadap EBT terjadi bahkan hingga tingkat global tanpa seijin masyarakat adat pemiliknya. Komersialisasi ini juga disertai dengan berbagai bentuk distorsi, perubahan maupun modifikasi terhadap EBT secara tidak pantas

Kasus-kasus yang terjadi belakangan ini di Indonesia, walaupun belum ada penyelesaian secara hukum. Kasus mebel ukir Jepara, yaitu pengusaha asing P.T. Harrison & Grill-Java mendaftarkan katalog yang berisi gambar-gambar desain mebel ukir tradisional Jepara, kemudian dengan berpegang hak cipta atas katalog tersebut Harrison melakukan somasi untuk melarang para pengrajin lokal memproduksi model ukiran yang tertera di dalam katalognya.<sup>2</sup> Lebih tragis lagi beberapa motif tradisional yang menjadi bagian

perjalanan sejarah budaya ukir perak Bali seperti *batun timun*, *batun poh*, *parta ulanda*, *kuping guling* dan *jawan* (ada sekitar 1.800 motif lagi) didaftarkan oleh para warga asing baik yang tinggal di Indonesia maupun di luar negeri, bahkan ada beberapa pengrajin lokal yang sudah digugat oleh para pengusaha asing di Indonesia sendiri maupun di negara tujuan ekspor yang dituduh melanggar hak cipta<sup>3</sup>. Kasus pengrajin perak tradisional perak di Bali yang dituntut oleh pengusaha raksasa asing atau juga pengrajin perak yang digugat di pengadilan Negara Bagian Amerika oleh pengusaha Amerika belum lagi adanya fakta bahwa sebagian besar desain perak tradisional di daftarkan hak ciptanya oleh sebagian besar pengusaha Asing.

Kasus-kasus klaim kepemilikan kekayaan budaya tradisional milik bangsa Indonesia oleh negara tetangga seperti misalnya penggunaan lagu tradisional Rasa Sayange sebagai *jingle* iklan Visit Malaysia tanpa otorisasi masyarakat adat Maluku sebagai pemiliknya, hingga memancing kontroversi antara dua negara karena muncul anggapan telah terjadi pelecehan terhadap budaya tradisional Indonesia disamping issue klaim kepemilikan oleh pihak Malaysia atas Batik Parang, Reog Ponorogo, Angklung dan terakhir Tari Pendhet.

Beberapa gambaran diatas tampak jelas jika berbagai bentuk pelanggaran, penyerobotan dan penggunaan tidak pantas terhadap EBT itu belum ada usaha menangani, mengendalikan dan mengatasinya bahkan rezim hukum yang eksis pun belum cukup melindungi secara memadai, maka hal ini akan berdampak buruk. Dampak itu tidak hanya dirasakan oleh komunitas masyarakat adat pemilik EBT bahwa nilai budaya dan identitas sosialnya dilecehkan dan bahkan secara perlahan terdistorsi dan kehilangan nilai-nilai budaya dan adat istiadat yang sakral dan luhur, berubah menjadi sekedar komoditas komersial belaka. Inilah yang menjadi latar belakang perlunya sistem hukum yang dapat memberikan perlindungan secara komprehensif terhadap EBT.

## B. Pembahasan

Perlindungan terhadap EBT yang mendasarkan prinsip-prinsip hukum yang ada pada prinsip-prinsip hukum kekayaan intelektual, yaitu dapat melalui

<sup>2</sup><http://home.indo.net.id/hiraps/haki/copyright/HAKI/nas07.htm>, diakses 12 Desember 2012

<sup>3</sup><http://warungpojokfilsafat.blogspot.com/2008>, diakses 19 Nopember 2012

prinsip-prinsip yang ada pada ketentuan hak cipta dan hukum kekayaan industri yang sekarang eksis berlaku baik di tingkat internasional dan nasional. Ketika menyebut sistem hukum banyak diantara kita yang mengacu pada Friedman yang menyebutkan adanya tiga unsur, yakni *substance* (materi/substansi), *structure* (struktur), dan *culture* (budaya)<sup>4</sup>. Pertama akan dibahas perlindungan EBT melalui substansi hukum kekayaan intelektual terutama melalui prinsip-prinsip hukum yang ada dalam ketentuan hukum cipta dan hukum kekayaan industri

### 1. Perlindungan EBT Melalui Ketentuan Hak Cipta (Copyright Law)

Prinsip-prinsip hukum cipta yang terdapat *The Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works* (Konvensi Berne 1967) mengatur konsep kepemilikan terhadap karya cipta anonim atau "*anonymous works*". Walaupun tidak secara khusus mengatur mengenai perlindungan EBT, ketentuan dalam Konvensi Berne 1967 ini dapat diterapkan terhadap terutama dalam hal ini ekspresi budaya yang tidak diketahui penciptanya.

Ketentuan "*anonymous works*" di dalam Konvensi Bern merupakan ketentuan hukum kekayaan intelektual yang dapat diterapkan secara tidak langsung terhadap EBT pada Pasal 15 paragraf 4 : "bahwa negara-negara pihak konvensi Bern mempunyai kewajiban menunjuk otoritas yang berkompeten berdasarkan ketentuan nasional untuk memberikan perlindungan terhadap karya-karya yang dipublikasikan yang tidak diketahui penciptanya untuk mewakili kepentingan pencipta dan melindungi hak-hak pencipta. Kemudian negara mempunyai kewajiban untuk mendepositorikan karya tersebut ke Direktur Jenderal WIPO<sup>5</sup>

Setelah didaftarkan, karya cipta anonim pun juga mendapat perlindungan selayaknya karya biasa. Negara sebagai pemegang hak atas karya cipta anonim memperoleh hak-hak eksklusif atas karya cipta tersebut. Hak-hak eksklusif yang diatur dalam Konvensi Berne 1967 termasuk hak untuk translasi (Pasal 8), hak reproduksi dalam berbagai bentuk termasuk rekaman audio visual (Pasal 9), hak untuk menampilkan drama, drama-musikal, dan karya musik (Pasal 11), hak untuk untuk menyiarkan dan

mengkomunikasikan kepada publik (Pasal 11bis), hak untuk menampilkan penampilan publik (*public recitation*) (Pasal 11ter), hak untuk membuat adaptasi, aransemen, maupun perubahan terhadap karya cipta (Pasal 12), hak untuk membuat adaptasi dan reproduksi sinematografis terhadap karya cipta (Pasal 14), hak "*droit de suite*" berkaitan dengan karya seni dan manuskrip asli (Pasal 14ter) serta hak moral (Pasal 6bis).

Ketentuan tersebut walaupun secara implisit tidak menyebutkan perlindungan terhadap EBT tapi ketentuan perlindungan terhadap karya yang tidak diketahui penciptanya (*anonymous author*) dapat dianalogikan sebagai karya cipta yang mempunyai kriteria salah satu karakter EBT (lihat definisi). Walaupun tidak dicantumkan secara tegas namun hal ini merupakan langkah awal memberikan payung hukum terhadap perlindungan EBT

Indonesia sebagai negara yang telah meratifikasi Konvensi Bern dan sekaligus juga meratifikasi persetujuan TRIPs mempunyai kewajiban penuh untuk mengimplementasikan prinsip-prinsip perlindungan hukum terhadap *anonymous works* yang ada dalam konvensi Bern ke dalam hukum cipta nasional (Undang-Undang Hak Cipta Nomor 19 Tahun 2002) UU tersebut menyebutkan bahwa :

- Negara pemegang hak cipta terhadap karya cipta anonim (tidak diketahui penciptanya) yang belum diterbitkan;
- Penerbit pemegang hak cipta atas karya cipta anonim yang sudah diterbitkan; dan
- Negara pemegang hak cipta atas karya cipta anonim yang sudah diterbitkan dan tidak diketahui penerbitnya. ( Pasal 11 Undang-Undang Nomor 19 Tahun 2002 tentang Hak Cipta)

Walaupun demikian implementasi ketentuan tersebut kalau diterapkan terhadap perlindungan EBT kemungkinan mengalami kesulitan karena tidak memberikan informasi tentang badan yang ditunjuk, fungsi dan tanggung jawabnya, contohnya ketika akan menerapkan ataupun mendistribusikan suatu royalti bagaimana mekanismenya. Disamping itu ketentuan tersebut tidak memberikan informasi yang tegas terkait dengan jangka waktu (*limit time*) perlindungannya terhadap karya anonymous apakah diberlakukan khusus atau disamakan

<sup>4</sup>Tiga unsur subprinsip-prinsip hukum ini diambil dari Lawrence M. Friedman, 1984, *American Law, An Introduction*, , New York, W.W. Norton and Company, juga dalam Lawrence M. Friedman, 1973, *A History of American Law*, New York, Simon and Schuster

<sup>5</sup>Bern Convention for the Protection of Literary and Artistic Works Article 15 paragraf 4.

dengan karya *psedonymous* (nama samaran). Kalau disamakan maka ada jangka waktu perlindungannya yaitu 50 Tahun sesudah penciptanya meninggal dunia (Artidel 7 Konvensi Bern)<sup>6</sup>.

Perlindungan EBT melalui hukum cipta merupakan salah bentuk perlindungan yang paling relevan dalam prinsip-prinsip hukum kekayaan intelektual. Walaupun demikian perlindungan melalui hukum cipta bukan berarti tidak menemui masalah ketika persyaratan dan prinsip-prinsip perlindungan hak cipta akan diterapkan, seperti bentuk karya berwujud (*fixation work*), keaslian (*originality*), pencipta teridentifikasi (*identification of author*) dan jangkayang dibatasi.

Persyaratan bentuk karya berwujud (*fixation*) dalam hukum cipta merupakan salah satu persyaratan yang harus dipenuhi bilamana suatu karya berhak untuk mendapatkan perlindungan hukum. Secara umum hukum cipta di dalam prinsip-prinsip *Common Law* terutama di Inggris dan Amerika salah satu persyaratan perlindungan hak cipta mensyaratkan bentuk karya harus berujud. Hal ini berbeda di dalam prinsip-prinsip *Civil Law* yang tidak mensyaratkan berwujudan dalam bentuk materi (*inmaterial form*) untuk mendapatkan perlindungan hak cipta. Walaupun ada perbedaan di dalam prinsip-prinsip *Common Law* dan prinsip-prinsip *civil law* tapi yang jelas di dalam Konvensi Bern Pasal 2 paragraf 2 mensyaratkan perwujudan dalam bentuk materi untuk mendapatkan perlindungan hak cipta. Hukum cipta Indonesia Nomor 19 Tahun 2002 mensyaratkan untuk karya cipta yang dilindungi harus dalam bentuk berwujud (*material form*) yang dapat diproduksi berulang-ulang secara independent dan mensyaratkan keaslian (*originality*) yang berarti karya harus bersifat asli, tidak meniru karya orang lain.

Persyaratan karya harus berwujud dalam bentuk materi ini akan menjadi hambatan apabila diterapkan pada perlindungan EBT karena hampir sebagian besar karya yang berbasis EBT mempunyai karakter *oral tranmisi* (tidak tertulis) seperti sebagian besar dongeng, legenda, mitos, tarian dan lagu rakyat atau dengan kata lain rezim hukum cipta tidak bisa melindungi secara menyeluruh terhadap karya-karya EBT/folklor dan

hanya bisa diterapkan untuk kategori EBT/folklor non lisan. Padahal kenyataannya kreasi-kreasi yang masih menggunakan tradisi oral tersebut masih eksis dan hidup di masyarakat tradisional ataupun lokal.

Ketentuan ini tentunya menghancurkan harapan para komunitas- komunitas tradisional ataupun lokal sebagai pemegang EBT di seluruh dunia untuk mendapatkan pengakuan dan perlindungan hukum melalui prinsip-prinsip hukum hak cipta. Walaupun demikian banyak berdebatan mengenai interpretasi terhadap persyaratan berwujud dalam bentuk materi sendiri tapi yang perlu menjadi catatan bahwa perwujudan eksploitasi dan komersialisasi terhadap EBT secara nyata (*fixed*) banyak terjadi di belahan dunia.

Persyaratan *originality* yang artinya asli tidak meniru karya orang lain dalam prinsip-prinsip perlindungan hak cipta juga mengalami kesulitan ketika akan diterapkan dalam perlindungan karya-karya EBT. Pada kebanyakan karya-karya EBT terikat pada tradisi (*pakem*) yang selama ini diyakini (sarat akan nilai moral dan agama) dan dipegang dalam komunitas tradisional/lokal secara terus menerus.

Bagi kebanyakan karya-karya EBT/folklor merupakan sebuah karya yang mempunyai nilai seni tinggi dan tingkat kerumitan yang sangat kompleks (terutama karya EBT/folklor non lisan) dan proses kreasinya memerlukan waktu yang lama. Biasanya karya EBT/folklor asli dihasilkan oleh seseorang dalam suatu komunitas yang mempunyai kualifikasi ahli yang tidak hanya mempunyai kemampuan atau skill yang bagus tapi juga seseorang tersebut juga mempunyai kapasitas spiritual yang bagus pula.

Khasanah tradisi kreativitas-kreativitas EBT selalu akan dijumpai pengulangan-pengulangan sebagai fungsi dari penerusan perbendaharaan budaya yang telah terbentuk sebelumnya, dan membuat tradisi tersebut sebagai ciri pengenal atau bagian identitas komunitas. Di dalam tradisi selalu terdapat dinamika antara pengulangan dan interpretasi kreatif individual anggota komunitas. Akan tetapi juga se waktu-waktu muncul suatu karya yang betul baru dari seseorang dengan kualifikasi ahli (disebut empu dalam tradisi seni Jawa) yang

<sup>6</sup>Agnes Lucas-Shloetter, 2007, *Folklore dalam Indigenous Heritage and Intellectual Property* GRTKF, 2nd edition Edited by Silke von Lewinski, Kluwer Law, Netherland, Law & Business hlm. 351



kemudian di terima komunitasnya sebagai khasanah tradisi seni<sup>7</sup>.

Penghormatan terhadap tradisi, membuat para anggota komunitas tidak mempunyai kebebasan untuk melahirkan inspirasinya sehingga proses inovasi menjadi terbatas. Bahkan cara penghargaan dan penyambutan suatu ide seni baru dalam lingkup tradisi adalah dengan menirunya, seperti di Jawa dikenal *mutrani* dari induknya yang merupakan karya seorang empu<sup>8</sup>.

Persyaratan *originality* menjadi suatu hal yang masih dipertanyakan ketika perlindungan karya yang berbasis EBT melalui hak cipta. Akan tetapi penerapan persyaratan *originality* tidak terlalu sulit bagi hakim pengadilan Australia ketika menyelesaikan beberapa kasus yang berkaitan *originality* EBT. Contohnya dalam kasus terkait dengan reproduksi karya seni karpet terkenal milik masyarakat Aborigin yaitu Mallipurruru dan IndofurnLtd dalam salah satu pertimbangan keputusan hakim dikatakan : "...Although the each artwork is one indicate detail and complexing reflecting great skill and orginallity"<sup>9</sup>.

Disamping persyaratan *originality*, permasalahan siapa pemegang hak (*authorship*) bagi karya EBT juga masih dipertanyakan ketika perlindungan hak cipta akan diterapkan. Karakter EBT merupakan suatu karya cipta yang proses kreasinya berlangsung dalam waktu yang lama, lintas generasi dan merupakan hasil kreasi yang mencerminkan atribusi kelompok masyarakat tertentu bukan atribusi dari individual author. Sehingga sulit menentukan siapa pemegang hak ciptanya<sup>10</sup>.

## 2. Perlindungan EBT melalui Neighbouring Right

Perlindungan internasional terhadap EBT secara terbatas termuat dalam *WIPO Performances and Phonograms Treaty (WPPT)* yaitu perjanjian internasional yang ditandatangani oleh negara-negara anggota World Intellectual Property Organization dan disepakati di Jenewa pada tanggal 20 Desember 1996. WPPT bertujuan untuk mengembangkan dan memelihara perlindungan hak-hak pelaku dan produser rekaman suara dengan cara sefektif mungkin dan seragam. WPPT sendiri juga turut memberikan perlindungan

terhadap Ekspresi Budaya Tradisional, mengingat tari tradisional, puisi, drama, lagu dan musik serta berbagai bentuk kesenian tradisional lainnya muncul sebagai bagian dari pertunjukan hidup (*live performance*) yang ditampilkan. Oleh karenanya, perlindungan terhadap hak penampil atas karya pertunjukan yang ditampilkan juga dapat digunakan dalam konteks perlindungan Ekspresi Budaya Tradisional.

Perkembangan yang membedakan antara WPPT dengan Konvensi Roma 1961 adalah definisi dari penampil tersebut. Pada Pasal 3 (a) Konvensi Roma 1961, definisi penampil dibatasi dalam : "*performers*" means actors, singers, musicians, dancers, and other persons who act, sing, deliver, declaim, play in, or otherwise perform literary or artistic works."

Sementara dalam WPPT, definisi penampil ditarik lebih jauh lagi, mengingat karya seni yang ditampilkan tidak hanya dapat dibatasi dalam bentuk "*literary and artistic works*" yang bermakna kontemporer. Karena itu pada Pasal 2 (a) WPPT, penampil didefinisikan sebagai :

"*performers*" are actors, singers, musicians, dancers, and other persons who act, sing, deliver, declaim, play in, interpret, or otherwise perform literary or artistic works or expressions of folklore;"

Dengan digunakannya definisi penampil di atas, maka WPPT juga turut memberikan perlindungan terhadap seniman tradisional yang menampilkan pertunjukan Ekspresi Budaya Tradisional.

- 1) *Moral Rights of Performers* (Pasal 5) adalah bentuk perlindungan terhadap hak dari penampil sebagai bagian tak terpisahkan dari pertunjukannya, termasuk hak untuk melindungi pertunjukan yang ia tampilkan dari segala bentuk perubahan dan distorsi yang dapat mencederai reputasinya sebagai penampil.
- 2) *Economic Rights of Performers in Their Unfixed Performances* (Pasal 6) adalah hak eksklusif bagi penampil untuk memberi otorisasi bagi segala bentuk penyiaran (*broadcasting*) maupun publikasi (*communication to the public*) dari pertunjukan yang ia tampilkan. Termasuk hak untuk memberi otorisasi terhadap segala bentuk perekaman (*fixation*) dari

<sup>7</sup>Edy Sedyawati, Makalah : "Upaya Perlindungan Hukum (HKI) terhadap Produk Kerajinan Nasional yang Menjadi Warisan Budaya", Diskusi Panel, Semarang, 18 Oktober 2002, hlm.aman 3

<sup>8</sup>LocCit

<sup>9</sup>Agnes Lucas – Schoeller. Op Cit hlm. 386 , www.folklife.si.edu/resources/unesco/puri.htm)

<sup>10</sup>Josep Githaiga, "Intellectual Property Law and Protection Indigenous folklore and Knowledge", E LAW | Murdoch University Electronic Journal of Law Volume 5, Number 2 (June 1998), hlm. 4. Maui Solomon, "Intellectual Property Rights and Indigenous Peoples Rights and Obligations" Motion Magazine of Missouri Rural Crisis Center, NPC Productions, 1995, hlm. 4

- pertunjukannya.
- 3) *The Right of Reproduction* (Pasal 7) adalah hak untuk memberikan otorisasi atas segala bentuk reproduksi, baik langsung maupun tak langsung, dari rekaman (*phonogram*) pertunjukannya.
  - 4) *The Right of Distribution* (Pasal 8) adalah hak untuk memberikan otorisasi atas segala bentuk publikasi rekaman pertunjukannya, baik karya asli maupun reproduksi, kepada umum melalui penjualan maupun bentuk pemindahan hak milik lainnya (*other transfer of ownership*).
  - 5) *The Right of Rental* (Pasal 9) adalah hak untuk memberi otorisasi penyewaan komersil rekaman pertunjukan, baik karya asli maupun reproduksinya, kepada publik dengan melihat ketentuan dalam hukum nasional yang berlaku.
  - 6) *The Right of Making Available* (Pasal 10) adalah hak untuk memberikan otorisasi segala bentuk pengadaan rekaman pertunjukan (*making available to the public*). Hingga dengan begitu masyarakat umum dapat menyimak (*access*) rekaman tersebut sesuai keinginan mereka.

Walaupun WPPT dapat dianggap sebagai salah satu upaya memberikan perlindungan terhadap Ekspresi Budaya Tradisional, namun fokus utama dari WPPT adalah perlindungan terhadap hak sang penampil (*performer's right*). Perlindungan terhadap EBT dalam WPPT diberikan dengan anggapan bahwa suatu karya seni pertunjukan merupakan bagian tak terpisahkan dari penampilnya. Perlindungan terhadap hak penampil inipun juga memiliki jangka waktu perlindungan yang telah ditentukan sebelumnya.

Di sisi lain, perlindungan yang diberikan terhadap EBT pun masih sangat terbatas dalam lingkup "*phonogram*" yang didefinisikan sebagai "*the fixation of the sounds of a performance or of other sounds, or of a representation of sounds, other than in the form of a fixation incorporated in a cinematographic or other audiovisual work.*" (Pasal 2 huruf (b)). Maka dapat dikatakan bahwa perlindungan yang diberikan WPPT membutuhkan suatu bentuk "*fixation*," sementara EBT seringkali tidak memiliki bentuk "*fixation*" karena sifatnya yang berangkat dari tradisi lisan yang hidup. Selain itu WPPT tidak melindungi aspek visual, namun hanya

melindungi aspek suara dari EBT ataupun EBT yang memiliki aspek suara (*sound*) dan perwakilan dari suara (*representation of sound*).

Bagi produser rekaman suara yaitu orang atau badan hukum yang mengambil inisiatif dan memiliki tanggung jawab untuk fiksasi suara dari kinerja atau suara lain atau representasi dari suara (Pasal 2 huruf d)<sup>11</sup> yang pertama mempunyai keuntungan terkait dengan perlindungan EBT ketika ia melakukan fiksasi pertama atas karya-karya EBT. Produser rekaman tersebut mempunyai hak eksklusif atas reproduksi, distribusi, sewa dan making available of *phonogram* atas rekaman karya-karya EBT<sup>12</sup>.

Perlindungan terhadap pelaku dan produser rekaman juga diatur dalam hukum cipta Indonesia bahwa, pelaku dan produser rekaman memiliki hak eksklusif untuk memberikan izin atau melarang pihak lain yang tanpa persetujuannya membuat, memperbanyak, atau menyiarkan rekaman suara dan/atau gambar pertunjukannya dan/atau menyewakan karya rekaman suara atau rekaman bunyi. Bahkan lembaga penyiaran juga memiliki hak eksklusif untuk memberikan izin atau melarang pihak lain yang tanpa persetujuannya membuat, memperbanyak, dan/atau menyiarkan ulang karya siarannya melalui transmisi dengan atau tanpa kabel, atau melalui prinsip-prinsip elektromagnetik lain (Pasal 49 Undang-Undang nomo 19 Tahun 2002 tentang Hak Cipta).

Perlindungan dan keuntungan yang sedemikian luas tersebut yang dinikmati oleh produser rekaman atas karya EBT tidak sebanding dengan perlindungan yang terbatas atas pelaku EBT yang hanya menikmati hak moral dan penggunaan secara komersial secara terbatas. Bahkan kemungkinan besar ketentuan tersebut tidak memberikan keuntungan sama sekali terhadap komunitas dimana EBT berasal tetapi justru produser rekaman atau lembaga penyiaran tersebut bukan anggota komunitas asal EBT. Lebih tepatnya yang paling berhak atas hak eksklusif tersebut adalah komunitas asal EBT<sup>13</sup>.

Hal tersebut kemungkinan besar bisa terjadi terutama terhadap karya EBT yang merupakan ekspresi verbal, bunyi ataupun gerak saja dan penciptanya yang tidak jelas. Kemudian karya EBT

<sup>11</sup>WIPO Performances and Phonogram Treaty 1996, Article 2 (d)

<sup>12</sup>Produser rekaman mendapatkan perlindungan atas hak eksklusif tersebut berdasarkan Pasal 11 -15 WPPT, Pasal 10 Rome Convention dan Pasal 12 Persetujuan TRIPs.

<sup>13</sup>Agnes Lucas-Shloetter. Op Cit hlm. 357

tersebut oleh pihak-pihak di luar komunitas dipertunjukkan, direkam ataupun disiarkan pertama kali maka pemegang hak cipta dan hak eksklusifnya adalah penerbit, pelaku perusahaan rekaman atau lembaga penyiaran. Manfaat ekonomi pun pada akhirnya hanya dinikmati oleh pihak-pihak di luar komunitas tradisional ataupun lokal yang selama ini memelihara dan mempertahankan karya EBT. Lebih buruk lagi dengan kepemilikan hak eksklusif atas karya EBT tersebut oleh pihak-pihak di luar komunitas, kemungkinan juga pihak komunitas tradisional atau lokal pemilik EBT tersebut pada akhirnya juga kehilangan akses untuk menggunakan karya EBT tersebut. Kondisi ini jelas menimbulkan ketidakadilan bahkan menjadi faktor ancaman kriminalisasi terhadap penggunaan karya EBT tersebut oleh komunitas tradisional atau lokal.<sup>14</sup>

### 3. Perlindungan EBT Melalui Hukum Kekayaan Industri (Protection Based on Industrial Property)

Prinsip-prinsip hukum kekayaan industri merupakan prinsip-prinsip hukum hak kekayaan intelektual yang melindungi paten, merek dagang dan desain industri dengan mendasarkan pada *Paris Convention on Industrial Property Protection 1883*. Perlu diketahui perjanjian ini juga menegakkan hak prioritas konvensi atau hak prioritas Konvensi Paris (hak prioritas Uni) yang menjamin pemohon hak kekayaan intelektual dari negara peserta untuk menggunakan tanggal pengajuan permohonan pertama (di salah satu negara peserta) sebagai tanggal efektif pengajuan permohonan di negara lain yang juga menjadi peserta, asalkan pemohon mengajukan permohonan dalam waktu 6 bulan (untuk desain industri dan merek dagang) atau 12 bulan (untuk paten dan model utilitas) dari tanggal pertama kali mengajukan permohonan.

Seperti halnya Konvensi Bern 1886, Konvensi Paris 1883 juga masuk dalam prinsip-prinsip hukum WTO berdasarkan perjanjian *Persetujuan TRIPs* sehingga ketentuan-ketentuan yang diatur dalam Konvensi Paris bersifat full compliance dengan mekanisme penegakan hukum yang ketat. Perlindungan EBT melalui prinsip-prinsip hak kekayaan industri ada beberapa kemungkinan yaitu

melalui hak merek, hak desain industri, indikasi geografis dan paten.

### C. Simpulan

Perlindungan HKI ini ternyata tidak mampu melindungi EBT secara utuh. Ketidakmampuan untuk memberikan perlindungan hukum terhadap EBT melalui sistem hukum kekayaan intelektual, karena perbedaan karakteristik antara HKI dan EBT, sebagaimana terlihat dalam dialektika pada konsep dan karakteristik antara HKI dan EBT. Walaupun sama-sama bersumber pada kreativitas intelektual manusia tetapi antara HKI dan EBT selebihnya terdapat perbedaan dalam karakternya. Bentuk gagasan HKI harus diwujudkan dalam bentuk ekspresi yang nyata (*in material form*) bisa dilihat dan didengar, tapi kalau dalam EBT bentuk gagasan tidak selalu dalam ekspresi nyata, bisa dalam bentuk ekspresi verbal/oral, ekspresi gerak ataupun ekspresi bunyi (tidak berwujud). Gagasan dalam HKI berbentuk karya cipta (*works*) dalam seni dan ilmu pengetahuan, disain, merek, temuan teknologi dan species sebagai karya atau temuan yang baru (*novelty*) dan tidak sama dengan pengungkapan sebelumnya (*originality*), kalau dalam EBT hasil gagasan dalam bentuk karya cipta seni dan pengetahuan serta teknik tertentu yang berakar dari tradisi turun temurun.

### DAFTAR PUSTAKA

- Friedman, Lawrence M., 1984 *American Law, An Introduction*, New York, : W.W. Norton and Company, juga dalam Lawrence M. Friedman, 1973, *A History of American Law*, New York: Simon and Schuster
- Githaiga, Josep, "Intellectual Property Law and Protection Indigenous folklore and Knowledge", *E LAW | Murdoch University Electronic Journal of Law* Volume 5, Number 2 (June 1998), Group Expert On The Protection of Expression of Folklore by Intellectual Property 1985
- Hojer, 1965, *An Introduction to Anthropology*, ed.3, NY: The Macmillan Company
- Lucas, Agnes –Shloetter, 2007, *Folklore dalam Indigenous Heritage and Intellectual Property* GRTKF, 2nd edition Edited by Silke von

<sup>14</sup><http://us.detiknews.com/read/2008/09/17/163057/1007972/10/perajin-perak-bali-bantah-jiplak-motif-perak-milik-asing>, diakses 2 Januari 2011.

Lewinski, Kluwer Law, Netherland : Law & Bussiness

Sedyawati Edy, "Warisan Tradisi, Penciptaan, dan Perlindungan", Makalah dalam Temu Wicara Perlindungan Hukum Floklor dan Traditional Knowledge, Dirjen HKI, Departmen Kehakiman dan HAM RI, Jakarta 13 Agustus 2003.

Sedyawati, Edy "Upaya Perlindungan Hukum (HKI) terhadap Produk Kerajinan Nasionl yang Menjadi Warisan Budaya", Makalah Diskusi Panel, Semarang, 18 Oktober 2002, halaman 3

Siswandi, Acmad Gusman Catur, *Perlindungan Hukum Terhadap Asset Pengetahuan Tradsional*.

Solomon, Maui, 1995, "Intellectual Property Rights and Indigenou Peoples Rights and Obligations", Motion Magizine of Missouri Rural Crisis Center, NPC Productions

Lucas, Agnes – Schoeller .  
[www.folklife.si.edu/resources/unesco/puri.htm](http://www.folklife.si.edu/resources/unesco/puri.htm))

Bern Convention for the Protection of Literary and Artistic Works Article 15 paragraf 4.

WIPO Performances and Phonogram Treaty 1996, Article 2 (d)

WIPO-UNESCO *Model Provisions for National Laws on the Protection of Expressions of Folklore against Illicit Exploitation and Other Prejudicial Actions* 1982