



**PERLINDUNGAN HUKUM TERHADAP MASYARAKAT HUKUM ADAT
DI INDONESIA ATAS PEMANFAATAN SUMBER DAYA GENETIK
SEBAGAI SUATU KEKAYAAN INTELEKTUAL**

TESIS

**Disusun Dalam Rangka Memenuhi Persyaratan
Program Magister Ilmu Hukum**

Oleh:

Ghandis Clarinda Tiara Hanum, S.H.

11010111400088

PEMBIMBING:

Prof. Dr. Budi Santoso, S.H., M.S.

PROGRAM MAGISTER ILMU HUKUM

FAKULTAS HUKUM

UNIVERSITAS DIPONEGORO

SEMARANG

2013

HALAMAN PENGESAHAN**PERLINDUNGAN HUKUM TERHADAP MASYARAKAT HUKUM ADAT DI
INDONESIA ATAS PEMANFAATAN SUMBER DAYA GENETIK SEBAGAI
SUATU KEKAYAAN INTELEKTUAL**

Disusun Oleh :

**Ghandis Clarinda Tiara Hanum, S.H.
11010111400088**

**Dipertahankan di depan Dewan Penguji
Pada tanggal 21 Maret 2013**

Tesis ini telah diterima
Sebagai persyaratan untuk memperoleh gelar
Magister Ilmu Hukum

Pembimbing

Mengetahui
Ketua Program
Magister Ilmu Hukum

Prof. Dr. Budi Santoso, S.H., M.S.

NIP. 19611005 198603 1 002

Prof. Dr. Arief Hidayat, S.H., M.S.

NIP. 19560203 198103 1 002

KATA PENGANTAR

Puji syukur Penulis panjatkan kepada sumber rahmat dan kekuatan dalam hidup Penulis, Allah SWT yang memberikan hidup yang penuh dengan anugerah kepada Penulis. Berkat rahmat dan pertolonganMu, Penulis dapat menyelesaikan penulisan tesis dengan judul :

PERLINDUNGAN HUKUM TERHADAP MASYARAKAT HUKUM ADAT DI INDONESIA ATAS PEMANFAATAN SUMBER DAYA GENETIK SEBAGAI SUATU KEKAYAAN INTELEKTUAL

Tesis ini merupakan syarat untuk menyelesaikan Program Magister Ilmu Hukum di Universitas Diponegoro Semarang. Tesis ini pun tidak terlepas dari bantuan dan dorongan berbagai pihak baik secara langsung maupun tidak langsung maka pada kesempatan ini perkenankan Penulis menyampaikan ucapan terima kasih yang sebesar-besarnya kepada semua pihak yang telah memiliki peran dalam perjalanan hidup Penulis, termasuk dalam penyelesaian tesis ini, khususnya kepada :

1. Prof. Dr. Arief Hidayat, SH., MS., selaku Ketua Program Magister Ilmu Hukum Universitas Diponegoro.
2. Prof. Dr. Budi Santoso, SH., MS. selaku dosen Pembimbing Skripsi yang telah memberikan bimbingan bagi Penulis selama menyusun tesis ini.
3. Yang Terhormat Bapak dan Ibu dosen pengajar Magister Ilmu Hukum Universitas Diponegoro Semarang khususnya dosen pengajar kelas BSU HET-HKI yang telah memberikan ilmu yang akan menjadi harta yang tak ternilai harganya bagi Penulis.
4. Seluruh karyawan Magister Ilmu Hukum Universitas Diponegoro Semarang.
5. Papaku Soewatno Karnawi, terima kasih untuk semua dukungannya.
6. Adikku Adhella Menur Naysilla terima kasih untuk semua dukungannya.
7. Sahabatku Frieda Fania dan Priezta atas semua dukungannya selama ini.
8. Teman-teman sekelas di Kelas BSU HET-HKI angkatan 2011-2012 atas kebersamaannya selama 2 tahun ini.
9. Semua keluarga, saudara, sahabat yang tidak bisa Penulis sebutkan satu persatu yang telah memberikan perhatian dan kasih sayang pada

Penulis dan begitu berperan dalam kehidupan Penulis dan telah memberi dukungan selama Penulis membuat tesis ini.

Pada akhirnya Penulis menyadari bahwa penulisan tesis ini masih banyak kekurangan sehingga Penulis mengharapkan kritik dan saran yang membangun dari pembaca. Penulis berharap kiranya tesis ini dapat menjadi sumbangan baik bagi seluruh civitas akademika Magister Ilmu Hukum Universitas Diponegoro pada umumnya dan seluruh pemerhati hak kekayaan intelektual pada khususnya. Terima kasih.

Semarang, Februari 2013

Ghandis Clarinda Tiara Hanum, S.H.

PERNYATAAN KEASLIAN KARYA ILMIAH

Dengan ini saya, Ghandis Clarinda Tiara Hanum, S.H., menyatakan bahwa Karya Ilmiah / Tesis ini adalah asli hasil karya saya sendiri dan Karya Ilmiah ini belum pernah diajukan sebagai pemenuhan persyaratan untuk memperoleh gelar kesarjanaan Strata Satu (S1) maupun Magister (S2) dari Universitas Diponegoro maupun Perguruan Tinggi lain.

Semua informasi yang dimuat dalam Karya Ilmiah ini yang berasal dari penulis lain baik yang dipublikasikan atau tidak, telah diberikan penghargaan dengan mengutip nama sumber penulis secara benar dan semua isi dari Karya Ilmiah / Tesis ini sepenuhnya menjadi tanggung jawab saya sebagai penulis.

Semarang, 21 Maret 2012

Penulis

Ghandis Clarinda Tiara Hanum, S.H.
NIM. 11010111400088

Abstrak

PERLINDUNGAN HUKUM TERHADAP MASYARAKAT HUKUM ADAT DI INDONESIA ATAS PEMANFAATAN SUMBER DAYA GENETIK SEBAGAI SUATU KEKAYAAN INTELEKTUAL

Masyarakat hukum adat merupakan suatu entitas hukum dan menggantungkan keberlangsungan kehidupannya pada sumber daya genetik yang ada di wilayah hidupnya. Masyarakat hukum adat sangat berperan penting dalam mengungkap manfaat-manfaat sumber daya genetik tertentu. Peran masyarakat hukum adat tersebut telah menyebabkan industri-industri bioteknologi di Negara-negara maju menghemat biaya penelitian terhadap sumber daya genetik dan berhasil memperoleh keuntungan milyaran dolar dari penjualan produk-produk berbasis sumber daya genetik. Negara-negara maju bahkan seringkali memanfaatkan Rezim HKI untuk memperoleh hak monopoli atas produk-produk berbasis sumber daya genetik yang berasal dari pengetahuan masyarakat hukum adat di Indonesia. Namun ironisnya, tidak sepeser pun keuntungan yang diperoleh oleh masyarakat hukum adat di Indonesia.

Berdasarkan latar belakang tersebut maka permasalahan yang muncul; apakah Rezim HKI mampu mengakomodasi perlindungan hukum terhadap masyarakat hukum adat atas pemanfaatan sumber daya genetik sebagai kekayaan intelektual? Bagaimana kebijakan perlindungan hukum terhadap masyarakat hukum adat atas pemanfaatan sumber daya genetik sebagai kekayaan intelektual di Indonesia pada saat ini dan masa mendatang? Metode pendekatan dalam penelitian ini adalah metode yuridis normatif dengan metode pengumpulan data melalui studi pustaka.

Kesimpulan yang diperoleh dari penelitian ini adalah bahwa Rezim HKI tidak mampu mengakomodasi perlindungan hukum terhadap masyarakat hukum adat atas pemanfaatan sumber daya genetik karena Rezim HKI hanya mampu melindungi *intellectual creation* yang sesuai dengan standar TRIPs yang mana berbeda dengan kriteria *intellectual creation* masyarakat hukum adat serta adanya prinsip *genetic resources as common heritage*. Kebijakan di Indonesia saat ini masih berpedoman pada sistem pengakuan bersyarat masyarakat hukum adat. Akan tetapi, pengakuan Negara atas hak ulayat telah mengakomodasi hak masyarakat hukum adat atas sumber daya genetik. Oleh karena itu, Pemerintah Indonesia di masa mendatang diharapkan dapat membentuk perundang-undangan hukum *Sui Generis* dan membangun Rezim *Access and Benefit Sharing*.

Kata Kunci : *Perlindungan Hukum, Masyarakat Hukum Adat, dan Sumber Daya Genetik*

Abstract

LAW PROTECTION OF *MASYARAKAT HUKUM ADAT* IN INDONESIA AGAINST THE UTILIZATION OF GENETIC RESOURCES AS AN INTELLECTUAL PROPERTY

Masyarakat hukum adat is a legal entity and relies their life on existing genetic resources in their neighborhood. Masyarakat hukum adat play an important role in revealing particular genetic resources benefits. The role of masyarakat hukum adat causes biotechnology industries in developed countries save their research cost against genetic resources and succeeded to gain billions dollar of profit from selling the genetic resources-based products. The developed countries frequently use the regime of Intellectual Property Right (IPR) to get monopoly right for the genetic resources-based product originated from the knowledge of masyarakat hukum adat in Indonesia. Ironically, masyarakat hukum adat in Indonesia does not get any benefit from it.

Based on the background, the problem are : Can the regime of IPR accomodate law protection of masyarakat hukum adat for the use of genetic resources as intellectual property? How is the policy of law protection of masyarakat hukum adat for the use of genetic resources as intellectual property in Indonesia now and in the future? The approach method in this research was normative juridical method and the data collection method was through library study.

The research conclusion is that IPR Regime can't accomodate law protection of masyarakat hukum adat for the use of genetic resources since IPR can only protect intellectual creation in accordance with TRIPs standard, which is different from the intellectual creation criteria of masyarakat hukum adat and because of the principle that genetic resources are common heritage of humankind. The policy in Indonesia today is still based on the condition recognition system of masyarakat hukum adat. However, the state recognition on ulayat right has accomodated the right of masyarakat hukum adat over genetic resources. Therefore, in the future, Indonesian government is expected to be able to make the law of Sui Generis and establish the regime of Access and Benefit Sharing.

Keywords : Law Protection, Masyarakat Hukum Adat, and Genetic Resources.

DAFTAR ISI

HALAMAN JUDUL	i
HALAMAN PENGESAHAN	ii
KATA PENGANTAR.....	iii
LEMBAR PERNYATAAN KEASLIAN KARYA ILMIAH	vi
ABSTRAK	vii
ABSTRACT	viii
DAFTAR ISI	ix
BAB I PENDAHULUAN	
A. Latar Belakang	1
B. Perumusan Masalah	9
C. Tujuan Penelitian	9
D. Manfaat Penelitian	9
E. Kerangka Pemikiran	10
F. Metode Penelitian	11
BAB II TINJAUAN PUSTAKA	
A. Hak Kekayaan Intelektual pada Umumnya	
1. Sejarah dan Prinsip Hak Kekayaan Intelektual.....	35
a. Sejarah Hak Kekayaan Intelektual.....	35
b. Prinsip Hak Kekayaan Intelektual.....	39
2. Hak Kekayaan Intelektual dalam Instrumen Hukum Nasional dan Instrumen Hukum Internasional.....	41
B. Pengertian dan Pengaturan tentang Masyarakat Hukum Adat	
1. Pengertian dan Kriteria Masyarakat Hukum Adat	45

2. Hak-Hak Masyarakat Hukum Adat	49
3. Pengaturan Hukum Masyarakat Hukum Adat dalam Instrumen Hukum Nasional dan Instrumen Hukum Internasional.....	51
C. Pengertian dan Pengaturan tentang Sumber Daya Genetik	
1. Ruang Lingkup Sumber Daya Genetik.....	62
a. Pengertian Sumber Daya Genetik.....	62
b. Pengetahuan Tradisional yang terkait dengan Sumber Daya Genetik.....	64
2. Pengaturan Sumber Daya Genetik dalam Instrumen Hukum Nasional dan Hukum Internasional	67

BAB III HASIL PENELITIAN DAN PEMBAHASAN

A. Rezim Hak Kekayaan Intelektual Tidak Mampu Mengakomodasi Perlindungan Hukum terhadap Hak Masyarakat Hukum Adat atas Pemanfaatan Sumber Daya Genetik sebagai Kekayaan Intelektual	
1. Konsep Kekayaan Intelektual yang Dilindungi dalam Rezim Hak Kekayaan Intelektual Tidak Mengakomodasi Konsep Kekayaan Intelektual Masyarakat Hukum Adat.....	72
2. Sumber Daya Genetik Dikategorikan sebagai <i>Public Domain</i> yang Merupakan Warisan Bersama Umat Manusia (<i>Common Heritage of Humankind</i>).....	98
B. Kebijakan Perlindungan Hukum terhadap Masyarakat Hukum Adat atas Pemanfaatan Sumber Daya Genetik di	

Indonesia

1. Kebijakan Perlindungan Hukum terhadap Masyarakat Hukum Adat di Indonesia atas Pemanfaatan Sumber Daya Genetik di Masa Kini.....	120
a. Pengakuan Bersyarat terhadap Masyarakat Hukum Adat di Indonesia.....	120
b. Hak Masyarakat Hukum Adat atas Sumber Daya Genetik.....	133
2. Kebijakan Perlindungan Hukum terhadap Masyarakat Hukum Adat di Indonesia atas Pemanfaatan Sumber Daya Genetik di Masa Mendatang.....	152
a. Perlindungan dan Pengakuan Hak terhadap Masyarakat Hukum Adat dalam Perundang-undangan Khusus.....	152
b. Pembentukan Perundang-undangan <i>Sui Generis (Sui Generis System)</i> atau HKI – Plus.....	163
c. Rezim <i>Access and Benefit Sharing (ABS)</i>	194
 BAB IV PENUTUP	
A. Kesimpulan	210
B. Rekomendasi.....	213
 DAFTAR PUSTAKA	215

BAB I

PENDAHULUAN

A. Latar Belakang

Penemuan rekombinasi DNA di tahun 1953¹ yang diikuti dengan perkembangan bioteknologi² serta ilmu pengetahuan dan sains menyebabkan kebutuhan akan sumber daya genetik yang berasal dari tanaman, hewan, mikroorganisme, dan manusia meningkat pesat untuk digunakan sebagai bahan baku berharga (*valuable raw materials*) dalam berbagai sektor ekonomi. Konsekuensinya, industri bioteknologi banyak

¹ DNA merupakan singkatan *Deoxyribonucleic Acid* atau Asam Deoksiribonukleat yang ditemukan pada tahun 1869. DNA terdiri dari deret unit *deoksiribonukleat* yang bertindak sebagai pembawa informasi genetik. Fungsi DNA sebagai materi genetik untuk kebanyakan organisme, templat (cetakan) untuk sintesis molekul protein dan sintesis informasi turunan dari satu sel atau generasi sel atau generasi berikutnya. Jadi umumnya DNA berperan dalam pewarisan sifat-sifat turunan organisme (pengembangan dan penerus genetik). Fungsi utama DNA yang menentukan warisan genetik tersebut baru ditemukan James D Watson dan Frances H C Crick pada tahun 1953. Mereka adalah satu-satunya yang meneliti struktur DNA. Menurut hasil penemuan mereka, DNA mereplikasi diri dengan memisahkan diri menjadi untai tunggal, masing-masing akan menjadi templat untuk dua *helix* ganda. Hal itu yang memungkinkan instruksi genetik dalam organisme diturunkan dari generasi ke generasi. Rekombinasi DNA adalah molekul yang dibentuk di luar sel melalui penggabungan alami atau sintetik bagian DNA ke molekul DNA yang dapat mereplikasi dalam sel hidup (penggabungan dua sumber materi genetik yang berbeda). Teknologi rekombinasi DNA menggunakan teknik *molecular kloning* yang bertujuan mengisolasi, mengidentifikasi, dan melipatgandakan materi genetik yang diinginkan. Teknologi ini menyebabkan para ahli dapat memperbaiki kesalahan genetik yang tidak dapat disembuhkan, membuat protein yang diinginkan, memperbanyak protein penting yang langka, dll. Contoh produk dari hasil teknologi rekombinasi DNA adalah Antibodi Rekombinan; Vaksin : Hepatitis A, herpes, influenza, malaria, flu burung H5N1 ; Vaksin DNA; Terapi Gen; Protein Terapeutik : Insulin; albumin; Produk pertanian : tanaman tahan penyakit; jeruk tanpa biji, dll. Lihat Abdul Hamid A. Toha, *Ensiklopedia Biokimia dan Biologi Molekuler*, (Jakarta :EGC,2009), halaman 181 dan 785.

² Bidang penerapan *biosains* atau teknologi yang menyangkut penerapan praktis organisme hidup atau komponen subseluler pada bidang jasa dan manufaktur serta pengelolaan lingkungan hidup. Bioteknologi memanfaatkan bakteri, alga, ragi, kapang, sel tumbuhan, atau sel jaringan hewan, yang dibiakkan, sebagai komponen berbagai industri. Penerapan bioteknologi yang berhasil hanya akan mungkin tercapai dengan pengintegrasian berbagai disiplin ilmu pengetahuan alam dan teknologi, termasuk teknologi rekombinasi DNA. Lihat *Ibid*, halaman 186.

bermunculan di sektor-sektor industri pertanian, produksi makanan, kesehatan, farmasi (dan biofarmasi), dan kosmetik. Berdasarkan pemasaran produk-produk tersebut di berbagai sektor, estimasi omzet dari penjualan produk-produk yang berbasis sumber daya genetik diperkirakan sebesar 220-800 milyar USD per tahun pada tahun 2000-an.³

Perkembangan industri bioteknologi dan komersialisasi produk-produk berbasis sumber daya genetik tersebut mendapat perhatian khusus dalam tataran internasional, yakni dengan lahirnya *Convention on Biological Diversity* (CBD)/ Konvensi Keanekaragaman Hayati pada tahun 1992. *Convention On Biological Diversity*/Konvensi Keanekaragaman Hayati adalah instrumen hukum internasional yang memfokuskan pada tiga tujuan, yakni konservasi keanekaragaman hayati, penggunaan yang wajar dari komponen-komponen hayati, dan pembagian keuntungan yang adil dan seimbang atas pemanfaatan sumber daya genetik. Tujuan ketiga dari CBD tersebut membuktikan jangkauan CBD tidak semata-mata mengatur pelestarian keanekaragaman hayati tetapi meluas pada pengaturan akses terhadap komersialisasi teknologi seperti sumber daya genetik.⁴ Penekanan teknologi dalam konteks CBD ini adalah bioteknologi sebagaimana yang diatur dalam Artikel 2, yakni :

³ Ten Kate dan Laird dalam Sebastian Oberthur, dkk, *Study Intellectual Property Rights on Genetic Resources and The Fight Against Poverty*, (Belgia : European Parliament, 2011)hal9,http://www.ecologic.eu/files/attachments/Projects/2610/2610_20_ipr_study_final.pdf, diakses pada 1 Oktober 2012.

⁴ W. Lesser, *Sustainable Use of Genetic Resources under The Convention on Biological Diversity Exploring Access and Benefit Sharing Issues*, (New York : CAB International, 1999), halaman 3.

Artikel 2 CBD

"Sumber daya hayati" mencakup sumber daya genetik, organisme atau bagiannya, populasi atau komponen biotik ekosistem-ekosistem lain dengan manfaat atau nilai yang nyata atau potensial untuk kemanusiaan.

"Sumber daya genetik" ialah bahan genetik yang mempunyai nilai nyata atau potensial.

"Material genetik" ialah bahan dari tumbuhan, binatang, jasad renik atau jasad lain yang mengandung unit-unit fungsional pewarisan sifat (hereditas).

"Teknologi" mencakup juga bioteknologi.

"Bioteknologi" ialah penerapan teknologi yang menggunakan sistem-sistem hayati, makhluk hidup atau derivatifnya, untuk membuat atau memodifikasi produk-produk atau proses-proses untuk penggunaan khusus.

Penekanan CBD pada bioteknologi ini didasari bahwa bioteknologi telah 'berjasa' meningkatkan nilai sumber daya genetik⁵ dan hal ini menimbulkan keresahan di kalangan negara-negara berkembang⁶. Negara-negara berkembang merasa dirugikan karena mereka telah 'mendonasikan' sumber daya genetik mereka hanya untuk membeli kembali sumber daya genetik tersebut dari perusahaan multinasional di negara-negara maju.⁷ Industri bioteknologi yang bersumber dari sumber daya genetik sejauh ini memang banyak terkonsentrasi di negara-negara

⁵ *Ibid*, halaman 20.

⁶ Negara-negara berkembang (*developing countries*) adalah mengacu kepada negara-negara yang tidak saja memiliki pendapatan per-kapita yang rendah, tetapi juga masih menghadapi masalah-masalah sosial seperti buta huruf, angka kematian bayi, problem kekurangan gizi dan ketertinggalan dalam bidang teknologi (*Ibid*). Di samping itu, Istilah negara berkembang ini juga bisa menunjuk kepada beberapa negara bekas daerah jajahan yang menuju kemerdekaan pada tahun 1950-an, yang oleh Presiden Truman dari Amerika Serikat disebut sebagai "negara terbelakang. Lihat Johannes Muller, *Perkembangan Masyarakat Lintas Ilmu*, (Jakarta : PT. Gramedia Pustaka Utama, 2006), halaman 10.

⁷ *Loc.Cit*.

maju⁸. Sementara itu, negara-negara berkembang kalah berkembang dalam industri bioteknologinya tetapi merekalah yang berperan penting sebagai 'penyedia' sumber daya genetik bagi industri bioteknologi di negara-negara maju. Hal tersebut dikarenakan hutan tropis yang kaya akan keanekaragaman hayati banyak tersebar di wilayah geografis negara-negara berkembang.⁹ Keanekaragaman hayati tersebut merupakan faktor yang sangat berpengaruh dalam kekayaan sumber daya genetik. Kelangsungan dan kelestarian keanekaragaman hayati di hutan tropis sangat penting bagi umat manusia. Hal itu karena di sanalah tersedia sumber daya genetik sebagai sumber obat-obatan, sumber pengembangan jenis (varietas tanaman) dan hewan baru.¹⁰ Semakin tinggi tingkat keanekaragaman hayatinya semakin tinggi pula jenis sumber daya genetiknya.

⁸ Negara-negara Maju (*developed countries*) adalah mengacu pada negara-negara yang mempunyai tingkat pendapatan per-kapita yang tinggi dan mempunyai beragam industri yang ditandai dengan pemanfaatan teknologi tinggi. Lihat Agus Sardjono, *Hak Kekayaan Intelektual dan Pengetahuan Tradisional*, (Bandung : PT. Alumni, 2006), halaman 15. Berdasarkan data OECD pada tahun 2009 Amerika Serikat menempati posisi teratas dalam jumlah industri bioteknologinya sebanyak 6213 perusahaan, disusul Spanyol 1095 perusahaan, dan Perancis 1067 perusahaan.

⁹ Hutan tropis secara geografis merupakan hutan yang terletak di antara 20 derajat Lintang Selatan dan garis 20 derajat Lintang Utara. Di antara kedua Garis Lintang itu membentang hutan tropis yatiu yang berada di Amerika Selatan, Amerika Tengah, Asia Tenggara, dan Asia Timur (yang rata-rata merupakan wilayah negara berkembang berada). Keanekaragaman hayati dalam hutan tropis berkaitan dengan kerumitan ekologinya yang melampaui jumlah yang terdapat dalam kawasan hutan lain dengan luas yang sama. Kerumitan ekologi dalam hutan tropis berasal dari cahaya, kehangatan, dan kelembaban yang luar biasa banyaknya, yang terus menerus menciptakan lingkungan yang menguntungkan bagi evolusi sumber daya hayati. Lihat Otto Soemarwoto dan I Nyoman Myers dalam FX Adji Samekto, *Keberpihakan Konvensi Keanekaragaman Hayati pada Kepentingan Negara Maju*, (Majalah Masalah-Masalah FH Univesitas Diponegoro, Vol. 35 No. 2 April –Juni 2006), halaman 138-139.

¹⁰ *Loc.Cit.*

Negara-negara maju tidak dapat dipungkiri memang memiliki kemajuan teknologi tetapi di sisi lain mereka kekurangan sumber daya genetik yang sangat dibutuhkan dalam industrinya. Negara-negara berkembang tidak dapat dipungkiri belum memiliki kemajuan teknologi selayaknya negara-negara maju tetapi di sisi lain kekayaan sumber daya genetik negara-negara berkembang memegang peran vital bagi industri negara maju. Negara-negara maju dan negara-negara berkembang seharusnya dapat memanfaatkan situasi tersebut sebagai sebuah simbiosis mutualisme. Akan tetapi, faktanya negara-negara maju melalui Rezim HKI seringkali memanfaatkan persyaratan *patentability* sebagai senjata utama mereka untuk memperoleh paten atas produk yang berbasis sumber daya genetik yang berasal dari negara-negara berkembang dan mengeruk keuntungan melalui royalti.

Tindakan negara-negara maju tersebut diistilahkan dengan *misappropriation*.¹¹ Beberapa tindakan *misappropriation* yang dilakukan negara-negara maju terhadap sumber daya genetik di negara-negara berkembang di antaranya :

1. Paten pelargonium (2009)¹². Masyarakat asli Afrika telah lama menggunakan pelargonium untuk terapi pengobatan penyakit infeksi pernafasan, termasuk TBC. Schwabe Pharmaceuticals,

¹¹ *Misappropriation* diartikan sebagai penggunaan tanpa hak atau melawan hukum dengan mengabaikan hak-hak masyarakat lokal atas TK dan sumber hayati yang terkait, yang menjadi milik masyarakat yang bersangkutan. Pengertian ini diambil dari *Black's Law*, yaitu *misappropriation is the unauthorized, improper or unlawful use of funds or property for purpose other than that for which intended*.

¹² *Ibid*, halaman 42.

perusahaan farmasi Jerman, mengajukan lima permohonan paten atas pelargonium pada tahun 2009, dua diantaranya diberikan oleh European Patent Office (EPO) dan satu diberikan oleh German Patent Office.

2. Paten enola bean (2009).¹³ John Proctor, presiden perusahaan PODNERS, LLC di Amerika Serikat yang bergerak di bidang budidaya benih, 'berhasil' mengembangkan enola bean berwarna kuning. John Proctor awalnya membeli beberapa buncis berbagai warna (termasuk kuning) dari Meksiko dan kemudian berhasil membudidayakannya buncis berwarna kuning di Amerika Serikat dengan menggunakan metode tradisional yang telah digunakan oleh petani Meksiko selama berabad-abad. US Patent Office memberikan paten atas enola bean pada tahun 1999 dengan nomor 5,894,079.

Kasus-kasus *missappropriation* tersebut juga dialami oleh Bangsa Indonesia, di antaranya :

1. Dari 45 jenis obat penting di Amerika Serikat berasal dari tumbuhan-tumbuhan dan 14 jenis diantaranya berasal dari Indonesia, seperti tumbuhan 'tapak dara' yang berfungsi sebagai obat kanker. Tapak dara telah banyak dimanfaatkan sejak dahulu sebagai obat tradisional oleh masyarakat Indonesia.¹⁴

¹³ *Ibid*, halaman 12.

¹⁴ Agus Sardjono, *HKI dan Pengetahuan Tradisional, Op.Cit.*, halaman 3.

2. Permohonan Paten *Immunostimulating Polysaccharides Isolated From Curcuma xanthorrhiza and Manufacturing Method Thereof* oleh Inventor dari Korea Selatan; Jae-Kwan Hwang, Ah-Jin Kim, Jong-Hee Sohn, Kyu-Lee Han, Sun-Hee Lee, Jeong-Han Choo terhadap US Patent Office ^{dengan US Patent Application} No. 20100048885 pada tahun 2010. *Polysaccharides* dari *Curcuma xanthorrhiza* ini telah terbukti efektif untuk membunuh sel kanker.¹⁵ *Curcuma xanthorrhiza* adalah nama latin dari temulawak yang merupakan tanaman asli Indonesia dan telah dikenal lama sebagai obat tradisional.

Berdasarkan kasus-kasus tersebut terdapat satu persamaan yakni, setiap produk-produk berbasis sumber daya genetik selalu ‘tercipta’ berkat ‘pengungkapan’ masyarakat asli atas manfaat-manfaat sumber daya genetik tertentu. Masyarakat asli itu sendiri merupakan terminologi yang tidak dikenal dalam sistem hukum Indonesia karena pemerintah Indonesia lebih memilih menggunakan istilah masyarakat hukum adat.¹⁶ Masyarakat

¹⁵ <http://www.faqs.org/patents/app/20100048885#ixzz2NPY70zLH>, diakses pada tanggal 1 November 2012

¹⁶ Masyarakat asli dalam hukum internasional dikenal dengan istilah *indigenous people*. Istilah ini untuk menyebut suatu entitas masyarakat yang mempunyai karakteristik tersendiri karena latar belakang, sejarah, ekonomi, sosial dan budayanya. Secara harfiah istilah tersebut diterjemahkan ke dalam bahasa Indonesia menjadi ‘masyarakat asli’. Sebagian penulis ada yang menggunakan istilah ‘masyarakat asli’ dan sebagian lainnya menggunakan istilah ‘masyarakat adat’, ‘bumiputra’. Dalam perundang-undangan Indonesia ditemukan istilah ‘masyarakat hukum adat’ dan juga istilah ‘masyarakat adat’. Lihat Zainul Daulay, *Pengetahuan Tradisional Konsep, Dasar Hukum, dan Praktiknya*, (Jakarta: PT Raja Grafindo Persada, 2011), halaman 40. Pemerintah Indonesia menolak untuk menggunakan terminologi masyarakat asli sebagaimana tercantum dalam berbagai Deklarasi PBB dengan alasan semua rakyat

hukum adat adalah suatu entitas hukum yang memperoleh pengakuan dan perlindungan dari Negara berdasarkan syarat-syarat tertentu. Masyarakat hukum adat dalam perundang-undangan Indonesia memiliki hak khusus yang dikenal dengan hak ulayat yang diatur dalam Pasal 3 UU No. 5 tahun 1960 tentang Pokok-Pokok Agraria.

Ter Haar berpendapat bahwa hak ulayat secara umum berkenaan dengan hubungan hukum antara masyarakat hukum adat dengan tanah dalam wilayahnya. Hubungan hukum tersebut berisi wewenang dan kewajiban. Dalam pengertian 'tanah dalam lingkungan wilayahnya' itu mencakup luas kewenangan masyarakat hukum adat berkenaan dengan tanah termasuk segala isinya, yakni perairan, tumbuh-tumbuhan, dan binatang dalam wilayahnya yang menjadi sumber kehidupan dan mata pencahariannya.¹⁷

Keberadaan tumbuh-tumbuhan dan binatang dalam wilayah hidup masyarakat hukum adat tersebut merupakan suatu sumber daya genetik sebagaimana yang diatur dalam CBD. Oleh karena itu, bergantungnya kehidupan masyarakat hukum adat terhadap tumbuh-tumbuhan dan hewan di dalam wilayahnya adalah bentuk ketergantungan masyarakat hukum adat terhadap sumber daya genetik. Hal ini merupakan titik temu dari urgensi perlindungan hukum terhadap masyarakat hukum adat atas pemanfaatan sumber daya genetik yakni berupa suatu perlindungan

Indonesia merupakan masyarakat asli Indonesia, terkecuali etnis China, sehingga semua rakyat berhak atas hak yang sama, dan pemerintah Indonesia merumuskan konsep tersendiri dengan terminologi 'masyarakat adat' dan/atau 'masyarakat hukum adat'. Lihat IWGIA The Indigenous World tahun 2009, halaman 319 <http://www.aman.or.id/wp-content/plugins/downloads-manager/upload/THE%20INDIGENOUS%20WORLD-2009%20Indo.pdf>, diakses pada 1 Oktober 2012.

¹⁷ Ter Haar dalam Maria Soemardjono, *Tanah dalam Perspektif Hak Ekonomi, Sosial, dan Budaya*, (Jakarta : Kompas Gramedia, 2009), halaman 170.

terhadap hak ulayatnya sekaligus merupakan perlindungan terhadap hak hidupnya.

Bertitik tolak dari uraian di atas, maka penulis ingin mengkaji dan menganalisis gambaran yang lebih jelas terkait perlindungan hukum terhadap masyarakat hukum adat di Indonesia atas pemanfaatan sumber daya genetik dalam kerangka hak kekayaan intelektual, sehingga pembahasan dalam tesis ini berjudul :

“Perlindungan Hukum Terhadap Masyarakat Hukum Adat Di Indonesia Atas Pemanfaatan Sumber Daya Genetik Sebagai Suatu Kekayaan Intelektual”.

B. Permasalahan

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

1. Apakah rezim hak kekayaan intelektual dapat mengakomodasi perlindungan hukum terhadap masyarakat hukum adat ketika sumber daya genetik dimanfaatkan sebagai suatu kekayaan intelektual?
2. Bagaimana kebijakan perlindungan hukum terhadap masyarakat hukum adat atas pemanfaatan sumber daya genetik sebagai kekayaan intelektual di Indonesia pada saat ini dan masa yang akan datang?

C. Tujuan Penelitian

Berdasarkan apa yang telah dipaparkan pada latar belakang masalah di atas, maka yang menjadi tujuan penelitian ini adalah:

1. Untuk mengkaji dan menganalisis dapat atau tidaknya rezim hak kekayaan intelektual mengakomodasi perlindungan hukum terhadap masyarakat hukum ketika sumber daya genetik dimanfaatkan sebagai suatu kekayaan intelektual;
2. Untuk mengkaji dan menganalisis kebijakan perlindungan hukum terhadap masyarakat hukum adat atas pemanfaatan sumber daya genetik sebagai kekayaan intelektual di Indonesia pada saat ini dan masa yang akan datang.

D. Manfaat Penelitian

1. Manfaat Teoritis

Manfaat teoritis dari hasil penelitian ini, diharapkan dapat memberikan kontribusi teoritis dalam rangka mengembangkan konsep perlindungan hukum terhadap masyarakat hukum adat atas dimanfaatkannya sumber daya genetik dalam industri serta dalam rangka mengembangkan mekanisme *access and benefit sharing* yang memadai bagi masyarakat hukum adat.

2. Manfaat Praktis

Manfaat praktis dari hasil penelitian ini, diharapkan dapat dijadikan sebagai bahan referensi bagi para praktisi dan aparat penegak hukum dalam memecahkan permasalahan yang berkaitan dengan pemanfaatan sumber daya genetik milik bangsa Indonesia secara melawan hukum atau tanpa izin dari masyarakat hukum adat yang telah secara turun temurun memanfaatkan sumber daya genetik tertentu dalam kehidupan sehari-hari.

E. Kerangka Pemikiran

1. Kerangka Konsep

Hak Kekayaan Intelektual pada dasarnya merupakan suatu hak yang timbul sebagai hasil kemampuan intelektual manusia dalam berbagai bidang yang menghasilkan suatu proses atau produk yang bermanfaat bagi umat manusia.¹⁸ Aspek hak kekayaan intelektual ini muncul di Indonesia karena Indonesia berada di bawah tekanan negara-negara maju untuk melaksanakan TRIPs sebagai salah satu kesepakatan dalam Rezim WTO.¹⁹ Oleh karena itu, rezim HKI ini tampak sebagai sebuah propaganda Barat yang kapitalis yang tidak sesuai dengan karakteristik Bangsa Indonesia. Namun sebenarnya ajaran yang menjadi basis utama dari doktrin HKI adalah

¹⁸ Bambang Kesowo dalam Budi Santoso, *Dekonstruksi Hak Cipta Indonesia*, (Semarang : Pustaka Magister, 2012), halaman 7.

¹⁹ Scot Holwick dalam Agus Sardjono, *HKI dan Pengetahuan Tradisional*, *Op.Cit.*, halaman 4.

suatu ajaran moral tentang kebaikan, yakni 'jangan mengambil apa yang bukan milikmu.'²⁰

Akan tetapi, Rezim HKI pada perkembangannya justru bertentangan dengan ajaran moral yang mendasarinya karena adanya standar ganda dalam penerapannya. Rezim HKI melindungi hasil kreasi dari individu yang memakai kemampuan intelektual melalui mekanisme-mekanismenya di satu sisi. Namun demikian, di sisi lain rezim HKI seakan melegalisasi tindakan-tindakan *missappropriation* atas sumber daya genetik yang berasal dari negara-negara berkembang. Sumber daya genetik sendiri merupakan bagian yang tak terpisahkan dari keanekaragaman hayati yang dimiliki negara-negara berkembang termasuk Indonesia.

Keanekaragaman hayati (*biodiversity*) diartikan sebagai jumlah jenis. Makin besar jumlah jenis, akan makin besar pula keragaman hayati. Melalui proses evolusi yang terus menerus terjadilah jenis baru. Sebaliknya dengan terus menerus pula terjadi kepunahan jenis. Apabila laju terjadinya jenis baru lebih besar daripada kepunahan, maka keragaman hayati akan bertambah, sebaliknya apabila laju kepunahan lebih besar, maka keragaman hayati akan menurun. Tingkat keanekaragaman hayati ditentukan oleh luas sempitnya habitat (tempat hidup) jenis tersebut. Makin luas habitat, makin besar jumlah jenis yang terdapat di dalam habitat. Makin meningkat keanekaragaman hayati, makin meningkat pula sumberdaya hayati yang terdiri atas banyak jenis dan masing-masing mengandung seperangkat gen tertentu. Oleh karena itu sumber daya hayati, secara lebih khusus disebut sumber daya genetika.²¹

²⁰ Agus Sardjono, *Membumikan HKI di Indonesia*, (Bandung : Nuansa Aulia, 2009), halaman 320.

²¹ Otto Soemarwoto dalam F.X.Adji Samekto, *Op. Cit.*, halaman 138.

Sumber daya genetik memiliki nilai nyata atau potensial yang bermanfaat bagi kehidupan manusia. Pemanfaatan sumber daya genetik tersebut berawal dari pengungkapan masyarakat asli yang sehari-harinya memanfaatkan kekayaan alam di sekitarnya. Terminologi masyarakat asli tidak dikenal di Indonesia dan Pemerintah Indonesia telah menetapkan definisi tersendiri yakni masyarakat hukum adat.

Pasal 18 B UUD Negara Kesatuan Republik Indonesia Tahun 1945 menyatakan bahwa; *“Negara mengakui dan menghormati kesatuan-kesatuan masyarakat hukum adat beserta hak-hak tradisionalnya sepanjang masih hidup dan sesuai dengan perkembangan masyarakat dan prinsip Negara Kesatuan Republik Indonesia, yang diatur dalam undang-undang.”*

Istilah masyarakat hukum adat dalam UUD Negara Kesatuan Republik Indonesia Tahun 1945 tersebut diperjelas dengan lagi dengan definisi-definisi dalam berbagai perundang-undangan, salah satunya UU No. 32 Tahun 2009 tentang Perlindungan dan Pengelolaan Lingkungan Hidup.

UU No. 32 Tahun 2009 tentang Perlindungan dan Pengelolaan Lingkungan Hidup, masyarakat hukum adat terdiri dari beberapa komponen antara lain :

- 1) kelompok masyarakat yang secara turun temurun bermukim di wilayah geografis tertentu;
- 2) adanya ikatan pada asal usul leluhur;

- 3) adanya hubungan yang kuat dengan lingkungan hidup, serta;
- 4) adanya sistem nilai yang menentukan pranata ekonomi, politik, sosial, dan hukum adat.

Pengakuan keberadaan masyarakat hukum adat dalam berbagai perundang-undangan memberikan implikasi berupa perlindungan Negara terhadap hak-hak masyarakat hukum adat. Hak-hak masyarakat hukum adat sebenarnya tidak jauh berbeda dengan hak-hak warganegara Indonesia yang lainnya tetapi masyarakat hukum adat juga mempunyai hak khusus yakni berupa hak ulayat. Hak ulayat salah satunya diatur dalam UU No. 5 Tahun 1960 tentang Peraturan Dasar Pokok-Pokok Agraria (UUPA).

Pasal 3

Dengan mendapat ketentuan-ketentuan dalam Pasal 1 dan 2 pelaksanaan hak ulayat dan hak-hak yang serupa itu dari masyarakat-masyarakat hukum adat, sepanjang menurut kenyataannya masih ada, harus sedemikian rupa sehingga sesuai dengan kepentingan nasional dan Negara yang berdasarkan atas persatuan bangsa serta tidak boleh bertentangan dengan undang-undang dan peraturan-peraturan lain yang lebih tinggi.

Hak ulayat ini seringkali diartikan sebatas hak untuk memanfaatkan tanah semata, tetapi sesungguhnya hak ini berdimensi lebih luas. Hak ulayat juga merupakan suatu hak bagi masyarakat hukum adat untuk memanfaatkan sumber daya hayati yang berada didalam wilayah hidup mereka. Oleh karena itu, perlindungan terhadap masyarakat hukum adat memiliki relasi yang

erat dengan perlindungan terhadap sumber daya genetik. Sumber daya genetik sebagai bagian dari sumber daya hayati, merupakan tempat bergantungnya kehidupan masyarakat hukum adat, perlindungan terhadap sumber daya genetik hakikatnya adalah perlindungan terhadap hak hidup masyarakat hukum adat

2. Kerangka Teori

Pesatnya perkembangan ilmu pengetahuan dan teknologi dan kemajuan industrialisasi negara-negara Eropa Barat dan Amerika Serikat telah menyebabkan negara-negara tersebut mendominasi percaturan dunia. Dominasi tersebut salah satunya mewujud ke dalam kesepakatan-kesepakatan multilateral, seperti melalui negosiasi dalam *General Agreement on Tariff and Trade (GATT) Uruguay Round*, yang kemudian berakhir dengan pembentukan *World Trade Agreement (WTO)* tahun 1994. Di dalam kesepakatan multilateral ini terdapat *Agreement on Trade Related Aspect of Intellectual Property Rights (TRIPs)* yang menjadi landasan bagi perdagangan internasional, terutama dalam masalah Hak Kekayaan Intelektual.

Frederick M. Abbot secara tegas menyatakan bahwa sponsor utama TRIPs adalah negara-negara maju terutama Amerika Serikat. Ketika itu negara-negara maju menganggap *Paris Convention* dan *Berne Convention* kurang efektif. Negara maju melalui *Uruguay Round* akhirnya berhasil memaksa untuk membentuk *Working Group on TRIPs* yang bertugas merancang draft kesepakatan TRIPs. Ketika itu negara-negara berkembang

tidak menyetujui karena menganggap WIPO sebagai badan dunia yang menangani implementasi konvensi internasional bidang HKI sudah cukup memadai untuk menyelesaikan permasalahan-permasalahan terkait HKI.²²

Pemaksaan TRIPs oleh negara-negara maju tidak dapat ditolak oleh negara-negara berkembang. Faktor utama yang membuat negara-negara berkembang tidak mampu menolak TRIPs adalah kuatnya pengaruh negara-negara maju terhadap kebijakan dalam negeri mereka.

Penolakan penandatanganan TRIPs oleh negara-negara berkembang akan menyebabkan mereka menerima pengucilan dalam arus perdagangan global yang memang didominasi oleh negara-negara maju. Selain itu, ketergantungan negara-negara berkembang kepada negara-negara maju, baik dari segi modal investasi, teknologi, bantuan keuangan, dan lainnya menyebabkan mereka tak punya pilihan selain mengakomodasi kepentingan negara-negara maju. Indonesia, sebagai negara berkembang, turut pula merasakan dampak dominasi dari negara-negara maju dalam penandatanganan TRIPs. Perundang-undangan HKI di Indonesia pun tak lepas dari tekanan desakan politik dan ekonomi Amerika Serikat.²³

Posisi ketergantungan negara-negara berkembang, termasuk Indonesia, terhadap Amerika Serikat (dan negara-negara maju lainnya) terutama bila dikaitkan dengan HKI dapat dianalisis dengan menggunakan Teori Ketergantungan (*dependency theory*).

²² Frederick M. Abbott, *Protecting First World Assets in The Third World : Intellectual Property Negotiations in the GATT Multilateral Framework*, Vanderbilt Journal of Transnational Law, (Vol 22, No.4, 1989) halaman 712-715, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1918346, diakses pada 1 November 2012.

²³ Agus Sardjono, *HKI dan Pengetahuan Tradisional*, Op.Cit., halaman 7 dan halaman 168.

Teori ini pada dasarnya menggambarkan suatu sistem kapitalisme internasional yang ditandai oleh penyerapan surplus ekonomi dari masyarakat periferi (dalam hal ini negara Dunia Ketiga) ke pusat (negara-negara Barat). Premis umum yang dipegang oleh teoritis Dependensi adalah bahwa hubungan pusat-periferi tersebut dimulai sejak periode ekspansi melalui kapitalisme dan kolonialisme, hingga kini, ditandai dengan pertukaran-pertukaran yang tidak seimbang. Sesuai dengan itu maka Teori Dependensi memandang dunia ketiga adalah bagian dari rangkaian proses-proses akumulasi yang tidak seimbang di tingkat global. Teori Dependensi memandang hubungan internasional ditandai oleh hubungan yang tidak seimbang antara negara-negara kapitalis maju di satu pihak dengan negara-negara terbelakang di pihak lain. Teori Dependensi yang didasarkan pada asumsi-asumsi masalah di dunia ketiga sendiri itu, tidak menolak pendapat bahwa selama masyarakat dunia ketiga terintegrasi dalam sistem kapitalis dunia, maka keterbelakangan di negara-negara dunia ketiga akan terus berlangsung meskipun berbeda-beda perkembangannya.²⁴

Berdasarkan realitas yang ada tersebut memang tampaknya sulit bagi rezim HKI untuk mengakomodasi gagasan perlindungan hukum terhadap masyarakat hukum adat atas adanya pemanfaatan sumber daya genetik sebagai kekayaan intelektual. Hal ini dikarenakan kepentingan untuk melindungi masyarakat hukum adat atas suatu pemanfaatan sumber daya genetik tersebut merupakan kebutuhan dari negara-negara berkembang yang kaya akan sumber daya genetik dan bukan kebutuhan negara-negara maju. Negara-negara maju bahkan menganggap gagasan perlindungan tersebut justru akan merugikan kepentingan mereka sendiri. Apabila

²⁴ Vedi R. Hadiz dalam FX Adji Samekto, *Isu Demokrasi Dalam Era Globalisasi*, Diskusi Panel Nasional, Arogansi Amerika Serikat Dalam Hubungan Internasional, FH Universitas Diponegoro, 29 Oktober 2000, http://eprints.undip.ac.id/20603/1/2571_KI_FH_03.pdf, diakses pada 1 November 2012.

dikaitkan dengan Teori Dependensi, negara-negara berkembang memiliki *bargaining position* yang lebih lemah dibandingkan dengan negara-negara maju, karenanya sulit untuk memaksa negara-negara maju menyetujui gagasan perlindungan terhadap masyarakat hukum adat atas suatu pemanfaatan sumber daya genetik.

Namun bila dikaji lebih jauh rezim Hak Kekayaan Intelektual pada dasarnya berpijak pada teori hukum alam atau hukum moral sebagai dasar pijakannya.²⁵ Teori Hukum Alam yang lahir dan berkembang pada zaman Yunani Kuno²⁶ pada awalnya merupakan ajaran moral yang hakikatnya bertujuan untuk mencapai keadilan.

HKI memiliki gagasan dasar bahwa kekayaan intelektual merupakan milik sang kreator. Oleh karena itu, pengambilan dengan tidak memberikan kompensasi bagi pemiliknya adalah suatu tindakan yang tidak dibenarkan karena melanggar ajaran moral yang baik. Doktrin dalam ajaran moral tersebut adalah 'jangan mencuri atau jangan mengambil apa yang bukan milikmu.'²⁷

Salah satu filsuf hukum alam yang dijadikan rujukan dalam tesis ini adalah Thomas Aquinas. Thomas Aquinas melihat kodrat manusia bersifat teleologis, yaitu memiliki kecenderungan yang terarah pada tujuan tertentu. Apa yang dituju itu atau apa yang

²⁵ Frederick M. Abbot dalam Agus Sardjono, *HKI dan Pengetahuan Tradisional, Op.Cit.*, halaman 25.

²⁶ Teori Hukum Alam (*Law of Nature*) lahir dan berkembang pada zaman Yunani Kuno (600 SM – 400 M) di mana pada saat itu alam merupakan pusat dari keilmuan, sehingga pada masa ini dikenal dengan masa yang bersifat kosmosentris. Kosmosentris berasal dari kata *cosmos* yang berarti alam, baik alam makro maupun alam mikro. Alam makro merupakan keseluruhan dari alam semesta, sedangkan alam mikro merupakan eksistensi manusia itu sendiri karena orang Yunani percaya bahwa dalam diri manusia terdapat alam kecil yang meliputinya. Orang Yunani selalu mengagumi kedahsyatan dan keteraturan alam semesta.

²⁷ Agus Sardjono, *HKI dan Pengetahuan Tradisional, Op.Cit.*, halaman 26.

menjadi orientasi kodrat manusia itu adalah 'baik' atau 'kebaikan'.²⁸ Oleh karena itu, menurut Thomas Aquinas, hukum diperlukan untuk menegakkan kehidupan moral di dunia.

Thomas Aquinas berpendapat bahwa kebaikan (*goodness*) dan kebahagiaan (*happiness*) adalah tujuan akhir dari semua tindakan manusia yang merupakan landasan moral bagi hukum positif.²⁹ Tata hukum harus dibangun dalam struktur yang berpuncak pada kehendak Tuhan. Karenanya Doktrin Aquinas menyusun suatu konfigurasi tata hukum dari (i) *Lex Aeterna*; hukum dan kehendak Tuhan, (ii) *Lex Naturalis*; prinsip umum (hukum alam) (iii) *Lex Devina*; hukum Tuhan dalam kitab suci, (iv) *Lex Humane*; hukum buatan manusia yang sesuai dengan hukum alam.³⁰

Beberapa poin tentang hukum menurut Aquinas; (i) Hukum dan perundang-undangan harus rasional dan masuk akal, karena ia merupakan aturan dan tindakan manusia. (ii) Hukum ditujukan bagi kebaikan umum. Karena hukum merupakan aturan bagi perilaku, dan karena tujuan dari segala perilaku adalah kebahagiaan, maka hukum mesti ditujukan bagi kebaikan bersama. (iii) Karena hukum ditujukan bagi kebaikan dan kesejahteraan umum, maka ia hanya dapat dibuat oleh nalar dari semua orang lewat badan legislasi. (iv) Hukum perlu dipublikasikan karena ia mengandung aturan yang memandu hidup manusia, maka aturan itu mesti mereka ketahui agar memiliki nilai kewajiban.³¹

Hubungan hukum alam dan hukum positif tersebut biasanya dirumuskan dalam bentuk hak. Oleh karena itu, berdasarkan pada

²⁸ *Loc. Cit.*

²⁹ *Ibid*, halaman 27.

³⁰ Bernard L. Tanya, dkk, *Teori Hukum Strategi Tertib Manusia Lintas Ruang dan Generasi*, (Yogyakarta : Genta Publishing, 2010), halaman 59.

³¹ *Ibid*, halaman 61.

ajaran Thomas Aquinas, suatu perangkat hukum yang memang dimaksudkan untuk tujuan kebaikan dan kesejahteraan umum, seharusnya tidak semata-mata melindungi hak-hak individual.

Pertanyaan pertama akan pula dianalisis dengan berdasarkan teori dari Jeremy Betham. Teori dari Jeremy Betham ini adalah individualisme-utilitarian.

Hukum, menurut Betham, sebagai tatanan hidup bersama harus berbasis manfaat bagi kebahagiaan manusia. Supaya hukum benar-benar fungsional menyokong kebahagiaan itu, maka hukum harus menciptakan kebebasan maksimum bagi individu agar dapat mengejar apa yang baik baginya.³²

Kebebasan maksimum bagi individu agar dapat mengejar apa yang baik baginya tersebut di satu sisi menyebabkan kecenderungan ketidakadilan dalam masyarakat. Hal ini dikarenakan setiap individu belum tentu memiliki ukuran kebahagiaan yang sama dengan individu lain. Dari sini Betham menghubungkan hak-hak individu yang tahu diri dengan kebutuhan-kebutuhan orang lain. Ini memungkinkan terwujudnya kebahagiaan maksimum bagi orang-orang lain, sekaligus (secara tidak langsung) kebahagiaan bagi individu secara pribadi.³³

Teori utilitarianisme Betham tentang hukum terkenal dengan ungkapannya bahwa *the ultimate end of legislation is the greatest happiness of the greatest number*. Hukum harus diciptakan berdasarkan rasa keadilan masyarakat demi kebahagiaan warga masyarakat yang bersangkutan. Ukuran rasional yang objektif dari kemanfaatan tersebut adalah jika hukum yang dimaksud secara ekonomis mampu menciptakan kesejahteraan bagi sebagian terbesar warga masyarakatnya.³⁴

Berdasarkan pada teori Betham tersebut maka seharusnya hukum bukan saja sarana legitimasi bagi gagasan-gagasan individualistik melainkan hukum juga bisa diciptakan untuk mencapai

³² Bernard L. Tanya, dkk, *Op.Cit*, halaman 90.

³³ *Ibid*, halaman 92.

³⁴ Jeremy Bentham dalam Agus Sardjono, *HKI dan Pengetahuan Tradisional*, *Op.Cit*, halaman 32-33.

kebahagiaan bagi bagian terbesar warga masyarakatnya. Oleh karena itu, Teori Betham dan Teori Aquinas dapat dikombinasikan sebagai suatu acuan dalam menilai apakah suatu perangkat hukum mampu memberikan kebaikan (*goodness*) dan kebahagiaan (*happiness*) bagi bagian terbesar warga masyarakatnya. Apabila tidak mampu maka perangkat hukum tersebut hanyalah sebuah perangkat hukum yang bertujuan melindungi kepentingan segelintir pihak saja.

Permasalahan kedua, yakni mengenai kebijakan perlindungan hukum terhadap masyarakat adat atas pemanfaatan sumber daya genetik sebagai kekayaan intelektual di Indonesia pada saat ini akan dianalisis menggunakan teori Positivisme Hukum.

Positivisme hukum (aliran hukum positif) memandang perlu memisahkan secara tegas antara hukum dan moral (antara hukum yang berlaku dan hukum yang seharusnya, antara *das sein* dan *das sollen*). Dalam kaca mata positivis tiada hukum lain kecuali perintah penguasa (*law is a command of the lawgivers*). Bahkan, bagian dari Aliran Hukum Positif yang dikenal dengan nama Legisme, berpendapat lebih tegas bahwa hukum itu identik dengan undang-undang.³⁵

Teori Positivisme Hukum merupakan teori yang mendominasi dalam sistem hukum Indonesia hingga saat ini.

Esensi positivisme melihat hukum sebagai sistem perundang-undangan yang dibuat dan diberlakukan oleh negara secara formal (hukum positif). Walaupun sebuah nilai mempunyai kekuatan mengikat dan dipatuhi oleh orang banyak seperti ajaran moral atau ajaran agama, tetapi tidak bisa dikatakan sebagai

³⁵ Darji Darmodiharjo & Shidarta, *Pokok-Pokok Filsafat Hukum : Apa dan Bagaimana Filsafat Hukum Indonesia*, (Jakarta : PT. Gramedia Pustaka Utama, 2006), halaman 113-114.

sebuah hukum kalau ia tidak dirumuskan dalam peraturan yang dibuat oleh negara.³⁶

Berdasarkan teori positivisme hukum ini, penulis mengklasifikasikan peraturan perundang-undangan yang merupakan hukum positif sebagai objek penelitian. Oleh karena itu, untuk mengetahui kebijakan perlindungan hukum terhadap masyarakat hukum adat atas pemanfaatan sumber daya genetik sebagai kekayaan intelektual saat ini di Indonesia akan digunakan *legal positivism theory* dengan pendekatan perundang-undangan (*statute approach*).

Penggunaan *legal positivism theory* dengan pendekatan perundang-undangan diharapkan dapat mengetahui bagaimana kebijakan perlindungan hukum terhadap masyarakat hukum adat dalam suatu pemanfaatan sumber daya genetik saat ini di Indonesia. Hal ini dapat diintegrasikan dengan konsep perlindungan hukum masyarakat hukum adat, sumber daya genetik, dan *traditional knowledge*, serta konsep perlindungan HKI, sehingga akan diketahui kekurangan maupun kelebihan dari hukum positif yang ada.

Sementara itu, untuk memprediksi bagaimana kebijakan perlindungan hukum terhadap masyarakat hukum adat atas pemanfaatan sumber daya genetik sebagai kekayaan intelektual di

³⁶ Mukti Fajar dan Yulianto Achmad, *Dualisme Penelitian Hukum Normatif dan Empiris*, (Yogyakarta :Pustaka Pelajar, 2010), halaman 12.

Indonesia di masa mendatang akan dimulai dengan menggunakan Teori David Hume.

David Hume menekankan bahwa manusia membutuhkan hukum untuk mendorong pada preferensi akan keadilan. Hume merancang sebuah model keadilan yang bertumpu pada keterjaminan pemilikan yang wajar. Artinya : (i) pemilikan barang tidak boleh berlebihan, (ii) pemilikan tersebut harus diperoleh secara halal, dan (iii) pemindahannya harus berdasarkan kesepakatan serta menepati janji.³⁷

Teori Hume ini sesuai dengan maraknya eksploitasi sumber daya genetik di negara-negara berkembang oleh negara-negara maju. Negara-negara maju yang memanfaatkan rezim HKI banyak mematenkan produk-produk berbasis sumber daya genetik dan memperoleh keuntungan milyaran dolar dari penjualannya. Tindakan-tindakan eksploitasi tersebut selain tidak memberikan kompensasi juga dilakukan dengan ‘tanpa ijin’ kepada negara-negara berkembang maupun pada masyarakat hukum adat yang memiliki keterkaitan erat dengan suatu sumber daya genetik. Oleh karena itu, kini terjadi sebuah ironi bahwa negara-negara berkembang justru harus membeli sesuatu yang sebenarnya merupakan miliknya sendiri.

Berdasarkan teori dari David Hume akan dapat dirumuskan kebijakan perlindungan hukum terhadap masyarakat hukum adat atas pemanfaatan sumber daya genetik sebagai kekayaan intelektual

³⁷ Bernard L. Tanya, *Op.Cit.*, halaman 89.

di Indonesia di masa mendatang. Kebijakan tersebut akan berdasar pada keterjaminan pemilikan yang wajar, tidak berlebihan, dengan membangun suatu pada cara perolehan sumber daya genetik yang halal dan berdasarkan kesepakatan antara negara-negara maju dan Pemerintah Indonesia sebagai wakil dari masyarakat hukum adat.

Permasalahan kedua akan dianalisis pula dengan menggunakan teori Roscoe Pound.

Roscoe Pound berpendapat bahwa hukum bukanlah suatu keadaan yang statis, melainkan suatu proses.pembentukan hukum, interpretasi maupun pada penerapannya hendaknya dihubungkan dengan fakta-fakta sosial. Pound sangat menekankan pada efektifitas bekerjanya hukum dan sangat mementingkan pada beroperasinya hukum di dalam masyarakat.³⁸ Selain itu, Pound berpendapat bahwa hukum berfungsi sebagai sarana pembaruan, di samping sarana untuk menjamin ketertiban dan kepastian hukum.³⁹

Berdasarkan dari teori Roscoe Pound tersebut maka perlindungan hukum terhadap masyarakat hukum adat atas suatu pemanfaatan sumber daya genetik sebaiknya didasarkan fakta-fakta sosial yang hidup dalam masyarakat Indonesia. Fakta-fakta sosial tersebut terwujud pada nilai-nilai budaya yang dianut masyarakat Indonesia seperti spiritualitas dan kebersamaan. Oleh karena itu, diharapkan kebijakan perlindungan hukum terhadap masyarakat hukum adat atas pemanfaatan sumber daya genetik sebagai

³⁸ Otje Salman & Anton F. Susanto, *Beberapa Aspek Sosiologi Hukum*, (Bandung: PT. Alumni, 2004) halaman 35.

³⁹ Khudzaifah Dimiyati, *Teorisasi Hukum : Studi tentang Perkembangan Pemikiran Hukum di Indonesia 1945-1990*, (Surakarta : Muhammadiyah, 2004) halaman 29.

kekayaan intelektual di masa mendatang tidak bertentangan dengan nilai-nilai budaya masyarakat Indonesia.

Roscoe Pound juga terkenal dengan teorinya bahwa hukum adalah alat untuk memperbaiki (merekayasa) masyarakat (*law as a tool of social engineering*). Pound membuat penggolongan kepentingan-kepentingan yang harus dilindungi oleh hukum untuk memenuhi peranannya sebagai alat itu yaitu, menyangkut kepentingan umum (*public interest*), menyangkut kepentingan kemasyarakatan (*social interest*), dan menyangkut kepentingan pribadi (*individual interest*).⁴⁰

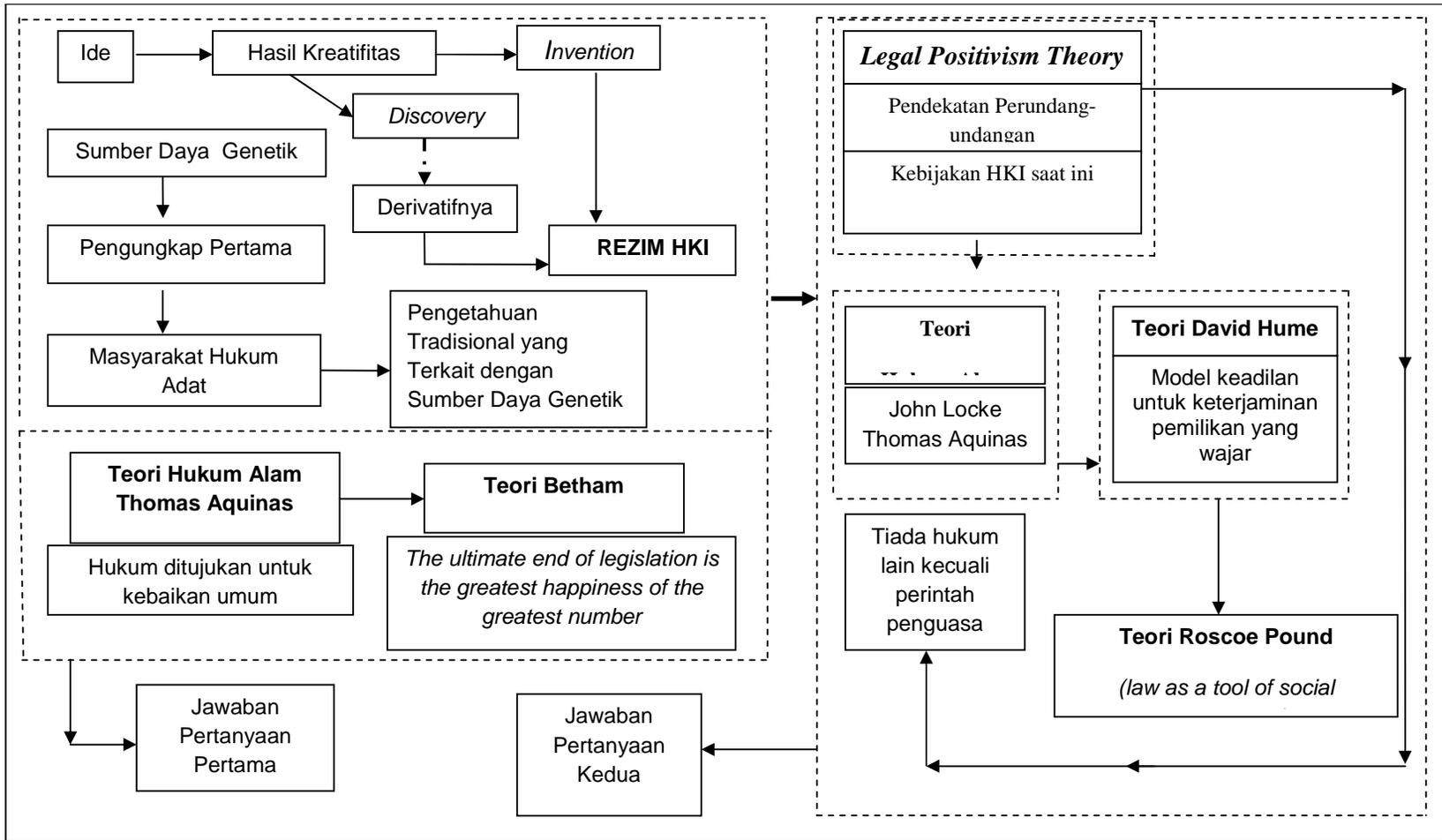
Hukum harus mampu mengadakan keseimbangan dan menekan seminim mungkin ketegangan di antara ketiganya agar tercapai kepuasan bagi kebutuhan masyarakat secara maksimal sebagai tujuan akhir dari hukum.⁴¹ Oleh karena itu, Pemerintah Indonesia dalam membuat kebijakan yang akan mengatur masalah perlindungan terhadap masyarakat hukum adat atas pemanfaatan sumber daya genetik sebagai kekayaan intelektual harus mampu menciptakan keseimbangan kepentingan antara kepentingan negara, kepentingan masyarakat hukum adat, dan kepentingan individu.

Kepentingan – kepentingan tersebut hendaknya mampu untuk diintegrasikan ke dalam hukum positif mengingat pada

⁴⁰ Darji Darmodiharjo & Shidarta, *Op.Cit.*, halaman 130.

⁴¹ Marni Emmy Mustafa, *Prinsip-Prinsip Beracara dalam Penegakan Hukum Paten di Indonesia dikaitkan Dengan TRIPs – WTO*, (Bandung : PT. Alumni, 2007), halaman 27-30.

dasarnya sistem hukum Indonesia menganut Teori Positivisme Hukum. Berikut akan disampaikan alur pemikiran dalam penelitian ini :



F. Metode Penelitian

1. Metode Pendekatan

Metode pendekatan yang digunakan oleh penulis dalam penelitian adalah pendekatan *yuridis-normatif*. Metode pendekatan yuridis normatif biasanya “hanya” merupakan studi dokumen, yakni menggunakan sumber-sumber data sekunder saja yang berupa peraturan perundang-undangan, keputusan pengadilan, teori hukum, dan pendapat parasarjana. Itu pula sebabnya digunakan analisis secara kualitatif (normatif-kualitatif) karena datanya bersifat kualitatif.⁴²

Penelitian hukum normatif ini menggunakan beberapa pendekatan, antara lain pendekatan perundang-undangan, pendekatan konsep, pendekatan perbandingan, dan pendekatan historis/sejarah. Pendekatan perundang-undangan (*statute approach*) diperlukan untuk melakukan pengkajian peraturan perundang-undangan yang berhubungan dengan sentral penelitian.⁴³

Pendekatan konsep (*conseptual approach*) diperlukan dalam penelitian hukum normatif supaya dapat memunculkan, objek-objek yang menarik perhatian dari sudut pandangan praktis dan sudut pengetahuan dalam pikiran dan atribut-atribut tertentu.⁴⁴ Misalnya konsep perlindungan hukum harus dipahami agar penelitian mengenai

⁴² Soerjono Soekanto dan Sri Mamudji, *Penelitian Hukum Normatif Suatu Tinjauan Singkat*, (Jakarta : PT Raja Grafindo Persada, 2010), halaman 24.

⁴³ Johnny Ibrahim, *Teori dan Metodologi Penelitian Hukum Normatif*, (Malang : Bayumedia Publishing, 2009), halaman 295

⁴⁴ *Ibid*, halaman 306.

perlindungan hukum terhadap masyarakat hukum adat atas pemanfaatan sumber daya genetik sebagai suatu kekayaan intelektual dapat diterapkan dalam kenyataan.

Sementara itu, pendekatan perbandingan (*comparative approach*) dilakukan dengan menggunakan komparasi mikro, yaitu membandingkan isi aturan hukum negara lain yang spesifik dengan aturan hukum yang diteliti atau dapat juga dalam rangka mengisi kekosongan hukum positif.⁴⁵ Penelitian ini akan membandingkan peraturan perundang-undangan Indonesia dengan satu atau beberapa peraturan perundang-undangan negara-negara lain. Pendekatan perbandingan hukum ini diharapkan dapat digunakan untuk mengisi kekosongan hukum yang ada di Indonesia (yang dalam hal ini kekosongan terhadap perlindungan hukum terhadap masyarakat hukum adat dalam suatu pemanfaatan sumber daya genetik).

Pendekatan sejarah/historis (*historical approach*) diperlukan untuk memahami hukum secara lebih mendalam tentang suatu sistem atau lembaga atau suatu pengaturan hukum tertentu sehingga dapat memperkecil kekeliruan hukum tertentu, baik dalam pemahaman maupun penerapan suatu lembaga atau ketentuan hukum tertentu.⁴⁶ Penelitian ini menggunakan pendekatan sejarah untuk mengkaji latar belakang perundang-undangan HKI di Indonesia sehingga dapat dipahami mengenai karakteristiknya supaya dapat diintegrasikan

⁴⁵ *Ibid*, halaman 315.

⁴⁶ *Ibid*, halaman 318.

dengan kekosongan hukum positif terkait perlindungan terhadap masyarakat hukum adat dalam suatu pemanfaatan sumber daya genetik.

2. Spesifikasi Penelitian

Spesifikasi penelitian yang akan digunakan adalah deskriptif analitis, metode deskriptif bertujuan untuk memberikan gambaran atau peristiwa yang terjadi dan memaparkan objek penelitian berdasarkan kenyataan yang ada secara kronologis dan sistematis untuk kemudian dikaitkan dengan kaidah - kaidah hukum tertentu dalam memecahkan permasalahan.⁴⁷

Penelitian hukum normatif dapat dibedakan dalam 5 (lima) jenis penelitian, yakni penelitian inventarisasi hukum positif, penelitian terhadap asas-asas hukum, penelitian terhadap sistematik hukum, serta penelitian terhadap taraf sinkronisasi vertikal dan horizontal, perbandingan hukum, dan sejarah hukum.⁴⁸ Namun, dalam penelitian ini, penulis menggunakan penelitian terhadap asas-asas hukum dan penelitian terhadap sistematik hukum.

⁴⁷ Burhan Ashshofa, *Metode Penelitian Hukum*, (Jakarta : PT Rineka Cipta, 2004), halaman 25.

⁴⁸ Soerjono Soekanto dan Sri Mamudji, *Op.Cit.*, halaman 61.

3. Sumber Data

Penelitian yang digunakan termasuk ke dalam penelitian hukum normatif, sehingga jenis data yang digunakan adalah data sekunder. Data sekunder bercirikan sebagai data yang ada dalam keadaan siap terbuat (*ready made*), bentuk atau isinya telah dibentuk atau diisi oleh peneliti terdahulu, dan dapat diperoleh tanpa dibatasi ruang dan waktu.⁴⁹ Data sekunder dari sudut kekuatan mengikatnya dibedakan sebagai berikut :⁵⁰

- a. Bahan hukum primer, yaitu bahan hukum yang mengikat, seperti Pancasila, Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, Undang-Undang, dan Peraturan Pemerintah.
- b. Bahan hukum sekunder yang memberikan penjelasan mengenai bahan hukum primer, yakni :
 - 1) Rancangan peraturan perundang-undangan;
 - 2) Hasil karya ilmiah para sarjana; dan
 - 3) Hasil-hasil penelitian.
- c. Bahan hukum tersier, yaitu bahan yang memberikan petunjuk maupun penjelasan terhadap bahan hukum primer dan sekunder. Bahan hukum tersier ini dapat berupa:
 - 1) Ensiklopedi Indonesia;

⁴⁹ Soerjono Soekanto dan Sri Mamudji, *Op.Cit.*, halaman 24.

⁵⁰ Soerjono Soekanto, *Pengantar Penelitian Hukum*, (Jakarta : UI Press, 2010), halaman 52.

- 2) Kamus hukum;
- 3) Kamus bahasa;
- 4) Berbagai majalah maupun jurnal hukum.

4. Metode Pengumpulan Data

Metode pengumpulan data dalam penelitian hukum normatif dilakukan dengan studi pustaka terhadap bahan-bahan hukum, baik bahan hukum primer, bahan hukum sekunder, maupun bahan hukum tersier.⁵¹

Metode pengumpulan data dilakukan dengan menitikberatkan pada kegiatan inventarisasi, pengklasifikasian,⁵² serta penelaahan terhadap berbagai data sekunder yang memiliki relevansi dengan materi penelitian.

5. Metode Analisis Data

Data dianalisis secara normatif-kualitatif dengan jalan menafsirkan dan mengkonstruksikan pernyataan yang terdapat dalam dokumen-dokumen dan peraturan perundang-undangan. Normatif karena penelitian ini bertitik tolak dari peraturan-peraturan yang ada sebagai norma hukum positif, sedangkan kualitatif berarti analisis data yang bertitik tolak pada upaya penemuan asas-asas, teori, maupun informasi baru.

⁵¹ *Ibid.*

⁵² Bambang Sunggono, *Metodologi Penelitian Hukum*, (Jakarta : PT RajaGrafindo Persada, 2011), halaman 81.

Analisis data dalam penelitian hukum ini memiliki beberapa sifat, antara lain deskriptif dan preskriptif. Bersifat deskriptif maksudnya adalah bahwa penulis dalam menganalisis berkeinginan untuk memberikan gambaran atau pemaparan atas subjek dan objek penelitian sebagaimana hasil penelitian yang dilakukannya.⁵³

Bersifat preskriptif dimaksudkan untuk memberikan argumentasi atas hasil penelitian yang telah dilakukan oleh penulis. Argumentasi di sini dilakukan oleh penulis untuk memberikan preskripsi atau penilaian mengenai benar atau salah⁵⁴ serta apa yang seharusnya menurut hukum terhadap fakta atau peristiwa hukum yang diteliti.

G. Sistematika Penulisan

Sistematika penulisan ini disusun dalam 4 (empat) bab. Untuk memudahkan dalam memberikan gambaran yang jelas dalam penelitian hukum ini, maka peneliti akan menguraikan hasil penelitian dengan sistematika sebagai berikut:

⁵³ Mukti Fajar dan Yulianto Achmad, *Dualisme Penelitian Hukum Normatif dan Empiris*, (Yogyakarta : Pustaka Pelajar, 2010), halaman 183.

⁵⁴ *Ibid*, halaman 184.

BAB I PENDAHULUAN

Bab pertama ini merupakan bab pendahuluan yang akan mengulas mengenai Latar Belakang Penelitian yang berisi alasan-alasan yang mendasari pemilihan judul, abstraksi dari permasalahan dan tujuan penelitian serta menunjukkan kesenjangan antara *das sollen* dan *das sein*. Perumusan Masalah berisi tentang problematika terkait judul tesis yang akan dibahas dan diteliti. Tujuan Penelitian dan Manfaat Penelitian berisi tentang sasaran yang diharapkan diperoleh dari tesis ini dan kegunaan yang diharapkan. Kerangka Pemikiran terdiri dari kerangka teori dan kerangka konsep yang akan digunakan sebagai pisau analisis dalam menjawab permasalahan. Metode Penelitian berisi tentang metode pendekatan, spesifikasi penelitian, metode pengumpulan data, metode analisis data, dan sumber data yang digunakan dalam tesis ini. Sistematika Penelitian berisi tentang gambaran umum terkait susunan dari tesis ini.

BAB II TINJAUAN PUSTAKA

Pada bab II ini akan diuraikan tinjauan mengenai perlindungan hukum. Selanjutnya peneliti akan mengemukakan mengenai tinjauan pustaka seperti Tinjauan Umum tentang Hak Kekayaan Intelektual, Tinjauan Umum tentang Masyarakat Hukum Adat, dan Tinjauan Umum tentang Sumber Daya Genetik,

BAB III HASIL PENELITIAN DAN PEMBAHASAN

Bab III Pada bab ini akan diuraikan hasil penelitian yang telah dilakukan oleh penulis, kemudian dianalisis berdasarkan tinjauan pustaka yang telah diuraikan dalam bab sebelumnya. Hasil penelitian dan pembahasan tersebut antara lain akan menganalisis dapat atau tidaknya rezim HKI dalam mengakomodasi perlindungan hukum terhadap masyarakat hukum adat atas pemanfaatan sumber daya genetik sebagai kekayaan intelektual dan bagaimana kebijakan perlindungan hukum terhadap masyarakat hukum adat atas pemanfaatan sumber daya genetik sebagai kekayaan intelektual di Indonesia pada saat ini dan masa yang akan datang.

BAB IV PENUTUP

Pada bab ini merupakan penutup yang berisikan kesimpulan dan saran atau kristalisasi hasil penelitian, serta rekomendasi yang diberikan dalam upaya perlindungan terhadap masyarakat hukum adat atas pemanfaatan sumber daya genetik sebagai kekayaan intelektual di Indonesia yang berkenaan dengan permasalahan yang diteliti.

BAB II

TINJAUAN PUSTAKA

A. Hak Kekayaan Intelektual pada Umumnya

1. Sejarah dan Prinsip Hak Kekayaan Intelektual

a. Sejarah Hak Kekayaan Intelektual

Istilah Hak Kekayaan Intelektual merupakan terjemahan dari *Intellectual Property Right (IPR)* yang berasal dari literatur hukum Anglo Saxon.⁵⁵ IPR sendiri pada prinsipnya merupakan perlindungan hukum atas Hak Kekayaan Intelektual yang kemudian dikembangkan menjadi sebuah lembaga hukum yang disebut *Intellectual Property Right*.⁵⁶ Prof. Abdulkadir Muhammad berpendapat bahwa istilah IPR dapat diterjemahkan dalam dua macam istilah hukum yaitu, Hak Milik Intelektual dan Hak Kekayaan Intelektual (HKI). Perbedaan terjemahan tersebut terletak pada kata *property* yang bisa berarti kekayaan atau sebagai milik.⁵⁷

Hak Kekayaan Intelektual berdasarkan substansinya berhubungan erat dengan benda tidak berwujud serta melindungi

⁵⁵ Abdulkadir Muhammad, *Kajian Hukum Ekonomi Hak Kekayaan Intelektual*, (Bandung : PT Citra Aditya Bakti, 2001), halaman 1.

⁵⁶ Andriana Krisnawati dan Gazalba Saleh, *Perlindungan Hukum Varietas Baru Tanaman dalam Perspektif Hak Paten dan Hak Pemulia*, (Jakarta: PT Raja Grafindo Persada, 2004), halaman 13.

⁵⁷ Abdulkadir Muhammad, *Op.Cit.*, halaman 1.

karya intelektual yang lahir dari cipta, rasa, dan karsa manusia.⁵⁸ Namun, banyak ahli hukum menemui kesulitan ketika mengkaji HKI di luar dari sekumpulan cabang-cabang yang melingkupinya sehingga definisi yang dirumuskan selalu yang dapat dijadikan sebagai alasan pembenar terhadap perlindungan HKI.⁵⁹ Contohnya dalam definisi WIPO (World Intellectual Property Organization) mendefinisikan HKI sebagai “kreasi yang dihasilkan dari manusia yang meliputi: invensi, karya sastra dan seni, simbol, nama, citra, dan desain yang digunakan dalam perdagangan”. Definisi dari WIPO ini merupakan contoh yang paling nyata bahwa HKI memang tidak dapat dilepaskan dari cabang-cabang ilmu yang melingkupinya.

Definisi yang lebih bersifat umum dikemukakan oleh Ditjen HKI (sekarang Dirjen HKI) bekerja sama dengan ECAP yang mendefinisikan HKI sebagai “hak yang timbul bagi hasil oleh pikir otak yang menghasilkan suatu produk atau proses yang berguna untuk manusia”.⁶⁰ Namun demikian perbedaan definisi-definisi HKI yang ada tidak pernah terlepas dari tiga elemen penting yang terdiri dari :⁶¹

⁵⁸ Tomy Suryo Utomo, *HKI di Era Global: Sebuah Kajian Kontemporer*, (Yogyakarta : Graha Ilmu, 2010), halaman 1.

⁵⁹ Jill McKeough, Andrew Stewart, dan Michael Spence dalam Tomy Suryo Utomo, *Ibid*.

⁶⁰ Ditjen HKI dan ECAP II dalam Tomy Suryo Utomo, *Ibid*, halaman 2.

⁶¹ *Loc. Cit.*

- a. Adanya sebuah hak eksklusif yang diberikan oleh hukum;
- b. Hak tersebut berkaitan dengan usaha manusia yang didasarkan pada kemampuan intelektual;
- c. Kemampuan intelektual tersebut mempunyai nilai ekonomi.

Undang-Undang mengenai HAKI pertama kali ada di Venice, Italia yang menyangkut masalah Paten pada tahun 1470. Caxton, Galileo, dan Guttenberg tercatat sebagai penemu-penemu yang muncul dalam kurun waktu tersebut, yang mempunyai hak monopoli atas penemuan mereka. Hukum-hukum tentang Paten tersebut kemudian diadopsi oleh Kerajaan Inggris di zaman *TUDOR* tahun 1500-an dan kemudian lahir hukum mengenai Paten pertama di Inggris, yaitu *Statute of Monopolies* (1623). Upaya harmonisasi dalam bidang HAKI pertama kali terjadi tahun 1883 dengan lahirnya *Paris Convention* untuk masalah Paten, Merek Dagang, dan Desain. Kemudian *Berne Convention* 1886 untuk masalah Hak Cipta (*copyright*).⁶²

Sejarah HKI semakin berkembang setelah perang dunia ke II usai dengan pembentukan *International Trade Organization* (*ITO*) yang bertujuan untuk mewujudkan hubungan perdagangan internasional negara-negara yang memenangkan perang. ITO mengalami kegagalan dan kemudian dibubarkan karena tidak

⁶² Adrian Sutedi, *Hak Atas Kekayaan Intelektual*, (Jakarta : Sinar Grafika, 2009), halaman 39.

ada dukungan dari Amerika Serikat sehingga kemudian dibentuklah *The General Agreement on Tariffs and Trade* (GATT) pada tanggal 30 Oktober 1947 oleh delapan negara, yaitu Australia, Belgia, Kanada, Prancis, Luxemburg, Belanda, United Kingdom, dan Amerika Serikat. GATT adalah bagian dari PBB yang bertujuan untuk melindungi keseimbangan kepentingan antarnegara –negara anggota PBB dalam hubungan perdagangan internasional. Pada saat itu GATT berfungsi sebagai alat stabilisasi nasional mengenai tarif bea masuk dan sebagai forum konsultasi perdagangan internasional.

Negara-negara anggota GATT kemudian mengadakan perundingan Putaran Uruguay di Jenewa dengan menerima kesepakatan naskah *Final Act Uruguay Round* pada tanggal 15 Desember 1993, sebagai hasil konkrit perundingan Putaran Uruguay yang dimulai pada tahun 1986 dengan *Deklarasi Punta Del Este*. *Final Act Uruguay Round* secara resmi ditandatangani di Marakesh, Maroko, oleh 125 negara, termasuk Indonesia pada bulan April 1994 yang secara efektif berlaku pada tahun 1995. Perundingan tersebut menghasilkan perjanjian untuk membentuk *World Trade Organization*, yang merupakan lembaga penerus GATT, perjanjian perdagangan barang, perjanjian perdagangan jasa-jasa, serta perjanjian Hak Kekayaan Intelektual yang dikenal dengan TRIPs.

TRIPs Agreement merupakan *Annex IC* dari Persetujuan Pembentukan Organisasi Perdagangan Dunia (*World Trade Organization*), yang pada hakikatnya mengandung 4 (empat) kelompok pengaturan, yaitu:

- 1) Pengaturan yang mengaitkan peraturan HKI dengan konsep perdagangan internasional;
- 2) Pengaturan yang mewajibkan negara-negara anggota untuk mematuhi Konvensi Paris dan Konvensi Berne;
- 3) Pengaturan yang menetapkan aturan atau ketentuan sendiri; dan
- 4) Pengaturan yang berkaitan dengan penegakan hukum HKI.

b. Prinsip Hak Kekayaan Intelektual

Hak Kekayaan Intelektual adalah sebuah konsep yang berasal dan berkembang di negara barat yang kental dengan filsafat individualismenya. Namun, sistem HKI dalam perkembangannya telah berusaha untuk menyeimbangkan antara kepentingan individu dengan kepentingan masyarakat. Untuk menyeimbangkan kepentingan individu dengan kepentingan masyarakat, maka sistem HKI mendasarkan diri pada prinsip – prinsip sebagai berikut: ⁶³

⁶³ Budi Agus Riswandi dan M. Syamsudin, *Hak Kekayaan Intelektual dan Budaya Hukum*, (Jakarta : Raja Grafindo Persada, 2005), halaman 32-34.

1) Prinsip keadilan (*the principle of natural justice*)

Pencipta sebuah karya, atau orang lain yang bekerja membuahkan hasil dari kemampuan intelektualnya wajar memperoleh imbalan baik material maupun non – material seperti adanya rasa aman karena dilindungi dan diakui hasil karyanya.

2) Prinsip Ekonomi (*the economic argument*)

HKI merupakan hak yang berasal dari hasil kegiatan kreatif suatu kemampuan daya pikir manusia dalam berbagai bentuknya, yang memiliki manfaat serta berguna dalam menunjang kehidupan manusia. Dengan demikian HKI merupakan suatu bentuk kekayaan bagi pemiliknya.

3) Prinsip kebudayaan (*the culture argument*)

Kita mengkonsepsikan bahwa karya manusia itu pada hakikatnya bertujuan untuk memungkinkannya hidup, selanjutnya dari karya itu pula akan timbul pula suatu gerakan hidup yang harus menghasilkan lebih banyak karya lagi. Dengan demikian, maka pertumbuhan dan perkembangan ilmu pengetahuan, seni dan sastra sangat besar artinya bagi peningkatan taraf kehidupan, peradaban dan martabat manusia.

4) Prinsip sosial (*the social argument*)

Hukum tidak mengatur kepentingan manusia sebagai perseorangan yang berdiri sendiri, terlepas dari manusia yang lain, akan tetapi hukum mengatur kepentingan manusia sebagai warga masyarakat. Jadi manusia dalam hubungannya dengan manusia lain, yang sama – sama terikat dalam suatu ikatan kemasyarakatan. Dengan demikian pemberian hak kepada perseorangan, persekutuan atau kesatuan itu diberikan dan diakui oleh hukum, oleh karena itu, dengan diberikannya hak tersebut kepada perseorangan, persekutuan ataupun kesatuan hukum itu, kepentingan seluruh manusia seluruh masyarakat akan terpenuhi.⁶⁴

2. Hak Kekayaan Intelektual dalam Instrumen Hukum Nasional dan Instrumen Hukum Internasional

a) Instrumen Hukum Internasional

Permasalahan Hak Kekayaan Intelektual adalah permasalahan yang telah melintasi batas-batas negara. Oleh karenanya, seringkali dilakukan perjanjian-perjanjian internasional yang tidak hanya bersifat bilateral melainkan juga bersifat multilateral, demi memberikan perlindungan hukum yang memadai bagi Hak Kekayaan Intelektual. Perjanjian-perjanjian

⁶⁴ Sunaryati Hartono, *Hukum Ekonomi Pembangunan Indonesia*, Cetakan Kedua, (Bandung : Binacipta, 1988), halaman 124.

internasional tentang perlindungan Hak Kekayaan Intelektual, di antaranya adalah :

1. International Convention for the Protection of Industrial Property Right atau Konvensi Paris.
2. International Convention for Protection of Literary and Artistic Works atau Konvensi Bern.
3. Universal Copyright Convention atau Konvensi Jenewa tentang Hak Cipta Universal.
4. Convention Establishing the World Intellectual Property Organization (WIPO).
5. Agreement Establishing World Trade Organization (WTO) yang mencakup Agreement on Trade Related Aspect of Intellectual Property Rights (TRIPs).
6. Patent Cooperation Treaty atau Perjanjian Kerja Sama Paten.
7. Konvensi Strasbourg tahun 1971.
8. Konvensi Paten Eropa tahun 1973.
9. Konvensi Budapest tahun 1977.

b) Instrumen Hukum Nasional

Pengaturan Hak Kekayaan Intelektual di Indonesia terdapat dalam beberapa Undang-Undang di antaranya adalah :

- 1) UU No. 6 Tahun 1982 jo. UU No 7 Tahun 1987 jo. UU No. 12 tahun 1997 jo. UU No. 19 Tahun 2002 tentang Hak Cipta.
- 2) UU No. 19 Tahun 1992 jo UU No. 14 Tahun 1997 jo. UU No. 15 Tahun 2001 tentang Merek.
- 3) UU No. 6 Tahun 1989 jo. UU No. 13 Tahun 1997 jo. UU No. 14 Tahun 2001 tentang Paten.
- 4) UU No. 30 Tahun 2000 tentang Rahasia Dagang
- 5) UU No. 31 Tahun 2000 tentang Desain Industri
- 6) UU No. 32 Tahun 2000 tentang Desain Tata Letak Sirkuit Terpadu

B. Pengertian dan Pengaturan tentang Masyarakat Hukum Adat

1) Pengertian dan Kriteria Masyarakat Hukum Adat

Istilah masyarakat hukum adat merupakan terjemahan dari *rechtsgemeenschap* atau oleh sedikit literatur menyebutnya *adatrechtsgemeenschap*. Hazairin berpendapat bahwa masyarakat hukum adat adalah kesatuan-kesatuan masyarakat yang mempunyai kelengkapan-kelengkapan untuk sanggup berdiri sendiri yang mempunyai kesatuan hukum, kesatuan penguasa, dan kesatuan lingkungan hidup berdasarkan hak bersama atas tanah dan air bagi semua anggotanya.⁶⁵ Kesatuan-kesatuan masyarakat tersebut ditengarai telah terbentuk bahkan sebelum negara terbentuk. Bahkan lahirnya negara seringkali dianggap sebagai elemen yang meminggirkan keberadaan masyarakat hukum adat. Hal tersebut tampak ketika seringkali timbul konflik-konflik antara negara dan masyarakat hukum adat terkait kepemilikan tanah.

Masyarakat hukum adat oleh beberapa ahli diistilahkan pula dengan persekutuan hukum adat (*adatrechtsgemeenschap*). Ter Haar berpendapat bahwa persekutuan hukum adat (*adatrechtsgemeenschap*) adalah kesatuan-kesatuan yang mempunyai tata susunan sendiri yang

⁶⁵ Rikardo Simarmata, *Pengakuan Hukum Terhadap Masyarakat Adat di Indonesia*, (Bangkok : UNDP, 2006), halaman 23.

teratur dan kekal serta memiliki pengurus dan kekayaan sendiri, baik materiil maupun immateriil.⁶⁶ Soepomo dengan mengutip

Ter Haar berpendapat :

Bahwa di seluruh kepulauan Indonesia pada tingkatan rakyat jelata, terdapat pergaulan hidup di dalam golongan-golongan yang bertingkah laku sebagai kesatuan terhadap dunia luar lahir dan batin. Golongan-golongan itu mempunyai susunan yang tetap dan kekal, dan orang-orang segolongan itu masing-masing mengalami kehidupannya sebagai hal yang sewajarnya, hal menurut kodrat alam. Tidak ada seorangpun dari mereka yang mempunyai pikiran akan kemungkinan pembubaran golongan-golongan itu. Golongan manusia tersebut mempunyai harta benda, milik keduniaan, dan milik ghaib. Golongan-golongan demikianlah yang bersifat persekutuan hukum.

Kedua istilah antara masyarakat hukum adat atau pun persekutuan hukum adat memiliki maksud yang sama tetapi kedua istilah tersebut berbeda dengan istilah masyarakat adat. Masyarakat adat merupakan suatu kesatuan masyarakat bersifat otonom, yaitu mereka mengatur sistem kehidupannya (hukum, poolitik, ekonomi, dsb). Ia lahir dari, berkembang bersama, dan dijaga oleh masyarakat itu sendiri.⁶⁷

Istilah masyarakat adat merupakan istilah yang terkenal di kalangan Lembaga Swadaya Masyarakat setelah terjadi pertemuan antara aktifis LSM dan masyarakat korban pembangunan yang diorganisasi oleh WALHI di Tanah Toraja pada tahun 1993. Pertemuan tersebut menyepakati istilah

⁶⁶ *Ibid*, halaman 35.

⁶⁷ Ade Saptomo, *Hukum dan Kearifan Lokal Revitalisasi Hukum Adat Nusantara*, (Jakarta : PT Gramedia Widiasarana Indonesia, 2010), halaman 13.

masyarakat adat sebagai terjemahan dari *indigenous people*.⁶⁸ Istilah *indigenous people* sendiri merupakan rumusan yang tercantum dalam Konvensi *International Labour Organization* (ILO) Nomor 169 Tahun 1989 yakni *Convention on Concerning Indigenous and Tribal People in Independent Countries*. Konvensi ini menyebutkan bahwa *indigenous people* adalah masyarakat yang tinggal di negara-negara merdeka yang dianggap sebagai bangsa pribumi yang penetapannya didasarkan pada keturunan mereka di antara penduduk yang lain yang mendiami suatu negara atau suatu wilayah geografis dimana suatu negara terletak, pada waktu terjadi penaklukan atau penjajahan atau penetapan batas-batas negara yang baru, tanpa melihat pada status hukum mereka dan masih tetap memiliki sebagian atau seluruh bentuk kelembagaan sosial, ekonomi, budaya dan politik mereka.

Apabila berdasarkan pada rumusan dalam Konvensi ILO Nomor 169 tahun 1989 maka seharusnya istilah *indigenous people* tidak dapat diterjemahkan sebagai masyarakat adat. Jaringan Pembela Hak-Hak Masyarakat Adat (Japhama) dan Aliansi Masyarakat Adat Nusantara berargumen bahwa penggunaan istilah masyarakat adat berbeda dengan masyarakat hukum adat. Istilah masyarakat hukum adat

⁶⁸ Sangaji dalam Akih Hartini, *Perlindungan Hak Kekayaan Intelektual Masyarakat Adat*, Tesis Pasca Sarjana Magister Lingkungan Hidup Universitas Indonesia, (Jakarta : UI, 2001), halaman 37.

dianggap lebih atau bahkan hanya menaruh perhatian pada aspek hukum, sedangkan istilah masyarakat adat dianggap lebih memberikan pendekatan holistik dengan melibatkan aspek hukum, politik, sosial, ekonomi dan budaya.⁶⁹

Sementara itu dalam berbagai produk hukum di Indonesia juga tidak dapat ditemukan mengenai definisi dari masyarakat hukum adat. Peraturan perundang-undangan di Indonesia hingga kini bahkan tidak memberikan perbedaan yang jelas antara istilah masyarakat hukum adat dan masyarakat adat. UUD NKRI Tahun 1945 hasil amandemen I-IV sampai Peraturan Daerah, hanya akan merumuskan bahwa *masyarakat hukum adat akan diakui sepanjang masih hidup dan sesuai dengan perkembangan masyarakat dan prinsip Negara Kesatuan Republik Indonesia, yang diatur dalam undang-undang.* Masyarakat hukum adat akan diakui keberadaannya oleh negara apabila memenuhi unsur-unsur berdasarkan Penjelasan Pasal 67 ayat (1) UU No. 41 Tahun 1999 tentang Kehutanan yaitu :

1. masyarakatnya masih dalam bentuk paguyuban (*rechtsgemeenschap*);
2. ada kelembagaan dalam bentuk perangkat penguasa adatnya;
3. ada wilayah hukum adat yang jelas;
4. ada pranata dan perangkat hukum, khususnya peradilan adat, yang masih ditaati; dan
5. masih mengadakan pemungutan hasil hutan di wilayah hutan sekitarnya untuk pemenuhan kebutuhan hidup sehari-hari.

⁶⁹ Rikardo Simarmata, *Op. Cit.*, halaman 25.

Masyarakat hukum adat tertentu apabila telah memenuhi unsur-unsur dalam Penjelasan Pasal 67 ayat (1) UU No. 41 Tahun 1999 tentang Kehutanan maka masyarakat hukum adat tersebut harus ditetapkan oleh Perda. Hal ini berdasarkan pada Pasal 203 ayat (3) dan penjelasan pasal 204 Undang-undang Nomor 32 Tahun 2004 Tentang Otonomi Daerah yang secara implisit menyebutkan keberadaan masyarakat hukum adat diakui selama telah ditetapkan oleh Perda.

2) Hak-Hak Masyarakat Hukum Adat

Hak-hak masyarakat hukum adat dapat dibagi menjadi tiga kategori, antara lain :⁷⁰

1. Hak atas Wilayah Tempat Tinggalnya

Masyarakat hukum adat mengenal betul wilayahnya dengan batas-batas yang jelas yang didapatkan melalui proses sejarah panjang. Oleh karena itu, masyarakat hukum adat perlu mengkomunikasikan wilayah adatnya kepada masyarakat di sekitarnya, pemerintah dan pihak lain dengan menggunakan bahasa (media) yang sama.

Kejelasan kewenangan atas suatu wilayah masyarakat hukum adat dilakukan berdasarkan kesepakatan dan pengakuan oleh masyarakat sekitarnya. Selanjutnya diperlukan pengakuan yang tegas dari pemerintah agar wilayah masyarakat hukum adat tersebut tidak diberikan haknya kepada pihak lain, sekaligus menjamin sumber daya hutannya dapat dimanfaatkan oleh masyarakat hukum adat tersebut.

⁷⁰ Martua Sirait dkk, Bagaimana Hak-Hak Masyarakat Adat dalam Mengelola Sumber Daya Alam Diatur?, Seri Kebijakan I Kajian Kebijakan Hak-Hak Masyarakat Adat di Indonesia; Suatu Refleksi Pengaturan Kebijakan dalam era Otonomi Daerah, halaman 29 – 31, ICRAF dan P3AE-UI Maret 2011, <http://forestclimatecenter.org/files/2001-03%20Kajian%20Kebijakan%20Hak-hak%20Masy%20Adat%20---Otonomi%20Daerah.pdf>, diakses pada tanggal 1 Oktober 2012.

Bentuk kejelasan kewenangan wilayah masyarakat hukum adat dapat dilakukan dalam bentuk pengakuan wilayah masyarakat hukum adat oleh BPN. wilayah masyarakat hukum adat yang telah lebih dahulu diberikan sebelum Surat Pembuktian hak atas kewenangan suatu wilayah masyarakat hukum adat dapat mengikuti apa yang telah diatur dalam Peraturan Pemerintah Nomor 24 Tahun 1997 tentang Pendaftaran Tanah. Dalam Peraturan Pemerintah yang mana pembuktian hak-hak lama (hak-hak milik atas tanah yang berasal dari hak adat) dapat dilakukan melalui :

- a) Alat pembuktian secara tertulis (surat-surat tanah, waris, peta, laporan sejarah, dokumen serah terima, pengakuan tertulis dari masyarakat sekitarnya dll)
- b) Alat pembuktian secara lisan (pengakuan lisan masyarakat sekitar tentang kewenangan atas wilayah adat tertentu, pemberian nama-nama tempat dalam bahasa lokal, cerita, pantun dll).
- c) Alat pembuktian secara fisik (kuburan nenek moyang, terasering bekas usaha tani, bekas perumahan, kebun buah, tumbuhan eksotik hasil budidaya, peninggalan sejarah, gerabah, prasasti dll).

2. Hak Menerapkan Kelembagaan Adat

Kewenangan suatu wilayah masyarakat hukum adat diperlukan untuk mencegah adanya pengakuan ganda ataupun pengakuan atas suatu wilayah yang bukan kewenangannya. Dalam hal ini ada beberapa kemungkinan yang dapat dilakukan :

- a) Pengakuan keberadaan masyarakat hukum adat oleh masyarakat adat itu sendiri dan didukung dengan pengakuan dari masyarakat sekitarnya tentang kewenangan kelembagaannya.
- b) Pengakuan keberadaan masyarakat hukum adat oleh lembaga yudikatif berdasarkan keputusan pengadilan.
- c) Pengakuan keberadaan masyarakat hukum adat oleh suatu Dewan Masyarakat Hukum Adat yang dipilih oleh Masyarakat Hukum Adat itu sendiri.

Terlepas dari kebaikan dan kelemahan ke 3 (tiga) pilihan di atas, nampaknya bentuk kombinasi kewenangan pengakuan perlu diatur, antara masyarakat sekitar wilayah masyarakat hukum adat dan pemerintah bersama-sama dengan masyarakat hukum adat yang berkepentingan itu sendiri. Selain mekanisme pengakuan tersebut, diperlukan juga mekanisme naik banding dan penyelesaian sengketa antar masyarakat hukum adat atas suatu kewenangan wilayah tertentu. Demikian pula bentuk penyelesaian sengketa diluar pengadilan untuk sengketa antar kelompok masyarakat hukum adat yang mengklaim suatu wilayah yang sama perlu dipersiapkan.

3. Hak atas Pengelolaan Sumberdaya Hutan

Pola pengelolaan yang dilakukan oleh masyarakat hukum adat pada umumnya berdasarkan pengetahuan asli yang ada dan tumbuh di masyarakat dengan segala norma-norma yang mengatur batasan-batasan dan sanksi. Pola ini berkembang sangat dinamis sesuai dengan perkembangan zaman. Sifat dinamis ini pada umumnya tidak secara tegas mendefinisikan pengelolaan sumber daya alam berupa; hutan, kebun atau usaha pertanian, sehingga diperlukan pemahaman yang cukup oleh pemerintah daerah tentang pola-pola tersebut.

Secara tegas UUK Nomor 41 tahun 1999 memberikan kewenangan pengelolaan hutan kepada Masyarakat Hukum Adat dan tidak melihat ini sebagai hanya merupakan kewenangan pemerintah. Sejalan dengan UUPA Nomor 5 Tahun 1960 hak pengelolaan dapat diberikan kepada masyarakat hukum adat.

Masyarakat hukum adat memerlukan kepastian hak yang bersifat khusus (eksklusif; tidak tumpang tindih dengan hak lain), sehingga masyarakat dapat melestarikan, memanfaatkan (termasuk membudidayakan), memasarkan hasil hutan, serta tidak dapat dipindah tangankan kepada pihak lain diluar masyarakat hukum adat tersebut. Keadaan ini harus dipertegas kedalam peraturan perundangan; juga kewenangan masyarakat adat harus luas termasuk memiliki, menguasai, mengelola, memanfaatkan, mengusahakan dll.

3) Pengaturan Masyarakat Hukum Adat dalam Instrumen Hukum

Nasional dan Instrumen Hukum Internasional

a) Instrumen Hukum Nasional

1. UUD NKRI Tahun 1945

Penjelasan Pasal 18 (sebelum amandemen) :

*...territoir Negara Indonesia terdapat lebih kurang 250 Zelfbesturende landschappen dan Volksgemeenschappen, seperti desa di Jawa dan Bali, negeri di Minangkabau, dusun dan marga di Palembang dsb. Daerah-daerah itu mempunyai susunan asli dan oleh karenanya dapat dianggap sebagai daerah yang bersifat istimewa.....segala **peraturan negara yang mengenai daerah-daerah itu akan mengingati hak-hak asal-usul daerah tersebut.***

Amandemen II UUD NKRI Tahun 1945 Pasal 18 B :

1. *Negara mengakui dan menghormati satuan-satuan pemerintahan daerah yang bersifat khusus atau bersifat istimewa yang diatur dengan undang-undang.*
2. *Negara mengakui dan menghormati kesatuan-kesatuan masyarakat hukum adat beserta hak-hak tradisionalnya sepanjang masih hidup dan sesuai dengan perkembangan masyarakat dan prinsip Negara Kesatuan Republik Indonesia, yang diatur dalam undang-undang.*

Amandemen II UUD NKRI Tahun 1945 Pasal 28I :

(3) Identitas budaya dan hak masyarakat tradisional dihormati selaras dengan perkembangan zaman dan peradaban.

2. Ketetapan MPR Nomor XVII/MPR/1998 tentang Hak Azasi Manusia⁷¹

Ketetapan ini menegaskan bahwa pengakuan dan perlindungan kepada masyarakat hukum adat merupakan bagian dari penghormatan terhadap hak azasi manusia.

Pasal 32 :

Setiap orang berhak mempunyai hak milik pribadi dan hak milik tersebut tidak boleh diambil sewenang-wenang,

Pasal 41 :

⁷¹ TAP XVII/MPR tentang Hak Azasi Manusia telah diterjemahkan ke dalam UU HAM No. 39 tahun 1999.

Identitas budaya masyarakat tradisional, termasuk hak atas tanah ulayat dilindungi, selaras dengan perkembangan zaman.

3. Undang Undang Nomor 10 Tahun 1992 tentang Kependudukan dan Keluarga Sejahtera.

Pasal 6 huruf (b) :

....hak penduduk sebagai anggota masyarakat yang meliputi hak untuk mengembangkan kekayaan budaya, hak untuk mengembangkan kemampuan bersama sebagai kelompok, hak atas pemanfaatan wilayah warisan adat, serta hak untuk melestarikan atau mengembangkan perilaku budayanya.

4. Undang-Undang No. 5 Tahun 1960 tentang Pokok-Pokok Agraria

Pasal 2 ayat (4) :

Hak menguasai dari negara tersebut di atas pelaksanaannya dapat dikuasakan kepada daerah-daerah Swatantra dan masyarakat-masyarakat hukum adat, sekedar diperlukan dan tidak bertentangan dengan kepentingan nasional, menurut ketentuan – ketentuan peraturan pemerintah.

**5. Undang Undang Nomor 24 tahun 1992 tentang
Penataan Ruang**

Penjelasan Pasal 4 ayat (2) :

*Penggantian yang layak diberikan pada orang yang dirugikan selaku pemegang hak atas tanah, **hak pengelolaan sumberdaya alam seperti hutan, tambang, bahan galian, ikan dan atau ruang yang dapat membuktikan bahwa secara langsung dirugikan sebagai akibat pelaksanaan kegiatan pembangunan sesuai dengan rencana tata ruang dan oleh perubahan nilai ruang sebagai akibat penataan ruang. Hak tersebut didasarkan atas ketentuan perundang-undangan ataupun atas dasar hukum adat dan kebiasaan yang berlaku.***

**6. Undang Undang Nomor 11 tahun 1974 tentang
Pengairan**

Pasal 3 ayat (3) :

*Pelaksanaan atas ketentuan tentang hak menguasai dari negara terhadap **air tetap menghormati hak yang dimiliki oleh masyarakat adat setempat** sepanjang yang tidak bertentangan dengan kepentingan nasional.*

7. UU No. 41 Tahun 1999 tentang Kehutanan

Pasal 1 ayat (6) :

*Hutan adat adalah hutan negara yang **berada dalam wilayah masyarakat hukum adat.***

Pasal 67 ayat (2) :

Pengukuhan keberadaan dan **hapusnya** **masyarakat hukum adat** sebagaimana dimaksud pada ayat 1 **ditetapkan dengan Peraturan Daerah.**

8. Undang-Undang No. 5 Tahun 1994 tentang Pengesahan Konvensi Internasional mengenai Keanekaragaman Hayati (*United Nation Convention on Biological Diversity*)

Pasal 8 huruf j :

... **menghormati, melindungi dan mempertahankan pengetahuan, inovasi-inovasi dan praktik-praktik masyarakat asli (masyarakat adat) 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 praktik tersebut semacam itu dan mendorong pembagian yang adil keuntungan yang dihasilkan dari pendayagunaan pengetahuan, inovasi-inovasi dan praktik-praktik semacam itu.**

Pasal 15 butir 4 :

Akses atas sumber daya hayati bila diberikan, harus atas dasar persetujuan bersama (terutama pemilik atas sumber daya).

**9. Undang-Undang No. 22 Tahun 1999 tentang
Pemerintahan Di daerah**

Pasal 93 ayat (1) :

*Desa dapat dibentuk, dihapus dan/atau digabungkan dengan **memperhatikan asal-usulnya** atas prakarsa masyarakat...*

Penjelasan Pasal 93 ayat (1) :

Istilah Desa disesuaikan dengan kondisi sosial budaya masyarakat setempat seperti nagari, huta, bori, marga...

Pasal 99 :

*Kewenangan Desa mencakup kewenangan yang sudah ada berdasarkan hak asal-usul Desa (**atau dengan nama lain**).*

**10. Peraturan Pemerintah Nomor 24 Tahun 1997 tentang
Pendaftaran Tanah**

Penjelasan Pasal 8c :

*...memungkinkan **dimasukkannya Tetua Adat** yang mengetahui benar riwayat/kepemilikan bidang-bidang tanah setempat dalam Panitia Ajudikasi, **khususnya di daerah yang hukum adatnya masih kuat.***

Pasal 24 ayat (2) :

*Dalam hal tidak atau tidak lagi tersedia secara lengkap alat-alat pembuktian sebagaimana dimaksud pada ayat (1, bukti tertulis tau keterangan yang kadar kebenarannya diakui Tim Ajudikasi), pembuktian hak dapat dilakukan berdasarkan **penguasaan fisik bidang tanah yang bersangkutan selama 20 tahun atau lebih secara berturut-turut...dengan syarat; a. penguasaan tersebut dilakukan dengan itikad baik dan secara terbuka.. serta diperkuat oleh kesaksian orang yang dapat dipercaya b. penguasaan tersebut baik sebelum maupun selama pengumuman sebagaimana dilakukan dalam Pasal 26 tidak dipermasalahkan oleh masyarakat hukum adat atau desa/kelurahan yang bersangkutan atau pihak-pihak lainnya.** Mengenai bentuk penerbitan hak atas tanah dikenal dua bentuk hak yaitu, Hak yang terbukti dari riwayat tanah tersebut **didapat dari tanah adat mendapatkan Pengakuan hak atas tanah oleh Pemerintah** sedangkan yang kedua adalah Hak yang tidak terbukti dalam riwayat lahannya didapat dari hak adat tetapi dari **tanah negara maka mendapatkan pemberian Hak atas tanah oleh Pemerintah.***

11. Peraturan Mendagri No.3 Tahun 1997 tentang Pemberdayaan dan Pelestarian Serta Pengembangan Adat Istiadat, Kebiasaan-kebiasaan Masyarakat, dan Lembaga Adat di Daerah.

Pasal 8 :

*Lembaga adat berkedudukan sebagai wadah organisasi permusyawaratan/permufakatan kepal adat/pemangku adat/tetua adat dan pemimpin/pemuka - pemuka adat lainnya yang **berada di luar susunan organisasi pemerintah** di Propinsi Daerah TK I, Kabupaten/Kotamadya Daerah Tingkat II, Kecamatan dan/atau Desa/Kelurahan. pada pasal 9 Lembaga adat mempunyai hak dan wewenang sebagai berikut; **a. mewakili masyarakat adat keluar**, yakni dalam hal-hal yang menyangkut dan mempengaruhi adat; **b.***

mengelola hak-hak adat dan/atau harta kekayaan adat untuk meningkatkan kemajuan dan taraf hidup masyarakat ke arah yang lebih baik; **c. menyelesaikan perselisihan yang menyangkut perkara-perkara adat.....**

12. Peraturan Menteri Negara Agraria/Kepala BPN tentang Pedoman Penyelesaian Masalah Hak Ulayat Masyarakat Hukum Adat

Pasal 1 (ayat) 1 :

*Hak ulayat dan yang serupa itu dari masyarakat hukum adat, (untuk selanjutnya disebut hak ulayat), adalah kewenangan yang **menurut hukum adat dipunyai oleh masyarakat hukum adat** tertentu atas wilayah tertentu yang merupakan lingkungan hidup para warganya untuk mengambil manfaat dari sumber daya alam, termasuk tanah, dalam wilayah tersebut, bagi kelangsungan hidup dan kehidupannya, yang timbul dari hubungan secara lahiriah dan batiniah turun temurun dan tidak terputus antara masyarakat hukum adat tersebut dengan wilayah yang bersangkutan.*

b) Instrumen Hukum Internasional

Pengakuan hukum terhadap masyarakat hukum adat dalam instrumen hukum internasional cenderung terhambat pada perbedaan istilah dalam instrumen hukum nasional dan instrumen hukum internasional. Instrumen hukum nasional menggunakan istilah masyarakat hukum adat atau masyarakat adat, sedangkan instrumen hukum internasional menggunakan istilah *indigenous people*. Perbedaan istilah dalam instrumen hukum nasional dan instrumen hukum internasional tersebut

diikuti dengan perbedaan konsep diantara kedua jenis instrumen tersebut. Pemerintah Indonesia sengaja merumuskan definisi masyarakat hukum adat atau masyarakat adat dengan batasan-batasan tertentu dalam undang-undang. Apabila Pemerintah Indonesia mengadopsi istilah *indigenous people* maka instrumen hukum nasional akan menerjemahkannya sebagai *masyarakat asli* dan bukan masyarakat hukum adat. Walaupun ada perbedaan konsep di antara instrumen hukum nasional dan instrumen hukum internasional tetapi instrumen hukum internasional terkait *indigenous people* tetap layak dikaji sebagai perbandingan dalam analisis permasalahan tesis ini.

Beberapa instrumen hukum internasional terkait *indigenous people* atau *tribal people* antara lain :

1. Konvensi International Labour Organization (ILO) 169 tahun 1989, dimana pada pasal-pasalnya disebut: Pasal 6 memuat prinsip partisipasi dan konsultasi dalam keseluruhan proses pengambilan keputusan yang menimbulkan dampak terhadap *indigenous people* pada tingkat nasional. Pasal 7 sampai Pasal 12 mencakup berbagai aspek mengenai hubungan antara “sistem hukum” mereka dan “sistem hukum nasional”. Pasal 13 sampai

Pasal 19 memuat pengaturan tentang “hak-hak *indigenous people* atas tanah tempat mereka tinggal.”

2. Deklarasi Rio 1992 dan Agenda 21 1992 pada intinya pada Pasal 22 menekankan perlunya pengakuan dan pemberdayaan *indigenous people*, yang mana *indigenous people* diharapkan mendapat perlakuan yang lebih adil.
3. *Resolution of 18th General Assembly of World Conservation Union, IUCN*, yang secara aklamasi mendukung hak-hak *indigenous people* termasuk hak untuk menggunakan sumber daya alam setempat secara bijaksana menurut tradisi mereka.
4. *International Tropical Timber Agreement* (Persetujuan Kayu Tropis Internasional) tahun 1994 dalam ITTO Guidelines, menyatakan bahwa kegiatan pengelolaan hutan harus mengakui kepentingan *indigenous people* dan masyarakat setempat lainnya yang hidup bergantung pada hutan.
5. *Convention on Biological Diversity* (Konvensi Keanekaragaman Hayati) Tahun 1992 telah di Ratifikasi dan di Undangkan dengan UU No. 5 Tahun 1994. Sebagai suatu usaha perlindungan terhadap hak-hak kepemilikan intelektual (*intellectual property rights*) dari *indigenous people* atau masyarakat setempat, Pertukaran Teknologi (*Sharing Technology*) dan Keamanan Hayati (*Bio-Safety*).

6. *United Nations Declaration and Programme of Action to Combat Racism and Racial Discrimination* (Deklarasi dan Program Aksi PBB untuk menentang rasisme dan diskriminasi rasial) yang diselenggarakan di Jenewa tahun 1978 pada pasal 21 mengakui hak dari *indigenous people* untuk memelihara struktur ekonomi tradisional dan budaya mereka, termasuk bahasa, dan hubungan khusus dengan tanah dan sumber daya alam tidak boleh direngut dari mereka.
7. *World Council of Indigenous Peoples (WCIP)* di Kiruna Swedia 1966 menekankan bahwa hak *indigenous people* atas tanah adalah hak milik penuh, tidak melihat apakah mereka memegang hak resmi yang diterbitkan oleh penguasa ataupun tidak.
8. *Manifesto Mexico* dalam Kongres Kehutanan Sedunia ke X tahun 1985 menekankan perlunya pengakuan kelembagaan *Indigenous People* beserta pengetahuan aslinya untuk dapat mengelola hutan termasuk kegiatan perlindungan dan pemanfaatan hutan dan disebut sebagai *community based forest management*.
9. Demikian pula dengan hasil Kongres Kehutanan Sedunia ke XI tahun 1991 di Paris menekankan kembali tentang pentingnya keberpihakan kepada masyarakat yang

terpinggirkan termasuk *indigenous people* dan sekaligus memandatkan pentingnya suatu rencana aksi yang disebut *Tropical Forest Action Plan* (TFAP) dan setiap negara akan membuat *National Forest Action Plan* (NFAP) yang juga merupakan turunan dari Agenda 21 pasal 11.

C. Pengertian dan Pengaturan tentang Sumber Daya Genetik

1. Ruang Lingkup Sumber Daya Genetik

a. Pengertian Sumber Daya Genetik

Indonesia adalah negara kepulauan yang memiliki cakupan luas yang bervariasi, dari yang sempit hingga yang luas, dari yang datar, berbukit serta bergunung tinggi, dimana di dalamnya hidup flora, fauna dan mikroba yang sangat beranekaragam. Berdasarkan pembagian kawasan biogeografi, Indonesia memiliki posisi sangat penting dan strategis dari sisi kekayaan dan keanekaragaman jenis tumbuhan beserta ekosistemnya. Data IBSAP (2003) memperkirakan terdapat 38.000 jenis tumbuhan (55% endemik) di Indonesia, sedangkan untuk keanekaragaman hewan bertulang belakang, di antaranya 515 jenis hewan menyusui (39% endemik), 511 jenis reptilia (30% endemik), 1531 jenis burung (20% endemik), dan 270 jenis amphibi (40% endemik). Tingginya keanekaragaman hayati dan tingkat endemisme itu tadi menempatkan Indonesia sebagai

laboratorium alam yang sangat unik untuk tumbuhan tropik dengan berbagai fenomenanya.

Keanekaragaman hayati dan tingkat endemisme tersebut tidak dapat dilepaskan dari kode-kode genetik yang menyusun keragaman setiap makhluk hidup. Sumber daya genetik (SDG) mencakup semua spesies tanaman, hewan maupun mikroorganisme, serta ekosistem dimana spesies tersebut menjadi bagian daripadanya. Pengertian Sumber Daya Genetik yang 'diakui' secara internasional tercantum dalam *Convention on Biological Diversity* (CBD)/Konvensi Keanekaragaman Hayati, yakni :

Pasal 2 *Convention on Biological Diversity*

*"Sumber daya hayati" mencakup **sumber daya genetik**, organisme atau bagiannya, populasi atau komponen biotik ekosistem-ekosistem lain dengan manfaat atau nilai yang nyata atau potensial untuk kemanusiaan.*

***"Sumber daya genetik"** ialah material genetik yang mempunyai nilai nyata atau potensial.*

***"Material genetik"** ialah bahan dari tumbuhan, binatang, jasad renik atau jasad lain yang mengandung unit-unit fungsional pewarisan sifat (hereditas).*

Pengertian dalam Konvensi Sumber Daya Hayati tersebut tidak terlepas dari pengakuan terhadap nilai nyata atau potensial dari sumber daya genetik secara komersial. Potensi komersial yang melibatkan sumber daya genetik tersebut telah berkembang sangat cepat dalam dua dekade terakhir seiring dengan perkembangan yang pesat dari industri bioteknologi.

Perkembangan industri bioteknologi telah mendorong pengembangan potensi ekonomi, pemanfaatan dan komersialisasi sumber daya genetik. Indonesia dan negara-negara berkembang lainnya, yang merupakan negara-negara beriklim tropis dengan kekayaan sumber daya genetik yang melimpah, seharusnya ada dalam posisi yang kuat untuk memperoleh keuntungan dalam pemanfaatan sumber daya genetik. Namun demikian kenyataannya memang jauh dari yang diharapkan. *Biopiracy* menjadi hal yang sering terjadi yang menimpa negara-negara berkembang dengan kekayaan sumber daya genetik yang melimpah.

b. Pengetahuan Tradisional yang Terkait dengan Sumber Daya Genetik

Istilah *traditional knowledge* adalah istilah umum yang mencakup ekspresi kreatif, informasi, dan *know how* yang secara khusus mempunyai ciri-ciri sendiri dan dapat mengidentifikasi unit sosial.⁷² *World Intellectual Property Organization (WIPO) Sub-Intellectual Property and Genetic Resources, Traditional knowledge and Folklore* menyatakan sebagai berikut:

“Traditional Knowledge (TK) and how to preserve, protect and equitably use of it, has recently been under increasing attention in a range of policy discussion, on matters as diverse as food and agriculture, the environment (notably the

⁷² Budi Agus Riswandi dan M. Syamsudin, *Op. Cit.*, halaman 26.

conservation of biological diversity), health (including traditional medicines), human rights and indigeous issues, cultural policy, and aspect of trade and economic development.”⁷³

Pada 18 Juli 2011, WIPO menerima notifikasi dari Republik Indonesia yang memberikan “*advanced text*” untuk *traditional knowledge* “*as contribution from cross-regional group of like-minded developing countries to the text-based negotiations*” dalam *Intergovernmental Committee on Intellectual Property and Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore (IGC)* berusaha merumuskan definisi *traditional knowledge* sebagai berikut:

“Traditional knowledge is knowledge that is dynamic and evolving, which is generated in a traditional context, collectively preserved and transmitted from generation to generation and includes but is not limited to know-how, skills, innovations, practices and learning, that subsist in a codified, oral/verbal or other forms of knowledge systems. Traditional knowledge also includes knowledge that is associated with biodiversity and natural resources. Traditional knowledge may be sacred or secretly held by beneficiaries, or widely available.”⁷⁴

Konsep tersebut telah memunculkan suatu keterkaitan antara pengetahuan tradisional yang terkait dengan *biodiversity/natural resources* yang tidak lain adalah sumber daya genetik. Pengetahuan tradisional memang tidak dapat

⁷³ Laporan Misi Pencarian Fakta atas HaKI dan Pengetahuan Tradisional, <http://www.wipo.org>, diakses pada tanggal 1 November 2012.

⁷⁴ *Intergovernmental Committee on Intellectual Property and Genetic Resources, Traditional Knowledge, and Folklore, Draft Report of The Nineteenth session of The Committee (WIPO/GRTKF/IC/19/12 Prov.2, Article 1 Subject Matters of Protection*, www.wipo.org, diakses pada 1 November 2012.

dilepaskan dari sumber daya genetik hal ini tidak lain karena berkat pengetahuan tradisional manfaat dari sumber daya genetik dapat terungkap. Pengungkapan ini berawal dari ketergantungan masyarakat tradisional terhadap alam yang merupakan tempatnya hidup. CBD sendiri merumuskan *traditional knowledge* (pengetahuan tradisional) sebagai pengetahuan, inovasi, dan praktik-praktik masyarakat asli dan lokal yang mewujudkan gaya hidup tradisional dan juga teknologi lokal dan asli. Oleh karena itu, wajar bila setiap sumber daya genetik memiliki keterkaitan dengan pengetahuan tradisional tertentu, misalnya pengetahuan tradisional tentang manfaat tanaman tertentu untuk mengobati penyakit atau pun pengetahuan tradisional tentang manfaat tanaman tertentu sebagai bahan pangan. Sementara itu, Protokol Nagoya telah secara khusus menetapkan pengaturan tentang hal ini dengan menggunakan istilah *traditional knowledge associated with genetic resources*.

2. Pengaturan Sumber Daya Genetik dalam Instrumen Hukum Nasional dan Instrumen Hukum Internasional

a) Instrumen Hukum Nasional

1. Undang-Undang RI Nomor 5 Tahun 1990 Tentang Pelestarian Sumber Daya Alam Hayati dan Ekosistemnya.

Undang-undang ini mengatur konservasi sumber daya alam hayati dan ekosistemnya yang bertujuan untuk mengusahakan terwujudnya kelestarian sumber daya alam hayati serta keseimbangan ekosistemnya melalui kegiatan perlindungan sistem penyangga kehidupan, pengawetan keanekaragaman jenis tumbuhan dan satwa beserta ekosistemnya, serta pemanfaatan secara lestari sumber daya tersebut.

2. Undang-Undang RI Nomor 5 Tahun 1994 Tentang Pengesahan Konvensi PBB Mengenai Keanekaragaman Hayati (*United Nations on Convention Biological Diversity*).

Pada tahun 1992 akhirnya disepakati *Convention on Biological Diversity* (Konvensi Keanekaragaman Hayati—selanjutnya disebut KKH) yang diprakarsai oleh Perserikatan Bangsa-bangsa (PBB). Pada prinsipnya, Konvensi

Keanekaragaman Hayati (KKH) bertujuan untuk mengatur (1) pelestarian keanekaragaman hayati; (2) pemanfaatan berkelanjutan komponen-komponen keanekaragaman hayati; dan (3) pembagian keuntungan yang diperoleh dari pemanfaatan Sumber Daya Genetik secara adil dan merata. Konvensi Keanekaragaman Hayati (KKH) merupakan perjanjian internasional yang bersifat mengikat bagi para peserta perjanjian. Indonesia telah menandatangani Konvensi ini serta meratifikasinya melalui Undang-undang Nomor 5 Tahun 1994.

3. Undang-Undang RI Nomor 7 Tahun 1994 Tentang Pengesahan Persetujuan Pembentukan Organisasi Perdagangan Dunia (*World Trade Organisation*).

World Trade Organisation (WTO) merupakan satu-satunya badan internasional yang secara khusus mengatur masalah perdagangan antar negara. Persetujuan pembentukan WTO memiliki lampiran (*annexes*) yang sangat terkait dengan Pengetahuan Tradisional terkait Sumber Daya Genetik yaitu *Annex 1C* yang juga lebih dikenal dengan Persetujuan TRIPS (*TRIPS Agreement*) merupakan bagian dari persetujuan WTO yang juga memiliki relevansi dengan pengaturan tentang Keanekaragaman Hayati, termasuk

Sumber Daya Genetik dan Pengetahuan Tradisional terkait Sumber Daya Genetik.

4. Undang-Undang RI Nomor 32 Tahun 2009 tentang Perlindungan dan Pengelolaan Lingkungan Hidup.

Undang-undang ini merupakan pedoman utama dalam pengembanan kebijakan terkait Sumber Daya Genetik. Di dalam Pasal 63 Ayat (1) huruf (i) Undang Undang RI Nomor 32 Tahun 2009 Tentang Perlindungan dan Pengelolaan Lingkungan Hidup dinyatakan bahwa dalam perlindungan dan pengelolaan lingkungan hidup, Pemerintah bertugas dan berwenang: menetapkan dan melaksanakan kebijakan mengenai Sumber Daya Alam Hayati dan non hayati, keanekaragaman hayati, Sumber Daya Genetik, dan keamanan hayati produk rekayasa genetik.

b) Instrumen Hukum Internasional

1. Convention on Biological Diversity

CBD adalah instrumen hukum internasional pertama yang merujuk pada konsep kedaulatan negara pada kekayaan sumber daya hayati, sembari mengatur konsep *prior informed consent* dan berbagi keuntungan secara adil dan setara sebagai langkah kelanjutannya. Sebelum CBD

lahir, penguasaan perusahaan besar atas kekayaan sumber daya hayati menghasilkan keuntungan berlimpah. Ini karena umumnya kekayaan sumber daya hayati tersebar di negara berkembang yang belum terjamah industrialisasi.

Negara maju selalu beranggapan bahwa kekayaan sumber daya hayati adalah warisan peradaban manusia (*the common heritage of mankind*). Semacam konsep *res communis* di hukum Romawi yang merujuk ke wilayah bukan milik siapa-siapa (*belong to no one*) yang bisa dimanfaatkan umum. Konsekuensinya perusahaan besar yang dapat mengembangkan sumber hayati menjadi produk teknologi tinggi seperti obat dan kosmetik bisa menjual produknya kembali ke negara asal sumber hayati dengan harga berlipat ganda.

2. Protokol Nagoya

Protokol Nagoya merupakan peraturan pelaksanaan CBD yang berisi aturan pemberian akses dan kemauan berbagi keuntungan secara adil dan setara atas pemanfaatan kekayaan sumber daya hayati. Protokol Nagoya merumuskan mekanisme pemanfaatan kekayaan sumber daya hayati yang berasal dari tanaman, hewan, dan mikrobiologi untuk produk industri, kosmetik, makanan, obat-

obatan, dan keperluan lain. Intinya, terbuka akses pada sumber daya hayati untuk pemanfaatan, tetapi juga dalam semangat yang sama mengatur bagaimana manfaat atau keuntungan juga dapat dinikmati oleh negara asal sumber daya hayati itu. Kesepakatan diharapkan dapat membuat transparan pergerakan lalu lintas sumber-sumber daya hayati sehingga pembajakan hayati (*biopiracy*) dapat ditekan seminimal mungkin.

BAB III

HASIL PENELITIAN DAN PEMBAHASAN

A. Rezim Hak Kekayaan Intelektual Tidak Mampu Mengakomodasi Perlindungan Hukum terhadap Hak Masyarakat Hukum Adat atas Pemanfaatan Sumber Daya Genetik sebagai Kekayaan Intelektual

1. Konsep Kekayaan Intelektual yang Dilindungi dalam Rezim Hak Kekayaan Intelektual Tidak Mengakomodasi Konsep Kekayaan Intelektual Masyarakat Hukum Adat

Hak Kekayaan Intelektual (HKI) merupakan hasil proses kemampuan berpikir manusia yang dijemakan ke dalam suatu bentuk Ciptaan atau Penemuan. Ciptaan atau Penemuan tersebut merupakan milik yang di atasnya melekat suatu hak yang bersumber dari akal (intelekt).⁷⁵ Hak Kekayaan Intelektual merupakan hak eksklusif yang diberikan oleh hukum yang secara khusus merupakan bagian dari hukum perdata. HKI sebenarnya bagian dari kebendaan yaitu suatu benda tidak berwujud (benda immateriil). Pasal 499 KUHPerdata menyatakan bahwa benda tidak berwujud tersebut disebut hak.

⁷⁵ Abdulkadir Muhammad, *Op.Cit.*, halaman 9.

Hal tersebut sejalan dengan pendapat Abdulkadir Muhammad yang mengemukakan bahwa yang dimaksud dengan benda (*tangible good*) adalah benda materiil yang ada wujudnya karena dapat dilihat dan diraba, misalnya kendaraan; sedangkan yang dimaksud dengan hak (*intangible good*) adalah benda immateriil yang tidak ada wujudnya karena tidak dapat dilihat dan diraba misalnya HKI.⁷⁶ Abdulkadir Muhammad juga menyatakan bahwa Ciptaan atau Penemuan adalah hak milik material (berwujud) di atas hak milik material tersebut melekat hak milik immaterial (tak berwujud) yang berasal dari akal (intelekt) pemiliknya, sehingga disebut Hak Kekayaan Intelektual.⁷⁷ Sementara itu, Prof Etty Susilowati dalam penjelasannya tentang HKI sebagai aset perusahaan, HKI merupakan bagian dari benda tidak tetap (bergerak) yang tidak berwujud.⁷⁸

HKI sendiri sebagaimana telah dijelaskan pada bab sebelumnya bukan merupakan konsep yang berasal dari Bangsa Indonesia. HKI merupakan konsep yang berasal dari falsafah individualisme dan kapitalisme Negara-Negara Barat yang sangat berbeda dengan falsafah kebersamaan/komunal dan spiritualisme yang dianut Bangsa Indonesia. Rezim HKI memperoleh tempat

⁷⁶ Abdulkadir Muhammad dalam Afrillyanna Purba, dkk., *TRIPs-WTO dan Hukum HKI Indonesia Kajian Perlindungan Hak Cipta Seni Batik Tradisional Indonesia*, (Jakarta : PT. Rineka Cipta, 2005), halaman 15.

⁷⁷ Abdulkadir Muhammad, *Op.Cit.*, halaman 16.

⁷⁸ Etty Susilowati dalam kuliah Hukum Paten dan Lisensi, tanggal 26 Februari 2012 di Kelas HET-HKI BSU MIH Undip.

dalam perundang-undangan Indonesia tidak lain dikarenakan tekanan dari Negara-Negara Barat khususnya Amerika Serikat yang bertujuan untuk melindungi investasi mereka di Indonesia. Indonesia kemudian harus memperbaharui semua perundang-undangan di bidang HKI setelah adanya tekanan Negara-Negara Barat untuk melaksanakan *TRIPs Agreement* sebagai salah satu kesepakatan dalam rezim WTO.⁷⁹

Rezim HKI telah menetapkan kriteria-kriteria khusus terkait kekayaan intelektual atau *intellectual property*.⁸⁰ Oleh karena itu, suatu *intellectual property* yang dapat memperoleh perlindungan hukum harus memenuhi kriteria-kriteria sebagai berikut :

(1) Kepemilikan yang Individual

Intellectual property merupakan konsep yang tidak bisa dilepaskan dari rezim HKI karena melalui 'olahan' rezim HKI suatu *intellectual creation* telah dimaknai sebagai suatu *property* atau kekayaan yang diistilahkan dengan *intellectual*

⁷⁹ Agus Sardjono, HKI dan Pengetahuan Tradisional, *Op.Cit.*, halaman 4 dan 45.

⁸⁰ Istilah *Property* jika ditelusuri berasal dari bahasa Latin, yakni *Proprius* yang berarti "milik seseorang". Lihat Budi Santoso, *HKI (Hak Kekayaan Intelektual) Pengantar HKI*, (Semarang : Pustaka Magister, Terbitan ke-II, Pustaka, 2008), halaman 14. *Property* sebagaimana terdapat dalam istilah *Intellectual property* adalah mengandung kepentingan ekonomis yang dihasilkan dari buah pikiran individu, dan bukan benda (barang atau hak) sebagaimana dimaksud dalam pasal 499 KUHPerdara. Namun, harus difahami bahwa meskipun *property* dalam *Intellectual property* bukan barang atau hak sebagaimana dimaksud dalam pasal 499 KUHPerdara, tetapi *property* ini tetap merupakan objek kepemilikan. Hal inilah yang menjadi alasan sebenarnya mengapa IPR ada yang diterjemahkan sebagai "Hak Milik Intelektual". Hal ini berarti yang dimiliki oleh seorang pencipta adalah kepentingan ekonominya (*possession of the economic interest*). Seorang pembeli buku misalnya, ia hanya memiliki bukunya dan boleh menggunakan, boleh meminjamkan atau boleh juga menjualnya kepada orang lain, namun ia tidak boleh menggandakan buku tersebut . Lihat C.S.T. Kansil, 1990, *Hak Milik Intelektual : Paten, Merek Perusahaan, Merek Perniagaan, Hak Cipta* (Jakarta : Bumi Aksara, 1990), halaman 2-3.

property (kekayaan intelektual).⁸¹ Hal ini tentu tidak bisa dipisahkan dari falsafah individualisme dan kapitalisme yang dianut Negara-Negara Barat yang kemudian mewujud dalam gagasan melindungi hak-hak milik individual, khususnya perlindungan terhadap *property*, baik *intellectual property* maupun modal (*capital*).⁸² *Property* atau kekayaan menurut falsafah individualisme dapat dimiliki oleh individu-individu tertentu atau berorientasi eksklusif pada kepemilikan pribadi (*private owners*).⁸³ Oleh karena itu, konsep *intellectual property* dalam rezim HKI mensyaratkan adanya kepemilikan individual.

Sistem HKI merupakan hak privat (*privat rights*). Disinilah ciri khas HKI. Seseorang bebas untuk mengajukan permohonan atau mendaftarkan karya intelektual atau tidak.⁸⁴ Pernyataan tersebut menegaskan kewajiban terpenuhinya persyaratan kepemilikan individual atas *intellectual creation* untuk mendapatkan *intellectual property*. Hal ini tampak dalam berbagai perundang-undangan di bidang Hak Kekayaan Intelektual misalnya, siapa yang diakui hukum dan memperoleh hak eksklusif sebagai Pencipta, Pendesain, Inventor, Pemilik

⁸¹ Agus Sardjono, *HKI dan Pengetahuan Tradisional*, Op.Cit., halaman 217.

⁸² *Ibid*, halaman 15.

⁸³ *Ibid*, halaman 20.

⁸⁴ Dirjen HKI Kemenkumham, *Buku Panduan HKI*, (Tangerang : Dirjen HKI, 2011), halaman 1.

Merek, dan Pemilik Rahasia Dagang⁸⁵ adalah ‘seseorang atau beberapa orang yang secara bersama-sama mewujudkan suatu *intellectual creation* atau mewujudkan suatu ide’. Seseorang atau beberapa orang tersebut yang berperan sebagai *private owners* yang secara individu⁸⁶ memiliki hak monopoli untuk mengeksploitasi secara komersial *intellectual creation*nya dan sekaligus melarang pihak lain yang dengan tanpa ijin mengeksploitasi secara komersial *intellectual creation* yang menjadi hak mereka.

Hak eksklusif yang menjadi karakteristik rezim HKI tersebut berdasarkan suatu argumen bahwa HKI adalah hasil karya individu yang harus dilindungi dan hal ini dijelaskan oleh Dirjen HKI sebagai berikut :

Hak eksklusif yang diberikan negara kepada individu pelaku HKI (inventor, pencipta, pendesain, dan sebagainya) tidak lain dimaksud sebagai penghargaan atas hasil karya (kreativitas)nya dan agar orang lain terangsang untuk lebih lanjut mengembangkannya lagi, sehingga dengan demikian sistem HKI tersebut kepentingan masyarakat ditentukan melalui mekanisme pasar.⁸⁷

Argumen ini bersumber dari suatu teori yang dikenal dengan pada *reward theory* yang menyatakan bahwa “*economic development and social welfare will be advanced if rewards are*

⁸⁵ Lihat perundang-undangan di bidang HKI di Indonesia (Hak Cipta, Paten, Merek, Desain Industri, DTLST, dan Rahasia Dagang).

⁸⁶ Kepemilikan individu di sini bukan berarti secara harafiah orang perorangan tetapi memiliki arti sebagai suatu kepemilikan pribadi yang dikuasai oleh seseorang atau beberapa orang tertentu secara eksklusif yang diberi hak oleh Rezim HKI.

⁸⁷ *Ibid.*

given for the kinds of invention and creativity that result in new products, processes, and services.”⁸⁸

Berdasarkan *reward theory* tersebut pemberian hak monopoli kepada individu penemu atau pencipta pada gilirannya masyarakat secara keseluruhan akan mendapatkan manfaat dari perkembangan kreasi individu-individu itu.⁸⁹

Rezim HKI yang individualistik dan kapitalistik ini tentu saja tidak memungkinkan pengakuan terhadap hak negara atau hak masyarakat secara kolektif.

Penganut individualisme menyatakan bahwa di dalam konsep kolektivisme seorang manusia adalah “*a sacrificial victim, whose only value is his ability to sacrifice his happiness for the will of the ‘group’.*” Selain itu masyarakat barat yang individualistik menganggap bahwa konsep kebersamaan (kolektivitas) masyarakat tradisional atau masyarakat lokal adalah sama dan sebangun dengan *collectivism* yang dikembangkan dari ajaran Karl Marx.⁹⁰

Kekhawatiran dari Negara-Negara Barat tentang konsep kolektivisme masyarakat tradisional sebenarnya tidak beralasan. Kolektivisme masyarakat tradisional khususnya masyarakat hukum adat di Indonesia sangat bertolak belakang dengan ajaran Karl Marx.

Kolektivisme Karl Marx lahir dari pertentangan antara individu (pemilik modal) dan kaum buruh yang menghendaki suatu *abolition of private property*. Sementara itu, individu

⁸⁸ Benjamin J. Richardson dalam Agus Sardjono, *HKI dan Pengetahuan Tradisional*, *Op.Cit.*, halaman 46.

⁸⁹ *Ibid.*

⁹⁰ *Ibid*, halaman 105.

menurut paham masyarakat adat bukanlah individu yang kehilangan hak-haknya hanya saja hak-hak individualnya tidak ditonjolkan sebagaimana pada paham individualisme. Orientasinya adalah kedamaian dan kebahagiaan hidup bersama yang lebih bernilai spiritual ketimbang material.⁹¹

Masyarakat hukum adat di Indonesia hidup dalam tatanan kearifan lokal yang dipegang teguh dari generasi ke generasi. Kearifan lokal tersebut terdiri dari suatu gagasan konseptual yang hidup, tumbuh dan berkembang secara terus menerus dalam kesadaran masyarakat serta turut mengatur berbagai aspek kehidupan masyarakat baik dari yang sifatnya sakral sampai yang sifatnya profan.⁹² Kearifan lokal yang sangat bercirikan Indonesia direpresentasikan ke dalam konsep 'gotong royong' sebagai suatu konsep yang erat bersangkut paut dengan kehidupan rakyat di dalam masyarakat agraris.⁹³ Konsep gotong royong tersebut menggambarkan faktor budaya masyarakat yang bersifat komunal dan kental dengan nuansa religius. Karenanya masyarakat tersebut akan selalu berpikir dan bertindak demi kepentingan bersama dan bukan untuk kepentingan pribadi dengan dilandasi semangat tolong menolong.

⁹¹ *Ibid*, halaman 105-106

⁹² Sartini, *Menggali Kearifan Lokal Nusantara Sebuah Kajian Filsafati*, halaman 113 <http://dgi-indonesia.com/wp-content/uploads/2009/02/menggali Kearifan Lokal Nusantara 1.pdf>., diakses tanggal 1 November 2012.

⁹³ Koentjaraningrat dalam Agus Sardjono, *Membumikan HKI di Indonesia*, *Op. Cit.*, halaman 41.

Di dalam kehidupan masyarakat Bali berlaku prinsip *catur purusharta*, yaitu *dharma*, *artha*, *kama*, dan *moksa*. Prinsip *dharma* melahirkan tata nilai atau norma yang mewajibkan seseorang untuk melakukan tindakan yang berguna bagi orang lain. Dalam hal ilmu pengetahuan, konsep *adnyanayoga* menjadi faktor pendorong seseorang untuk menyebarkan ilmu pengetahuan kepada orang lain. Peniruan adalah salah satu jalan untuk mendapatkan pengetahuan dari orang lain. Prinsip *artha* menyebabkan orang harus senantiasa bekerja agar dapat memenuhi kebutuhan hidupnya. Prinsip ini menimbulkan hubungan simbiosis antara *dharma* dan *artha* yakni *dharma* melahirkan para seniman yang melahirkan karya-karya seni, sedangkan *artha* melahirkan para pengrajin yang membuat barang-barang seni tersebut dari meniru karya para seniman tersebut.⁹⁴

Prinsip yang dianut masyarakat Bali tersebut khususnya terkait dilegalkannya 'peniruan' antar seniman dan pengrajin tentu saja bertentangan dengan hak monopoli dalam rezim HKI yang menganggap peniruan karya orang lain merupakan suatu eksploitasi komersial *intellectual creation* tanpa ijin atau pembajakan. Hal inilah yang menjadi faktor mengapa orang Bali tidak begitu antusias dengan perlindungan HKI yang ditawarkan kepada mereka.⁹⁵

Prinsip yang dianut masyarakat Bali juga ditampilkan dalam sikap yang sama oleh masyarakat Jawa dan Sunda. Masyarakat Jawa berpegang pada konsep *nrimo* (menerima) yang membuat orang Jawa menyadari tempatnya sendiri dengan didukund dengan sikap ikhlas (ikhlas).⁹⁶ Sikap ini memuat kesediaan untuk melepaskan individualitas sendiri dan menyesuaikan diri dalam keselarasan agung alam semesta sebagaimana dipercaya sudah ditentukan. Di samping itu, dalam kehidupan bermasyarakat, orang Jawa mengenal dua prinsip , yaitu rukun dan berlaku rukun. Prinsip ini

⁹⁴ *Ibid*, halaman 26

⁹⁵ *Ibid*, halaman 27.

⁹⁶ Niels Mulder dalam *ibid*.

mengharuskan individu untuk menomorduakan bahkan melepaskan kepentingan-kepentingan pribadi demi kesepakatan bersama.⁹⁷

Sementara itu, masyarakat Sunda berpandangan bahwa manusia hendaknya sadar bahwa dirinya hanyalah merupakan bagian yang sangat kecil dari alam, masyarakat, dan wujud supranatural. Oleh karena itu, dianggap tidak baik orang yang terlalu mementingkan diri sendiri.⁹⁸

Kearifan lokal dari masyarakat Bali, Sunda, dan Jawa tersebut dapat dijadikan sebagai tolak ukur bahwa masyarakat hukum adat di Indonesia tidak pernah membayangkan bahwa *intellectual creation* adalah *property* (kekayaan) sebagaimana cara berpikir orang-orang Barat.⁹⁹ Apa yang menurut masyarakat modern dianggap sebagai kekayaan milik individu karena merupakan hasil kreasi dan penemuannya sendiri, oleh masyarakat tradisional dianggap sebagai milik bersama karena diperoleh dan berasal dari lingkungan sekitar masyarakatnya.¹⁰⁰ Pertentangan konsep kepemilikan *intellectual creation* dalam masyarakat hukum adat dan rezim HKI inilah yang menjadi hambatan bagi rezim HKI untuk mengakui *intellectual creation* milik masyarakat ada dan sekaligus merupakan bukti keegoisan Negara-Negara Maju dalam memaksakan pemberlakuan rezim HKI di Negara-Negara Berkembang.

⁹⁷ Frans Magnis Suseno dalam *ibid*, halaman 28.

⁹⁸ Suwarsih Warnaen dalam *ibid*.

⁹⁹ *Ibid*, halaman 29.

¹⁰⁰ *Ibid* halaman 47.

(2) Ekspresi dari Kemampuan Berpikir Manusia yang Bersifat Baru dan/atau Orisinil

Rezim HKI telah menetapkan kriteria-kriteria yang harus dipenuhi *intellectual creation* supaya dapat diakui sebagai *intellectual property*, salah satu kriteria itu adalah *intellectual creation* harus berupa ekspresi dari kemampuan berpikir manusia yang bersifat baru dan/atau orisinil. Ekspresi dari kemampuan berpikir manusia tersebut dapat diartikan sebagai perwujudan ide bukan ide itu sendiri ke dalam hal-hal berikut ini:

1. Ciptaan di bidang ilmu pengetahuan, seni, atau sastra.
2. Invensi di bidang teknologi.
3. Metode produksi, metode pengolahan, metode penjualan, atau informasi lain dibidang teknologi dan/atau bisnis yang bersifat rahasia.
4. Kreasi berupa rancangan peletakan tiga dimensi dari berbagai elemen dalam sebuah sirkuit terpadu.
5. Kreasi bernilai artistik berupa bentuk, konfigurasi, komposisi garis atau warna, garis dan warna, gabungan dari unsur-unsur tersebut.
6. Tanda berupa gambar, nama, kata, huruf, angka, susunan warna, atau kombinasi dari unsur-unsur tersebut yang memiliki

daya pembeda dan digunakan dalam kegiatan perdagangan barang dan/atau jasa.

Keenam ekspresi kemampuan berpikir manusia tersebut merupakan yang dikategorikan sebagai *intellectual property* oleh rezim HKI. Keenam ekspresi kemampuan berpikir manusia tersebut untuk dapat diakui sebagai sebuah *intellectual property* oleh rezim HKI harus memenuhi standar kebaruan dan/atau orisinalitas. Patricia Loughlan berpendapat bahwa kedua standar tersebut (kebaruan dan orisinalitas) memiliki perbedaan, masing-masing cabang HKI memilih satu di antara keduanya.¹⁰¹ Misalnya, paten dan desain industri menggunakan standar kebaruan. Sementara itu, desain tata letak sirkuit terpadu dan hak cipta menggunakan standar orisinalitas.

Standar kebaruan dalam paten (*novelty*) adalah apabila suatu invensi di bidang teknologi jika pada tanggal penerimaan invensi tersebut tidak sama dengan teknologi yang diungkapkan sebelumnya (*state of the art atau prior art*).¹⁰² WIPO menyatakan bahwa secara umum *prior art* merujuk kepada semua pengetahuan teknik yang relevan yang tersedia untuk umum dimanapun juga di dunia sebelum tanggal penerimaan baik dalam bentuk tertulis, oral, atau pun

¹⁰¹ Patricia Loughlan dalam Tomy Suryo Utomo, *Op.Cit.*, halaman 180.

¹⁰² *Ibid*, halaman 117.

dipertunjukkan kepada umum.¹⁰³ Prinsip penting terkait standar kebaruan dari sebuah invensi di bidang teknologi antara lain :¹⁰⁴

1. Kriteria kebaruan mencakup menit, jam, dan hari.
2. Kebaruan berdasarkan kriteria yang bersifat internasional.
3. "Diketahui oleh umum" (*publicly known*) tidak terbatas pada jumlah orang yang mengetahuinya.
4. Invensi yang dapat dibaca oleh orang lain sebelum pendaftaran paten tidak harus selalu dalam bentuk publikasi. CD-ROM atau DVD-ROM yang dapat dibaca orang lain dapat dianggap sebagai publikasi.

Sementara itu, standar kebaruan dalam desain industri adalah apabila desain tersebut tidak sama dengan pengungkapan yang telah ada sebelumnya. Sebuah desain untuk memenuhi persyaratan baru harus dapat dibedakan dengan desain yang telah diungkapkan sebelumnya.¹⁰⁵ Patricia Loughlan menyatakan bahwa desain yang memenuhi standar kebaruan antara lain :¹⁰⁶

1. Perbedaan kecil dan tidak penting (*immaterial difference*) dari sebuah desain dengan desain yang telah dikenal masyarakat tidak dapat dikategorikan sebagai baru.
2. Sebuah desain yang dihasilkan berdasarkan proses adaptasi dari desain sebelumnya juga tidak memenuhi syarat kebaruan.

Standar orisinalitas dalam desain tata letak sirkuit terpadu adalah apabila desain tersebut merupakan hasil karya pendesain itu sendiri dan bukan merupakan tiruan dari hasil

¹⁰³ *Ibid.*

¹⁰⁴ *Ibid.*, halaman 118.

¹⁰⁵ *Ibid.*, halaman 230.

¹⁰⁶ Patricia Loughlan dalam *Ibid.*

karya pendesain lain. Standar orisinalitas ini ditentukan oleh asal dari desain tersebut. Patricia Loghlan berpendapat bahwa orisinal berarti desain itu tidaklah baru tetapi kebaruannya terletak pada aplikasinya.¹⁰⁷ Sementara itu, standar orisinalitas dalam hak cipta difokuskan pada bentuk ekspresi (*form of expression*) dan hasil karya tersebut diciptakan secara independen dan bukan tiruan dari hasil karya lain. Sebagai contoh adalah karya tersebut tidak meniru karya publik domain.¹⁰⁸

Standar kebaruan dan orisinalitas yang diwajibkan oleh rezim HKI untuk menentukan suatu *intellectual creation* adalah *intellectual property* merupakan suatu hal yang tidak dikenal dalam khazanah *intellectual creation* masyarakat hukum adat di Indonesia. *Intellectual creation* masyarakat hukum adat di Indonesia bukan merupakan sesuatu yang baru karena berupa suatu tradisi yang telah dipraktikkan secara turun menurun dari satu generasi ke generasi lain. Siapa Pencipta, Inventor, atau pun Pendesain pertamanya sudah tidak diketahui karena peralihan *intellectual creation* tersebut berlangsung tanpa terdokumentasi selama berabad-abad. Para Pencipta, Inventor, atau pun Pendesain pertama juga tidak mempermasalahkan hal tersebut. Hal tersebut tidak lepas dari kearifan lokal yang

¹⁰⁷ *Ibid*, halaman 180.

¹⁰⁸ *Ibid*, halaman 76.

dianut masyarakat hukum adat bahwa setiap *intellectual creation* adalah milik kolektif masyarakat tersebut.

Masyarakat hukum adat tidak mempermasalah tentang standar kebaharuan atau pun orisinalitas misalnya dalam pengetahuan tentang obat-obatan tradisional.

Perkembangan obat-obatan tradisional tidak dapat ditelusuri dari dokumen-dokumen. Mungkin saja di dalam *Serat Kawruh* terdapat catatan-catatan mengenai pengobatan tradisional, tetapi catatan semacam itu sifatnya hanyalah sebagai bukti eksistensi dari pengetahuan obat-obatan tersebut. *Serat Kawruh* tidak dimanfaatkan oleh anggota masyarakat Jawa sebagai rujukan dalam melakukan praktik pengobatan. Setiap orang yang menjalankan praktik pengobatan tidak belajar menekuni buku-buku tentang pengobatan, termasuk informasi yang mungkin terdapat di dalam *Serat Kawruh* tersebut. Pengetahuan itu bisa berasal dari wangsit sebagaimana pada kasus *Balian Katakson* di Bali, bisa berasal dari pengetahuan praktis sehari-hari karena membantu orang tuan atau kerabat yang menjadi dukum, atau bisa juga berasal dari benda-benda bertuah sebagaimana dalam kasus *Balian Kapican*. Bahkan, pengetahuan itu bisa bersumber dari kematangan spiritual seseorang sehingga dengan doa-doa atau mantra-mantra tertentu dipercaya dapat mengobati orang sakit.¹⁰⁹

Pada Masyarakat Hukum Adat Baduy terdapat banyak sumber daya genetik yang dimanfaatkan sebagai obat-obatan tradisional. Balimbing (*Averrhoa carambola* L.) telah dimanfaatkan turun temurun sebagai obat untuk mengobati darah tinggi. Capeu (*Ficus ribes reinw.*) telah dimanfaatkan turun temurun sebagai obat untuk mengobati pegal-pegal.¹¹⁰

¹⁰⁹ Agus Sardjono, HKI dan Pengetahuan Tradisional, *Op. Cit.*, halaman 190-191.

¹¹⁰ Nurul Iman Suansa, *Skripsi : Penggunaan Pengetahuan Etnobotani dalam Pengelolaan Hutan Adat Baduy*, (Bogor : Departemen Konservasi Sumber Daya Hutan dan Ekowisata Fakultas Kehutanan IPB, 2011), halaman 107-108.

Tidak ada satu bukti kapan ditemukannya pengetahuan tentang khasiat dari Balimbing untuk pengobatan darah tinggi dan Capeu untuk pengobatan pegal-pegal. Masyarakat Hukum Adat Dayak Lundayeh juga banyak memanfaatkan sumber daya genetik di sekitar lingkungan mereka untuk bahan obat. Bua Karing (*Ageratum conyzoides*) akarnya telah dimanfaatkan untuk obat demam sedangkan daunnya untuk obat luka, batuk, dan radang usus. Kiran (*Atrocapus odoratissimus*) buah dan getahnya dimanfaatkan untuk obat sakit perut dan disentri).¹¹¹

Tidak diketahui siapa penemu dari khasiat dari tumbuhan-tumbuhan tersebut bahkan tidak ada penelitian ilmiah yang terdokumentasi yang menunjukkan mengapa tumbuhan-tumbuhan tersebut dapat dimanfaatkan sebagai obat. Pengetahuan itu telah ada dan diketahui dalam Masyarakat Hukum Adat Baduy dan Masyarakat Hukum Adat Dayak Lundayeh selama berabad-abad. Contoh-contoh di atas menggambarkan tentang *intellectual creation* Masyarakat Hukum Adat yang berupa pengetahuan pengobatan tradisional yang dimiliki oleh komunitas secara kolektif yang diwariskan turun temurun. Jika seseorang bertanya apakah jamu tertentu merupakan suatu produk baru atau bukan, maka jawabannya

¹¹¹ Purity Sabila Ajiningrum, *Tesis : Valuasi Potensi Keanekaragaman Jenis Hutan Non Kayu Masyarakat Lokal Dayak Lundayeh dan Uma' Lung di Kabupaten Malinau Kalimantan Timur*, (Depok : Fakultas MIPA Prodi Biologi Program Pascasarjana, Universitas Indonesia, 2011), halaman 64 dan 66.

akan sulit diberikan. Tidak ada dokumen khusus yang dapat membuktikan bahwa suatu ramuan tertentu merupakan ramuan yang baru atau ramuan yang sudah ada sebelumnya.¹¹² Oleh karena itu, jelas bahwa rezim HKI tidak mampu untuk mengakomodasi perlindungan terhadap *intellectual creation* masyarakat hukum adat di Indonesia karena filsafat individualis dan kapitalis yang melandasinya tidak sesuai dengan sistem nilai dan tradisi yang dianut masyarakat hukum adat di Indonesia.

(3) Keharusan Adanya Bukti-Bukti yang Terdokumentasi

Rezim HKI mensyaratkan setiap pihak yang menghasilkan *intellectual creation* harus mampu membuktikan kreasinya tersebut ke dalam bentuk dokumen tertulis sesuai dengan format yang ditentukan oleh instansi yang berwenang di bidang HKI. Paten, misalnya, untuk memperoleh hak paten, pemohon hak harus mengisi formulir permohonan, melampirkan deskripsi tentang invensi yang dimohonkan paten, melampirkan klaim yang menggambarkan inti invensi tersebut, dan melampirkan abstrak yang merupakan ringkasan uraian lengkap invensi. Dokumen-dokumen tersebut dalam penulisannya dipersyaratkan format-format khusus yang harus

¹¹² Agus Sardjono, *HKI dan Pengetahuan Tradisional*, Op. Cit., halaman 198.

dipenuhi oleh pemohon paten. Prosedur paten pun merupakan prosedur yang cukup rumit karena dalam mempersiapkan dokumen-dokumen ini diperlukan kerjasama lintas keilmuan, tidak hanya ahli hukum, tetapi juga ahli-ahli di bidang lain yang terkait erat dengan invensi tersebut. Prosedur yang rumit dan mensyaratkan dokumen-dokumen dengan format khusus seperti halnya Paten juga berlaku bila ingin memohon hak cipta¹¹³, hak atas desain industri, hak atas merek, hak atas DTLST, hak atas merek, dan hak rahasia dagang¹¹⁴.

Prosedur tertulis yang diterapkan untuk memperoleh hak atas kekayaan intelektual tersebut bukanlah suatu hal yang lazim dikenal oleh masyarakat hukum adat di Indonesia. Mayoritas masyarakat hukum adat di Indonesia merupakan masyarakat yang masih hidup secara tradisional dan tidak memahami prosedur dokumentasi HKI yang rumit itu. Masyarakat tradisional Indonesia pun semenjak dulu bukan merupakan masyarakat yang akrab dengan tradisi tulis menulis.

Di dalam ensiklopedi suku bangsa di Indonesia terdapat catatan yang menarik berkenaan dengan budaya tulis menulis

¹¹³ Hak Cipta menganut *automatic protection* sehingga tanpa dimohonkan Pencipta secara otomatis memperoleh hak cipta, tetapi hak cipta juga dapat dimohonkan pada Dirjen HKI.

¹¹⁴ Hak Rahasia Dagang juga tidak perlu dimohonkan kepada Dirjen HKI untuk memperolehnya. Hak Rahasia Dagang diperoleh selama Pemiliknya memiliki informasi yang bersifat rahasia, mempunyai nilai ekonomi, dan melakukan upaya-upaya untuk menjaga kerahasiannya. Permohonan kepada Dirjen HKI hanya sebatas permohonan pencatatan rahasia dagang yakni pencatatan mengenai data yang bersifat administratif dari dokumen pengalihan hak dan tidak mencakup substansi rahasia dagang yang diperjanjikan. Lihat *Buku Panduan HKI Kemenkumham, Op.Cit.*, halaman 89-90.

ini. Dari peninggalan sejarah peradaban suku bangsa Jawa sebagai suku bangsa yang terbesar di Indonesia, peninggalan berupa tulisan tidak tercatat sebagai salah satu bentuk peninggalan yang dominan dari suku bangsa Jawa tersebut. Hal yang sama juga berlaku pada suku bangsa Sasak yang populasinya terdapat di pulau Lombok. Sejarah suku Sasak adalah berdasarkan sejarah lisan.¹¹⁵

Tradisi lisan juga tampak dari pewarisan *intellectual creation*, misalnya dalam pengetahuan tentang obat-obatan tradisional, yang tidak melalui dokumen-dokumen tertentu.

Perkembangan pengetahuan obat-obatan tradisional tidak dapat ditelusuri dari dokumen-dokumen. Mungkin saja di dalam *Serat Kawruh* terdapat catatan-catatan mengenai pengobatan tradisional, tetapi catatan semacam itu sifatnya hanyalah sebagai bukti eksistensi dari pengetahuan obat-obatan tersebut. *Serat Kawruh* tidak dimanfaatkan oleh anggota Masyarakat Jawa sebagai rujukan dalam praktik pengobatan. Setiap orang yang menjalankan praktik pengobatan tidak belajar dari menekuni buku-buku tentang pengobatan, termasuk informasi yang mungkin terdapat di dalam *Serat Kawruh* tersebut. Pengetahuan itu bisa berasal dari wangsit sebagaimana pada kasus Balian Katakson di Bali, bisa berasal dari pengetahuan praktis sehari-hari karena membantu orang tua atau kerabat yang menjadi dukun, atau bisa juga berasal dari benda-benda bertuah sebagaimana dalam kasus Balian Kapican. Bahkan, pengetahuan tersebut bisa bersumber dari kematangan spiritual seseorang sehingga dengan doa-doa atau mantra-mantra tertentu dipercaya dapat mengobati orang sakit.¹¹⁶

Hal-hal yang demikian tersebutlah yang menimbulkan kesulitan untuk mengajukan permohonan HKI atas *intellectual creation* masyarakat hukum adat. Oleh karena perbedaan dalam sifat dokumentasi antara *intellectual creation* pada HKI dan pada

¹¹⁵ M. Junus Melalatoa dalam Agus Sardjono, *HKI dan Pengetahuan Tradisional*, *Op.Cit.*, halaman 193.

¹¹⁶ Agus Sardjono, *HKI dan Pengetahuan Tradisional*, *Op.Cit.*, halaman 190-191.

masyarakat hukum adat sehingga problematika yang timbul misalnya, bagaimana cara menjelaskan ke dalam suatu format dokumen tentang pengetahuan obat-obatan yang berasal dari wangsit atau bagaimana cara menjelaskan secara ilmiah, sebagaimana yang disyaratkan dalam permohonan Paten tentang abstrak invensi dan kewajiban melampirkan invensi di bidang pengobatan terdahulu/*prior art*, bahwa masyarakat Jawa telah ‘menemukan’ ramuan brotowali yang berkhasiat untuk meningkatkan nafsu makan pada anak.

(4) Memiliki Nilai Ekonomis/Bersifat Komersial

Intellectual creation bagi rezim HKI haruslah memiliki nilai ekonomi atau dapat dikomersialkan. Suatu *intellectual creation* yang memiliki nilai ekonomi berarti adalah suatu objek hak milik yang dapat dikomersialkan untuk memperoleh uang. Hal ini tidak dapat dilepaskan dari pandangan masyarakat barat mengenai *property*. Bahkan, secara ekstrim dikatakan bahwa “*the ideas we have, as well as our feelings and our emotions, are our property*”.¹¹⁷ Oleh karena itu, dalam hak kekayaan intelektual melekat aspek hak ekonomi yang bersifat eksklusif bagi Pemegangnya.

¹¹⁷ Agus Sardjono, *HKI dan Pengetahuan Tradisional, Op. Cit.*, halaman 125.

Hak ekonomi (*economic rights*) adalah hak untuk memperoleh keuntungan ekonomi atas kekayaan intelektual.¹¹⁸ Hak ekonomi yang terdapat dalam rezim HKI ini membuktikan bahwa rezim HKI adalah rezim yang sangat berkepentingan untuk melindungi investasi/modal (*capital*) yang berarti bertujuan pula untuk melindungi pemilik modal. Hal ini menggambarkan bahwa rezim HKI selalu berorientasi pada *profit*/keuntungan yang selalu menjadi tujuan utama para pemilik modal. Perlindungan HKI pun dianggap tidak relevan apabila tidak dikaitkan dengan proses atau kegiatan komersialisasinya. Tesis ini menjadi semakin transparan dengan munculnya frase *Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights* (TRIPs).¹¹⁹ Oleh karena itu, wajar bila kemudian Abdulkadir Muhammad secara tegas menyatakan bahwa HKI adalah objek perdagangan.¹²⁰

Hak ekonomi dalam rezim HKI berupa keuntungan sejumlah uang yang diperoleh karena penggunaan sendiri HKI atau karena penggunaan oleh pihak lain berdasarkan lisensi. Lisensi merupakan suatu bentuk hak untuk melakukan satu atau serangkaian tindakan atau perbuatan yang diberikan oleh mereka yang berwenang dalam bentuk izin. Izin tersebut tidak diberikan dengan cuma-cuma tetapi diperoleh dengan

¹¹⁸ Abdulkadir Muhammad, *Op.Cit.*, halaman 19.

¹¹⁹ Agus Sardjono, *HKI dan Pengetahuan Tradisional*, *Op.Cit.*, halaman 149.

¹²⁰ Abdulkadir Muhammad, *Op.Cit.*, halaman 19

pembayaran sejumlah royalti.¹²¹ Lisensi dapat diberikan terhadap enam macam HKI yang ada (Hak Cipta, Paten, Merek, Rahasia Dagang, Desain Industri, dan DTLST) dalam hal pemilik atau pemegang HKI tidak melaksanakan sendiri HKI yang dimilikinya tersebut atau pun dalam hal pemilik atau pemegang HKI tersebut bermaksud untuk mengembangkan usahanya melalui HKI yang dimilikinya tanpa melibatkan dirinya secara aktif.¹²²

Kriteria *intellectual creation* dalam rezim HKI ini jelas berbeda dengan kriteria masyarakat hukum adat tentang *intellectual creation*. *Intellectual creation* dalam masyarakat hukum adat tidak terkait dengan hak ekonomi melainkan lebih bersifat spiritual atau bahkan sakral. Hal ini dapat dipahami, misalnya, dengan melihat perilaku orang-orang Sasak dalam bidang pengobatan tradisional.

Masyarakat tradisional seperti orang-orang Sasak tidak ada yang mengklaim bahwa dirinyalah pemilik secara individual dari suatu pengetahuan di bidang pengobatan. Para dukun tidak ada yang mempraktikkan pengobatan untuk tujuan komersial dengan memungut bayaran dari orang yang datang untuk berobat. Kalau memang ada pasien yang merasa berterimakasih dan ingin memberikan sesuatu, maka biasanya pemberian itu juga berupa hal-hal yang mungkin dapat digunakan lagi oleh dukun yang bersangkutan sebagai obat. Ini yang disebut *sesantun*. Pemberian itu merupakan *bawah owat*, sebagai rasa syukur karena telah sembuh dari sakit, yang dapat berupa makanan atau apa saja yang sifatnya sukarela.

¹²¹ Gunawan Widjaja, *Seri Hukum Bisnis Lisensi*, (Jakarta : PT RajaGrafindo Persada, 2003), halaman 3.

¹²² *Ibid*, halaman 15.

Diyakini bila dukun meminta imbalan maka kemampuan menyembuhkannya akan hilang.¹²³

Perilaku masyarakat tradisional Sasak tersebut merupakan dapat dijadikan suatu gambaran dari perilaku masyarakat hukum adat di Indonesia. Setiap *intellectual creation* dari masyarakat hukum adat di Indonesia baik dalam bidang obat-obatan tradisional, seni, maupun teknologi adalah milik bersama semua orang yang dapat dimanfaatkan dengan bebas tanpa perlu izin atau pun membayar sejumlah uang. Konsep tolong menolong ini tidak lain dilatarbelakangi dari karakter religius masyarakat Indonesia.

Mulder beranggapan bahwa sifat religius ini bersumber dari pandangan mistik yang kemudian diwarnai dengan paham atau nilai keafamaan yang datang kemudian. Masyarakat religius beranggapan bahwa kehidupan di dunia ini hanyalah sebuah persinggahan dalam perjalanan menuju asal dan tujuan. Perjuangan untuk mencapai peningkatan material atau menumpuk harta kekayaan sangat tidak dianjurkan dalam masyarakat religius. Kekayaan yang sejati dalam kehidupan terletak pada harmoni sosial dan perkembangan spiritual.¹²⁴

Konsep tolong menolong ini sangat berjasa sehingga Bangsa Indonesia hingga kini, misalnya, tetap mengenal dan bebas memanfaatkan teknik membuat batik, meramu jamu, dan juga teknik membuat tempe.

¹²³ Agus Sardjono, *HKI dan Pengetahuan Tradisional*, *Op.Cit.*, halaman 128.

¹²⁴ Mulder dalam *Ibid*, halaman 137.

Perbedaan kriteria *intellectual creation* antara rezim HKI dan masyarakat hukum adat tersebut diatas akan disajikan dalam tabel berikut :

Tabel 1
Perbedaan Kriteria *Intellectual Creation* dalam HKI dengan Masyarakat Hukum Adat di Indonesia

No.	Perbedaan Konsep <i>Intellectual Creation</i>	Hak Kekayaan Intelektual (HKI)	Masyarakat Hukum Adat di Indonesia
1.	Kriteria Kepemilikan	Individual → pengaruh dari filsafat individualisme dan kapitalisme.	Komunal atau Kolektif → pengaruh dari kearifan lokal masyarakat hukum adat salah satunya adalah konsep 'gotong royong'.
2.	Kriteria tentang Standar Kreasi Intelektual	Ekspresi Kemampuan Berpikir Manusia Baru dan/atau Orisinal	Tradisi yang Diturunkan dari Satu Generasi ke Generasi Lain
3.	Kriteria Dokumentasi	Tertulis sesuai dengan format yang telah ditentukan	Tidak tertulis yang dapat berupa tradisi lisan dan kitab-kitab pengobatan kuno
4.	Kriteria Kepentingan yang Dilindungi	Nilai ekonomi/bersifat komersial	- Tidak dikenal tentang nilai ekonomi atau komersial - Terkadang memiliki nilai kesakralan dan dianggap suci

Tabel perbedaan kriteria tentang *intellectual creation* antara masyarakat hukum adat dan rezim HKI semakin memperjelas bahwa rezim HKI benar-benar merupakan rezim yang bertolak belakang dengan karakter masyarakat hukum adat di Indonesia.

Gordon Christie memiliki pendapat senada tentang hal tersebut. Manifestasi dari budaya masyarakat asli tidak cocok apabila diberikan dalam kerangka pemilikan (*as objects belonging to owners*), melainkan lebih tepat bila dilindungi berkaitan dengan nilai kesuciannya.¹²⁵

Pernyataan Christie ini memiliki dua makna berbeda. Pertama, Christie hendak menyatakan bahwa perlindungan terhadap pengetahuan tradisional tidak dapat dilakukan dengan rezim HKI. Oleh karena itu, masyarakat Barat tetap memiliki kebebasan untuk memanfaatkan pengetahuan tradisional melalui lembaga HKI selama sesuai dengan standar *intellectual creation* HKI. Kedua, Christie hendak menyatakan bahwa melindungi pengetahuan tradisional harus dilakukan dalam kerangka perlindungan terhadap warisan budaya (*protection of cultural heritage*) yang berbeda dari perlindungan HKI yang menekankan nilai ekonomis.¹²⁶

Pendapat Christie, dari satu sisi, sebenarnya mengandung kebenaran, tetapi pernyataan ini bisa ditafsirkan secara berbeda. Jika pengetahuan tradisional tidak dilindungi dalam rangka pemilikan (*ownership*) maka siapa pun mempunyai hak untuk mengklaim sebagai pemilik. Kamal Puri menganggapnya sebagai suatu kelicikan (*slippery issue*)¹²⁷ Tafsir inilah yang menjadikan negara-negara maju selalu dapat

¹²⁵ Gordon Christie dalam Agus Sardjono, *HKI dan Pengetahuan Tradisional*, Op.Cit., halaman 96.

¹²⁶ *Ibid.*

¹²⁷ Kamal Puri dalam *ibid* halaman 96 dan 97.

menghindar dari tuduhan *missappropriation*, selama suatu *intellectual creation* tidak memenuhi standar TRIPs maka *intellectual creation* bukanlah *intellectual property* dan merupakan *public domain*. Seperti halnya Amerika Serikat yang menolak untuk mengakui pengetahuan tradisional yang tidak tertulis sebagai sumber bagi *prior art search*.¹²⁸

Namun bila dikaji lebih jauh, pendapat Kamal Puri tidak sepenuhnya benar dan pendapat Christie juga tidak sepenuhnya salah, sebab bila sumber daya genetik dilindungi dalam rangka kepemilikan seperti dalam konsep rezim HKI akan membawa dampak sebagai berikut :¹²⁹

- a. Pengetahuan tradisional dianggap hanya sebagai sebuah benda;
- b. Pengetahuan tradisional diturunkan derajatnya menjadi hanya sebuah objek kepemilikan individu;
- c. Untuk mendapatkan pemilikan atas pengetahuan tradisional tersebut memerlukan langkah- langkah *inventive* tertentu;
- d. Pengetahuan tradisional menjadi objek tindakan komersialisasi;
- e. Nilai pengetahuan tradisional itu menjadi hanya sebatas nilai pasar;
- f. Pengetahuan tradisional itu hanya dimanfaatkan yang secara ekonomis mempunyai kekuatan dan kemampuan dan menjadi objek manipulasi.

¹²⁸ Duffiled dalam *ibid*, halaman 99.

¹²⁹ *Ibid*, halaman 127.

Uraian-uraian di atas membuktikan bahwa kriteria-kriteria *intellectual creation* dalam rezim HKI bertentangan dengan kriteria-kriteria *intellectual creation* masyarakat hukum adat di Indonesia. Hal ini dikarenakan rezim HKI sebagai perangkat hukum sengaja diciptakan hanya untuk mengakomodasi *intellectual creation* yang kental dengan nilai individualistik dan kapitalistik sebagaimana ada dalam masyarakat Barat. Rezim HKI tidak relevan dalam melindungi *intellectual creation* non-Barat sebagaimana yang terdapat di negara-negara berkembang termasuk Indonesia. Apabila rezim HKI dipaksakan untuk melindungi *intellectual creation* masyarakat hukum adat di Indonesia maka yang terjadi adalah tidak diakuiinya *intellectual creation* masyarakat hukum adat sebagai sebuah *intellectual creation*. Hal ini justru merupakan suatu bentuk perlindungan hukum yang tidak memberikan kemanfaatan terbesar bagi bagian terbesar¹³⁰ warga masyarakat hukum adat. Oleh karena itu, dengan mengutip teori Betham bahwa hukum harus diciptakan untuk kebahagiaan masyarakatnya atau kebahagiaan bagi bagian terbesar warga masyarakatnya¹³¹ maka rezim HKI sebagai suatu perangkat hukum internasional bukanlah hukum yang diciptakan untuk mencapai kebahagiaan bagi bagian terbesar

¹³⁰ Betham dalam Agus Sardjono, *HKI dan Pengetahuan Tradisional, Op.Cit.*, halaman 33

¹³¹ *Loc. Cit.*

warga masyarakat dunia.

2. Sumber Daya Genetik Dikategorikan sebagai *Public Domain* yang Merupakan Warisan Bersama Umat Manusia (*Common Heritage of Humankind*)

Sumber daya genetik merupakan terminologi yang menjadi perdebatan semenjak penyebutannya di dalam *Convention on Biological Diversity* (CBD). Pengertian sumber daya genetik berdasarkan *Convention on Biological Diversity* tidak digunakan secara umum sebagai suatu konsep hukum dan tidak pula merepresentasikannya secara jelas sebagai objek hak milik.¹³² Hal inilah yang menyebabkan munculnya berbagai macam pengertian dan terminologi dari sumber daya genetik, misalnya, terminologi *plant genetic resources* yang digunakan sebagai terminologi yang berarti keanekaragaman benih untuk pembibitan tanaman.¹³³ Terminologi *plant genetic resources* tersebut sebenarnya tidak diperlukan karena bila mengacu pada pengertian sumber daya genetik dalam CBD segala bentuk material genetik, termasuk pada tanaman, sudah

¹³² Peter Johan Schei dan Morten Walloe Tvedt, *Genetic Resources in the CBD : the Wording, the Past, the Present, and the Future*, www.fni.no/abs/publication-42, halaman 6, diakses pada 1 November 2012.

¹³³ Tvedt and Young dalam *Lo.Cit.*

diakomodasi dalam CBD. Pengertian sumber daya genetik dalam Artikel 2 CBD tersebut yakni ;

Article 2 CBD

“Genetic resources means genetic material of actual or potential value.”

*“Material genetic means any material of **plant, animal, microbial, or other origin containing functional units of heredity.**”*

Berdasarkan definisi tersebut maka dapat dimaknai beberapa hal yaitu :¹³⁴

- 1) setiap sumber daya genetik selalu memiliki asal biologis baik berupa tumbuhan, hewan, mikroba, dan lainnya. Karenanya seringkali dikatakan bahwa sumber daya genetik adalah sub-bagian dari sumber daya biologis atau lebih dikenal dengan sumber daya hayati.
- 2) kata-kata *‘functional units of heredity’* berarti bahwa sumber daya genetik adalah suatu material yang berasal dari sumber daya hayati yang mana unit-unit pewarisan sifatnya memiliki fungsi untuk mewariskan sifat dari satu generasi ke generasi lain.
- 3) kata-kata *genetic material with actual or potential value* mencakup nilai dari sumber daya genetik di saat ini/timepoint access yang dapat dikembangkan dengan teknologi yang ada sekarang dan juga mencakup nilai dari sumber daya genetik yang mungkin ‘ditemukan’ kelak di masa mendatang karena teknologi di masa kini ‘belum mampu menemukannya’. Pengertian *value* pada CBD ini seringkali menimbulkan perdebatan yang mana ada beberapa pihak mengartikannya tidak semata-mata tentang nilai ekonomi/komersial. Kata *value* umumnya dapat dipahami dalam konteks sosial, ekonomi, kultural, dan spiritual alam.¹³⁵ *Non-economic value* dari sumber daya genetik terindikasi memiliki relevansi pada rezim *Access and Benefit Sharing* misalnya dalam *Appendix II Bonn*

¹³⁴ *Ibid*, halaman 7-10.

¹³⁵ *Vienna Convention on The Law of Treaties*, Article 32.

Guidelines yang menekankan tentang keuntungan non material yang dapat diberikan dalam mekanisme *benefit sharing*. W.Lesser berpendapat berbeda tentang hal ini dan menyatakan bahwa kata *value* dalam CBD berkaitan dengan nilai ekonomis/komersial (*economic value/market value*) dari sumber daya genetik. Hal ini bukan berarti bahwa tujuan-tujuan dari CBD semata-mata adalah uang tetapi karena tujuan-tujuan CBD akan lebih dapat dicapai melalui komersialisasi sumber daya genetik.¹³⁶

Sumber daya genetik merupakan suatu elemen yang memiliki keterkaitan erat dengan pengetahuan tradisional. Hal ini dilatarbelakangi bahwa pengetahuan tradisional diakui berperan sebagai indikator dalam mengungkap manfaat-manfaat tertentu dari suatu sumber daya genetik.

Sebagian besar ahli berpendapat bahwa pengetahuan tradisional tetap memegang peranan penting dalam pengembangan suatu produk berbasis sumber daya genetik. Pengetahuan tradisional dianggap berperan penting dalam hal efisiensi identifikasi potensi sumber daya genetik, karena dengan berbekal pengetahuan tradisional, para peneliti tidak perlu menghabiskan terlalu banyak waktu untuk menilai potensi suatu sumber daya biologis tertentu.¹³⁷

Perusahaan-perusahaan farmasi dunia dari Negara-negara maju berhasil menanggung untung sampai 800milyar dolar AS dari pemanfaatan sumber daya hayati dan pengetahuan tradisional Negara-negara berkembang, tanpa pembagian manfaat (*benefit sharing*) dengan masyarakat darimana sumbernya berasal.¹³⁸ Bahkan dari sebuah penelitian diketahui bahwa adanya informasi tentang pengetahuan tradisional terkait telah mampu meningkatkan efisiensi perusahaan-

¹³⁶ W. Lesser, *Sustainable Use of Genetic Resources under The Convention on Biological Diversity Exploring Access and Benefit Sharing Issues*, (New York : CAB International, 1998), halaman 5.

¹³⁷ Kertas Posisi Kementerian Lingkungan Hidup, <http://www.aman.or.id/wp-content/plugins/downloads-manager/upload/Kertas%20Posisi%20.>, halaman 9, diakses pada 1 November 2012.

¹³⁸ Yuni Ikawati dalam Agus Sardjono, *Membumikan HKI di Indonesia, Op.Cit.*, halaman 145.

perusahaan farmasi itu hingga delapan kali lipat.¹³⁹ Mereka tinggal meneliti sumber daya hayati yang banyak digunakan oleh masyarakat di Negara-negara berkembang sebagai obat. Mereka tidak perlu mencari lagi tumbuh-tumbuhan mana yang berkhasiat obat, karena hal itu dapat ditemukan dengan meneliti ke berbagai daerah di Negara-negara berkembang. Horton melukiskannya dengan istilah '*lucky pharmaceutical manufactures*' (perusahaan farmasi yang beruntung).¹⁴⁰

Peran penting pengetahuan tradisional tersebut diakui di dalam CBD.

CBD mengakui ketergantungan yang erat dan berciri tradisional sejumlah besar masyarakat lokal/setempat seperti tercermin dalam gaya hidup tradisional terhadap sumber daya hayati, dan keinginan untuk membagi keuntungan yang dihasilkan dari pemanfaatan pengetahuan, inovasi-inovasi dan praktek-praktek tradisional yang berkaitan dengan konservasi keanekaragaman hayati dan pemanfaatan secara berkelanjutan komponen-komponennya secara adil.

Pasal 8 huruf j CBD

Semua negara peserta Konvensi; Tergantung 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.

Pasal 10 CBD

Semua negara peserta konvensi wajib melindungi dan mendorong pemanfaatan sumber daya alam hayati yang sesuai

¹³⁹ Sarah A.Laird dalam *Loc.Cit.*

¹⁴⁰ Horton dalam *Ibid.*

dengan praktek-praktek budaya, tradisional, yang cocok dengan persyaratan konservasi atau pemanfaatan secara berkelanjutan.

Selanjutnya, pada pertemuan keenam, bulan Mei 2002, negara-negara peserta CBD menyetujui *the Bonn Guidelines on Access to Genetic Resources and Fair and Equitable Sharing of the Benefits Arising out of Their Utilization*. Intinya, *Guidelines* ini “mendorong” pengungkapan negara asal sumber genetik dan pengetahuan tradisional di dalam setiap aplikasi paten.¹⁴¹ Peran pengetahuan tradisional dalam mengungkap manfaat suatu sumber daya genetik ini kemudian diakomodasi secara tegas pada *The Nagoya Protocol on Access to Genetic Resources and the Fair and Equitable Sharing of Benefits Arising from their Utilization to the Convention on Biological Diversity*/Protokol Nagoya dengan istilah *traditional knowledge associated with genetic resources*.

Pengakuan tentang pengetahuan tradisional dalam berbagai instrumen hukum internasional tersebut tidak lantas membuat pengetahuan tradisional memperoleh perlindungan hukum dalam kaitannya dengan Rezim HKI. TRIPs tidak berisi ketentuan tentang pengetahuan tradisional dan tidak mengatur komitmen sebagaimana dalam CBD. Namun, TRIPs

¹⁴¹ Sharma dalam M. Hawim, *Perlindungan Pengetahuan Tradisional di Indonesia*, Pidato Pengukuhan Guru Besar FH UGM, (Yogyakarta : 5 Agustus 2009), halaman 6.

mencantumkan ketentuan yang dapat digunakan untuk melindungi pengetahuan tradisional seperti dalam ketentuan tentang Merek dan tentang Indikasi Geografis. Perjanjian-perjanjian internasional HKI seperti *the Berne Convention*, *the Paris Convention* dan *the Patent Cooperation Treaty* juga tidak mengatur mengenai perlindungan pengetahuan tradisional walaupun *the Berne Convention* mencantumkan hak moral (*moral rights*) dan *the Paris Convention* mengatur merek yang dapat digunakan untuk menyelesaikan sebagian masalah yang berhubungan dengan pengetahuan tradisional.

Berikut ini pembahasan mengenai mungkin tidaknya rezim HKI digunakan untuk melindungi pengetahuan tradisional yang terkait dengan sumber daya genetik.

a) Perlindungan Pengetahuan Tradisional yang Terkait dengan Sumber Daya Genetik melalui Paten

Perlindungan pengetahuan tradisional dengan paten hanya dapat dilakukan dengan syarat selama pengetahuan tradisional dapat memenuhi syarat paten dan berada dalam lingkup teknologi. Syarat utama untuk memperoleh paten antara lain :

1. Kebaruan (*novelty*)

Berdasarkan pasal 3 UU No. 14 tahun 2001 tentang Paten, suatu invensi dianggap baru jika pada tanggal penerimaan (di Dirjen HKI), invensi tersebut tidak sama dengan teknologi yang diungkapkan sebelumnya (*state of the art* atau *prior art*). Indikator-indikator yang dapat digunakan untuk menentukan syarat kebaruan ini berdasarkan pasal 3 dan 4 UU No. 14 tahun 2001 tentang Paten, yaitu :

- tidak sama dengan prior art teknologi yang diungkapkan dalam dokumen paten, tulisan, uraian lisan atau peragaan.
- pengumuman berupa pameran dalam dan luar negeri yang diakui belum melampaui waktu enam bulan.
- pengumuman : melanggar kerahasiaan dalam waktu satu tahun sebelum tanggal penerimaan.

2. Mengandung Langkah Inventif (*Inventive Step or non-obviousness*)

Syarat ini menggunakan patokan atau ukuran dengan sebagaimana diatur dalam Pasal 2 UU No. 14 tahun 2001 yang didasarkan pada kualitas invensi yakni 'yang tidak dapat diduga (*non-obvious*) bagi seseorang yang 'mempunyai keahlian tertentu di bidang teknik (pemeriksa paten)'. Oleh karena itu, sebuah invensi yang dapat dibuat dengan mudah oleh seseorang yang mempunyai keahlian tertentu di bidang teknis merupakan invensi yang tidak

mengandung langkah inventif.¹⁴²

3. Dapat Diterapkan dalam Industri (*Industrial Application*)

Sebuah invensi yang dipatenkan harus dapat dibuat secara berulang-ulang dalam produksi massal yang bertujuan untuk memperoleh keuntungan. Suatu invensi yang hanya dapat digunakan untuk tujuan akademis dan percobaan tidaklah bermanfaat karena tidak dapat mencapai tujuan dari hakekat pemberian paten yang berfungsi untuk ‘mengembangkan industri.’¹⁴³

Hal tersebut merupakan hambatan dalam implementasi perlindungan pengetahuan tradisional dengan paten sehingga tidak mungkin melindungi pengetahuan tradisional dengan paten. Hal ini senada dengan pendapat Dutfield bahwa perlindungan pengetahuan tradisional dengan paten tidak mungkin dilakukan karena;¹⁴⁴

Pertama, paten merupakan perindungan bagi individu kreatif yang menemukan hal-hal baru di bidang teknologi. Paten hanya diberikan kepada individu penemu, sementara itu pengetahuan tradisional tidak dimiliki oleh individu-individu, melainkan milik bersama masyarakatnya (*public domain*).

Kedua, paten membutuhkan bukti-bukti tertentu mengenai invensi yang bersangkutan, sementara pengetahuan tradisional tidak mengenal bukti-bukti tersebut. Pembuktian terutama harus dilakukan pada tiga syarat paten yakni *novelty*, *non-obviousness*, dan *industrial applicability*. Pembuktian *novelty* dalam pengetahuan tradisional tidak

¹⁴² Japan Patent Office tahun 2007, halaman 70.

¹⁴³ Japan Patent Office tahun 2007, halaman 66.

¹⁴⁴ Dutfield dalam Agus Sardjono, *HKI dan Pengetahuan Tradisional, Op.Cit.*, halaman 89.

dimungkinkan karena ciri pengetahuan tradisional yang merupakan tradisi yang telah dipraktikkan secara turun temurun. Pembuktian *non-obviousness* dalam pengetahuan tradisional juga tidak dimungkinkan karena pengetahuan tradisional itu biasanya diperoleh dari 'peniruan' dari satu generasi ke generasi lain. Hal ini jelas bukan merupakan suatu langkah inventif. Pembuktian *industrial applicability* juga tidak dimungkinkan karena pengetahuan tradisional tidak selalu terkait dengan masalah industri dan *profit* sebab ada hal-hal yang bernilai sakral di dalamnya.

Ketiga, paten mensyaratkan bahwa invensi yang dimintakan perlindungan paten harus dituangkan dalam bentuk dokumen tertulis yang memenuhi syarat teknis tertentu sehingga pemeriksa paten (di Indonesia adalah Dirjen HKI) dapat memahami teknologi yang bersangkutan. Hal ini tentu menimbulkan kesulitan bagi masyarakat adat yang memiliki pengetahuan tradisional tertentu sebab hal-hal semacam ini bukanlah hal yang mudah dipahami masyarakat awam.

Keempat, mengajukan permohonan paten dan melakukan *enforcement* atas hak paten tersebut membutuhkan biaya yang tidak sedikit, sementara masyarakat adat akan kesulitan dalam memenuhi persyaratan ini. Masyarakat adat pada umumnya masih berada dalam kondisi yang termarginalisasi yang jauh dari akses pendidikan dan tingkat kesejahteraan yang minim.

b) Perlindungan Pengetahuan Tradisional yang Terkait dengan Sumber Daya Genetik melalui Rahasia Dagang

Perlindungan rahasia dagang menurut Pasal 3 UU No. 30 Tahun 2000 tentang Rahasia Dagang dapat diberikan atas :

1. Informasi yang bersifat rahasia.
2. Informasi yang mempunyai nilai ekonomi.
3. Informasi itu dijaga kerahasiaannya melalui upaya sebagaimana mestinya.

Ketiga kriteria tersebut merupakan hambatan bagi perlindungan pengetahuan tradisional yang terkait sumber daya genetik dengan menggunakan rahasia dagang. Hal tersebut didasarkan pada alasan-alasan berikut ini :

Pertama, terkait tentang kerahasiaan dari informasi. Pengetahuan tradisional yang terkait dengan sumber daya genetik, misalnya berupa manfaat tanaman tertentu sebagai bahan obat, bukanlah sesuatu yang rahasia bagi masyarakat hukum adat yang bersangkutan. Hal ini dikarenakan sifat terbuka dari masyarakat itu sendiri yang tidak ingin 'menyimpan' untuk dirinya sendiri terkait pengetahuan yang bersangkutan.

Kedua, terkait tentang nilai ekonomis dari informasi. Pengetahuan tradisional yang terkait dengan sumber daya genetik di kalangan masyarakat hukum adat tidak bernilai komersial karena tidak dengan sengaja diperjualbelikan untuk tujuan keuntungan. Pengetahuan adalah sebuah objek untuk berbagi di kalangan mereka sehingga seorang dukun yang memiliki pengetahuan tentang tanaman obat akan dianggap tidak etis bila meminta imbalan atas kemampuannya itu. Pengetahuan tradisional yang terkait dengan sumber daya genetik tertentu juga tidak selalu berkaitan dengan nilai ekonomis, karena beberapa dari

pengetahuan tradisional yang terkait sumber daya genetik tersebut mengandung nilai-nilai kesakralan bagi masyarakat hukum adatnya. Bagi masyarakat hukum adat Baduy, misalnya, ada tanaman Areuy Geureung atau *Pericampylus glaucus* (Lmk) Merr. yang khusus digunakan sebagai sesajen dalam ritual upacara adat.¹⁴⁵

Ketiga, terkait dengan upaya-upaya untuk menjaga kerahasiaan informasi tertentu. Prof Budi Santoso berpendapat bahwa syarat ini merupakan syarat yang krusial karena bila terjadi sengketa dan pemilik rahasia dagang tidak mampu membuktikan upayanya dalam menjaga rahasia dagang tersebut, maka hak atas rahasia dagang akan gugur dengan sendirinya.¹⁴⁶ Hal ini tentu saja tidak mungkin dilakukan oleh masyarakat hukum adat di Indonesia mengingat sifat keterbukaan mereka. Penelitian-penelitian etnobotani yang dilakukan oleh berbagai instansi pemerintahan atau pun pendidikan juga telah banyak mencatat pemanfaatan sumber daya genetik tanaman oleh masyarakat hukum adat di berbagai wilayah Indonesia dan tidak ada masyarakat hukum adat yang sengaja merahasiakan pengetahuannya tersebut.

¹⁴⁵ Nurul Iman Suansa, *Penggunaan Pengetahuan Etnobotani Dalam Pengelolaan Hutan Adat Baduy*, (Skripsi : Departemen Konservasi Sumberdaya Hutan dan Ekowisata Fakultas Kehutanan Institut Pertanian Bogor, 2011), halaman 85.

¹⁴⁶ Kuliah Hukum Hak Cipta di Kelas BSU HET-HKI.

c) Perlindungan Pengetahuan Tradisional yang Terkait dengan Sumber Daya Genetik melalui Hak Cipta

Pasal 1 angka 1 UU No. 19 tahun 2002 tentang Hak Cipta menyatakan bahwa 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. UUHC 2002 menerapkan beberapa syarat perlindungan hak cipta yaitu; bukan berupa ide, telah diekspresikan kedalam suatu bentuk yang nyata, bersifat asli (orisinil), dan memiliki bentuk khas/bersifat pribadi.

UUHC 2002 secara tidak langsung telah mengatur tentang perlindungan terhadap pengetahuan tradisional. Pasal 10 UU No. 19 Tahun 2002 berbunyi:

- (1) Negara memegang Hak Cipta atas karya peninggalan prasejarah, sejarah, dan benda budaya nasional lainnya;
- (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;
- (3) Untuk mengumumkan atau memperbanyak ciptaan tersebut pada ayat (2), orang bukan warga negara Indonesia harus terlebih dahulu mendapat izin dari instansi yang terkait dalam masalah tersebut;

Perlindungan pengetahuan tradisional melalui sistem hak cipta sebagaimana dalam UUHC 2002 memiliki kelemahan karena tidak dapat mengakomodasi pengetahuan tradisional secara menyeluruh. Pengetahuan tradisional yang menjadi fokus perlindungan dalam UUHC 2012 hanya meliputi folklor (atau dikenal juga sebagai Ekspresi Budaya Tradisional) saja, padahal pengetahuan tradisional juga mencakup kecakapan teknik (*know how*) dan invensi tradisional. Selain itu, pengetahuan tradisional juga dapat dikaitkan dengan 'pengungkapan' manfaat sumber daya genetik oleh masyarakat adat dalam kehidupan sehari-harinya.

d) Perlindungan Pengetahuan Tradisional yang Terkait dengan Sumber Daya Genetik melalui Merek, Indikasi Geografis, dan Indikasi Asal.

Pasal 1 angka 1 UU No. 15 Tahun 2001 tentang Merek mendefinisikan merek sebagai tanda yang 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. Pasal 1 angka 1 menunjukkan bahwa pada dasarnya merek merupakan tanda untuk membedakan

barang atau jasa sejenis. Pada prinsipnya merek tidak dapat digunakan untuk melindungi pengetahuan tradisional karena pengetahuan tradisional bukan bermakna sebagai simbol yang berfungsi sebagai pembeda dalam kegiatan barang dan/atau jasa.

Pengetahuan tradisional bermakna sangat luas, menurut WIPO pengetahuan tradisional merujuk pada berbagai pengetahuan yang luas, dan tidak terbatas pada bidang tertentu, misalnya dapat berupa pengetahuan tentang pengobatan medis, pertanian, dan perlindungan lingkungan. Perbedaan antara pengetahuan tradisional dengan pengetahuan lainnya dan membuatnya sebagai “tradisional” adalah keterkaitannya dengan komunitas lokal (*indigenous peoples*). Pengetahuan tradisional diciptakan, dipertahankan, digunakan, dan dilindungi dalam lingkungan tradisional.¹⁴⁷

UU No. 15 Tahun 2001 juga mengatur mengenai Indikasi Geografis dan Indikasi Asal. Indikasi geografis merupakan 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. Indikasi asal adalah suatu tanda yang memenuhi ketentuan tanda indikasi geografis yang tidak didaftarkan atau semata-mata menunjukkan asal suatu barang atau jasa.

¹⁴⁷ Muhammad Ahkam Subroto & Suprapedi, *Pengenalan HKI (Hak Kekayaan Intelektual) : Konsep Dasar Kekayaan Intelektual untuk Penumbuhan Inovasi*, (Jakarta : PT. Indeks, 2008), halaman 35.

Apabila menghubungkan pengetahuan tradisional dengan merek, maka yang lebih sesuai dengan pengetahuan tradisional adalah Indikasi Geografis. Indikasi geografis dapat saja menunjuk pada pengetahuan tradisional milik masyarakat di daerah yang bersangkutan, misalnya Tenun Ikat Sulawesi, Batik Pekalongan, Markisa Medan, Bika Ambon, Kopi Toraja, dll. Salah satu contoh pendaftaran indikasi geografis untuk produk dan pengetahuan tradisional milik masyarakat asli di Indonesia adalah *Kopi Arabika Kintamani Bali* dengan Nomor Sertifikat IG IDIG000000001 pada tanggal 11-13 Desember 2008.¹⁴⁸ Contoh lain adalah Kopi Arabika Kalosi Enrekang dari Kabupaten Enrekang Makassar.¹⁴⁹

Indikasi geografi dapat digunakan untuk melindungi pengetahuan tradisional yang terkait dengan sumber daya genetik selama terdapat nama atau tanda lainnya sebagai petunjuk daerah asal produk misalnya, beras pandanwangi atau kopi arabika kalosi Enrekang. Namun, perlindungan terhadap pengetahuan tradisional yang terkait sumber daya genetik dengan indikasi geografis ini menemui beberapa

¹⁴⁸ Yeti Sumiati, *Masih Ada Harapan Bagi Pandanwangi*, <http://ubicilembu.wordpress.com/>, diposting pada 14 Agustus 2009, diakses pada 1 Oktober 2012.

¹⁴⁹ <http://www.depkumham.go.id/berita/headline/1824-penyerahan-sertifikat-indikasi-geografis-ig-kopi-arabika-kalosi-kab-enrekang-makasar>, diakses pada 1 Maret 2013.

kendala yaitu :

Pertama, indikasi geografis lebih cocok digunakan untuk melindungi produk yang telah jelas memiliki tanda untuk menunjukkan daerah asalnya dan memiliki ciri dan kualitas tertentu atau dengan kata lain perlindungan diberikan untuk suatu barang dengan kriteria yang khas dan hanya ada di daerah tersebut. Kriteria tersebut haruslah dibuktikan sehingga produk tersebut benar-benar terbukti hanya ada di daerah tersebut. Beberapa pengetahuan tradisional yang terkait sumber daya genetik yang telah memenuhi kriteria tersebut memang bisa dilindungi dengan indikasi geografis, misalnya Kopi Arabika Kintamani Bali. Akan tetapi, bila yang dibahas adalah tanaman obat tradisional di Indonesia, misalnya brotowali, temulawak, kunyit, dll apakah semua tanaman tersebut adalah khas Indonesia? Apakah tidak ada tanaman tersebut di Negara lain? Bagaimanakah membuktikannya? Siapa sajakah yang akan melakukan riset untuk pembuktiannya? Apakah pemerintah atau pihak swasta? Lalu bagaimana dengan sumber dana untuk riset tersebut? Kunyit atau *Curcuma longa*, misalnya, oleh masyarakat India telah dikenal sebagai obat-obatan, penyedap rasa makanan, kosmetik, dll. Hal ini membuktikan adanya celah kelemahan dalam perlindungan

pengetahuan tradisional melalui indikasi geografis.

Kedua, UU No. 15 tahun 2001 tentang Merek menyebutkan beberapa pihak yang dapat mengajukan permohonan pendaftaran indikasi geografis. Apabila 'gudeg Jogja' suatu saat didaftarkan oleh sekelompok perusahaan gudeg dari Jogja, apakah berarti orang Manado tidak boleh berdagang gudeg? Apabila 'ukiran Jepara' didaftarkan oleh pemerintah daerah Jepara maka apakah berarti orang Bali tidak boleh membuat ukiran Jepara? Pertanyaan-pertanyaan ini belum mampu dijawab oleh sistem indikasi geografis dalam UU Merek 2001. Hal ini mengindikasikan kelemahan dari sistem indikasi geografis dalam melindungi pengetahuan tradisional yang terkait dengan sumber daya genetik.

e) Perlindungan Pengetahuan Tradisional yang Terkait dengan Sumber Daya Genetik dengan Desain Industri dan Desain Tata Letak Sirkuit Terpadu

Perlindungan pengetahuan tradisional yang terkait sumber daya genetik tidak dapat dilakukan dengan sistem desain industri dan sistem desain tata letak sirkuit terpadu.

Pasal 1 angka 1 Undang-Undang Nomor 31 Tahun 2000 tentang 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.

Pasal 1 angka 1 dan angka 2 Undang-Undang Nomor 32 Tahun 2000 tentang Desain Tata Letak Sirkuit Terpadu

- (1) Sirkuit Terpadu adalah suatu produk dalam bentuk jadi atau setengah jadi, yang di dalamnya terdapat berbagai elemen dan sekurang-kurangnya satu dari elemen tersebut adalah elemen aktif, yang sebagian atau seluruhnya saling berkaitan serta dibentuk secara terpadu di dalam sebuah bahan semikonduktor yang dimaksudkan untuk menghasilkan fungsi elektronik.
- (2) Desain Tata Letak adalah kreasi berupa rancangan peletakan tiga dimensi dari berbagai elemen, sekurang-kurangnya satu dari elemen tersebut adalah elemen aktif, serta sebagian atau semua interkoneksi dalam suatu Sirkuit Terpadu dan peletakan tiga dimensi tersebut dimaksudkan untuk persiapan pembuatan Sirkuit Terpadu.

Berdasarkan pengertian dari desain industri dan desain tata letak sirkuit terpadu tersebut tidak satu pun unsur-unsurnya yang memiliki korelasi dengan pengetahuan tradisional yang terkait dengan sumber daya genetik sehingga kedua sistem ini tidak dapat memberikan perlindungan terhadapnya.

Fakta-fakta tersebut semakin memperkuat tesis bahwa rezim HKI adalah rezim hanya mampu mencakup perlindungan

intellectual creation yang sesuai dengan kriteria yang ditetapkan. Karenanya perlindungan terhadap sumber daya genetik (dalam konteks pengetahuan tradisional) akan sulit bila hanya bergantung kepada rezim HKI. Rezim HKI bahkan secara tegas telah menggolongkan sumber daya genetik sebagai warisan bersama bagi umat manusia atau *Common Heritage of Humankind*.

Annie O. Wu berpendapat bahwa prinsip yang digunakan oleh para *prospectors* dalam rangka memanfaatkan sumber daya hayati adalah '*Common Heritage of Humankind*' atau warisan bersama umat manusia. Berdasarkan prinsip ini, setiap orang mempunyai hak yang sama untuk memanfaatkan sumber daya alam, termasuk sumber daya hayati, yang tersedia di muka bumi. Pembatasan yang ada dalam pemanfaatan hanyalah kedaulatan negara dimana sumber daya tersebut berada. Hal ini telah diakui pula di dalam CBD. Oleh karena itu, pendekatan yang dilakukan negara maju menyangkut akses terhadap sumber daya genetik adalah melalui penawaran imbalan berupa pembagian keuntungan (*benefit sharing*).¹⁵⁰

Ketentuan CBD yang secara implisit mengakui sumber daya hayati adalah *common heritage of humankind* ada dalam Pasal 15 ayat (2) yang menyatakan bahwa setiap negara peserta konvensi akan menjamin akses bagi negara-negara-negara lain untuk memperoleh sumber daya genetik.

Francoise Burhenne Guilman dan Casey Letkowitz berpendapat bahwa di dalam pengertian *common heritage of humankind* terkandung makna adanya makna adanya *common right* yaitu bahwa akses terhadap sumber daya hayati dan pemanfaatan maupun keuntungan dari penggunaan sumber

¹⁵⁰ Agus Sardjono, *HKI dan Pengetahuan Tradisional, Op.Cit.*, halaman 77.

daya tersebut sebenarnya merupakan hak masyarakat dunia.¹⁵¹

Prinsip *common heritage of humankind* ini merupakan suatu bentuk kearoganan negara-negara maju terhadap negara-negara berkembang yang kaya akan sumber daya genetik. Prinsip tersebut adalah bentuk penyimpangan doktrin awal HKI yakni '*jangan mengambil apa yang bukan milikmu.*' Solusi dari negara-negara maju supaya tidak dianggap mengambil yang bukan milik mereka bukan dengan mengakui hak kolektif pengetahuan tradisional yang terkait dengan sumber daya genetik dari masyarakat tradisional di negara-negara berkembang, tetapi justru mereka menetapkan bahwa sumber daya genetik diseluruh dunia adalah milik bersama, sehingga legal bagi negara-negara maju mengeksploitasinya dengan bebas.

Hal inilah yang ditentang oleh Vandana Shiva bahwa adalah tidak adil bila keragaman hayati diperlakukan sebagai warisan bersama umat manusia, sementara arus balik komoditas yang berasal dari pengolahan sumber daya hayati dihargai, dipatenkan, dan diperlakukan sebagai kekayaan yang bersifat monopolistik oleh perusahaan-perusahaan dari Negara-Negara Utara.¹⁵²

Prinsip *common heritage of humankind* ini jelas merupakan tindak kekerasan dari hukum sebagaimana

¹⁵¹ Vandana Shiva dalam FX. Adji Samekto, *Op.Cit.*, halaman 146.

¹⁵² *Lo.Cit.*

pendapat Aquinas bahwa hukum dipaksakan kepada masyarakat meski dengan alasan kesejahteraan umum.¹⁵³ Kesejahteraan tersebut faktanya hanya dicapai negara-negara maju dengan kemajuan industri bioteknologinya. Negara-negara maju mengkolaborasikan prinsip tersebut dengan doktrin-doktrin HKI-nya dan mengeksploitasi potensi-potensi sumber daya genetik negara-negara berkembang. Negara-negara berkembang, harus diakui, belum sepenuhnya mampu memanfaatkan potensi sumber daya genetik yang mereka miliki tersebut. Akan tetapi, negara-negara maju seharusnya tidak memanfaatkan kelemahan negara-negara berkembang tersebut demi keuntungannya sendiri.

Vandana Shiva bahkan secara gamblang menyebutkan bahwa tindakan-tindakan negara-negara maju tersebut adalah suatu bio-imperialisme.¹⁵⁴ Tindakan-tindakan negara-negara maju dengan legalisasi Rezim HKI dan prinsip *common heritage of humankind* itu tak ubahnya realisasi dari hukum rimba. Negara-negara maju dengan keunggulan di bidang bioteknologi namun memiliki kekurangan sumber daya genetik, 'merampok' negara-negara berkembang yang memiliki kelemahan di bidang bioteknologi tetapi kaya akan sumber daya genetik. Hal tersebut tentu bertentangan dengan

¹⁵³ Agus Sardjono, HKI dan Pengetahuan Tradisional, *Op.Cit.*, halaman 27

¹⁵⁴ FX. Adji Samekto, *Op.Cit.*, halaman 146.

pendapat Aquinas bahwa hukum haruslah membantu manusia berkembang sesuai dengan kodratnya, menjunjung keluhuran martabat manusia, bersifat adil, menjamin kesamaan dan kebebasan, memajukan kepentingan dan kesejahteraan umum.¹⁵⁵ Pada situasi bio-imperialisme tersebut rezim HKI telah gagal sebagai suatu hukum yang bertujuan untuk menjamin keadilan umum (*iustitia generalis*) dan telah gagal pula dalam mencapai tujuan dari hukum itu sendiri yakni kebaikan (*goodness*) dan kebahagiaan (*happiness*).¹⁵⁶

¹⁵⁵ Agus Sardjono, HKI dan Pengetahuan Tradisional, *Op.Cit.*, halaman 27.

¹⁵⁶ Lihat Thomas Aquinas dalam Bernard L. Tanya, *Op.Cit.*, halaman 58-63 dan Agus Sardjono, *Loc.Cit.*

B. Kebijakan Perlindungan Hukum terhadap Masyarakat Hukum Adat atas Pemanfaatan Sumber Daya Genetik di Indonesia

1. Kebijakan Perlindungan Hukum terhadap Masyarakat Hukum Adat di Indonesia atas Pemanfaatan Sumber Daya Genetik di Masa Kini

a. Pengakuan Bersyarat terhadap Masyarakat Hukum Adat di Indonesia

Bangsa Indonesia merupakan bangsa majemuk yang terdiri dari berbagai suku bangsa yang masing-masing memiliki adat istiadat dan ciri khas tradisi tertentu. Sensus BPS pada tahun 2010 menunjukkan bahwa jumlah suku bangsa di Indonesia secara keseluruhan mencapai lebih dari seribu tiga ratus suku bangsa yang diklasifikasikan menjadi 31 kelompok suku bangsa.¹⁵⁷ Aliansi Masyarakat Adat Nusantara (selanjutnya AMAN) menerapkan istilah *masyarakat adat* untuk merujuk ke komunitas tradisional-lokal yang menurut perkiraan AMAN berjumlah 50-70 juta orang.¹⁵⁸ Kelompok kecil dari suku-suku bangsa tersebut beberapa diantaranya masih mempertahankan adat istiadatnya dan membentuk suatu pranata sosial dan pranata hukum yang ditaati oleh anggotanya. Kelompok-kelompok kecil dari suku bangsa yang

¹⁵⁷<http://sp2010.bps.go.id/files/ebook/kewarganegaraan%20penduduk%20indonesia/index.html>, halaman 14, 17, dan 18, diakses pada 1 Oktober 2012.

¹⁵⁸http://iwgia.org/images/stories/sections/regions/asia/documents/short-country_profiles/indonesia.pdf, diakses pada 1 Oktober 2012.

masih memegang teguh adat istiadatnya dan memiliki pranata-pranata sosial dan hukum tersebut lazim disebut dengan masyarakat adat. Masyarakat adat adalah suatu terminologi yang seringkali tidak dapat dibedakan dengan terminologi masyarakat hukum adat. Hal tersebut dikarenakan dalam produk hukum di Indonesia kedua terminologi tersebut jarang sekali dibedakan.

Terminologi masyarakat adat dan masyarakat hukum adat pada dasarnya dipakai untuk maksud yang sama. UU No. 20 tahun 2003 tentang Sistem Pendidikan Nasional, UU No. 22 tahun 2001 tentang Minyak dan Gas Bumi, dan UU No. 27 tahun 2003 tentang Panas Bumi memilih menggunakan istilah *masyarakat adat*. Sementara itu, Amandemen Pasal 18 B UUD NKRI tahun 1945, Permen Hak Ulayat, UU No. 39 tahun 1999 tentang HAM, Tap MPR PA-PSDA, UU No. 7 tahun 2004 tentang Sumber Daya Air, UU No. 18 tahun 2004 tentang Perkebunan, UU No. 31 tahun 2004 tentang Perikanan, dan UU No. 24 tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi menggunakan istilah *masyarakat hukum adat*. UU No. 41 tahun 1999 tentang Kehutanan di dalam pengaturannya justru menggunakan istilah *masyarakat adat* dan *masyarakat hukum adat* meskipun penggunaan istilah *masyarakat adat* dalam UU No. 41 tahun 1999 tersebut ditengarai akibat proses editing yang buruk. Oleh

karena itu, UU No. 41 tahun 1999 sebenarnya tidak bermaksud menggunakan istilah *masyarakat adat*.¹⁵⁹ Perundang-undangan di Indonesia yang membedakan antara istilah *masyarakat adat* dan *masyarakat hukum adat* sejauh ini hanya UU No. 21 Tahun 2001 tentang Otonomi Khusus Bagi Provinsi Papua .

Pasal 1 huruf (p)

*Masyarakat Adat adalah warga **masyarakat asli Papua yang hidup dalam wilayah dan terikat serta tunduk kepada adat tertentu dengan rasa solidaritas yang tinggi di antara para anggotanya;***

Pasal 1 huruf (r)

*Masyarakat Hukum Adat adalah warga **masyarakat asli Papua yang sejak kelahirannya hidup dalam wilayah tertentu dan terikat serta tunduk kepada hukum adat tertentu dengan rasa solidaritas yang tinggi di antara para anggotanya;***

Perdebatan tentang istilah masyarakat adat dan masyarakat hukum adat memang telah lama mengemuka.

¹⁵⁹ Asep Yunan Firdaus, *Makalah : Masih Eksis kah Hukum Masyarakat (hukum) Adat di Indonesia?* Advance Training Hak-hak Masyarakat Adat (*Indigenous Peoples' Rights*) Bagi Dosen Pengajar HAM di Indonesia, halaman 2, diselenggarakan oleh Pusham UII bekerja sama dengan Norwegian Center For Human Rights (NCHR) Universitu of Oslo, Yogyakarta, 21 – 24 Agustus 2007, http://pusham.uui.ac.id/upl/article/id_Asep_Yunan_F.pdf, diakses pada 1 Oktober 2012.

Aktivis pembela hak-hak masyarakat adat bahkan berpendapat bahwa bila istilah masyarakat hukum adat yang digunakan maka dapatlah langsung disimpulkan bahwa negara tidak pernah memberikan pengakuan, penghormatan, dan perlindungan masyarakat adat.¹⁶⁰

Kalangan aktivis Organisasi Non Pemerintah (Ornop) dan organisasi masyarakat adat semacam Aliansi Masyarakat Adat Nusantara (AMAN) memandang istilah 'masyarakat hukum adat' pada akhirnya hanya akan mempersempit entitas masyarakat adat sebatas entitas hukum. Sementara istilah masyarakat adat dipercaya memiliki dimensi yang luas dari sekedar hukum. Misalnya dimensi kultural dan religi. Jadi, istilah masyarakat adat dan istilah masyarakat hukum adat memiliki sejarah dan pemaknaan yang berbeda. Istilah masyarakat hukum adat dilahirkan dan dirawat oleh pakar hukum adat yang lebih banyak difungsikan untuk keperluan teoritik-akademis. Istilah tersebut digunakan untuk memberi identitas kepada golongan pribumi yang memiliki sistem dan tradisi hukum sendiri untuk membedakannya dengan golongan Eropa dan Timur Jauh yang memiliki sistem dan tradisi hukum tertulis. Sedangkan istilah masyarakat adat mengemuka ketika pada awal dekade 90-an berlahiran sejumlah Ornop yang memperjuangkan pengakuan hak-hak masyarakat adat. Tidak bisa disangkal gerakan yang memperjuangkan isu ini berinspirasi dari gerakan pembelaan terhadap *indigenous peoples* di Amerika Latin pada dekade 70-an dan Asia Selatan pada dekade 80-an.¹⁶¹

Kekecewaan sebagian besar aktivis pembela hak-hak masyarakat adat tersebut dapat dipahami karena Pemerintah Negara Kesatuan Republik Indonesia memang menerapkan pengakuan bersyarat bila suatu kelompok masyarakat tertentu

¹⁶⁰ *Ibid*, halaman 3.

¹⁶¹ Rikardo Simarmata, *Menyongsong Berakhirnya Abad Masyarakat Adat: Resistensi Pengakuan Bersyarat*, <http://groups.yahoo.com/group/lingkungan/message/24221>, diakses pada 1 Oktober 2012.

ingin diakui negara sebagai masyarakat hukum adat. Pengakuan bersyarat tersebut tampak dalam berbagai ketentuan-ketentuan perundang-undangan yaitu :

a. Amandemen Pasal 18 B ayat (2) UUD NKRI tahun 1945

Negara mengakui keberadaan Masyarakat Hukum Adat beserta hak-haknya dan tradisionalnya dengan beberapa syarat, antara lain :

1. Sepanjang masih hidup.
2. Sesuai dengan perkembangan masyarakat dan prinsip NKRI.
3. Diatur dalam undang-undang.

Pasal 18 B UUD NKRI Tahun 1945 ini dipertegas dengan **Putusan Mahkamah Konstitusi No. 31/PUU-V/2007**

Putusan MK ini telah memperjelas kriteria penentuan masyarakat hukum adat dalam Pasal 18 B UUD NKRI Tahun 1945.

Bunyi putusan MK tersebut :

Menimbang bahwa oleh karena Pasal 18B ayat (2) UUD 1945 berbunyi, "*Negara mengakui dan menghormati kesatuan-kesatuan masyarakat hukum adat beserta hak-hak tradisionalnya sepanjang masih hidup dan sesuai dengan perkembangan masyarakat dan prinsip Negara*

Kesatuan Republik Indonesia, yang diatur dalam undang-undang”, maka Mahkamah memandang perlu untuk menentukan kriteria atau tolok ukur terpenuhinya ketentuan Undang-Undang Dasar dimaksud yaitu bahwa kesatuan masyarakat hukum adat tersebut: 1. masih hidup; 2. sesuai dengan perkembangan masyarakat; 3. sesuai dengan prinsip Negara Kesatuan Republik Indonesia; dan 4. ada pengaturan berdasarkan undang-undang.

Menurut Mahkamah, suatu kesatuan masyarakat hukum adat untuk dapat dikatakan secara *de facto* masih hidup (*actual existence*) baik yang bersifat teritorial, genealogis, maupun yang bersifat fungsional setidaknya mengandung unsur-unsur (i) adanya masyarakat yang warganya memiliki perasaan kelompok (*in-group feeling*); (ii) adanya pranata pemerintahan adat; (iii) adanya harta kekayaan dan/atau benda-benda adat; dan (iv) adanya perangkat norma hukum adat. Khusus pada kesatuan masyarakat hukum adat yang bersifat teritorial juga terdapat unsur (v) adanya wilayah tertentu.

Mahkamah berpendapat bahwa kesatuan masyarakat hukum adat beserta hak-hak tradisionalnya dipandang sesuai dengan perkembangan masyarakat apabila

kesatuan masyarakat hukum adat tersebut :

1. Keberadaannya telah diakui berdasarkan undang-undang yang berlaku sebagai pencerminan perkembangan nilai-nilai yang dianggap ideal dalam masyarakat dewasa ini, baik undang-undang yang bersifat umum maupun bersifat sektoral, seperti bidang agraria, kehutanan, perikanan, dan lain-lain maupun dalam peraturan daerah;
2. Substansi hak-hak tradisional tersebut diakui dan dihormati oleh warga kesatuan masyarakat yang bersangkutan maupun masyarakat yang lebih luas, serta tidak bertentangan dengan hak-hak asasi manusia.

Mahkamah berpendapat suatu kesatuan masyarakat hukum adat beserta hak-hak tradisionalnya sesuai dengan prinsip Negara Kesatuan Republik Indonesia apabila kesatuan masyarakat hukum adat tersebut tidak mengganggu eksistensi Negara Kesatuan Republik Indonesia sebagai sebuah kesatuan politik dan kesatuan hukum yaitu:

1. Keberadaannya tidak mengancam kedaulatan dan integritas Negara Kesatuan Republik Indonesia;

2. Substansi norma hukum adatnya sesuai dan tidak bertentangan dengan peraturan perundang-undangan.

b. Penjelasan Pasal 67 ayat (1) UU No. 41 tahun 1999 tentang Kehutanan

Masyarakat Hukum Adat diakui keberadaannya jika menurut kenyataannya memenuhi unsur-unsur sebagai berikut :

1. masyarakatnya masih dalam bentuk paguyuban (*rechtsgemeenschap*);
2. ada kelembagaan dalam bentuk penguasa adatnya;
3. ada wilayah hukum adat yang jelas;
4. ada pranata dan perangkat hukum khususnya peradilan adat yang masih diaati;
5. masih mengadakan pemungutan hasil hutan di wilayah hutan sekitarnya untuk pemenuhan hidup sehari-hari.

c. UU No. 32 tahun 2009 tentang Perlindungan dan Pengelolaan Lingkungan Hidup

Masyarakat hukum adat yang terkait dengan perlindungan dan pengelolaan lingkungan hidup terdiri dari beberapa komponen, antara lain:

1. kelompok masyarakat yang secara turun temurun bermukim di wilayah geografis tertentu;
2. adanya ikatan pada asal usul leluhur;
3. adanya hubungan yang kuat dengan lingkungan hidup, serta;
4. adanya sistem nilai yang menentukan pranata ekonomi, politik, sosial, dan hukum adat.

Pemerintah selain menerapkan beberapa kriteria dalam berbagai perundang-undangan agar suatu kelompok masyarakat dapat dikategorikan sebagai masyarakat hukum adat juga menetapkan bahwa berdasarkan pasal 67 ayat (2) UU No. 41 tahun 1999 tentang Kehutanan pengukuhan keberadaan dan hapusnya masyarakat hukum adat ditetapkan dengan Peraturan Daerah. Pasal 203 ayat (3) dan penjelasan pasal 204 Undang-undang Nomor 32 Tahun 2004 Tentang Otonomi Daerah secara implisit juga menyebutkan bahwa keberadaan masyarakat hukum adat diakui selama ditetapkan

oleh Perda. Masyarakat hukum adat yang tidak ditetapkan dalam Perda maka hanya akan berstatus sebagai masyarakat hukum adat secara sosial dan tidak memiliki kedudukan secara hukum.¹⁶²

Data KOMNAS HAM tahun 2003 mencatat bahwa masyarakat hukum adat yang tersebar di wilayah Indonesia mencapai 20.000 kelompok. KOMNAS HAM dari jumlah tersebut yang baru mendata sebanyak 6300 kelompok di wilayah Aceh, 700 kelompok di wilayah Sumatera dan 1000 kelompok di wilayah Bali. KOMNAS HAM juga mencatat bahwa dari 20.000 jumlah masyarakat hukum adat, hanya tiga yang telah disahkan oleh pemerintah melalui Perda. Perda Nomor 32 tahun 2001 tentang Perlindungan Hak Ulayat Masyarakat Badui di wilayah Banten, Perda Bali Nomor 3 tahun 2003 tentang Desa Pakraman sebagai Desa Adat dan Perda Kabupaten Kampar Riau tentang Perlindungan Hak Tanah Ulayat.¹⁶³ Sementara itu, Rikardo Simarmata dalam penelitiannya tentang Pengakuan Hukum terhadap Masyarakat Adat di Indonesia selama tahun 2005-2006, wilayah yang telah mengakui secara

¹⁶² Saafroedin Bahar, Komisioner Masyarakat Hukum Adat KOMNAS HAM, dalam diskusi *Perlindungan Negara Terhadap Hak Konstitusional Masyarakat Hukum Adat* di Jakarta 2 Agustus 2006, <http://www.hukumonline.com/berita/baca/hol15257/berdayakan-masyarakat-hukum-adat-untuk-perlindungan-lingkungan->, diakses pada 1 Oktober 2012.

¹⁶³ *Ibid.*

tegas tentang keberadaan masyarakat hukum adat dan hak ulayatnya, yaitu :¹⁶⁴

1. Perda Kabupaten Lebak Propinsi Banten No. 32 tahun 2001 tentang Perlindungan atas Hak Ulayat Masyarakat Baduy.
2. Perda Kabupaten Nunukan Propinsi Kalimantan Timur No. 3 tahun 2004 tentang Hak Ulayat Masyarakat Hukum Adat dan Perda No. 4 tahun 2004 tentang Hak Ulayat Masyarakat Hukum Adat (Dayak) Lundayeh.
3. Perda yang juga secara tegas mengatur tentang pengakuan atas masyarakat hukum adat yaitu Perda Kabupaten Bungo Propinsi Jambi No. 3 tahun 2006 tentang Masyarakat Hukum Adat Datuk Sinaro Putih Kecamatan Pelepat Kabupaten Bungo.

Berdasarkan data tersebut di atas maka tampak jelas ada ketimpangan antara jumlah sebenarnya masyarakat hukum adat dan jumlah masyarakat hukum adat yang diakui oleh negara. Hal ini tentu saja tidak dapat dilepaskan dari pengakuan bersyarat yang diterapkan oleh Pemerintah Republik Indonesia. Pemerintah Republik Indonesia secara

¹⁶⁴ Rikardo Simarmata, *Op.Cit.*, halaman 209 dan halaman 253-258. Perda tentang Masyarakat Hukum Adat Baduy dan Masyarakat Hukum Adat Dayak Lunayeh juga diungkapkan Maria Soemardjono dalam bukunya *Tanah dalam Perspektif Hak Ekonomi, Sosial, dan Budaya*, (Jakarta : Kompas Gramedia, 2009), halaman 167.

yuridis berwenang menetapkan pengakuan bersyarat bagi setiap kelompok masyarakat yang ingin diakui sebagai masyarakat hukum adat. Kewenangan tersebut didukung dengan tidak diratifikasinya Konvensi ILO No. 169 tahun 1989 tentang Penduduk Asli dan Suku Asli di Negara-Negara Merdeka (*Convention Concerning Indigenous and Tribal People in Independent Countries*) dan Deklarasi PBB tahun 2007 tentang Hak-Hak Masyarakat Asli (*United Nations Declaration on Indigenous People Rights*). Pemerintah beralasan jika meratifikasi Konvensi ILO No. 169 tahun 1989 dan Deklarasi PBB tahun 2007 merumuskan konsep yang berbeda ada implikasi legal yang sangat kompleks di Indonesia dan konsep masyarakat hukum adat di Indonesia berbeda dengan konsep *indigenous people* dalam keduanya.¹⁶⁵ Kekhawatiran Pemerintah Indonesia tersebut dikarenakan dalam Konvensi ILO No. 169 tahun 1989 dan Deklarasi PBB tahun 2007 mengakui hak-hak dari *indigenous people* untuk menentukan nasib sendiri (*the right to self determination*) yang dianggap dapat mengancam keutuhan NKRI.

Sikap Pemerintah Indonesia yang menganut pengakuan bersyarat untuk mengakui masyarakat hukum adat beserta hak-haknya tersebut banyak ditentang oleh aktivis-aktivis

¹⁶⁵ <http://www.aman.or.id/2012/09/19/press-release-pemerintah-indonesia-menolak-rekomendasi-dewan-ham-pbb-terkait-hak-hak-masyarakat-adat/>, diakses pada 1 Oktober 2012.

pembela masyarakat adat. Rikardo Simarmata dalam artikelnya yang berjudul *Menyongsong Berakhirnya Abad Masyarakat Adat : Resistensi Pengakuan Bersyarakat* menyatakan bahwa :

Gaya pengakuan bersyarat yang dianut oleh pemerintah Indonesia untuk mengakui masyarakat adat merupakan suatu sikap sinisme terhadap gelombang rame-rame mengakui masyarakat adat. Sikap sinisme tersebut menurutnya dapat dimaknai dengan dua cara, yakni: pertama, mewariskan ideologi tua yang melabeli masyarakat adat sebagai masyarakat tak beradab yang harus difasilitasi untuk menjadi masyarakat beradab. Berdasarkan asumsi ini, masyarakat adat bukanlah subyek yang memiliki kemampuan budaya untuk mengurus alam. Sebuah ideologi yang sebenarnya sudah hidup dalam konsep *domeinverklaring* yang dilekatkan dalam *Agrarische Wet* tahun 1870 dan diwariskan oleh rejim Orde Baru. Kedua, ia tidak lebih dari tindakan picisan yang hanya dilatari oleh semangat ikut tren. Sebenarnya gaya yang tetap dianut oleh Indonesia tersebut masih merupakan cerminan dari arus utama pandangan dunia terhadap masyarakat adat hingga kini. Gaya yang menyimpan sikap kehati-hatian sekaligus kekawatiran. Khawatir bila pengakuan terhadap masyarakat adat akan menggerus kedaulatan negara atau akan mengancam keutuhan bangsa karena keinginan untuk memisahkan diri. Itu sebabnya jauh-jauh hari Konvensi ILO 169 sudah mengatakan bahwa penggunaan terma bangsa (peoples) dalam konvensi tersebut tidak berimplikasi pada hak untuk menentukan nasib sendiri. Kekawatiran itu pula yang mendasari mengapa Indonesia memasang syarat berlapis dalam mengakui masyarakat adat. Politik pengakuan bergaya seperti itu membuat perjuangan membela hak-hak masyarakat adat selalu kental dengan tuntutan untuk mendapatkan pengakuan tanpa syarat, yang dalam konsep terkini disebut dengan pengukuhan.¹⁶⁶

¹⁶⁶ Rikardo Simarmata, *Menyongsong Berakhirnya Abad Masyarakat Adat: Resistensi Pengakuan Bersyarat*, *Op.Cit.*

IWGIA sebuah LSM Internasional yang mengurus persoalan *Indigenous People* memberikan pendapat yang senada dengan Rikardo Simarmata dalam artikel yang berjudul *Self Determination of Indigenous People*. IWGIA menegaskan bahwa *right to self determination* berarti penentuan nasib sendiri dalam kerangka mewujudkan hak bagi semua orang untuk menentukan sendiri pembangunan ekonomi, sosial dan budayanya. Penentuan nasib sendiri telah ditetapkan oleh Mahkamah Internasional (dalam kasus *West-Saharan*) sebagai kewajiban untuk memberikan penghormatan bagi kehendak bebas masyarakat. IWGIA juga menekankan bahwa bagi masyarakat adat dalam istilah penentuan nasib sendiri (*right to self determination*) tidak selalu menyiratkan memisahkan diri dari negara.¹⁶⁷

b. Hak Masyarakat Hukum Adat atas Sumber Daya Genetik

Hak masyarakat hukum adat atas sumber daya genetik diawali dari pengakuan atas hak ulayat masyarakat hukum adat. Hak ulayat secara umum berkenaan dengan hubungan hukum antara masyarakat hukum adat dengan tanah dalam wilayahnya. Hubungan hukum tersebut berisi wewenang dan kewajiban. Dalam pengertian 'tanah dalam lingkungan

¹⁶⁷ <http://www.iwgia.org/human-rights/self-determination>, diakses pada 1 Oktober 2012.

wilayahnya' itu mencakup luas kewenangan masyarakat hukum adat berkenaan dengan tanah termasuk segala isinya, yakni perairan, tumbuh-tumbuhan, dan binatang dalam wilayahnya yang menjadi sumber kehidupan dan mata pencahariannya.¹⁶⁸

Hak ulayat salah satunya diatur dalam UU No. 5 Tahun 1960 tentang Peraturan Dasar Pokok-Pokok Agraria (UUPA).

Pasal 3

Dengan mendapat ketentuan-ketentuan dalam Pasal 1 dan 2 pelaksanaan hak ulayat dan hak-hak yang serupa itu dari masyarakat-masyarakat hukum adat, sepanjang menurut kenyataannya masih ada, harus sedemikian rupa sehingga sesuai dengan kepentingan nasional dan Negara yang berdasarkan atas persatuan bangsa serta tidak boleh bertentangan dengan undang-undang dan peraturan-peraturan lain yang lebih tinggi.

Namun, dalam UUPA tersebut tidak diatur tentang kriteria dari hak ulayat itu sendiri oleh karena itu tidak banyak salah persepsi tentang hak ulayat di masyarakat.

Di kalangan masyarakat awam pun pengertian dasar tentang hak ulayat tidak sama. Ada sebagian masyarakat yang menafsirkan hak ulayat terlampau jauh menjadi hubungan pemilikan yang mengarah kepada manifestasi kepemilikan individual, sedangkan sejatinya hak ulayat itu adalah hak bersama seluruh masyarakat hukum adat (aspek keperdataan hak ulayat). Dalam pada itu hak ulayat sebagai hak bersama itu perlu dikelola dan diatur penguasaan, peruntukan, dan penggunaannya. Tugas pengelolaan dan pengaturan itu diserahkan kepada tetua adat sebagai petugas masyarakat hukum adat tersebut (aspek publik hak ulayat). Dengan demikian adalah tidak benar bila tetua adat mengatasnamakan hak ulayat atas nama pribadi/perorangan dalam hubungan kepemilikan.¹⁶⁹

¹⁶⁸ Ter Haar dalam Maria Sumardjono, *Op.Cit.*, halaman 170.

¹⁶⁹ *Ibid*, halaman 171.

Maria Sumardjono berpendapat bahwa kriteria penentu masih ada atau tidaknya hak ulayat dihubungkan dengan keberadaan hak ulayat tersebut yakni :¹⁷⁰

1. Adanya masyarakat hukum adat yang memenuhi ciri-ciri tertentu sebagai subyek hak ulayat,
2. Adanya tanah/wilayah dengan batas-batas tertentu sebagai *lebensraum* (ruang hidup) yang merupakan obyek hak ulayat;
3. Adanya kewenangan masyarakat hukum adat untuk melakukan tindakan - tindakan tertentu yang berhubungan dengan tanah, sumber daya alam lain serta perbuatan-perbuatan hukum.

Sementara itu, hak ulayat menurut Surat Pengantar Keputusan Kepala Badan Pertanahan Nasional Nomor 2 Tahun 2003 tentang Norma dan Standar Mekanisme Ketatalaksanaan Kewenangan Pemerintah Di Bidang Pertanahan Yang Dilaksanakan Oleh Pemerintah Kabupaten dan Kota hanya membatasinya pada tanah ulayat :*“Tanah ulayat adalah bidang tanah yang di atasnya terdapat hak ulayat dari suatu masyarakat hukum adat tertentu.”*

Pasal 2 ayat (1) Peraturan Surat Pengantar Keputusan Kepala Badan Pertanahan Nasional Nomor 2 Tahun 2003 :

Hak Ulayat masyarakat hukum adat dianggap masih ada apabila :

1. terdapat sekelompok orang yang masih merasa terikat oleh tatanan hukum adatnya sebagai warga bersama atau persekutuan hukum tertentu, yang mengakui dan

¹⁷⁰ Ade Saptomo, *Op. Cit.*, halaman 15.

- menerapkan ketentuan-ketentuan persekutuan tersebut dalam kehidupannya sehari-hari;
2. terdapat tanah ulayat tertentu yang menjadi lingkungan hidup para warga persekutuan hukum tersebut dan tempatnya mengambil keperluan hidupnya sehari-hari; dan
 3. terdapat tatanan hukum adat mengenai pengurusan, penguasaan dan penggunaan tanah ulayat yang berlaku dan ditaati oleh para warga persekutuan hukum tersebut.

Untuk pengaturan lebih lanjut tentang hak ulayat sebagaimana dimaksud dalam Peraturan Menteri Negara Agraria/Kepala BPN No. 5 Tahun 1999 maka diterbitkan Surat Edaran Menteri Negara Agraria/Kepala BPN Nomor 400-2626 tanggal 24 Juni 1999. Menurut ketentuan tersebut maka hal-hal yang perlu dilakukan adalah :

1. penelitian dan pengesahan eksistensi hak ulayat di masing-masing daerah dengan melibatkan pihak yang terkait;
2. pemetaan wilayah hak ulayat masing-masing;
3. pengesahan hak ulayat dari masyarakat hukum adat di tiap-tiap daerah oleh masing-masing daerah.

Berdasarkan pada ketentuan tentang hak ulayat pada masyarakat hukum adat dalam UUPA dan berdasarkan pada pengakuan terbatas oleh masyarakat hukum adat dalam perundang-undangan sebagaimana telah disebutkan sebelumnya, maka hanya terdapat tiga Peraturan Daerah yang menunjuk langsung suatu masyarakat hukum adat dan mengakui keberadaannya berserta hak ulayatnya.

Tabel 2
Perda Masyarakat Hukum Adat dan Hak Ulayat

NO.	Perihal	Lebak	Nunukan	Bungo
1.	Istilah	Hak Ulayat	Hak Ulayat	Tidak menggunakan istilah Hak Ulayat namun memberikan kewenangan kepada masyarakat hukum adat sesuai asal usul, adat istiadat dan perundang-undangan.
2.	Pengertian	Bidang tanah yang di atasnya terdapat hak ulayat dari suatu masyarakat hukum adat tertentu	Bidang tanah yang di atasnya terdapat hak ulayat dari suatu masyarakat hukum adat tertentu	Tidak mengatur pengertian tentang hak ulayat. Tetapi memberikan hak pengelolaan sumber daya alam dan lahan yang berada dalam wilayah adatnya.
3.	Subjek	Masyarakat Baduy (Banten)	Masyarakat Dayak Lundayeh (Kaltim)	Masyarakat Datuk Sinaro Putih (Jambi)
4.	Batas-Batas	Diatur/batas alam	Diatur/batas alam	Diatur/batas alam
5.	Pengecualian	Telah terdaftar dan/atau telah diperoleh/dibebaskan	Telah terdaftar dan/atau telah diperoleh/dibebaskan	Tidak diatur
6.	Pengukuran/ Pemetaan	Dilakukan	Dilakukan	Tidak Dilakukan
7.	Pendaftaran	Tidak boleh	Tidak boleh	Tidak diatur

NO.	Perihal	Lebak	Nunukan	Bungo
8.	Penyelesaian Sengketa	Tidak diatur	Diatur	Diatur
9.	Ketentuan Pidana	Diatur	Tidak diatur	Tidak diatur

*diolah dari tiga Perda oleh Penulis

Yance Arizona berpandangan bahwa pada dasarnya hubungan antara masyarakat hukum adat dengan wilayah kehidupan mereka bukanlah hubungan 'hak' melainkan hubungan kewajiban. Hal ini sesuai dengan pandangan kosmologis yang menempatkan wilayah kehidupan masyarakat hukum adat yang terdiri dari tanah, air, dan sumber daya lainnya sebagai satu kesatuan dengan sistem kehidupan mereka sehingga memanfaatkan dan menjaga alam merupakan suatu kewajiban bagi mereka. Misalnya, masyarakat adat di Papua yang menganggap alam sebagai ibu mereka sendiri sehingga mereka wajib menjaganya dari kerusakan. Masyarakat Hukum Adat Baduy menganggap bahwa mereka diperintahkan oleh Adam Tunggal untuk menjaga alam dan gunung-gunung di Pulau Jawa dari kerusakan.¹⁷¹

¹⁷¹ Yance Arizona dalam artikelnya *Hak Ulayat : Pendekatan Hak Asasi Manusia dan Konstitusionalisme Indonesia*, Jurnal Mahkamah Konstitusi Volume 6, No. 2, Juli 2009, https://docs.google.com/gview?url=http://www.mahkamahkonstitusi.go.id/public/content/infoumum/ejurnal/pdf/ejurnal_Volume%206%20Nomor%202,%20Juli%202009.pdf&chrome=true, diakses pada 1 Oktober 2012, halaman 108.

Lebih lanjut Marianus Kleden menyebutkan bahwa ada empat cara pandang masyarakat komunal atau masyarakat adat yang menyebabkan mereka menganggap bahwa hubungan mereka dengan wilayah hidup merupakan hubungan kewajiban, tidak hanya sebagai hak, yakni :¹⁷²

1. **Totalitas.** Masyarakat adat tidak memandang sesuatu secara parsial melainkan dalam keseluruhan, kelengkapan, dan simetris. Apabila ada hak maka akan ada kewajiban secara satu kesatuan dan sebaliknya.
2. **Altruisme.** Altruisme secara positif berarti mendahulukan kepentingan orang lain dan secara negatif berarti ketakutan menjadikan diri sebagai pusat perspektif. Masyarakat adat memiliki logika : dahulukan kepentingan orang lain maka hak-hak anda akan terpenuhi. Mendahulukan hak orang lain ini merupakan bentuk tanggung jawab dalam masyarakat adat dalam struktur-struktur sosial yang dibangun di dalam komunitas. Misalnya, tanggung jawab menjaga alam demi kepentingan generasi sekarang dan anak cucu.
3. **Panteisme.** Masyarakat adat melihat keseluruhan alam semesta; laut, sungai, daratan, gunung, rumah adat, kampung halaman, sebagai satu tertib kosmik yang mengatur hidup manusia dan karena itu pada sebagian masyarakat adat, alam semesta disamakan dengan Tuhan. Dalam tertib kosmik tersebut wilayah kehidupan atau kampung halaman menjadi sentral dan diseru menjadi sumber perlindungan.
4. **Kolektivitas.** Sistem kekerabatan dalam masyarakat adat yang komunal tidak menciptakan iklim yang kondusif bagi seseorang untuk tampil sebagai individu yang cuek terhadap kehidupan komunal dan kepentingan kolektif. Seorang individu tidak akan terelakkan untuk berada dalam jejaring peran dan jejaring kepentingan antarwarga, yang membuat pemenuhan kebutuhan hidupnya hanya mungkin terlaksana berkat kehadiran individu lain sehingga pemenuhan hak-hak individu hanya bisa dimungkinkan kalau seseorang memenuhi hak-hak warga komunitas yang lain, dan menjalankan kewajibannya sebagai anggota komunitas. Kolektivitas ini salah satunya dekat dengan kepemilikan bersama terhadap wilayah hidup atau kampung halaman.

¹⁷² Marianus Kleden dalam *Ibid*, halaman 109-110.

Hubungan antara masyarakat hukum adat dan wilayah hidupnya yang berupa kewajiban tersebut berubah menjadi hubungan 'hak' ketika masyarakat hukum adat berhubungan dengan pihak luar. Hubungan dengan pihak luar menjadi berdimensi politis bukan lagi kosmologis karena berhubungan dengan perebutan sumberdaya.¹⁷³ Hal ini bermula semenjak dari zaman kolonialisme¹⁷⁴ dan hingga kini masih diadopsi dalam hukum positif Indonesia, yakni dengan adanya persyaratan tertentu yang harus dipenuhi masyarakat hukum adat untuk mendapatkan suatu 'hak ulayat' sehingga persepsi yang muncul bahwa Negaralah adalah 'pemilik' yang 'memberikan' hak ulayat tersebut kepada masyarakat hukum adat. Misalnya, dalam UUPA yang mana penyebutan masyarakat hukum adat berkenaan dengan kedudukannya sebagai subyek yang ; (i) berhak menerima kekuasaan dari negara dalam rangka melaksanakan Hak Menguasai Negara (HMN) dan (ii) memiliki hak ulayat.¹⁷⁵

¹⁷³ *Ibid*, halaman 110.

¹⁷⁴ Kaum Kolonialis dengan semangat *Gold, Glory, and Gospel* beranggapan bahwa tanah yang mereka 'temukan' adalah tanah tak bertuan tak berpemilik (*terra nullius*) dan manusia yang mereka temui di tanah tak berpemilik tersebut adalah 'makhluk yang harus ditobatkan dan diadabkan', Eddi Sius Riyadi dalam *Ibid*.

¹⁷⁵ Rikardo Simarmata, Pengakuan Hukum terhadap Masyarakat Adat di Indonesia, *Op.Cit.*, halaman 56. Lebih lanjut menurut Andik Hardiyanto kehadiran HMN bukan hanya menghilangkan pluralitas tetapi juga menyempitkan hak adat menjadi sebatas hak ulayat. Selain itu pelaksanaan hak ulayat dan hukum adat harus tunduk kepada konsep dan ketentuan HMN karena dilarang bertentangan atau harus mengalah dengan persatuan dan kepentingan nasional. Lihat *Ibid*, halaman 73.

Hak ulayat Masyarakat Hukum Adat pada hakikatnya dapat tergolong dalam hak asasi manusia.

Pasal 6 UU No. 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia :

- (1) Dalam rangka penegakan hak asasi manusia, perbedaan dan kebutuhan dalam masyarakat hukum adat harus diperhatikan dan dilindungi oleh hukum, masyarakat, dan pemerintah.
- (2) Identitas budaya masyarakat hukum adat, termasuk hak atas tanah ulayat dilindungi, selaras dengan perkembangan zaman.

Billah berpendapat bahwa Pasal 6 UU No. 39 tahun 1999 tentang HAM sekaligus mengakui hak perorangan atau individual serta hak kolektif dari masyarakat hukum adat.¹⁷⁶ Hak perorangan dari masyarakat hukum adat berarti hak anggotanya secara individu sebagaimana diatur dalam UUD NKRI tahun 1945 Pasal 28 A s.d Pasal 28 J dan sebagaimana diatur dalam UU No. 39 Tahun 1999 tentang HAM. Hak kolektif sendiri meliputi hak untuk menentukan nasib sendiri, hak bebas dari genosida, hak atas pembangunan dan untuk mengakses sumberdaya, hak untuk melestarikan atau melindungi kebudayaan sendiri, dan hak untuk tidak didiskriminasi karena alasan ras, agama, atau bahasa.¹⁷⁷ Oleh karena itu, secara ringkasnya hak kolektif tersebut dikategorikan sebagai hak hidup dan hak untuk mempertahankan kehidupannya

¹⁷⁶ Billah dalam *Ibid*, halaman 92.

¹⁷⁷ Baehr dalam *Ibid*, halaman 93.

sebagaimana yang ditetapkan oleh Pasal 28 I UUD NKRI tahun 1945 ; *“Setiap orang berhak untuk hidup serta berhak mempertahankan hidup dan kehidupannya.”* Ketentuan tersebut tentu saja berlaku tidak terkecuali untuk masyarakat hukum adat secara kolektif karena sesuai dengan Pasal 28 I UUD NKRI tahun 1945; *“Identitas budaya dan hak masyarakat tradisional dihormati selaras dengan perkembangan zaman dan peradaban.”*

Pembahasan tentang hak ulayat tersebut merupakan titik awal dari hak masyarakat hukum adat atas sumber daya genetik yang ada di wilayah hidupnya. Hak ulayat sebagaimana telah dijelaskan di atas adalah hak atas tanah, perairan, tumbuh-tumbuhan, dan binatang yang ada dalam wilayah hidupnya dan yang menjadi sumber penghidupannya. Hal ini memiliki benang merah bila dikaitkan dengan pengertian sumber daya genetik dalam *Convention On Biological Diversity/ CBD* yakni :

Article 2 CBD

“Genetic resources means genetic material of actual or potential value.”

Terjemahan bebasnya yakni, *“sumber daya genetik adalah **material genetik** yang mempunyai nilai nyata atau potensial.”*

*“Material genetic means any material of **plant, animal, microbial, or other origin containing functional units of heredity.**”*

Terjemahan bebasnya yakni, *“material genetik adalah bahan dari tumbuhan, binatang, jasad renik atau jasad lain yang mengandung unit-unit fungsional pewarisan sifat (hereditas).”*

Berdasarkan pada pengertian dari sumber daya genetik tersebut maka dapat disimpulkan bahwa hak ulayat meliputi pula hak masyarakat hukum adat atas sumber daya genetik yang ada dalam wilayah hidupnya dan yang menjadi sumber penghidupannya. Oleh karena itu, masyarakat hukum adat di Indonesia pada hakikatnya telah memperoleh pengakuan hukum dan perlindungan hukum (melalui pengakuan hak ulayat) sebagai pemangku hak atas sumber daya genetik yang ada di wilayah hidupnya dan yang menjadi sumber penghidupannya. Namun, pengakuan dan perlindungan hukum terhadap masyarakat hukum adat di Indonesia sebagai pemangku hak atas sumber daya genetik tersebut masih terhalang dengan sistem pengakuan bersyarat yang diterapkan Negara. Sistem pengakuan bersyarat terhadap masyarakat hukum adat telah menyebabkan terbatasnya masyarakat hukum adat yang diakui sebagai entitas hukum, sehingga

terbatas pula masyarakat hukum adat yang diakui hukum sebagai pemangku hak atas sumber daya genetik. Komunitas masyarakat adat yang berjumlah 20.000 kelompok, menurut data Komnas HAM, hanya tiga yang baru diakui hingga kini melalui tiga Peraturan Daerah dengan menunjuk langsung subjek masyarakat hukum adatnya dan mengakui hak ulayatnya. Ketiga Peraturan Daerah itu :

1. Perda Kabupaten Lebak Propinsi Banten No. 32 tahun 2001 tentang Perlindungan atas Hak Ulayat Masyarakat Baduy.

Orang Kanekes atau Orang Baduy yang di dalam penelitian ini disebut Masyarakat Baduy adalah suatu kelompok masyarakat adat Sunda di wilayah Kabupaten Lebak, Provinsi Banten. Sebutan "Baduy" merupakan sebutan yang diberikan oleh penduduk luar kepada kelompok masyarakat tersebut karena adanya Sungai Baduy dan Gunung Baduy yang ada di bagian utara dari wilayah mereka. Mereka sendiri lebih suka menyebut diri sebagai *urang Kanekes* atau "orang Kanekes" sesuai dengan nama wilayah mereka yang saat ini menjadi Desa Kanekes.¹⁷⁸

¹⁷⁸ Yance Arizona, dkk., Kertas Kerja Epistema No. 5/2010, *Kuasa dan Hukum : Realitas Pengakuan Hukum terhadap Hak Masyarakat Adat atas Sumber Daya Alam*, http://epistema.or.id/wp-content/uploads/2012/01/Working_Paper_Epistema_Institute_05-2010.pdf, halaman 8, diakses 1 Oktober 2012.

Wilayah Baduy berada di Desa Kanekes, Kecamatan Leuwidamar, Kabupaten Lebak, Provinsi Banten. Secara geografis terletak pada 6°27'27"–6°30'0" LS dan 108°3'9"–106°4'55" BT. Berdasarkan Peraturan Daerah Kabupaten Lebak No. 32 Tahun 2001 dan Keputusan Bupati No. 590 / Kep.233 / Huk / 2003 tentang Penetapan Batas-Batas Detail Tanah Hak Ulayat Masyarakat Adat Baduy di Desa Kanekes Kecamatan Leuwidamar Kabupaten Lebak, wilayah hak ulayat Masyarakat Hukum Adat Baduy adalah 5.136.58 Ha, terdiri dari pemukiman seluas 2.136,58 Ha dan hutan lindung seluas 3.000 Ha. Saat ini wilayah hak ulayat Masyarakat Hukum Adat Baduy telah dicatat dalam peta dasar pendaftaran tanah di Kantor Pertanahan Lebak dan telah pula dicatatkan dalam daftar tanah di Badan Pertanahan Nasional.¹⁷⁹

Sumber daya alam yang ada di wilayah adat Baduy meliputi 120 sumber air, hewan (berupa kera, lutung, kijang, dan harimau), hutan produksi (tidak boleh ditebang sembarangan), hutan lindung, dan perladangan. Hutan produksi dan hutan lindung dimiliki dan dikuasai secara bersama serta dikelola atau dimanfaatkan berdasarkan hukum adat. Hutan produksi dapat dimanfaatkan dan ditebang, tetapi penebangan kayu di hutan produksi ini tidak dapat dilakukan

¹⁷⁹ Rikardo Simarmata, *Pengakuan Hukum terhadap Masyarakat Adat di Indonesia*, *Op.Cit.*, halaman 215

sembarangan. Sedangkan untuk hutan lindung tidak dapat dimanfaatkan karena hutan ini diperuntukkan untuk kepentingan adat dan diawasi secara langsung oleh *Puun*.¹⁸⁰

Hutan Masyarakat Baduy yang dikenal dengan nama *leuweung kolot (hutan tua)*, menurut Fawnia (2004), flora yang dapat ditemukan berjumlah 109 spesies, contohnya adalah jeret (*Terminalia arborea*), raksamala (*Altingia excelsa*), dan biksir (*Durio zibethinus*). Lalu menurut Iskandar (1992), fauna yang umumnya dapat ditemukan yaitu burung (30 spesies), mamalia (13 spesies), ikan (19 spesies), dan reptil (8 spesies). Menurut Wirdateti (2005), salah satu contoh fauna dilindungi yang berada di hutan Baduy adalah kukang (*Nycticebus coucang*).¹⁸¹ Berdasarkan riset dari Nurul Iman Suansa keanekaragaman tumbuhan yang terdapat di wilayah adat Masyarakat Hukum Adat Baduy berjumlah 466 habitus (terdiri dari pohon, herba, liana, epifit, palma, dan semak) yang banyak dimanfaatkan dalam kehidupan sehari-hari Masyarakat Hukum Adat Baduy. Jumlah keanekaragaman tersebut secara riil akan lebih besar lagi karena jumlah tersebut hanya berasal dari bagian 'luar' *leuweung titipan* (hutan lindung), sebab masyarakat bukan Baduy dilarang masuk ke *leuweung titipan*

¹⁸⁰ Yance Arizona, dkk., *Kertas Kerja Epistema, Op.Cit.*, halaman 23.

¹⁸¹ Nurul Iman Suansa, *Op. Cit.*, halaman 23.

dengan bebas (ada daerah yang tidak boleh dimasuki masyarakat selain Baduy).¹⁸²

Bagi Masyarakat Baduy, Perda No. 32 Tahun 2001 tersebut merupakan bentuk pengakuan hukum pemerintah terhadap Masyarakat Baduy atas sumber daya alamnya. Bahkan Perda ini dipandang dapat mengamankan wilayah adat sekaligus sumber daya alam yang ada di wilayah Masyarakat Baduy. Mereka menegaskan bahwa jika tidak ada Perda ini, maka Wilayah Adat Baduy akan habis dan rusak oleh pihak luar.¹⁸³

2. Perda Kabupaten Nunukan Propinsi Kalimantan Timur No. 3 tahun 2004 tentang Hak Ulayat Masyarakat Hukum Adat dan Perda No. 4 tahun 2004 tentang Hak Ulayat Masyarakat Hukum Adat (Dayak) Lundayeh.

Masyarakat Dayak Lundayeh adalah masyarakat asli Kalimantan yang berdomisili di wilayah pedalaman Kalimantan Timur. Perda Masyarakat Hukum Adat Lundayeh menegaskan bahwa Masyarakat Hukum Adat Lundayeh adalah yang mendiami Kecamatan Krayan dan ikatan sosialnya bersifat genealogis-teritorial. Masyarakat Hukum Adat Lundayeh terbagi kedalam lima kelompok yang masing-masing kelompok

¹⁸² *Ibid*, halaman 68-79.

¹⁸³ Yance Arizona, dkk., *Kertas Kerja Epistema, Op.Cit.*, halaman 23

dipimpin oleh kepala adat besar dan ketua adat desa. Perda Masyarakat Hukum Adat Lundayeh mengatakan secara tegas bahwa objek hak ulayat Masyarakat Lundayeh tidak termasuk kandungan bahan tambang. Jadi hanya meliputi tanah, hutan, dan perairan. Hak ulayat Masyarakat Lundayeh juga tidak akan meliputi tanah-tanah yang sudah dihaki perorangan, instansi pemerintah maupun badan hukum menurut ketentuan peraturan perundang-undangan. Di atas tanah ulayat yang dihaki dengan hak ulayat, Masyarakat Hukum Adat Lundayeh berhak melakukan pengelolaan hutan, pemungutan hasil hutan berdasarkan hukum adat sepanjang pemungutan hasil hutan berdasarkan hukum adat sepanjang tidak bertentangan dengan peraturan perundang-undangan yang berlaku. Sebaliknya, Masyarakat Hukum Adat Lundayeh juga diwajibkan menjaga dan memelihara kelestarian hutan.¹⁸⁴

Keanekaragaman tumbuh-tumbuhan yang terdapat di wilayah hidup Masyarakat Hukum Adat Lundayeh berjumlah 365 dengan rincian pemanfaatannya 2 spesies untuk bahan pangan utama, 109 spesies untuk bahan pangan tambahan, 183 spesies untuk obat-obatan, 3 spesies untuk ritual, 25 spesies untuk kerajinan dan teknologi lokal, 23 spesies untuk

¹⁸⁴ Rikardo Simarmata, *Pengakuan Hukum terhadap Masyarakat Adat di Indonesia*, Op. Cit., halaman 256-257.

anti racun dan bahan racun, 9 spesies untuk bahan pewarna, dan 11 spesies untuk kayu bakar.¹⁸⁵

3. Perda Kabupaten Bungo Propinsi Jambi No. 3 tahun 2006 tentang Masyarakat Hukum Adat Datuk Sinaro Putih Kecamatan Pelepat Kabupaten Bungo.

Masyarakat Hukum Adat Datuk Sinaro Putih di Desa Batu Kerbau meliputi dua desa yakni Desa Batu Kerbau dan Desa Baru Pelepat. Masyarakat Hukum Adat Datuk Sinaro Putih masih tetap mempertahankan adat istiadat Minangkabau dalam kehidupan sehari-hari. Hal ini tidak terlepas dari sejarah lahirnya Masyarakat Hukum Adat Datuk Sinaro Putih yang berasal dari Kerajaan Pagaruyung, Minangkabau. Masyarakat Hukum Adat Datuk Sinaro Putih di Desa Batu Pelepat mengenali sekitar 312 jenis tumbuhan dan manfaatnya. Dari jumlah itu, 115 jenis sebagai sumber makanan, 118 jenis obat-obatan dan 79 jenis bahan bangunan.¹⁸⁶

Masyarakat Hukum Adat Datuk Sinaro Putih yang ada di Desa Batu Kerbau telah memiliki hutan adat sesuai dengan

¹⁸⁵ Purity Sabila Ajiningrum, *Value Potensi Keanekaragaman Jenis Hasil Hutan Non Kayu Masyarakat Loka Dayak Lundayeh dan Uma' Lung di Kabupaten Malinau Kalimantan Timur*, (Tesis : Fakultas MIPA, Program Studi Biologi, Program Pasca Sarjana Universitas Indonesia, 2011), halaman 52.

¹⁸⁶ Novasyurahati dan Endah Sulistyawati, *Kelimpahan Sumberdaya Hutan di Sekitar Desa Baru Pelepat dalam Belajar dari Bungo Mengelola Sumberdaya di Era Desentralisasi*, (Bogor : Center for International Forestry Research / CIFOR, 2008), halaman 28, http://www.cifor.org/publications/pdf_files/Books/BADnan0801.pdf, diakses pada 1 Oktober 2012.

penetapan *Hutan Adat Desa Batu Kerbau* berdasarkan Surat Keputusan Bupati Bungo No. 1249 tentang Pengukuhan Hutan Adat Desa Batu Kerbau Kecamatan Pelepat Kabupaten Bungo. Desa Batu Kerbau terletak di hulu Batang Pelepat Kabupaten Bungo Propinsi Jambi.¹⁸⁷

Hak atas sumber daya alam menurut Masyarakat Hukum Adat Datuk Sinaro Putih meliputi kawasan hutan adat dan hutan lindung desa. Hak ini terbagi atas hak mengelola dan memiliki kawasan adat secara komunal. Awalnya kondisi sumber daya alamnya masih terjaga dengan baik. Namun sekitar awal tahun 2000-an, kondisi sumber daya alam mereka sempat mengalami kerusakan karena adanya aktifitas perusahaan dan *illegal logging*. Distribusi sumber daya alam yang ada ditata berdasarkan piagam kesepakatan. Distribusi dan sistem penguasaan sumber daya alam pada prakteknya terjadi ketimpangan antara yang memiliki kuasa dan yang tidak di dalam masyarakat. Hal ini dipengaruhi pula oleh posisi kelompok pengelola hutan adat (KPHA) mulai melemah.¹⁸⁸

Penelitian etnobotani terhadap ketiga masyarakat hukum adat yang telah diakui Negara tersebut menunjukkan bahwa ketiganya sangat kaya akan pengetahuan tentang manfaat-manfaat sumber daya genetik yang ada di wilayah hidupnya.

¹⁸⁷ Yance Arizona, dkk., *Kertas Kerja Epistema, Op.Cit.*, halaman 10.

¹⁸⁸ *Loc. Cit.*

Masyarakat Hukum Adat Baduy memiliki pengetahuan tentang manfaat sekitar 400 sumber daya genetik tumbuh-tumbuhan di wilayah hidupnya. Masyarakat Hukum Adat Dayak Lundayeh memiliki pengetahuan tentang manfaat sekitar 360 sumber daya genetik tumbuh-tumbuhan di wilayah hidupnya. Masyarakat Hukum Adat Datuk Sinaro Putih memiliki pengetahuan tentang manfaat sekitar 300 sumber daya genetik tumbuh-tumbuhan di wilayah hidupnya. Jumlah tersebut hanya sebagian kecil dari jumlah yang sumber daya genetik yang dikenal masyarakat adat di Indonesia mengingat masih sekitar 19.977 masyarakat adat yang belum diakui Negara sebagai masyarakat hukum adat.

2. Kebijakan Perlindungan Hukum terhadap Masyarakat Hukum Adat di Indonesia atas Pemanfaatan Sumber Daya Genetik di Masa Mendatang

a. Perlindungan dan Pengakuan Hak terhadap Masyarakat Hukum Adat dalam Perundang-undangan Khusus

Perlindungan hukum terhadap masyarakat hukum adat atas pemanfaatan sumber daya genetik sebagai suatu kekayaan intelektual di Indonesia sebagaimana telah diuraikan di atas tak lepas dari sistem pengakuan bersyarat terhadap masyarakat hukum adat yang diterapkan oleh Negara. Sistem ini membatasi kelompok-kelompok masyarakat adat untuk diakui sebagai masyarakat hukum adat (yang memiliki entitas hukum) dan pada akhirnya membatasi hak-hak kelompok-kelompok masyarakat adat untuk diakui sebagai pemangku hak atas sumber daya genetik yang ada di wilayah hidupnya dan yang menjadi sumber penghidupannya. Sistem pengakuan bersyarat ini, sebagaimana telah dibahas di atas, hingga kini masih menimbulkan pertentangan antara Pemerintah Republik Indonesia dan aktivis-aktivis pembela hak-hak kelompok-kelompok masyarakat adat.

Pertentangan antara Pemerintah Indonesia dan aktivis pembela hak-hak masyarakat adat pada dasarnya berakar

pada tiga persoalan mendasar yang dialami masyarakat hukum adat.

Eddie Riyadi Terre menyebutkan ada tiga persoalan mendasar yang dialami masyarakat adat ; pertama, hubungan masyarakat adat dengan tanah dan wilayah tempat mereka hidup dan darimana mereka mendapatkan penghidupan; kedua, masalah *rights to self-determination* yang sering menjadi berbias politik dan sekarang masih menjadi perdebatan; ketiga, masalah *identification* yaitu siapakah yang dimaksud dengan masyarakat adat, apa saja kriterianya, apa bedanya dengan masyarakat bukan adat/bukan asli/bukan pribumi (*non-indigenous people*).¹⁸⁹

Ketiga persoalan mendasar yang dialami masyarakat hukum adat tersebut menjadi pertentangan antara Pemerintah Indonesia dan aktivis pembela hak-hak masyarakat hukum adat karena 'solusi' pemerintah atas persoalan-persoalan tersebut dilakukan melalui pengakuan bersyarat dalam hukum positif. Aktivis pembela hak-hak kelompok masyarakat adat berpendapat bahwa pemerintah telah sewenang-wenang dalam menetapkan 'gaya' pengakuan bersyarat terhadap masyarakat hukum adat. Pemerintah Indonesia, di sisi lain, memberlakukan pengakuan bersyarat terhadap masyarakat hukum adat sebagai konsekuensi dari kedaulatan Negara. Pertentangan ini lebih jauh lagi dapat ditinjau dari Teori Hukum Alam dari John Locke, dan Thomas Aquinas.

John Locke memandang bahwa hukum yang dibuat dalam negara bertugas untuk melindungi hak-hak dasar

¹⁸⁹ Eddie Riyadi Terre, www.academia.edu/1475460/hak_masyarakat_adat_dalam_perspektif_hkm.intl., diakses pada 1 November 2012.

yaitu kebebasan, hak hidup, dan kepemilikan harta. Hukum yang diarahkan untuk perlindungan hak-hak kodrat tersebut haruslah yang dibuat oleh rakyat melalui kekuasaan legislasi. Kekuasaan legislasi tersebut bukanlah kekuasaan mutlak karena ia harus menghormati hukum alam dan nalar. Hal tersebut dikarenakan hukum alam dan nalar itu merupakan landasan cita hukum untuk membuat aturan hukum positif. Cita hukum yang dimaksud adalah pelestarian masyarakat dan pelestarian tiap anggota masyarakat, melarang menghancurkan hidupnya, dan melarang merampas hidup dan kekayaan orang lain.¹⁹⁰

Cita hukum sebagai landasan hukum positif tersebut sangat erat kaitannya dengan pengakuan terhadap masyarakat hukum adat di Indonesia. Hukum positif Indonesia harus selalu berlandaskan pada pelestarian masyarakat hukum adat dan pelestarian tiap anggota masyarakat hukum adat, pelarangan menghancurkan hidup masyarakat hukum adat, dan pelarangan perampasan kekayaan masyarakat hukum adat. Pemerintah Indonesia yang memberlakukan pengakuan bersyarat terhadap masyarakat hukum adat dalam perundang-undangan pada hakikatnya telah berlandaskan cita hukum tersebut. Pengakuan bersyarat tersebut telah membuka ruang bagi pelestarian masyarakat hukum adat sebagai suatu entitas hukum yang memiliki kedudukan yang sama di mata hukum dan pemerintahan sehingga memungkinkan mereka mendapat hak-hak dan kewajiban-kewajiban yang sama dengan warganegara lainnya. Pengakuan bersyarat tersebut juga telah

¹⁹⁰ Bernard L. Tanya, *Op.Cit.*, halaman 72.

mengakui hak bagi masyarakat hukum adat atas tanah dan wilayah hidupnya. Masyarakat hukum adat berhak untuk hidup dan mencari penghidupan di tanah dan wilayah hidupnya dengan mempertahankan adat istiadat, tradisi, dan budayanya. Pengakuan bersyarat tersebut juga melarang pihak-pihak yang bukan masyarakat hukum adat untuk mengeksploitasi tanah dan wilayah hidup masyarakat hukum adat.

Namun, ada persoalan yang timbul dari ketentuan pengakuan bersyarat tersebut yakni apabila instansi tertentu diminta untuk mengakui keberadaan masyarakat hukum adat, mereka akan selalu berdalih bahwa prosesnya harus didahului oleh pengakuan Pemerintah Daerah. Hal ini jelas menimbulkan hambatan dalam pelaksanaan pengakuan masyarakat hukum adat karena tidak semua pemerintah daerah peduli dengan permasalahan ini. Hambatan lain yang dialami oleh Pemerintah Daerah dalam proses pengakuan masyarakat hukum adat adalah proses identifikasi keberadaan masyarakat hukum adat. Sementara itu, identifikasi keberadaan masyarakat hukum adat bukanlah kegiatan yang bisa ditemukan nomenklaturinya dalam tugas pokok dan fungsi dinas/badan Pemda serta alokasi pendanaan pembangunan daerah.¹⁹¹ Hambatan-hambatan semacam inilah yang menjadikan sistem pengakuan bersyarat

¹⁹¹ Asep Yunan Firdaus, *Op.Cit.*, halaman 12.

seakan-akan mempersulit perlindungan terhadap masyarakat hukum adat.

Thomas Aquinas sendiri berpendapat bahwa hukum dapat mengandung ketidakadilan manakala bertentangan dengan gagasan tentang kesejahteraan manusia. Ketidakadilan tersebut dapat terjadi karena tiga hal yang salah satunya karena penguasa memaksakan hukum yang tidak membawa kesejahteraan umum tetapi semata-mata hanya karena keinginan penguasa sendiri. Aquinas menyebut hal tersebut sebagai tindak kekerasan dari hukum.¹⁹²

Aquinas membedakan antara hukum yang berasal dari wahyu dengan hukum yang dijangkau akal manusia. Hukum yang berasal dari wahyu disebut *ius divinum positivum* (hukum Ilahi Positif). Hukum yang ditemui lewat kegiatan akal yaitu (i) *ius naturale* (hukum alam), (ii) *ius gentium* (hukum bangsa-bangsa), dan (iii) *ius positivum humanum* (hukum positif buatan manusia). Ketentuan hukum harus searah dengan nilai-nilai moral oleh karena itu Aquinas berpendapat bila *ius positivum humanum* bertelingkah dengan *ius naturale* maka *ius positivum humanum* harus dikalahkan.¹⁹³

Pemerintah Indonesia, berdasarkan pendapat Thomas Aquinas, telah menetapkan hukum positif tentang pengakuan bersyarat pada masyarakat hukum adat yang justru tidak membawa kesejahteraan bagi masyarakat hukum adat pada umumnya. Hal ini dapat terjadi karena apabila suatu kelompok masyarakat adat yang tidak memenuhi kriteria dari hukum

¹⁹² Agus Sardjono, HKI dan Pengetahuan Tradisional, *Op.Cit.*, halaman 27.

¹⁹³ Bernard L. Tanya, *Op.Cit.*, halaman 59.

positif Indonesia dianggap tidak punya hak atas tanah dan lingkungan tempat tinggalnya. Terdegradasinya kehidupan masyarakat hukum adat sebagian besar disebabkan oleh konflik penguasaan tanah, yang masyarakat hukum adat disebut sebagai tanah hak ulayat telah merebak seiring dengan kebutuhan pemerintah maupun investor HPH (Hutan Penguasaan Hutan) dan HTI (Hutan Tanaman Industri). Berbagai proyek pemerintah maupun swasta yang memanfaatkan tanah masyarakat sering menuai konflik, sebagaimana dilansir oleh Koordinator Institut Indonesia Hijau (IHI) Chalid Muhammad, bahwa saat ini ada sekitar 4.000 konflik di masyarakat antara rakyat dan pengusaha.¹⁹⁴ Hal tersebutlah bahkan mendorong pengusiran kelompok masyarakat adat dari tempat tinggalnya.

Hal tersebut dialami oleh Orang Moronene di Sulawesi Tenggara yang dipaksa pindah dari kawasan Taman Nasional Rawa Opa. Begitu juga perlakuan terhadap Orang Kat dan Lindu yang tinggal di dalam Taman Nasional Lore Lindu (Sulawesi Tenggara). Orang Mentawai yang tinggal di kawasan Taman Nasional Mentawai serta Orang Rimba yang berdiam di dalam Taman Nasional Bukit Tiga Puluh (Jambi & Riau).¹⁹⁵

¹⁹⁴ Kompas, 31 Oktober 2009.

¹⁹⁵ Rikardo Simarmata, *Menyongsong Berakhirnya Abad Masyarakat Adat: Resistensi Pengakuan Bersyarakat. Op.Cit.*

Huma bahkan menemukan fakta-fakta yang terkait dengan penerapan pengakuan bersyarat, yakni :¹⁹⁶

a. Putusnya Hubungan Masyarakat Hukum Adat dengan Hutan

Karena hutan masyarakat hukum adat telah beralih menjadi kawasan hutan negara, maka negara memiliki kewenangan untuk membuat aturan di atasnya. Termasuk aturan yang membatasi dan bahkan melarang orang untuk memasuki dan beraktivitas di dalam kawasan hutan. Begitu juga aturan yang membolehkannya memberikan hak kepada orang atau badan hukum tertentu untuk mengambil manfaat atas hasil hutan. Pembatasan, pelarangan atau bahkan pengusiran masyarakat hukum adat dari kawasan hutan berawal dari kewenangan ini. Tidak bisa disangkal bahwa pelarangan atau pembatasan masyarakat hukum adat untuk masuk ke dalam kawasan hutan telah memenggal relasi mereka dengan hutan. Dalam bentuk yang sederhana, pemenggalan ini telah menyebabkan masyarakat hukum adat kehilangan akses dalam mengelola hutan, seperti yang terjadi di Kawasan Ekosistem Halimun. Pelarangan yang sama juga dapat ditemui di Kampung Ponti Tapau, Kecamatan Entikong, Kabupaten Sanggau. Masyarakat di Desa Maholo, Watutau,

¹⁹⁶ Asep Yunan Firdaus, *Op.Cit.*, halaman 8-12.

Tamadue, Wuasa, Alitupu, Winowanga dan Wanga di Kecamatan Lore Utara, bahkan dilarang untuk memasuki kebun dan sawahnya. Larangan memasuki kawasan hutan bukan hanya menghilangkan akses untuk mengelola hutan tetapi juga menyebabkan punahnya situs-situs budaya. Situs-situs itu punah karena masyarakat hukum adat tidak bisa lagi merawatnya sejak dilarang memasuki kawasan hutan seperti yang terjadi di Kampung Banglo, Kecamatan Bastem, Kabupaten Luwu, Sulawesi Selatan. Sementara di sejumlah desa di Kabupaten Donggala dan Poso, kepunahan situs-situs budaya ditandai dengan kenyataan-kenyataan berikut ini:

1. Hilangnya situs-situs megalithikum;
2. Rusaknya kuburan-kuburan tua; dan
3. Punahnya tempat-tempat bersejarah antara lain kampung tua, kuburan leluhur, tempat-tempat ritual keagamaan, simbol-simbol ketahanan pangan.

Karena hutan merupakan bagian dari wilayah atau ruang hidup (*lebensraum*) masyarakat hukum adat, pemisahannya dengan masyarakat hukum adat selalu menyebabkan perubahan atau pergeseran pada faham, nilai dan tatanan sosial. Faham, nilai dan tatanan sosial masyarakat lokal lahir

dari hasil melakukan interaksi dengan alam, termasuk hutan. Logikanya, bila hutan dipisahkan dari mereka sama artinya meniadakan sumber lahirnya faham, nilai dan tatanan sosial. Mengambil hutan dari mereka identik dengan mengambil faham, nilai dan tatanan sosial mereka. Kini, masyarakat hukum adat di Melawi (Kalbar) berpotensi meninggalkan faham komunal mereka yang mengibaratkan rimba sebagai ibu yang mampu menyediakan dan memenuhi kebutuhan hidup bagi masyarakat.

b. Kerusakan Sosial dan Biofisik

Di Kampung Ponti Tapau (Sanggau), kehadiran Hak Pemungutan Hasil Hutan milik PT. SGB telah mendatangkan sejumlah kerusakan fisik. Diantaranya, sawah masyarakat jadi tergenang, air sungai tersumbat dan ikan-ikan menjadi punah akibat limbah dan lumpur. Selain di Kampung Ponti Tapau, kerusakan juga terjadi di Kampung Lanong. Hutan milik masyarakat kampung ini rusak akibat beroperasinya HTI milik PT. Pinantara. Di Kabupaten Melawi, kehadiran HPH dan HPHH telah mendatangkan banjir dan tanah longsor. Kerusakan biofisik juga berlangsung pada sejumlah tempat di Kabupaten Donggala dan Mamuju Utara. Kerusakannya muncul dalam bentuk: (i) punahnya bentuk vegetasi hutan akibat kehadiran HPH dan konversi hutan; (ii) erosi dan banjir;

(iii) kesulitan mendapatkan air bersih; dan (iv) merebaknya hama tanaman. Bukan hanya dilanda oleh kerusakan bio-fisik, sejumlah tempat di dua kabupaten ini juga mengalami kerusakan sosial. Pembakaran Ngata Tompu di Kecamatan Sigi Biromaru (Donggala), berikut pengusiran Orang Tompu dari kampung tersebut, sekaligus telah meruntuhkan bangunan tatanan politik, ekonomi, sosial dan budaya yang memiliki kaitan dengan hutan. Di Kabupaten Melawi, pemberian HPHH telah menyulut konflik sesama anggota masyarakat seperti yang terjadi antara sebagian penduduk Guhung Keruap dengan penduduk Dusun Bunyau di Kecamatan Menukung. Keduanya terlibat dalam konflik akibat penerbitan HPHH oleh Bupati Sintang pada tahun 2001.

c. Kemiskinan

Masyarakat yang hutannya diambil paksa dan tidak memiliki lahan lain untuk diusahakan, akan berubah menjadi penganggur seperti yang berlangsung Kabupaten Banyumas, Purbalingga dan Pemalang (Jawa Tengah). Terpotongnya akses masyarakat untuk memanfaatkan hasil hutan telah turut menjadi penyebab kemiskinan. Mayoritas penduduk, yang ditaksir berjumlah antara 40 – 60 juta jiwa yang tinggal di dalam dan di sekitar kawasan hutan, digolongkan miskin menurut ukuran pemerintah.

Contoh lain adalah komunitas orang Rimba (suku Kubu) di Jambi, yang terusir dari hutan tempat tinggal mereka, karena hutannya sudah jadi lokasi transmigrasi atau dikuasai oleh investor untuk perkebunan, sehingga hidup di pinggir jalan lintas Sumatera sebagai pengemis dan gelandangan.¹⁹⁷

Fakta-fakta tersebut menggambarkan bahwa hingga kini pelaksanaan sistem pengakuan bersyarat yang diterapkan masih membatasi kesejahteraan bagi masyarakat hukum adat dan masih menghambat kebahagiaan bagi mereka. Hal ini tidaklah sesuai dengan pendapat Aquinas bahwa *ius positivum* (hukum positif tentang masyarakat hukum adat Indonesia) harus sesuai dengan *ius naturale* yang bertujuan bahwa hukum harus membawa kebahagiaan bagi masyarakatnya.

Apabila pemerintah Indonesia masih ingin mempertahankan sistem pengakuan bersyarat ini maka hendaknya pemerintah Indonesia merancang suatu perundang-undangan tersendiri tentang masyarakat hukum adat¹⁹⁸. Pembentukan hukum positif tersendiri tentang masyarakat hukum adat diperlukan untuk menghindari kerancauan pelaksanaan pengakuan masyarakat hukum adat yang selama ini terjadi. Pembentukan hukum positif tersebut juga akan lebih

¹⁹⁷ Huma berdasarkan pemberitaan Kompas, tanggal 23 Januari 2011.

¹⁹⁸ DPR telah memiliki Rancangan Undang-Undang Pengakuan dan Perlindungan Hak Masyarakat Hukum Adat (RUU PPMA), RUU ini menggunakan terminologi Masyarakat Hukum Adat dan tetap menerapkan sistem pengakuan bersyarat.

menjamin hak-hak masyarakat hukum adat dalam konteks pemanfaatan sumber daya genetik yang merupakan sumber kehidupan mereka.

b. Pembentukan Perundang-undangan *Sui Generis* (*Sui Generis System*) atau *HKI-Plus*

Perundang-undangan *Sui Generis* seringkali dikaitkan dengan perlindungan terhadap pengetahuan tradisional. Hal ini dikarenakan substansi yang terpenting dari undang-undang *sui generis* yang dimaksud adalah adanya pengakuan yang tegas bahwa masyarakat lokal adalah 'pemilik' dari pengetahuan tradisional yang bersangkutan.¹⁹⁹ Perundang-undangan *sui generis* perlu dibentuk berdasarkan alasan-alasan sebagai berikut :²⁰⁰

- (1) Rezim HKI bukanlah rezim yang didesain untuk memberikan perlindungan terhadap pengetahuan tradisional.
- (2) Rezim HKI hanyalah rezim yang dirancang untuk tujuan spesifik saja dan tidak siap dengan penambahan tujuan baru seperti tujuan perlindungan pengetahuan tradisional.

Perundang-undangan *sui generis* secara eksplisit memang seringkali digunakan untuk memberikan perlindungan terhadap pengetahuan tradisional tetapi secara implisit

¹⁹⁹ Agus Sardjono, *HKI dan Pengetahuan Tradisional, Op.Cit.*, halaman 249.

²⁰⁰ W. Lesser, *Op.Cit.*, halaman 125.

perundang-undangan *sui generis* turut mengatur tentang hak masyarakat hukum adat. Hal tersebut dikarenakan kelompok masyarakat adat (secara umum) adalah 'kreator' dari pengetahuan tradisional termasuk dalam konteks pengetahuan tradisional yang terkait dengan sumber daya genetik. Masyarakat adat, dalam konteks tersebut, adalah 'pengungkap' manfaat dari sumber daya genetik tertentu yang berhak mendapatkan perlindungan hukum atas hak hidup dan hak mencari penghidupan dari sumber daya genetik yang ada di wilayah hidupnya.

Proses pembentukan perundang-undangan *sui generis* yang melindungi hak-hak masyarakat adat tersebut tidak boleh mengesampingkan hukum yang dijiwai oleh masyarakat adat, yakni hukum adat itu sendiri. Hukum adat atau hukum kebiasaan (*customary law*) dapat menjadi salah satu alternatif sumber atau bahan untuk merumuskan hak-hak masyarakat lokal di dalam undang-undang *sui generis*. Prinsip-prinsip hukum adat yang dapat diakomodasi dalam UU *sui generis* adalah .²⁰¹

- a. Pengaturan harus bersifat sederhana, artinya apa yang diatur dalam undang-undang *sui generis* mudah dimengerti dan pelaksanaannya tidak membutuhkan prosedur yang rumit. Pola pikir sederhana ini sesuai dengan sistem hukum adat yang bersifat *terang* dan *tunai*.

²⁰¹ *Ibid*, halaman 249-251.

- b. Pengaturan tidak boleh mengabaikan unsur-unsur yang berlandaskan pada norma agama. Hal ini sejalan dengan sistem hukum adat yang bersifat magis-religius. Ukuran penghargaan tidak hanya sekedar bersifat material dalam bentuk imbalan ekonomis.
- c. Pengaturan hendaknya tetap berlandaskan kepada sistem kemasyarakatan yang sangat menghargai kebersamaan. Ini sejalan dengan hukum adat yang tidak individualis.
- d. Pengaturan harus mampu menjamin atau sekurang-kurangnya memberikan kemungkinan yang besar agar pemanfaatan pengetahuan tradisional (terutama pengetahuan tradisional yang terkait sumber daya genetik) beserta praktik-praktik yang terkait dengannya benar-benar dapat memberikan kesejahteraan pada masyarakat pada umumnya.

Berikut ini akan diuraikan mengenai pengaturan perundang-undangan *sui generis* di beberapa negara di dunia.

202

a. Australia

Australia adalah salah satu dari 17 negara *megabiodiversity* di dunia yang memiliki banyak spesies endemik. Sebagai gambaran, satu hektar hutan hujan *Daintree* yang berada di Queensland memiliki tanaman dengan jumlah yang jauh lebih banyak daripada seluruh hutan yang ada di

²⁰² Keseluruhan uraian mengenai pengaturan mengenai pengetahuan tradisional berikut ini dikutip dari tulisan Tisni Santika dan Brad Sherman dalam Ika Edriantika, *Perlindungan Pengetahuan Tradisional Sebagai Prior Art Dalam Pengelolaan Kekayaan Intelektual Di Indonesia*, (Semarang : Tesis Magister Ilmu Hukum Universitas Diponegoro, 2012), halaman 152-166.

bagian utara benua Amerika.

Dalam beberapa tahun terakhir, sejumlah produk yang berasal dari sumber daya hayati Australia telah dikembangkan, antara lain berupa kaca penahan sinar matahari yang dikembangkan melalui penelitian terhadap kemampuan batu karang untuk menahan radiasi, dan produk racun anti serangga yang berasal dari spesies pohon *eucalyptus*.

Instrumen hukum di Australia yang berisi regulasi mengenai sumber daya genetik dan pengetahuan tradisional diantaranya adalah *The 1999 Environment Protection and Biodiversity Conservation Act* yang (*The 1999 EPBCA*) dan aturan pelaksanaannya *The Environment Protection and Biodiversity Conservation Regulations 2001 (The 2001 EPBCR)*. Tujuan *The 1999 EPBCA* yang dimuat dalam *section 301* secara umum adalah untuk mengimplementasikan *The United Nation Convention on Biological Diversity* (CBD) di Australia, untuk mengukur dampak lingkungan dan untuk membentuk suatu rezim yang terintegrasi antara pembangunan lingkungan yang berkesinambungan dengan konservasi sumber daya alam. konservasi sumber daya alam. Secara khusus, regulasi ini memiliki beberapa tujuan, yaitu:

- (1) Membentuk suatu regulasi yang mengatur mengenai akses terhadap sumber daya hayati di Australia;

- (2) Mengatur masalah penggunaan materi biologis yang diambil dari area persemakmuran;
- (3) Menegaskan bahwa masyarakat Australia mendapatkan pembagian keuntungan, baik secara ekonomis maupun sosial dari pemanfaatan material genetik dan material biokimiawi yang diperoleh dari organisme asli Australia;
- (4) Menggalakan konservasi sumber daya alam, mengakui, menghormati dan melindungi pengetahuan tradisional yang berwawasan lingkungan (*indigenous ecological knowledge*).
- (5) Menyediakan jaminan kepastian bagi industri dan peneliti yang ingin memperoleh akses terhadap sumber daya alam;
- (6) Untuk memperjelas ruang lingkup dan persyaratan bagi penggunaan lebih lanjut dari materi yang berasal dari sumber daya hayati.

Akses terhadap sumber daya hayati dalam kedua regulasi ini mencakup pengambilan sumber daya hayati dan spesies asli untuk tujuan konservasi, penggunaan industri dan komersial atau penelitian terhadap sumber daya genetik atau materi dan bahan biokimia yang terkandung dalam unsur sumber daya hayati.²⁰³ Definisi ini menunjukkan luasnya ruang lingkup kegiatan pihak pemohon akses terhadap sumber daya hayati. Luasnya definisi ini membawa konsekuensi berupa adanya klasifikasi mengenai syarat dan tata cara (*terms and condition*) perolehan akses.

Pihak yang dapat bertindak sebagai penyedia akses

²⁰³ Reg. 8A. 02 (1) of *The 2001 EPBCR* mendefinisikan *access to biological resources* as “the taking of biological resources of native species for conservation, commercial application or industrial or research on any genetic resources or biochemical compounds, comprising or contained in the biological resources”

(*access provider*) diantaranya adalah pemerintah, badan atau departemen pemerintahan negara persemakmuran Australia, dewan atau manajemen komite yang terdiri dari pemegang hak – hak tradisional.²⁰⁴ Hal penting yang perlu dikemukakan adalah bahwa kedua regulasi tersebut membuka kemungkinan mengenai adanya lebih dari satu *access provider* di suatu wilayah geografis.

Sumber daya hayati dalam regulasi ini juga didefinisikan secara luas mencakup sumber daya genetik, organisme, bagian dari organisme atau bahan dari organism yang terkandung dalam sumber daya hayati,²⁰⁵ sedangkan sumber daya genetik didefinisikan sebagai segala bentuk material yang terdapat dalam tanaman, hewan, mikroba ataupun sumber lain yang mengandung unit fungsional hereditas dan memiliki fungsi yang nyata bagi kemanusiaan.²⁰⁶

Akses terhadap sumber daya genetik kebanyakan adalah untuk keperluan riset / penelitian. Regulasi di Australia menggolongkan riset menjadi dua macam, yaitu riset komersial dan non komersial. Pihak pemohon akses terhadap sumber daya genetik di wilayah persemakmuran Australia yang

²⁰⁴ Reg. 8A. 02 (1) of *The 2001 EPBCR* : *access provider is defined very broadly to include the Commonwealth, an agency or department of the Commonwealth, an indigenous land council or management committee or a native title holder.*

²⁰⁵ Sec. 528 of The 1999 EPBCA.

²⁰⁶ *Ibid.*

dimaksudkan untuk penggunaan komersial diharuskan melakukan dua hal, yaitu:

- (1) Pihak tersebut harus membuat surat permohonan pemberian akses kepada pemerintah Australia.
- (2) Aplikasi sebagaimana tersebut diatas wajib mencantumkan beberapa informasi mengenai:
 - (a) Jenis dan spesifikasi sumber daya genetik;
 - (b) Lokasi aktual dan jumlah sumber daya genetik yang diperlukan untuk riset
 - (c) Tujuan penggunaan sumber daya genetik tersebut;
 - (d) Dampak lingkungan dari riset yang akan dilakukan;
 - (e) Pernyataan mengenai tujuan riset tersebut (komersial – atau non komersial);
 - (f) Membayar biaya permohonan (khusus untuk riset komersial)
- (3) Pihak yang memohon akses terhadap sumber daya geneti untuk keperluan riset komersial juga diwajibkan untuk membentuk suatu kontrak yang mengatur masalah pembagian keuntungan (*benefit sharing agreement*) dengan penyedia akses terkait.

Menurut ketentuan *Reg. 8A. 06 of The 2001 EPBCR* (yang juga dikenal dengan istilah *Voumard Inquiry*) *benefit sharing agreement* tersebut didasarkan pada suatu model kontrak yang dikembangkan dan disetujui oleh pihak pemerintah, industri, organisasi masyarakat adat dan pihak – pihak terkait lain. Untuk mengimplementasikan aturan ini maka *Reg. 8A. 06.(4)of The 2001 EPBCR* member wewenang kepada menteri untuk mempublikasikan suatu standar pedoman resmi untuk *benefit sharing agreement* dengan tujuan memberikan panduan bagi pemohon untuk memenuhi

kewajibannya berdasarkan kontrak tersebut. Penggunaan dari model standar kontrak tersebut bukanlah merupakan suatu keharusan, namun lebih kepada suatu pedoman dan sarana yang efisien.

Ada beberapa persyaratan yang harus dipenuhi dalam menyusun suatu *benefis sharing agreement*, yaitu:

- 1) Kontrak tersebut harus merefleksikan kebutuhan dan kepentingan para pihak;
- 2) Kontrak tersebut harus merumuskan hak dan kewajiban sebagaimana tercermin dalam informasi yang diberikan pada pengisian formulir aplikasi;
- 3) Kontrak tersebut harus secara jelas mengatur masalah pembagian keuntungan bagi para pihak, baik yang bersifat materil maupun non – materil.

Keuntungan materil ini dapat bermacam – macam, namun biasanya berupa pembagian proporsi dalam penerimaan royalti yang diperoleh dari sumber daya genetik yang digunakan dalam riset atau produk turunannya, pembayaran untuk sampel yang dikumpulkan untuk kemudian diteliti, pembayaran yang akan diterima *access provider* apabila hasil tertentu telah tercapai. Sedangkan keuntungan non – materil biasanya berupa hal-hal sebagai berikut:

- 1) Jaminan bahwa sampel sumber daya genetik yang digunakan akan diperoleh melalui metode ramah lingkungan;
- 2) Permintaan izin terlebih dahulu (*prior informed consent*) dari *indigenous community* yang

- merupakan pemilik sumber daya genetik atau yang pengetahuannya tradisionalnya digunakan dalam riset;
- 3) Komitmen bahwa informasi taksonomi akan dipublikasikan pada khalayak;
 - 4) Bukti bahwa spesimen yang diambil akan ditempatkan pada institusi ilmiah yang relevan;
 - 5) Komitmen untuk melibatkan ilmuwan dan industri lokal dalam kegiatan riset sejauh hal tersebut memungkinkan.

Menteri Lingkungan Australia akan memeriksa apakah *benefit sharing agreement* yang dibuat oleh pemohon akses dengan penyedia akses telah mengakomodir pembagian keuntungan yang layak, termasuk masalah perlindungan, penghormatan dan penghargaan terhadap pengetahuan tradisional yang diberikan oleh pemberi akses.

Penelitian non – komersial (*non – commercial research*) harus mengikuti beberapa hal yang harus dipenuhi oleh pemohon antara lain:

- 1) Mengajukan permohonan kepada Menteri Lingkungan Australia untuk memperoleh izin (*access permit*);
- 2) Meyerahkan bukti – bukti kepada Menteri Lingkungan Australia bahwa pihak tersebut telah memiliki:
 - (a) Izin tertulis dari penyedia akses (*access provider*) untuk mengumpulkan sample dari spesies tertentu;
 - (b) *Benefit sharing agreement* dengan pihak penyedia akses dan kesepakatan untuk mempublikasikan hasil penelitian tersebut;

- (c) Kesanggupan untuk menyerahkan bukti pengambilan spesimen dari setiap spesies kepada institusi taksonomi yang memadai;
- (d) Kesiediaan untuk merundingkan pembagian keuntungan komersial apabila dikemudian hari riset tersebut akan dikomersialisasikan.

b. India

India mengatur perlindungan pengetahuan tradisional melalui UU Keanekaragaman Hayati, yaitu *the Biological Diversity Act, 2002, No. 18*. Perlindungan pengetahuan tradisional menjadi bagian dari perlindungan keanekaragaman hayati. Undang-undang ini mulai berlaku pada tahun 2003. Selain itu, India juga telah mengamandemen Undang-Undang Paten-nya untuk memberikan perlindungan terhadap pengetahuan tradisionalnya.

1) Perlindungan melalui Undang-Undang Paten

Berbeda dengan Undang-Undang Keanekaragaman Hayati, Undang-Undang Paten memberikan perlindungan yang bersifat defensif. Perlindungan ini merupakan upaya untuk mencegah tindakan pihak ketiga mengambil keuntungan tanpa hak (*missappropriation*) dari pengetahuan tradisional yang dimiliki oleh komunitas lokal atau masyarakat asli.²⁰⁷

Ada 2 (dua) hal utama yang dapat dijadikan alasan untuk

²⁰⁷ Zainul Daulay, *Op. Cit.*, halaman 122.

membatalkan paten. Alasan pertama adalah: *“The complete spesification does not disclose or wrongly mentions the sources or geographical origin of biological material used for the invention”*. Alasan kedua adalah: *“The invention so far as claimed in any claim of the complete spesification was anticipated having regard to the knowledge, oral or otherwise, available within any local or indigenous community in India or elsewhere”*.²⁰⁸

UU di India juga menambahkan satu item pada daftar invensi yang tidak dapat diberikan paten. Satu item tersebut adalah: *“An invention which, in effect, is traditional knowledge or which is an aggregation or duplication of known properties of traditionally known component or components”*.

2) Perlindungan melalui Undang-Undang Keanekaragaman Hayati

Undang-Undang Keanekaragaman Hayati India pada dasarnya mengatur konservasi keanekaragaman hayati dan penggunaan komponen-komponennya secara berkelanjutan. Namun demikian, undang-undang ini juga bertujuan untuk memperoleh keuntungan ekonomis melalui pembagian keuntungan yang timbul baik dari penggunaan sumber daya hayati maupun pengetahuan dan hal-hal lain yang terkait

²⁰⁸ M. Hawin, *Op. Cit.*, halaman 14-15.

dengan itu.²⁰⁹

Undang-Undang Keanekaragaman Hayati ini memberikan perlindungan positif. Artinya, berdasarkan ketentuan undang-undang yang ada, pemilik pengetahuan dapat menggunakan klaim mereka untuk mendapatkan bagian keuntungan dari pemanfaatan pengetahuan tradisional yang mereka miliki. Selain itu, perlindungan hanya diberikan terhadap pengetahuan penduduk lokal yang terkait dengan keanekaragaman hayati saja.²¹⁰

c. Peru

Peru adalah salah satu negara yang termasuk dalam kelompok negara-negara yang mempunyai keragaman budaya yang tertinggi di dunia. Hal ini sangat disadari oleh pemerintah dan melihatnya sebagai suatu potensi yang eksistensinya harus diakui dan dipertahankan. Oleh sebab itu, negara ini mengatur perlindungan pengetahuan tradisional secara tersendiri dan khusus, terpisah dari perlindungan keanekaragaman hayati.²¹¹

Sejak tahun 1997 Peru telah menerapkan *Decision 391 of the Andean Community* tentang implementasi CBD dalam

²⁰⁹ Zainul Daulay, *Op. Cit.*, halaman 122.

²¹⁰ *Ibid.*, halaman 123.

²¹¹ *Ibid.*, halaman 136-37.

pengaturan akses terhadap keanekaragaman hayati.²¹² Perlindungan pengetahuan tradisional diatur melalui Law No. 27811, *Law Introducing a Protection Regime for the Collective Knowledge of Indigenous Peoples Derived from Biological Resources* (Undang-Undang yang Memperkenalkan Suatu Rezim Perlindungan Pengetahuan Kolektif Masyarakat Asli yang Berasal dari Sumber Daya Keanekaragaman Hayati) Tahun 2002.²¹³

Pada dasarnya pengaturan perlindungan pengetahuan tradisional di Peru bertujuan ganda. Tidak hanya bertujuan untuk melestarikan, mengembangkannya agar bermanfaat untuk umat manusia, tetapi juga bertujuan untuk meningkatkan pemerataan keuntungan (ekonomis) dari pemanfaatan pengetahuan tersebut secara adil dan layak. Dengan demikian, pengetahuan tradisional ditempatkan sebagai suatu sumber daya yang bernilai ekonomis.²¹⁴

Perlindungan hukum ini diberikan kepada pengetahuan yang bersifat kolektif dan berkaitan langsung dengan sumber daya hayati. Hal ini terlihat jelas dalam rumusan salah satu pasalnya yang berbunyi:

²¹² Tanpa Penulis, Tanpa Judul, <http://www.comunidadandina.org/treaties.htm>, diakses pada 22 September 2012.

²¹³ Zainul Daulay, *Op. Cit.*, halaman 137.

²¹⁴ *Loc. Cit.*

“The legislation establishes a special protection regime for the collective knowledges of indigenous peoples that is connected with biological resources.”²¹⁵

Undang-undang Peru ini juga tidak mengatur mengenai bagaimana hak-hak atas kepemilikan pengetahuan tradisional diperoleh. Meskipun dalam undang-undang ini terdapat pasal yang mengatur mengenai pendaftaran, namun hal tersebut lebih kepada perlindungan yang bersifat defensif. Artinya pendaftaran bukan merupakan bentuk perlindungan untuk memperoleh hak atas kepemilikan, akan tetapi hanya menunjukkan hak-hak masyarakat asli yang tidak bisa diganggu gugat dan dicabut.²¹⁶

d. Portugal

Pada 20 April 2002, Peru telah mengesahkan *Decree Law No. 118 of 2002 Establishing a Legal Regime of Registration, Conservation, Legal Custody, and Transfer of Plant*.²¹⁷ Undang-undang ini bertujuan untuk melindungi keanekaragaman hayati dan juga pengetahuan. Adapun pengetahuan yang termasuk dalam perlindungan undang-undang ini hanyalah pengetahuan yang terkait dengan

²¹⁵ Pasal 3 Law No. 28711 Tahun 2002, *Law Introducing a Protection Regime for the Collective Knowledge of Indigenous Peoples Derived from Biological Resources*. (Lihat juga Zainul Daulay, *Op. Cit.*, halaman 138.)

²¹⁶ Disarikan dari tulisan Zainul Daulay, *Op. Cit.*, halaman 140-142.

²¹⁷ M. Hawin, *Op. Cit.*, halaman 16.

keanekaragaman hayati, sebagaimana dinyatakan sebagai berikut:²¹⁸

“This Decree establishes the legal regime for the registration, conservation, legal safeguarding and transfer of autochthonous plant material of current or potential interest to agrarian, agroforest and landscape activity, including the local varieties and spontaneously occurring material referred to in Article 2, as well as associated knowledge.”²¹⁹

Portugal mengatur sifat kepemilikan pengetahuan tradisional sebagai *privat property* yang dapat dimiliki secara individual maupun kolektif. Hal ini ditemukan dalam rumusan mengenai definisi pengetahuan tradisional yang terdapat dalam Pasal 3 ayat (1) Undang-Undang No. 118/2002 Peru yang berbunyi:

“Traditional knowledge is all the intangible elements associated to the commercial or industrial use of local varieties and other indigenous material developed by local communities, collectively or individually, in a non-systematic manner and that are inserted in the cultural and spiritual traditions of those communities, including, but not limited to, knowledge relating to methods, process, products and denominations that are applicable in agricultures, food and industrial activities in general, including handicrafts, trade and services, informally associated to the use and preservation of local varieties and

²¹⁸ *Ibid.*, halaman 145.

²¹⁹ *Loc. Cit.*

other endogenous and spontaneous material that is covered the present law."²²⁰

Di dalam UU di Portugal tersebut juga ditegaskan bahwa pengetahuan tradisional "*shall be protected against its reproduction and/or commercial or industrial use...*" dengan syarat harus dideskripsikan dan didaftarkan dalam *the Registry of Plant Genetic Resources*. Deskripsi dalam *Registry* ini harus jelas sehingga memudahkan seseorang untuk memproduksi atau menggunakan pengetahuan tradisional yang bersangkutan dan memperoleh hasil yang sama dengan yang diperoleh pemegang pengetahuan tradisional tersebut.²²¹

Indonesia sendiri telah memulai pembentukan perundang-undangan *sui generis* sejak tahun 2008, yakni dengan diusulkannya RUU Perlindungan dan Pemanfaatan Kekayaan Intelektual Pengetahuan Tradisional dan Ekspresi Budaya Tradisional (PTEBT). RUU PTEBT ini tidak menggunakan terminologi masyarakat hukum adat tetapi menggunakan terminologi masyarakat adat atau komunitas masyarakat lokal. Hal ini merupakan satu bukti lagi terkait

²²⁰ M. Hawin, *Op. Cit.*, halaman 16-17. (Lihat juga CR. McManis, *Intellectual Property, Genetic Resources and Traditional Knowledge Protection: Thinking Globally, Acting Locally*, 11 *Cardozo J. Int'l & Comp. L.*, 2003, halaman 547).

²²¹ *Ibid*, halaman 17.

kerancuan terminologi masyarakat adat atau masyarakat hukum adat dalam sistem hukum Indonesia.

WIPO mensyaratkan delapan unsur penting yang harus dituangkan dalam setiap UU *sui generis*.²²² Penulis akan menganalisis apakah RUU PTEBT telah merepresentasikan delapan unsur tersebut.

(1) Tujuan dari Upaya Pemberian Perlindungan Pengetahuan Tradisional

Konsideran dari RUU PTEBT menyatakan bahwa RUU ini bertujuan untuk memberikan perlindungan terhadap pengetahuan tradisional dan ekspresi budaya tradisional sebagai warisan budaya bangsa serta ingin memperoleh manfaat ekonomi dari komersialisasi pengetahuan tradisional dan ekspresi budaya tradisional. Namun, berdasarkan Pasal 4 RUU PTEBT bentuk perlindungan terhadap pengetahuan tradisional lebih cenderung dalam rangka memperoleh manfaat ekonominya.

Pasal 4

Bentuk perlindungan pengetahuan tradisional dan ekspresi budaya tradisional meliputi pencegahan dan/atau pelarangan terhadap:

²²² WIPO Secretariat, *Elements of a Sui Generis System for the Protection of Traditional Knowledge*, WIPO Intergovernmental Committee on Intellectual Property and Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore, www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/en/wipo.../wipo_grtkf_ic_3_8.doc, halaman 16, diakses pada 1 Oktober 2012.

- 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
 - c. 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.
- Frase '*pemanfaatan yang dilakukan tanpa izin akses pemanfaatan*' mengandung makna menegaskan bahwa meskipun pengetahuan tradisional adalah warisan budaya (*public domain*) tetapi tetap ada pembatasan berupa kedaulatan Negara (dalam hal ini Indonesia) yang berwenang untuk kedaulatan wilayah dan segala yang ada di dalamnya. Frase ini menegaskan bahwa RUU PTEBT ini fokus kepada nilai ekonomi pengetahuan tradisional.
 - Frase '*...dan perjanjian pemanfaatan...*' mengandung makna bahwa setiap eksploitasi terhadap pengetahuan tradisional 'milik' Indonesia harus memberikan kompensasi (*benefit sharing*) terhadap masyarakat adat pada khususnya dan bangsa Indonesia pada umumnya. Frase ini semakin menegaskan bahwa RUU PTEBT ini fokus utamanya adalah

bagaimana memperoleh manfaat dari komersialisasi pengetahuan tradisional.

- Frase '*... dalam pelaksanaan pemanfaatannya tidak menyebutkan dengan jelas asal wilayah dan komunitas atau masyarakat yang menjadi sumber Pengetahuan Tradisional ...*' mengandung makna bahwa Pemerintah berupaya untuk mencegah segala bentuk *missappropriation* atau *biopiracy* dalam rangka perlindungan nilai ekonomi dari pengetahuan tradisional.
- Frase '*...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...*' mengandung makna perlindungan *moral right* bagi masyarakat lokal dan/atau masyarakat adat karena tidak dapat dipungkiri beberapa jenis pengetahuan tradisional mengandung nilai sakral bagi mereka.

Oleh karena itu, tujuan dari perlindungan pengetahuan tradisional ini sebaiknya hanya fokus kepada pengaturan komersialisasi pengetahuan tradisional supaya tidak merugikan kepentingan masyarakat adat pada khususnya dan Bangsa Indonesia pada umumnya. Sementara itu, tujuan perlindungan pengetahuan tradisional yang berupa pelestarian pengetahuan tradisional dapat diwujudkan ke dalam :

- Klausul *perjanjian pemanfaatan pengetahuan tradisional* yang mewajibkan setiap pihak yang melakukan akses terhadap pengetahuan tradisional harus memperhatikan keberlangsungan dan kelestariannya.
- Pasal 4 huruf (c) sebagai bagian dari '*moral right*' masyarakat adat, sebab tidak dapat dipungkiri bahwa kehidupan masyarakat adat masih bergantung kepada pengetahuan tradisionalnya (misalnya yang terkait dengan sumber daya genetik) sehingga kelestarian pengetahuan tradisional adalah kelestarian kehidupan masyarakat adat sekaligus kelestarian atas nilai ekonomi pengetahuan tradisional tersebut.

Alternatif :

Pasal 4 huruf (c)

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, tercemar, dan/atau terancam keberlangsungan hidup dan penghidupannya.

(2) Lingkup Perlindungan Pengetahuan Tradisional

Pengetahuan tradisional ini merupakan konsep yang holistik,

tidak terbatas pada aspek material tetapi juga pada aspek magis religius atau aspek *cultural identity*.²²³ Lingkup perlindungan pengetahuan tradisional RUU PTEBT ini pada Pasal 2 ayat (2) ini perlu digeneralisir supaya lebih sistematis dalam mencakup semua bidang pengetahuan tradisional dan perlu diperluas cakupannya supaya tidak semata-mata terbatas pada aspek material.

Pasal 2 ayat (2)

Pengetahuan Tradisional yang dilindungi sebagaimana dimaksud pada ayat (1) mencakup kecakapan teknik (*know how*), keterampilan, inovasi, konsep, pembelajaran dan praktik kebiasaan lainnya yang membentuk gaya hidup masyarakat tradisional termasuk di antaranya pengetahuan pertanian, pengetahuan teknis, pengetahuan ekologis, pengetahuan pengobatan termasuk obat terkait dan tata cara penyembuhan ***serta pengetahuan yang terkait dengan sumber daya genetik.***

Alternatif :

Pasal 2 ayat (2)

Pengetahuan Tradisional yang dilindungi sebagaimana dimaksud pada ayat (1) mencakup kecakapan teknik (*know how*), keterampilan, inovasi, konsep, pembelajaran dan praktik kebiasaan lainnya yang membentuk karakteristik tradisional pada kehidupan masyarakat lokat dan/atau masyarakat adat yang berupa pengetahuan tentang aspek-aspek kehidupan dan penghidupan masyarakat lokal

²²³ *Ibid*, halaman 14.

dan/atau masyarakat adat baik yang bersifat materiil maupun non materiil/ spiritual di antaranya pengetahuan pertanian, pengetahuan teknis, pengetahuan ekologis, pengetahuan pengobatan dan tata cara penyembuhan, serta pengetahuan yang terkait dengan sumber daya genetik.

(3) Kriteria Pengetahuan Tradisional yang Mendapat Perlindungan

Kriteria pengetahuan tradisional yang mendapat perlindungan ini berhubungan dengan kenyataan bahwa sebagian terbesar pengetahuan tradisional adalah *public domain*. Oleh karena itu, diperlukan suatu kriteria tertentu supaya pengetahuan tradisional tersebut dapat dilindungi.

Pasal 2

- (1) Perlindungan Pengetahuan Tradisional dan Ekspresi Budaya Tradisional mencakup unsur budaya yang:
 - a. disusun, dikembangkan, dipelihara, dan ditransmisikan dalam lingkup tradisi; dan
 - b. memiliki karakteristik khusus yang terintegrasi dengan sebagai identitas budaya masyarakat tertentu yang melestarikannya;

Pada RUU PTEBT ini kriteria pengetahuan tradisional yang dapat memperoleh perlindungan masih sangat abstrak. Frase '*memiliki karakteristik khusus yang terintegrasi dengan sebagai identitas budaya masyarakat tertentu yang melestarikannya*' akan menimbulkan pertanyaan tentang; siapa

yang akan menilai apakah suatu unsur budaya itu memiliki karakteristik khusus dan terintegrasi dengan budaya masyarakat tertentu? Bagaimana kriteria terintegrasi dengan budaya masyarakat tertentu itu? Siapa itu masyarakat tertentu? Apakah bisa satu komunitas masyarakat atau lebih dari satu komunitas masyarakat? Hal ini perlu menjadi pertimbangan karena ada beberapa budaya yang 'dianggap' sebagai milik beberapa komunitas masyarakat.

WIPO menganjurkan dalam penentuan kriteria pengetahuan tradisional yang dapat memperoleh perlindungan adalah dengan kriteria dokumentasi. Artinya, perlindungan hanya akan diberikan bagi pengetahuan tradisional yang telah terdokumentasi. Kriteria ini adalah kriteria yang lebih realistis dan mempermudah dalam mekanisme pembuktiannya.²²⁴

Namun, sistem dokumentasi ini tentu saja memerlukan suatu program yang matang, tidak hanya dari sisi teknis tetapi juga dari sisi biaya. Hal ini tidak lain karena pengetahuan tradisional di Indonesia belum terdokumentasi dan jumlahnya pun sangat banyak mengingat ada beribu suku di Indonesia dengan berbagai macam budayanya. Oleh karena itu, pemerintah Indonesia bila ingin mewujudkan sistem ini harus

²²⁴ Agus Sardjono, *HKI dan Pengetahuan Tradisional, Op.Cit.*, halaman 256.

membangun sistem kerjasama yang terintegrasi antar lembaga pemerintahan dan juga lembaga non-pemerintah.

RUU PTEBT telah mengatur kewajiban dokumentasi dan pendataan bagi Pemerintah Pusat dan Pemerintah Daerah terhadap pengetahuan tradisional dan ekspresi budaya tradisional dalam Pasal 19, karenanya Pasal 19 ini sebaiknya diintegrasikan saja dengan Pasal 2 RUU PTEBT.

Alternatif :

Pasal 2

- (1) Perlindungan Pengetahuan Tradisional dan Ekspresi Budaya Tradisional mencakup unsur budaya yang disusun, dikembangkan, dipelihara, dan ditransmisikan dalam lingkup tradisi oleh komunitas masyarakat lokal dan/atau masyarakat adat yang melestarikannya dan telah didokumentasikan oleh Pemerintah Pusat maupun Pemerintah Daerah.
- (2) Pemerintah dan Pemerintah Daerah Menteri wajib melakukan pendataan dan pendokumentasian mengenai Pengetahuan Tradisional dan Ekspresi Budaya Tradisional di seluruh Indonesia. Pengetahuan Tradisional dan Ekspresi Budaya Tradisional sebagaimana dimaksud pada ayat (1) didokumentasikan guna menyediakan informasi tentang Pengetahuan Tradisional dan Ekspresi Budaya Tradisional.

- (3) Pendataan dan pendokumentasian Pengetahuan Tradisional dan Ekspresi Budaya Tradisional sebagaimana dimaksud pada ayat (1) dapat juga diselenggarakan oleh Perguruan Tinggi, Lembaga Penelitian, dan pihak lain yang berkepentingan.
- (4) Untuk kepentingan inventarisasi data Pengetahuan Tradisional dan Ekspresi Budaya Tradisional nasional, pihak yang melakukan pendokumentasian sebagaimana dimaksud pada ayat (3) memberikan hasil pendokumentasian kepada Menteri.
- (5) Ketentuan lebih lanjut mengenai pendataan dan pendokumentasian Pengetahuan Tradisional dan Ekspresi Budaya Tradisional diatur dengan Peraturan Pemerintah.

(4) Pengemban Hak/Kustodian

Ketentuan tentang pengemban hak atau kustodian dari pengetahuan tradisional yang bersangkutan diperlukan supaya dapat menegaskan siapa yang dimaksud komunitas atau masyarakat yang mengemban hak dari pengetahuan tradisional tersebut. Apabila terdapat kesulitan dalam mengidentifikasi masyarakat adat tertentu yang menjadi subjek atau pemilik suatu pengetahuan tradisional tertentu maka kedudukan masyarakat adat tersebut dapat digantikan oleh negara. Pengaturan ini harus pula berdasarkan dengan

pada hukum adat yang berlaku di masyarakat adat karena merekalah yang lebih mengerti siapa yang lebih 'berhak' atas 'kepemilikan' pengetahuan tradisional tertentu.

Pasal 1 angka 5

Kustodian Pengetahuan Tradisional dan Ekspresi Budaya Tradisional adalah komunitas masyarakat lokal atau masyarakat adat yang memelihara dan mengembangkan Pengetahuan Tradisional dan Ekspresi Budaya Tradisional tersebut secara tradisional dan komunal.

Ketentuan kustodian dalam RUU PTEBT masih perlu diperluas lagi lingkupnya.

Alternatif :

Pasal 1 angka 5

Kustodian Pengetahuan Tradisional dan Ekspresi Budaya Tradisional adalah komunitas masyarakat lokal dan/atau masyarakat adat yang menciptakan, mengembangkan, dan melindungi Pengetahuan Tradisional dan Ekspresi Budaya Tradisional tersebut secara komunal dan penentuan Kustodian Pengetahuan Tradisional dan Ekspresi Budaya Tradisional tidak boleh mengesampingkan hukum adat yang berlaku dalam komunitas masyarakat lokal dan/atau masyarakat adat yang bersangkutan.

(5) Hak-Hak yang Dimiliki oleh Kustodian

Isi hak yang dimiliki kustodian bergantung pada tujuan

perlindungan yang diatur dalam RUU PTEBT ini. RUU PTEBT menganut dualisme tujuan dalam konsiderannya yang di satu sisi ingin melindungi kelestarian pengetahuan tradisional tetapi di sisi lain ingin memperoleh manfaat ekonomi dari komersialisasi pengetahuan tradisional. RUU PTEBT ini hendaknya fokus pada satu tujuan saja dan sebaiknya tujuan dalam RUU ini adalah menekankan pada pembagian manfaat atas komersialisasi pengetahuan tradisional. Hal ini sesuai dengan pasal-pasal RUU PTEBT yang lebih cenderung mengatur tentang pemafaatan nilai ekonomi pengetahuan tradisional.

Pasal 16

- (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 Pengetahuan Tradisional dan Ekspresi Budaya Tradisional.

Alternatif :

Pasal 16

- (1) Kustodian Pengetahuan Tradisional dan Ekspresi Budaya Tradisional berhak memanfaatkan pengetahuan tradisional dan ekspresi budaya tradisional yang

diciptakan, dikembangkan, dan dilindungi olehnya secara komunal.

(2) Kustodian Pengetahuan Tradisional dan Ekspresi Budaya Tradisional berhak melarang pihak lain menggunakan pengetahuan tradisional dan ekspresi budaya tradisional I dan berhak untuk memberikan izin kepada pihak lain untuk melakukan penelitian dan memanfaatkan pengetahuan tradisional dan ekspresi budaya tradisional yang diciptakan, dikembangkan, dan dilindungi olehnya secara komunal sesuai dengan prosedur yang ditetapkan dalam undang-undang ini.

(3) 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.

(6) Prosedur untuk Memperoleh Hak atas Pengetahuan Tradisional

Prosedur untuk memperoleh hak atas pengetahuan tradisional belum diatur dalam RUU PTEBT. Prosedur ini sebaiknya tidak dilakukan dengan pengajuan permohonan hak sebagaimana layaknya dalam sistem paten. Indonesia dapat

mengadopsi *Law on Biodiversity of Costa Rica No. 7788 of 1998*.²²⁵

Article 82

'protection is available as of the date element of traditional knowledge in question was created irrespective of any formality.'

Berdasarkan ketentuan ini hak masyarakat lokal dan/atau masyarakat adat atas pengetahuan tradisional itu sudah ada dengan sendirinya seiring dengan berkembangnya pengetahuan itu di tengah masyarakat.

Model ini bagi Indonesia mungkin cukup realistik meskipun mengandung kelemahan. Kelemahan yang utama adalah adanya kesulitan dalam proses pembuktian ketika hendak mengajukan tuntutan kepada pihak lain yang memanfaatkan tanpa izin suatu pengetahuan tradisional yang diklaim sebagai milik masyarakat tertentu.²²⁶

Oleh karena itu, bila Indonesia ingin menerapkan model ini maka sistem *database* sebagai dokumentasi pengetahuan tradisional perlu diimplementasikan dengan cermat.

(7) Sanksi Hukum

RUU PTEBT Pasal 25 ayat (5) menyatakan bahwa tindak pidana dalam Pasal 25 merupakan '*pelanggaran*' dan memiliki kualifikasi non yuridis berupa '*delik aduan*'. Pasal 25 ayat (5) RUU PTEBT sebaiknya bukan merupakan delik aduan

²²⁵ *Ibid*, halaman 260.

²²⁶ *Ibid*.

mengingat adanya kesulitan untuk mengharapkan masyarakat adat di Indonesia aktif dalam melindungi pengetahuan tradisionalnya. Oleh karena itu, tindakan aktif dalam melindungi pengetahuan tradisional harus dibebankan kepada Pemerintah Pusat maupun Pemerintah Daerah melalui suatu lembaga khusus. RUU PTEBT ini telah mengatur Pasal 10, Pasal 11, dan Pasal 17 tentang Tim Ahli Pengetahuan Tradisional dan Ekspresi Budaya Tradisional yang mengurus masalah pemberian izin akses eksplorasi pengetahuan tradisional dan Lembaga Manajemen Kolektif yang mengurus perjanjian pembagian manfaat dari komersialisasi pengetahuan tradisional. Kedua lembaga tersebut sebaiknya disatukan menjadi suatu lembaga nasional yang tidak hanya mengatur masalah pemberian izin atau pembagian manfaat tetapi juga mengatur tentang dokumentasi pengetahuan tradisional dan pengawasan terhadap pemanfaatan pengetahuan tradisional yang tidak sesuai dengan RUU PTEBT dan UU lain yang terkait.

(8) Jangka Waktu Perlindungan Pengetahuan Tradisional

Jangka waktu perlindungan pengetahuan tradisional merupakan sesuatu yang tidak relevan diterapkan dalam perundang-undangan *sui generis*.²²⁷ Hak atas pengetahuan

²²⁷ *Ibid*, halaman 262.

tradisional dalam masyarakat adat bukanlah hak yang dapat dibatasi waktu sebagaimana *intellectual property* dalam rezim HKI.

Pasal 3

Jangka waktu perlindungan kekayaan intelektual Pengetahuan Tradisional dan Ekspresi Budaya Tradisional diberikan selama masih dipelihara oleh Kustodiannya.

Pasal 3 RUU PTEBT ini kurang tepat dari segi substansinya karena frase '*diberikan selama masih dipelihara oleh Kustodiannya*' menunjukkan sesuatu yang abstrak, bagaimana menilai suatu pengetahuan tradisional yang masih dipelihara atau sudah tidak dipelihara oleh kustodiannya? Siapa yang akan menilainya?

Alternatif :

Pasal 3

Perlindungan kekayaan intelektual Pengetahuan Tradisional dan Ekspresi Budaya Tradisional diberikan dengan tidak dibatasi jangka waktu.

Pembentukan perundang-undangan sui generis ini adalah suatu langkah maju bagi untuk membentuk hukum yang memperhatikan fakta-fakta sosial dalam masyarakat. Hal ini sesuai dengan pendapat Roscoe Pound bahwa *law as a tool of*

social engineering, sehingga hukum diharapkan mampu untuk menyeimbangkan kepentingan umum, kepentingan pribadi, dan kepentingan masyarakat. Perundang-undangan *sui generis* ini merupakan satu langkah awal bagi hukum yang memberikan keseimbangan antara kepentingan bangsa dan negara, kepentingan individu baik itu warganegara atau non-warganegara, dan kepentingan masyarakat hukum adat di Indonesia.

c. Rezim *Access and Benefit Sharing* (ABS)

Access and Benefit Sharing (ABS) atas sumber daya genetik di negara-negara berkembang merupakan isu yang cukup kuat dalam forum internasional. Isu ini kemudian diakomodasi dalam *Convention on Biological Diversity* (CBD) tahun 1992 yang telah diratifikasi oleh Indonesia melalui UU No.5 Tahun 1994.

Beberapa ketentuan CBD yang berhubungan erat dengan *access and benefit sharing* (ABS) di antaranya :

Tabel 3
Ketentuan dalam CBD

Pasal	Hal	Pengaturan
1	Tujuan Konvensi	Tujuan Konvensi adalah konservasi keanekaragaman hayati, memanfaatkan komponen-komponennya secara berkelanjutan dan membagi adil keuntungan dari hasil pemanfaatan sumber daya genetik, termasuk

		termasuk melalui akses yang memadai terhadap sumber daya genetik dan dengan alih teknologi yang tepat guna.
2	Penggunaan Istilah	<p>Negara asal sumber daya genetik / Country of Origin of Genetic Resources ialah negara yang memiliki sumber-sumber daya genetik yang berada dalam kondisi <i>in-situ</i>.</p> <p>Negara penyedia sumber daya genetik/ Country of Providing of Genetic Resources ialah negara yang memasok sumber daya genetik yang dikumpulkan dari sumber <i>in-situ</i>, mencakup populasi jenis- jenis liar dan terdomestikasi, atau diambil dari sumber-sumber <i>in-situ</i>, yang mungkin berasal atau tidak berasal dari negara yang bersangkutan.</p>
3	Prinsip-prinsip	Setiap negara mempunyai hak berdaulat untuk memanfaatkan sumber-sumber dayanya sesuai dengan kebijakan pembangunan lingkungannya sendiri, dan tanggung jawab untuk menjamin bahwa kegiatan-kegiatan yang dilakukan di dalam yurisdiksinya atau kendalinya tidak akan menimbulkan kerusakan terhadap lingkungan negara lain atau kawasan di luar batas yurisdiksi nasionalnya.
8	Penghargaan terhadap Pengetahuan Tradisional dan peran masyarakat lokal dan/atau asli	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.
15	Kedaulatan	Mengakui hak berdaulat negara-negara

ayat (1)	negara atas sumber daya alam	atas sumber daya alamnya, kewenangan menentukan akses kepada sumber daya genetik terletak pada pemerintah nasional dan tergantung pada perundangundangan nasionalnya.
15 ayat (2)	Akses pada sumber daya genetik	Setiap hak wajib berupaya menciptakan kondisi untuk memperlancar akses kepada sumber daya genetik untuk pemanfaatannya yang berwawasan lingkungan oleh pihak-pihak yang lain dan tidak memaksakan pembatasan yang bertentangan dengan tujuan konvensi ini.
15 ayat (3)	Akses berdasarkan persetujuan bersama	Akses, bila diberikan harus atas dasar persetujuan bersama dan tergantung pada persyaratan dalam pasal ini.
16 ayat (3)	Akses dan transfer teknologi	Setiap pihak wajib dan memberlakukan tindakan-tindakan legislatif, administratif dan kebijakan, yang sesuai, dengan tujuan bahwa para pihak khususnya negara-negara berkembang, yang menyediakan sumber daya genetik diberi akses pada dan alih teknologi yang dipergunakan untuk memanfaatkan sumber-sumber daya tersebut, berdasarkan persyaratan yang disepakati bersama bila diperlukan termasuk teknologi yang dilindungi hak paten dan hak-hak milik intelektual
19 ayat (1)	Partisipasi negara berkembang dalam riset bioteknologi	Setiap pihak wajib memberlakukan upaya-upaya legislatif, administratif dan kebijakan, bila diperlukan untuk memungkinkan peran serta yang efektif dalam kegiatan penelitian bioteknologi yang dilakukan para pihak, khususnya negara-negara berkembang yang menyediakan sumber daya genetik bagi penelitian tersebut, dan bila layak.
19 ayat (2)	Pembagian keuntungan dari hasil riset bioteknologi	Setiap pihak wajib melakukan upaya praktis untuk mendorong dan mengembangkan akses prioritas, dengan dasar adil oleh para pihak,

	kepada negara berkembang	terutama negara-negara berkembang, kepada hasil dan keuntungan yang timbul dari bioteknologi yang didasarkan pada sumber daya genetik, yang disediakan oleh pihak-pihak tersebut. Akses semacam itu harus didasarkan persyaratan yang disetujui bersama.
--	--------------------------	--

CBD memang hanya sepintas mengatur tentang mekanisme ABS sumber daya genetik tetapi keberadaan CBD inilah yang memelopori lahirnya rezim ABS. Pengaturan yang lebih khusus terkait mekanisme ABS ini dituangkan dalam *The Nagoya Protocol on Access to Genetic Resources and the Fair and Equitable Sharing of Benefits Arising from their Utilization to the Convention on Biological Diversity/ Protokol Nagoya* atau yang dikenal dengan Protokol Nagoya. Protokol Nagoya ini merupakan ‘peraturan pelaksana’ dari CBD. Ketentuan-ketentuan dalam Protokol Nagoya yang mengatur mekanisme ABS di antaranya :

Tabel 3
Ketentuan dalam Protokol Nagoya

Pasal	Hal	Pengaturan
1	Tujuan Protokol	Tujuan Protokol Nagoya adalah pembagian keuntungan yang adil dan seimbang atas pemanfaatan sumber daya genetik, termasuk akses yang wajar terhadap sumber daya genetik, dan transfer teknologi serta pendanaan terhadap konservasi keanekaragaman hayati.
3	Ruang Lingkup	Protokol Nagoya mengatur ketentuan

		yang terkait akses dan pembagian keuntungan dari pemanfaatan sumber daya genetik termasuk pula pengetahuan tradisional yang terkait dengan sumber daya genetik.
5	Pembagian Keuntungan yang Adil dan Seimbang	<ol style="list-style-type: none"> 1. Pembagian keuntungan atas komersialisasi sumber daya genetik harus dilakukan secara adil dan seimbang yang dilakukan berdasarkan <i>mutually agreed terms</i>. 2. Pembagian keuntungan sebagaimana ayat (1) harus dilakukan dengan memperhatikan hak-hak masyarakat asli dan/atau masyarakat lokal. 3. Mekanisme sebagaimana ayat (1) harus didukung dengan tindakan-tindakan legislatif, administratif, dan kebijakan pemerintah. 4. Keuntungan dalam hal ini bisa berarti <i>monetary</i> dan <i>non-monetary</i> sebagaimana diatur dalam <i>Annex</i>. 5. Pembagian keuntungan yang adil dan seimbang juga harus diberikan atas pemanfaatan pengetahuan tradisional yang terkait sumber daya genetik, serta harus memperhatikan hak-hak masyarakat asli dan/atau masyarakat lokal.
6	Akses terhadap Sumber Daya Genetik	Akses terhadap sumber daya genetik harus berdasarkan <i>prior informed consent</i> yang dikeluarkan <i>country of origin</i> supaya dapat menjamin hak-hak masyarakat asli dan/atau masyarakat lokal atas sumber daya genetik
7	Akses terhadap Pengetahuan Tradisional yang Terkait dengan Sumber Daya Genetik	Negara harus mengambil tindakan legislatif, administratif, dan kebijakan yang menjamin bahwa setiap akses terhadap pengetahuan tradisional yang terkait sumber daya genetik harus

		berdasarkan <i>prior informed consent</i> dan <i>mutual agreed terms</i> .
9	Konservasi Sumber Daya Genetik	Pembagian keuntungan atas komersialisasi sumber daya genetik harus dialokasikan pula untuk konservasi sumber daya hayati.
11	Kerjasama Internasional	Apabila sumber daya genetik dan pengetahuan tradisional yang terkait dengan sumber daya genetik yang sama dan lebih dari satu negara-negara peserta Konvensi yang 'memilikinya' di <i>in-situ-nya</i> (sumber asli), maka negara-negara peserta Konvensi maka negara-negara tersebut harus bekerjasama dalam rangka mewujudkan tujuan dari Protokol Nagoya.
12	Pengetahuan Tradisional yang Terkait Sumber Daya Genetik	<p>Negara harus melibatkan secara efektif masyarakat asli dan/atau masyarakat lokal dan untuk mendirikan balai kliring yang berfungsi menginformasikan kepada calon pemanfaat pengetahuan tradisional yang terkait sumber daya genetik mengenai kewajiban-kewajiban, termasuk detail pengaturan ABS.</p> <p>Negara wajib memfasilitasi pengembangan:</p> <ol style="list-style-type: none"> a. Protokol dalam Masyarakat Hukum Adat dalam kaitannya dengan akses terhadap Pengetahuan Tradisional yang terkait dengan Sumber Daya Genetik. b. Persyaratan minimum untuk melakukan kesepakatan bersama dalam rangka memastikan adanya pembagian keuntungan yang adil dan merata. c. Model klausul untuk kesepakatan bersama mengenai pembagian keuntungan dari pemanfaatan Pengetahuan Tradisional yang terkait dengan Sumber Daya Genetik.
13	<i>National Focal Point</i>	Negara harus menunjuk suatu <i>national</i>

	dan Otoritas Nasional yang Berkompeten	<p><i>focal point yang bertanggung jawab</i> tentang segala informasi yang berkaitan dengan akses dan pembagian keuntungan. <i>National focal point</i> ini bertanggung jawab atas informasi Sumber Daya Genetik dan Pengetahuan Tradisional terkait Sumber Daya Genetik.</p> <p>Negara harus menunjuk otoritas nasional yang berkompeten (<i>Competent National Authority</i>). Otoritas nasional yang berkompeten ini bertanggung jawab atas pemberian akses atas dan merancang mutual agreed terms atas pemanfaatan Sumber Daya Genetik dan Pengetahuan Tradisional terkait Sumber Daya Genetik.</p>
17	Pengawasan atas Pemanfaatan Sumber Daya Genetik	Negara harus membentuk unit pemeriksaan yang mengawasi setiap pelaksanaan <i>prior informed consent</i> dan <i>mutual agreed terms</i> atas pemanfaatan sumber daya genetik dan pengetahuan tradisional yang terkait sumber daya genetik.
23	Transfer Teknologi, Kolaborasi, dan Kerjasama	Negara-negara maju saling bekerjasama dan berkolaborasi dengan negara-negara berkembang dalam rangka transfer ilmu pengetahuan dan teknologi, termasuk riset bioteknologi.

Protokol Nagoya ini diharapkan dapat memperkuat rezim ABS yang dimulai oleh CBD sehingga dapat mengimbangi Rezim HKI dan mengimbangi konsep *genetic resources as common heritage of humankind* yang selama ini lebih menguntungkan negara-negara maju. Protokol Nagoya adalah dasar hukum yang kuat dalam memberikan kepastian dan transparansi bagi negara penyedia (*provider*) dan negara

pengguna (*user*) sumber daya genetik. Ketentuan dalam Protokol Nagoya telah memberikan inovasi perlindungan bagi negara penyedia (*provider*) sumber daya genetik, yakni dengan adanya kewajiban bagi negara pengguna (*user*) ketika hendak mengakses sumber daya genetik negara penyedia (*provider*) yakni harus disertai dengan *Prior Informed Consent* (PIC). Penyedia (*provider*) dan pengguna (*user*) juga berkewajiban menandatangani suatu kontrak kesepakatan bersama (*mutual agreed terms*). *Mutual Agreed Terms* tersebut akan berfungsi sebagai suatu jaminan bagi negara penyedia (*provider*) sumber daya genetik apabila sumber daya genetik miliknya diklaim sepihak oleh pengguna (*user*).

Teori David Hume tentang model keadilan untuk keterjaminan pemilikan yang wajar meskipun terkait dengan permasalahan pemilikan tetapi relevan untuk diterapkan dalam rezim *Access and Benefit Sharing* melalui mekanisme PIC dan MAT. PIC dan MAT ini akan menjamin sumber daya genetik secara tidak akan dieksploitasi secara berlebihan, setiap pemindahan sumber daya genetik yang ada di wilayah Indonesia haruslah secara halal, dan pemindahan tersebut berdasarkan kesepakatan dan menepati janji. PIC dan MAT ini merupakan konsep hukum yang paling sesuai sebagai model keadilan dalam 'pemilikan' sumber daya genetik.

Protokol Nagoya juga turut ‘memperkuat’ kedudukan masyarakat hukum adat dalam mendapatkan keuntungan atas komersialisasi produk-produk yang bersumber dari sumber daya genetik maupun pengetahuan tradisional yang terkait sumber daya genetik ‘milik; mereka. Protokol Nagoya ini dapat menjadi suatu harapan bagi negara-negara berkembang, termasuk Indonesia²²⁸, sebagai negara (*provider*) sumber daya genetik dalam memperjuangkan pembagian keuntungan yang adil dan seimbang.

Protokol Nagoya ini hanya dapat berjalan dengan efektif dengan peran Pemerintah Republik Indonesia dalam mempersiapkan mekanisme ABS yang tepat. Langkah-langkah yang dapat dilakukan pemerintah antara lain :

1. Pemerintah harus mengesahkan RUU PTEBT, RUU Pengakuan dan Perlindungan Hak Masyarakat Hukum Adat, RUU Ratifikasi Protokol Nagoya, dan RUU Pengelolaan Sumber Daya Genetik. RUU – RUU tersebut merupakan satu kesatuan dalam menjamin kepastian hukum dalam pelaksanaan mekanisme ABS.

²²⁸ Indonesia telah menandatangani Protokol Nagoya pada tanggal 11 Mei 2011 bertepatan dengan acara *Ministerial Segment of the 19th session of the United Nations Commission on Sustainable Development* di Markas Besar PBB, New York. Saat ini proses ratifikasi Protokol Nagoya untuk menjadi Rancangan Undang-Undang Pengesahan Protokol Nagoya sedang dilaksanakan. Lihat *Dialog Interaktif Pengetahuan Tradisional Dalam Kerangka Protokol Nagoya*, <http://www.menlh.go.id/dialog-interaktif-pengetahuan-tradisional-dalam-kerangka-protokol-nagoya/>, diakses pada 1 Oktober 2012.

Selain itu, PP No. 41 tahun 2006 tentang Izin Penelitian Bagi Orang Asing di Indonesia dapat dijadikan sebagai salah satu peraturan pengendalian akses.

2. Pemerintah harus melakukan penyeragaman istilah yang digunakan, apakah itu masyarakat hukum adat atau masyarakat adat, dalam semua produk hukum di Indonesia supaya tidak terjadi kerancuan hukum.
3. Pemerintah harus menetapkan kebijakan pengaturan akses yang berdasarkan prinsip-prinsip :²²⁹
 - a. mengakui bahwa Pengetahuan Tradisional merupakan bagian dari kedaulatan negara sangat penting dalam perlindungan dan pengelolaan lingkungan hidup;
 - b. mengakui bahwa Masyarakat Hukum Adat dan lokal adalah pemangku dan pemegang hak pengetahuan tradisional dan harus berperan berkenaan dengan penggunaannya;
 - c. menghormati hak asasi manusia dan menjaga hak ulayat Masyarakat Hukum Adat untuk mengendalikan akses secara penuh dan efektif terhadap Pengetahuan Tradisionalnya terutama yang bernilai spiritual dan rahasia.
 - d. mengakui dan mengembangkan hukum adat, protokol komunitas dan norma hukum lainnya yang dihormati di tingkat masyarakat sesuai dengan peraturan dan perundangan nasional;
 - e. menghormati prinsip *prior informed consent* (PIC) atau Persetujuan Atas Dasar Informasi Awal (PADIA) dalam pelaksanaan akses.
4. Negara sebagai kustodian yakni, pemerintah berperan sebagai pemegang mandat dari masyarakat hukum adat

²²⁹ Kertas Posisi Kementerian Lingkungan Hidup, *Op. Cit.*, halaman 19

dan Bangsa Indonesia. Peran pemerintah ini dapat diartikan kedalam konteks :

- 1) Pemerintah memegang hak penguasaan atas sumber daya genetik dan pengetahuan tradisional yang terkait sumber daya genetik.
- 2) Pemerintah Pusat dapat bekerja sama dengan pemerintah daerah, masyarakat, lembaga-lembaga pemerintahan, dan lembaga swadaya masyarakat dalam mengelola sumber daya genetik dan pengetahuan tradisional terkait sumber daya genetik.
- 3) Pemerintah adalah 'wakil' masyarakat hukum adat dalam pembuatan berbagai kontrak PIC dan MAT.

Sementara itu, Agus Sardjono berpendapat bahwa Pemerintah sebagai kustodian masyarakat hukum adat dapat berperan sebagai :²³⁰

- 1) Pelindung yang akan mempresentasikan hak-hak masyarakat atas warisan alam dalam bentuk *biological diversity* dan warisan budaya yang harus dilestarikan.
- 2) Melaksanakan proses dokumentasi dan menyiapkan database atas sumber daya genetik dan pengetahuan tradisional yang terkait sumber daya genetik, termasuk yang mempunyai nilai sakral.

²³⁰ *Ibid*, halaman 318, 327, dan 331.

- 3) Bersama-sama masyarakat mengadakan perjanjian dengan para *prospector* untuk memanfaatkan kekayaan sumber daya genetik dan pengetahuan tradisional yang terkait dengan sumber daya genetik.
- 4) Pemerintah mengatur dan melaksanakan sistem pembagian manfaat atas komersialisasi sumber daya genetik dan pengetahuan tradisional yang terkait sumber daya genetik, misalnya melalui transfer teknologi, penelitian bersama, pengembangan bersama, atau pun pembangunan pabrik-pabrik produk-produk yang berbasis sumber daya genetik di Indonesia.
- 5) Pemerintah dapat berperan sebagai agen atau perwakilan dari masyarakat hukum adat dan Bangsa Indonesia dalam melakukan tuntutan kepada pihak-pihak asing yang telah melakukan *missappropriation* terhadap sumber daya genetik dan pengetahuan tradisional yang terkait dengan sumber daya genetik milik Bangsa Indonesia.

5. Pemerintah dalam menetapkan kontrak PIC²³¹ harus mensyaratkan *bioprospectors* untuk dapat menyediakan informasi tentang hal-hal sebagai berikut :²³²

- tujuan penelitian dan alokasi keuntungan atau siapa saja penerima manfaatnya.
- kemungkinan-kemungkinan komersialisasi yang akan terwujud sebagai hasil penelitian.
- resiko yang mungkin timbul.
- pendekatan alternatif dalam penelitian.

Agus Sardjono berpendapat bahwa PIC sangat penting karena melalui PIC Pemerintah

²³¹ PIC atau Pemberitahuan Atas Dasar Informasi Awal (PADIA) adalah pemberitahuan dari pemohon akses kepada penyedia sumber daya genetik dan/atau Pengetahuan Tradisional terkait dengan Sumber Daya Genetik tentang semua informasi dalam rangka kegiatan akses yang dipergunakan oleh penyedia sebagai bahan pertimbangan dalam memberikan persetujuan akses terhadap Sumber Daya Genetik yang dimilikinya. Lihat Kertas Posisi Kementerian Lingkungan Hidup, *Op.Cit.*, halaman 18-19.

²³² W. Lesser, *Op.Cit.*, halaman 190.

Indonesia dapat melakukan pengawasan terhadap semua kegiatan penelitian dan pemanfaatan sumber daya genetik dan pengetahuan tradisional yang terkait sumber daya genetik. Pemerintah Indonesia melalui PIC dapat memaksakan pihak asing yang melakukan kegiatan *bioprospecting* di Indonesia untuk mengakui eksistensi pengetahuan tradisional (*communal property rights*) dari masyarakat lokal di Indonesia. Intinya, tidak akan ada kegiatan penelitian dan pemanfaatan sumber daya genetik dan pengetahuan tradisional yang terkait sumber daya genetik tanpa ada PIC dari Pemerintah Indonesia.²³³

6. Pemerintah harus menetapkan suatu mekanisme *benefit sharing* yang berdasarkan Protokol Nagoya berbentuk suatu kontrak. Pembagian keuntungan ini dituangkan ke dalam suatu *Mutual Agreed Terms*.²³⁴ Kontrak bersama ini harus dapat memberikan kepastian, kejelasan, meminimalisasi biaya transaksi, dan menaati peraturan yang berlaku.²³⁵

MAT setidaknya harus berisi klausul-klausul tentang hal-hal berikut ini :²³⁶

- para pihak
- ruang lingkup yang diperjanjikan
- hak dan kewajiban *provider* dan *user*;
- jaminan bahwa masyarakat hukum adat dan/atau masyarakat lokal masih tetap dapat

²³³ Agus Sardjono, *HKI dan Pengetahuan Tradisional*, *Op.Cit.*, halaman 275.

²³⁴ Kesepakatan bersama atau *Mutual Agreed Terms* (MAT) adalah perjanjian tertulis yang berisi persyaratan dan kondisi yang disepakati antara penyedia dan pemohon akses berdasarkan prinsip kebebasan berkontrak (*freedom of contract*). Lihat Kertas Posisi Kementerian Lingkungan Hidup, *Op.Cit.*, halaman 27.

²³⁵ *Loc.Cit.*.

²³⁶ Agus Sardjono, *HKI dan Pengetahuan Tradisional*, *Op.Cit.*, halaman 272-279.

memanfaatkan sumber daya genetik dan pengetahuan tradisional yang terkait dengan sumber daya genetik meskipun mungkin telah diterbitkan paten pemanfaatannya.

- persoalan penghentian atau berakhirnya kontrak dan bilamana penyelesaian sengketanya.
- pedoman standar minimum pembagian keuntungan apakah *monetary* atau *non monetary* atau keduanya,²³⁷

Possey dan Dutfield berpendapat bahwa kompensasi atau imbalan tidak saja ditentukan oleh prinsip moralitas, tetapi juga ditetapkan dalam suatu produk hukum nasional, penerapan prinsip-prinsip hukum internasional, dan juga kemampuan masyarakat untuk benegosiasi dengan *prospectors*.²³⁸

Berdasarkan pendapat dari Possey dan Dutfield maka Pemerintah dalam menyusun kontrak MAT harus berdasar pada pedoman standar minimum pembagian keuntungan sesuai Pasal 19 Protokol Nagoya dan berdasar pula pada standar dalam CBD. Pemerintah sebagai representasi masyarakat (khususnya masyarakat hukum adat) harus memiliki kemampuan negosiasi yang mumpuni supaya tidak ada ketentuan dalam kontrak yang merugikan masyarakat hukum

²³⁷ Lesser berpendapat sebaiknya klaim kompensasi dari Pemerintah *Provider Country* tidak lebih dari 50% dari estimasi total nilai (ekonomi) sumber daya genetik yang diperkirakan *user*. Lihat W. Lesser, *Op.Cit.*, halaman 184-186.

²³⁸ Possey dan Dutfield dalam Agus Sardjono, *HKI dan Pengetahuan Tradisional*, *Op.Cit.*, halaman 268

adat.²³⁹ Oleh karena itu, selain dapat meningkatkan SDM Pemerintah perlu juga dilakukan peningkatan kapasitas kelembagaan dan peningkatan kapasitas masyarakat hukum adat.

Peningkatan kapasitas kelembagaan di antaranya :²⁴⁰

- 1) Menunjuk suatu *national focal point* tentang akses dan pembagian keuntungan. *National focal point* ini bertanggung jawab atas Sumber Daya Genetik dan Pengetahuan Tradisional terkait Sumber Daya Genetik (Pasal 13 ayat (1) Protokol Nagoya).
- 2) Menunjuk otoritas nasional yang berkompeten (*Competent National Authority*). Otoritas nasional yang berkompeten ini bertanggung jawab atas Sumber Daya Genetik dan Pengetahuan Tradisional terkait Sumber Daya Genetik (Pasal 13 ayat (2) Protokol Nagoya).
- 3) Membagi informasi melalui balai kliring (*clearing house*) untuk melakukan pertukaran informasi mengenai Pengetahuan Tradisional yang terkait dengan Sumber Daya Genetik (Pasal 14 Protokol Nagoya).
- 4) Menunjuk atau mendirikan pusat pendataan Pengetahuan Tradisional yang berfungsi sebagai lembaga deponitori atau lembaga penyimpanan dalam rangka upaya inventarisasi dan perlindungan defensif.
- 5) Menunjuk pos pemeriksaan atas pemanfaatan Pengetahuan Tradisional terkait Sumber Daya Genetik (Pasal 17 ayat (1) Protokol Nagoya).
- 6) Pemerintah perlu mengembangkan kebijakan inventarisasi dan meningkatkan kapasitas kelembagaan Masyarakat Hukum Adat.
- 7) Memberdayakan Lembaga Swadaya Masyarakat dan Lembaga Non Pemerintah yang memiliki kapasitas

²³⁹ Kemampuan bernegosiasi ini oleh Lesser dinyatakan sebagai elemen yang disyaratkan dalam MAT selain tujuan-tujuan spesifik yang ingin dicapai (pembayaran, *value added industry*, etc); informasi-informasi pendukung; kepercayaan dan keinginan bekerja sama, dan akses atas birokrasi. Lihat W. Lesser, *Op.Cit.*, halaman 182.

²⁴⁰ Kertas Posisi Kementerian Lingkungan Hidup, *Op.Cit.*, halaman 28.

serta visi dan misi untuk melindungi hak-hak masyarakat hukum adat atas pemanfaatan sumber daya genetik. LSM tersebut dapat berperan sebagai 'humas' dari pemerintah kepada masyarakat hukum adat untuk mensosialisasikan PIC dan MAT dan sebagai penyampai aspirasi masyarakat hukum adat kepada pemerintah sekaligus sebagai pengawas dari pelaksanaan PIC dan MAT.

Sementara itu, peningkatan kapasitas masyarakat hukum adat dapat dilakukan melalui berbagai cara di antaranya :²⁴¹

- 1) Penysadartahuan publik (*public awareness*).
- 2) Pendidikan (formal dan informal).
- 3) Revitalisasi dan promosi Pengetahuan Tradisional.

²⁴¹ *Ibid*, halaman 29.

BAB IV

PENUTUP

A. Kesimpulan

Berdasarkan pembahasan yang telah dikemukakan di atas, diperoleh kesimpulan sebagai berikut:

1. Perlindungan Masyarakat Hukum Adat atas pemanfaatan sumber daya genetik sebagai suatu kekayaan intelektual dalam rezim Hak Kekayaan Intelektual

Sumber daya genetik tidak dapat dilepaskan dari pengetahuan tradisional merupakan hasil karya intelektual manusia yang berharga yang mengandung unsur budaya yang merupakan *way of life* bagi masyarakat hukum adat yang menemukan dan mengembangkannya. Globalisasi memberikan pengaruh yang cukup besar bagi eksistensi pengetahuan tradisional karena pada perkembangannya pengetahuan tradisional ini seringkali dimanfaatkan secara tidak patut, sehingga mengganggu eksistensi masyarakat hukum adat sebagai pemangku hak pengetahuan tradisional serta mengeliminasi nilai budaya dan moral yang terkandung di dalamnya.

Kesulitan melindungi pengetahuan tradisional milik masyarakat asli dengan menggunakan rezim HKI terjadi karena perbedaan paradigma antara konsep HKI dan pengetahuan tradisional. Secara umum perlindungan HKI digunakan untuk melindungi kepentingan kapital atau modal (*economic oriented*) yang dihasilkan dari

intelektualitas manusia, sedangkan pengetahuan tradisional dilindungi tidak semata-mata karena alasan ekonomi, melainkan karena nilai yang terkandung di dalamnya yang senantiasa dijaga dan dilestarikan oleh masyarakat asli.

Sesungguhnya rezim HKI tidak mampu mengakomodasi perlindungan hukum terhadap masyarakat hukum adat atas pemanfaatan sumber daya genetik sebagai suatu kekayaan intelektual sehingga diperlukan suatu sistem khusus untuk dapat mengakomodasi perlindungan tersebut.

2. Kebijakan Perlindungan Hukum terhadap Masyarakat Hukum Adat atas Pemanfaatan Sumber Daya Genetik di Indonesia Melalui *Sui Generis System*

Sejak tahun 2007 Indonesia memiliki RUU PTEBT yang merupakan awal tonggak upaya pemerintah Indonesia dalam melindungi pengetahuan tradisional di Indonesia. Akan tetapi, dalam RUU PTEBT masih terdapat beberapa hal yang harus diperhatikan. Melindungi pengetahuan tradisional ini harus memperhatikan beberapa hal berikut ini, sehingga dapat digunakan dalam mereformulasikan RUU PTEBT agar sesuai dengan kondisi masyarakat asli di Indonesia. Hal-hal yang harus diperhatikan antara lain:

- a. Keseragaman pandangan mengenai pengetahuan tradisional dan HKI;
- b. Keseragaman dalam menentukan tujuan umum perlindungan pengetahuan tradisional;
- c. Diferensiasi antara *Invensi* dan *Discovery*;
- d. Dokumentasi pengetahuan tradisional;
- e. Hak dan kewenangan masyarakat hukum adat.

Oleh karena itu, dalam memberikan perlindungan bagi masyarakat hukum adat dalam kaitannya dengan pemanfaatan sumber daya genetik sebagai suatu kekayaan intelektual maka akan lebih baik diakomodasi ke dalam suatu *sui generis system* atau HKI-Plus. Hal ini akan lebih 'logis' dan tidak akan lagi memaksakan dua persepsi yang berbeda tentang perlindungan HKI dan tentang perlindungan pengetahuan tradisional yang terkait sumber daya genetik menjadi satu sistem.

B. Rekomendasi

Berdasarkan hasil penelitian dan pembahasan, beberapa saran yang patut dipertimbangkan adalah sebagai berikut:

1. Pemerintah Indonesia diharapkan dapat merevisi RUU PTEBT serta memulai pelaksanaan sistem database sumber daya genetik dan/atau pengetahuan tradisional yang terkait dengan sumber daya genetik sebagai upaya memperkuat sistem *sui generis* di dalam perlindungan masyarakat hukum adat atas adanya pemanfaatan sumber daya genetik.
2. Pemerintah Indonesia diharapkan segera meratifikasi Protokol Nagoya serta mensahkan RUU Pengakuan dan Perlindungan Hak Masyarakat Hukum Adat karena kedua perundang-undangan tersebut merupakan instrumen yang sangat diperlukan sebagai upaya mendukung perundang-undangan *sui generis* dan sebagai dasar hukum yang kuat bagi Rezim *Access and Benefit Sharing* di Indonesia.
3. Pemerintah perlu memperkuat kelembagaan di tingkat instansi pemerintahan, kelembagaan di tingkat masyarakat hukum adat, serta membangun kerja sama dengan lembaga swadaya masyarakat dalam rangka membangun sistem database serta dalam rangka mengimplementasikan dengan baik perundang-undangan *sui generis* dan Rezim *Access and Benefit Sharing* di Indonesia.

DAFTAR PUSTAKA

Buku

- Abdul Hamid A. Toha. 2009. *Ensiklopedia Biokimia dan Biologi Molekuler*. Jakarta :EGC.
- Abdulkadir Muhammad. 2001. *Kajian Hukum Ekonomi Hak Kekayaan Intelektual*. Bandung : PT Citra Aditya Bakti.
- Ade Saptomo. 2010. *Hukum dan Kearifan Lokal Revitalisasi Hukum Adat Nusantara*. Jakarta : PT Gramedia Widiasarana Indonesia.
- Adrian Sutedi. 2009. *Hak Atas Kekayaan Intelektual*. Jakarta : Sinar Grafika.
- Afrillyanna Purba, dkk. 2005. *TRIPs-WTO dan Hukum HKI Indonesia Kajian Perlindungan Hak Cipta Seni Batik Tradisional Indonesia*. Jakarta : PT. Rineka Cipta.
- Agus Sardjono.2009. *Membumikan HKI di Indonesia*.Bandung : Nuansa Aulia.
- _____. 2006. *Hak Kekayaan Intelektual dan Pengetahuan Tradisional*. Bandung : PT. Alumni.
- Andriana Krisnawati dan Gazalba Saleh. 2004. *Perlindungan Hukum Varietas Baru Tanaman dalam Perspektif Hak Paten dan Hak Pemulia*. Jakarta: PT Raja Grafindo Persada.
- Bambang Sunggono. 2011. *Metodologi Penelitian Hukum*. Jakarta : PT RajaGrafindo Persada

- Bernard L. Tanya, dkk. 2010. *Teori Hukum Strategi Tertib Manusia Lintas Ruang dan Generasi*. Yogyakarta : Genta Publishing.
- Budi Agus Riswandi dan M. Syamsudin. 2005. *Hak Kekayaan Intelektual dan Budaya Hukum*. Jakarta : Raja Grafindo Persada.
- Budi Santoso.2012. *Dekonstruksi Hak Cipta Indonesia*.Semarang : Pustaka Magister.
- _____. 2008. *HKI (Hak Kekayaan Intelektual) Pengantar HKI*. Semarang : Pustaka Magister.
- Burhan Ashshofa. 2004. *Metode Penelitian Hukum*. Jakarta : PT Rineka Cipta.
- C.S.T. Kansil.1990. *Hak Milik Intelektual : Paten, Merek Perusahaan, Merek Perniagaan, Hak Cipta*. Jakarta : Bumi Aksara.
- Darji Darmodiharjo & Shidarta. 2006. *Pokok-Pokok Filsafat Hukum : Apa dan Bagaimana Filsafat Hukum Indonesia*. Jakarta : PT. Gramedia Pustaka Utama.
- Dirjen HKI Kemenkumham. 2011. *Buku Panduan HKI*. Tangerang : Dirjen HKI.
- Gunawan Widjaja. 2003. *Seri Hukum Bisnis Lisensi*.Jakarta : PT RajaGrafindo Persada.
- Johannes Muller. 2006. *Perkembangan Masyarakat Lintas Ilmu*. Jakarta : PT. Gramedia Pustaka Utama.
- Johnny Ibrahim. 2009.*Teori dan Metodologi Penelitian Hukum Normatif*. Malang : Bayumedia Publishing.

- Khudzaifah Dimiyati. 2004. *Teorisasi Hukum : Studi tentang Perkembangan Pemikiran Hukum di Indonesia 1945-1990*. Surakarta : Muhammadiyah.
- Maria Soemardjono. 2009. *Tanah dalam Perspektif Hak Ekonomi, Sosial, dan Budaya*. Jakarta : Kompas Gramedia.
- Marni Emmy Mustafa. 2007. *Prinsip-Prinsip Beracara dalam Penegakan Hukum Paten di Indonesia dikaitkan Dengan TRIPs – WTO*. Bandung : PT. Alumni.
- Muhammad Ahkam Subroto & Suprapedi. 2008. *Pengenalan HKI (Hak Kekayaan Intelektual) : Konsep Dasar Kekayaan Intelektual untuk Penumbuhan Inovasi*. Jakarta : PT. Indeks.
- Mukti Fajar dan Yulianto Achmad. 2010. *Dualisme Penelitian Hukum Normatif dan Empiris*. Yogyakarta :Pustaka Pelajar.
- Otje Salman dan Anton F. Susanto. 2004. *Beberapa Aspek Sosiologi Hukum*. Bandung: PT. Alumni.
- Rikardo Simarmata.2006. *Pengakuan Hukum Terhadap Masyarakat Adat di Indonesia*. Bangkok : UNDP.
- Soerjono Soekanto. 2010. *Pengantar Penelitian Hukum*. Jakarta : UI Press.
- Soerjono Soekanto dan Sri Mamudji. 2010. *Penelitian Hukum Normatif Suatu Tinjauan Singkat*. Jakarta : PT Raja Grafindo Persada.
- Sunaryati Hartono. 1988. *Hukum Ekonomi Pembangunan Indonesia*. Bandung : Binacipta.

Tomy Suryo Utomo. 2010. *HKI di Era Global: Sebuah Kajian Kontemporer*. Yogyakarta : Graha Ilmu.

W. Lesser. *Sustainable Use of Genetic Resources under The Convention on Biological Diversity Exploring Access and Benefit Sharing Issues*. 1999. New York : CAB International.

Zainul Daulay. 2011. *Pengetahuan Tradisional Konsep, Dasar Hukum, dan Praktiknya*. Jakarta: PT Raja Grafindo Persada.

Skripsi dan Tesis

Akih Hartini. 2001. Tesis : *Perlindungan Hak Kekayaan Intelektual Masyarakat Adat*. Jakarta : Pasca Sarjana Magister Lingkungan Hidup Universitas Indonesia.

Ika Edriantika. 2012. Tesis : *Perlindungan Pengetahuan Tradisional Sebagai Prior Art Dalam Pengelolaan Kekayaan Intelektual Di Indonesia*. Semarang : Magister Ilmu Hukum Universitas Diponegoro.

Nurul Iman Suansa. 2011. Skripsi : *Penggunaan Pengetahuan Etnobotani dalam Pengelolaan Hutan Adat Baduy*. Bogor : Departemen Konservasi Sumber Daya Hutan dan Ekowisata Fakultas Kehutanan IPB.

Purity Sabila Ajiningrum. 2011. Tesis : *Valuasi Potensi Keanekaragaman Jenis Hutan Non Kayu Masyarakat Lokal Dayak Lundayeh dan Uma' Lung di Kabupaten Malinau Kalimantan Timur*. Depok : Fakultas MIPA Prodi Biologi Program Pascasarjana Universitas Indonesia.

Jurnal Imiah dan Artikel Ilmiah

- Asep Yunan Firdaus. 2007. *Makalah : Masih Eksis kah Hukum Masyarakat (hukum) Adat di Indonesia?* Advance Training Hak-hak Masyarakat Adat (*Indigenous Peoples' Rights*) Bagi Dosen Pengajar HAM di Indonesia. http://pusham.uui.ac.id/upl/article/id_Asep_Yunan_F.pdf.
- C.R. McManis. 2003. *Intellectual Property, Genetic Resouces and Traditional Knowledge Protection: Thinking Globally, Acting Locally*, 11 Cardozo J. Int'l & Comp. L. <http://www.comunidadandina.org/treaties.html>.
- Frederick M. Abbott. 1989. *Protecting First World Assets in The Third World : Intellectual Property Negotiations in the GATT Multilateral Framework*, Vanderbilt Journal of Transnational Law. Vol 22, No.4. http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1918346.
- FX Adji Samekto. 2000. *Isu Demokrasi Dalam Era Globalisasi*. Diskusi Panel Nasional, Arogansi Amerika Serikat Dalam Hubungan Internasional. FH Universitas Diponegoro. http://eprints.undip.ac.id/20603/1/2571_KI_FH_03.pdf.
- FX Adji Samekto dan dan Paramita Prananingtyas. 2006. *Keberpihakan Konvensi Keanekaragaman Hayati pada Kepentingan Negara Maju*. Majalah Masalah-Masalah Hukum FH Universitas Diponegoro, Vol. 35 No. 2 April –Juni 2006.
- ICRAF dan P3AE-UI. 2001. *Seri Kebijakan I Kajian Kebijakan Hak-Hak Masyarakat Adat di Indonesia; Suatu Refleksi Pengaturan Kebijakan dalam era Otonomi Daerah*. <http://forestclimatecenter.org/files/2001->

03%20Kajian%20Kebijakan%20Hak-hak%20Masy%20Adat%20---
Otonomi%20Daerah.pdf.

Kertas Posisi Kementerian Lingkungan Hidup. 2001. *Pengetahuan Tradisional Sebagai Bagian Dari Masyarakat Hukum Adat Yang Terkait Dengan Sumber Daya Genetik (SDG) Dalam Protokol Nagoya*. <http://www.aman.or.id/wp-content/plugins/downloads-manager/upload/Kertas%20Posisi%20>.

M. Hawim. 2009. *Perlindungan Pengetahuan Tradisional di Indonesia*. Pidato Pengukuhan Guru Besar FH UGM. Yogyakarta : UGM.

Novasyurahati dan Endah Sulistyawati. 2008. *Kelimpahan Sumberdaya Hutan di Sekitar Desa Baru Pelepat dalam Belajar dari Bungo Mengelola Sumberdaya di Era Desentralisasi*. Bogor : Center for International Forestry Research / CIFOR. http://www.cifor.org/publications/pdf_files/Books/BAAdnan0801.pdf.

Peter Johan Schei dan Morten Walloe Tvedt. 2009. *Genetic Resources in the CBD : the Wording, the Past, the Present, and the Future*. www.fni.no/abs/publication-42.

Rikardo Simarmata. 2005. *Menyongsong Berakhirnya Abad Masyarakat Adat: Resistensi Pengakuan Bersyarakat*. <http://groups.yahoo.com/group/lingkungan/message/24221>.

Sartini. 2009. *Menggali Kearifan Lokal Nusantara Sebuah Kajian Filsafati*. <http://dgi-indonesia.com/wp-content/uploads/2009/02/menggali Kearifan Lokal Nusantara1.pdf>.

Sebastian Oberthur, dkk. 2011. *Study Intellectual Property Rights on Genetic Resources and The Fight Against Poverty*. Belgia : European Parliament.

http://www.ecologic.eu/files/attachments/Projects/2610/2610_20_ipr_study_final.pdf.

Yance Arizona, dkk. 2010. Kertas Kerja Epistema No. 5/2010. *Kuasa dan Hukum : Realitas Pengakuan Hukum terhadap Hak Masyarakat Adat atas Sumber Daya Alam*. http://epistema.or.id/wp-content/uploads/2012/01/Working_Paper_Epistema_Institute_05-2010.pdf.

. 2009. *Hak Ulayat : Pendekatan Hak Asasi Manusia dan Konstitusionalisme Indonesia*, Jurnal Mahkamah Konstitusi Volume 6, No. 2. https://docs.google.com/gview?url=http://www.mahkamahkonstitusi.go.id/public/content/infoumum/ejurnal/pdf/ejurnal_Volume%206%20Nomor%202,%20Juli%202009.pdf&chrome=true.

Internet

<http://www.aman.or.id/2012/09/19/press-release-pemerintah-indonesia-menolak-rekomendasi-dewan-ham-pbb-terkait-hak-hak-masyarakat-adat/>.

<http://sp2010.bps.go.id/files/ebook/kewarganegaraan%20penduduk%20indonesia/index.html>.

<http://www.depkuham.go.id/berita/headline/1824-penyerahan-sertifikat-indikasi-geografis-ig-kopi-arabika-kalosi-kab-enrekang-makasar>.

Dialog Interaktif Pengetahuan Tradisional Dalam Kerangka Protokol Nagoya. <http://www.menlh.go.id/dialog-interaktif-pengetahuan-tradisional-dalam-kerangka-protokol-nagoya/>.

Eddie Riyadi Terre, [www.academia.edu/1475460/hak masyarakat_adat_dalam_perspektif_hkm.intl](http://www.academia.edu/1475460/hak-masyarakat_adat_dalam_perspektif_hkm.intl).

<http://www.faqs.org/patents/app/20100048885#ixzz2NPY70zLH>.

<http://www.hukumonline.com/berita/baca/hol15257/berdayakan-masyarakat-hukum-adat-untuk-perlindungan-lingkungan>.

Intergovernmental Committee on Intellectual Property and Genetic Resources, Traditional Knowledge, and Folklore, Draft Report of The Nineteenth session of The Committee. WIPO/GRTKF/IC/19/12 Prov.2 Article 1 Subject Matters of Protection. www.wipo.org.

IWGIA The Indigenous World. 2009. <http://www.aman.or.id/wp-content/plugins/downloads-manager/upload/THE%20INDIGENOUS%20WORLD-2009%20Indo.pdf>.

http://iwgia.org/images/stories/sections/regions/asia/documents/short-country_profiles/indonesia.pdf.

<http://www.iwgia.org/human-rights/self-determination>.

Laporan Misi Pencarian Fakta atas HaKI dan Pengetahuan Tradisional, <http://www.wipo.org>.

WIPO Secretariat, *Elements of a Sui Generis System for the Protection of Traditional Knowledge*. WIPO Intergovernmental Committee on Intellectual Property and Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore. www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/en/wipo.../wipo_grtkf_ic_3_8.doc.

Yeti Sumiati. 2009. *Masih Ada Harapan Bagi Pandanwangi*. <http://ubicilembu.wordpress.com/>.