

Sanabil

Masyarakat Adat dan Ekspresi Budaya

Tinjauan Hukum Dan Maqashid Syariah

Baiq Ratna Mulhimmah

Baiq Ratna Mulhimmah

Masyarakat Adat dan Ekspresi Budaya
Tinjauan Hukum Dan Maqashid Syariah



**MASYARAKAT ADAT
DAN EKSPRESI BUDAYA TRADISIONAL**
(Tinjauan Hukum dan *Maqashid Al Syari'ah*)

Baiq Ratna Mulhimmah

**MASYARAKAT ADAT
DAN EKSPRESI BUDAYA TRADISIONAL**
(Tinjauan Hukum dan *Maqashid Al Syari'ah*)


Sanabil

Masyarakat Adat dan Ekspresi budaya Tradisional
(Tinjauan Hukum dan *Maqashid al-Syari'ah*)

© Sanabil 2022

Penulis : Baiq Ratna Mulhimmah
Editor : Heru Sunardi, M.H.
Layout : Sanabil Creative
Desain Cover : Syahrul Hanafi, M.EK.

All rights reserved

Hak Cipta dilindungi Undang Undang
Dilarang memperbanyak dan menyebarluaskan
sebagian atau seluruh isi buku dengan tujuan komersial
tanpa izin tertulis dari penerbit

Cetakan 1 : Desember 2022
ISBN : 978-623-317-115-1

Penerbit:
Sanabil
Jl. Kerajinan 1 Blok C/13 Mataram
Telp. 0370- 7505946, Mobile: 081-805311362
Email: sanabilpublishing@gmail



KATA SAMBUTAN



Alhamdulillah, segala puji dan syukur kami panjatkan kepada Allah swt. atas limpahan rahmat, taufiq, dan hidayah-Nya sehingga tridarma perguruan tinggi di Fakultas Syariah UIN Mataram dapat dilaksanakan dengan sebaik-baiknya.

Salah satu tridarma perguruan tinggi yang harus dilaksanakan dosen adalah penelitian. Untuk mendorong dosen melakukan penelitian secara optimal dan menghasilkan karya ilmiah yang berkualitas, Fakultas Syariah UIN Mataram memfasilitasinya melalui program penulisan dan penerbitan buku referensi. Penulisan buku referensi juga ditujukan untuk mengembangkan keilmuan yang sesuai dengan perkembangan dan perubahan sosial sehingga hasil-hasil karya ilmiah dosen dapat berkontribusi dalam memperkaya khazanah keilmuan sekaligus menawarkan pemikiran yang cerdas dalam menyelesaikan persoalan yang semakin kompleks.

Kami sangat mengapresiasi dan menyampaikan terima kasih kepada penulis yang telah mencurahkan pikiran dan waktunya untuk menyelesaikan buku ini. Akhirnya, semoga buku ini menjadi amal

jariyah bagi penulis dan dapat dijadikan rujukan bagi mahasiswa khususnya serta masyarakat luas pada umumnya.

Mataram, November 2022

Dekan,

Dr. Moh. Asyiq Amrulloh, M.Ag.



KATA PENGANTAR



Bismillahirrahmanirrahim

Segala puja dan puji syukur dipersembahkan kehadirat Allah swt. karena atas izin serta petunjuk-Nyalah akhirnya disertasi ini dapat diselesaikan. Sholawat dan salam tercurahkan atas junjungan Nabi Besar Muhammad saw yang telah memberi pengajaran hingga dipedomani sampai akhir zaman.

Syukur yang tak terhingga buku berjudul “**Masyarakat Adat dan Ekspresi budaya Tradisional (Tinjauan Hukum dan *Maqashid al-Syari’ah*)**”, akhirnya dapat ditulis dan disajikan sebagai tugas akhir dalam menempuh Pendidikan pada program studi Doktor Ilmu Hukum Universitas Brawijaya. Penulisan karya ilmiah ini dilatarbelakangi oleh keprihatinan terhadap ketidakadilan terhadap masyarakat adat atas hak-hak tradisionalnya berupa Ekspresi Budaya Tradisional yang selama ini terabaikan. Disertasi ini mencoba menemukan bentuk perlindungan yang lebih komperhensif dengan kajian Hukum Islam melalui metode *Maqashid al Syari’ah*, sebagai salah satu asas religiositas yang dianggap penting sebagai upaya perlindungan yang lebih baik di masa depan.

Tentu saja dalam tulisan ini penulis menyadari pasti terdapat banyak kekurangan dan kekeliruan, sehingga tidak menutup kemungkinan jika ada saran dan masukan serta kritik yang

membangun. Pada akhirnya penulis berharap semoga tulisan ini dapat bermanfaat bagi para pembaca dan penulis sendiri, serta memberikan kontribusi bagi pemerintah dalam membuat undang-undang bagi perlindungan masyarakat Adat atas hak Ekspresi Budaya Tradisional yang lebih berkeadilan.

Malang, 5 Januari 2019
Penulis,

Baiq Ratna Mulhimmah



DAFTAR ISI



KATA SAMBUTAN	v
KATA PENGANTAR	vii
DAFTAR ISI	xi
BAB 1 PENDAHULUAN	1
A. Problematika Ekspresi Budaya Tradisional di Indonesia	1
BAB 2 KERANGKA TEORETIK DAN KERANGKA KONSEPTUAL	35
A. Kerangka Teoretik	35
B. Kerangka Konseptual	60
BAB 3 MAKNA PERLINDUNGAN HUKUM TERHADAP HAK MASYARAKAT ADAT ATAS PENGETAHUAN TRADISIONAL DAN EKSPRESI BUDAYA TRADISIONAL DALAM PERSPEKTIF <i>MAQASHID AL SYARI'AH</i>	83
A. Hak Milik (Kepemilikan) dalam Hukum Positif dan Hukum Islam	83
B. Hak Masyarakat Adat Atas Ekspresi Budaya Tradisional (EBT)	118
C. Konsep Perlindungan Hukum Melalui Hukum Negara, Hukum Adat dan Hukum Islam (<i>Maqashid al syari'ah</i>)	129

BAB 4 PERLINDUNGAN HUKUM TERHADAP MASYARAKAT ADAT ATAS HAK EKSPRESI BUDAYA TRADISIONAL PERSPEKTIF <i>MAQASHID AL SYARI'AH</i>	171
A. Tinjauan Umum Tentang Hak Kekayaan Intelektual, Hak Cipta, dan Ekspresi Budaya Tradisional	171
B. Penerapan Hak Cipta Atas Ekspresi Budaya Tradisional Indonesia Serta Beberapa Kasus Pelanggaran Atas Karya Ekspresi Budaya Tradisional (EBT)	199
C. Pandangan Hukum Islam Terhadap Pelanggaran Atas Karya Cipta Ekspresi Budaya Tradisional Milik Masyarakat Adat	208
D. <i>Maqashid Al Syari'ah</i> Sebagai Pilihan Yang Tepat dalam Perlindungan Hak Masyarakat Adat Atas Ekspresi Budaya Tradisional (EBT)	211
 KESIMPULAN	 253
A. Kesimpulan	253
B. Rekomendasi	255
 DAFTAR PUSTAKA.....	 257



Bab 1

PENDAHULUAN

Pada bab ini akan diuraikan latar belakang masalah untuk melihat bagaimana gambaran Ekspresi Budaya Tradisional sebagai salah satu Hak Kekayaan Intelektual yang membutuhkan perlindungan yang memadai oleh negara, serta bagaimana hukum Islam melalui *Maqashid al Syari'ah* memberikan kontribusi perlindungan demi tercapainya kemaslahatan. Permasalahan tersebut menjadi motivasi terlaksananya penelitian ini dan disarikan dalam rumusan masalah yang akan menjadi titik tolak penelitian. Adapun hasil penelitian akan diuraikan dengan analisis kajian pustaka dengan menggunakan pendekatan-pendekatan yang sesuai serta berdasarkan sistematika penulisan.

A. Problematika Ekspresi Budaya Tradisional di Indonesia

Ekspresi Budaya Tradisional (EBT) adalah bagian dari Hak Kekayaan Intelektual (HKI) yang merupakan milik komunal atau milik masyarakat adat yang harus dilindungi keberadaannya. Hak perlindungan ini merupakan hak asasi atas setiap pemilik kekayaan intelektual tidak terkecuali masyarakat adat.¹ Negara mempertegas

¹Pemakaian istilah masyarakat adat dalam tulisan ini adalah sebagai padanan kata dari istilah *indigeneous people* dengan pengertian kelompok masyarakat yang memiliki asal-usul (secara turun-temurun) di wilayah geografis tertentu, serta memiliki sistem nilai, ideologi, ekonomi, politik, budaya, sosial, dan wilayah sendiri. Hal ini untuk menyamakan

hal ini dalam amanah konstitusi pasal 18b UUD 1945 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*”. Pasal tersebut adalah satu pernyataan tentang kewajiban konstitusional negara untuk mengakui dan menghormati masyarakat adat, serta hak konstitusional masyarakat adat untuk mendapatkan pengakuan serta penghormatan atas hak-hak tradisional yang mereka miliki.

Penghormatan serta pengakuan terhadap hak-hak masyarakat adat ini tentunya sangat layak untuk diperoleh, sebab bangsa Indonesia sejak berabad-abad yang lalu telah banyak menghasilkan kekayaan intelektual dalam bentuk Ekspresi Budaya Tradisional (EBT) / *Traditional Culture Expression* (TEC) atau yang dikenal dengan istilah *Folklor*.² Pemakaian istilah *Folklor* yang kemudian diganti dengan istilah “Ekspresi Budaya Tradisional” yang mana istilah ini dipengaruhi oleh pemakaian istilah “*Tradisional Culture Expression*” dalam negosiasi internasional di forum WIPO (*World Intellectual Property Organization*), merupakan hasil karya cipta masyarakat adat yang menjadi salah satu kekayaan tradisional yang dimiliki. Ekspresi Budaya ini yang dalam Undang-undang Hak Cipta berupa a). verbal tekstual, baik lisan maupun tulisan, yang berbentuk prosa maupun puisi, dalam berbagai tema dan kandungan isi pesan, yang dapat berupa karya sastra ataupun narasi informatif, b). musik, mencakup antara lain vokal instrumental, atau kombinasinya, c). gerak mencakup antara lain tarian, d). teater yang mencakup pertunjukan wayang dan sandiwara rakyat, e). seni rupa f). upacara adat. Sedangkan dalam dokumen WIPO Ekspresi Budaya Tradisional (EBT), diartikan sebagai segala bentuk ekspresi, baik material (benda), atau kombinasi keduanya, yang menunjukkan keberadaan suatu

istilah yang sering digunakan secara berlainan. Penggunaan istilah masyarakat adat dipilih mengingat istilah ini lebih diterima secara sosial dan politik dan memiliki cakupan makna yang lebih luas.

²Selanjutnya dalam tulisan ini menggunakan istilah Ekspresi Budaya Tradisional (EBT) sesuai dengan istilah yang digunakan dalam Undang-undang

budaya dan pengetahuan tradisional yang bersifat turun-temurun yang cakupannya meliputi; Ekspresi fonetik atau verbal seperti cerita babad, legenda, puisi, teka-teki dan bentuk narasi lainnya, ekspresi suara atau musik seperti lagu, ritme, musik instrumental dan bunyi-bunyian yang merupakan ekspresi ritual, ekspresi gerak atau tindakan seperti tari-tarian, pertanian, upacara ritual, olahraga tradisional, pertunjukan wayang dan lainnya, ekspresi material (kebendaan) seperti barang-barang kesenian, kerajinan tangan, topeng, bangunan arsitektur, benda-benda spiritual, dan tempat-tempat sakral.

Ekspresi Budaya Tradisional merupakan aspek yang tidak dapat dipisahkan dalam pembentukan identitas suatu bangsa terlebih bangsa Indonesia yang terdiri atas ribuan suku dengan kekayaan Ekspresi Budaya Tradisional yang sangat banyak. Sayangnya, logika Hak Kekayaan Intelektual konvensional yang diatur tidak mengakomodasi kepemilikan komunal milik bangsa Indonesia ini. Sebab bagi Hak Kekayaan Intelektual konvensional syarat perlindungan terhadap kekayaan intelektual yang berupa hak cipta adalah karya kreatif yang sudah dimaterialisasi, bernilai baru, dimiliki individu, dan menjadibagian dalam proses komodifikasi dan industri.³ Sedangkan Ekspresi Budaya Tradisional milik masyarakat adat merupakan karya turun-temurun yang sudah tidak memiliki kebaruan serta kepemilikannya bersifat komunal yang kreatornya sudah tidak lagi diketahui. Melihat hal tersebut maka HKI konvensional menganggapnya sebagai milik umum (*public domain*), sehingga produk milik umum ini tidak mungkin mendapatkan perlindungan HKI. Tentu saja ini sangat merugikan masyarakat adat sebagai pemilik Ekspresi Budaya Tradisional (EBT) tersebut, terlebih saat ini EBT sudah menjadi konsumsi publik dan menjadi salah satu objek komoditi dalam perdagangan dunia. Sehingga tidak terpungkiri bahwa saat ini Ekspresi Budaya Tradisional menjadi

³Miranda Risang Ayu dkk., *sistem perlindungan sumber daya budaya tak benda di Palembang, Sumatera selatan, Indonesia*, *mimbar hukum* volume 2, nomor 2, Juni 2017, hal. 206

sumber daya ekonomi, salah satunya adalah dalam pengembangan industri kreatif yang telah mampu mengangkat derajat pertumbuhan ekonomi masyarakat. Sebab Ekspresi Budaya Tradisional (EBT) merupakan salah satu bagian atau bahan mentah dari hasil ekonomi industri yang beragam, namun sifat EBT baik berupa warisan budaya tak benda yang tidak berwujud maupun EBT yang berwujud sangat terikat dan terkarakterisasi oleh tempat asal dan komunitas pemangkunya, sehingga perlindungannya akan optimal jika melibatkan pengembangan lingkungan tempat asalnya,⁴ yakni komunitas masyarakat adat.

Fakta sejarah telah melukiskan bahwa keberadaan masyarakat adat telah menjadi salah satu komponen pembentuk bangsa Indonesia. Jumlah komunitas masyarakat adat ribuan dan tersebar luas di pelosok negeri ini. Sayangnya sejak masa penjajahan maupun setelah Indonesia berdiri nasibnya terus kurang beruntung.⁵ Jumlah komunitas adat yang begitu banyak ini memiliki hasil karya cipta yang sangat banyak pula jumlahnya, kondisi ini tidak terelakkan oleh negara. Keberagaman suku bangsa yang masih sangat kental dengan masyarakat adatnya ini kemudian oleh negara dituangkan dalam sesanti *Bhinneka Tunggal Ika* pada lambang negara burung garuda yang oleh I Nyoman Nurjaya disebut menjadi *conditio sine quo non*,⁶ untuk selanjutnya negara secara konsisten memperhatikan kekayaan masyarakat Adat, khususnya dalam membuat kebijakan-kebijakan serta pembuatan peraturan perundang-undangan yang bersifat melindungi sesuai dengan tujuan hukum yang dalam hukum Islam dikenal dengan *Maqashid al Syari'ah* untuk mencapai *maslahah* (kebaikan).

⁴*Ibid.*

⁵Resti Achmaliadi, *Masyarakat Adat, Kesejahteraan dan Fakta-fakta Kemiskinan*, dalam Restu Achmaliadi *et.al. Memahami Dimensi-dimensi Kemiskinan Masyarakat Adat* (Kippy, 2010) hal. 3

⁶I Nyoman Nurjaya, *Menuju Pengakuan Kearifan Lokal Dalam Pengelolaan Sumber Daya Alam: Perspektif Antropologi Hukum*. Dalam Rachmat Safa'at *et.al. Negara, Masyarakat Adat dan Kearifan Lokal*, (Malang: In-Trans Publishing, 2008), hlm.9

Detailnya gambaran tentang masyarakat adat ini dapat dilihat dari sensus jumlah penduduk Indonesia. Menurut sensus tahun 2010 jumlah penduduk Indonesia sekitar 237,6 juta jiwa. Data BPS pada tahun yang sama juga menyebutkan jumlah suku bangsa di Indonesia mencapai 1340. Melihat jumlah tersebut, terdapat 15 etnik yang memiliki anggota lebih dari 1 juta jiwa (BPS, 2010). Selebihnya merupakan kelompok etnik dengan jumlah anggota kurang dari 1 juta jiwa yang tersebar di seluruh wilayah kepulauan Indonesia.⁷Jumlah ini masih beragam dan belum menemukan kesepakatan. Ini disebabkan oleh masih terdapat perbedaan definisi tentang masyarakat Adat itu sendiri, serta pendataan terhadap masyarakat Adat ini belum menjadi hal yang serius untuk diagendakan. Jumlah tersebut tentunya dapat menunjukkan signifikansi perlindungan terhadap hak-hak masyarakat adat khususnya terhadap kekayaan tradisionalnya.

Sedangkan komposisi penduduk agama Islam yang menempati urutan atas yakni mencapai 207,176,162 atau 87,18%.⁸Ini berarti bahwa umat Islam menjadi kontributor utama dalam alam pikir, sehingga aturan-aturan Barat perlu disesuaikan dengan kondisi masyarakat Indonesia yang kental dengan nilai-nilai agama dan budaya. Tentunya umat Islam di dalam melakukan tindakan apapun harus merujuk pada aturan-aturan agama yakni hukum Islam, serta dalam penyesuaian aturan-aturan Barat tersebut dilakukan melalui metode *Maqashid al-Syari'ah* (tujuan-tujuan penetapan hukum) yang mana tujuan hukum tersebut akan bermuara pada *masalah* (kebaikan).

Awalnya penggunaan Ekspresi Budaya Tradisional (*Folklor*) ini hanya pada masyarakat pemilikinya. Akan tetapi, seiring dengan perkembangan teknologi dan pengetahuan yang begitu pesat, Ekspresi Budaya Tradisional (EBT) ini tidak hanya dalam masyarakat

⁷Kementerian Perencanaan Pembangunan Nasional/Badan Perencanaan Pembangunan Nasional Direktorat Perlindungan dan Kesejahteraan Masyarakat, *Masyarakat Adat di Indonesia Menuju Perlindungan Sosial Yang Inklusif*, (Jakarta: Direktorat Perlindungan dan Kesejahteraan Masyarakat Kementerian PPN/BAPPENAS, 2013), hal. 15

⁸Lihat hasil sensus penduduk, <http://www.mikirbae.com/2015/05/komposisi-pendudukmenurut-agama.html> diunduh pada tanggal 7 Maret 2017

pemiliknya saja namun juga berkembang di luar masyarakat pemiliknya. Perkembangan ini tidak hanya pada industri kreatif tetapi juga meliputi aspek Ekspresi Budaya Tradisional (EBT) lainnya seperti seni tari, musik, drama, seni rupa seperti ukir, tenun dan lainnya, yang kesemua itu merupakan kekayaan tradisional yang memiliki nilai yang sangat luar biasa bagi perkembangan ekonomi masyarakat khususnya masyarakat yang telah memanfaatkannya. Tentu ini tidak adil pula jika masyarakat pemiliknya seperti masyarakat adat tidak ikut menikmati hasil kemajuan yang pesat dari kekayaan tradisional mereka.

Kondisi saat ini menunjukkan bahwa keberadaan Ekspresi Budaya Tradisional (EBT), baik dalam bentuk aslinya maupun yang direproduksi kembali, telah menjadi objek komersialisasi industri dan perdagangan, terdapat kekhawatiran akan terjadinya penyalahgunaan (*missappropriation*), perusakan nilai-nilai budaya serta eksploitasi oleh pihak lain baik dari dalam maupun pihak asing. Pada realitasnya kekhawatiran itupun terjadi, di antara Ekspresi Budaya Tradisional milik bangsa Indonesia yang pernah dieksploitasi oleh pihak asing adalah; tindakan warga negara Inggris Christopher Harrison melalui perusahaannya Harrison & Gil yang mengklaim hak cipta ukiran Jepara.⁹ Salah satu isu yang pernah terjadi di Indonesia adalah kasus klaim Pengetahuan Tradisional dan Ekspresi Budaya Tradisional Indonesia oleh Malaysia, dalam sebuah iklan di *Discovery Channel* Dalam *Enigmatic Malaysia*, ditayangkan tari Pendet, wayang, dan Reog Ponorogo diklaim merupakan kekayaan tradisional Malaysia.¹⁰ Kendati kemudian pihak Malaysia meminta maaf kepada Indonesia, namun pengalaman ini dapat menjadi pelajaran berharga agar negara lebih memperhatikan lagi keberadaan kekayaan tradisional milik bangsa. Selain itu contoh nyata lainnya bahwa Batik dan Jamu yang menjadi salah satu Pengetahuan Tradisional

⁹Yusna Melianti dkk, *Pengaturan Folklor Secara Sui Generis Dalam Undang-undang Tersendiri* jurnal *masalah-masalah Hukum*, jilid 45 No.1, hal. 75

¹⁰Badan Penelitian dan Pengembangan HAM Kementerian Hukum dan HAM RI, *Perlindungan Kekayaan Intelektual Atas Pengetahuan Tradisional & Ekspresi Budaya Tradisional*, (Bandung, PT. Alumni, 2013)

dan Ekspresi Budaya milik Indonesia telah dieksploitasi oleh para pengusaha baik dalam maupun luar negeri.

Produk Batik saat ini memberikan produk terbesar kedua sebesar 20.30% dari Produk Domestik Bruto (PDB) dalam subsektor ekonomi kreatif, produk-produk yang dihasilkan memiliki peluang yang sangat besar terhadap minat asing. Apalagi sekarang batik telah dijadikan fashion, sedangkan fashion sendiri memberi kontribusi mencapai 20-30% dari industri kreatif.¹¹ Fakta pembajakan (*piracy*) atau pemanfaatan tidak wajar (*missappropriation*) yang dilakukan baik pihak luar maupun pihak dalam sendiri telah merugikan masyarakat adat sebagai pemilik EBT tersebut. Seyogyanya ini tentunya menjadi motivasi bagi negara dalam hal ini pemerintah untuk lebih memperhatikan dengan memberi perlindungan yang lebih baik pada Ekspresi Budaya Tradisional Indonesia.

Terjadinya klaim ataupun pemanfaatan tidak wajar (*missappropriation*) baik berupa pembajakan (*piracy*), pencurian ataupun eksploitasi baik oleh pihak dalam maupun luar (asing) salah satunya disebabkan oleh faktor kurangnya perlindungan terhadap Ekspresi Budaya Tradisional (EBT) oleh pemerintah Indonesia.

Berangkat dari fakta tersebut maka menjadi suatu keharusan bagi negara untuk lebih memperhatikan wujud perlindungan yang memadai bagi keberadaan Ekspresi Budaya Tradisional milik masyarakat adat ini. Perlindungan ini tentunya tidak hanya pada Ekspresi Budaya saja, namun perlindungan seyogyanya juga mengarah pada terlindungi dan terjaganya hak-hak masyarakat adat sebagai pemilik maupun pengemban EBT tersebut. Kebutuhan melindungi Ekspresi Budaya Tradisional (EBT) ini merupakan suatu hal yang sangat penting, sebab apabila kekayaan tradisional ini punah maka akan berakibat punahnya identitas dari pemiliknya. Sifatnya yang holistik ini membuat Ekspresi Budaya Tradisional sangat sulit dipisahkan dari masyarakatnya, bahkan telah menjadi

¹¹Afriliyana Purba, *Pemberdayaan Perlindungan Hukum Pengetahuan Tradisional dan Ekspresi Budaya Tradisional Sebagai Sarana Pertumbuhan Ekonomi*, (Bandung: PT Alumni, 201), hlm.8

satu nafas dalam kehidupan sehari-hari. Akan tetapi keberadaan Ekspresi Budaya tersebut memiliki kedudukan yang sangat lemah dalam hal perlindungan secara hukum. Hal ini kemudian menjadi salah satu penyebab dari banyaknya pemanfaatan secara tidak wajar (*missappropriation*) oleh pihak luar untuk menggunakan bahkan mengklaim Ekspresi Budaya milik bangsa Indonesia untuk kepentingan mereka. Sehingga baik keberadaan Ekspresi Budaya Tradisional itu sendiri maupun masyarakat adat sebagai pemilikinya hendaknya dilindungi secara pasti melalui peraturan perundang-undangan yang memadai.

Pengaturan tentang perlindungan hak-hak masyarakat adat saat ini masih mengacu pada sistem HKI Barat. Terjadinya ketidakadilan dalam sistem perdagangan Internasional terjadi karena negara-negara maju menerapkan standar ganda dalam soal perlindungan HKI. Hal tersebut terlihat di mana pada satu sisi negara-negara maju sangat menjunjung tinggi hak-hak individual negaranya terkait dengan perlindungan HKI. Namun hak-hak komunal pada negara-negara berkembang khususnya kekayaan tradisional mereka tidak mendapatkan pengakuan serta perlindungan yang pasti. Hal ini bisa dilihat dalam ketentuan *Trade Related Intellectual Property Right* (TRIPs) sebagai salah satu *agreement* dari Organisasi Perdagangan Dunia (WTO) yang harus dilaksanakan oleh negara-negara berkembang.

Keberadaan HKI yang lebih melindungi kepemilikan yang bersifat pribadi inilah yang menyebabkan Ekspresi Budaya Tradisional yang bersifat komunal menjadi tersingkirkan dan tidak memiliki tempat di mata dunia. Hal ini kemudian berdampak pada ketidakadilan terhadap masyarakat adat atas hak-hak kekayaan tradisional yang dimilikinya.

Sesungguhnya ketentuan Undang-Undang Nomor 28 Tahun 2014 tentang Hak Cipta¹² yang selanjutnya dalam penulisannya ini akan disingkat UUHC No 28 tahun 2014, juga dapat digunakan

¹²Sebagaimana dimuat dalam Lembaran Negara Nomor 266 tahun 2014 dan penjelasannya sebagaimana dimuat dalam Tambahan Lembaran Negara Nomor 5599 tahun 2014

sebagai bahan dan bentuk perlindungan terkait dengan Ekspresi Budaya Tradisional. Karena Ekspresi Budaya Tradisional itu sendiri tercipta atas dasar pemikiran dan kreasi dari manusia baik hal tersebut merupakan bagian ilmu pengetahuan budaya, seni maupun sastra. Hal ini selaras dengan ketentuan Pasal 1 angka 3 UUHC No 28 Tahun 2014 yang menyatakan bahwa: “*ciptaan adalah hasil karya cipta di bidang ilmu pengetahuan, seni dan sastra yang dihasilkan atas inspirasi, kemampuan, pikiran, imajinasi, kecekatan, keterampilan, atau keahlian yang diekspresikan dalam bentuk nyata.*”¹³ Jelaslah bahwa kekayaan tradisional masyarakat adat yang berupa Ekspresi Budaya memenuhi kriteria untuk dilindungi oleh Undang-undang tersebut. Akan tetapi pengakuan pemerintah akan pentingnya nilai-nilai kekayaan intelektual ini tidak sepenuhnya memberikan perlindungan terhadap hak-hak masyarakat adat, baik hak moral maupun hak ekonomi.

Sementara secara khusus perlindungan Ekspresi Budaya Tradisional dan Hak Cipta atas Ciptaan Yang Penciptanya Tidak Diketahui diatur dalam Pasal 38 UUHC No 28 Tahun 2014 yang di dalam tercantum bahwa ayat 1 (satu) “*hak cipta atas ekspresi budaya dipegang oleh negara, ayat 2 (dua) tentang kewajiban negara untuk menjaga kelestarian ekspresi budaya tersebut, ayat 3 (tiga) mengatur tentang penggunaan ekspresi budaya yang harus sesuai dengan nilai-nilai yang hidup dalam masyarakat pengembannya,*”¹⁴ sedangkan pada ayat 4 pernyataan bahwa ketentuan ayat 1 (satu) akan diatur oleh Peraturan Pemerintah”. Pasal tersebut jelas mengatakan bahwa hak cipta atas Ekspresi Budaya Tradisional dipegang oleh Negara. Itu artinya negara menguasai hak cipta tradisional milik masyarakat adat. Jika dikuasai negara maka segala implikasinya termasuk hak eksklusif menjadi hak negara, masyarakat adat sebagai pencipta tidak memiliki hak baik secara moral maupun ekonomi. Sedangkan perintah pelaksanaan

¹³Pasal 1 angka 3 Undang-Undang Nomor 28 Tahun 2014 tentang Hak Cipta sebagaimana dimuat dalam Lembaran Negara Nomor 266 tahun 2014

¹⁴Maksud dari nilai-nilai yang hidup dalam masyarakat pengembannya adalah adat istiadat, norma hukum adat, norma kebiasaan, norma sosial serta norma-norma luhur lainnya yang dijunjung tinggi oleh masyarakat tempat asal, yang memelihara, yang mengembangkan, dan melestarikan ekspresi budaya tradisional

Pasal 38 ayat 1 (satu) melalui Peraturan Pemerintah belum dapat dilaksanakan mengingat Peraturan Pemerintah mengenai hal tersebut sampai saat ini belum ada. Dengan demikian maka pengaturan tentang masyarakat adat atas hak Ekspresi Budaya Tradisional (EBT) dalam Undang-undang tersebut masih bersifat kabur (*vague of norm*), yang membutuhkan penjelasan yang lebih detail dan rinci.

Jika kembali kepada pengaturan dalam Pasal 38 UU nomor 28 Tahun 2014 tentang Hak Cipta tersebut maka ditemui bahwa implikasi dari penguasaan negara tidak hanya berupa implikasi yuridis namun juga berdampak pada implikasi yang berakibat pula pada terhambatnya perkembangan ekonomi masyarakat adat dalam pemanfaatan kekayaan tradisionalnya, serta berdampak pula pada hilangnya kesakralan nilai-nilai budaya yang telah terpelihara selama ratusan tahun diakibatkan penggunaan secara bebas tanpa melibatkan masyarakat Adat sebagai pemilik hak dari Ekspresi Budaya tersebut.

Sehingga dapat dikatakan bahwa selain implikasi yuridis terdapat implikasi non yuridis yang berdampak pada kehidupan sosial masyarakat Adat. Adapun implikasi yuridis dari bentuk pengaturan perlindungan dalam Undang-undang Hak Cipta saat ini belum melindungi hak-hak masyarakat adat sepenuhnya. Sebab pengaturan tentang hak moral dan hak ekonomi belum terakomodasi secara penuh. Adapun pengaturan tentang hak eksklusif dalam UUHC No 28 Tahun 2014 diatur pada Bab II pasal 4 di mana hak eksklusif tersebut terdiri atas hak moral dan hak ekonomi. Seperti pengaturan pada pasal lainnya bahwa pada pasal inipun cenderung bersifat individualis dan belum mengakomodasi hak-hak masyarakat adat atas Ekspresi Budaya Tradisional. Persoalan hak moral cenderung melindungi hak terhadap pencipta yang bersifat individual, bahkan pada Pasal 7 (tujuh) hak moral pencipta lebih menyinggung mengenai bidang-bidang elektronik.

Adapun pada Pasal 8 UUHC No 28 Tahun 2014 mengenai hak ekonomi dikatakan bahwa "*Hak ekonomi merupakan hak eksklusif pencipta atau pemegang hak cipta untuk mendapatkan manfaat ekonomi*

atas ciptaannya”. Sementara pada Pasal 38 telah ditegaskan bahwa “*Hak cipta atas Ekspresi Budaya Tradisional dipegang oleh negara*”. Itu artinya bahwa secara ekonomipun masyarakat adat dikuasai oleh negara dan tidak memiliki hak atas hasil karya cipta yang mereka miliki. Tentunya ini ironis sekali di saat perekonomian menguasai hampir sebagian besar dari kehidupan bernegara, yang mana globalisasi ekonomi dan liberalisasi perdagangan telah menjadituntutan dan kebutuhan negara-negara di dunia saat ini.¹⁵

Sementara itu di lain sisi kekayaan masyarakat adat berupa Ekspresi Budaya Tradisional (EBT) telah banyak dikembangkan dan dimanfaatkan oleh banyak orang sehingga tidak sedikit dari hasil karya budaya tersebut telah merambah pasar internasional. Keuntungan secara ekonomi tentu hanya akan menjadi milik orang lain yang memanfaatkannya, sedangkan masyarakat adat hanya sebagai penonton saja. Tentu ini merupakan suatu ketidakadilan yang jauh dari cita-cita negara dalam memajukan kesejahteraan bagi rakyatnya.

Jika melihat gambaran di atas maka perlindungan terhadap Ekspresi Budaya Tradisional ini setidaknya-tidaknya karena tiga alasan: *Pertama*, dari pemanfaatan Ekspresi Budaya Tradisional (EBT) terdapat potensi keuntungan secara ekonomis, dan masyarakat adat belum menikmati keuntungan secara ekonomis atas Ekspresi Budaya Tradisional yang dimilikinya, *kedua*, tidak adanya keadilan dalam sistem perdagangan dunia yang mana pada aspek HKI, Indonesia harus melaksanakan perjanjian TRIPS-WTO yang sama sekali tidak memihak masyarakat Adat, *ketiga*, perlunya perlindungan terhadap hak masyarakat lokal (masyarakat Adat), mengingat masyarakat Adat masih belum menyadari akan hak-hak atas kekayaan tradisional yang dimilikinya.

Secara filosofis hak merupakan sesuatu yang melekat pada diri seseorang, yang mana hal yang melekat itu dapat dikatakan

¹⁵Fajar Sugianto, *Economic Analysis Of Laws Seri Analisis Ke-Ekonomian Tentang Hukum*, (Jakarta: Kencana Perdana Media Group, 2013), hlm. 1

sebagai milik seseorang tersebut. Hal ini mengandung makna bahwa masyarakat Adat sebagai pemilik hak atas Ekspresi Budaya Tradisional seyogyanya dapat menikmati rasa keadilan dari pemanfaatan keuntungan baik secara ekonomi maupun moral atas karya cipta berupa Ekspresi Budaya Tradisional tersebut.

Selanjutnya bahwa hak cipta atas Ekspresi Budaya Tradisional (EBT) merupakan harta kekayaan yang berupa benda tidak berwujud yang oleh Hukum adat sendiri diakui dan dilindungi keberadaannya, dan oleh negarapun secara konstitusional mengakuinya dalam Undang-undang Dasar Negara Republik Indonesia tahun 1945 pasal 18b. Hukum Islam sebagai salah satu hukum yang mendapat peluang untuk berkontribusi dalam pluralisme hukum yang diakui negara, dapat memperkuat kembali pengakuan oleh hukum adat maupun hukum Negara terhadap keberadaan hak masyarakat adat ini atas kekayaan tradisionalnya. Karakter kultural yang dimiliki bangsa Indonesia dengan kekayaan dari hak komunal berupa Ekspresi Budaya Tradisional ini menunjukkan ciri khas tersendiri sebagai karakter bangsa, sehingga kehadiran pluralisme hukum memberi keuntungan bagi masyarakat khususnya masyarakat adat dalam mencari perlindungan yang tepat demi tercapainya sebuah keadilan.

Tidak dapat dipungkiri bahwa hasil karya milik masyarakat adat ini memiliki nilai ekonomis yang dapat menghidupi kelangsungan hidup bagi masyarakatnya, baik itu Ekspresi Budaya Tradisional (EBT) yang berupa seni baik seni tari, musik, sastra, seni rupa, pahat dan seni lainnya, benda-benda sakral, ritual-ritual adat, obat-obatan maupun yang lainnya. Hak kekayaan intelektual berupa EBT ini merupakan hak kebendaan yang dalam KUHPerdara disebut dengan *zakenlijkerecht*, yang mana oleh hukum memberikan kewenangan kepada subjek hukum untuk menguasai atau memiliki benda tersebut. Hal itu dipertegas dalam pasal 499 KUHPerdara bahwa benda merupakan tiap-tiap barang dan tiap-tiap hak, yang dapat dikuasai hak si pemilik. Sedangkan hak milik sendiri menurut pasal 570 merupakan hak kebendaan yang paling sempurna dibandingkan

dengan hak-hak yang lainnya, sehingga dalam hak milik ini si pemilik hak dapat menikmati dan menguasai benda tersebut dengan sebebas-bebasnya.

Hukum Islam juga menempatkan hak sebagai sesuatu yang istimewa, di mana seorang pemilik hak diberikan wewenang untuk menguasai sesuatu terhadap apa yang menjadi haknya dengan ketentuan hak tersebut diakui secara Syar'. Artinya jika secara Syar' tidak diakui maka secara otomatis itu bukanlah suatu hak yang sah. Misalnya seseorang memiliki barang dengan cara merampas, mencuri ataupun membajak milik orang lain secara *defacto* barang tersebut menjadi milik si pencuri namun secara Syar' tentu ini tidak dibenarkan dan barang curian bukanlah hak bagi si pencuri.

Tentu saja ini sangat berbeda dengan hukum positif yang menganggap bahwa selama benda itu tidak dapat dibuktikan sebagai barang curian maka benda itu menjadi hak si pencuri karena benda tersebut berada di tangan pencuri. Sedangkan hukum Islam bersifat bidimensional, yakni selain mengandung segi kemanusiaan juga mengandung segi ketuhanan, artinya jika di dunia tidak dapat dibuktikan sebagai benda yang bukan miliknya, namun hukum Allah memiliki keberlanjutan di hari akhir yang mana manusia dimintai pertanggungjawabannya.

Sedangkan secara hukum adat seseorang yang menguasai suatu benda adalah merupakan pemilik atau sebagai "empunya" benda. Jika seseorang memiliki harta benda maka dia dikatakan sebagai "empunya" harta benda tersebut. Sebab "hak" yang melekat pada seseorang yang menguasai harta benda itu, disebut "hak punya", karena hubungan antara manusia dengan harta benda tersebut bersifat "keempunyaan" bukan "kepemilikan". Sedangkan dalam KUHPerdara menggunakan istilah "kepemilikan", dan istilah ini bersifat mutlak dan individual, sedangkan "hak punya" bersifat relasi dan komunal.¹⁶ Maksudnya bahwa benda tersebut bukanlah menjadi

¹⁶Dominikus Rato, *Hukum Benda dan Harta Kekayaan Adat*, (Yogyakarta: LaksBANG PRESSindo, 2018), hlm. 4

milik mutlak dari si pemegang benda tetapi anggota-anggota lain dalam komunitas adat yang bersangkutan memiliki kaitan dengan benda tersebut sehingga benda tersebut memiliki fungsi sosial.

Hukum Adat memiliki daya mengikat pada materi yang terkandung di dalamnya asas kepatuhan. Sehingga dalam Hukum Adat, hak-hak kebendaan yang melekat pada seseorang diakui oleh orang lain berlandaskan moral yang menjadi jiwa, roh yang menyemangati hukum itu.¹⁷ Jadi kekuatan Hukum Adat terletak pada moral, konsekuensinya bahwa hukum itu akan kuat hanya pada masyarakat adat sebagai penganutnya saja, sedangkan masyarakat luar yang tidak menganut jenis hukum ini tidak merasa bersalah sama sekali jika melanggarnya sebab tidak ada sanksi yang jelas bagi pelanggarnya. Contoh, masyarakat adat menganggap bahwa pemanfaatan terhadap kekayaan tradisional mereka merupakan hal yang biasa, karena masyarakat Adat memiliki kepercayaan bahwa kekayaan milik mereka memiliki fungsi sosial yang orang lain boleh memanfaatkannya. Sedangkan kondisi saat ini berbicara bahwa kekayaan berupa Ekspresi Budaya Tradisional milik masyarakat Adat memiliki nilai ekonomi yang sangat tinggi dan telah banyak dimanfaatkan oleh orang banyak sehingga masyarakat Adat sendiri menjadi terugikan. Banyaknya kasus pemanfaatan tidak wajar (*missapropriation*), pencurian maupun pembajakan terhadap kekayaan tradisional ini karena salah satu penyebabnya adalah lemahnya perlindungan secara hukum. Terlebih lagi hukum Adat sendiri tidak memiliki kepastian hukum yang dapat mengikat secara tegas terhadap para pelaku yang tidak memiliki moral dan telah melakukan pelanggaran terhadap hak-hak masyarakat Adat tersebut.

Jika melihat perkembangan Hukum Adat saat ini memang telah mengalami perkembangan yang begitu pesat, terlebih dengan adanya positivisasi beberapa Hukum Adat melalui UUDNRI 1945 pasal 18B ayat (2) yakni tentang pengakuan negara terhadap keberadaan masyarakat hukum adat beserta hak-hak tradisionalnya, selanjutnya

¹⁷Ibid hlm.10

pasal 28I ayat (3) bahwa: “*Identitas budaya dan hak masyarakat tradisional dihormati selaras dengan perkembangan zaman dan peradaban*”, ayat (4): “*wajib direalisasikan oleh negara*”. Berdasarkan kedua pasal tersebut maka lahirlah beberapa UU yang mengakomodasi Hukum Adat seperti Undang-Undang Nomor 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia sebagaimana dimuat dalam Lembaran Negara Nomor 165 tahun 1999 dan penjelasannya sebagaimana dimuat dalam tambahan Lembaran Negara Nomor 3886, Undang-undang Nomor 41 tahun 1999 tentang Kehutanan sebagaimana dimuat dalam Lembaran Negara Nomor 167 tahun 1999 dan penjelasannya sebagaimana dimuat dalam tambahan Lembaran Negara Nomor 3888, Undang-undang Nomor 7 tahun 2004 tentang Sumber Daya Air sebagaimana dimuat dalam Lembaran Negara Nomor 32 tahun 2004 dan penjelasannya sebagaimana dimuat dalam tambahan Lembaran Negara Nomor 4377 tahun 2004, Undang-undang Nomor 39 tahun 2014 tentang Perkebunan sebagaimana dimuat dalam Lembaran Negara Nomor 308 TAHUN 2014 dan penjelasannya sebagaimana dimuat dalam tambahan Lembaran Negara Nomor 5613 tahun 2014 serta Undang-undang yang paling mencolok secara struktural yakni Undang-undang Nomor 6 tahun 2014 tentang Desa sebagaimana dimuat dalam Lembaran Negara Nomor 7 tahun 2014 dan penjelasannya dimuat dalam tambahan Lembaran Negara Nomor 5495 tahun 2014.

Adanya positivisasi ini maka Hukum Adat memiliki kepastian hukum yang jelas, namun sejauh mana realisasi dari janji negara dalam UU tersebut masih menuai persoalan. Terhadap hak-hak tradisional masyarakat Adat berupa Ekspresi Budaya Tradisional (EBT) ini memiliki posisi yang sangat lemah dalam hal perlindungan, baik oleh negara maupun oleh Hukum Adat sendiri yang hanya mengandalkan kesadaran moral semata.

Sedangkan Hukum Islam saat ini telah memberikan sumbangan rujukan hukum berupa fatwa terkait dengan Hak Kekayaan Intelektual melalui fatwa MUI No.1/MUNAS/VII/15/2015 tentang perlindungan HKI serta fatwa MUI No 1 tahun 2003 tentang Hak Cipta. Akan tetapi kekuatan fatwa tidaklah mengikat, sebab fatwa

hanya merupakan nasehat keagamaan yang diberikan oleh seorang *mufti* atas dasar permintaan dari seseorang atau kelompok orang untuk menjawab persoalan-persoalan hukum yang jawabannya tidak ditemukan secara jelas dalam *nash*. Adapun fatwa yang dikeluarkan oleh MUI tersebut berdasarkan beberapa dalil dalam al Qur'an di antaranya surat an-nisa' ayat 29: “*Hai orang yang beriman! Janganlah kamu saling memakan harta sesamamu dengan jalan yang batil, kecuali dengan jalan perniagaan yang berlaku dengan suka sama suka di antara kamu. Dan janganlah kamu membunuh dirimu; sesungguhnya Allah adalah maha penyayang kepadamu*” (QS. An-Nisa' [4]: 29). Ayat lainnya adalah dalam surat As-syu'ara' ayat 279: “*Dan janganlah kamu merugikan manusia pada hak-haknya dan janganlah kamu merajalela di muka bumi dengan membuat kerusakan*” (QS. As-Syu'ara' [26]: 183), serta surat Al Baqarah ayat 279. Adapun hadits-hadits yang digunakan sebagai dasar adalah hadits-hadits tentang harta kekayaan, hadits-hadits tentang larangan berbuat dzalim, hadits larangan untuk merugikan diri sendiri dan orang lain, serta Qawaid Fiqh tentang: “bahaya (kerugian) harus dihilangkan”, “menghindari *mafsadat* (kerusakan) didahulukan atas mendatangkan *maslahat* (kebaikan)”, “segala sesuatu yang lahir dari sesuatu yang haram adalah haram”, serta kaidah “tidak boleh melakukan perbuatan hukum atas (menggunakan) hak milik orang lain tanpa seizinnya”.

Hasanuddin dalam Aunur Rahim Faqih dkk mengatakan bahwa fatwa MUI jika dilihat dalam kerangka hukum nasional maka fatwa tersebut tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat. Akan tetapi fatwa memiliki kekuatan hukum yang mengikat apabila fatwa tersebut diperkuat dengan instrument-instrumen negara yang mempunyai alat legitimasi, seperti Undang-undang, PP, atau sejenisnya.¹⁸ Ini berarti bahwa mengikat atau tidaknya fatwa sebagai hukum tergantung dari apakah negara mengadopsi fatwa tersebut atau tidak. Faktanya bahwa selama ini negara menjadikan fatwa hanya sebagai masukan saja bukan sebagai hukum yang mengikat.

¹⁸Aunur Rohim Faqih dkk, *HKI, Hukum Islam dan Fatwa MUI*, (Yogyakarta: Graha Ilmu, 2010), hlm. 34

Akan tetapi meskipun fatwa tentang perlindungan HKI tersebut tidak memiliki kekuatan mengikat dan memiliki posisi yang lemah dalam hierarki peraturan perundang-undangan di Indonesia, namun Karena nilainilai yang ada dalam fatwa tersebut sudah terserap dalam aturan HKI, maka hukum perlindungan fatwa MUI tersebut sama hukumnya dengan UU HKI. Sehingga jika terjadi pelanggaran terhadap fatwa HKI maka secara otomatis telah melanggar UU HKI, dan melanggar dihukumkankan karena melanggar fatwa namun karena melanggar Undang-undang. Dengan demikian posisi fatwa tentang HKI dan Hak Cipta ini tidaklah mengikat namun memperkuat dan menegaskan bahwa hukum Islam juga mengenal apa yang disebut dengan HKI.¹⁹ Kenyataannya fatwa HKI terkait Ekspresi Budaya belumlah ada karena masih mengikuti alur perkembangan hukum negara saat ini yang belum sepenuhnya mengakomodasi hak-hak masyarakat Adat.

Namun Hukum Islam yang diakui sebagai bagian dari hukum yang memberikan kontribusi dalam pengembangan hukum nasional dalam kerangka pluralisme hukum ini tentunya tidak hanya berupa fatwa. Cakupan Hukum Islam sangatlah luas, yakni mengatur segala aspek kehidupan baik itu hubungan manusia dengan Tuhannya maupun hubungan manusia dengan dirinya sendiri, hubungan manusia dengan manusia serta hubungan manusia dengan benda dalam masyarakat dan alam sekitarnya. Semuanya diatur sesuai dengan tujuan dibuatnya hukum tersebut, yang dalam Hukum Islam disebut sebagai *Maqashid al Syari'ah*, yakni tujuan hukum dalam mencapai kemaslahatan (*maslahah*). Metode *Maqashid al Syari'ah* ini dalam penetapan hukumnya dengan mengkaji makna-makna dibalik teks ayat-ayat al Qur'an maupun Hadits sebagai bahan hukum primer serta mencari solusi atas persoalan hukum yang belum ditemui jawabannya dalam al Qur'an dan Hadits dengan menggunakan instrumen hukum sekunder lainnya seperti *qiyas* (analogi), *ijma'* (kesepakatan ulama), *maslahah* (penetapan hukum yang diambil dari nilai-nilai kemaslahatan yang diambil secara umum dari al Qur'an

¹⁹Ibid hlm 58

dan Hadits), *istihsan* (penetapan hukum terhadap suatu perkara yang secara logika dapat dibenarkan), serta *'urf* (adat/budaya) dengan mengakomodir budaya lokal dalam menetapkan hukum.

Melihat lemahnya perlindungan terhadap Ekspresi Budaya Tradisional dilihat dari perspektif hukum sebagaimana telah diuraikan sebelumnya yakni Hukum Negara dan Hukum Adat, maka melalui penelitian ini menawarkan suatu sistem perlindungan dalam kerangka Hukum Islam melalui perspektif *Maqashid al syari'ah* yakni tujuan ditetapkan suatu hukum. Tujuan penetapan hukum (*maqashid al syari'ah*) ini merupakan tujuan pensyari'atan hukum dalam Islam, yakni bagaimana hukum tersebut ditetapkan dengan memperhatikan hikmah serta *illat* mengapa hukum tersebut ditetapkan. Sehingga tujuan penetapan tersebut kemudian akan bermuara pada *maslahah* (kemaslahatan), yang oleh Imam At-Thufi *maslahah* dapat dijadikan dalil mandiri dalam menentukan hukum syara' dengan asumsi bahwa seluruh ajaran Islam yang terdapat dalam *nash* adalah *maslahah* (kemaslahatan) bagi seluruh umat manusia.²⁰ Pendapat tersebut didukung kuat oleh imam As Syatibi, sehingga beliau berpendapat bahwa untuk menjawab tantangan perubahan sosial yang terjadi di masyarakat penetapan hukum hendaknya berdasar pada kemaslahatan yang mana hal ini dilakukan melalui pendekatan *Maqashid al Syari'ah*.

Untuk mencapai tujuan hukum tersebut dilakukan dengan tiga tingkatan sesuai dengan prioritas. Pertama, *maslahah dharuriyah* segala yang bersifat esensial bagi kehidupan manusia dan wajib untuk dipenuhi. Kedua, *maslahah hajiyah*, yakni segala yang menjadi kebutuhan sekunder dan yang ketiga adalah *maslahah tahsiniyah* yang berupa pemenuhan kebutuhan hidup yang bersifat komplementer yang bersifat sebagai penyempurna kebutuhan hidup manusia. Intinya bahwa dalam pencapaian *maqahsid al syari'ah* ini adalah untuk *kemaslahatan* manusia dengan menjamin kebutuhan-kebutuhan

²⁰Baca Badri Khaeruman, *Hukum Islam Dalam Perubahan Sosial*, (Bandung: CV Pustaka Setia, 2010),

berdasarkan tingkatan tersebut yakni kebutuhan *primer*, *sekunder* dan *tertier*.²¹

Selanjutnya pencapaian *maslahat* melalui tiga unsur tersebut dicapai melalui cara menjaga atau melindungi lima kebutuhan pokok manusia dalam kehidupannya yang oleh Imam Al Ghazali mengurutkan perlindungan²² kebutuhan manusia tersebut dengan memelihara lima hal yakni; 1). Memelihara agama (*hifzl al din*), 2). Memelihara jiwa (*hifzl an-nafs*), 3). Memelihara akal (*hifzl al-aql*), 4). Memelihara keturunan (*hifzl an-nasl*), dan 5). Memelihara harta (*hifzl al mal*). Abu Hamid Al Gazali adalah salah satu ulama besar yang mengurutkan perlindungan kebutuhan manusia tersebut dan beliau adalah pencetus istilah “perlindungan” (*al hifz*) terhadap kebutuhan-kebutuhan ini.²³ Artinya bahwa dalam melakukan penetapan hukum melalui *maqashid al Syari’ah* haruslah memperhatikan kebutuhan manusia dengan memberikan perlindungan berdasarkan kelima hal tersebut berdasarkan tingkat kebutuhannya apakah kebutuhan tersebut termasuk kebutuhan primer, sekunder atau tersier.

Pemenuhan kebutuhan-kebutuhan tersebut tentu akan berimplikasi terhadap terlindunginya hak masyarakat Adat atas kekayaan berupa Ekspresi Budaya Tradisional, yang selama ini menjadibagian terpenting dalam kehidupan mereka sehari-hari. Sehingga dengan terlindunginya hak-hak ini akan memberi pengaruh pada kesejahteraan masyarakat Adat itu sendiri.

Tentunya penetapan syari’at (hukum) melalui metode *maqashid al syari’ah* ini hendaknya bersifat adil, penuh rahmat serta mengandung hikmah. Jika tidak maka *kemaslahatan* yang menjadi tujuan dalam penetapan hukum tersebut akan sulit tercapai. Jadi,

²¹Lihat Abdul Wahhab Khallaf, *Kaidah-kaidah Hukum Islam (Ilmu Ushul Fiqh)* (Jakarta: PT. Raja Grafindo Persada, 1994), hal. 329

²²Istilah “perlindungan (melindungi)” dan “pemeliharaan (memelihara)” akan tetap digunakan secara bergantian karena kedua istilah ini masih tetap digunakan oleh para ulama dalam mengkaji *Maqashid*, yang sebenarnya memiliki makna yang sama dalam tujuan penetapan hukum (*Maqashid al yari’ah*) yakni untuk mencapai kemaslahatan.

²³Baca Jasser Auda, *Membumikan Hukum Islam Melalui Maqashid Al syariah*, (Bandung: PT. Mizan Pustaka, 2015), hal 51

maqashid al syari'ah merupakan kajian yang menitikberatkan pada upaya penggalian nilai-nilai dibalik penetapan sebuah hukum yang menegaskan bahwa rumusan hukum yang diturunkan oleh *syari'* (pembuat hukum yakni Allah) memiliki tujuan secara umum yaitu mencapai kemaslahatan bagi hambaNya baik dunia maupun akhirat. Tujuan umum inilah yang kemudian dicapai melalui perlindungan terhadap kelima hal di atas.

Banyaknya persoalan umat Islam yang semakin kompleks tidak dapat terelakkan. Hal ini terjadi disebabkan adanya perubahan-perubahan sosial dalam masyarakat sehingga menuntut hukum Islam untuk bersifat lebih fleksibel di dalam menyelesaikan kasus-kasus tersebut. Ini membuktikan bahwa Al-Qur'an dan sunnah yang telah diturunkan berabad-abad tahun yang lalu dapat beradaptasi dengan kondisi saat ini.

Persoalan-persoalan kompleks dalam hukum tersebut kemudian juga berimplikasi pada terjadinya perubahan dalam pendekatan penyelesaian masalah melalui pendekatan *Maqashid al Syari'ah* ini. Jika sebelumnya Imam Al Gazali, dan As Syatibi yang dikenal sebagai Bapak *Maqashid* mengurutkan penetapan hukum berdasarkan urutan kebutuhan masalah yakni *dharury* (primer), *tahsiny* (sekunder), dan *hajy* (tersier), akan tetapi ulama kontemporer seperti Jasser Auda menjadikan *Maqashid al Syari'ah* menjadi sebuah pendekatan dalam kajian Hukum Islam. Jika As Syatibi memahami *Maqashid al Syari'ah* dengan mempertimbangkan makna zahir dari lafaz, maka Jasser Auda memahami *Maqashid al Syari'ah* sebagai tujuan penetapan hukum melalui cara pemahaman terhadap makna dibalik teks melalui pendekatan sistem.

Sedangkan penggunaan istilah 'pemeliharaan' dan 'perlindungan' pada kelima urutan kebutuhan manusia pada uraian sebelumnya, juga oleh para fakih atau cendekiawan muslim kontemporer mengalami perubahan yang mana mereka mengembangkan terminologi *Maqashid* tradisional dalam Bahasa masa kini dari 'penjagaan' dan 'perlindungan' menuju 'pengembangan' dan 'hak-hak asasi manusia'.

Misalnya, jika pada tataran ‘*hifzul aqli*’ (perlindungan akal), pada akhir-akhir ini masih terbatas pada maksud larangan minuman keras dalam Islam, oleh Auda telah berkembang menjadi; ‘pengembangan pemikiran ilmiah’, ‘perjalanan menuntut ilmu’, melawan mentalitas *taklid*’ dan ‘mencegah mengalirnya tenaga ahli ke luar negeri’. Begitu juga dengan *hifz irdhi* (perlindungan kehormatan) dan *hifz nafsi* (perlindungan jiwa raga) akhir-akhir ini berkembang menjadi ‘perlindungan hak-hak asasi manusia’. Selain itu Auda memberikan contoh pada tataran ‘*hifzul maal*’ (perlindungan harta), jika versi Al Gazali ‘dengan hukuman bagi pencurian’, dan ‘proteksi uang’ versi Al Juwaini, akhir-akhir ini berkembang menjadi istilah-istilah sosioekonomi yang familier, seperti ‘bantuan sosial’, pengembangan ekonomi’, ‘masyarakat sejahtera’ dan lainnya, yang mana istilah ini memungkinkan penggunaan *Maqashid al Syari’ah* untuk mendorong pengembangan ekonomi dalam masyarakat.²⁴

Ekspresi Budaya Tradisional adalah merupakan harta benda tak berwujud (*intangible aset*) milik masyarakat adat, yang kini telah banyak mengalami perkembangan dalam dunia perekonomian. Tidak sedikit masyarakat adat yang hidup dari kekayaan tradisional mereka. Misalnya penjual jamu gendong menjadikan jamu sebagai mata pencaharian untuk menghidupi kebutuhan sehari-hari, para seniman seperti penari gandrung, pegiat drama tradisional, dalang wayang kulit, penenun kain tradisional, pengrajin batik, pengrajin ukiran kayu, pengusaha olahan makanan produk lokal, dan masih banyak kekayaan yang berupa Ekspresi Budaya lainnya menjadi bagian harta kekayaan yang harus dilindungi Karena merupakan bagian dari penopang kehidupan masyarakat adat tersebut.

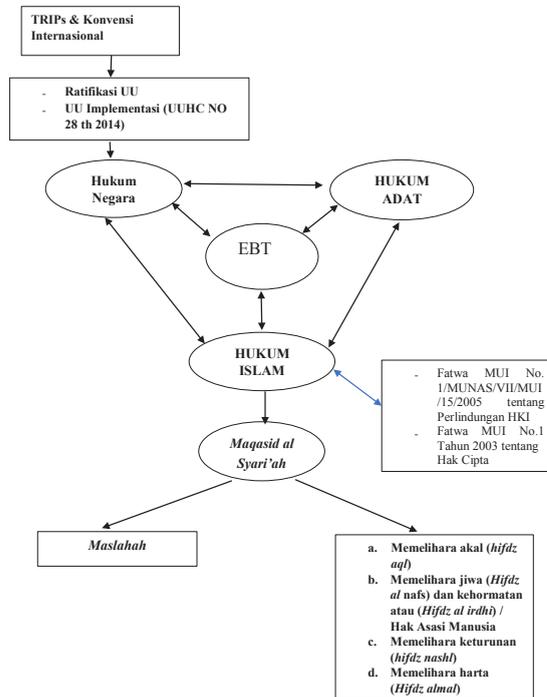
Tidak terelakkan bahwa Pengetahuan Tradisional khususnya Ekspresi Budaya Tradisional (PTEBT) merupakan karya cipta milik masyarakat adat yang berasal dari hasil coba-coba terhadap sumber alam sekitarnya ini, telah mengalami perkembangan dan masih akan terdapat kemungkinan untuk terus berkembang di masa yang

²⁴Jasser Auda, *Op. Cit.* hal. 57-59

akan datang, serta menjadi warisan leluhur secara turun-temurun dari generasi ke generasi. Perlindungan terhadap Ekspresi Budaya Tradisional (EBT) ini merupakan sebuah keniscayaan. *Maqashid al syari'ah* memberikan peluang perlindungan pada tataran *hifdzul aql* (memelihara akal), yakni menghargai segala bentuk hasil olah pikir manusia untuk terus berkarya menghasilkan sesuatu, *hifdz nafs* (perlindungan jiwa) /*hifdz irdhi* (perlindungan kehormatan) atau perlindungan hak asasi manusia yakni hak asasi masyarakat adat untuk dihormati keberadaannya serta hak milik mereka, *hifzul nashl* (memelihara keturunan) yakni perlindungan terhadap generasi turun-temurun yang hidup dengan keberadaan EBT, serta *hifzul maal* (memelihara harta) atau perlindungan hak ekonomi yakni perlindungan terhadap harta kekayaan tradisional berupa PTEBT ini sebagai kekayaan yang menjamin kehidupan masyarakat adat sebagai pemiliknya yang kemudian berdampak pada terlindunginya hak-hak ekonomi masyarakat adat atas kekayaan milik mereka.

Perlindungan ini diperlukan sebagai upaya pencegahan terhadap terjadinya penyalahgunaan (*missappropriation*), pencurian ataupun pembajakan (*piracy*) terhadap hak kekayaan intelektual berupa Ekspresi Budaya Tradisional (EBT) milik masyarakat adat. Melihat bentuk perlindungan terhadap Pengetahuan Tradisional dan Ekspresi Budaya Tradisional yang saat ini oleh Hukum negara, dan Hukum Adat belum memberikan konsep perlindungan yang jelas, maka penelitian ini mencoba menawarkan bentuk konsep perlindungan yang secara teoretik konseptual paling komperhensif untuk membahas persoalan ini.

Berikut gambar interkoneksi antara ketiga bentuk hukum dalam memberikan perlindungan terhadap EBT.



Gambar 1. Interkoneksi Hukum Negara, Hukum Adat dan Hukum Islam dalam perlindungan PTEBT

1. Rumusan Masalah

- a. Apa makna perlindungan hukum terhadap masyarakat adat atas hak ekspresi budaya tradisional dalam perspektif *maqashid al syari'ah*.
- b. Bagaimana keadaan perlindungan hukum terhadap masyarakat adat atas hak ekspresi budaya tradisional dalam perspektif *maqashid al syari'ah*.

2. Tujuan Penelitian

- a. Untuk mendeskripsikan, menganalisis dan menemukan makna Perlindungan Hukum terhadap masyarakat Adat atas hak Ekspresi Budaya Tradisional (EBT) dalam perspektif *Maqashid al Syari'ah*.

- b. Untuk mendeskripsikan, menganalisis dan menemukan keadaan perlindungan hukum terhadap masyarakat adat atas hak Ekspresi Budaya Tradisional dalam perspektif *Maqhsid al Syari'ah*.

3. Orisinalitas Penelitian

Ada beberapa hasil penelitian yang dapat dijadikan rujukan untuk menunjukkan keaslian penelitian disertasi ini:

1. Penelitian yang dilakukan Raditya Permana

Penelitian yang dilakukan oleh Raditya Permana ini adalah dalam rangka penulisan disertasi Program Doktor Ilmu Hukum Universitas Diponegoro Semarang dengan judul “*Perlindungan Hukum Terhadap Desain Arsitektur Tradisional*”. Fokus permasalahan yang diangkat adalah; ***Pertama***, bagaimana dampak globalisasi perdagangan terhadap desain arsitektur tradisional, ***kedua***, apakah sistem HKI mampu melindungi desain arsitektur tradisional, ***ketiga***, bagaimana bentuk perlindungan hukum yang sesuai untuk melindungi desain arsitektur tradisional.

Hasil penelitian tersebut antara lain; ***pertama***, dampak globalisasi perdagangan terhadap desain arsitektur tradisional adalah terjadinya kemerosotan kedaulatan negara, di mana daya tawar masyarakat tradisional semakin termarginalisasi oleh kebijakan WTOTRIPs, sehingga masyarakat dipaksakan untuk menggunakan suatu perangkat kepemilikan yang bertentangan dengan budaya berdasarkan pada TRIPs hanya melindungi hak cipta yang bersifat individu. ***Kedua***, terbatasnya kemampuan sistem HKI di dalam melindungi desain arsitektur tradisional, karena ketentuan HKI berdasarkan konsep Barat yakni bersifat individu dan tidak memiliki konsep perlindungan yang bersifat komunal, selain itu syarat perlindungan HKI di dalam TRIPs adalah adanya kebaruan inovasi, adanya langkah inventif dan dapat diaplikasikan pada skala industri. Sedangkan langkah inovasi masyarakat tidak ditujukan untuk industri melainkan nuntuk sosio kultural. ***Ketiga***,

konsep hukum masyarakat tradisional dalam melindungi desain arsitektur masyarakat tradisional. Masyarakat tradisional memiliki cara tersendiri di dalam mengelola alam, hal ini dikarenakan desain arsitektur sangat bergantung dengan kondisi alam dan lingkungan sekitarnya.

2. Penelitian yang dilakukan Afillyanna/ Afrillyanna Purba

Penelitian Afillyanna/Afrillyanna Purba dalam rangka penulisan disertasi Program Doktor pada Universitas Padjajaran dengan judul “Pemberdayaan Perlindungan Hukum Pengetahuan Tradisional dan Ekspresi Budaya Tradisional Sebagai Sarana Pertumbuhan Ekonomi di Indonesia”. Adapun fokus masalah yang ditekankan adalah; **Pertama**, Bagaimana pemberdayaan perlindungan hukum pengetahuan tradisional dan ekspresi budaya tradisional secara *sui generis* yang memenuhi keadilan bagi masyarakat Indonesia yang berkeadilan Pancasila. **Kedua**, Bagaimana perlindungan hukum Pengetahuan Tradisional dan Ekspresi Budaya tradisional sebagai kekayaan intelektual masyarakat tradisional mengingat Indonesia belum memiliki pengaturan khusus tentang dua kekayaan intelektual baru ini. **Ketiga**, Bagaimana pengembangan Pengetahuan Tradisional dapat dijadikan potensi untuk pembangunan industri kreatif dalam rangka pertumbuhan perekonomian Indonesia berdasarkan keadilan.

Penelitian ini menghasilkan beberapa kesimpulan yakni; **pertama**, perlindungan hukum atas Pengetahuan Tradisional dan Ekspresi Budaya Tradisional perlu segera mungkin dilakukan melalui pengaturan yang bersifat *sui generis* sesuai dengan kebutuhan masyarakat Indonesia berdasarkan Pancasila. Sebab Pancasila tidak bertentangan dengan prinsip-prinsip HKI yang diatur dan disepakati dalam TRIPs-WTO, yang di dalamnya di titik beratkan pada upaya pelestarian dan pemanfaatan dalam suatu industri budaya melalui mekanisme *benefit sharing* antara pengguna dengan pemilik dari pengetahuan Tradisional dan Ekspresi Budaya Tradisional tersebut. **Kedua**, pada kondisi Indonesia yang belum memiliki pengaturan pengetahuan tradisional dan ekspresi budaya tradisional yang

khusus sehingga perlindungan hukumnya menggunakan pengaturan Hak Kekayaan Intelektual yang ada meskipun kurang optimal karena masih bersifat terbatas dan baru menyentuh aspek pengakuan seperti diatur dalam UU No. 19 Pasal 10 dan 11 Tahun 2002 tentang Hak Cipta dan Pasal 7 UU No. 29 Tahun 2000 tentang Perlindungan Varietas Tanaman. *Ketiga*, pengembangan pengetahuan tradisional. *Keempat*, Pengembangan pengetahuan dan ekspresi budaya tradisional diupayakan melalui suatu produk industri budaya berjenis kreatif yang produknya dapat dioptimalkan keekonomiannya sehingga para produsen yang tergolong usaha kecil menengah (UKM), mendapat kesempatan berkontribusi bagi pertumbuhan ekonomi Indonesia.

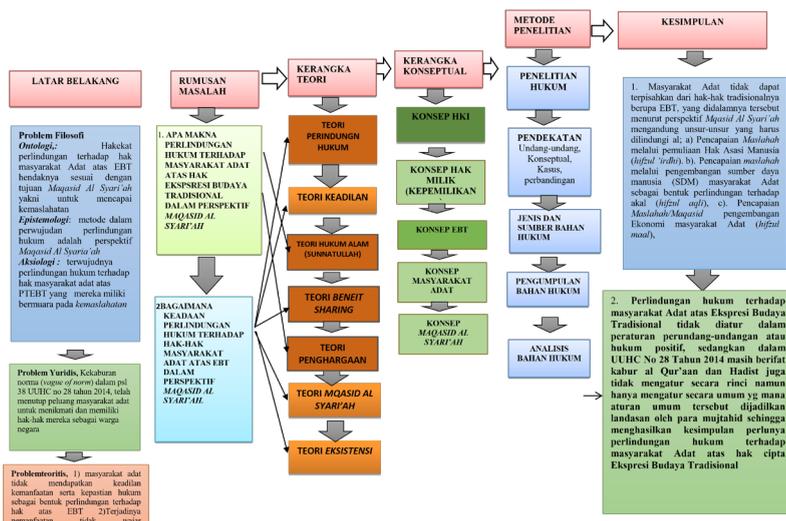
3. Penelitian yang dilakukan oleh Stince Sidayang

Penulisan Stince Sidayang dalam rangka penulisan disertasi Program doktor Ilmu Hukum universitas Brawijaya ini berjudul "*Perlindungan Hukum Atas Ekspresi Budaya Tradisional Seni Tarian Tradisional Masyarakat Adat Yang Berkeadilan*". Adapun fokus masalah yang ditekankan adalah: *Pertama*, Mengapa hak EBT seni tarian tradisional masyarakat Adat di Indonesia belum mendapatkan jaminan perlindungan hukum. *Kedua*, bagaimana bentuk perlindungan hukum yang berkeadilan atas hak Ekspresi Budaya Tradisional seni tarian tradisional masyarakat Adat.

Penelitian ini menghasilkan beberapa kesimpulan yakni; *Pertama*, hak EBT seni tarian tradisional masyarakat adat di Indonesia belum mendapatkan jaminan perlindungan hukum. UUHC 2014 belum tepat sebagai instrumen hukum yang mengatur tentang EBT di Indonesia disebabkan terdapat perbedaan konsep mendasar kepemilikannya, objeknya maupun cara perlindungan hak. Pandangan tentang kebersamaan, gotong-royong dan spiritualisme tidak sejalan dengan sistem HKI yang individualistik. Pasal 38 ayat (1) UUHC 2014 menyatakan bahwa hak cipta atas EBT dipegang oleh negara dimaksud untuk mengisi kekosongan hukum karena sampai saat ini belum ada satupun aturan terkait EBT di Indonesia, sedangkan kasus klaim negara lain atas EBT di Indonesia semakin

marak terjadi. Pasal ini merupakan pasal transisi upaya perlindungan yang diajukan sebagai langkah antisipasi eksploitasi dan pencurian ekspresi budaya tradisional yang semakin menguat dan klaim pihak asing. *Kedua*, bentuk perlindungan hukum yang berkeadilan atas EBT seni tarian tradisional masyarakat adat harus dapat mewujudkan tujuan hukum yaitu untuk menciptakan keadilan, kemanfaatan, dan kepastian bagi para pihak. Terkait dengan hal tersebut, maka masyarakat Adat sebagai pengemban EBT berhak atas pengakuan dari negara sebagai wujud keadilan, kemanfaatan dan kepastian hukum. Terkait dengan siapa yang mengajukan keberatan atas manfaat EBT yang terjadi di Indonesia, maka masyarakat Adat memiliki dasar konstitusional untuk mempertahankan hak-haknya sebagaimana diatur dalam pasal 51 ayat (1) huruf (b) undang-undang nomor 24 tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi LN RI Nomor 3879 TLN Nomor 4316 yang menyatakan bahwa kesatuan masyarakat Adat sebagai pemohon yang menganggap hak dan/atau kewenangan konstitusionalnya dirugikan. Untuk kasus klaim kepemilikan atas hak atas EBT masyarakat adat oleh negara lain, maka negara yang mewakili masyarakat Adat yang mengajukan permohonan keberatan atas klaim kepemilikan tersebut.

4. Desain Penelitian



REKOMENDASI

Bagi legislatif dan eksekutif, hendaknya membuat aturan khusus bagi perlindungan EBT dalam undang-undang yang berwatak Indonesia dengan melibatkan serta membumikan asas-asas Hukum Islam melalui pendekatan *Maqashid al Syari'ah*, berdasarkan asas regionalitas dan menuangkannya ke dalam pasal tentang asas pada RUU PTEBT sebagai bentuk pengakuan terhadap eksistensi Hukum Islam yang menjadi salah satu bahan baku Hukum Nasional.

Bagi yudikatif diharapkan menjadikan undang-undang tersebut sebagai pedoman dalam menindak terhadap setiap pelanggaran terhadap Ekspresi Budaya Tradisional di Indonesia sebagai upaya perlindungan yang bersifat refresif demi tercapainya keadilan, kemanfaatan serta kepastian hukum yang bermuara pada kemaslahatan.

Mendorong pemerintah agar membentuk suatu institusi yang secara khusus membidangi hal-hal yang berkaitan dengan pengakuan, pelestarian EBT serta pelibatan masyarakat Adat terkait dengan hal tersebut, demi terwujudnya kemaslahatan

5. Metode Penelitian

a. Jenis Penelitian

Jenis penelitian yang digunakan dalam penelitian ini adalah penelitian hukum yaitu melakukan penelitian dengan mengkaji dan menganalisis berbagai peraturan perundang-undangan, sistem hukum, asahukum, perbandingan, yang berkaitan dengan pengaturan HKI Tradisional khususnya tentang Hak Cipta Tradisional. Selain itu juga digunakan penelitian kepustakaan yang berfungsi untuk melengkapi dan kebutuhan bahan hukum. Hal ini terkait dengan isu hukum yang akan dipecahkan dalam penulisan ini yaitu tentang analisis terhadap norma yang mengatur tentang perlindungan hak masyarakat adat atas Ekspresi Budaya Tradisional khususnya hak moral dan hak ekonomi mereka serta bentuk perlindungan

yang diberikan negara saat ini terhadap hak cipta tradisional yang tertuang dalam Undang-undang Hak Cipta No 28 Tahun 2014 yang kemudian ditinjau dari perspektif *Maqashid al syari'ah*.

b. Pendekatan Penelitian

Pendekatan-pendekatan yang digunakan di dalam penelitian ini adalah *pertama*, pendekatan perundang-undangan (*statute approach*), pendekatan perundang-undangan dilakukan terhadap berbagai aturan atau produk hukum yang berkaitan dengan HKI pada umumnya dan hak cipta terkait Ekspresi Budaya Tradisional (EBT) secara khusus.

Kedua, pendekatan konseptual, (*conceptual approach*), yaitu untuk memahami unsur abstrak dalam alam pikiran. Pendekatan ini digunakan untuk mengkaji konsep hukum yang berkaitan dengan perlindungan terhadap hak masyarakat adat atas Ekspresi Budaya Tradisional (EBT).

Ketiga, pendekatan kasus dilakukan untuk mendalami lebih jauh tentang pelanggaran-pelanggaran yang pernah terjadi terhadap pemanfaatan ekspresi Budaya Tradisional milik masyarakat adat. *keempat* pendekatan perbandingan dilakukan untuk membandingkan bentuk perlindungan terhadap EBT oleh negara lain yang dalam hal ini sebagai ilmu bantu terhadap dogmatik hukum dalam mempertimbangkan pengaturan EBT ke depan. Adapun negara yang akan dijadikan perbandingan antara lain;¹⁾ negara Sri Lanka, negara ini melindungi folklor (Ekspresi Budaya Tradisional) nya melalui undang-undang Kekayaan Intelektual No. 36 tahun 2003 selanjutnya disebut undang-undang Sri Lanka. Undang-undang ini pada pasal 24 (1) melindungi Folklor dari reproduksi, pertunjukan ke publik, penyiaran, distribusi dengan kabel atau cara lain, serta adaptasi, penerjemahan, dan transformasi lain ketika Folklor tersebut digunakan untuk pengembangan budaya, sedangkan pada pasal 24 (2), menentukan bahwa izin dan pembayaran biaya tidak diberlakukan untuk penggunaan Folklor seperti penggunaan pribadi, melaporkan kejadian terkini, pengajaran, kritik komentar

dan penelitian. Selanjutnya perlindungan Folklor seharusnya tidak mencegah masyarakatnya dari penggunaan, penukaran, dan transmisi antara mereka sendiri atas Folklor dari warisan budaya mereka dengan cara tradisional dan adat serta mengembangkan Folklor tersebut dengan reaksi terus menerus dan imitasi.²⁵ 2). Negara Panama, adalah negara pertama di dunia yang mengakui sistem Kekayaan intelektual masyarakat asli secara *sui generis* dan mensahkannya dalam Undang-undang No.20. Undang-undang ini memberikan masyarakat asli hak eksklusif untuk menggunakan dan mengkomersialisasikan segala bentuk kreasi mereka. Hak tersebut antara lain, hak melarang orang lain mengklaim kepemilikan seni mereka, hak untuk melarang orang lain dari menyatakan seni bukan milik masyarakat asli, hak untuk melarang orang lain dari membuat salinan meniru seni mereka dan hak untuk melarang semua industri atau mekanik untuk mereproduksi seni dan pengetahuan tradisional tanpa melalui tangan mereka.²⁶ Kedua negara ini dapat dijadikan sebagai perbandingan dalam membuat regulasi terhadap perlindungan ekspresi Budaya Tradisional di Indonesia.

c. Jenis dan Sumber Bahan Hukum

1) Jenis Bahan Hukum

Bahan hukum yang digunakan dalam penelitian ini adalah bahan hukum primer, bahan hukum sekunder dan bahan hukum tersier. Bahan hukum primer yaitu bahan hukum yang diperoleh dari sumbernya langsung yang mengikat melalui kepustakaan dengan melakukan pengkajian secara rinci. Bahan hukum sekunder, yaitu bahan yang digunakan sebagai penunjang bahan hukum primer. Bahan hukum tersier, yaitu bahan hukum yang memberikan petunjuk maupun penjelasan terhadap bahan hukum primer dan bahan hukum sekunder.

²⁵Indunil Abyeskere, 2007 "The Protection of Expression of folklore in Sri Lanka" International Review of Intellectual Property and Competition Law.

²⁶ Irma De Obaldia, "Western Intellectual Property and Indegenous Cultures: The Case of Panamanian Indigenous Intellectual Property Law", 23 B.U. *Int'l L.J.*337, Boston University *International Law Journal*, Fall 2005, pp337 394., hal. 368

2) Sumber Bahan Hukum

(1) Bahan Hukum Primer, terdiri dari:

- a. Al Qur'an dan Hadits yang berkaitan dengan dalil-dalil yang mendukung penelitian ini, seperti dalil tentang berbuat adil (al-Qur'an surat an nisa [4]: 58, surat al an'am [6] : 152, surat An nahl (16:90), surat Al Syura' (42:15), Al maidah (5:8), QS. Al Fhusilat (4: 46) dan al jatsiah (45: 15) *as-shad* 38, an-Nisa (4: 58), an-Nisa (4: 135) dan ayat-ayat lainnya yang berkenaan dengan ini. Selanjutnya dalil berkenaan dengan larangan merugikan hak orang lain surat al Syura' (26: 183), dalil berupa hadits tentang harta kekayaan di antaranya hadits Nabi yang diriwayatkan oleh Imam Bukhori dan Hadits riwayat Ahmad. Selain itu terdapat dalil tentang larangan berbuat zalim seperti yang termuat dalam Hadits Qudsi yang diriwayatkan oleh Muslim, dalil tentang Hak Asasi Manusia di antaranya surat al-isra'(17:70), surta al Baqarah (2: 177), surat al Maidah (QS. 5:32), surat Al A'raf (QS. 7:29, surat Al Hadid (57:25). Selain itu terdapat dalil tentang pemeliharaan akal dalam Surat Almukmin ayat 80, surat al an'am (6:50) dan surat al baqarah (2: 165), serta dalil-dalil lainnya yang berkaitan dengan penelitian ini. Serta kaidah-kaidah Ushul fiqih khususnya yang berkaitan dengan budaya.
- b. Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 khususnya dalam pembukaan pada alinea ke-4, pasal 18B ayat 1 & 2, pasal 28A, pasal 28C ayat 1 & 2, pasal 28I , pasal 29 ayat 1 & 2, pasal 32 ayat 1
- c. Kitab Undang-undang Hukum Perdata pasal 449, 570,
- d. Hukum Adat (kearifan lokal)
- e. Perjanjian TRIPs dan Konvensi-konvensi Internasional seperti konvensi Bern 1886 sebagaimana diperbaharui tahun 1997 serta perjanjian-perjanjian Internasional lainnya
- f. Undang-undang Republik Indonesia nomor 28 Tahun 2014 Tentang Hak Cipta pasal 38 beserta penjelasannya

g. Peraturan Menteri Dalam Negeri Nomor 52 tahun 2007 tentang Pedoman Pelestarian dan pengembangan Adat Istiadat dan Nilai Sosial Budaya Masyarakat

(2) Bahan Hukum Sekunder, yaitu seperti:

- a. Karya tulis ilmiah yang ditulis oleh ahli hukum yang berkaitan dengan masalah yang diteliti yakni terkait perlindungan terhadap hak masyarakat Adat Ekspresi Budaya Tradisional dalam perspektif *Maqahsid al syari'ah*
- b. Buku-buku, literatur, yang berkaitan dengan tema penulisan, artikel, internet yang juga dapat dijadikan sebagai bahan dalam penelitian ini.

(3) Bahan Hukum Tersier, antara lain dapat berupa:

- a. Kamus hukum;
- b. Kamus Besar Bahasa Indonesia (KBBI);
- c. Kamus Bahasa Arab dan Inggris
- d. Ensiklopedi

Bahan-bahan hukum tersier tersebut sangat membantu dalam mencari pengertian atau makna dari beberapa kata yang belum jelas dan yang membutuhkan penjelasan secara detail.

d. Memperoleh Bahan Hukum

Pengumpulan bahan hukum, bahan hukum primer dan bahan sekunder dan tersier dilakukan dengan cara studi kepustakaan dan *searching* internet, serta inventarisasi. Bahan hukum yang diperoleh, dikumpulkan dan dipelajari serta dikutip dari berbagai sumber seperti literatur, peraturan perundang-undangan, artikel, jurnal, makalah, atau yang berkaitan dengan judul dan permasalahan yang penulis teliti, selanjutnya setelah bahan hukum terkumpul langkah selanjutnya adalah mengklasifikasi dari bahan-bahan tersebut untuk kemudian disusun secara sistematis serta mensinkronkan antara satu

dengan yang lainnya untuk dianalisis berdasarkan ketentuan hukum yang berlaku dan berkaitan dengan judul serta permasalahan yang penulis teliti.

e. Teknik Analisis Bahan Hukum

Analisis bahan hukum menyangkut kegiatan penalaran ilmiah terhadap bahan-bahan hukum sehingga dilakukan dengan penalaran deduktif-induktif yakni mengidentifikasi aturan hukum yang diterapkan terhadap peristiwa konkret yang terjadi. Analisis yang digunakan adalah normatif/preskriptif, komparatif sedangkan terhadap norma yang kurang jelas (kabur) digunakan interpretasi, sistematis.

f. Sistematika Penulisan

Penelitian disertasi ini diuraikan sistematika penulisan sebagaimana gambaran tentang penelitian ilmiah ini secara keseluruhan, artinya dalam sub bab ini akan diuraikan secara sistematis keseluruhan yang terkandung dalam disertasi ini. Secara garis besar Disertasi ini nantinya akan terbagi menjadi 6 bab yang terdiri dari:

Bab I Pendahuluan, bab menjabarkan latar belakang penelitian dari segi aspek filosofis, teoritis, problem normatif, yang kemudian dibuat rumusan masalah, tujuan penelitian yang menjawab permasalahan yang ada, manfaat penelitian, orisinalitas penelitian, desain penelitian, metode penelitian dan sistematika penulisan.

Bab II Kerangka Teori Dan Konsep, Kerangka teori yaitu berisi kajian terhadap teori-teori hukum yang dapat dijadikan sebagai dasar membangun pemikiran yang berkaitan dengan isu hukum yang ditetapkan yaitu tentang teori keadilan, teori perlindungan hukum, teori hukum alam (*sunnatullah*), teori penghargaan, teori benefit sharing, teori eksistensi dan teori *Maqashid al Syar'ah*. Selanjutnya berkaitan dengan kerangka konseptual yaitu terdiri dari a) Hak Kekayaan Intelektual b). konsep hak milik (kepemilikan), c) konsep

masyarakat adat, d). konsep Pengetahuan Tradisional dan Ekspresi Budaya Tradisional (PTEBT), e). konsep *Maqashid al Syari'ah*.

Bab III merupakan bab analisis Apa makna Pengetahuan Tradisional dan Ekspresi Budaya Tradisional (PTEBT) dalam perspektif *Maqashid Al Syari'ah* dengan membagi pembahasan menjadi beberapa sub bab yaitu a). Hak milik (kepemilikan) dalam Hukum Positif dan Hukum Islam b). Hak masyarakat adat atas Ekspresi Budaya Tradisional (EBT), c). Konsep perlindungan hukum melalui hukum negara, hukum adat dan hukum Islam (*maqashid al syari'ah*)

Bab IV Analisis tentang permasalahan kedua yakni Apa bentuk perlindungan yang dapat diberikan oleh negara terhadap hak-hak masyarakat adat atas Pengetahuan Tradisional dan Ekspresi Budaya Tradisional dalam perspektif *maqashid al Syari'ah* dengan pembahasan beberapa sub yaitu; a). Tinjauan Umum Tentang Hak Kekayaan Intelektual, Hak Cipta, dan Ekspresi Budaya Tradisional, b). Penerapan Hak Cipta Atas Ekspresi Budaya Tradisional Indonesia serta beberapa Kasus Pelanggaran atas karya Ekspresi c). Pandangan Hukum Islam Terhadap Pelanggaran Atas Karya Cipta Ekspresi Budaya Tradisional Milik Masyarakat Adat, d). *Maqashid al Syari'ah* Sebagai Sebuah Pilihan Yang Tepat dalam Perlindungan Hak Masyarakat Adat Atas Ekspresi Budaya Tradisional (EBT)

Bab V merupakan bagian penutup, yang berisi kesimpulan dan hasil analisis masalah hukum yang telah dibahas sebelumnya, serta dari uraian tersebut dapat menghasilkan rekomendasi model pengaturan hukum sebagai pijakan dalam perlindungan hukum bagi masyarakat Adat atas hak mereka terhadap Ekspresi Budaya Tradisional yang sesuai dengan tujuan hukum negara, hukum Adat (kearifan lokal), khususnya hukum Islam melalui metode *Maqashid al Syari'ah*.



Bab 2

KERANGKA TEORETIK DAN KERANGKA KONSEPTUAL

A. Kerangka Teoretik

1. Teori Perlindungan Hukum

Perlindungan hukum merupakan hak mutlak setiap warga negara, sebab dalam kehidupan bermasyarakat manusia memiliki hak-hak dasar yang harus dilindungi. Begitu pula dalam kehidupan bernegara tentunya negara berkewajiban melindungi hak-hak warga negaranya dari setiap tindakan yang merugikan mereka. Hukum merupakan salah satu sarana untuk mewujudkan perlindungan tersebut. Hak-hak dasar yang harus dilindungi itu merupakan hak asasi manusia yang tidak boleh diabaikan. Hal ini senada dengan pendapat Sadjipto Raharjo bahwa perlindungan hukum itu adalah memberikan pengayoman terhadap hak asasi manusia (HAM) yang dirugikan orang lain dan perlindungan itu diberikan kepada masyarakat agar dapat menikmati semua hak-hak yang diberikan oleh hukum. Hukum dapat difungsikan untuk mewujudkan perlindungan yang sifatnya tidak sekedar adaptif dan fleksibel, melainkan juga prediktif dan antisipatif. Hukum dibutuhkan untuk mereka yang lemah dan belum kuat secara sosial, ekonomi dan politik untuk memperoleh keadilan sosial.²⁷

²⁷Sadjipto Raharjo, *Ilmu Hukum*, (Bandung: PT. Citra Aditya Bhakti, 2000), hal. 55

Konsep negara hukum yang dianut negara kita seyogyanya melakukan segala bentuk perlindungan hukum bagi warga negaranya. Jika ini telah dilakukan maka itu berarti bahwa negara telah menjalankan fungsi hukum yang sesungguhnya yakni untuk melindungi rakyat dari segala tindakan yang merugikan baik yang dilakukan oleh individu, kelompok, maupun penguasa. Perlindungan hukum yang sesuai di Indonesia saat ini adalah dengan perlindungan preventif dan represif. Hal ini sesuai dengan teori perlindungan yang ditawarkan oleh Philipus M. Hadjon bahwa perlindungan hukum yang preventif bertujuan untuk mencegah terjadinya sengketa, yang mengarahkan tindakan pemerintah bersikap hati-hati dalam pengambilan keputusan berdasarkan direksi, dan perlindungan represif yang bertujuan untuk menyelesaikan terjadinya sengketa, termasuk penanganannya di lembaga peradilan.²⁸

Masyarakat sebagai subjek hukum dalam kehidupan sehari-hari tentunya tidak lepas dari kegiatan-kegiatan yang berhubungan dengan tindakan-tindakan hukum. Hal ini dikarenakan antara masing-masing individu warga masyarakat dalam melakukan perbuatan hukum pastinya juga akan melakukan hubungan hukum satu dengan lainnya. Kondisi ini menyebabkan interaksi yang sulit terhindar dari gesekan-gesekan yang menyebabkan ketidakteraturan. Perlindungan hukum diperlukan bagi posisi masyarakat yang lemah agar tidak terjadi kesewenang-wenangan. Teori perlindungan hukum ini sangat penting bagi masyarakat adat terhadap hak-hak mereka atas kekayaan tradisional yang mereka miliki.

Jika melihat makna perlindungan, maka di dalamnya terdapat unsur melindungi yang mana tentunya terdapat objek yang harus dilindungi. Dalam istilah perlindungan terdapat hak yang harus dijaga dan dihormati. Hak mengandung pengertian milik, kepunyaan, wewenang atau kekuasaan untuk berbuat sesuatu yang ditentukan

²⁸Philipus M Hadjon, *Perlindungan Hukum Bagi Rakyat Indonesia* (Surabaya: PT. Bina Ilmu, 1987), hal. 29

undang-undang.²⁹ Fitzgerald dalam hal ini berpendapat bahwa ciri-ciri yang melekat pada hak menurut hukum adalah:

1. Hak itu diletakkan pada seseorang yang disebut sebagai pemilik atau subjek dari hak itu
2. Hak itu tertuju pada orang lain yaitu yang menjadi pemegang kewajiban, antara hak serta kewajiban terdapat hubungan yang bersifat korelatif
3. Hak yang ada pada seseorang mewajibkan pada pihak lain untuk melakukan atau tidak melakukan sesuatu perbuatan. Hal ini dapat disebut sebagai isi hak
4. Perbuatan itu menyangkut sesuatu yang dapat disebut objek dari hak Yusran Isnaini, *Buku Pintar HKI Tanya Jawab seputar Hak Kekayaan Intelektual*,
5. Setiap hak menurut hukum itu mempunyai *title* yaitu suatu peristiwa tertentu yang merupakan alasan melekatnya hak itu pada pemiliknya³⁰

Melihat hal tersebut jelas bahwa hak memiliki kedudukan yang sangat penting bagi pemiliknya, di mana pemenuhan kewajiban atas hak seseorang berarti telah melakukan kewajiban sebagai bentuk tanggungjawab hukum terhadap orang lain, yang selanjutnya berimplikasi pada terlindunginya hak sebagai objek hukum.

Perlindungan hukum ini seyogyanya tidak hanya menyangkut aspek hukum negara, namun juga perlindungan hukum yang dituangkan ke dalam kaidah-kaidah yang diyakini serta ditaati oleh masyarakat hukum adat.³¹ Perlindungan terhadap hak-hak

²⁹Husein Alting, *"Dinamika Hukum Dalam Pengakuan Dan Perlindungan Hak Masyarakat Hukum Adat Atas Tanah"*, (Yogyakarta: Laksbang Pressindo, 2011). Hal. 73

³⁰Achmad Ali, *"Menguak Tabir Hukum: Suatu Kajian Filosofis dan Sosiologis"*, (Jakarta: Toko Agung Tbk, 2002), hlm.82

³¹Soerjono Soekanto, *"Hukum Adat Indonesia"*, (Jakarta: Rajawali Press, 2002), hlm. 81-82. Istilah masyarakat hukum adat dan masyarakat adat digunakan secara bergantian di mana istilah masyarakat hukum adat mengikuti istilah yang digunakan oleh beberapa ahli dan Undang-Undang, sedangkan istilah masyarakat adat dipilih oleh penulis sendiri karena selain juga masih digunakan oleh para ahli juga memiliki makna cakupan lebih luas. Kedua istilah ini sesungguhnya memiliki substansi makna yang sama.

masyarakat adat ini juga perlu dilakukan, sebab masyarakat Adat selalu dalam posisi yang lemah. Kendati hukum adat diakui di negara ini namun ketika berhadapan dengan hukum negara dan itu bertentangan maka yang berlaku pastilah hukum negara. Perlindungan ini juga perlu dilakukan untuk mencegah tindakan *missapropriation* (pemanfaatan tidak wajar) yang seringkali terjadi. Mengingat lemahnya perlindungan hukum terhadap Ekspresi Budaya Tradisional (EBT) yang sebagian besar lahir dari masyarakat adat ini, dan belum adanya aturan yang jelas yang melindunginya maka perlu adanya perlindungan yang lebih memihak. Tentunya dalam hal ini pemerintah sebagai penguasa sangat diperlukan perannya dalam memberikan perlindungan. Jika suatu pemerintahan telah memberikan sebuah perlindungan maka pemerintah tersebut telah menjalankan fungsi negara sebagai negara hukum yang memiliki tujuan memberikan kemanfaatan, keadilan, kesejahteraan dan kebahagiaan bagi warga negaranya.

2. Teori Keadilan

Keadilan merupakan salah satu dari tujuan yang hendak diwujudkan oleh hukum. Secara lebih mendalam dan lebih hakiki adalah mencapai keadilan hukum yang tidak mengarah pada keadilan, bukan hukum. Sedangkan menurut Aristoteles makna keadilan di samping keadilan sebagai keutamaan umum (yaitu ketaatan pada hukum alam dan hukum positif), keadilan juga sebagai keutamaan umum moral khusus, yang menemukan sikap manusia kepada bidang tertentu.

Sebagai salah satu bentuk norma, maka hukum sangat berguna dalam melindungi kepentingan masyarakat. Peran hukum dalam persoalan keadilan adalah mewujudkan keadilan dalam bentuk konkret agar dapat memberikan manfaat bagi hubungan antara manusia. Melihat keadilan sebagai salah satu dari tujuan hukum, maka hampir semua hukum yang dibuat di dunia ini adalah untuk menegakkan keadilan bagi masyarakatnya. Sehingga dapat dikatakan bahwa semua hukum mengarah pada keadilan. Hukum yang tidak

mengarah pada keadilan, adalah bukan hukum.³² Hukum yang kosong dengan nilai keadilan mengakibatkan pengaturan hukum yang keluar dari tujuan dibuatnya hukum tersebut, sehingga dapat melahirkan aturan-aturan yang bersifat diktator yang dapat membuat ketidaknyamanan dalam masyarakat.

Pengertian keadilan dari istilah Inggris *justice* berasal dari perkataan latin *justitia* yang kata dasarnya *jus*. Perkataan *jus* berarti hukum atau hak.³³ Seringkali penggunaan kedua kata tersebut yakni kata “*law*” (hukum) dengan kata “*justice*” (keadilan) dianggap sepadan. Hal ini dikarenakan pandangan bahwa hukum itu adalah adil. Hal tersebut senada dengan pandangan di atas bahwa “semua hukum mengarah pada keadilan”. Dikatakan pula bahwa kata adil (*al-adl*) berasal dari bahasa Arab yang bermakna pertengahan, yang dalam kamus *Almunawir* diartikan perkara yang di tengah-tengah.³⁴ Ini berarti bahwa adil berarti tidak berat sebelah dan tidak memihak kepada salah satu pihak.

Demikian pentingnya suatu keadilan dalam kehidupan kenegaraan untuk mensejahterakan masyarakat, sehingga dalam hal ini para filsuf sepanjang masa mengerahkan pikiran mereka untuk mencari makna-makna dari keadilan tersebut. Pemikiran-pemikiran para filsuf tersebut antara lain rumusan Aristoteles mengenai keadilan berbunyi bahwa mereka yang sederajat di depan Hukum harus diperlakukan sama.³⁵ Aristoteles mengelompokkan keadilan menjadi dua yakni keadilan khusus dan keadilan umum. Keadilan umum atau *legal* yaitu yang menuntut perbuatan sesuai dengan undang-undang negara yang harus ditunaikan demi kepentingan umum. Sedangkan keadilan khusus yaitu digunakan untuk mewujudkan kebijakan seperti kebijaksanaan dan keberanian. Keadilan khusus bukan

³²O. Notohamidjojo, *Demi Keadilan dan Kemanusiaan Beberapa Bab dari filsafat Hukum*, (Jakarta: BPK Gunung Mulia) hal. 84.

³³The Lang Gie, *Teori-teori Keadilan Sumbangan Bahan untuk Pemahaman Pancasila*, (Yogyakarta: Super yogyakarta, 1979), hal 15.

³⁴Ahmad Warson Al Munawir, *Al Munawir kamus Arab-Indonesia Terlengkap* (Yogyakarta: Pustaka Progressif, 1997), hlm. 906.

³⁵W. Friedmann, *Teori & Filsafat Hukum Telaah Kritis Atas Teori-teori Hukum (SUSUSNAN I)*, (Jakarta: Rajawali Press 1990), hal.124.

dikuasai oleh motif sosial, melainkan merupakan ukuran perbuatan dalam perhubungan sesama manusia lain. Ukuran untuk keadilan khusus adalah kesamaan atau proposionalitas.

Teori keadilan Aristoteles yang dikembangkan ini dimuat dalam bukunya *Nicomachean Ethics*. Menurut beliau keadilan adalah kelayakan dalam tindakan manusia (*fairness in human action*). Kelayakan merupakan titik tengah antara kedua ujung ekstrim yang terlalu banyak dan yang terlalu sedikit.³⁶ Intinya bahwa keadilan adalah distribusi berwujud suatu perimbangan (*proportion*) agar merupakan keadilan distributif (*distributive justice*).³⁷ Jadi yang dimaksud dengan “sederajat di depan hukum” tersebut adalah keadilan berdasar pada prinsip persamaan (*equality*). Oleh Isaiah Berlin dirumuskan menjadi “*justice is done when equals are treated equally and unequals unequally*”, (keadilan terlaksana bilamana hal-hal yang sama diperlakukan secara sama dan hal-hal yang tak sama secara tak sama).³⁸

Keadilan *distributive justice* yang dimaksud Aristoteles ini dapat dikembangkan dalam perolehan keadilan bagi masyarakat adat atas hak-hak mereka terhadap karya tradisional yang mereka miliki. Konteks keadilan ini sesuai dikarenakan masyarakat adat telah berjasa dalam menciptakan serta menghasilkan berbagai macam kreasi baik dalam bentuk pengetahuan tradisional maupun ekspresi budaya yang telah terpelihara secara turun-temurun, bahkan telah menjadi satu nafas dalam kehidupan mereka.

Intinya bahwa *distributive justice* adalah penting untuk berfungsinya ekonomi, yakni bagaimana membagikan keuntungan dalam kegiatan ekonomi,³⁹ sedangkan *social justice* berkenaan dengan kebutuhan ekonomi untuk mempunyai *structure* dan *institutions*,

³⁶The Lang Gie “*Teori-teori Keadilan Sumbangan Bahan untuk Pemahaman Pancasila*, (Yogyakarta: Super yogyakarta, 1979) hal. 22

³⁷*Ibid*

³⁸*Ibid* hal 23

³⁹Salim H.S., *Penerapan Teori Hukum Pada Penelitian Disertasi dan Tesis (Buku Kedua)*, (Jakarta: PT. Raja Grafindo Persada, 2014), hal. 29.

jika hubungan ekonomi tidak baik akan berakibat kurangnya produktivitas.⁴⁰

Kendati sangat sulit untuk dapat mewujudkan kesesuaian antara idealitas dengan realitas, namun di sinilah nilai-nilai keadilan berfungsi untuk menentukan secara nyata realitas sosial yang terjadi. Pentingnya suatu keadilan dalam penerapan hukum dalam suatu negara, Indonesia sebagai negara yang berdasarkan atas hukum menempatkan keadilan menjadi visi negara, hal ini tertera jelas dalam dasar negara Pancasila tepatnya pada sila ke dua yakni “kemanusiaan yang adil dan beradab” serta sila kelima “keadilan sosial bagi seluruh rakyat Indonesia”. Pembukaan UUD Negara Republik Indonesia tahun 1945 juga menyebutkan kata keadilan pada alinea satu, dua, dan empat. Melihat visi tersebut maka hendaknya keadilan yang menjadi norma pokok tersebut menjadi pedoman bagi setiap rezim kekuasaan politik. Artinya bahwa keadilan merupakan amanah konstitusi dan merupakan cita-cita luhur bangsa yang harus dijalankan.

Selain itu keadilan sosial dalam Pancasila juga memiliki paradigma berwatak ketuhanan, di mana sila pertama menjiwai sila-sila berikutnya. Manusia dalam hal ini masyarakat Indonesia meyakini bahwa ada kekuatan yang maha tinggi melebihi segalanya yaitu Tuhan. Sehingga apa yang ada di muka bumi ini merupakan rahmat dan berkah dari Tuhan.⁴¹Selanjutnya keadilan berdasarkan tuntunan Tuhan ini menegaskan prinsip persamaan (*equality*), tidak diskriminasi, prinsip objektif, tidak memihak, dan tidak nepotisme.

Ibnu Jubayr dalam Abdul Manan⁴², keadilan mempunyai empat bentuk: *pertama*, keadilan dalam membuat keputusan-keputusan yang sesuai firman Allah dalam al Qur’an surat an nisa [4]: 58 bahwa apabila kamu hendak menetapkan hukum di antara manusia supaya

⁴⁰*ibid*

⁴¹Lihat Faisal, *Ilmu Hukum sebuah Kajian Kritis, filsafat, keadilan, dan Tafsir*, (Yogyakarta: 2015), hal. 65

⁴²Abdul Manan, *Reformasi Hukum Islam Di Indonesia* (Jakarta: PT Raja GrafindoPersada, 2006), hal. 134

kamu menetapkan dengan adil; *kedua*, keadilan dalam perkataan yang sesuai dengan firman Allah dalam al Qur;’an surat al an’am [6] : 152 bahwa apabila kamu berkata maka hendaklah kamu berlaku adil kendatipun ia adalah kerabatnya; *ketiga*, keadilan dalam mencari keselamatan sesuai dengan firman Allah dalam surat al Baqarah [2]: 123, yaitu takutlah kamu pada suatu hari di waktu seseorang tidak dapat menggantikan seseorang lain sedikitpun dan tidak akan diterima suatu tebusan daripadanya, dan tidak akan memberi manfaat suatu syafaat kepadanya dan tidak pula mereka akan ditolong, *keempat*, keadilan dalam artian mempersekutukan Allah sesuai dengan firman Allah dalam surat al an’am [6]: 1, yakni tetapi orang-orang yang kafir memepersekutukan sesuatu dengan Tuhan.

Beberapa ayat lain yang memerintahkan untuk berbuat adil adalah perintah manusia berlaku adil dan berbuat kebaikan serta menjauhkan diri dari perbuatan keji dan mungkar QS An nahl (16:90), perlakuan adil wajib ditegakkan terhadap orang yang tidak seagama, QS. Al Syura’ (42:15) alasan apapun tidak dapat diterima untuk tidak berlaku adil, termasuk ketidaksenangan terhadap orang tertentu QS. Al Maidah ayat 8 (5:8), berlaku adil akan lebih mendekatkan kepada ketakwaan QS. Al maidah (5:8), perbuatan baik buruk manusia tidak akan mempengaruhi kemaha adilanNya, QS. al Fhusilat ayat 46 (4: 46) dan al jatsiah ayat 15 (45: 15). Terdapat juga perintah berbuat adil dalam surat an-Nisa 58 (4: 58) tentang kewajiban memutus perkara dengan adil, an-Nisa 135 (4:135) perintah menjadi penegak keadilan dan menjadi saksi karena Allah, dan ayat-ayat lain yang tidak dapat disebutkan secara keseluruhan.

Keharusan berbuat adil dalam Islam adalah mutlak tanpa pandang bulu, keharusan tersebut baik menyangkut diri sendiri, keluarga, bahkan terhadap orang-orang yang memiliki pengaruh kekuasaan. Perintah ini tercermin jelas dalam surat an- nisa’ ayat 135:

يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَىٰ أَنفُسِكُمْ أَوِ الْوَالِدِينَ وَالْأَقْرَبِينَ إِن يَكُنْ غَنِيًّا أَوْ فَقِيرًا فَاللَّهُ أَوْلَىٰ بِهِمَا فَلَا تَتَّبِعُوا الْهَوَىٰ أَن تَعْدِلُوا وَإِن تَلَوُوا أَوْ تَعْرِضُوا فَإِنَّ اللَّهَ كَانَ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرًا (١٣٥)

“Wahai orang-orang yang beriman, jadilah kamu orang yang benar-benar penegak keadilan, menjadi saksi karena Allah biarpun terhadap dirimu sendiri atau ibu bapa dan kaum kerabatmu. Jika ia kaya ataupun miskin, maka Allah lebih tahu kemaslahatannya. Maka janganlah kamu mengikuti hawa nafsu karena ingin menyimpang dari kebenaran. Dan jika kamu memutar balikkan (kata-kata) atau enggan menjadi saksi, maka sesungguhnya Allah adalah Maha Mengetahui segala apa yang kamu kerjakan” (QS. an Nisa’:135)

Perintah untuk bertindak adil dalam menetapkan hukum suatu perkara disinggung pula pada beberapa ayat yang lainnya. Murtadha Muthahhari menggunakan kata adil dalam empat hal, pertama, yang dimaksud dengan adil adalah keadaan yang seimbang; kedua, persamaan dan penafian (peniadaan) terhadap perbedaan apa pun; ketiga, memelihara hak-hak individu dan memberikan hak kepada setiap orang yang berhak menerimanya. keempat, adil adalah memelihara hak atas berlanjutnya eksistensi⁴³Pertama, Keadaan seimbang maksudnya adalah jika suatu masyarakat ingin hidupnya bertahan mapan maka hidupnya harus seimbang, di mana segala sesuatu yang ada di dalamnya harus eksis dengan kadar semestinya bukan dengan kadar yang sama. Sebab keseimbangan melihat neraca kebutuhan dengan pandangan yang relatif sesuai dengan relevansinya. Hal ini tercermin dalam surat ar-Rahman:55:7

وَالسَّمَاءَ رَفَعَهَا وَوَضَعَ الْمِيزَانَ (٧)

“Dan Allah telah meninggikan langit dan Dia meletakkan neraca (keadilan)”

⁴³Murtadha Muthahhari, *Keadilan Ilahi: Asas Pandangan Dunia Islam*, Terj. Agus Efendi (Bandung: Mizan anggota IKAPI, 1981) hlm. 53 – 56

Kedua, persamaan dan penafian (peniadaan) terhadap perbedaan apa pun, maksudnya adalah memelihara persamaan ketika hak memilikinya sama. Keadilan dalam konteks ini sudah merupakan suatu keharusan. *Ketiga*, memelihara hak-hak individu dan memberikan hak kepada setiap orang yang berhak menerimanya. Keadilan seperti ini wajib dihormati dan ditegakkan bahkan diakui secara jelas sebagai bentuk hak asasi manusia yang harus ditunaikan. Pada keadilan bentuk ini masyarakat adat memiliki hak untuk diperlakukan adil dengan cara pemenuhan hak mereka baik secara moral maupun ekonomi terhadap hasil karya tradisional yang mereka miliki. *Keempat*, memelihara hak atas berlanjutnya eksistensi. Jika keadilan terhadap hak-hak masyarakat adat telah terpenuhi maka eksistensi dan keberlangsungan hidup mereka akan tetap terjaga, keadilan semacam inilah yang seharusnya didapatkan oleh mereka.

Sedangkan menurut Quray Shihab ada empat makna keadilan yang dikemukakan oleh para pakar agama; *pertama*, adil dalam arti sama tidak membedakan dalam memutuskan perkara, sebagaimana disebutkan dalam surat an nisa 4:58, *kedua*, adil dalam arti seimbang, surat al Infithar 82: 6-7, Al Mulk 67:67, keseimbangan tidak mengharuskan persamaan kadar dan syarat bagi semua bagian unit masing-masing agar seimbang, tetapi bisa saja satu bagian berukuran kecil atau besar, sedangkan kecil dan besarnya ditentukan oleh fungsi yang diharapkan darinya, *ketiga*, adil dalam hal perhatian terhadap hak-hak individu dan memberikan hak-hak itu kepada setiap pemiliknya; *keempat*, adil yang dinisbatkan kepada ilahi, dalam arti memelihara kewajaran atas berlanjutnya eksistensi, tidak mencegah kelanjutan eksistensi dan perolehan rahmat sewaktu terdapat banyak kemungkinan untuk itu.⁵²

Makna yang terkandung pada konsepsi keadilan Islam ialah menempatkan sesuatu pada tempatnya, membebaskan sesuatu sesuai daya pikul seseorang serta memberikan sesuatu sesuai haknya dengan kadar yang seimbang. Konsep keadilan dalam Islam ini jauh memiliki makna lebih dalam bahkan lebih luas, karena berkenaan dengan tanggung jawab setiap tindakan didasari atas nama Tuhan. Segala

sesuatu akan dipertanggungjawabkan di hadapan Allah swt, sehingga dalam setiap tindakan lebih merasuk ke dalam jiwa, sehingga dalam menjalankannya lebih berhati-hati dan bertanggungjawab. Luasnya makna keadilan menurut Islam mencakup keseluruhan pendapat para ahli hukum tentang keadilan. Konsep keadilan Pancasila yang dianut bangsa Indonesia juga tidak bertentangan bahkan dengan konsep keadilan yang ditawarkan dalam Islam. Sehingga dalam hal ini keadilan dalam Islam dapat digunakan sebagai teori dalam menganalisis penelitian ini.

3. Teori Hukum Alam (Sunnatullah)

Kekayaan intelektual adalah milik dari hasil sang kreator, sehingga apabila terjadi pengambilan atau pemanfaatan tanpa pemberian ganti rugi kepada sang pemilik merupakan suatu tindakan yang tidak dibenarkan secara moral. Hal tersebut biasanya diwujudkan dalam doktrin; *jangan mencuri atau jangan mengambil yang bukan milikmu* (Glenn R. Butterton dalam Agus Sarjono). Doktrin ini oleh al Qur'an diperjelas dalam surat al Baqarah 188:

وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ وَتُدْلُوا بِهَا إِلَى الْحُكْمِ
لِتَأْكُلُوا فَرِيقًا مِّنْ أَمْوَالِ النَّاسِ بِالْإِثْمِ وَأَنْتُمْ تَعْلَمُونَ (١٨٨)

“Dan janganlah sebahagian kamu memakan harta sebahagian harta yang lain di antara kamu dengan jalan yang batil”.

Kendati doktrin ini digunakan oleh rezim HKI (*Intellectual Property Rights*) untuk melindungi hak-hak individual mereka, namun doktrin ini memiliki makna luas sehingga dapat juga digunakan sebagai dasar perlindungan atas hak-hak tradisional milik masyarakat adat. Alasan kuat yang mendukung hal ini adalah pendapat Thomas Aquinas tentang kodrat manusia. Menurut Thomas Aquinas manusia bersifat teleologis, yaitu memiliki kecenderungan yang terarah pada tujuan tertentu. Apa yang dituju itu atau apa yang menjadi orientasi kodrat manusia itu adalah “baik” atau “kebaikan”,⁴⁴

⁴⁴Agus sarjono, *Hak Kekayaan Intelektual dan Pengetahuan Tradisional*, (Bandung: PT

yang dalam hukum Islam dikenal dengan *masalahah*, dengan demikian maka kebaikan (*masalahah*) merupakan nilai-nilai dari kemanusiaan. Selanjutnya Aquinas mengatakan bahwa kebaikan (*goodness*) dan kebahagiaan (*happiness*) sebagai tujuan akhir dari semua tindakan manusia merupakan landasan moral bagi hukum positif.⁴⁵ Melihat hal tersebut maka hukum moral sangat berkaitan dengan hukum positif, artinya hendaknya aturan-aturan yang ada dalam hukum positif berjalan sesuai dengan ajaran-ajaran moral agar tercapai sebuah keadilan yang menjadi tujuan dibuatnya aturan-aturan hukum. Sebab keadilan adalah merupakan perwujudan dari moral tersebut.

Selanjutnya menurut E Sumaryono dalam Agus Sarjono mengatakan bahwa hubungan hukum alam dan hukum positif biasanya dirumuskan dalam bentuk hak.⁴⁶ Salah satu cara seseorang memperoleh haknya adalah melalui kodratnya, yang oleh hukum alam hak ini bersumber dari Tuhan. Selain itu hak dapat diperoleh dengan persetujuan antar individu atau publik yang diatur dalam hukum positif. Melalui teori ini baik hak kodrati maupun hak positif membuka peluang bagi masyarakat adat untuk memiliki serta dilindungi hak atas kreasi tradisional yang dimiliki.

Selanjutnya dalam hukum Islam hukum alam ini dikenal dengan Sunnatullah, yang mana sunnatullah tersebut muncul dari adanya kepercayaan terhadap hukum kausalitas yakni hukum sebab akibat. Penggunaan istilah kausalitas ini memberikan dua pengertian yakni pengertian secara natural dan kultural. Kausalitas tersebut berlaku menurut *adah* sesuatu yang terjadi menurut kelaziman yang bersifat tetap dan pasti dalam bentuk hukum alam dan secara kultural terwujud dalam bentuk budaya yang bersifat universal.⁴⁷ Bagi mereka yang mempercayai hukum kausalitas sebagai sunnatullah, meyakini bahwa pencipta hukum ini adalah Allah sendiri. Allahlah yang

Alumni, 2010), hal. 26

⁴⁵*Ibid hal.27*

⁴⁶Agus Sarjono, *Opcit*, hal.28

⁴⁷Hamka Haq Al Syatibi, *Aspek Teologis Konsep Masalahah dalam Kitab al Muwafaqat* (pen Erlangga: 2007), hal. 136

menciptakan segala sebab dan juga segala akibat. Untuk itu “sebab” dan “akibat” adalah ciptaan Allah, tetapi manusia juga berperan dalam mendatangkan suatu sebab yang dapat menimbulkan suatu akibat.⁴⁸ Sehingga dapat dipahami bahwa di samping ada sebab pertama yakni Tuhan, terdapat juga rentetan sebab selanjutnya yang mana manusia terlibat di dalamnya.

Jika menurut Thomas Aquinas kebaikan (*goodness*) dan kebahagiaan (*happiness*) sebagai tujuan akhir dari semua tindakan manusia merupakan landasan moral bagi hukum positif, maka menurut Syatibi *masalahah* (kebaikan) merupakan tujuan dari syari’at dan memiliki sifat harmoni dan universal. Universalitas *masalahah* hanya akan terwujud jika sejalan dengan universalitas hukum alam dan keharmonisan aturannya. Allah membeberlakukan syari’at dalam keadaan sesuai dengan hukum alam karena syari’at dan alam adalah ciptaanNya dan saling mendukung secara kausalitas bagi terwujudnya bagi kemaslahatan manusia.⁴⁹

Ketika manusia mengolah otaknya untuk berpikir dan menciptakan suatu hasil karya cipta dalam bentuk pengetahuan dan kreasi seni maka menurut sunnatullah Allahlah sebagai penyebab utama manusia memiliki kemampuan tersebut. Dengan kata lain Allah adalah pencipta yang utama.

Hal ini diperjelas dalam firmanNya:

وَاللَّهُ خَلَقَكُمْ وَمَا تَعْمَلُونَ (٩٦)

“Padahal Allah-lah yang menciptakan kamu dan apa yang kamu perbuat itu” (*as-shafat* surat 37 ayat:96)

Perbuatan atau tindakan manusia dalam membuat sebuah karya cipta didorong oleh hasrat untuk berbuat dalam dirinya, yang mana hasrat tersebut diciptakan oleh Tuhan dalam diri manusia untuk memenuhi kebutuhan hidupnya. Contoh, nafsu makan mendorong manusia untuk melepaskan diri dari kelaparan, serta nafsu-nafsu

⁴⁸*Ibid* hal 137

⁴⁹*Ibid* hal. 161

lainnya juga mendorong manusia untuk memenuhi keinginan dan kebutuhan mereka. Masyarakat adat dalam berkarya memiliki hasrat untuk menghasilkan sesuatu yang mana sesuatu tersebut nantinya diharapkan menjadi “hak” milik mereka yang kemudian bertujuan untuk dapat dimanfaatkan dalam melangsungkan kehidupan mereka. Jika dikaitkan dengan hukum moral di atas maka jika sesuatu telah menjadi “hak” seseorang barulah sesuatu itu dapat secara moral dapat dinikmati tanpa harus mengambil hak orang lain. Berkenaan dengan ini maka Allah memerintahkan manusia untuk berbuat dalam mencapai tujuan-tujuan tersebut demi mendapatkan karuniaNya, perintah ini tersurat dalam surat al-Jumu’ah ayat 10, bahwa Allah memerintahkan hambaNya untuk mencari karuniaNya sebanyak mungkin. Jika hasil usaha tersebut dapat diwujudkan maka penyebab utamanya adalah Allah sebagai kausalitas utama dan merupakan penjelmaan dari hukum alam dan ciptaannya.

4. Teori Penghargaan

Teori penghargaan (*reward theory*) ini digunakan sebagai dasar penghargaan kepada seorang pencipta atau kreator dan inventor atas usahanya dalam menghasilkan suatu ciptaan atau temuan.⁵⁰ Penghargaan ini diberikan kepada kreator atau inventor tertentu yang didasari oleh landasan filosofi bahwa seseorang yang menciptakan hasil karya tertentu pastinya membutuhkan pengorbanan baik berupa materi maupun non materi. Sehingga sangatlah wajar jikalau pengorbanan tersebut kemudian diapresiasi dalam sebuah bentuk penghargaan yang diberikan kepada mereka sebagai kreator dan inventor. Teori ini tidak berbeda jauh dengan teori hukum alam (*natural right*) yang digunakan sebagai landasan moral dan filosofis atas tuntutan untuk melindungi kekayaan intelektual. Pendapat lainnya mengatakan bahwa *reward theory* ini menyatakan bahwa para penemu dan pencipta diberikan suatu penghargaan dan pengakuan yang berupa hak eksklusif dan mengeksploitasinya itu guna memperoleh segala sesuatu yang telah ia keluarkan serta

⁵⁰Robert M. Sherwood. 1990, *Intellectual Property and Economic Development*, (Virginia: Alexandria) hal 37.

perlindungan hukum terhadap karya intelektual yang dihasilkan.⁵¹ Penghargaan ini dapat memberi motivasi untuk terus berkarya dan meningkatkan sumber daya bagi kehidupan masyarakat khususnya masyarakat Adat.

Teori inilah kemudian yang memunculkan konsep hak eksklusif bagi kreator ataupun inventor, yang kemudian dipahami sebagai kewenangan pencipta untuk mengumumkan, memperbanyak dan mempublikasikan hasil karyanya atau hasil temuannya kepada khalayak ramai. Di samping itu juga hak eksklusif ini mengandung arti hak untuk memberi atau tidak memberi izin bagi pihak manapun yang berkeinginan untuk mengambil atau memanfaatkan hasil ciptaan atau temuan untuk suatu tujuan tertentu.

Kaitannya dengan perlindungan hukum terhadap Hak Kekayaan Intelektual ini adalah munculnya hak eksklusif yang timbul karena implementasi *reward theory* mempunyai satu fungsi dan tujuan yaitu sebagai sarana untuk melestarikan dan menjaga eksistensi Ekspresi Budaya Tradisional agar berjalan sebagaimana mestinya di samping juga untuk menciptakan suatu kepastian hukum terhadap pengetahuan Ekspresi Budaya Tradisional (EBT)

5. Teori *Benefit Sharing*

Benefit Sharing dalam kamus Bahasa Indonesia diartikan pembagian laba.⁵² Contohnya kerjasama dalam transaksi perdagangan antara pemilik modal dengan pengelola, atau jika dikaitkan dengan Ekspresi budaya Tradisional kerjasama antara masyarakat Adat dengan pemanfaat untuk saling membagi keuntungan dalam pemanfaatan ekonomi atas Ekspresi Budaya Tradisional.

Benefit sharing mengandung suatu makna adanya pembagian keuntungan yang seharusnya diperoleh oleh para pihak yang terlibat dalam tercapainya tujuan yang disepakati bersama⁵³,

⁵¹Rooseno Harjowidigdo, 2005, *Perjanjian Lisensi Hak Cipta Musik dalam Pembuatan Rekaman* (Jakarta: Perum Percetakan Negara RI) hlm 34.

⁵²Pusat Bahasa Departemen Pendidikan Nasional, *Kamus Besar Bahasa Indonesia*, (Jakarta: Balai Pustaka, 2007), hal. 86

⁵³Djulaeka, *Konsep Benefit Sharing Sebagai Upaya Perlindungan Dan Pemanfaatan*

dalam hal pemanfaatan Ekspresi Budaya Tradisional. Teori *Benefit Sharing* ini sering digunakan oleh para ahli ekonomi sebagai bentuk pengembangan ekonomi, akan tetapi dalam bidang hukum khususnya di bidang HKI para ahli menggunakannya dalam membahas tentang tawaran bagi keuntungan dalam pemanfaatan kekayaan tradisional milik komunal baik itu berupa Indikasi geografis, Pengetahuan Tradisional maupun Ekspresi Budaya Tradisional.

Hal ini juga berangkat dari pemahaman bahwa karya intelektual manusia itu merupakan suatu alat untuk meraih dan mengembangkan nilai-nilai ekonomi. Teori ini menunjukkan hasil kreasi manusia diibaratkan menjadi benda sehingga hal ini bisa dimanfaatkan untuk mengembangkan nilai-nilai ekonomi seseorang.

Melalui teori-teori inilah muncul suatu konsep perlindungan hukum terhadap ciptaan yang telah dilahirkan dari seorang penciptanya. Bisa dilakukan melalui perlindungan hak ekonominya atau perlindungan dalam hak moral atau juga bahkan keduanya. Perlu adanya perlindungan tersebut dilakukan untuk menjamin eksistensi dari sebuah ciptaan yang sudah terlahir tersebut. Oleh karena itu berdasarkan teori-teori tersebut maka perlu dilakukan sebuah upaya untuk memproteksi hasil karya ciptaan dengan melalui satu sarana atau satu konsep tertentu.⁵⁴ Seperti konsep kerjasama yang dibangun dengan baik antara masyarakat Adat dengan pengguna atau pemanfaat Ekspresi Budaya Tradisional (EBT), agar terjadi keseimbangan sehingga rasa keadilan terpenuhi dengan baik.

6. Teori *Maqashid Al Syari'ah*

Teori *maqashid al syari'ah* (tujuan penetapan hukum) adalah salah satu teori yang sangat penting dalam kajian hukum Islam, sehingga dalam menetapkan hukum para mujtahid harus menguasai teori ini secara mendalam. *Maqashid al syari'ah* terdiri dari dua kata, *maqashid* dan *syari'ah*. Kata *maqashid* merupakan bentuk jamak dari *maqshad*

Traditional Knowledge Di Indonesia, *Rechtidee* Jurnal Hukum, Vol. 9, No.1 Juni 2014

⁵⁴Arif Lutviansori, *Hak Cipta Dan Perlindungan Folklor di Indonesia*, Graha Ilmu, Yogyakarta, 2010, hlm. 16.

yang berarti maksud dan tujuan. Sedangkan syari'ah mempunyai pengertian hukum-hukum Allah yang ditetapkan untuk manusia agar dijadikan sebagai pedoman untuk mencapai kebahagiaan hidup di dunia maupun di akhirat, dengan demikian *Maqashid al Syari'ah* adalah tujuan-tujuan yang hendak dicapai dari suatu penetapan hukum.⁵⁵

Allah Swt sebagai syari' (yang menetapkan hukum) tidak mungkin menciptakan hukum dan aturan tanpa memiliki maksud dan tujuan tertentu. Adapun tujuan ditetapkannya syari'at ini adalah untuk mewujudkan kebaikan sekaligus menghindari keburukan, yang seringkali disebut juga dengan *maslahat*. Intinya bahwa dalam pencapaian *maqashid al syari'ah* ini adalah untuk *kemaslahatan* manusia dengan menjamin kebutuhan pokoknya (*dharuriyah*) dan memenuhi kebutuhan sekunder (*hajiyyah*) serta kebutuhan pelengkap (*tahsiniyah*) mereka.⁵⁶ Selanjutnya pencapaian *maslahat* melalui tiga unsur tersebut dicapai melalui cara menjaga lima kebutuhan pokok manusia dalam kehidupannya yaitu memelihara agama, jiwa, akal, keturunan dan harta, yang dalam konteks kekinian telah mengalami perkembangan seperti penambahan pada konteks perlindungan jiwa dan kehormatan menjadi Hak Asasi Manusia, serta memelihara lingkungan/ekologi (*Hifdzul Bi'ah*).

Adapun hal yang bersifat *dharury* (*primer*), yaitu sesuatu yang menjadi pokok kebutuhan kehidupan manusia, dan wajib ada. Sedangkan yang bersifat *haji* (*sekunder*), ialah sebagai penopang kebutuhan *primer* agar menjadi lebih ringan dan lapang, dan tidak membawa manusia terjatuh dalam kesempitan dan *tahsini* (*tersier*) yaitu sesuatu yang dituntut oleh norma dan tatanan hidup serta berperilaku, walaupun tidak bersifat pokok dan hanya merupakan pelengkap saja namun dapat menuntun pada kesejahteraan hidup manusia.⁵⁷ Ketiga unsur tersebut dalam penetapan hukum hendaknya

⁵⁵Asafri Jaya, *Konsep al Syari'ah Menurut al Syatibi* (Jakarta:PT. Raja Grafindo Persada, 1996) hal.5

⁵⁶Lihat Abdul Wahhab Khallaf, *Kaidah-kaidah Hukum Islam (Ilmu Ushul Fiqh)* (Jakarta: PT. Raja Grafindo Persada, 1994), hal. 329

⁵⁷*Ibid* hal 332-333

saling melengkapi berdasarkan urutannya. Sehingga ketika semua unsur telah terpenuhi maka akan tercipta hukum yang mampu melindungi serta memberikan kemaslahatan bagi masyarakat.

Ketetapan syari'at (hukum) melalui metode *maqashid al syari'ah* ini hendaknya bersifat adil, berisi rahmat serta mengandung hikmah. Jika tidak maka *kemaslahatan* tidak akan dapat tercapai. Banyaknya persoalan umat Islam yang semakin kompleks tidak dapat terelakkan. Hal ini terjadi di sebabkan adanya perubahan-perubahan sosial dalam masyarakat sehingga menuntut hukum Islam untuk bersifat lebih fleksibel di dalam menyelesaikan kasus-kasus tersebut.

Teori *Maqashid al Syari'ah* merupakan suatu teori dengan pendekatan yang paling sesuai untuk menyelesaikan setiap persoalan-persoalan yang berkembang tersebut. Hal ini akan menjawab pertanyaan bahwa al Qur'an dan sunnah sebagai wahyu yang telah diturunkan berabad-abad yang lalu selalu kontekstual dengan kondisi saat ini. Maka teori ini menjadi penting untuk melakukan pendekatan dalam menganalisis persoalan-persoalan baru terkait dengan hukum Hak Kekayaan Intelektual khususnya tentang hak cipta terhadap Ekspresi Budaya Tradisional (EBT) milik masyarakat Adat.

Secara etimologis kata tujuan diartikan sebagai "arah atau sasaran yang hendak dicapai". Beberapa tujuan hukum yang dilontarkan oleh para ahli hukum di antaranya Subekti mengemukakan bahwa hukum itu mengabdikan pada tujuan negara yang intinya ialah mendatangkan kemakmuran dan kebahagiaan rakyatnya. Pengabdian tersebut dilakukan dengan cara menyelenggarakan "keadilan" dan "ketertiban". L.J. Apeldoorn dalam bukunya "*Inleiding tot the studie van het Netherlanse recht*" menyatakan bahwa tujuan hukum adalah mengatur tata tertib dalam masyarakat secara damai dan adil. Selanjutnya dia mengatakan bahwa untuk mencapai kedamaian hukum harus diciptakan masyarakat yang adil dengan mengadakan perimbangan antara kepentingan yang bertentangan satu sama lain, dan setiap orang harus memperoleh (sedapat mungkin) apa yang menjadi haknya. Teori ini merupakan

jalan tengah antara dua teori tujuan hukum yakni teori etis dan teori utilitis Aristoteles dalam bukunya “Rhetorica” tujuan hukum menghendaki keadilan semata-mata dan isi dari pada hukum ditentukan oleh kesadaran etis mengenai apa yang dikatakan adil dan apa yang tidak adil. Pengabdian tersebut dilakukan dengan cara menyelenggarakan “keadilan” dan “ketertiban”. Melihat beberapa aspek dari tujuan hukum yang telah diuraikan tersebut maka dalam penetapan hukum hendaknya mengarah pada hukum yang di cita-citakan masyarakat. Sebab jika hukum sudah tidak sesuai dengan cita hukum, maka hukum akan menjadi kehilangan makna.

Sedangkan Jeremy Bentham sendiri dalam bukunya “*introduction to the morals and legislation*” mengatakan bahwa hukum bertujuan semata-mata apa yang berfaedah bagi orang.⁵⁸ Teori ini sepaham dengan teori utilities bahwa hukum hendaknya memberikan faedah sebanyak-banyaknya bagi orang lain.

Selain itu tujuan hukum seperti yang diungkapkan oleh para ahli seperti Wiryo Projo Diriko adalah mengadakan keselamatan, kebahagiaan dan tata tertib dalam masyarakat. Masing-masing anggota masyarakat mempunyai kepentingan yang beraneka ragam. Wujud dan jumlah kepentingannya tergantung pada wujud dan sifat kemanusiaan yang ada di dalam tubuh para anggota masyarakat masing-masing, Hawa nafsu masing-masing menimbulkan keinginan untuk mendapatkan kepuasan dalam hidupnya sehari-hari dan berusaha supaya segala kepentingannya terpelihara dengan sebaik-baiknya.⁵⁹ Pemenuhan keinginan masing-masing individu yang berbeda ini dapat menimbulkan gesekan-gesekan yang mengakibatkan ketidak harmonisan dalam masyarakat. Setiap orang akan berlomba-lomba untuk memenuhi keinginan mereka masing-masing dengan berbagai cara. Kondisi seperti ini dapat menimbulkan keguncangan-keguncangan, maka fungsi hukumlah

⁵⁸Soeroso, *Pengantar Ilmu Hukum* (Jakarta:Sinar Grafika, 2015), hlm 56-58

⁵⁹R. Wiryo Projo Diriko, *Perbuatan Melanggar Hukum* (Bandung: sumur 1994), hlm 13

untuk mengatur terciptanya keselamatan, kebahagiaan serta tata tertib dalam masyarakat tersebut.

Sedangkan cita hukum oleh Radhbruch dikemas melalui tiga aspek yakni kepastian hukum, kemanfaatan dan keadilan.⁶⁰ Masyarakat dalam menjalankan kehidupannya memiliki kepentingan yang berbeda-beda, dan untuk memenuhi kepentingan-kepentingan tersebut tidak menutup kemungkinan akan terjadi benturan-benturan dalam memperolehnya. Terhadap terjadinya benturan-benturan tersebut negara sebagai sebuah institusi adalah sarana yang tepat dan dapat digunakan untuk mencapai kehidupan yang lebih baik.⁶¹ Untuk itu maka negara hendaknya dalam menertibkan masyarakat hendaknya memenuhi aspek-aspek dari tujuan hukum itu sendiri.

Sedangkan menurut para ahli hukum Islam, tujuan Allah membentuk hukum Islam adalah untuk kemaslahatan manusia, baik di dunia maupun di akhirat.⁶² Beberapa ayat yang diturunkan Allah yang berkaitan dengan hal tersebut antara lain; surat Al-anbiya' (21) ayat 107

وَمَا أَرْسَلْنَاكَ إِلَّا رَحْمَةً لِّلْعَالَمِينَ (١٠٧)

“dan tidaklah kami mengutus kamu, melainkan untuk (menjadi) rahmat semesta alam”.

Ayat tersebut menjelaskan bahwa sesungguhnya hukum Islam tersebut membawa rahmat bagi kehidupan alam semesta termasuk di dalamnya manusia. Hal yang dikatakan rahmat apabila mendatangkan kemaslahatan bagi kehidupan baik dunia maupun akhirat.

⁶⁰Faisal, *Ilmu Hukum Sebuah Kajian Kritis, Filsafat, Keadilan dan Tafsir*, (Yogyakarta:Thafa Media, 2015), hlm. 46

⁶¹Peter Mahmud Marzuki, *Pengantar Ilmu Hukum*, (Jakarta:Pernamedia Group, 2008). Hlm.95

⁶²Zainuddin Ali, *Hukum Islam Pengantar Hukum Islam di Indonesia*, (Jakarta: Sinar Grafika, 2008). hlm. 17

Melihat hal tersebut maka konsep hukum yang ditawarkan dalam Islam tidaklah sama dengan konsep hukum pada umumnya. Jika kita mengenal hukum selama ini adalah konsep yang didukung oleh sanksi yang ditegakkan secara paksa oleh yang berkuasa, maka dalam hukum Islam cakupannya lebih luas lagi yakni meliputi kaedah keagamaan maupun kaedah kesusilaan dan sosial. Sehingga dalam memaknai hukum Islam hendaknya tidak terjebak hanya pada kumpulan peraturan hukum konkret dalam lingkup fiqih.

Untuk memenuhi kebutuhan solusi dari persoalan-persoalan hukum yang berkembang dalam masyarakat maka dibutuhkan ijtihad kembali untuk membentuk hukum baru sesuai dengan kondisi zaman yang baru pula. Selanjutnya untuk menemukan relevansi hukum yang sesuai terhadap terjadinya perubahan zaman tersebut, maka dalam asas hukum Islam ditegaskan bahwa tidak diingkari adanya perubahan hukum karena adanya perubahan zaman. Atas dasar tersebut maka hukum Islam hendaknya dipahami tidak hanya sebagai kumpulan peraturan konkret zaman lampau, namun dapat dilihat sebagai asas-asas umum dan nilai-nilai universal yang dapat terkondisikan dengan zaman apapun. Sehingga di Indonesia sendiri hukum Islam menjadi salah satu sumber pengembangan hukum nasional selain hukum adat dan hukum barat.

Melihat hal tersebut, maka pada kondisi ini konsep *maqashid al syari'ah* (tujuan penetapan hukum) menawarkan suatu konsep dalam penetapan hukum yang sangat fleksibel dan dapat dengan mudah diterima sesuai dengan perkembangan zaman. Jika dikaitkan dengan tujuan hukum Islam sebagai *rahmatan lil alamin*, maka dalam mewujudkan rahmat tersebut hendaknya bermuara pada kemaslahatan ummat. Tujuan kemaslahatan ini diharapkan dapat memberikan kesejahteraan terhadap keberlangsungan hidup bagi masyarakat Adat.

Kemaslahatan sebagai tujuan dari *maqahsid al syari'ah* dapat diwujudkan dengan memelihara lima hal pokok yakni, memelihara agama, jiwa, akal, keturunan dan harta. Pemeliharaan lima pokok

ini dilakukan melalui *taklif*⁶³ yakni perintah untuk berbuat, larangan untuk berbuat dan izin untuk berbuat yang harus dipatuhi oleh setiap umat Islam. Pemeliharaan dan perwujudan kelima pokok tersebut juga dilakukan berdasarkan skala prioritas. Ada tiga kategori tujuan hukum Islam berdasarkan prioritas yakni, berdasarkan kebutuhan *dharuriyat* (primer), *hajiyat* (sekunder), dan *tahsiniyat* (tersier).

Pelaksanaan ketiga kategori tersebut dijalankan berdasarkan ketetapan dan hukum yang telah ditetapkan oleh Allah melalui sumber-sumber hukum yakni *alqur'an* (kitab suci), *al hadits* (sunnah nabi) dan *ar ra'yu* (penalaran). Kesemuanya itu merupakan upaya pengaturan dengan tujuan kemaslahatan manusia dalam meraih kebahagiaan, kesejahteraan serta keadilan, yang oleh negara kita tercermin dalam sila keadilan sosial bagi seluruh rakyat Indonesia.

Intinya bahwa dalam pencapaian *maslahat* sebagai tujuan hukum tidak boleh merugikan orang lain dan tidak pula dirugikan oleh orang lain. Artinya bahwa setiap orang harus mendapatkan manfaat dalam penetapan suatu hukum, sehingga nampak kehidupan yang selalu beruntung dan memperoleh manfaat. Kendati para ulama berbeda dalam menentukan kriteria batasan-batasan kemaslahatan namun mereka sepakat dalam mendefinisikan *maslahat* pada sisi kemanfaatan, hal ini diuraikan oleh al Buti dalam Amir Muallim bahwa *maslahat* adalah; “*kemanfaatan yang sengaja diperuntukkan kepada manusia oleh Allah (pembuat syari'ah) dalam rangka memelihara agama, jiwa, akal, keturunan, dan harta benda berdasarkan prioritas tertentu*”.⁶⁴

Konsep manfaat dalam definisi tersebut menurut al Buti berarti kenikmatan sebagai pemeliharaan agama, jiwa, akal, keturunan, serta harta benda dalam mencapai *kemaslahatan*. Intinya bahwa hukum Islam memiliki tujuan untuk kemaslahatan manusia dan tidak terdapat satupun hukum yang di *syari'atkan* melainkan bertujuan

⁶³Hukum *taklif* dikenal juga dengan sebutan *al ahkam al khamsah*, yaitu kaidah yang dijadikan patokan untuk mengukur perbuatan manusia baik di bidang ibadah maupun muamalah

⁶⁴Amir Muallim & YUSDANI, *Konfigurasi Pemikiran Hukum Islam*, (Yogyakarta: UII Press Indonesia, 2001), hal.37

untuk kemaslahatan di dalamnya. Jika sebelumnya di jelaskan bahwa syari'ah merupakan hukum-hukum ketetapan Allah yang harus dipedomani oleh manusia untuk mencapai kebahagiaan dunia dan akhirat, maka dalam *maqashid al syari'ah* sebagai makna *al-syari'* mengandung empat aspek yaitu; *pertama*, tujuan amal dan syari'ah adalah kemaslahatan manusia di dunia dan akhirat. Ini berkaitan dengan muatan dan hakekat *maqashid al syari'ah*; *kedua*, syari'ah sebagai sesuatu yang harus dipahami sehingga dicapai kemaslahatan yang di kandunginya; *ketiga*, syari'at sebagai suatu hukum *taklif* yang harus dilakukan, *keempat* tujuan syari'at adalah membawa manusia ke bawah naungan hukum Allah.⁷⁴

Jika dicermati konsep *maqashid al Syari'ah* di atas mengandung makna dan unsur-unsur yang mendalam, sehingga perintah dalam menjalankan hukum-hukum tersebut tidak semata menjalankan aturan-aturan konkret pada peraturan yang ditetapkan dalam sebuah peraturan yang disusun oleh manusia, baik berupa aturan konkret dalam bentuk fiqh maupun undang-undang. Akan tetapi di dalamnya juga terdapat tanggungjawab moral bagi manusia kepada Tuhannya, sehingga aturan-aturan tersebut telah menyatu dalam jiwa seseorang dan sulit untuk mengingkarinya. Maka seyogyanya segala bentuk aturan yang bertujuan sebagai kemaslahatan umat khususnya dalam bentuk perlindungan hukum terhadap masyarakat oleh negara hendaknya tidak menyimpang dari hakikat dari tujuan di buatnya hukum itu sendiri.

Artinya bahwa dalam konsep ini masyarakat Adat sebagai warga negara hendaknya dilindungi hak-haknya khususnya hak moral dan hak ekonomi mereka atas kekayaan intelektual mereka berupa Ekspresi Budaya Tradisional yang mereka miliki. Terjadinya penyalahgunaan (*missappropriation*) baik berupa pembajakan (*piracy*) ataupun pencurian dapat mendatangkan kerugian bagi masyarakat adat, hal ini jelas bertolak belakang dengan tujuan hukum (*maqashid al syari'ah*).

Melihat persoalan yang terjadi pada lemahnya perlindungan hukum atas Ekspresi Budaya Tradisional milik masyarakat adat, maka

sangat relevan jika di analisis melalui konsep *Maqashid Al Syari'ah*. Jika konsep *maqashid al syariah* menurut beberapa ulama seperti al Gazali, at- Thufi, as Syatibi dan lainnya yang mengatakan bahwa dalam pencapaiannya dapat dilakukan dengan tingkatan prioritas secara hirarki sesuai kebutuhan serta masih pada persoalan-persoalan yang bersifat individu, maka dalam perkembangannya Jasser Auda menawarkan konsep *maqashid* dengan konsep yang bersifat lebih luas yakni tidak hanya menyangkut persoalan individu namun juga persoalan-persoalan menyangkut keluarga, kelompok dan masyarakat. Selain itu penetapan dalam *maqashid* dalam tawaran Jasser Auda tidak dilakukan dengan tingkatan hierarki, yakni mendahulukan kebutuhan primer terlebih dahulu baru sekunder dan tersier, akan tetapi Auda menempatkan ketiga unsur ini dengan relasi hubungan kebutuhan yang saling menopang baik antara kebutuhan primer, sekunder dan tersier. Penjelasan tentang ini akan diuraikan pada bab-bab berikutnya. Adapun konsep *Maqashid al Syari'ah* yang mengutamakan *kemaslahatan* ini ke depan diharapkan mampu memberikan solusi bagi persoalan-persoalan hukum dalam masyarakat setidaknya dapat menjadi sumbangsih pemikiran bagi penetapan hukum yang lebih baik

7. Teori Eksistensi

Sebagai agama yang syarat dengan universalitas tentu Islam hadir bukan hanya bagi kalangan tertentu dan wilayah tertentu. Selain itu, Islam juga bukan sebuah agama yang hadir di ruang hampa tanpa berpikir kondisi yang mengitarinya. Akan tetapi ia hadir membawa misi *rahmatan lil alamin* (rahmat bagi semesta alam).⁶⁵ Misi inilah yang kemudian mengharuskan Hukum Islam untuk terus berkembang menjawab segala persoalan hukum dalam kondisi, waktu dan tempat yang selalu berubah. Untuk menjawab persoalan-persoalan hukum yang ada hukum Islam berusaha mencari format terbaik melalui teori-teori yang dapat dikembangkan dalam memberikan jawaban atas setiap persoalan hukum yang ada.

⁶⁵ Sanuri, *Teologi Hukum Islam dan Tren Modernitas*, (Surabaya, Imtiyaz, 2017), hal. 153

Meihat perjalanan panjangnya di Indonesia, terdapat beberapa teori yang dikenal dalam Hukum Islam antara lain; teori *Kredo* atau *Sahadat*, teori *Receptio in Complexu*, teori *Receptie*, teori *Receptie Exit*, teori *Receptie a Contario*, dan teori eksistensi. Penjelasan dari beberapa teori tersebut yakni; 1. *Teori Kredo* atau *sahadat*, teori ini menyatakan bahwasanya pelaksanaan hukum Islam harus dijalankan bagi mereka yang telah mengikrarkan dua kalimah sahadat sebagai konsekuensi logis dari pengucapan sahadat.⁶⁶ 2. *Teori Receptio In Complexu*, teori ini dipelopori oleh L.W.C. van den Berg yang mengatakan bahwa bagi orang Islam berlaku penuh hukum Islam sebab dia telah memeluk agama Islam walaupun dalam pelaksanaannya terdapat penyimpangan-penyimpangan. Berdasarkan teori inilah kemudian pada tahun 1882 pemerintah Hindia Belanda mendirikan Peradilan Agama. 3). *Teori Receptie*, teori ini mengatakan bahwa hukum Islam dapat diberlakukan sepanjang tidak bertentangan dengan hukum adat.⁶⁷ Teori ini dikembangkan oleh Van Vollenhoven dan Snouck Hurgronje, di mana teori ini adalah menentang teori sebelumnya. 4). *Teori Receptie Exit*, teori ini dikembangkan oleh Hazairin setelah kemerdekaan untuk menentang teori *receptie*, Hazairin berpendapat bahwa segala hal yang bertentangan dengan UUD 45 dan hukum Islam harus keluar (*exit*) dan tidak boleh diberlakukan lagi. 5). *teori Receptie a Contario*, teori ini mengatakan bahwa hukum adat baru berlaku kalau tidak bertentangan dengan hukum Islam.⁷⁸ 6). *Teori eksistensi*, teori ini muncul sebagai kelanjutan dari teori *receptie exit* dan *teori receptive a contrario*. Teori ini menerangkan tentang adanya hukum Islam dalam hukum nasional Indonesia.

Teori *eksistensi* ini menjelaskan bahwa hukum Islam itu eksis yatiu;⁶⁸ (1) Ada, dalam arti sebagai bagian integral dari hukum nasional Indonesia; (2) Ada, dalam arti kemandiriannya yang diakui,

⁶⁶Muhammad Khotibul Umam, *Teori Eksistensi Hukum Islam Di Indonesia*, <http://umamkhotibul400.blogspot.com/2012/07/teori-eksistensi-hukum-islam-di.html>, di akses tanggal 15 Juli 2018

⁶⁷Sajuti Thalib, *Receptie A Contrario*, (Jakarta: PT. Bina Aksara, 1982), hal. 16 ⁷⁸ Ibid. hal. 21

⁶⁸Mardani, *Hukum Islam Pengantar Hukum Islam Indonesia* (Yogyakarta: Pustaka Pelajar 2015), hal. 171-172

adanya kekuatan dan wibawanya, dan diberi status sebagai hukum nasional, (3) Ada, dalam arti hukum nasional dan norma hukum Islam yang berfungsi sebagai penyaring bahan-bahan hukum nasional di Indonesia; (4) Ada, dalam arti sebagai bahan utama dan unsur utama.

B. Kerangka Konseptual

1. Konsep Hak Kekayaan Intelektual

a. Pengertian Hak Kekayaan Intelektual

Istilah Hak Kekayaan Intelektual merupakan terjemahan dari istilah *Intellectual Property Rights* di mana istilah ini merupakan rangkaian dari dua kata yakni *Intellectual* dan *property*. *Property* dapat diartikan sebagai kekayaan yang berupa hak yang mendapat perlindungan hukum di mana orang lain dilarang menggunakan hak tersebut tanpa izin pemiliknya.⁶⁹Sedangkan *Intellectual* berkaitan dengan hasil cipta dan daya pikir yang dibentuk melalui karya cipta baik dalam bentuk seni maupun pengetahuan, atau dengan kata lain kegiatan intelektual berdasarkan daya cipta dan daya pikir dalam bentuk ekspresi ciptaan serta seni dan ilmu pengetahuan serta dalam bentuk penemuan (*invention*) sebagaimana immaterial.⁷⁰Menurut Oran's *dictionary of the law intellectual property* diartikan sebagai berikut "*intellectual property or similar intangible right in an original tangible or perceivable work. The right obtain a copyright, patent etc*"⁷¹.

Pengertian di atas masih berupa gambaran yang sangat umum karena hanya menyebutkan bentuk HKI sehingga sulit untuk melihat gambaran jelas mengenai apa itu HKI.

Beberapa pendapat lain tentang HKI yang lebih jelas di antaranya adalah dalam pengertian ini HKI di gambarkan sebagai segala sesuatu yang diciptakan dan dapat berguna serta memiliki nilai ekonomis. Itu artinya bahwa hal-hal yang diciptakan tersebut

⁶⁹Ridwan Khairandy, *Pokok-pokok Hukum Dagang Indonesia* (Yogyakarta: FH UII Press, 2013), hal.423

⁷⁰*ibid*

⁷¹Daniel Oran J.D, et all, *Dictionary of The Law, Third Edition*, west legal studies, Hal 253

dapat berupa benda materil ataupun immateril (intelektual) yang berupa penemuan-penemuan baru berupa ilmu pengetahuan baik yang modern maupun bersifat tradisional.

Hal ini didukung oleh Pendapat lain bahwa Hak Kekayaan Intelektual itu adalah hak kebendaan, hak atas sesuatu benda yang bersumber dari hasil kerja otak, hasil kerja rasio. Hasil dari pekerjaan rasio manusia yang menalar, hasil kerjanya itu berupa benda immateril.⁷² Karya-karya intelektual tersebut, apakah di bidang ilmu pengetahuan, ataukah seni, sastra, atau teknologi, dilahirkan dengan pengorbanan tenaga, waktu dan bahkan biaya. Adanya pengorbanan tersebut menjadikan karya yang dihasilkan menjadi memiliki nilai. Apabila ditambah dengan manfaat ekonomi yang dapat dinikmati, nilai ekonomi yang melekat menumbuhkan konsepsi *property* terhadap karya-karya intelektual tadi.⁷³ Jadi yang dilindungi dalam HKI adalah hak seseorang terhadap benda yang diciptakannya berdasarkan hasil kerja otaknya, bukan benda itu sendiri dengan kata lain bahwa seorang pencipta memiliki hak ekonomi serta hak moral terhadap hasil karya ciptanya, yaitu hak untuk mendapatkan keuntungan secara ekonomis atas apa yang telah diciptakannya serta hak moral berupa pencantuman nama terhadap benda yang dihasilkannya.

Adapun hak-hak ekonomis yang dimaksud antara lain meliputi;⁷⁴

1. Hak reproduksi penggandaan (*reproduction right*)
2. Hak adaptasi (*adaptation right*)
3. Hak distribusi (*distribution right*)
4. Hak pertunjukan (*public performance right*)

⁷²OK Saidin, *Aspek Hukum Hak Kekayaan Intelektual*, (Jakarta: PT. RajaGrafindo Persada, 2007), hal 9.

⁷³Bambang Kesowo dan Rachmadi Usman, *Hukum Atas Kekayaan Intelektual*, (Bandung: Alumni, 2003. Hal 3.

⁷⁴ Yusran Isnaini, *Buku Pintar HKI Tanya Jawab seputar Hak Kekayaan Intelektual*, (Bogor: Ghalia Indonesia, 2010), hal.9

5. Hak penyiaran (*broadcasting right*)
6. Hak pinjam masyarakat (*publik lending right*)

Dalam ilmu hukum HKI masuk ke dalam golongan dari harta kekayaan khususnya hukum benda (*zakenrecht*). Dalam hal ini pengetahuan adalah sebagai benda yang tidak terwujud (immateriil) sebagai obyek dari hukum tersebut. Maksud dari hak kebendaan ini adalah hak mutlak atas suatu benda di mana hak itu memberikan kekuasaan langsung (untuk berbuat atau tidak berbuat suatu) terhadap suatu benda dan dapat dipertahankan terhadap siapapun juga.⁷⁵ Hal ini diperkuat oleh rumusan benda sebagaimana dicantumkan dalam pasal 499 Kitab Undang-undang Hukum Perdata yang berbunyi “menurut paham Undang-undang yang dinamakan benda ialah tiap-tiap barang dan tiap-tiap hak yang dapat dikuasai oleh hak milik”⁷⁶. Melihat pasal tersebut dapat dijabarkan bahwa benda yang dimaksud adalah setiap yang berupa barang (benda materil) yang dapat dilihat dan dirasakan oleh panca indera seperti rumah, tanah, kendaraan, dan lain sebagainya serta benda yang dapat berupa hak (benda immateriil) seperti hak tagih, hak jaminan dan hak kekayaan intelektual. Dengan demikian perlindungan HKI sebagai benda immateriil terpisah dengan perlindungan terhadap benda yang dilekatkan HKI tersebut. Seperti misalnya lagu yang dilindungi oleh hak cipta terpisah perlindungan hukumnya dengan *compact disc* (CD) yang memuat lagu tersebut.

Dimensi lain dari pengertian HKI ditemukan dalam perjanjian TRIPs, HKI diartikan sebagai “*the right (of creators) to prevent others from using their inventions, designs, or other creations*”⁷⁷. Pengertian yang diberikan oleh perjanjian TRIPs ini lebih menitikberatkan pada sifat kepemilikan HKI yang “absolut dan mutlak” yakni hak eksklusif yang diberikan oleh negara kepada pencipta, inventor, pendesain

⁷⁵Komariah, *Hukum Perdata*, (Malang: UPT. Universitas Muhamadiyah 2010), hlm. 92

⁷⁶R. Soebekti dan R. Tjiptosordibiyo, *Kitab Undang-undang Hukum Perdata*, (Jakarta: Pradnya Paramitha, 2005), hlm.157.

⁷⁷Publikasi WTO, http://wto.org/english/thewto_e/whatis_e/tif_e/agrm6_e.htm diunduh 28 Februari 2015

ataupun penemuan lainnya untuk menguasai sendiri ataupun memberikan hak kepada pihak lain untuk memanfaatkan ciptaan, invensi, desain, ataupun penemuan lainnya. Sehingga pemilik HKI memiliki keleluasaan untuk menguasai, memanfaatkan atau bahkan mengalihkan HKI yang dimiliki kepada pihak lain yang dikehendaki selama tidak bertentangan dengan peraturan perundang-undangan, kesusilaan ataupun ketertiban sosial.

Menurut *World Intellectual Property Right Organization* (WIPO) “hak milik intelektual merujuk pada hasil karya dari pemikiran, penemuan, karya artistik dan sastra dan simbol, nama, citra, dan desain yang digunakan dalam perniagaan”. Sehingga secara faktual HKI merupakan satu sistem pemberian perlindungan hukum bagi karya-karya intelektual yang mencakup jangkauan yang luas, dari pengetahuan tradisional sampai program komputer dan internet di era bisnis digital saat ini.⁷⁸

Meskipun istilah “HKI” merupakan istilah yang relatif “mutakhir” namun tidaklah sulit untuk menemukan kehadirannya dalam kehidupan nyata karena pada dasarnya segala yang berwujud “penemuan” adalah bentuk dari HKI. Kekayaan intelektual telah ada sejak manusia berada di bumi dan penemuan itu terus berkembang mulai dari penemuan-penemuan yang bersifat tradisional sampai yang bersifat modern seperti alih teknologi.

Pemanfaatan HKI saat ini lebih condong bagi kepentingan dunia bisnis yang syarat dengan nilai ekonomis, dimana perusahaan-perusahaan berlomba-lomba untuk mencari dan menemukan kekayaan intelektual sebagai bagian dari aset perusahaan mereka. Dapat dilihat bagaimana perusahaan-perusahaan multinasional dapat berkembang pesat dikarenakan mereka memanfaatkan penuh HKI yang mereka kuasai.⁷⁹

⁷⁸Abdul R Saliman et al, *Hukum Bisnis untuk Perusahaan*, (Jakarta: Kencana Prenada Media Group, 2006). hlm 153.

⁷⁹Pada kondisi seperti ini Ekspresi Budaya Tradisional (EBT) milik masyarakat adat seringkali dimanfaatkan oleh pihak-pihak yang tidak bertanggungjawab demi meraih keuntungan sepihak. Hal ini mudah terjadi karena perlindungan terhadap PTEBT sangat lemah, kondisi ini pula yang menyebabkan masyarakat adat tidak mendapatkan tempat

Uraian di atas memberikan gambaran bagaimana HKI memegang peranan pokok dalam dunia bisnis, sebuah petunjuk yang menandakan bahwa “*intellectual property rights are assets of unquantifiable value and produce billions of dollars for their owners*”⁸⁰. Sehingga secara singkat dapat disimpulkan bahwa HKI merupakan hak yang diberikan atas hasil pemikiran kreatif atau inovasi umat manusia.

b. Penggolongan Hak Kekayaan Intelektual (HKI)

Keberadaan HKI saat ini sudah semakin berkembang, hal ini disebabkan karena selain berkenaan dengan persoalan hukum HKI bertautan juga dengan persoalan-persoalan di bidang lain seperti kesenian, sosial budaya, komunikasi, ekonomi, dan lain sebagainya.

Menurut *World Intellectual Property Right Organization* (WIPO), HKI digolongkan menjadi 2 bentuk yaitu:

1. Hak Kekayaan Industrial (*Industrial Property Rights*)
2. Hak cipta (*copyrights*)

Dua kelompok besar tersebut antara lain:⁸¹

1. Hak Kekayaan Industrial (*Industrial Property Rights*) terdiri atas:
 - a. Invensi
 - b. Merek
 - c. Desain industri
 - d. Desain tata letak sirkuit terpadu
 - e. Rahasia dagang
 - f. Varietas tanaman
2. Hak Cipta (*copyright*) dan hak terkait (*neighboring right*)
 - a. Pelaku
 - b. Produser rekaman suara
 - c. Lembaga penyiaran

untuk bersaing secara ekonomi terhadap hak cipta milik mereka.

⁸⁰*Ibid*

⁸¹Eddy Damian, *Hukum Hak Cipta*, (Bandung: PT Alumni, 2005), hal.30

Sedangkan menurut persetujuan TRIPs yang dimaksud dengan HKI adalah semua kekayaan Intelektual yang terdiri dari:

1. Hak cipta dan hak-hak terkait lain (*neighboring rights*)
2. Merek dagang
3. Indikasi geografis
4. Desain produk industri
5. Paten
6. Desain *lay-out* (topografi) dari rangkaian elektronik terpadu
7. Perlindungan terhadap informasi yang dirahasiakan

Hak Kekayaan Intelektual memiliki sifat global dengan cakupan ruang lingkup yang sangat luas. Oleh karena itu dalam pengaturannya hak kekayaan intelektual tidak hanya terbatas pada norma hukum yang dikeluarkan oleh satu negara tertentu, tetapi juga terikat pada norma-norma hukum internasional yang mana hukum ini selalu berkembang mengikuti peradaban. Berikut ini diuraikan secara ringkas beberapa konvensi internasional terkait dengan Hak Kekayaan Intelektual:⁸²

1. Konvensi Paris (*The Paris Convention for the Protection on Industrial Property*). Indonesia meratifikasi Konvensi Paris pada tanggal 18 Desember 1979. Berlaku untuk Hak Kekayaan Intelektual industri dalam pengertian luas termasuk paten, merek, desain industri, *utility models*, nama dagang, indikasi geografis, serta pencegahan persaingan yang curang. Dalam Konvensi ini, diberlakukan perlakuan yang sama kaitannya dengan perlindungan kekayaan intelektual baik kepada warga negaranya maupun warga negara lain.
2. Konvensi Berne (*Bern Convention*). Konvensi ini mengatur tentang hak cipta. Prinsip yang diatur dalam Konvensi Berne, bahwa ciptaan yang berasal dari negara peserta perjanjian harus

⁸²Sudaryat, dkk., *Hak Kekayaan Intelektual-Memahami Prinsip Dasar, Cakupan dan Undang-Undang yang Berlaku*, (Bandung: Oase Media, 2010), hlm. 26

mendapat perlindungan. Perlindungan tersebut harus diberikan tanpa syarat.

3. Konvensi Roma (*Rome Convention*), dalam persetujuan TRIP's, Konvensi Roma bukanlah konvensi yang wajib diikuti oleh negara-negara yang meratifikasi Persetujuan WTO. Sebagian besar isi Konvensi Roma telah digantikan oleh WPPT (*WIPO Performance and Phonograms Treaty*) 1996.
4. Perjanjian Washington/*Washington Treaty (Treaty on Intellectual Property in Respect of Integrated Circuits)*. Perjanjian Washington diikuti oleh dua negara, tidak termasuk Indonesia. Pokok-pokok yang diatur dalam Perjanjian Washington adalah kewajiban memberikan perlindungan desain tata letak sirkuit terpadu, bentuk perlindungan, *national treatment*, lingkup perlindungan, penggunaan, pendaftaran, keterbukaan, dan jangka waktu perlindungan.⁸³
5. GATT 1994 (*General Agreement Tariff and Trade/Persetujuan Umum tentang Tarif dan Perdagangan*). Berisi aturan tentang perlunya diambil langkah konsultasi sehubungan dengan pelaksanaan Persetujuan TRIP's, hal yang merupakan prinsip umum sudah dikenal luas dalam rangka penyelesaian sengketa.
6. DSU (*Dispute Settlement Understanding*). DSU berisi aturan mengenai beberapa hal, di antaranya DSB (*Dispute Settlement Body* atau Badan Penyelesaian Sengketa) yang dibentuk untuk mengadministrasikan peraturan dan prosedur atau ketentuan-ketentuan tentang konsultasi dan penyelesaian sengketa dari perjanjian yang tunduk pada DSU.
7. Persetujuan TRIP's (*The Agreement on Trade Related Aspect of Intellectual Property Rights*). Persetujuan TRIP's pada hakikatnya mengandung empat kelompok pengaturan, yaitu: pengaturan yang mengaitkan peraturan HKI dengan konsep perdagangan internasional; pengaturan yang mewajibkan negara-negara

⁸³Achmad Zen Umar Purba, "*Hak Kekayaan Intelektual Pasca TRIP's*", (Bandung: Alumni, 2005), hlm. 55

anggota untuk mematuhi Konvensi Paris dan Konvensi Berne; dan pengaturan yang menetapkan aturan atau ketentuan sendiri.

Sebagai bentuk penerimaannya terhadap semua isi perjanjian WTO, Indonesia telah meratifikasi paket persetujuan tersebut melalui Undang-undang nomor 7 Tahun 1994 Tentang Pengesahan Persetujuan Pembentukan Organisasi Perdagangan Dunia. Ratifikasi ini sekaligus membebaskan kewajiban bagi Indonesia untuk menyesuaikan peraturan perundang-undangan nasional dengan ketentuan WTO, khususnya TRIPs dalam kaitannya dengan HKI di atas, diatur dalam Undang-undang sebagai berikut:

1. Undang-undang Nomor 28 Tahun 2014 perubahan atas Undang-Undang no 19 tahun 2019 tentang Hak Cipta;
2. Undang-undang Nomor 13 tahun 2016 perubahan atas Undang-Undang Nomor 14 Tahun 2001 Tentang Paten;
3. Undang-undang Nomor 15 Tahun 2001 Tentang Merek;
4. Undang-undang Nomor 29 Tahun 2000 Tentang Perlindungan Varietas Tanaman;
5. Undang-undang Nomor 30 Tahun 2000 Tentang Rahasia Dagang;
6. Undang-undang Nomor 31 Tahun 2000 Tentang Desain Industri
7. Undang-undang Nomor 32 Tahun 2000 Tentang Desain Tata Letak Sirkuit Terpadu

c. Hak Cipta Bagian Dari Hak Kekayaan Intelektual

Hak cipta adalah merupakan bagian dari Hak Kekayaan Intelektual, karena hak cipta merupakan hasil ciptaan yang terlahir dari kegiatan berpikir seseorang yang mana ciptaan tersebut diwujudkan dalam bentuk nyata. Wujud dari hasil karya cipta tersebut tentunya memiliki nilai sehingga dapat dikategorikan

sebagai *property*, maka dengan demikian Hak cipta merupakan bagian dari *property rights* (kekayaan intelektual).

Adapun Ekspresi Budaya tradisional (EBT) masuk dalam penggolongan hak cipta. Lebih jauh hak cipta merupakan hak "Khusus" bagi pencipta maupun bagi penerima hak yang diberikan negara bagi pencipta suatu karya di bidang seni, sastra dan ilmu pengetahuan untuk mengumumkan atau memperbanyak ciptaannya atau memberikan izin bagi orang lain untuk memperbanyak ciptaan tersebut tanpa mengurangi hak pencipta sendiri. Undang-undang Nomor 28 Tahun 2014 tentang hak cipta menyatakan bahwa hak cipta adalah hak eksklusif pencipta yang timbul secara otomatis berdasarkan prinsip deklaratif setelah suatu ciptaan diwujudkan dalam bentuk nyata tanpa mengurangi pembatasan sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan. Hak tersebut melekat pada pencipta dengan atau tanpa proses pendaftaran karena pendaftaran bukanlah suatu keharusan bagi pencipta untuk memperoleh Hak Cipta. Jadi negara Indonesia telah menetapkan bahwa Hak Cipta diberikan pada ciptaan yang bersifat pribadi dengan memenuhi persyaratan keaslian (*originality*)⁸⁴, berdasarkan kemampuan pikiran, imajinasi, kreativitas (*creativity*) dan dalam bentuk yang khas (*fixation*).⁸⁵

Adapun hak eksklusif dalam hak cipta tersebut adalah berupa hak moral dan hak ekonomi⁸⁶, di mana hak moral adalah hak yang melekat secara pribadi pada diri pencipta untuk melakukan sesuatu yang telah ditetapkan undang-undang, sedangkan hak ekonomi

⁸⁴Terkait sifat pribadi dengan syarat keaslian (*originality*) untuk Ekspresi Budaya Tradisional (EBT) tidak memenuhi kriteria, sebab karya cipta tradisional ini bersifat komunal yang dimiliki secara turun-temurun sehingga sulit untuk menemukan siapa penemu atau pencipta aslinya. Ketentuan sifat privat dengan syarat originalitas yang berkiblat rezim HKI Barat ini bertentangan dengan sifat PTEBT yang kepemilikannya bersifat komunal, sehingga kondisi ini yang membuat Perlindungan hak masyarakat adat atas EBT sangat lemah.

⁸⁵Rahmi Jened, *Hak Kekayaan Intelektual Penyalahgunaan Eksklusif*, (Surabaya: Percetakan UNAIR, 2010), hal.60

⁸⁶Kedua hak ini dalam undang-undang Hak Cipta hanya dimiliki oleh pemilik dari hasil ciptaan yang bersifat pribadi, sedangkan karya cipta komunal milik masyarakat adat belum diatur tentang kedua hak tersebut. Lagi-lagi kondisi ini memperlemah posisi masyarakat adat terhadap hak kepemilikan mereka atas EBT.

merupakan hak pencipta untuk mendapatkan manfaat ekonomi dari hasil ciptaannya.

Selain itu tentang Ekspresi Budaya Tradisional dan Hak Cipta atas ciptaan yang penciptanya tidak diketahui diatur dalam pasal 38 UUHC N0 28 Tahun 2014 yang intinya bahwa hak cipta berupa ekspresi budaya dipegang oleh negara (ayat 1), kewajiban negara untuk menjaga dan memelihara (ayat 2), penggunaan ekspresi budaya tersebut harus memperhatikan nilai-nilai yang hidup dalam masyarakat pengembannya, serta ketentuan lebih lanjut akan diatur oleh peraturan pemerintah (ayat 4).

Pengaturan tentang karya cipta yang tidak diketahui pemiliknya ini adalah untuk melindungi Ekspresi Budaya Tradisional (EBT) dari hasil kebudayaan rakyat dari terjadinya monopoli, komersialisasi serta tindakan lain yang dapat merugikan serta merusak citra kebudayaan itu sendiri. Tentunya perlindungan ini akan menjadi lebih kuat jika dibarengi dengan pengaturan yang maksimal serta diperkuat dengan adanya peraturan pemerintah seperti ketentuan pada pasal 4 (empat) tersebut. Namun sayangnya peraturan pemerintah terkait hal ini belumlah ada.

2. Konsep Hak Milik (Kepemilikan)

Secara filosofis hak merupakan sesuatu yang melekat pada diri seseorang, yang mana hal yang melekat itu dapat dikatakan sebagai milik seseorang tersebut, dengan kata lain bahwa hak sebagai tuntutan (*claim*) yang sah yang dibenarkan (justifikasi) yang dibuat seseorang, sekelompok orang terhadap orang atau kelompok lain atas objek tertentu sebagai miliknya.⁸⁷ Hal ini sejalan dengan konsep kepemilikan (*property*) yang berkaitan dengan hak asasi manusia (*human rights*) yang diajarkan oleh John Locke. Tentang hal ini John Locke menyatakan bahwa; “mengingat manusia adalah sederajat

⁸⁷Badan Penelitian dan Pengembangan HAM Kementerian Hukum dan HAM RI, *Perlindungan Kekayaan Intelektual & Ekspresi Budaya Tradisional*, (Bandung: PT Alumni,2013) hlm. 20

dalam *status naturalis*, kewajiban orang satu sama lain adalah sama sebagaimana haknya”.⁸⁸

Sedangkan hak milik dalam Islam juga diakui sebagai hak yang harus dilindungi keberadaannya. Terdapat definisi yang beragam oleh para ulama tentang hak ini, seperti Mustafa Ahmad al Zarqa mendefinisikan hak adalah *ikhtisas* (kewenangan) yang ditetapkan oleh Syar’ baik berupa *sultah* ataupun *taklif*. *Sultah* (kekuasaan) salah satunya adalah *haq al milkiyah* yakni mendapatkan hak untuk memiliki sesuatu dan memanfaatkannya.⁸⁹ Dengan demikian maka hak milik merupakan hak yang melekat pada diri seseorang atas barang atau benda yang dimilikinya. Namun lebih rinci hak ini mencakup *haqq al diini* (hak agama), seperti hak Allah kepada hamba-Nya berupa shalat dan ibadah lainnya serta *haq al madani* (hak perdata), yakni hak memiliki sesuatu, *haq adabi* (hak moral) hak orang tua untuk dihormati, hak masyarakat untuk dilindungi oleh negara, serta *haq maali* (hak harta) dan *haq gairu maali* (hak non harta) seperti hak untuk menolong diri sendiri.

Kekayaan intelektual merupakan benda bergerak yang tidak berwujud. Kekayaan atau *property* memiliki kaitan dengan benda. Sedangkan benda menurut pasal 499 KUHPerdara diartikan dengan tiap-tiap barang dan tiap-tiap hak, yang dapat dikuasai oleh hak milik. Tentang hak milik ini kemudian terdapat pada pasal 570 KUHPerdara yang mana kedudukan hak milik ini merupakan hak kebendaan yang paling sempurna dibandingkan dengan hak-hak lainnya, (lihat psl 570 KUHPerdara). Jika dicermati maka hak milik menurut KUHPerdara ini adalah hak yang paling utama bila dibandingkan dengan hak kebendaan yang lain, sebab dalam hak milik ini si pemilik hak dapat menikmati dan menguasai dengan sebebannya terhadap benda yang dimilikinya.

Selanjutnya jika berbicara tentang hak kebendaan maka tentunya Ekspresi Budaya adalah merupakan hasil karya cipta yang berupa

⁸⁸Rahmi Jened, *Op.Cit.* hlm. 16

⁸⁹H. Hendi Suhendi, *fiqih Muamalah*, (RajaGrafindo Persada, 2016), hal. 21

benda yang bersifat melekat pada pemilikinya. Adapun ciri dari hak kebendaan itu adalah bersifat mutlak, yaitu dapat dipertahankan terhadap siapapun juga.⁹⁰ Selain itu hak kebendaan mempunyai *zaasgevolg* atau *droit de suit* (hak yang mengikuti). Artinya hak itu terus mengikuti bendanya di manapun juga (dalam tangan siapapun juga) barang itu berada. Benda itu terus mengikuti orang yang memunyainya.⁹¹ Hal ini berarti bahwa hasil karya cipta masyarakat adat yang berupa Pengetahuan Tradisional dan Ekspresi Budaya seyogyanya tidak terpisah antara hak pemilikinya dengan bendanya. Akan tetapi pengaturan negara dalam UUHC No. 28 tahun 2014 pasal 38 ayat 1 menyatakan bahawa; “Hak cipta atas ekspresi budaya tradisional dipegang oleh negara”, itu artinya bahwa masyarakat adat sebagai pemilik benda dikuasai haknya oleh negara. Bahkan jika terdapat keuntungan secara ekonomi, masyarakat sama sekali tidak mendapatkan bagian. Padahal antara hak komunal dengan hak negara itu sangatlah berbeda, agama Islam pun membedakan antara hak komunal dengan hak negara ini.

Tentang hak milik benda ini lebih lanjut Peter Gillies menyatakan bahwa hak milik merupakan hak hukum yang tertinggi yang diberikan oleh sistem hukum kepada individu atas suatu benda tertentu. Dengan demikian kepemilikan harus dilindungi oleh perangkat hukum yang efektif, bahwa seorang pemilik harus dilindungi terhadap pencabutan hak serta perilaku yang mengganggu pelaksanaan hak milik secara sementara (gangguan). Melihat hal tersebut maka sudah selayaknya hak masyarakat adat berupa Ekspresi Budaya Tradisional (EBT) dilindungi secara hukum khususnya di mata dunia internasional agar tidak terjadi penyalahgunaan hak milik.

Selanjutnya dalam hak cipta dikenal adanya hak moral dan hak ekonomi. Hak moral merupakan integritas bagi pemilik hak cipta. Undang-undang Hak Cipta mendefinisikan bahwa Hak moral adalah hak yang melekat pada diri pencipta atau pelaku yang tidak dapat di

⁹⁰Komarini *Hukum Perdata*, (Malang: UPT Penerbitan Universitas Muhammadiyah Malang, 2010) hlm. 93

⁹¹*Ibid.* hlm.93

hilangkan atau dihapus dengan alasan apapun, walaupun hak cipta atau hak terkait telah dialihkan. Sedangkan hak ekonomi adalah hak untuk mendapatkan manfaat ekonomi atas ciptaan serta produk hak terkait.

Hak moral merupakan hak yang tidak dapat dialihkan karena hak tersebut telah terintegrasi dengan pemiliknya. Hak moral dalam hak cipta dapat berupa hak untuk mencantumkan nama pencipta atas hasil karya ciptanya. Sedangkan hak ekonomi adalah merupakan hak setiap orang untuk menikmati hasil dari usaha ekonomi yang telah diusahakan. Hak moral untuk pertama kalinya di terapkan di Perancis yang kemudian diadopsi dalam pasal 6 bis revisi konvensi Bern tahun 1928. Jika melihat isi konvensi tersebut maka dapat dirumuskan substansi hak moral meliputi;⁹²

1. *The right to claim authorship*, yaitu hak untuk mendapatkan pengakuan sebagai pencipta. Hal itu dilakukan antara lain dengan menyebutkan atau mencantumkan nama pencipta dalam ciptaannya.
2. *The right to object any distortion, mutilation, or other modification of the work*, yaitu hak pencipta untuk menolak tindakan yang dapat mendistorsi, memotong atau menghilangkan sebagian dari ciptaan ataupun memodifikasi ciptaan secara sedemikian rupa sehingga merusak atau merugikan reputasi dan kehormatan pencipta.
3. *The right to object other derogatory action in relation to the said work*, yaitu hak pencipta untuk menolak segala bentuk tindakan atau perlakuan yang dapat mengganggu atau merendahkan kehormatan dan reputasi pencipta.

Hak moral tentunya tidak dapat dinilai dengan materi yang berwujud uang atau apapun, akan tetapi penghargaan tersebut merupakan pemberian wewenang kepada pencipta untuk bertindak apabila orang lain melanggar haknya. Jelaslah bahwa hak moral

⁹²Henry Soelistyo, *Hak Cipta Tanpa Hak Moral*, (Jakarta: Rajagrafindo Persada, 2011), hlm. 105

merupakan manifestasi dari pengakuan manusia terhadap hasil karya orang lain yang sifatnya non-ekonomis.⁹³

Adapun hak ekonomi ini adalah juga merupakan bagian dari hak asasi manusia. Hal ini dapat dilihat dalam UUDN RI tahun 1945 dalam beberapa pasal di antaranya adalah: Pasal 28: “hak untuk hidup dan mempertahankan hidup, Pasal 28C: (1). Hak untuk mengembangkan diri dan meningkatkan kualitas hidup dan kesejahteraan (2). Hak untuk memajukan diri dan memperjuangkan hak secara kolektif. Pasal 28D (2). Hak untuk bekerja dan mendapat imbalan serta perlakuan adil dalam hubungan kerja”.

Jika melihat hal tersebut maka perlindungan terhadap hak ekonomi baik bagi individu maupun kelompok sebagai warga negara adalah sebuah keniscayaan. Berdasarkan norma-norma hukum internasional di mana konvensi merupakan salah satu sumber hukum juga telah memberikan perlindungan terhadap hak ekonomi, sosial dan budaya yang mana konvensi tersebut mengikat negara-negara anggota dan wajib mengikuti ketentuan yang terkandung di dalamnya. Sedangkan pada penjelasan pasal 33 tercantum dasar demokrasi ekonomi, di mana produksi dikerjakan oleh semua untuk semua di bawah pimpinan atau pemilikan anggota-anggota masyarakat. Melihat hal tersebut maka pasal 33 mengandung makna bahwa kemakmuran masyarakatlah yang diutamakan bukan kemakmuran orang perorangan.

Melihat hal tersebut maka perlindungan hak moral dan hak ekonomi masyarakat Adat atas hak-hak mereka menjadi sangat penting, mengingat banyaknya terjadi penyalahgunaan terhadap hak-hak tradisional yang mereka miliki. Sebab masyarakat Adat adalah salah satu kelompok yang merupakan bagian dari warga negara yang memiliki hak untuk dilindungi dan dihargai serta dihormati keberadaan mereka serta hak-haknya.

⁹³Hendra Tanu Atmajaya, *Konsep Hak Ekonomi dan Hak Moral Pencipta Menurut Sistem Civil Law dan Common Law*, Jurnal Hukum No 23. Vol.10 Mei 2003, hal. 165

3. Konsep Ekspresi Budaya Tradisional

Sebelumnya Ekspresi Budaya Tradisional dikenal dengan istilah *Folklor*, yang mana istilah ini tertuang dalam *Recommendation On Safeguard Of Traditional Culture and Folklore* 1989. Dalam rekomendasi ini dikatakan bahwa *Folklor* adalah kreasi berbasis tradisi dari suatu komunitas budaya, dapat diekspresikan oleh kelompok maupun perseorangan dan diakui serta dianggap sebagai cerminan identitas sosial budaya. Standar dan nilai dalam *Folklor* ini disampaikan turun-temurun secara lisan. *Folklor* dalam rekomendasi ini mencakup Bahasa, sastra, musik, tari, permainan, mitos, ritual, kebiasaan, arsitektur dan cabang seni lainnya (rekomendasi point A).⁹⁴

Pada tahun 1970-an isu perlindungan terhadap produksi komunitas-komunitas lokal dan asli pribumi yang bersifat imajinatif mulai muncul. Pada saat itu istilah yang digunakan untuk isu ini adalah “ekspresi Folklor”. Pada tahun 1982 WIPO (Bersama UNESCO) megambil langkah pertama untuk mengatasi masalah ini dengan mengundang apa yang disebut “Model Ketentuan bagi Perundangan Nasional tentang Perlindungan Ekspresi Folklor dari Eksploitasi Melawan Hukum dan Tindakan-tindakan Merugikan Lainnya” (*Model Provisions for National Laws on the Protection of Expressions of Folklore Against Illicit Exploitation and Other Prejudicial Actions*”).

Karena banyak menuai kritik terhadap istilah ini dikarenakan seolah-olah melambangkan mentalitas kolonial yang merendahkan produk yang dihasilkan masyarakat setempat dan / atau asli pribumi (*indigenous*), maka istilah *Folklor* kemudian diganti dengan istilah “Ekspresi Budaya Tradisional” yang mana istilah ini di pengaruhi oleh pemakaian istilah “*Tradisional Culture Expression*” dalam negosiasi internasional di forum WIPO. Istilah Ekspresi Budaya Tradisional saat inipun telah menjadi istilah hukum dalam UUHC no 28 tahun 2014 serta pada RUU Pengetahuan Tradisional-Ekspresi Budaya Tradisional.

⁹⁴Point A Recommendation on the Safeguarding of Traditional and Folklore 15 Nopember 1989

RUU PT-EBT sendiri memuat tentang istilah Ekspresi Budaya Tradisional dengan diartikan sebagai karya intelektual dalam bidang seni, termasuk ekspresi sastra yang mengandung unsur karakteristik warisan tradisional yang diwariskan, dikembangkan dan dipelihara oleh komunitas masyarakat lokal atau masyarakat adat. Sedangkan Undang-undang Hak Cipta no 28 tahun 2014 dikatakan bahwa yang termasuk dalam Ekspresi Budaya Tradisional adalah a). verbal tekstual, baik lisan maupun tulisan, yang berbentuk prosa maupun puisi, dalam berbagai tema dan kandungan isi pesan, yang dapat berupa karya sastra ataupun narasi informatif, b). musik, mencakup antara lain vokal instrumental, atau kombinasinya, c). gerak mencakup antara lain tarian, d). teater yang mencakup pertunjukan wayang dan sandiwara rakyat, e). seni rupa f). Upacara adat. Adapun dalam dokumen WIPO Ekspresi Budaya Tradisional (EBT), diartikan sebagai segala bentuk ekspresi, baik material (benda), atau kombinasi keduanya, yang menunjukkan keberadaan suatu budaya dan pengetahuan tradisional yang bersifat turun-temurun yang cakupannya meliputi; Ekspresi fonetik atau verbal seperti cerita babad, legenda, puisi, teka-teki dan bentuk narasi lainnya, ekspresi suara atau musik seperti lagu, ritme, musik instrumental dan bunyi-bunyian yang merupakan ekspresi ritual, ekspresi gerak atau tindakan seperti tari-tarian, pertunjukan, upacara ritual, olahraga tradisional, pertunjukan wayang dan lainnya, ekspresi material (kebendaan) seperti barang-barang kesenian, kerajinan tangan, topeng, bangunan arsitektur, benda-benda spiritual, dan tempat-tempat sakral.

Agar suatu ekspresi memenuhi syarat sebagai Ekspresi Budaya Tradisional (EBT) atau *Traditional Culture Expression* (TCE), maka ekspresi tersebut haruslah menunjukkan kegiatan intelektual individual maupun kolektif, merupakan ciri dari identitas dan warisan dari suatu komunitas, dan telah dipelihara, digunakan atau dikembangkan “oleh komunitas tersebut, atau oleh orang perorang yang memiliki hak atau tanggungjawab untuk melakukannya

sesuai dengan hukum dan praktik adat/kebiasaan dalam komunitas tersebut”.⁹⁵

Kekayaan tradisional masyarakat adat berupa Ekspresi Budaya ini telah menjadibagian yang tidak dapat terpisahkan dari kehidupan mereka. Keberadaan EBT inipun mengalami perkembangan seiring berkembang dan pesatnya kemajuan zaman. Tidak sedikit produk-produk yang berbasis Ekspresi Budaya ini dikembangkan dan kemudian menjadi objek komoditi perdagangan, sehingga peluang untuk meningkatkan ekonomi pada objek ini sangatlah besar. Kondisi ini kemudian menarik banyak orang untuk memanfaatkannya demi keuntungan yang diinginkan. Sehingga dalam pemanfaatannya seringkali kemudian mengenyampingkan hak-hak masyarakat adat sebagai pemilik atau pengemban dari EBT tersebut. Lemahnya perlindungan terhadap kekayaan tradisional ini juga memberi peluang untuk itu, dalam hal ini negara belumlah tuntas melindungi keberadaan dari Ekspresi Budaya Tradisional yang ada di Indonesia. Terhadap persoalan ini maka dibutuhkan suatu bentuk perlindungan hukum yang memadai bagi hak masyarakat adat atas kepemilikannya berupa Ekspresi Budaya Tradisional tersebut.

Maka menjadi suatu kewajiban bagi negara untuk melindungi hak-hak warga negaranya tidak terkecuali masyarakat adat sebagai bagian dari warga negara Indonesia yang memiliki hak untuk mendapatkan perlindungan. Terlindunginya hak-hak masyarakat adat atas kekayaan tradisional berupa Ekspresi Budaya, membawa konsekuensi pada terpeliharanya benda-benda kekayaan tradisional tersebut, yang juga merupakan bagian dari kekayaan negara. Jika perlindungan sudah dapat diberikan secara memadai maka tujuan kesejahteraan dan keadilan dalam pembentukan hukum negara secara otomatis akan terwujud karena seluruh warga tanpa terkecuali telah dapat menikmatinya. Inilah menjadi harapan ke depan yakni terwujudnya keadilan yang diberikan negara berupa perlindungan

⁹⁵Peter Jaszi dkk, *Kebudayaan Tradisional Suatu Langkah Maju Untuk Perlindungan di Indonesia*” (Jakarta; LSPP, 2009), hal.51

terhadap hak-hak tradisional masyarakat adat sehingga keberadaan mereka selalu dihargai dan dihormati serta dijunjung tinggi.

4. Konsep Masyarakat Adat

Masyarakat adat berada hampir di seluruh dunia, dalam united nations development programme Muazzin mengatakan bahwa sekarang ini, sekitar 370 orang yang merupakan anggota masyarakat hukum adat yang hidup di lebih 70 negara di seluruh dunia, merupakan 5% dari penduduk seluruh dunia.⁹⁶ Di Indonesia sendiri terkenal berbagai ragam suku bangsa yang memiliki masyarakat adat hampir di seluruh wilayah nusantara, dengan perkiraan 1340 etnik dengan jumlah suku yang beragam. Tak terelakkan lagi sumber daya dan kekayaan alam yang dimiliki juga sangatlah banyak dan tidak terhitung. Keberadaan masyarakat adat ini pun diakui oleh negara sebagaimana tercantum pada pasal 18B ayat2 (dua).

Keberadaan masyarakat adat berada hampir di seluruh belahan dunia, tidak terkecuali Indonesia. Keberadaan masyarakat adat ini oleh dunia internasional dalam hal ini di wakili oleh PBB, dalam konvensi ILO nomor 169 mengistilahkan masyarakat adat dengan *indigenous people, tribal groups, minorities dan ethnic groups*.⁹⁷Istilah masyarakat asli (*indigenous people*) ini serupa dengan istilah dalam kepustakaan nasional yakni dengan sebutan masyarakat adat atau masyarakat tradisional, ada juga yang menyebutnya dengan istilah masyarakat hukum adat yang merupakan terjemahan dari bahasa Belanda yakni *rechtgemenschap* dan ada juga yang menyebutnya *adatrechtgemenschap*. Konsep hukum adat ini untuk pertama kali diperkenalkan oleh Cornelius van Vollenhoppen dan dikembangkan oleh muridnya Ter Har. Menurut Ter Har, persekutuan hukum adat (*adatrechtgemenschap*) adalah kesatuan-kesatuan yang mempunyai tata susunan sendiri yang teratur dan kekal serta memiliki pengurus

⁹⁶Muazzin, *Hak Masyarakat Adat (indigeneus peoples) Atas Sumber Daya Alam: Perspektif Hukum Internasional*, Padjajaran Jurnal Ilmu Hukum Volume 1-no 2- tahun 2014-tahun 2014

⁹⁷Badan Penelitian dan Pengembangan HAM Kementerian Hukum dan HAM RI, *Perlindungan Kekayaan Intelektual Atas Pengetahuan Tradisional & Ekspresi Budaya Tradisional*, (Bandung, PT. Alumni, 2013), hlm. 18

dan kekayaan sendiri, baik materiil maupun immateriil.⁹⁸ Istilah masyarakat hukum adat ini kemudian digunakan oleh UUD NRI 1945 pasal 18B serta peraturan perundang-undangan lainnya. Terdapat paling sedikit 19 (sembilan belas) istilah peraturan perundang-undangan yang menggunakan kata “masyarakat adat/hukum adat/masyarakat tradisional/komunitas adat terpencil” dengan definisi yang beragam.⁹⁹ di antara yang memberikan pengertian masyarakat hukum adat yakni;

“suatu komunitas antropologis yang bersifat homogen dan secara berkelanjutan mendiami suatu wilayah tertentu, mempunyai hubungan historis dan mistis dengan sejarah masa lampau mereka, merasa dirinya dan dipandang oleh pihak luar sebagai berasal dari satu nenek moyang yang sama, dan mempunyai identitas dan budaya yang khas yang ingin mereka pelihara dan lestarikan untuk kurun sejarah selanjutnya, serta tidak mempunyai posisi yang dominan dalam struktur dan sistem politik yang ada”.¹⁰⁰

Sedangkan dalam peraturan perundang-undangan definisi tersebut menjadi beragam, namun memiliki substansi yang hampir sama. Selanjutnya istilah masyarakat adat merupakan padanan dari kata *indigenous people*, istilah ini menurut Aliansi Masyarakat Adat Nusantara (AMAN) paling sepadan jika dibandingkan dengan istilah lainnya seperti istilah *masyarakat hukum adat, orang asli, pribumi, masyarakat pribumi atau bangsa asal*. Sandra Moniaga dalam naskah akademik Undang-undang Tentang Masyarakat Adat oleh AMAN menyatakan bahwa istilah masyarakat adat secara sosial dan politik lebih bisa diterima. Istilah *pribumi* misalnya terlalu umum karena hampir semua orang Indonesia akan dianggap pribumi. Untuk

⁹⁸Rikardo Simarmata, *Pengakuan Hukum Terhadap masyarakat Adat Indonesia* (Jakarta: UNDP, 2006), hlm. 23

⁹⁹Kementerian Perencanaan Pembangunan Nasional/Badan Perencanaan Pembangunan Nasional, *Op cit.* hal 2

¹⁰⁰Amidhan & Saafroedin Bahar, “Mewujudkan Hak Konstitusional Masyarakat Hukum Adat, Himpunan Dokumen Peringatan Hari Internasional Masyarakat Hukum Adat Sedunia”, (Jakarta:KOMNAS HAM 2006), hlm.9

konteks papua, penggunaan istilah *orang asli* bermuatan rasial dan dapat di cap sebagai gerakan pemisahan diri. Sedangkan istilah masyarakat hukum adat dianggap menyempitkan makna kata *adat* sebatas hukum atau norma sehingga membuat adat-adat yang tidak mengandung sanksi, tidak masuk dalam cakupan.¹⁰¹ Sementara persoalan Ekspresi Budaya Tradisional tidak banyak berbicara soal sanksi.

Selain AMAN, Jaringan Pembela Hak-hak Masyarakat Adat (JAPHAMA) memberikan pengertian masyarakat adat adalah;

“kelompok masyarakat yang memiliki asal-usul leluhur (secara turun-temurun) di wilayah geografis tertentu, serta memiliki sistem nilai, ideologi, ekonomi, politik, budaya, sosial dan wilayah sendiri”.¹⁰² Definisi ini sebenarnya merupakan definisi yang dirumuskan secara bersama oleh para tokoh adat dan aktivis HAM dan Lingkungan pada pertemuan di Toraja pada tahun 1993. Definisi tersebut kemudian oleh Aliansi Masyarakat Adat Nusantara (AMAN) dalam kongres yang pertama pada tahun 1999 diadopsi dengan penambahan dua kata yang memiliki makna yakni “kedaulatan” dan “tertib hukum”, sehingga definisi masyarakat adat berbunyi: *“komunitas-komunitas yang hidup berdasarkan asal-usul leluhur secara turun-temurun di atas suatu wilayah adat yang memiliki kedaulatan atas tanah dan kekayaan alam, kehidupan sosial budaya, yang diatur oleh hukum adat, dan lembaga adat yang mengelola keberlangsungan kehidupan masyarakat”*.

Selanjutnya dalam kurun waktu yang bersamaan, di tingkat internasional merumuskan beberapa elemen yang dapat di kategorikan sebagai *indigenous people* antara lain;¹⁰³

1. Memiliki kaitan kesejarahan dengan periode sebelum invasi dan kolonialisme

¹⁰¹Aliansi Masyarakat Adat Nusantara (AMAN), *Naskah Akademik Undang-undang Tentang Masyarakat Adat*, 2016, hal.26

¹⁰²*ibid*

¹⁰³*Ibid* hal. 26-27

2. Secara sosial dan budaya memiliki distingsi dengan kelompok-kelompok masyarakat lain terutama kelompok dominan
3. Memiliki wilayah
4. Memiliki sistem budaya sosial dan hukum tersendiri, dan
5. Mengalami praktik marginalisasi, pengambilan tanah, diskriminasi dan eksklusi

Adanya perbedaan dalam penggunaan istilah ini bukan hal substansial sehingga memberi ruang terjadinya perpecahan, perbedaan tersebut hanya merupakan perbedaan konteks, bukan perbedaan pada tataran konsep. Konsep masyarakat adat ini muncul jauh sebelum dikenal konsep negara kerajaan dan kesultanan, bahkan jauh sebelum pengaruh kolonial masuk ke nusantara. Sebagaimana diketahui bahwa di seluruh pelosok nusantara ini telah hidup dan berkembang komunitas-komunitas yang memiliki kesatuan politik dan memiliki kedaulatan. Mereka secara mandiri mengatur dan mengurus dirinya serta mengelola sumber daya alam di wilayah ekosistem masing-masing. Mereka juga mengembangkan aturan-aturan hukum serta membentuk pemerintahan untuk menjaga keseimbangan hidup di wilayah mereka. Keberadaan mereka yang telah ada jauh sebelum bangsa ini dibentuk dan kemudian menjadi salah satu komponen terbentuknya bangsa ini menjadi salah satu alasan penting untuk memperhatikan keberadaan mereka. Ironisnya keberadaan mereka masih termarjinalkan dan kerap kali menjadi korban ketidakadilan.

Sadar atau tidak, keberadaan masyarakat adat ini kendati telah diakui keberadaannya baik oleh dunia internasional maupun oleh negara-negara di tingkat nasional, namun sampai saat ini terindikasi masih sering terabaikan. Perlindungan terhadap hak-hak masyarakat adat masih sangat minim, bahkan pada negara yang telah memiliki sistem dan peraturan perundangan yang memadai pun cenderung setengah hati, karena dalam penerapannya masih didominasi oleh

kepentingan ekonomi dan politik.¹⁰⁴Kondisi ini bertentangan pula dengan pengakuan yang telah diberikan oleh dunia. Perserikatan Bangsa-bangsa sendiri telah memberikan pengakuan terhadap hak-hak masyarakat adat dalam deklarasinya tentang hak-hak masyarakat adat (*united nations declaration on the rights of indegenous peoples*). Deklarasi ini telah memberikan penegasan bahwa masyarakat memiliki hak kolektif yakni hak untuk menentukan nasib sendiri, hak atas tanah, wilayah dan sumber daya alam, hak atas identitas budaya dan kekayaan intelektual serta hak untuk melakukan pembangunan. Terkait dengan hak kekayaan intelektual khususnya hak-hak masyarakat adat atas Ekspresi Budaya Tradisional (EBT), PBB dalam deklarasi tersebut tepatnya pada pasal 31 (*article 31*) ayat 1 mengatakan bahwa:¹⁰⁵

“masyarakat adat memiliki hak untuk menjaga, mengontrol, melindungi dan mengembangkan warisan budaya mereka, pengetahuan tradisional dan ekspresi-ekspresi budaya tradisional, seperti juga manifestasi ilmu pengetahuan mereka, teknologi dan budaya-budaya, termasuk sumber daya manusia dan sumber daya genetik lainnya, benih-benih, obat-obatan, permainan-permainan tradisional dan seni pentas. Mereka juga memiliki hak untuk menjaga, mengontrol, melindungi dan mengembangkan kekayaan intelektual, warisan budaya, pengetahuan tradisional dan ekspresi-ekspresi budaya mereka”.

Kendati dengan diadopsinya deklarsi ini dapat membantu pemerintah untuk mengisi kekosongan hukum di Indonesia terkait hak-hak masyarakat adat, namun menjadi sangat penting pula kerangka hukum Indonesia memberikan perlindungan yang jelas bagi masyarakat adat. Seyogyanya pula deklarasi ini menjadi rujukan

¹⁰⁴Ikbal, *Implementasi Hak Ekonomi Sosial dan Budaya Masyarakat Adat Dalam Hukum HAM Internasional di Indonesia*, jurnal Ilmu Hukum Fiat Justisia, volume 3 No 3, September Desember 2011

¹⁰⁵Deklarasi PBB Tentang Hak-hak Masyarakat Adat (*United Nations Declaration on The Rights of Indegenous People*)

bagi negara khususnya Indonesia dalam membuat kerangka hukum tersebut agar dapat menjadi pegangan bersama untuk melakukan perlindungan serta penghormatan terhadap hak-hak masyarakat adat.



MAKNA PERLINDUNGAN HUKUM TERHADAP HAK MASYARAKAT ADAT ATAS PENGETAHUAN TRADISIONAL DAN EKSPRESI BUDAYA TRADISIONAL DALAM PERSPEKTIF *MAQASHID AL SYARI'AH*



A. Hak Milik (Kepemilikan) dalam Hukum Positif dan Hukum Islam

1. Hak Milik (Kepemilikan) Dalam Hukum Positif

a. Pengertian Hak

Sebelum lebih jauh membahas tentang apa itu hak milik, terlebih dahulu penting untuk diketahui apa yang dimaksud dengan hak itu sendiri. Hukum telah mengatur bagaimana tatacara berhubungan antara orang yang satu dengan orang yang lainnya, antara orang dan masyarakat, atau antara masyarakat yang satu dengan masyarakat yang lainnya, yang mana dalam hubungan ini akan timbul kekuasaan atau kewenangan dan kewajiban. Hak tidak hanya meliputi satu kewenangan saja akan tetapi bisa juga merupakan sekumpulan hak /kewenangan (*bundel van bevoegdheiden*) misalnya pemilikan (*eigendom*).

Hak dalam istilah Belanda, dinamakan “beschikken”, yang meliputi hak/kewenangan untuk menjual, memberi, menukar,

mewariskan, secara legal.¹⁰⁶ Hak ini merupakan segala kewenangan untuk memindah tangankan dari tangan yang satu ke tangan yang lain. Pembahasan tentang hak milik dalam hukum positif membahas khusus mengenai hak milik yang terkait dengan benda selain tanah, sebab pengertian hak milik terkait dengan tanah memiliki definisi yang berbeda dalam UUPA. Untuk mengetahui tentang hak milik (kepemilikan) ini, berikut akan diuraikan secara rinci baik itu menurut Hukum Positif maupun Hukum Islam

b. Hak Milik (Kepemilikan)

Hak milik dalam KUHPerdara diatur dalam pasal 570 bahwa:

“Hak milik adalah hak untuk menikmati suatu benda dengan sepenuhnya dan untuk menguasai benda itu dengan sebebas-bebasnya, asal tak digunakan bertentangan undang-undang atau peraturan umum yang diadakan oleh kekuasaan yang mempunyai wewenang untuk itu dan asal tidak menimbulkan gangguan terhadap hak-hak orang lain; kesemuanya itu dengan tak mengurangi kemungkinan dengan adanya pencabutan hak itu untuk kepentingan umum, dengan pembayaran pengganti kerugian yang layak dan menurut ketentuan undang-undang”.

Jika melihat definisi menurut KUHPerdara ini maka jelaslah bahwa Hak Milik memiliki kedudukan paling tinggi dari hak-hak kebendaan lainnya, sebab pemegang hak ini dapat menikmati serta menguasai sepenuhnya terhadap hak yang dimilikinya. Hak kepemilikan (*eigendomsrecht*) ini terdiri dari dua hak/kewenangan adalah,¹⁰⁷

1. Yang mempunyai (*eigenaar*) berwenang/berhak memungut kenikmatan dari kepunyaannya
2. Yang mempunyai juga berwenang/berhak memindah-tangankan (*vervreemden*) kepunyaan itu

¹⁰⁶R. Soeroro, *Pengantar Ilmu Hukum*, (Jakarta: Sinar Grafika, 2015), hal. 273

¹⁰⁷*ibid*

Adapun unsur-unsur dari hak milik adalah;¹⁰⁸

a. Hak untuk menikmati suatu benda secara bebas

Hak ini merupakan adagium perancis “*droit inviolable et sacre*” (hak yang tidak dapat dilanggar dan suci). Dengan kata lain Hak milik “*droit inviolable et sarce*” yaitu yang tak dapat diganggu gugat. Dan ini hanya tertuju pada orang lain yang bukan *eigenaar* tetapi juga tertuju pada pembentuk undang-undang ataupun penguasa, di mana mereka itu tak boleh sewenang-wenang membatasi hak milik, melainkan harus ada balasannya, harus memenuhi syarat-syarat yang tertentu.¹⁰⁹ Hak ini lebih menjunjung tinggi hak yang bersifat individual, akan tetapi seiring dengan berjalannya waktu dan berkembangnya zaman sifat hak milik sebagai “*droit inviolable et sacre*” sudah banyak yang tidak berlaku lagi. Hak milik yang bebas ini perlahan-lahan dibatasi oleh kepentingan umum. Definisi menurut pasal 570 KUHPerdata itupun seringkali bertentangan dengan fakta yang terjadi, di mana hak milik seringkali sudah tidak lagi menjadi hak untuk menguasai sebebannya terhadap suatu benda oleh pemiliknya, dalam praktik banyak terdapat hubungan-hubungan hukum yang menunjukkan tidak sesuai dengan teori tersebut, sehingga muncul pertanyaan siapa sebenarnya yang mempunyai hak untuk menguasai sebebannya dalam hubungan hukum tersebut.

b. Menguasai (*Bescikken*) Benda

Menguasai benda (*bescikken*) adalah pemilik/yang menguasai benda berhak untuk melakukan perbuatan hukum yang bersifat kebendaan (*zakelijke rechtshandelingen*) seperti mengalihkan, menjaminkan benda serta perbuatan hukum yang bersifat pribadi (*persoonlijke rechtshandelingen*),

¹⁰⁸Mariam Darus Badrulzaman, “*Sistem Hukum Benda Nasional*”, (Bandung: PT. Alumni, 2015), hal.43-45

¹⁰⁹Sri Soedewi Masjchoen Sofwan, “*Hukum Perdata Hukum Benda*”, (Yogyakarta: Liberty 1974), hal.42

seperti menyewakan, memberikan hak menikmati benda miliknya kepada pihak lain. sifat “menguasai” ini dalam hukum benda merupakan syarat mutlak (*condition sine quonon*) bagi pemilik benda untuk melakukan perbuatan hukum kebendaan.

- c. Tidak bertentangan dengan undang-undang atau peraturan umum Pembatasan terhadap kebebasan mempergunakan hak milik untuk kepentingan umum ini diatur di dalam perangkat publik (hukum tata usaha dan hukum sosial, seperti hukum pajak, hukum ekspor impor).
- d. Tidak mengganggu hak-hak orang lain

Gangguan terhadap hak orang lain ini merupakan penyalahgunaan hak (*misbruik van het recht*) yang dapat dibedakan ke dalam dua jenis, yaitu menimbulkan kerusakan fisik terhadap benda milik pihak lain (*zaaksbeschadiging*) dan menimbulkan hilangnya kenikmatan (*hinder*) terhadap pihak lain. Melihat unsur-unsur tersebut nampak jelas bahwa tingkat kesempurnaan hak milik dibandingkan dengan hak lainnya. Seperti hak menguasai terhadap benda adalah bagian dari unsur hak milik, padahal jika dicermati antara penguasaan dan kepemilikan tentunya sangatlah berbeda. di mana penguasaan adalah hubungan yang nyata antara seseorang dengan barang yang ada dalam kekuasaannya, namun pada penguasaan ini tidak memerlukan legitimasi lain kecuali barang itu ada di tangannya. Jadi legalitas hukum di sini tidak diperlukan. Adapun kepemilikan memiliki sosok hukum yang lebih jelas dan pasti, yakni menunjukkan hubungan antara seseorang dengan objek yang menjadi sasaran kepemilikan. Jika penguasaan lebih bersifat faktual, maka kepemilikan ini merupakan hak-hak yang berlaku terhadap semua orang, bukan hanya orang tertentu saja.

Menurut Fitzgerald dalam Sadjipto Raharjo mengatakan ciri dan hak-hak yang masuk dalam kepemilikan adalah:¹¹⁰

1. Pemilik mempunyai hak untuk memiliki barangnya. Ia mungkin tidak memegang atau menguasai barang tersebut, oleh karena mungkin barang itu telah direbut daripadanya oleh orang lain. Sekalipun demikian, hak atas barang tersebut ada pada pemegang hak semula.
2. Pemilik biasanya mempunyai hak untuk menggunakan dan menikmati barang yang dimilikinya, yang pada dasarnya merupakan kemerdekaan bagi pemilik untuk berbuat terhadap barangnya.
3. Pemilik mempunyai hak untuk menghabiskan, merusak atau mengalihkan barangnya.
4. Pemilik mempunyai ciri yang bersifat sisa

Sedangkan Sri Soedewi mengatakan bahwa ciri-ciri dari hak milik itu antara lain;¹²²

1. Hak milik itu selalu merupakan hak induk terhadap hak-hak kebendaan yang lain
2. Hak milik ditinjau dari kuantitetnya merupakan hak yang selengkap-lengkapnya
3. Hak milik itu tetap sifatnya. Artinya tidak akan lenyap terhadap hak kebendaan yang lain
4. Hak milik itu mengandung inti (benih) dari semua hak kebendaan yang lain. sedangkan hak kebendaan yang lain itu hanya merupakan onderdil (bagian) saja dari hak milik

Walaupun hak milik ini bersifat elastis yakni si pemilik hak dapat menyerahkan penguasaan atau pemanfaatan barang terhadap benda miliknya kepada orang lain, namun dalam hak milik ini

¹¹⁰Sadjipto Rahardjo, *Ilmu Hukum*, (Bandung:PT Citra Aditya Bakti, 2014), hal 65 ¹²² Sri Soedewi *Opcit* hal 48

terbatas dalam menggunakannya. Batasan-batasan hak milik dalam KHUHPerduta pasal 570 antara lain;

1. Undang-undang dan peraturan umum
2. Tidak menimbulkan gangguan
3. Kemungkinan adanya pencabutan hak (*onteigening*)

Sedangkan pembatasan hak milik di luar pasal 570 antara lain;

1. Hukum tetangga, di mana aturan ini juga membatasi seseorang dalam memepergunakan hak miliknya. Hukum tetangga ini dalam Islam masuk dalam pembagian hak yakni hak bertetangga atau hak berdampingan (*haqqul jihar*) dengan Contoh, adanya kewajiban menerima aliran air dari tanah yang lebih tinggi ke tanah yang datarannya lebih rendah, kewajiban untuk memberi jalan keluar menuju jalan besar bagi yang memiliki pekarangan yang terletak ditengah-tengah, dll
2. Penyalahgunaan hak, yakni menggunakan haknya sedemikian rupa sehingga mengganggu hak-hak orang lain

Beberapa hal yang diatur dalam hukum positif juga diatur dalam hukum Islam. Secara detailnya akan diuraikan secara tersendiri pada sub judul lainnya di bawah ini.

2. Hak milik (kepemilikan) dalam Hukum Islam

a. Pengertian Hak

Kata “hak” berasal dari Bahasa Arab, yaitu *al haqq*, yang memiliki banyak makna. di antara maknanya “hak” berarti lawan dari *batil*, bisa juga berarti “*adl* (keadilan), *had* dan *nasib* (bagian), *milk* (kepemilikan), dan *maal* (harta). Sedangkan dalam al Qur’an menggunakan istilah *thubut* dan *wajib* (tetap dan keharusan), *al nasib al muhaddad* (bagian tertentu) dan *al adl* (keadilan). Sedangkan Al-Raghib al Asfahani menjelaskan bahwa arti “hak” dalam Bahasa Arab bermakna *al mutabaqoh* (kecocokan) dan *al muwafaqoh* (kesesuaian). Lafaz tersebut menurutnya dapat digunakan untuk empat pengertian: *pertama*, Penjadi (*subjek*) sesuatu yang mengandung hikmah, karena

itu Allah disebut *al Haqq*, kedua, sesuatu yang dijadikan (*objek*) yang mengandung hikmah, karenanya seluruh perbuatan Allah itu disebut *al Haqq*. Ketiga, keyakinan bagi sesuatu yang sesuai dengan keadaannya seperti keyakinan si fulan terhadap kebangkitan, pahala, siksa, syurga dan neraka. Keempat, perbuatan dan perkataan yang terjadi sesuai dengan keadaan dan ukuran yang layak.

Menurut M., Ali Hasan, Hak adalah kekuasaan yang benar atas sesuatu atau untuk menuntut sesuatu. Ia juga berarti kewenangan menurut hukum. Sedangkan Umar Shihab mengartikan hak secara harfiah sebagai kewenangan untuk melakukan sesuatu atau tidak melakukannya. Hak menurutnya, merupakan lawan dari kewajiban yang merupakan suatu tuntutan bagi seseorang untuk melakukan sesuatu.¹¹¹

Pengertian secara umum hak ialah suatu ketentuan yang digunakan oleh syara' untuk menetapkan suatu kekuasaan atau suatu beban hukum.¹¹² Ada juga yang mendefinisikan hak yaitu kekuasaan mengenai sesuatu atau sesuatu yang wajib dari seseorang kepada yang lainnya.¹²⁵

Secara terminologi Syar', Mustafa Ahmad al Zarqa mendefinisikan Hak adalah *ikhtisas* (kewenangan) yang ditetapkan syar' baik berupa *sultah* ataupun *taklif*. *Sultah* (kekuasaan) dapat di terapkan pada manusia seperti hak mendapatkan *hadanah* (pemeliharaan) dan *wilayah* (perwalian) ataupun benda tertentu seperti hak *al milkiyyah* (hak memiliki sesuatu) dan memanfaatkannya.

Definisi yang diberikan Mustafa Ahmad al Zarqa mencakup *haqq al diini* (hak agama) seperti hak Allah kepada hamba-Nya berupa shalat puasa dan lainnya. *Hak al-madani* (hak perdata), yakni hak memiliki sesuatu, *al haqq al Adabi* (hak moral) seperti hak orang tua untuk ditaati anaknya, hak istri untuk dilindungi suami, *haqq al maali*

¹¹¹Fauzi, *Teori Hak, Harta & Istislahi Serta Aplikasinya Dalam Fiqih Kontemporer*, (Jakarta: Kencana, 2017) hal 20

¹¹²H. Hendi Suhendi, *Fiqih Muamalah*, (Jakarta: RajaGrafindo Persada, 2016), hal.32
125 *ibid.* hal 33

(hak harta) seperti hak nafkah, dan *al haqq gayral maali* (hak non harta) seperti hak untuk menolong diri sendiri.¹¹³

Menurut wahbah al Zuhaili, definisi ini cukup bagus dikarenakan di dalamnya mencakup berbagai macam hak yang bersifat agama seperti hak Allah terhadap hamba-hamba-Nya seperti shalat, puasa, dan sebagainya, hak sosial seperti hak kepemilikan, serta hak-hak moral seperti hak orang tua terhadap anak, hak negara terhadap rakyatnya, serta hak-hak yang bersifat harta.¹¹⁴ Definisi ini juga mencakup keterangan inti dari hak yakni ikatan khusus yang melekat pada orang tertentu dalam kaitan dengan objek tertentu, misalnya hak si penjual untuk menentukan harga sebagai suatu kekhususan yang dimilikinya. Karena jika tidak ada kewenangan terhadap barang yang akan dijual tersebut maka disebut dengan *al ibahat al-ammah*, artinya siapa saja boleh melakukan dan menguasainya seperti berburu, berkayu dan lainnya. Itu tidak dinamakan hak tetapi disebut dispensasi bagi manusia (*rukhsah al ammah lin naas*).

Akan tetapi jika seseorang diberikan kewenangan maka pemberian kewenangan tersebut menjadi “hak” bagi yang diberi wewenang untuk menguasai sesuatu yang menjadi haknya tersebut. Akan tetapi menurut hukum Islam kewenangan tersebut tentunya harus mendapatkan pengakuan secara Syar’, jika tidak diakui secara Syar’ maka tidak dapat dinamakan “hak”. Semisal, seseorang mencuri atau merampas milik orang lain secara *defacto* barang tersebut menjadi milik si pencuri akan tetapi secara Syar’ perbuatan mencuri tidaklah dibenarkan, sehingga kewenangan si pencuri terhadap barang tersebut tidaklah dinamakan “hak”.

Karenanya hak dalam penerapannya selalu dikaitkan dengan pemeliharaan kemaslahatan orang lain dan tidak merugikan kepentingan umum. Artinya bahwa setiap individu tidaklah memiliki kebebasan mutlak untuk menggunakan haknya, sebab dia bukanlah pemilik mutlak yang tidak dibatasi oleh kemaslahatan

¹¹³*Ibid hal 21*

¹¹⁴Wahbah Al Zuhaili, *Fiqh Islam Wa Adillatuhu*, jilid IV (Jakarta: Gema Insani, 2011), hal. 364.

orang lain dalam menggunakan haknya dengan sewenang-wenang dan merugikan pihak lain. Sehingga “hak” menurut Fauzi adalah kewenangan yang ditetapkan Syar’ berkaitan dengan kekuasaan.¹¹⁵

b. Pengelompokan Hak

Dalam pengelompokan hak ini terdapat perbedaan di kalangan ulama, namun sesungguhnya dalam penjelasannya tidaklah jauh berbeda. Menurut Wahbah al Zuhayli hak dapat ditinjau dari tiga sisi, subjek hak, objek hak, dan kewenangan pengadilan. Jika ditinjau dari subyeknya maka hak tersebut dibagi lagi menjadi tiga yakni; hak Allah, hak manusia dan hak *musytarak* (hak serikat) yakni gabungan antara hak Allah dengan hak manusia. Sedangkan dari segi objeknya hak dapat dibagi menjadi *al haqq al mali* (hak harta) dan *al haqq gairu al mali* (non harta), hak personal dan hak benda, serta *al haqq mujarrad* (hak murni) hak yang tidak memberikan dampak apa-apa ketika mundur dari hak tersebut, dan *al haqq gairu mujarrad* (hak tidak murni) yaitu hak yang memberikan dampak apabila terjadi *tanazul* (pemunduran diri dari hak tersebut). Sedangkan *al haqq mali* (hak harta) dibagi lagi menjadi dua macam, yaitu *al haqq al syakhsy* (sesuatu yang diterima seseorang dari pihak lain berdasarkan ketetapan Syar’) seperti hak penjual mendapatkan bayaran dan hak pembeli mendapatkan barang, dan *al haqq aini* (hak yang ditetapkan secara Syar’ bagi seseorang terhadap sesuatu barang tertentu). Sedangkan jika dilihat dari wewenang pengadilan, dapat dibagi dua yakni *al haqq al diyani* (hak yang tidak boleh diintervensi oleh pengadilan) artinya hak itu tidak boleh memaksa terhadap seseorang tentang suatu perkara apabila tidak terdapat bukti dan *al haqq al qada’i* (hak yang berada dalam kewenangan hakim dan memungkinkan pemilik untuk membuktikannya di depan hakim).

Melihat pengelompokan tersebut maka hak cipta atas Ekspresi Budaya Tradisional maka jika ditinjau dari subjek hak maka dia merupakan hak manusia, jika ditinjau dari objek hak maka Ekspresi Budaya Tradisional ini masuk dalam kelompok harta khususnya

¹¹⁵Opcit hal. 22

harta yang tidak berwujud, adapun pada pengelompokkan lainnya tergantung pada posisi dan situasi di mana Ekspresi Budaya Tersebut berada.

1. Subjek Hak

a. Hak Allah

Hak Allah ini oleh Ismail Nawawi menyebutnya juga dengan hak ilahiyah, yakni seluruh bentuk atau usaha yang dapat mendekatkan diri kepada Allah melalui sikap mengabdikan kepadaNya.¹¹⁶Upaya pendekatan diri ini dapat dilakukan dengan cara ibadah ritual seperti shalat, zakat, puasa, haji dan sebagainya.

Pendapat lain mengatakan bahwa hak Allah yakni hak di mana seorang hamba mendekatkan diri kepada Allah dengan mengagungkan dan menegakkan syari'atNya serta mewujudkan kemaslahatan umum dengan menyandarkan kepada Allah. Kemaslahatan umum ini juga merupakan hak masyarakat sehingga hak Allah dalam hal ini disebut juga hak masyarakat karena tujuannya adalah untuk memberi manfaat kepada umat manusia pada umumnya.

Hak ini merupakan hak yang berkaitan dengan kewajiban ibadah dan kemaslahatan publik, yang dalam pelaksanaan perundang-undangan modern dinamakan hak-hak negara atau hak-hak umum. Hak untuk menikmati anugerah Allah kepada hambaNya diperoleh melalui *muamalah* tertentu. Namun demikian hak khusus tetap tunduk pada hak umum. Segala yang menjadi hak manusia pada hakikatnya tetap mengandung di dalamnya hak Allah.¹¹⁷

b. Hak Manusia

Hak manusia adalah hak yang bertujuan menjaga kemaslahatan setiap pribadi manusia, juga termasuk hak asasi seperti hak hidup, hak merdeka, hak untuk dilindungi, hak untuk dihormati dan

¹¹⁶ H. Ismail Nawawi, "*Fiqh Muamalah Klasik Dan Kontemporer*", (Bogor: Ghalia Indonesia, 2012), hal.44

¹¹⁷Hasbi Ash-Shiddieqy, "*Ilmu Kenegaraan dalam Fiqih Islam*", (Jakarta: Bulan Bintang, 1991) hal. 94-95

sebagainya. Hak dapat dibagi menjadi empat macam yakni; 1) hak yang dapat digugurkan 2) hak yang tidak dapat digugurkan, 3) hak yang dapat diwariskan 4) hak yang tidak dapat di wariskan. Hak manusia ini oleh Ismail Nawawi menyebutnya dengan hak insaniah, yakni hak-hak yang dimaksudkan untuk menjaga kemaslahatan seseorang.¹¹⁸Hak ini juga bisa bersifat umum seperti menjaga kesehatan, mendapatkan rasa aman, memiliki harta benda dan lainnya seperti yang dicontohkan di atas, namun juga bisa bersifat khusus seperti menjaga kepemilikan, hak istri untuk dinafkahi, hak ganti rugi dan sebagainya.

c. Hak *al Musytarak* (Hak Serikat)

Merupakan gabungan antara “hak Allah” dan “hak manusia”, dalam hal ini terkadang hak Allah lebih unggul tetapi pada kasus tertentu hak manusia lebih mendominasi. Contohnya pada iddah wanita yang ditalak terdapat hak Allah untuk menjaga percampuran keturunan, sedangkan hak manusia adalah menjaga nasab anak-anaknya, pada kasus ini hak Allah lebih dominan, karena menjaga keturunan akan memberikan manfaat secara umum bagi masyarakat yakni terhindar dari perselisihan. Contoh lainnya adalah pada kasus pembunuhan terdapat hukum *qisas*, yang mana dalam hal ini hak Allah membersihkan masyarakat dari kejahatan pembunuhan, sedangkan hak manusia berupa mengobati kemarahan dan membersihkan jiwa dengan membunuh si pembunuh. Pada kasus ini hak manusia lebih unggul karena *qisas* berpatokan pada *mumathalah* (bagian anggota yang serupa) dan *mumathalah* memperkuat hak manusia. Wali si terbunuh boleh mengampuni pembunuh dan berdamai dengan membayar *diyah*, dalam hal ini Allah menganjurkan pemaafan atau damai (al Baqarah (2) ayat 178 dan al Isra’ (17) ayat 33).

d. Objek Hak

Menurut wahbah al Zuhayli objek hak ini dibagi menjadi beberapa hak yakni *al haqq al mali* dan *al haqq gairu mali* (harta dan

¹¹⁸Opcit hal. 45

bukan harta), hak personal dan hak benda serta *al haqq mujarrad* dan *gairu mujarrad*.

- a. *Al haqq mali* dan *al haqq gairu mali* (hak harta dan non harta)

Al haqq mali (harta) merupakan hak terhadap harta serta pemanfaatan dari harta tersebut, jadi objeknya adalah harta dan manfaat yang dapat menghasilkan nilai secara ekonomi. Contohnya hak seorang penjual atas bayarannya dan hak seorang pembeli atas barang yang dibelinya, hak penyewa atas barang yang disewakan dan hak penyewa untuk memanfaatkan barang yang disewanya dan masih banyak contoh lainnya. Secara rinci akan dibahas tentang apa yang dimaksud harta pada bagian lain dari tulisan ini.

- b. Hak personal dan Hak Benda

Hak personal adalah hak yang dikukuhkan oleh syariat untuk seseorang terhadap orang lain. Objeknya dapat berbentuk aktifitas seperti hak ganti rugi atas dirusaknya barang, hak manusia atas piutangnya, dan lain-lain. Sedangkan hak benda adalah hak yang dikukuhkan oleh syari'at untuk seseorang terhadap benda tertentu. Hubungan yang terjadi hanya antara pemilik hak dengan benda itu saja. Contohnya, hak kepemilikan yang bersifat mutlak, atau hak mutlak yang memungkinkan si pemilik hak memiliki kewenangan mutlak terhadap apa yang dimilikinya. Contoh, hak untuk menggunakan, hak untuk menginvestasikan dan lain-lain.¹¹⁹

- c. *Al haqq mujarrad dan gairu mujarrad* (hak murni dan tidak murni)

Hak *mujarrad* yaitu hak yang tetap eksis meskipun si pemilik hak melepaskan haknya. Contohnya hak moral bagi si pengarang buku, hak tersebut melekat pada pemiliknya dan

¹¹⁹Wahbah Al Zuhaili, *Fiqih Islam Wa Adillatuhu*, jilid IV (Jakarta: Gema Insani, 2011), hal. 364.

seseorang harus menyebutkan nama pengarang tersebut jika merujuk pada buku yang ditulisnya, dalam konteks ini berlakunya perlindungan terhadap hak cipta seseorang atas hasil karyanya dalam mengolah daya pikir sehingga menghasilkan suatu karya yang bernilai. Sedangkan *al haqq gairu mujarrad* yaitu hak yang memberikan pengaruh dengan pencabutannya. Jika hak dicabut akan berakibat pada perubahan hukum, contohnya hak suami atas istrinya dan orang lain tidak boleh mengganggunya, apabila suami mencabut haknya dengan talak maka si istri bebas untuk menikah lagi dengan laki-laki lain.

2. Kewenangan pengadilan

Ditinjau dari ada tidaknya kewenangan pengadilan hak dibagi menjadi dua macam yakni *al haqq diyani* dan *al haqq qada'i*. Hak *diyani* adalah hak yang tidak boleh diintervensi oleh pengadilan. Seorang hakim tidak dapat memaksa seseorang untuk berbuat sesuatu apabila tidak terdapat bukti yang konkret untuk mengharuskan orang tersebut untuk berbuat. Akan tetapi seseorang memiliki tanggungjawab di hadapan Allah dan nuraninya untuk mempertanggungjawabkan apa yang diperbuatnya. Contoh hutang yang tidak mampu dibuktikan oleh yang berpiutang di depan hakim, maka dia tidak dapat menuntut yang berhutang untuk membayarnya, akan tetapi orang yang berhutang tersebut samasekali tidak lepas dari tanggungjawabnya untuk membayar hutang di hadapan Allah.

Adapun *al haqq Qada'i* merupakan hak yang berada dalam kewenangan hakim untuk menentukannya dan memiliki kemungkinan pemilik hak untuk membuktikannya di depan hakim.

c. Hak Milik (kepemilikan)

1. Pengertian Hak Milik

Menurut Wahbah Al Zuhaili dan Mustafa Ahmad Al Salabi secara etimologi *al milk* diartikan sesuatu yang dimiliki manusia dan di-*tasyaruf*-kan (ditransaksikan) dengannya.

Sedangkan secara terminologi *Al milk* adalah *ikhtisas* (kewenangan) mendasar terhadap sesuatu yang menghalangi orang lain (menguasai)-nya dan memungkinkan pemiliknya bertransaksi terhadap benda itu kecuali ada larangan syara'.¹²⁰ Lebih jauh Wahbah al Zuhaili mengatakan bahwa *al-milkiyah atau al-milk* (kepemilikan atau hak milik) adalah hubungan keterikatan antara seseorang dengan hartanya yang dikukuhkan dan dilegitimasi keabsahannya oleh syara' yang hubungan keterikatan itu menjadikan harta tersebut hanya khusus untuknya dan ia berhak melakukan semua bentuk pentasharufan terhadap harta itu selagi tidak ada sesuatu hal yang menjadi penghalang dirinya dari melakukan pentasyarufan.¹²¹¹²²Hak kepemilikan ini menurut Wahbah akan berlaku apabila ada pengukuhan, pelegitimasian, dan pengakuan syara' karena syara' lah yang memunculkan hak-hak. Menurut Wahbah *al-milk* adalah keterkhususan terhadap sesuatu yang orang lain tidak boleh mengambilnya dan menjadikan pemiliknya bisa melakukan *pentasharufan* terhadapnya secara mendasar kecuali adanya suatu penghalang yang ditetapkan oleh syara'. Sedangkan dalam syari'at, hak kepemilikan bukanlah hak alamiah yang mencul dengan sendirinya, akan tetapi merupakan sebuah anugerah Tuhan yang diberikan oleh sang Khaliq kepada individu-individu yang sesuai dengan kemaslahatan publik.¹²³

Sedangkan Mustafa Ahmad al Zarqa dalam Fauzi mengatakan, *Haq al milk* (hak milik adalah suatu hak yang memberikan kepada pihak yang memilikinya kekuasaan atas sesuatu sehingga ia mempunyai kewenangan mutlak untuk menggunakan dan mengambil manfaat sepanjang tidak menimbulkan kerugian terhadap pihak lain.¹²⁴ Artinya bahwa seorang pemilik hak berhak melakukan secara

¹²⁰Fauzi, Teori Hak, *Harta & Istislahi Serta Aplikasinya Dalam Fiqih Kontemporer*, (Jakarta: Kencana, 2017) hal 37

¹²¹Wahbah Al Zuhaili, *Fiqh Islam Wa Adillatuhu*, jilid VI (Jakarta: Gema Insani,

¹²²hal 449

¹²³*Ibid*

¹²⁴Wahbah Zuhayli *Opcit* hal 37

bebas terhadap sesuatu benda yang telah menjadi haknya selama ketentuan-ketentuan secara syara' tidak menghalanginya.

2. Pembagian *Al Milk* (Kepemilikan)

Al milk dibagi menjadi dua yakni *al milk al-tam* dan *al milk naqis*. *Al milk at-tam* adalah kepemilikan terhadap 'ayn (zat) sesuatu dan manfaatnya secara bersamaan, di mana pemilik memiliki seluruh hak yang disyari'atkan. *Al milk at tam* (milik sempurna) ini bersifat mutlak dan kontinyu, tidak terbatas dengan masa tertentu selama sesuatu yang menjadi obyek kepemilikan itu ada. Gugurnya hak milik seseorang terhadap benda ini adalah hanya dengan pemindahan kepemilikan dengan cara jual beli dan hibah.

Sedangkan *al milk al naqis* adalah pemilikan 'ayn (zat) saja atau manfaat saja. Memiliki manfaatnya saja disebut hak *intifa'* (hak penggunaan).¹³⁷ *Al milk al naqis* ini kemudian dibagi lagi menjadi tiga yakni;1). *al milk al-ayn* (kepemilikan terhadap benda saja), Contohnya mewasiatkan orang lain menggarap sawah untuk diambil manfaatnya, jadi ahli waris dari si pemilik tanah hanya memiliki tanahnya (zat) saja sedangkan manfaatnya tidak (*milk al 'ayn*), karena manfaatnya adalah hak dari penerima wasiat. 2). *milk al- manfa'ah syakhsy* (kepemilikan terhadap manfaat secara individu disebut juga dengan *haqq intifaq* (hak memanfaatkan), seperti peminjaman, sewa-menyewa, wakaf, wasiat dan ibahah (milik umum), Izin ini semisal memberikan izin kepada orang untuk berteduh di gedung kantor, atau memberikan izin orang lain untuk memakai kendaraannya dan lain-lain. Kaitannya dengan kepemilikan Ekspresi Budaya Tradisional (EBT) adalah izin dari masyarakat adat sebagai pemilik untuk dimanfaatkan EBT mereka untuk digunakan oleh orang lain atau lembaga lain yang berkepentingan. 3). *Milk manfaah 'ainy* (kepemilikan manfaat dalam kaitan barang dengan barang atau *haqq irtifaq* (hak yang mendampingi)

Selanjutnya yang termasuk *al milk naqis* adalah kepemilikan manfaat dalam kaitannya barang dengan barang (*milk manfaah al 'ayn*) atau disebut juga dengan *haqq irtifaq* (hak mendampingi) misalnya

hak yang diberikan kepada suatu kebun untuk memanfaatkan sesuatu dari kebun yang lain.

d. Kaidah-kaidah Penggunaan Hak

Penggunaan hak tentunya harus dengan kaidah-kaidah yang telah ditentukan secara hukum agar seseorang terhindar dari hal-hal yang dapat merugikan pemilik hak maupun pihak lain. kaidah penggunaan hak ini di antaranya adalah; *pertama* tidak membahayakan orang lain. artinya dalam penggunaan hak hendaknya tidak merugikan pihak lain. *kedua*, tidak melakukan sesuatu yang tidak disyari'atkan. Seseorang dilarang menggunakan haknya untuk mewujudkan hal yang tidak disyari'atkan atau tidak sesuai dengan *kemaslahatan* yang tidak dikehendaki. *Ketiga*, tidak menimbulkan kemudharatan yang lebih besar dari kemaslahatan. Jika seseorang menggunakan haknya dengan maksud mewujudkan kemaslahatan akan tetapi dapat menimbulkan kemudharatan yang lebih besar baik kemudharatan yang bersifat umum maupun individu, maka penggunaan hak dalam kondisi ini di larang. Dalil terhadap larangan ini adalah "*laa dhirooro wa laa dhiroro*" artinya tidak boleh memudharatkan dan dimudharatkan. Contohnya penimbunan barang (*ikhtikar*), yakni menyimpan barang pada saat harga murah dan menjualnya pada saat harga tinggi sementara masyarakat membutuhkan barang tersebut. *Keempat*, menggunakan hak di luar '*urf* (kebiasaan), dan menyebabkan kemudharatan bagi orang lain, pada kondisi ini penggunaan hak dilarang, contohnya melakukan aktifitas yang mengganggu tetangga, menyewa rumah akan tetapi tidak dipelihara dengan baik dan lain-lain yang di luar kebiasaan. *Kelima*, tidak menggunakan hak dengan ceroboh atau keliru, seperti melakukan aktifitas yang dapat mengakibatkan celaka bagi orang lain.¹²⁵ Intinya bahwa kaidah penggunaan hak hendaknya tidak keluar dari syari'at yang telah ditentukan. Artinya dalam penggunaan hak, hendaknya menghindari mudharat yang mengakibatkan kerugian untuk mencapai tujuan kebaikan (*maslahah*).

¹²⁵Wahbah Zuhayli *Opcit*, hal 44-49

e. Pembatasan Hak Milik

Islam berpandangan bahwa sesungguhnya segala sesuatu yang ada di dunia ini adalah milik Allah swt semata, harta benda yang dimiliki manusia hanyalah titipan semata. Sehingga ketika manusia di dalam bekerja dan berkaryapun yang digunakan adalah milik Allah, maka untuk itu sudah seharusnya harta kekayaan meskipun terikat nama orang tertentu, seyogyanya juga milik hamba-hamba yang lain dan dimanfaatkan untuk kepentingan orang banyak, (QS. al Baqarah ayat 29).¹²⁶

هُوَ الَّذِي خَلَقَ لَكُمْ مَا فِي الْأَرْضِ جَمِيعًا ثُمَّ اسْتَوَىٰ إِلَى السَّمَاءِ فَسَوَّاهُنَّ سَبْعَ سَمَاوَاتٍ وَهُوَ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ (٢٩)

Melihat uraian di atas maka harta kekayaan memiliki fungsi sosial yang tujuannya adalah menyejahterakan masyarakat serta memenuhi segala kebutuhan serta kemaslahatan-kemaslahatannya. Jadi, pemilik individu di dalam pandangan Islam adalah merupakan sebuah fungsi sosial. Wahbah al Zuhayli menilai bahwa sesungguhnya Islam adalah sebuah manhaj atau sistem yang sudah jelas. Kepemilikan individu adalah sebuah hak yang harus dihormati dan dilindungi dalam Islam kecuali pada Batasan-batasan hak individu lain dan kemaslahatan masyarakat umum. Jadi, hak kepemilikan memiliki fungsi sosial sebagaimana ia juga memiliki sifat individual. Arinya bahwa sesungguhnya Islam tidak melarang kepemilikan individu secara mutlak, namun juga tidak membiarkannya tanpa batas.¹⁴⁰

Islam melarang merampas ataupun mencuri milik orang lain, melakukan penipuan, *ghasab* (penyerobotan), serta menuntut ganti rugi atas pengrusakan harta orang lain. terhadap kepemilikan yang ilegal dan tidak sah, maka negara berhak melakukan intervensi di dalam menanganinya untuk mengembalikan harta benda kepada pemiliknya yang sah. Bahkan lebih jauh dari itu, negara berhak

¹²⁶“Dialah Allah, yang menjadikan segala yang ada di bumi untuk kamu dan Dia berkehendak (menciptakan) langit, lalu dijadikan-Nya tujuh langit. Dan Dia Maha Mengetahui segala sesuatu”

menyita kepemilikan illegal tersebut, baik itu berupa harta benda bergerak maupun harta benda tidak bergerak. Bahkan negara berhak melakukan intervensi terhadap kepemilikan-kepemilikan yang pribadi yang illegal sekalipun guna menciptakan keadilan dan kemaslahatan umum.¹²⁷ Terhadap hal ini *waliyyatul amri* (pemerintah), demi tercapainya *maqashid al Syari'ah* yakni keadilan dan kemaslahatan tersebut, wajib membatasi suatu kepemilikan dengan mengeluarkan suatu peraturan batasan larangan terhadap penggunaan hak milik. Jika pemerintah sudah menetapkan maka wajib hukumnya untuk ditaati, karena Islam mewajibkan untuk taat kepada *waliyyatul amri* (pemerintah). Hal ini berdasarkan firman Allah swt Q.S. an Nisa; 59:

يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي
الْأَمْرِ مِنْكُمْ

“Hai orang-orang yang beriman, taatilah Allah dan taatilah Rasul (Nya), dan ulil amri di antara kamu”

Adapun batasan-batasan kepemilikan terbagi dalam tiga katgori. *Pertama*, Batasan berkisar pada ruang lingkup menolak kemudharatan, *Kedua*, tidak semua hal dapat dimiliki secara individu atau pribadi, *Ketiga*, kelompok atau negara memiliki hak-hak yang ditetapkan atas kepemilikan pribadi.¹²⁸

1. Batasan pertama, tidak menimbulkan kemudharatan dan kerugian bagi orang lain, dalam hal ini telah dijelaskan bahwa sesungguhnya hak-hak yang ditetapkan atas suatu kepemilikan memiliki dua asas yakni; asas tidak menimbulkan mudharat dan kerugian bagi orang lain serta asas memberi manfaat bagi orang lain jika memang di sana tidak menimbulkan mudharat dan kerugian bagi si pemilik.

¹²⁷*Ibid* hal 476

¹²⁸*Ibid* hal 479-480

2. Batasan kedua, larangan terhadap suatu kepemilikan pribadi atau individu dalam beberapa kondisi tertentu. Tidak semua harta dapat dimiliki secara individu, seperti harta kekayaan yang memiliki kemanfaatan umum, harta kekayaan yang sudah ada secara alamiah seperti barang tambang, minyak bumi, batu air dan lain-lain, serta harta kekayaan yang status kepemilikannya akan berpindah dari tangan individu ke tangan negara, atau harta kekayaan yang negara memiliki kewenangan terhadapnya.

Pembatasan-pembatasan dalam penggunaan hak milik ini baik menurut hukum positif maupun hukum Islam sangat sejalan dan tidak bertentangan dengan *maqahsid al Syari'ah*, yakni bermuara pada kemaslahatan.

Dalam Islam diakui juga adanya kepemilikan yang bersifat komunal, dalam hal ini kepemilikan yang bersifat publik. Kepemilikan publik ini juga dapat membatasi kepemilikan yang bersifat individu, seperti tidak boleh menggunakan jalan sebagai sarana yang dapat menimbulkan mudharat bagi orang lain. Hak kepemilikan dalam Islam adalah hak yang memiliki karakter ganda, yaitu karakter individual dan pada waktu yang sama juga memiliki karakter kolektif atau komunal.¹⁴³ Selanjutnya Wahbah Al Zuhaili menjelaskan bahwa kepemilikan ada dua yaitu kepemilikan individu atau pribadi (*personal property*) dan kepemilikan publik (*public property*). Kendati komunal yang dimaksud di sini adalah kepemilikan publik atau umum, namun setidaknya kepemilikan secara komunal milik masyarakat adat dapat dikategorikan sebagai hak yang wajib untuk dilindungi. Terlebih ada tujuan atau unsur *maslahah* yang ingin dicapai di dalamnya. Karena hak-hak masyarakat adat selain memiliki sifat komunal juga dengan perkembangan saat ini banyaknya hak-hak masyarakat adat yang dikembangkan menjadi karya cipta yang bernilai ekonomi yang selanjutnya menjadi penopang kehidupan individu-individu dari masyarakat tersebut bahkan masyarakat luar yang mengembangkannya.

Selanjutnya dalam konteks inilah maka agar tidak terjadi penyalahgunaan hak dalam pemanfaatannya maka perlindungan oleh negara itu mutlak dilakukan.

3. Benda Sebagai Harta Kekayaan

a. Pengertian

Kita telah mengenal apa yang disebut dengan subjek hak dan objek hak. Subjek hak itu adalah badan, pribadi (*person*), maka objek hak disebut dengan benda. Benda (zaak) adalah segala sesuatu yang dapat di haki oleh orang.¹²⁹ Makna benda dapat dilihat dalam arti yang sempit, yaitu sebagai barang yang dapat terlihat saja, akan tetapi dapat juga dilihat secara lebih luas dari segi fungsi dan manfaatnya maka benda dikategorikan sebagai harta kekayaan.

Apabila benda dilihat dari segi harta kekayaan maka benda dapat berarti sesuatu yang tidak terlihat seperti “hak-hak”. Sedangkan pada pasal 499 KUHPerdara dikatakan bahwa; “menurut paham undang-undang yang dinamakan kebendaan ialah tiap-tiap barang dan tiap-tiap hak yang dapat dikuasai hak milik”. Jika melihat definisi undang-undang tersebut maka sesuatu akan dapat menjadi obyek benda apabila telah memenuhi syarat “penguasaan” oleh manusia, serta “mempunyai nilai ekonomi”.

b. Pembagian Benda

Undang-undang membagi benda-benda dalam beberapa macam;¹⁴⁵

1. Benda yang dapat diganti (contoh: uang) dan benda yang tidak dapat diganti (contoh: kuda)
2. Benda yang dapat diperdagangkan dan yang tidak dapat diperdagangkan (fasilitas umum)
3. Benda yang dapat dibagi (contoh: beras) dan yang tidak dapat dibagi (contoh: kuda)

¹²⁹Subekti, *Pokok-pokok Hukum Perdata*, (Jakarta:PT Intermasa, 2005), hal.60 ¹⁴⁵ *Ibid* hal. 61

4. Benda yang bergerak (contoh: perabot rumah) dan yang tidak bergerak (contoh: tanah)

Pembagian tersebut menunjukkan bahwa yang paling penting adalah yang terakhir yakni benda bergerak dan tidak bergerak, sebab pada pembagian ini terdapat akibat-akibat yang sangat penting dalam hukum. Benda digolongkan benda tidak bergerak dikarenakan; *Pertama*, karena sifatnya, *kedua* karena tujuan pemakaiannya dan *ketiga*, karena ditentukan oleh Undang-Undang. Sedangkan benda digolongkan dalam benda yang bergerak dikarenakan, *pertama*, karena sifatnya, *kedua*, karena ditetapkan undang-undang.

Melihat uraian di atas maka hak cipta merupakan bagian dari harta kekayaan yang tidak terlihat dan memiliki nilai ekonomi, sehingga wajib untuk dilindungi keberadaannya sesuai dengan undang-undang.

c. Hak Kebendaan

Yang dimaksud dengan hak kebendaan adalah (*zakelijkrecht*) ialah hak mutlak atas sesuatu benda di mana hak itu memberikan kekuasaan langsung atas sesuatu benda dan dapat dipertahankan terhadap siapapun juga.¹³⁰Hak kebendaan ini adalah hak yang bersifat mutlak (absolut), yang berlawanan dengan hak nisbi (*personlijk*) atau hak relatif.

Beberapa ciri yang membedakan antara hak kebendaan dengan hak *personlijk* adalah;¹³¹

1. Hak kebendaan merupakan hak yang mutlak, yaitu dapat dipertahankan terhadap siapapun juga
2. Hak kebendaan mempunyai *zaaksgevolg* atau *droit de suit* (hak yang mengikutinya), yaitu hak itu mengikuti terus bendanya dimanapun juga (dalam tangan siapapun juga) barang itu berada. Hak itu mengikuti terus orang yang memunyaiinya.

¹³⁰Sri Soedewi Masjchoen Sofwan, *Hukum Perdata Hukum Benda*, (Yogyakarta: Liberty 1974) hal 25

¹³¹*Ibid* hal 25-27

3. Sistem yang terdapat pada hak kebendaan adalah mana yang lebih dulu terjadinya, itu tingkatannya adalah lebih tinggi daripada yang terjadi kemudian
4. Mempunyai sifat *droit de preference* (hak terlebih dahulu)
5. Terdapat adanya gugatan kebendaan
6. Kemungkinan untuk memindahkan hak kebendaan itu dapat secara sepenuhnya dilakukan. Sedangkan pada hak perorangan kemungkinannya terbatas

Selain itu hak kebendaan dapat dibedakan menjadi;¹³²

1. Hak kebendaan yang memberikan kenikmatan baik atas bendanya sendiri maupun benda milik orang lain/ *zakelij genotsrecht*, misalnya hak *eighendom*/hak milik
2. Hak kebendaan yang bersifat jaminan/*zakelijk zakerheidsrecht*, misalnya: hipotik

Sedangkan Mariam Darus Badruzaman membagi hak kebendaan menjadi dua yakni, hak kebendaan yang bersifat sempurna dan terbatas. Hak kebendaan yang bersifat sempurna ini memberikan kenikmatan yang sempurna bagi si pemilik, yang selanjutnya dinamakan hak milik. Sedangkan yang bersifat terbatas itu kurang memberikan kenikmatan yang sempurna. Pembagian ini hampir mirip dengan pembagian hak menurut Islam yakni hak milik *at Tam* (sempurna) dan hak milik *naqis* (tidak sempurna).

Mengacu pada pendapat tersebut maka O.K. Saidin menyimpulkan bahwa yang dimaksud dengan hak kebendaan yang sempurna itu adalah hanya hak milik, sedangkan selebihnya termasuk dalam kategori hak kebendaan yang terbatas.¹³³

¹³²Harumiati Natadimaja, *Hukum Perdata Mengenai Hukum Perorangan dan Hukum Benda*, (Yogyakarta: Graha Ilmu, 2009), hal. 53

¹³³H.O.K. Saidin, *Aspek Hukum Hak Kekayaan Intelektual (Intellectual Property Rights)*, (Jakarta: PT. Raja Grafindo Persada, 1995), hal. 50

4. Harta (Benda) Dalam Hukum Islam

Sebelum lebih jauh berbicara tentang Ekspresi Budaya Tradisional sebagai bagian dari Hak Cipta dan apakah Hak cipta yang berupa Ekspresi Budaya Tradisional adalah masuk dalam objek hak harta atau non harta, maka terlebih dulu akan diuraikan tentang apa itu harta.

a. Definisi Harta

Harta (*al-al mal* [asal kata *mala*] = condong atau berpaling dari tengah ke salah satu sisi. Jadi harta adalah segala sesuatu yang menyenangkan manusia dan mereka pelihara baik dalam bentuk materi ataupun manfaat.¹³⁴

Secara etimologi, harta adalah setiap yang dipunyai dan digenggam atau dikuasai manusia secara nyata baik berupa benda maupun manfaat, seperti emas, perak, hewan, tumbuh-tumbuhan atau manfaat barang seperti manfaat mengendarai, memakai dan menempati.¹³⁵

Sedangkan harta (*mal*) secara terminologi menurut ulama ada dua yakni; *pertama*, menurut al Hanafiyah, harta adalah setiap sesuatu yang dapat dikuasai (*hiyazah*), dapat disimpan (*ihraz*), dan menurut kebiasaan (adat) dapat dimanfaatkan. Harta menurut jumhur fuqaha selain Hanafiyah adalah setiap yang memiliki nilai yang jika rusak orang yang merusaknya mesti mengganti.¹³⁶

Atau dengan kata lain pendapat Hanafiyah ini kemudian yang digunakan dalam undang-undang. Jadi harta dalam pandangan undang-undang adalah setiap yang memiliki nilai sebagai sebuah harta. Adapun perbedaan antara pendapat jumhur ulama dengan pendapat Hanafiyah adalah bagi jumhur ulama harta tidak saja bersifat materi, tetapi juga manfaat dari suatu benda. Sedangkan

¹³⁴Abdul Aziz Dahlan et al, *Ensiklopedi Hukum Islam*, (Jakarta: P.T, Ichtiar Baru van Hoeve) hal.525

¹³⁵Wahbah Al Zuhaili, *Fiqih Islam Wa Adillatuhu*, jilid IV (Jakarta: Gema Insani,

¹³⁶*ibid*

ulama Hanafi berpendapat bahwa pengertian harta hanya bersifat materi sedangkan manfaat masuk dalam pengertian milik.

Adapun As Syafi'i mendefinisikan harta sebagai nama bagi sesuatu yang memiliki nilai, dapat diperjual belikan dan mengharuskan jaminan bagi yang merusaknya. Fauzi menyimpulkan bahwa harta adalah; setiap sesuatu yang memiliki nilai, memungkinkan manusia memilikinya dan memanfaatkannya pada kondisi normal. Melihat definisi tersebut maka dapat disimpulkan bahwa sesuatu dianggap sebagai harta apabila;¹³⁷

1. Memiliki nilai, harta dikatakan memiliki nilai dilihat dari apakah harta tersebut memiliki manfaat atau tidak. Jadi, "manfaat" merupakan tujuan mendasar dari harta tersebut.
2. Memungkinkan untuk dapat dimiliki, artinya bahwa sesuatu yang memiliki nilai tersebut dapat dimiliki oleh manusia. Jika sesuatu memiliki nilai namun tidak dapat dimiliki maka bukan dikategorikan sebagai harta.
3. Dapat dimanfaatkan pada kondisi normal, yakni sesuatu tersebut dapat digunakan secara terus menerus dalam keadaan biasa atau normal.
4. 'Urf (adat atau kebiasaan), maksudnya kebiasaan seluruh atau sebagaian manusia dalam memberikan apresiasi terhadap sesuatu apakah sesuatu tersebut dapat dikembangkan dan dipelihara keberadaannya atau tidak.

Melihat kriteria tersebut, tidak dapat disanggah lagi bahwa sesungguhnya Ekspresi Budaya Tradisional merupakan kekayaan yang memiliki nilai ekonomi yang pada saat ini selalu dikembangkan dan dikreasikan mengikuti perkembangan zaman. Bahkan keberadaannya tidak jarang dapat meningkatkan perekonomian bagi pemanfaatnya.

¹³⁷Fauzi, Teori Hak, *Harta & Istislahi Serta Aplikasinya Dalam Fiqih Kontemporer*, (Jakarta: Kencana, 2017), hal. 31

c. Pembagian Harta

Menurut ensiklopedi Hukum Islam dijelaskan bahwa Ulama fiqih membagi harta menjadi beberapa macam;¹³⁸

1. Berdasarkan kebolehan memanfaatkannya menurut syara' terbagi menjadi harta *mutaqawwim* (halal untuk dimanfaatkan) dan *gairu mutaqawwim* (tidak halal untuk dimanfaatkan),
2. Berdasarkan jenisnya harta ini terbagi menjadi harta bergerak dan tidak bergerak, harta tidak bergerak seperti rumah dan tanah sedangkan harta bergerak seperti kendaraan dan pakaian.
3. Berdasarkan segi pemanfaatannya harta dibagi atas harta *al isti'mali* (pemanfaatannya tidak menghabiskan harta tersebut), seperti lahan pertanian dan rumah, dan harta *al istihklaki* (pemanfaatannya menghabiskan harta tersebut) seperti sabun, pakaian dan makanan
4. Berdasarkan ada atau tidaknya harta sejenis di pasaran. Berkaitan dengan ini ulama fiqih membaginya atas harta yang bersifat *al mitsli* (harta yang ada jenisnya di pasaran, yaitu harta yang ditimbang dan ditakar seperti gandum, beras, kapas dan besi) serta harta yang bersifat *al qimi* (Harta yang tidak ada jenis yang sama atau ada jenisnya yang sama tetapi satuannya berbeda dalam kualitasnya).
5. Berdasarkan status harta. Dalam hal ini ulama fiqih membaginya atas *al mal al mamluk al mal al mubah* dan *al mal al mahjur*. *Al mal al mamluk* adalah harta yang telah dimiliki, baik secara pribadi maupun badan hukum (seperti negara dan organisasi kemasyarakatan). *Al mal al mamluq*, terbagi menjadi harta milik pribadi dan harta milik Bersama (serikat)
6. berdasarkan bisa dibagi atau tidaknya harta tersebut. Dibagi maksudnya adalah apabila harta tersebut dibagi tidak merusak harta dan manfaatnya tidak hilang, contoh rumah dan toko

¹³⁸Abdul Aziz Dahlan et al, *Loc. Cit.* hal.527-528

7. Berdasarkan segi berkembang atau tidaknya harta tersebut, baik melalui upaya manusia maupun berdasarkan ciptaan Allah swt.
8. Berdasarkan pemilikinya. Harta ada yang milik pribadi ada yang milik umum, di mana milik pribadi si pemilik bebas menggunakannya sedangkan milik umum pemanfaatannya adalah untuk orang banyak .

Pembagian dari harta tersebut tentu memiliki implikasi hukum masing-masing yang ditetapkan berdasarkan syara' yang tidak menyimpang dari al qur'an dan hadits.

Sebagaimana diketahui bahwa harta sesungguhnya milik Allah swt. Sesuai firmanNya dalam surat al Maidah ayat 120;

اللَّهُ مُلْكُ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ وَمَا فِيهِنَّ وَهُوَ عَلَىٰ كُلِّ شَيْءٍ
 قَدِيرٌ (١٢٠)

“Kepunyaan Allah-lah kerajaan langit dan bumi dan apa yang ada di dalamnya; dan Dia Maha Kuasa atas segala sesuatu”

Jika dipahami lebih jauh maka sesungguhnya walaupun manusia diberi kebebasan untuk memiliki hak dalam pemerataan distribusi aset-aset kekayaan, namun sesungguhnya kepemilikan hak itu hanya bersifat sementara. Statusnya manusia hanya sebagai orang yang diamanati untuk mengelola harta tersebut. Kaitan dengan ini Allah swt berfirman; QS. Al Hadid ayat 7

“Berimanlah kamu kepada Allah dan Rasul-Nya dan nafkahkanlah sebagian dari hartamu yang Allah telah menjadikan kamu sebagai penguasanya (amanan) “.

Pandangan Islam terhadap harta bahwa sesungguhnya harta bukanlah tujuan, akan tetapi hanya sebatas sarana. Adapun hak kepemilikan merupakan kecenderungan dan naluri alamiah yang keberadannya diakui oleh agama.

5. Eksperi Budaya Tradisional (EBT) Sebagai bagian Dari Hak Cipta

a. Hak Cipta Sebagai Hak Kebendaan

Hak cipta adalah merupakan hak kebendaan, di mana hal ini mengacu pada pengertian hak cipta yang terdapat dalam Undang-Undang hak cipta no 28 tahun 2014. Dalam undang-undang tersebut dikatakan bahwa hak cipta adalah hak eksklusif pencipta yang timbul secara otomatis berdasarkan prinsip deklaratif setelah suatu ciptaan diwujudkan dalam bentuk nyata tanpa mengurangi pembatasan sesuai dengan ketentuan peraturan perUndang-Undangan.

Melihat definisi tersebut maka kepemilikan hak seorang pencipta terhadap benda-benda hasil ciptaannya memiliki sifat eksklusif serta tanpa adanya pembatasan. Pemegang hak dilindungi dalam penggunaan haknya terhadap subjek lain yang mengganggu atau mempergunakan haknya dengan cara-cara yang tidak sesuai dengan aturan hukum.

Terhadap adanya gangguan tersebut undang-undang memberikan perlindungan melalui ancaman pidana berupa penjara dan denda. Untuk tindak pidana ini digolongkan dalam tindak pidana kejahatan dengan kategori delik biasa. Kesemuanya itu menggambarkan bahwa hak cipta merupakan hak absolut yang dimiliki oleh pemiliknya.

Selain itu petunjuk bahwa hak cipta merupakan hak kebendaan adalah selain memiliki sifat mutlak juga adanya sifat *droit de suit* yakni hak itu terus mengikuti bendanya. Jadi kemanapun dan di manapun benda itu berada akan diikuti terus oleh hak yang melekat padanya.

b. Hak Cipta Sebagai Hak Kekayaan Immaterial

Hak kekayaan Immaterial adalah suatu hak kekayaan yang objek haknya adalah benda tidak berwujud (benda tidak bertubuh).¹³⁹ Jika melihat pada uraian sebelumnya bahwa bila dilihat secara luas maka

¹³⁹O.K. Saidin, *Aspek Hukum Hak Kekayaan Intelektual (Intellectual Property Rights)*, (Jakarta: PT RajaGrafindo Persada, 1995), hal. 52

benda yang termasuk harta kekayaan adalah baik benda itu berupa benda nyata maupun tidak nyata yang dapat di haki dan memiliki nilai ekonomi. Hak cipta adalah termasuk ke dalam kekayaan immaterial dikarenakan objeknya adalah benda tidak berwujud. Selain hak cipta banyak juga yang dapat dikategorikan sebagai hak kekayaan immaterial seperti hak menerima penghasilan, hak tagihan, hak sewa dan lain-lain. Jadi semua benda yang tidak berwujud dan tidak dapat diraba serta dapat dijadikan objek hak kekayaan adalah merupakan hak kekayaan immaterial. Jadi karena Hak Cipta merupakan jenis kekayaan yang objek haknya tidak berwujud maka secara otomatis Hak Cipta merupakan suatu kekayaan yang bersifat immaterial.

Keberadaan hak cipta sebagai hak kekayaan immaterial tersirat jelas dalam pasal 499 KUHPerdara yang menguraikan tentang pengertian benda. Dalam pasal tersebut dijelaskan bahwa: menurut paham undang-undang yang dinamakan benda ialah tiaptiap barang dan tiap-tiap hak yang dapat dikuasai menjadi objek kekayaan (*property*) atau hak milik. Rumusan tersebut menempatkan hak cipta sebagai bagian dari benda yang dapat dijadikan sebagai objek hak milik, dengan demikian maka pemilik hak cipta dapat menguasai hak cipta sebagai hak milik. Jadi suatu hal yang harus ditegaskan bahwa yang dilindungi dalam hak cipta ini adalah “haknya”, bukan “benda” yang merupakan perwujudan dari hak tersebut.

c. Harta Kekayaan Berupa Ekspresi Budaya Tradisional (EBT) Bagian Dari Hak Cipta

Salah satu isu penting yang patut untuk dilindungi dalam Kekayaan Intelektual adalah karya-karya tradisional milik masyarakat adat yang sejak lama hidup dari generasi ke generasi dan telah menjadibagian dari nafas dalam kehidupan mereka. Terhadap karya-karya ini terdapat dua istilah yang familiar diperbincangkan yakni Pengetahuan Tradisional dan Ekspresi Budaya Tradisional. Beberapa kalangan berpendapat bahwa pengetahuan Tradisional adalah semua yang diketahui dan diekspresikan oleh komunitas

tradisional yang meliputi Ekspresi Budaya Tradisional.¹⁴⁰ Akan tetapi dalam perkembangannya, Pengetahuan Tradisional dimaknai hanya menunjuk kepada karya teknologi lokal dan pribumi (*indigenous*), khususnya yang berhubungan dengan metode pengolahan tanaman, diagnosa, pengobatan, holtikultural, resep makanan dan minuman, prediksi atau teknik dengan menggunakan bahan-bahan alamiah, sedangkan Ekspresi Budaya Tradisional berhubungan dengan karya tradisional di bidang musik, tari, cerita, ritual, lencana, seni kerajinan tangan, bentuk ukiran, bentuk arsitek, dan lain sebagainya.¹⁴¹ Selanjutnya M. Hawin dkk mengatakan bahwa untuk lebih mudah membedakannya, bahwa Pengetahuan Tradisional berhubungan dengan karya-karya yang bisa dipatenkan jika baru (*novel*) dan mengandung langkah inventif (*nonobvious*), sedangkan Ekspresi Budaya Tradisional menunjuk pada karya-karya yang tercakup dalam hak cipta dan merek.¹⁴²

Seperti yang telah diuraikan pada bab sebelumnya bahwa Ekspresi Budaya Tradisional merupakan segala bentuk ekspresi baik dalam bentuk yang berwujud (*tangible*) maupun tidak berwujud (*intangible*) atau kombinasi keduanya. Contoh dari yang berwujud atau ekspresi dalam bentuk material (kebendaan) dapat dilihat berupa gambar, lukisan, desain arsitektur, pahatan ataupun ukiran, barang-barang kerajinan dari bahan batu, kayu dan tanah liat, benda-benda sakral, upacara adat dan sebagainya. Sedangkan ekspresi yang tidak berwujud dapat berupa ekspresi verbal seperti puisi, syair, cerita legenda, ekspresi musik, gerak seperti tari, pentas wayang dan drama, upacara ritual, olahraga tradisional, permainan tradisional dan lain sebagainya.¹⁴³

¹⁴⁰M. Hawin, Budi Agus Riswandi, *Isu-isu Penting Hak Kekayaan Intelektual di Indonesia*, (Yogyakarta: Gadjah Mada University Press, 2017), hal. 89

¹⁴¹*Ibid*

¹⁴²*Ibid* hal 89

¹⁴³Beragam jenis ini terdapat dalam draf articles WIPO tentang Perlindungan terhadap Ekspresi Budaya Tradisional (*WIPO'S Revised Draft Provisions for The Protection of Traditional Cultural Expression/Expressions of folklore*), maupun pada bagian penjelasan Undang-undang Hak Cipta No 28 tahun 2014 pasal 38

Secara umum Ekspresi Budaya Tradisional atau *folklore* (*Traditional Cultural Expression/Expression of Folklore*) jika merujuk pada pengertian sebelumnya dalam bab I adalah berkaitan dengan hal-hal yang mengandung unsur-unsur kesenian tradisional yang dikembangkan dan dipertahankan oleh masyarakat atau individu yang mencerminkan tradisi suatu komunitas. Artinya bahwa karya-karya tradisional berupa Ekspresi Budaya saat ini telah banyak dikembangkan oleh masyarakat bahkan individu di luar masyarakat adat sebagai pemilik hak atas Ekspresi Budaya Ini. Perkembangan ini kemudian yang menempatkan posisi Ekspresi Budaya Tradisional (EBT) yang menurut penulis harus mendapatkan perlindungan yang jelas dan pasti. Sebab EBT tidak sedikit telah merambah pasar komoditi dan meraup keuntungan bagi yang memanfaatkannya. Contohnya, berkembang pesatnya seni batik, tenun, dan songket baik di pasar lokal maupun internasional. Belum lagi banyaknya penggunaan desain-desain tradisional pada ukiran-ukiran kerajinan seperti kerajinan kayu, pahatan pada batu sebagai hiasan arsitektur, ukiran pada kerajinan tanah berupa gerabah, kerajinan dari rotan, kayu dan lainnya. Tidak sedikit juga Ekspresi Budaya berupa seni tari, musik dan lagu yang telah menjadi objek penikmat wisata sampai manca negara yang kemudian mampu menghidupi individu maupun masyarakat pengembannya. Kondisi ini tentunya kemajuan positif bagi pertumbuhan ekonomi bangsa serta masyarakat atau individu yang memanfaatkannya.

Upaya pengembangan karya-karya tradisi ini terus dilakukan oleh para komunitas pegiat tradisi untuk mempertahankannya serta merespon keadaan sekarang tanpa harus keluar dari pakem. Tidak heran jika saat ini kita mengenal istilah industri kreatif yang mana merupakan hasil pengembangan dari sumber daya alam seperti Ekspresi Budaya yang berkembang melalui proses rekacipta. Melalui adanya proses rekacipta inilah Ekspresi Budaya Tradisional terus berkembang dan hadir dalam memberi warna serta memberi peluang dalam pemajuan ekonomi rakyatnya. Pada kondisi ini maka penghargaan terhadap para penemu dan pemilik hak atas karya-

karya tersebut hendaknya diberlakukan sama seperti penghargaan yang diberikan kepada para inventor yang bersifat individu. Pemberlakuan teori penghargaan ini dapat pula diberikan kepada karya-karya milik komunal, melihat jasa-jasa dalam menghasilkan karya yang begitu melimpah serta manfaat yang luar biasa yang dapat diberikan, tidak hanya kepada komunitas pengembannya saja namun manfaat yang diberikan meluas sampai masyarakat luas di luarnya.

Namun realitas saat ini masyarakat adat sebagai pemilik Ekspresi Budaya atas ini telah terabaikan hak-hak mereka. Kemajuan pesat atas segala karya tradisional yang telah mengalami perkembangan ini tentu akan dirasakan manfaatnya secara adil bila perlindungan atas hak tradisional masyarakat adat dilakukan secara seimbang. Sebab keadilan sosial yang menjadi tujuan negara bagi rakyat tentu saja akan terwujud apabila keadilan juga dimaknai dan direalisasikan dengan memberikan sesuatu sesuai dengan haknya dengan kadar yang seimbang.

Keseimbangan dapat dirasakan apabila kondisi Ekspresi Budaya tradisional seperti yang digambarkan tersebut memberikan manfaat ekonomi yang adil bagi masyarakat adat. Artinya bahwa masyarakat adat sebagai pengemban hendaknya merasakan pula dampak dari perkembangan ekonomi yang berasal dari ekspresi budaya yang mereka miliki.

Gambaran di atas menunjukkan bahwa Ekspresi Budaya Tradisional merupakan bagian dari harta benda yang memiliki nilai yang dapat diperhitungkan secara ekonomi dan penting untuk dilindungi baik secara ekonomi maupun moral sebagai bagian dari Hak Cipta tradisional yang telah diakui oleh Undang-Undang. Karena Ekspresi Budaya Tradisional ini masuk dalam kategori perlindungan Hak Cipta maka secara otomatis dia merupakan benda immaterial yang wajib untuk dilindungi keberadaannya. Selanjutnya jika dikaitkan dengan pengertian harta pada uraian sebelumnya, jelas Ekspresi Budaya Tradisional ini adalah merupakan harta, sebab dia memiliki ciri yang dikategorikan sebagai harta, yakni memiliki nilai

ekonomi yang dapat memberikan keuntungan serta menunjang pertumbuhan ekonomi bagi pengembannya.

Melihat macam dan jenis hak cipta yang dilindungi dalam undang-undang, maka Ekspresi Budaya Tradisional (EBT) ini termasuk dalam kategori tersebut. Sehingga seyogyanya tidak terdapat perbedaan dalam hal perlindungan dengan hak cipta lainnya. Intinya bahwa hak kepemilikan terhadap hasil karya cipta dalam berbagai bentuk yang telah ditetapkan oleh undang-undang harus mendapatkan perlindungan yang pasti, tidak terkecuali karya cipta berupa Ekspresi Budaya Tradisional milik masyarakat adat.

6. Hak Cipta Menurut Hukum Islam

Keberadaan hak cipta sebagai salah satu bagian dari Hak Kekayaan Intelektual (HKI) dalam hukum Islam dalilnya secara eksplisit belumlah ditemui. Sebab persoalan hak cipta merupakan persoalan baru yang muncul saat ini serta belum dikenal oleh masyarakat terdahulu. Akan tetapi hak cipta merupakan suatu “hak” yang asumsinya bahwa setiap hak haruslah dilindungi. Konsep hak dalam Islam sangatlah jelas di mana hak merupakan bagian dari harta (*maal*) yang wajib untuk dilindungi sesuai dengan prinsip *hifzul maal* dalam pendekatan *maqashid al syari’ah*.

Jika melihat pengertian dari hak cipta tersebut maka dia merupakan hasil kerja keras dari seseorang yang telah mengorbankan tenaga, waktu dan biaya serta kerja keras otak dalam berpikir sehingga terwujudnya suatu hasil ciptaan yang bermanfaat dan memberi kemaslahatan bagi dirinya. Maka hak ini dapat digolongkan ke dalam *haqq adami* (manusia), yakni hak yang dimaksudkan untuk menjaga kemaslahatan manusia yakni hak pencipta tersebut. Untuk menjaga keberlangsungan dari kemaslahatan tersebut maka dalam hal ini berlaku teori penghargaan (*reward theory*) yakni teori yang dapat dijadikan dasar sebagai penghargaan terhadap seseorang *creator* atau *inventor*. Hal ini sesuai dengan kaidah ‘*gunmu bi al gurmi*’, dan “*al Khoroj bi al dhoman*” maksudnya orang yang telah bersusah payah akan menghasilkan dan mendapatkan sesuatu dari apa yang

ia kerjakan. Ketika penghargaan ini diberikan kepada mereka yang dengan perjuangannya telah melakukan pengorbanan dalam berkarya cipta, secara otomatis semangat untuk terus berkarya dan berpikir dalam menghasilkan sesuatu yang bermanfaat untuk kepentingan publik tersebut akan terus tumbuh dan berkembang.

Seiring dengan hal ini, fatwa MUI sebagai salah satu sistem hukum dalam hukum Islam yang keberadaannya diakui di Indonesia berpendapat bahwa Hak Kekayaan Intelektual dan termasuk di dalamnya hak cipta merupakan hak kekayaan (*huquq maliyah*) yang harus mendapatkan perlindungan hukum (*mashun*) sebagaimana kekayaan lainnya. Fatwa MUI No.1 tahun 2005 tersebut didasari dengan berbagai pendapat di antaranya:

1. Pendapat mayoritas ulama dari kalangan mazhab Maliki, Syafi'i dan Hambali berpendapat bahwa hak cipta atas ciptaan yang orisinal dan manfaat tergolong harta berharga sebagaimana benda jika boleh dimanfaatkan secara syara' (hukum Islam). Fatwa tersebut berdasarkan pendapat cendekiawan muslim yakni Fathi al-Duraini, Haqq al Ibtikar fi al-Fiqh al-Islami al-Muqarran (Beirut: Mu'assanah al-Risalah, 1984), h.20
2. Berkenaan dengan hak kepengarangan (*haqq al-ta'lif*), salah satunya hak cipta, MUI mengutip pendapat Wahbah Al Zuhaili yang mengatakan bahwa:

“berdasarkan hal (bahwa hak kepengarangan adalah hak yang dilindungi oleh syara' [hukum Islam] atas dasar *qaidah istishlah*) tersebut, mencetak ulang atau mencopy buku (tanpa izin yang sah) dipandang sebagai pelanggaran atau kejahatan terhadap hak pengarang; dalam arti bahwa perbuatan tersebut adalah kemaksiatan yang menimbulkan dosa dalam pandangan syara' dan merupakan pencurian yang mengharuskan ganti rugi terhadap hak pengarang atas naskah yang dicetak secara melanggar dan zalim, serta menimbulkan kerugian moril yang menyimpannya (Wahbah al Zuhaili, al Fiqh, al Islami wa Adillatuhu, Beirut: Dar al-Fikr al-Mu'ashir, 1998, juz 4, hl.2862).

Pendapat tersebut kemudian dijadikan dasar oleh MUI dalam mengeluarkan ketetapan sebagai berikut:

1. Dalam Hukum Islam, hak cipta dipandang sebagai salah satu *huquq maliyah* (hak kekayaan) yang mendapat perlindungan hukum (*mashun*) sebagaimana *mal* (kekayaan)
2. Hak cipta yang mendapat perlindungan hukum Islam sebagaimana dimaksud angka 1 tersebut adalah hak cipta atas ciptaan yang tidak bertentangan dengan hukum Islam
3. Sebagaimana *mal*, hak cipta dapat dijadikan objek akad
4. (*al-ma'qud alaihi*) baik akad *mu'awadhah* (pertukaran, komersial), maupun akad *tabarru'at* (non komersial), serta diwaqafkan dan diwarisi
5. Setiap bentuk pelanggaran terhadap hak cipta, terutama pembajakan, merupakan kezaliman yang hukumnya adalah haram

Melihat uraian tersebut dapat disimpulkan bahwa Hak Cipta merupakan bagian dari *maal* (harta) yang dapat pula dijadikan sebagai objek akad baik itu berupa akad yang bersifat komersil maupun non komersil serta dapat diwakafkan dan diwarisi, yang harus dilindungi dari segala bentuk kezaliman.

Selanjutnya dapat dikatakan bahwa hak cipta yang dipandang sebagai bagian dari harta kekayaan memiliki kedudukan yang sama dengan harta lainnya dan wajib untuk dilindungi keberadaannya. Tentunya perlindungan terhadap hak cipta ini haruslah memberikan kemaslahatan bagi pencipta sebagai subjek hukum serta kemaslahatan bagi konsumen sebagai objek hukum. Selanjutnya diharapkan pula dengan perlindungan ini akan memberikan dorongan kepada para ahli untuk terus berkarya dan menghasilkan karya cipta baru di bidangnya yang dapat memberikan kemajuan bagi perkembangan ilmu pengetahuan.

Sedangkan menurut mayoritas ulama kontemporer melalui majma' fiqh Internasional pada mutamar ke-5 I Kuwait tahun 1988 tentang hak paten dan sejenisnya antara lain;¹⁴⁴

1. Diperbolehkannya mengambil imbalan dari hasil kekayaan intelektual berdasarkan hadits; “*sesungguhnya yang paling layak kalian ambil imbalan ialah kitabullah* (HR. Bukhori).
2. Hasil karya cipta merupakan sebuah kemanfaatan yang dinikmati untuk kemaslahatan umat, dan ulama 4 mazhab sepakat bahwa manfaat itu mempunyai nilai materi.
3. Menghasilkan karya intelektual adalah pekerjaan otak dan sekaligus pekerjaan tangan sendiri. Nabi saw menghargai sebuah pekerjaan dari tangan sendiri, “*Nabi saw pernah ditanya tentang penghasilan apa yang paling baik? Beliau menjawab; ialah penghasilan dari tangan kerja tangannya sendiri, dan semua jual beli yang baik* (HR. Imam Ahmad).
4. Ada *Maslahat* (kebaikan) yang lahir dengan adanya hak cipta ini, yaitu dapat memberikan motivasi bagi para ilmuwan-ilmuwan lain untuk terus berkarya, karena tahu bahwa karyanya mendapat penghargaan dan dilindungi oleh undang-undang yang sangat ketat, para ilmuwan termotivasi untuk terus melahirkan karya-karyanya. Selain itu karya-karya tersebut dapat memberikan manfaat bagi khalayak sehingga terdapat masalah antara kedua belah pihak yakni antara inventor dan masyarakat.
5. Adanya kaidah “*daf'ul mafasid muqoddamu 'ala jalbil masalih* (mencegah keburukan lebih didahulukan daripada memberikan manfaat). Pembiaran terhadap terjadinya pembajakan, untuk disebarkan memang sebuah kemaslahatan, akan tetapi juga dapat menimbulkan kerusakan (*mafsadat*). *Mafsadat* dapat timbul apabila nanti jika hasil karya cipta tidak diberikan penghargaan dan perlindungan maka akan terjadi penggandaan dan pemanfaatan

¹⁴⁴Ahmad Zarkasyi *Hak Cipta Dalam Pandangan Syari'ah*, <http://zarkasih20.blogspot.com/2013/07/hak-cipta-dalam-pandangan-syariah.html> di akses tgl 10 desember 2018

tidak wajar lainnya, sehingga berakibat pada enggannya para pemikir untuk menuangkan karyanya kembali.

6. Hak cipta juga mewujudkan adanya pertanggungjawaban ilmiah. Sehingga apabila terjadi penyebaran bebas akan mengakibatkan tidak adanya yang bertanggungjawab terhadap kesalahan yang terjadi.
7. Adanya kaidah “*al gunmu bi al ghurmi*” dan *al khoroj bi al dhoman*, maksudnya “orang yang telah bersusah payah akan menghasilkan dan mendapatkan sesuatu dari apa yang ia kerjakan.

Hak cipta dalam pandangan hukum Islam ini tidak hanya berupa fatwa. Lebih jauh dalam penelitian ini akan menguraikan pandangan hukum Islam lainnya khususnya melalui pendekatan *maqashid al Syari’ah* atau seringkali disebut dengan pendekatan *maslahah*. Uraian secara rinci akan dibahas pada pembahasan berikutnya.

B. Hak Masyarakat Adat Atas Ekspresi Budaya Tradisional (EBT)

1. Masyarakat Adat Sebagai Subjek Hukum

Berbicara tentang subjek hukum maka menurut hukum sesungguhnya manusia adalah sebagai orang yang berarti pemegang hak, yaitu yang memiliki hak dan kewajiban (pendukung hak dan kewajiban), sehingga disebut sebagai subjek hukum. Mengkualifikasikan manusia sebagai orang (*person*) berarti mengakuinya sebagai penyandang hak. Hal ini juga berarti bahwa dalam posisinya sebagai orang (*person*) maka tidak dikenal adanya perbedaan baik itu perbedaan agama, jenis kelamin, kedudukan sosial, ekonomi, bahkan perbedaan secara individu maupun kelompok. Dengan demikian maka terdapat beberapa pengertian dari subjek hukum tersebut antara lain;¹⁴⁵

¹⁴⁵R Soeroso, *Pengantar Ilmu Hukum* (Jakarta: Sinar Grafika, 2015), hal. 228

1. Subjek hukum adalah sesuatu yang menurut hukum berhak/berwenang untuk melakukan perbuatan hukum atau siapa yang mempunyai hak dan cakap untuk bertindak hukum
2. Subjek hukum adalah sesuatu pendukung hak yang menurut hukum berwenang/berkuasa bertindak menjadi pendukung hak (*rechtsbevoegdheid*)
3. Subjek hukum adalah segala sesuatu yang menurut hukum mempunyai hak dan kewajiban

Saat ini sebagian besar berpendapat bahwa hanya manusia yang berkapasitas sebagai perseorangan saja yang dapat dikatakan sebagai subjek hukum. Paham yang dianut oleh liberalisme dan individualisme ini menganggap bahwa hanya individu yang dianggap memiliki standar moral dan kepentingan. Sedangkan kelompok hanya merupakan penjumlahan dari individu semata. Pendapat ini kemudian dibantah oleh pendapat lain yang mengatakan bahwa kelompok juga memiliki entitas yang para anggotanya merasa memiliki identitas, karakteristik dan kepentingan yang sama. Sehingga dengan demikian maka kelompok dapat juga dikategorikan sebagai subjek hukum. Marlies Galenkamp dalam Rikardo Simarmata dkk membedakan antara kelompok dengan badan hukum seperti korporasi. Kelompok masih merupakan pribadi hukum yang bersifat nyata sedangkan badan hukum adalah pribadi hukum yang bersifat fiksional.¹⁴⁶

Hukum perdata sendiri membagi subjek hukum yang terdiri atas manusia (*Naturlijk Person*) dan Badan Hukum (*Recht Persoon*). Itu artinya yang diakui sebagai subjek hukum hanya orang dan badan hukum, berarti jika merujuk pada pendapat Marlies tentang pembedaan kelompok dengan badan hukum, maka secara otomatis masyarakat adat sebagai suatu kelompok atau komunitas tidak dipandang sebagai subjek hukum oleh hukum perdata. Ini tentu saja

¹⁴⁶Rikardo Simarmata & Bernadinus Steni, "*Masyarakat Hukum Adat Sebagai Subjek Hukum: Kecakapan Hukum Masyarakat Hukum Adat dalam Lapangan Hukum Privat dan Publik*", (Bogor: The Shamdana Institute, 2017), hal.15

bertentangan dengan konsep awal penetapan subjek hukum oleh para pemikir filsafat barat serta paham Hukum Alam, yang mana manusia adalah sebagai subjek hukum karena manusia memiliki standar moral yang bersifat universal. Sebab harus diakui pula bahwa kelompok adalah merupakan sejumlah manusia yang terdiri dari orang-orang.

Sebelum lebih jauh berbicara tentang masyarakat adat sebagai subjek hukum, terlebih dahulu akan dibahas bagaimana orang (*person*) dan badan hukum (*recht-person*) dalam kedudukannya sebagai subjek hukum. Kedudukan orang sebagai subjek hukum adalah sejak saat dia dilahirkan sampai dia berakhir dengan kematiannya. Menurut hukum perdata keadaan tersebut adalah merupakan hal yang alamiah, orang sebagai subjek hukum tidak dapat diiadakan kecuali dengan kematian. Akan tetapi sekalipun kedudukan ini didapat secara alamiah namun tetap saja undang-undanglah yang menetapkan bahwa manusia adalah orang (*person*) sebagai subjek hukum yang memiliki kepribadian hukum.

Sedangkan menurut agama seorang pribadi manusia dapat menjadi subjek hukum sejak ada benih dalam kandungan ibunya, sampai ia meninggal dunia di akhirat. Penegasan manusia sebagai subjek hukum merupakan bentuk pemuliaan manusia sebagai makhluk Tuhan. Hal tersebut tersurat dalam al Qur'an surat al isra' ayat 70;

وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ وَحَمَلْنَاهُمْ فِي الْبَرِّ وَالْبَحْرِ وَرَزَقْنَاهُمْ
مِنَ الطَّيِّبَاتِ وَفَضَّلْنَاهُمْ عَلَى كَثِيرٍ مِّمَّنْ خَلَقْنَا تَفْضِيلًا (٠٧)

“Dan sesungguhnya telah Kami muliakan anak-anak Adam, Kami angkut mereka di daratan dan di lautan, Kami beri mereka rezeki dari yang baik-baik dan Kami lebihkan mereka dengan kelebihan yang sempurna atas kebanyakan makhluk yang telah Kami ciptakan”

Jelaslah bahwa kesempurnaan manusia melebihi makhluk lain merupakan pijakan bagi standar penetapannya sebagai subjek hukum yang mampu sebagai pemegang hak dan pelaksana kewajiban.

Adapun badan hukum adalah suatu perkumpulan orang-orang yang melakukan kerjasama dan atas dasar ini merupakan satu kesatuan yang telah memenuhi syarat-syarat yang telah ditentukan oleh hukum.¹⁴⁷ Adapun yang termasuk dalam badan hukum di sini seperti, Negara, PT, CV dan lainnya, yang mana badan hukum tersebut dapat bertindak dalam lalu lintas hukum, jadi dapat melakukan perbuatan-perbuatan hukum seperti manusia, misalnya dapat memiliki kekayaan sendiri, dapat melakukan jual beli, dapat digugat dimuka hakim dan kegiatan hukum lainnya.

Secara lebih rinci R. Soeroso membagi Badan Hukum ini ke dalam 2 macam yakni badan hukum menurut bentuknya dan badan hukum menurut jenisnya. Badan hukum menurut bentuknya dibedakan menjadi dua yakni badan hukum publik (*publiek rechtspersoon*) dan badan hukum privat/perdata (*privat rechtsperson*). Badan hukum publik (*publiek rechtspersoon*) yakni badan hukum yang didirikan berdasarkan hukum publik yang menyangkut kepentingan publik, orang banyak atau negara pada umumnya. Badan hukum ini biasanya didirikan oleh penguasa berdasarkan perundang-undangan seperti negara republik, pemerintah daerah, bank umum, perusahaan negara dan sejenisnya. Adapun badan hukum privat/perdata (*privat rechtsperson*) adalah badan hukum yang didirikan berdasarkan hukum sipil atau perdata yang menyangkut kepentingan pribadi di dalam badan hukum itu. Biasanya badan ini didirikan dengan tujuan untuk kepentingan tertentu seperti untuk mencari keuntungan, sosial Pendidikan, politik, kebudayaan, kesenian dan lain sebagainya. Contoh dari badan hukum ini antara lain; perserikatan dalam bentuk sosial agama, seperti perkumpulan gereja, badan wakaf, dan sejenisnya. Selain itu badan hukum ini dapat berupa perserikatan

¹⁴⁷Opcit hal 238

dengan tujuan mencari keuntungan atau untuk memenuhi kebutuhan materil anggotanya seperti PT, koperasi, partai politik dan lainnya.

Sedangkan badan hukum menurut jenisnya dapat digolongkan ke dalam dua jenis yakni korporasi dan yayasan. Korporasi merupakan badan hukum yang beranggota tetapi mempunyai hak dan kewajiban sendiri. Sedangkan yayasan didirikan oleh pendiri dan anggota dengan tujuan sosial, Pendidikan, ilmu pengetahuan, kesenian dan kebudayaan.¹⁴⁸

Kedua jenis subjek hukum ini tentunya memiliki beberapa implikasi administratif serta pemenuhan syarat-syarat hukum yang telah ditetapkan. Pengakuan masyarakat Adat sebagai Subjek hukum tertuang dalam pasal 51 ayat (1) huruf (b) undang-undang nomor 24 tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi LN RI Nomor 3879 TLN Nomor 4316 yang menyatakan bahwa kesatuan masyarakat Adat sebagai pemohon yang menganggap hak dan/atau kewenangan konstitusionalnya dirugikan.

Adapun pengakuan masyarakat hukum Adat sebagai subjek hukum dalam MK 35 merupakan angin segar bagi masyarakat hukum Adat yang selama ini seringkali terabaikan hak-haknya. Menurut Rikardo Simarmata, sebenarnya MK 35 tidak dalam posisi menetapkan masyarakat adat sebagai subjek hukum, akan tetapi hanya bersifat menegaskan bahwa sesungguhnya masyarakat hukum adat sudah menjadi subjek hukum sebelum putusan MK 35. Hal ini berawal dari pemikiran bahwa secara konstitusional semua individu dan kelompok dalam negara sama-sama berkedudukan sebagai subjek hukum dan karena itu harus diperlakukan secara merata.

Akan tetapi tentu dengan adanya putusan MK 35 ini lebih memperjelas kesimpangsiuran posisi masyarakat adat yang selama ini selalu dipertanyakan ketika mereka akan berjuang melakukan Tindakan-tindakan hukum, khususnya dalam perjuangan mendapatkan hak-hak mereka. Hal ini kemudian terlepas dari perdebatan apakah pengakuan masyarakat adat sebagai subjek

¹⁴⁸R Soeroso, *Pengantar Ilmu Hukum* (Jakarta: Sinar Grafika, 2015), hal. 239-242

hukum ini masuk dalam kategori kelompok, perorangan atau badan hukum. Sebab terdapat beberapa pilihan untuk hal ini, yakni apakah masyarakat adat memilih dirinya sebagai subjek hukum dalam bentuk hukum privat atau hukum publik. Jika memilih hukum privat maka ada pilihan-pilihan yang tersedia yaitu keluarga, perkumpulan, koperasi, yayasan dan perseroan terbatas. Sedangkan pilihan dalam hukum publik berupa desa adat.

Namun demikian penulis tidak ingin terjebak pada perbedaan pandangan pilihan tentang masyarakat adat sebagai subjek hukum masuk dalam golongan yang mana. Namun titik dari bahasan ini adalah bahwa sesungguhnya masyarakat adat telah mendapatkan pengakuan sebagai subjek hukum yang dapat memiliki hak dan kewajiban dalam melakukan tindakan-tindakan hukum. Sebab adanya pengakuan berarti tidak ada diskriminasi lagi terhadap kelompok ini. Karena pengakuan menghendaki negara tidak mengecualikan individu atau kelompok tertentu dengan cara membolehkan mereka mendapatkan hak-hak sipilnya.

Hal ini mempertegas kembali bahwa masyarakat adat sebagai bagian dari warga negara oleh UUDNRI 1945 dipandang memiliki hak dan kecakapan dalam melakukan perbuatan-perbuatan yang mendatangkan konsekuensi hukum. Keberadaan masyarakat adat yang jauh mendahului berdirinya negara ini menjadi alasan yang cukup kuat untuk memandangnya sebagai personalitas hukum yang bersifat istimewa. Sebab mereka ada dan berkumpul karena memiliki identitas, urusan dan kepentingan yang sama. Kumpulan masyarakat adat ini dianggap istimewa sebab mereka menyerupai badan hukum akan tetapi dapat menjalankan otoritas layaknya organisasi pemerintahan. Kondisi ini tidak dapat dipungkiri untuk mengakuinya sebagai bagian dari subjek hukum yang berhak melakukan aktifitas hukumnya seperti subjek hukum yang lainnya.

Terkait dengan hal ini Dominikos Rato mengatakan bahwa sejak hukum adat itu ada dan di Indonesia sendiri diakui keberadaannya sebagai bentuk pluralisme hukum maka secara otomatis hukum adat ini memiliki objek dan subjek hukum. Adapun subjek hukum

adat tersebut adalah *rechtsgemeenschap*, yang mana di dalamnya termasuk pribadi-pribadi sebagai bagian dari *rechtsgemeenschap*. Jadi subjek hukum adat itu ada dua yaitu: pribadi manusia secara individual dan pribadi-pribadi secara keseluruhan atau masyarakat hukum adat (komunitas). Subjek hukum adat tidak mengenal istilah badan hukum, sehingga *rechtsgemeenschap* bukanlah badan hukum dengan pengertian hukum Eropa yang membaginya dalam hukum privat dan publik. *Rechtsgemeenschap* atau masyarakat hukum adat di sini di dalamnya terdapat dua badan yakni pribadi manusia dan pribadi-pribadi yang bersatu sebagai satu kesatuan (*unity*) atau *community*. Sehingga terdapat perbedaan mendasar dalam pengertian *rechtsgemeenschap* dengan *person* sebagai subjek hukum.

Berikut adalah perbedaan yang digambarkan oleh Dominikus Rato dalam sebuah tabel.¹⁴⁹

Perbedaan Subjek Hukum Adat dan Subjek Hukum Eropa:

No	Unsur	Subjek Hukum	
		Hukum Adat	Hukum Eropa
1.	Dasar Falsafah	Komunal	Individual
2.	Subjek Hukum	Pribadi & komunitas	Manusia & Badan Hukum
3.	Komponen Utama Subjek Hukum	Manusia	Manusia & Benda
4.	Dasar Pembentukan Subjek Hukum	alamiah	Alamiah & Hukum
5.	Tujuan Pembentukan	Harmoni	Kepastian Hukum
6.	Manfaat Pembentukan	Kohesi/Integrasi Sosial	Ekonomi & Politik
7.	Instrumen	Kesadaran kolektif	Kestabilan & ekonomi politik

¹⁴⁹ Dominikus Rato, "*Hukum Adat Kontemporer*" (Surabaya: LaksBang Justisia 2015), hal. 86-87

8.	Objek Hukum	Benda Materiel & Immateriel	Benda bergerak & tidak bergerak
9.	Pembentukan	Masyarakat Hukum Adat	Negara
10.	Dasar Pembentukan	Pengalaman	Rasio

Melihat tabel tersebut maka dapat di klasifikasikan bahwa komponen dari subjek hukum adat adalah pribadi dan komunitas sedangkan komponen subjek hukum dari hukum Eropa adalah manusia dan badan hukum (benda=orang abstrak). Jelaslah bahwa masyarakat adat merupakan subjek hukum yang memiliki hak yang sama dengan subjek hukum lainnya dalam melakukan tindakan-tindakan hukum.

2. Hak-hak Masyarakat Adat

Masyarakat adat beserta hak-haknya sesungguhnya telah dilindungi oleh Konstitusi Negara Kesatuan Republik Indonesia.

Perlindungan ini tepatnya dalam pembukaan UUDNRI tahun 1945 yang menyatakan bahwa: Negara melindungi segenap bangsa Indonesia dan seluruh tumpah darah Indonesia, memajukan kesejahteraan umum, mencerdaskan kehidupan bangsa, dan ikut melaksanakan ketertiban dunia berdasarkan kemerdekaan, perdamaian abadi, dan keadilan sosial.

Pembukaan tersebut kemudian dielaborasi ke dalam batang tubuh pasal 18B ayat (2)¹⁵⁰ serta pasal 281 ayat (3)¹⁵¹ yang kemudian dielaborasi kembali ke dalam beberapa peraturan perundang-undangan.

Ini menandakan bahwa sesungguhnya bangsa Indonesia adalah bangsa yang berbudaya, bangsa yang melahirkan kebudayaan serta karya-karya budaya yang memiliki nilai-nilai luhur yang terlahir

¹⁵⁰menegaskan bahwa diakui serta dihormatinya keberadaan kesatuan-kesatuan masyarakat hukum adat beserta hak-hak tradisionalnya sepanjang masih hidup, dan sesuai perkembangan masyarakat dan prinsip Negara Kesatuan Republik Indonesia yang diatur Undang-Undang.

¹⁵¹identitas budaya dan hak masyarakat tradisional dihormati selaras dengan perkembangan zaman dan peradaban.

melalui intelektual manusianya. Hal ini menempatkan negara sebagai penanggungjawab utama dalam memelihara, melestarikan serta melindungi segala bentuk kebudayaan yang terlahir melalui intelektual masyarakat tersebut.

Selain pasal 18B dan 28I konstitusi juga memberikan jaminan atas pemeliharaan serta pengembangan kebudayaan ini melalui pasal 32 ayat (1).¹⁵² Maka sesungguhnya konstitusi negara cukup kuat memberikan jaminan serta perlindungan terhadap hak-hak masyarakat adat yang mana hak-hak tersebut menyangkut segala sesuatu yang berkaitan dengan kehidupan masyarakat adat yang bersifat holistik dan tidak dapat terpisahkan dari kehidupan masyarakat Adat, baik terhadap hak-hak yang bersifat materil maupun non materil, yang berwujud maupun tidak berwujud.

Adapun hak-hak masyarakat Adat menurut deklarasi PBB tentang hak-hak msyarakat adat (*United Nations Declaration on The Rights of Indigenous Peoples*) adalah hak politik, hak ekonomi, struktur sosial dan budaya, tradisi-tradisi keagamaan dan filsafat-filsafat, hak atas tanah, wilayah dan sumber daya.

Secara terinci deklarasi tersebut menjelaskan tentang hak-hak masyarakat adat yang dimaksud antara lain;

- a. Hak politik berupa pentingnya menentukan nasib sendiri di mana mereka bebas menentukan status politik mereka (pasal 3), hak untuk berpartisipasi dalam proses pembuatan keputusan berkenaan dengan hal-hal yang akan membawa dampak pada hak-hak mereka, melalui perwakilan- perwakilan yang mereka pilih sesuai dengan prosedur mereka sendiri dan juga untuk mempertahankan dan mengembangkan pranata pembuatan keputusan yang mereka miliki secara tradisional (pasal 18). Hak untuk memelihara dan mengembangkan sistem-sistem atau institusi-institusi politik mereka (pasal 20).

¹⁵²Negara memajukan kebudayaan nasional di tengah peradaban dunia dengan menjamin kebebasan masyarakat dalam memelihara dan mengembangkan nilai-nilai budayanya”.

- b. Hak religi berupa hak untuk mewujudkan, mempraktikkan, mengembangkan dan mengajarkan upacara spiritual religi mereka, hak untuk mempertahankan, melindungi dan mempunyai akses dengan keleluasan pribadi terhadap situs-situs religi mereka (pasal 12).
- c. Bidang ekonomi masyarakat adat mempunyai hak untuk memelihara dan mengembangkan sistem-sistem atau institusi-institusi ekonomi dan sosial mereka supaya menjamin penikmatan atas penghidupan yang berkecukupan untuk mereka sendiri dan atas pembangunan serta untuk secara bebas menggunakan aktivitas-aktivitas ekonomi lainnya (pasal 20). Selain itu di bidang ekonomi masyarakat adat juga memiliki hak tanpa diskriminasi untuk perbaikan kondisi-kondisi ekonomi dan sosial mereka termasuk juga di antaranya di bidang Pendidikan, pekerjaan, pelatihan-pelatihan Pendidikan kejuruan, perumahan, kebersihan, kesehatan dan keamanan sosial (pasal 21).
- d. Selain itu masyarakat adat memiliki hak atas tanah, wilayah dan sumber daya-sumber daya yang mereka miliki atau duduki secara tradisional atau sebaliknya tanah-tanah, wilayah-wilayah dan sumber daya-sumber daya yang telah digunakan atau yang telah didapatkan. Menggunakan, mengembangkan, dan mengontrol tanah, wilayah, serta sumber daya alam yang mereka miliki secara tradisional tersebut. Serta negara akan memberikan pengakuan hukum dan perlindungan atas tanah, wilayah, dan sumber daya tersebut sejalan dengan penghormatan atas kebiasaan-kebiasaan, tradisi dan sistem penguasaan tanah pada masyarakat adat yang bersangkutan (pasal 26). Di Indonesia hak atas tanah ini sering disebut dengan hak ulayat. Istilah ini lazim digunakan sebagai istilah dalam perundang-undangan yang menunjuk pada pengertian hak-hak masyarakat adat atas tanah dan hutan mereka. Secara teknis yuridis istilah tanah ulayat ini baru muncul dalam peraturan Menteri Negara Agraria/Kepala Badan Pertanahan Nasional Nomor 5 tahun

1999 tentang Pedoman Penyelesaian Masalah Hak Ulayat Masyarakat Hukum Adat (PMA No 5/1999). Dalam pasal 1 angka 1 dari peraturan tersebut dikatakan bahwa: hak ulayat dan yang serupa itu dari masyarakat hukum adat (selanjutnya 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 alamiah dan batiniah secara turun-temurun dan tidak terputus antara masyarakat hukum adat tersebut dengan wilayah yang bersangkutan.

Kendati PMA No 5/1999 ini dicabut, namun secara umum definisi yang diuraikan tersebut merupakan gambaran secara umum mengenai hak ulayat. Dicabutnya PMA ini tidak mematahkan semangat dalam perjuangan hak-hak masyarakat adat. Sebab perjuangan ini terus berlanjut, yang belakangan ini muncul putusan MK 35/PUU-X/2012 yang memperkuat masyarakat adat sebagai subjek hukum yang harus dilindungi. Putusan MK 35 ini kemudian diteruskan dengan Surat Edaran yang intinya mengatur empat hal yaitu:¹⁵³ 1). Definisi hutan adat, 2). Penguasaan hutan oleh negara memperhatikan keberadaan masyarakat hukum adat, 3). Status hutan, dan 4). Penetapan hutan adat oleh Menteri kehutanan setelah ada penetapan perda tentang masyarakat hukum adat.

- e. Khususnya ekspresi budaya, dalam deklarasi ini menyebutkannya pada pasal 31 yang isinya “masyarakat adat memiliki hak untuk menjaga, mengontrol, melindungi dan mengembangkan, warisan budaya mereka, pengetahuan tradisional dan ekspresi-ekspresi budaya tradisional, seperti juga manifestasi ilmu pengetahuan mereka, teknologi dan budaya-budaya, termasuk sumber daya manusia dan sumber daya genetik lainnya, benih-

¹⁵³ Sukirno, *Tindak Lanjut Pengakuan Hutan Adat Setelah Putusan Mahkamah Konstitusi No.35/PUU-X/2012*, jurnal masalah-masalah Hukum, jilid 45, No.4, Oktober 2016, hal.

benih, obat-obatan, permainan-permainan tradisional dan seni pentas. Mereka memiliki juga hak untuk menjaga, mengontrol, melindungi dan mengembangkan kekayaan intelektual, warisan budaya, ²⁶³ pengetahuan tradisional, dan ekspresi-ekspresi budaya mereka”.

- f. Selanjutnya demi mencapai dari tujuan deklarasi tersebut pada pasal 38 menyatakan bahwa “negara-negara dalam konsultasi dan kerjasama dengan masyarakat adat, akan mengambil langkah-langkah yang tepat, termasuk pengakuan hukum” oleh deklarasi ini. Artinya bahwa perlindungan hukum dalam bentuk pengakuan hukum terhadap hal-hal yang menyangkut kepentingan masyarakat adat menjadi tanggung jawab mutlak negara. Sehingga seharusnya dalam hal ini tidak ada diskriminasi dalam bentuk apapun untuk melaksanakannya dan masyarakat adat berhak untuk mendapatkan perlindungan tersebut. Selain itu pada pasal 40 ditegaskan bahwa masyarakat adat memiliki hak atas akses ke, dan memperoleh keputusan secara tepat melalui prosedur yang adil bagi penyelesaian konflik dan sengketa dengan negara dan pihak-pihak lain, dan juga bagi pemulihan yang efektif bagi semua pelanggaran baik hak individual maupun hak kolektif masyarakat Adat. Jika pengakuan hukum ini tidak ada ataupun lemah tentu akan berakibat pada tidak terlindunginya hak-hak masyarakat Adat. Sebaliknya adanya pengakuan hukum akan menempatkan posisi masyarakat Adat dengan semestinya sebagai manusia atau masyarakat yang memiliki hak yang sama dengan manusia lainnya dalam memperoleh hak asasinya.

C. Konsep Perlindungan Hukum Melalui Hukum Negara, Hukum Adat dan Hukum Islam (*Maqashid al syari'ah*)

1. Konsep Perlindungan Hukum Melalui Hukum Negara

Tujuan dibentuknya hukum adalah untuk memperoleh keadilan, kemanfaatan, dan kepastian hukum. Selain itu hukum merupakan alat pengendali sosial bagi pemerintah, hukum terlahir karena

adanya tuntutan-tuntutan instrumental, sehingga hukum tersebut sulit terpisahkan dari keberadaan pemerintah. Indonesia merupakan negara hukum yang memiliki tujuan untuk melindungi rakyatnya dari ketertindasan, ketidaknyamanan, serta segala bentuk ketidakadilan. Untuk mencapai hal itu hendaknya negara melindungi rakyatnya sesuai dengan tujuan hukum yang dimaksud.

Terkait dengan hak-hak masyarakat adat yang bersifat komunal, baik itu hak atas sumber daya genetik, pengetahuan tradisional maupun ekspresi budaya tradisional, sesungguhnya Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia tahun 1945 telah meletakkan landasan hukum bagi kerangka hukum nasional untuk perlindungan yang maksimal. Namun hingga saat ini perlindungan yang bersifat *sui generis* terhadap hak-hak komunal tersebut belumlah maksimal. Dewan Perwakilan Rakyat Republik Indonesia tengah memproses beberapa rancangan Undang-undang yang terkait dengan ini, yakni rancangan undang-undang tentang pemanfaatan Sumber Daya Genetik dan rancangan Undang-undang tentang Pengetahuan Tradisional dan Ekspresi Budaya Tradisional. Sedangkan rancangan Undang-undang yang berkaitan erat dengan hal ini yakni Undang-undang tentang kebudayaan dan undang-undang tentang Masyarakat Hukum Adat hanya Undang-undang Kebudayaan yang baru disahkan keberadaannya.

Konsep persatuan Indonesia yang tertuang dalam sila ketiga Pancasila merupakan landasan ideologis yang dapat menyatukan seluruh perbedaan dan keanekaragaman budaya di Indonesia. Konsep persatuan dalam perbedaan (*the unity of diversity*) inilah yang menjiwai pasal 32 UUDN RI tahun 1945. Pasal ini memberikan jaminan kepada masyarakat untuk mengembangkan dan memelihara nilai-nilai budayanya. Intinya bahwa negara menekankan pentingnya mengembangkan identitas nasional melalui kebudayaan nasional. Tak terelakkan bahwa Ekspresi Budaya Tradisional merupakan salah satu bagian integral dari identitas nasional tersebut. Negara di dalam mewujudkan suatu kesejahteraan hendaknya bertanggungjawab untuk memenuhi hak sosial, hak ekonomi, hak budaya serta hak-

hak lainnya yang menyangkut kepentingan rakyat. Berdasarkan konstitusi pasal 18B ayat (2), 28C ayat (2), 28I ayat (3) pemerintah berkewajiban untuk memenuhi hak asasi budaya yang dimiliki oleh komunitas lokal (masyarakat adat) atas kekayaan intelektual yang mereka miliki, tentunya dengan regulasi-regulasi yang mendukung hak tersebut.

Menurut Miranda Risang Ayu terdapat beberapa alternatif cara perlindungan yang mengemuka terhadap hak-hak tradisional yang bersifat komunal ini baik itu hak yang berupa Sumber Daya Genetik, Pengetahuan Tradisional maupun Ekspresi Budaya Tradisional (SDGPT-EBT/GRTKF), yakni dengan perlindungan positif, perlindungan negatif, perlindungan proaktif, sistemik-progresif, defensif dan administratif.¹⁵⁴ Adapun uraian dari perlindungan cara tersebut antara lain;

1. Perlindungan Positif

a. Pembentukan Hukum

Penyebutan dengan kata perlindungan positif¹⁵⁵ karena perlindungan ini mengandalkan pembuatan hukum-hukum baru yang menjadi positif melalui pemberlakuan. Perlindungan terhadap Sumber Daya Genetik, Pengetahuan Tradisional dan Ekspresi Budaya Tradisional ini telah berlangsung tidak hanya di forum negosiasi yang terkait dengan Hak Kekayaan Intelektual (HKI) yang berupa WIPO akan tetapi juga tersebar di berbagai forum Internasional. Terdapat kemajuan signifikan dalam hal ini yakni disepakatinya dua konvensi di forum UNESCO yakni *Convention for The Safeguarding of The Intangible Cultural Heritage* tahun 2003 serta *Convention on the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expression* 2005.

¹⁵⁴Miranda Risang Ayu dkk., *Hukum Sumber Daya Genetik, Pengetahuan Tradisional dan Ekspresi Budaya Tradisional Di Indonesia*” (Bandung: PT. Alumni, 2014), hal. 114

¹⁵⁵Istilah ini digunakan dalam negosiasi forum Internasional khususnya tentang Sumber Daya Genetik, pengetahuan Tradisional dan Ekspresi Budaya Tradisional (*Forum Inter Governmental Committee on Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklor*)

Kedua konvensi ini menegaskan pentingnya perlindungan hak moral komunal dan bahkan hak moral suatu bangsa terhadap warisan budaya yang berasal dari negara-negara anggota UNESCO. Selain itu disepakati pula protokol Nagoya yang menekankan pembagian keuntungan yang adil dan merata dari pemanfaatan Pengetahuan Tradisional yang terkait Sumber Daya Genetik (PT-SDG). Protokol Nagoya ini kemudian memberikan pemahaman bahwa perlindungan HKI tidak hanya berhenti pada perlindungan moral namun juga perlindungan dilakukan pada kepentingan ekonomi dari objek-objeknya. Sistem yang ditawarkan dalam forum WIPO ini dapat dikembangkan lebih lanjut untuk mengisi ketidakjelasan mekanisme pembagian keuntungan dari objek-objek yang lain, yang mana dari sudut pandang HKI konvensional sebagian besar tidak dapat dilindungi karena berada dalam ranah kepemilikan umum (*public domain*).

- b. Tindakan Hukum Perlindungan hukum terhadap hak komunal ini memunculkan interaksi kompleks dalam perspektif hukum, sosial, antropologi, ekonomi dan pengetahuan ilmiah. Sehingga permasalahan ini perlu di atasi di tingkat internasional, nasional dan sub-nasional. Pendekatan yang digunakan adalah menempatkan perlindungan hukum terhadap hak komunal khususnya Ekspresi Budaya Tradisional melalui sistem *Sui Generis* yang terpisah dari pengaturan komponen lainnya baik secara nasional maupun internasional.

2. Perlindungan Negatif

Cara perlindungan negatif¹⁵⁶ ini merupakan cara yang berkembang sebagai alternatif dari cara perlindungan positif. Perlindungan negatif ini bukan berarti berkonotasi peniadaan ataupun pengabaian bahkan perlindungan ini terkadang dipandang sebagai cara yang

¹⁵⁶Istilah ini banyak digunakan oleh Agus Sarjono yang kemudian digunakan oleh Miranda Risang Ayu dkk. dalam Hukum Sumber Daya Genetik, Pengetahuan Tradisional dan Ekspresi Budaya Tradisional Di Indonesia (Badung: PT Alumni 2014)

paling efektif dan efisien ketika perlindungan mendesak dan segera untuk diberikan. Perlindungan negatif tersebut merupakan bentuk perlindungan yang menggunakan sistem perlindungan yang sudah ada. Sistem hukum ini mencakup ketentuan-ketentuan hukum positif dalam hukum Hak Kekayaan Intelektual (HKI) konvensional, maupun penguatan dari pemberlakuan prinsip dari anti monopoli dan persaingan usaha tidak sehat dalam sistem ekonomi.

Adapun perlindungan negatif yang dilakukan saat ini terdapat dalam beberapa kerangka pengaturan. Khusus untuk pengaturan Ekspresi Budaya Tradisional terdapat dalam Undang-undang Hak Cipta No 28 tahun 2014 pasal 38.¹⁵⁷

Pengaturan negatif oleh undang-undang ini tentulah belum sempurna dan tidak begitu kuat dalam melakukan perlindungan, sebab klausul yang menyatakan “dipegang oleh negara” pada ayat (1) menandakan bahwa masyarakat adat tidak memiliki hak penuh atas karya-karya tradisional mereka. Ketika terjadi pemanfaatan tidak wajar baik secara ekonomi maupun non ekonomi oleh pihak lain, masyarakat adat memiliki posisi yang lemah untuk melindungi hak-haknya. Terlebih lagi pada ayat (4), Peraturan Pemerintah yang dimaksud belumlah terbit sampai saat ini. Lebih detailnya akibat kaburnya pasal ini maka diperlukan perumusan materi yang memerlukan perumusan antara lain:¹⁷⁴

1. Personifikasi negara sebagai pemegang hak cipta dan ekspresi budaya tradisional. Apakah Kementerian Pendidikan dan Kebudayaan atau Kementerian Hukum dan HAM, atau Kementerian Dalam negeri, atau Pemprov, atau Pemkab, atau dibentuk instansi mandiri, jadi belum ada kepastian.
2. Hak Cipta Ekspresi Budaya Tradisional dipegang oleh Negara, apakah yang dimaksud dengan ‘dipegang’, konstruksi hukum

¹⁵⁷(1) Hak cipta atas Ekspresi Budaya Tradisional dipegang oleh negara. (2) Negara wajib menginventarisasi, menjaga, dan memelihara Ekspresi Budaya Tradisional sebagaimana dimaksud pada ayat (1), (3) penggunaan Ekspresi Budaya Tradisional sebagaimana dimaksud pada ayat (1) harus memperhatikan nilai-nilai yang hidup dalam masyarakat pengembannya. (4) ketentuan lebih

istilah 'dipegang oleh Negara' maknanya seperti apa, diperlukan kejelasan pemahaman.

3. Dalam hal negara wajib menginventarisasi, menjaga dan memelihara ekspresi budaya tradisional, yang memerlukan pengaturan lebih lanjut bahwa dengan usaha dan upaya apa dan bagaimana bentuk menjaga dan memelihara EBT tersebut perlu mendapatkan penjabaran yang lebih konkret Posisi ini tentunya menempatkan masyarakat adat berada pada ranah ketidakadilan, di mana mereka terpinggirkan dari hak-hak asasi budaya mereka yang telah jelas tertuang dalam sila ke-tiga Pancasila serta telah diwujudkan dalam konstitusi negara pasal 32.

3. Perlindungan Proaktif

Perlindungan proaktif mengisyaratkan pihak atau instansi publik yang terkait dengan penyediaan sumber daya tersebut untuk secara proaktif dan konsisten mensyaratkan adanya kontrak khusus dengan calon pengguna. Untuk saat ini, perlindungan proaktif biasanya digunakan untuk perlindungan Sumber Daya Genetik (SDG) dan Pengetahuan Tradisional yang terkait Sumber Daya Genetik (PT-SDG).

Latar belakang perlindungan ini dikarenakan semakin meningkatnya penggunaan SDG dan PT-SDG yang umumnya berasal dari negara-negara berkembang maupun negara kurang berkembang oleh negara-negara maju. Hal tersebut membutuhkan suatu mekanisme formal dalam hubungan kerjasama antara negara penyedia (*provider*) dengan negara pengguna (*user, recipient*). Jenis perlindungan ini juga dapat diberlakukan bagi Ekspresi Budaya Tradisional, kendati RUU tentang ini belum disahkan. Pendataan yang kuat oleh pemerintah atas hak-hak kekayaan komunal sebagai bukti kepemilikan masyarakat adat Indonesia akan sangat membantu bentuk dari perlindungan proaktif ini.

a. Perlindungan Sistemik-Progresif

Perlindungan sistemik-progresif ini merupakan upaya perlindungan yang saling kait-mengkait sebagai suatu sistem yang terus meningkat kualitasnya secara progresif. Perlindungan jenis ini menurut Miranda Risang Ayu, dipelopori oleh mazhab Padjajaran yang dikemukakan oleh Prof. Dr. Kusuma Atmaja. Perlindungan ini diharapkan dapat memberikan perlindungan maksimal terhadap hak-hak komunal baik berupa Sumber Daya genetik, Pengetahuan Tradisional maupun Ekspresi Budaya Tradisional (SDG-PTEBT/GRTKF). Sifatnya yang sistemik ini maka upaya perlindungan meliputi tiga lini yakni lini pengaturan hukum, lini institusionalisasi, fungsionalisasi dan koordinasi di tingkat suprastruktur, mesostruktur maupun infrastruktur negara, serta lini pemecahan masalah kasus perkasus, baik dalam maupun luar pengadilan, untuk menciptakan yurisprudensi-yurisprudensi baru.

b. Perlindungan Defensif

Perlindungan defensif ini merupakan jenis perlindungan dalam bentuk pendokumentasian. Dokumuntasi ini sangat penting sebagai upaya menjaga aset-aset kekayaan intelektual milik komunal agar tidak punah. Sebab jenis kekayaan ini merupakan aset ekonomi berbasis budaya yang tentunya memiliki nilai baik nilai secara ekonomi maupun non ekonomi. Kepunahan terhadap aset ini dapat mengakibatkan hilangnya kekayaan budaya yang telah diwarisi secara turun-temurun.

Perlindungan defensif atau pendokumentasian ini apabila dilakukan secara terstruktur maka akan memberikan dua jenis perlindungan yakni perlindungan preventif dan perlindungan positif. Perlindungan preventif berkaitan dengan penggunaan informasi data-data ekspresi budaya yang telah tersimpan, sehingga tidak terjadi klaim oleh

pihak lain atau pemanfaatan segala jenis ekspresi budaya untuk kepentingan pribadi, maupun kelompok tertentu yang dapat merugikan masyarakat adat sebagai pemilik maupun pengembannya. Sedangkan perlindungan positif berarti bahwa informasi yang terdapat dalam sistem data tersebut dapat dijadikan dasar untuk memberikan hak kepada komunitas lokal yang telah mengembangkan ekspresi budaya tersebut.

4. Perlindungan Administratif

Ekspresi Budaya Tradisional di samping memiliki nilai spiritual dan budaya namun terdapat potensi ekonomi di dalamnya yang dapat dikembangkan dan dikomersialisasi secara global. Sebagai pemilik dan pengemban dari ekspresi budaya ini maka komunitas masyarakat adat hendaknya dilibatkan dalam pemanfaatan ekspresi budaya tersebut melalui mekanisme akses yang dilakukan atas persetujuan mereka sebagai pemangku hak. Mekanisme akses tersebut dapat dijadikan dasar untuk menentukan pembagian keuntungan atas manfaat dari Ekspresi Budaya Tradisional ini.

Kendati Protokol Nagoya pasal 6 menghendaki negara untuk menentukan mekanisme akses terhadap pemanfaatan Sumber Daya Genetik dan Pengetahuan Tradisional, namun hal ini dapat pula diberlakukan bagi Ekspresi Budaya Tradisional. Mekanisme akses ini merupakan sebuah tindakan hukum negara untuk pembatasan terhadap pemanfaatan Ekspresi Budaya Tradisional sehingga tidak terjadi hal-hal yang dapat merugikan negara dan komunitas lokal khususnya masyarakat Adat.

Mekanisme ini dapat berupa dibuatnya suatu perjanjian antara pihak pengguna dengan masyarakat Adat atau masyarakat pengemban yang selama ini konsisten melestarikan segala bentuk Pengetahuan Tradisional berupa Ekspresi Budaya Tradisional. Pengguna dalam hal ini tidak hanya individu, perusahaan atau badan hukum yang ada di Indonesia, akan tetapi pengguna juga termasuk dari pihak asing yang memang selama ini lebih banyak melakukan

pemanfaatan terhadap hak-hak komunal. Mekanisme akses ini hendaknya diatur secara lebih luas mengingat cakupan Ekspresi Budaya Tradisional sangatlah luas.

Jika melihat dari jenis-jenis perlindungan tersebut, apabila dapat direalisasikan sepenuhnya tentu akan mendatangkan keadilan, kemanfaatan serta kepastian hukum bagi keberadaan Ekspresi Budaya Tradisional sebagai milik masyarakat Adat. Namun kenyataannya saat ini negara masih setengah hati untuk melakukan segala jenis perlindungan tersebut. Saat ini perlindungan jenis negatif inilah yang sedang berlaku, yakni pemberlakuan Undang-undang yang ada seperti UUHC N0 28 tahun 2014. Tentu saja jika Undang-undang Hak Cipta pasal 38 yang mengatur tentang Ekspresi Budaya Tradisional ini kemudian diatur secara detail dan pasti, artinya tidak terjadi kekaburan norma di dalamnya, maka keadilan bagi masyarakat Adat akan terpenuhi.

Kekaburan norma yang terjadi dapat terjawab jika semua jenis-jenis perlindungan di atas dapat diberlakukan sepenuhnya dan negara menggunakannya sebagai penguat dalam perlindungan terhadap Ekspresi Budaya Tradisional. Perlindungan positif yang merekomendasikan adanya bentuk perlindungan *sui generis* terhadap kekayaan tradisional ini, sebenarnya telah direncanakan oleh negara dalam RUU tentang Pengetahuan Tradisional dan Ekspresi Budaya Tradisional, namun kedatangannya yang tidak kunjung tiba sebagai undang-undang yang sah membuat posisi Ekspresi Budaya Tradisional ini belum menguat sebagai obyek yang harus dilindungi dan masyarakat adat sebagai subjek yang harus dilindungi hak-haknya.

Begitu juga dengan perlindungan jenis proaktif (adanya kontrak jelas dengan pihak pengguna), perlindungan ini memperjelas posisi masyarakat adat sebagai pemilik hak dengan posisi pengguna sebagai pihak yang memanfaatkan. Adapun melalui perlindungan jenis sistemik progresif khususnya pemecahan masalah kasus perkasus, baik dalam maupun luar pengadilan, untuk menciptakan yurisprudensi-yurisprudensi baru yang diinginkan, dapat

memberikan solusi terhadap kasus-kasus yang sudah terjadi dan memperkuat perlindungan hukum terhadap terjadinya pemanfaatan tidak wajar atas Ekspresi Budaya milik masyarakat adat.

Jenis perlindungan ini sesuai dengan teori perlindungan yang ditawarkan Philipus Hadjon perlindungan hukum yang bersifat preventif dan perlindungan hukum yang bersifat refresif. Perlindungan hukum yang preventif bertujuan untuk mencegah terjadinya sengketa sedangkan sebaliknya perlindungan hukum yang refresif bertujuan untuk menyelesaikan sengketa.¹⁵⁸

Sedangkan terkait dengan jenis perlindungan defensif (pendokumentasian aset-aset kekayaan tradisional), saat ini negara telah melakukannya sesuai amanah Undang-undang hak Cipta pasal 38 ayat (2) tentang kewajiban negara untuk menginventarisasi, memelihara dan menjaga Ekspresi Budaya Tradisional tersebut. Akan tetapi terjadi kerancuan kembali ketika negara melaksanakan hal ini tidak melalui satu pintu, pendokumentasian dilakukan saat ini baik oleh Kementerian Hukum dan HAM dan dilakukan pula oleh Kementerian Pendidikan dan Kebudayaan. Antara dua Kementerian ini tidak terdapat sinergitas dalam hal ini, sehingga terkesan tumpang tindih dan data-data yang didapat ada yang sama dan adapula yang berbeda. Akan tetapi bagaimanapun dokumentasi ini sangat membantu sebagai salah satu bentuk perlindungan terhadap keberadaan Ekspresi Budaya Tradisional.

Selanjutnya perlindungan yang bersifat administratif, yakni keterlibatan pemerintah melalui mekanisme akses baik itu akses berupa izin untuk akses ataupun izin untuk pemanfaatan terhadap Ekspresi Budaya Tradisional. Mekanisme akses ini diharapkan dapat meminimalisir adanya pemanfaatan tidak wajar (*missappropriation*) ataupun pembajakan baik oleh pihak luar maupun dalam negeri sendiri, baik itu perorangan maupun oleh kelompok tertentu. Terhadap akses izin pemanfaatan ini nantinya terdapat peluang

¹⁵⁸Dr. Philipus M. Hadjon, "*Perlindungan Hukum Bagi Rakyat Indonesia Sebuah Studi Tentang Prinsip-Prinsipnya, Penanganannya Oleh Pengadilan Dalam Lingkungan Peradilan Umum Dan Pembentukan Peradilan Administrasi* (pen. Peradaban, 2007), hal. 2

bagi masyarakat adat untuk diatur tentang pembagian keuntungan atas Ekspresi Budaya mereka yang telah dimanfaatkan oleh para pengguna manfaat. Negara dalam hal ini seharusnya memberikan peluang bagi masyarakat adat sebagai pemilik hak serta pengembangan budayanya untuk menikmati keuntungan secara ekonomi dari hasil pemanfaatan oleh pihak lain.

Semua bentuk perlindungan tersebut akan memberi makna perlindungan yang adil jika tertuang secara komperhensif dalam sebuah peraturan perundang-undangan khusus yang mengatur tentang ekspresi Budaya Tradisional. Undang-undang khusus tersebut secara utuh mengatur baik secara materil maupun formil hal-hal terkait Ekspresi Budaya Tradisional yang memihak masyarakat Adat, dengan memperhatikan beberapa model perlindungan di atas serta memperhatikan instrument-instrumen hukum lainnya terkait hal ini termasuk perjanjian-perjanjian internasional dengan tanpa mengabaikan kepentingan nasional khususnya masyarakat Adat. Sehingga Jika cara perlindungan ini diterapkan secara menyeluruh dan komprehensif maka tentunya apa yang dicita-citakan negara menuju masyarakat adil dan makmur pasti akan terlaksana dengan baik.

2. Konsep Perlindungan Hukum melalui hukum adat

Istilah hukum adat sebenarnya berasal dari Bahasa Arab “*Huk’m*” dan “*Adah*” (jamaknya *ahkam*) yang artinya suruhan atau ketentuan. Sedangkan *Adah* atau adat ini dalam Bahasa Arab disebut dengan arti “kebiasaan” yaitu perilaku masyarakat yang selalu terjadi, jadi hukum adat itu adalah “hukum kebiasaan”.¹⁵⁹

Istilah ini sudah lama dikenal di Aceh sejak pemerintahan sultan Iskandar Muda (1607-1636), serta ditemukan dalam kitab hukum “*Makuta Alam*” serta kitab hukum “*Safinatul Hukkam fi Takhlisil Khassam*” yang di tulis oleh Jalalludin bin syekh Muhammad Kamaludin. Istilah ini pula kemudian dicatat oleh Christian Snouck

¹⁵⁹C. Dewi Wulansari, “*Hukum Adat Indonesia Suatu Pengantar*” (Bandung: PT Rafika Aditama), hal. 1

Hurgronje ketika melakukan penelitian di Aceh pada tahun 1891-1892, yang dia terjemahkan ke dalam Bahasa Belanda dengan “*Adat-Recht*”, untuk membedakan antara kebiasaan atau pendirian dengan adat yang memiliki sanksi hukum.¹⁶⁰

Sedangkan pengertian hukum adat sendiri terdapat beragam pengertian namun memiliki substansi yang sama yakni keberlakuan hukum yang ada dalam masyarakat dan hidup berkembang di dalamnya sebagai aturan yang disepakati berdasarkan norma-norma yang ada. Kendati terdapat keberagaman dalam pengertian hukum adat ini namun praktiknya dalam masyarakat tidak membedakan antara adat dan hukum adat. Jadi ketika berbicara adat maka yang dimaksudkan bisa meliputi adat kebiasaan tanpa sanksi maupun adat yang memiliki sanksi.

Apabila dilihat dari aspek kebudayaan maka hukum adat merupakan bagian dari kebudayaan bangsa Indonesia. Sebab hukum adat merupakan refleksi dari cara berpikir serta struktur kejiwaan bangsa Indonesia yang mana dapat menghasilkan corak tertentu dalam cara berpikir yang nantinya menghasilkan corak hukum tertentu pula. Artinya, struktur kejiwaan dan cara berpikir bangsa Indonesia dengan sendirinya akan tercermin melalui corak hukum adat itu sendiri.

Selanjutnya maka hukum adat sebagai hukum yang hidup (*living law*) dikonsepsikan sebagai suatu sistem hukum yang terbentuk dan berasal dari pengalaman empiris masyarakat pada masa lalu, yang dianggap adil atau patut dan telah mendapatkan legitimasi dari penguasa adat sehingga mengikat atau wajib dipatuhi (bersifat normatif).¹⁶¹ Proses kepatuhan terhadap hukum adat ini tentunya telah melalui proses yang sangat panjang. Munculnya norma-norma yang ada dalam masyarakat tersebut lahir bersamaan dengan terjadinya interaksi dalam masyarakat sosial yang membentuk

¹⁶⁰Ibid. hal.1-2

¹⁶¹H.R. Otje Salman Soemadiningrat, “*Rekonseptualisasi Hukum Adat Kontemporer* “, (Bandung: PT. Alumni, 2011), hal. 27

komunitas-komunitas adat yang penuh dengan muatan nilai-nilai moral di dalamnya.

Norma-norma tersebut dijaga secara bersama dan sekaligus menjadi alat untuk mengakses dan mengatur sumber daya alam,¹⁶² berdasarkan pada nilai-nilai yang ada. Kata lain bahwa kepatuhan terhadap hukum adat ini lahir dengan suatu kepercayaan bahwa sejak lahir manusia diliputi oleh norma-norma yang harus dipatuhi. Oleh karenanya maka setiap anggota masyarakat wajib untuk mematuhi, dan kepatuhan tersebut dipandang sebagai suatu keharusan yang semestinya jadi bukan didasarkan pada keterpaksaan untuk mematuhi.

Nilai-nilai yang paling sering ditemui misalnya nilai kebersamaan dan gotong royong, nilai kerukunan, nilai tolong menolong dan lainnya. Nilai-nilai inilah yang menjadi benih-benih murni kearifan lokal (*local wisdom*) yang oleh *the founding fathers* disusun ke dalam Pancasila sebagai dasar negara kesatuan Republik Indonesia.¹⁶³ Hukum adat tumbuh dan berkembang sebagai payung hukum bagi masyarakatnya. Keberadaannya tidak dapat dipisahkan dengan masyarakat ibarat jiwa dan raga. Sebagaimana dikatakan oleh Von Savigny muridnya Puchta, *das recht wirdt nicht gemacht, es ist wirdt mit dem volke* (hukum itu tidak dibuat ia ada bersama masyarakat), artinya keberadaan hukum dan masyarakat itu seperti jiwa dan raga yang lahir bersamaan dalam satu tarikan nafas.¹⁶⁴

Hukum adat memiliki beberapa corak umum yang terkenal melekat di dalamnya. di antara corak tersebut yang kemudian disebutkan sebagai sifat dari hukum Adat ini antara lain;

1. Magis religious (*magisch-religieus*), sifat ini diartikan sebagai suatu pola pikir yang didasarkan pada religiusitas, yakni keyakinan masyarakat tentang adanya sesuatu yang bersifat sakral.

¹⁶²Ade Saptomo, *Hukum Dan Kearifan Lokal Revitalisasi Hukum Adat Nusantara* (Jakarta: PT. Grasindo, 2010), hal. 25

¹⁶³*ibid*

¹⁶⁴Dominikus Rato, SH., M.Si.,” *Hukum Adat Kontemporer*”, (Surabaya: LaksBang Justitia, 2011), hal. 162

2. Komunal (*communal*), masyarakat hukum adat memiliki asumsi bahwa setiap individu, anggota masyarakat merupakan bagian integral dari masyarakat secara keseluruhan.
3. Konkret, sifat ini diartikan sebagai corak yang serba jelas atau nyata, menunjukkan bahwa setiap hubungan hukum yang terjadi dalam masyarakat tidak dilakukan secara diam-diam atau samar.
4. Kontan (*Kontante Handeling*), mengandung arti kesetamertaan, terutama dalam hal pemenuhan prestasi.¹⁶⁵

Selain itu Hukum Adat dikenal sebagai hukum yang memiliki sistem yang bersifat terbuka. Terbuka berarti bahwa hukum adat selain memiliki sifat tradisional dia juga dapat berubah dan menyesuaikan diri dengan keadaan sekelilingnya. Ini artinya bahwa hukum Adat bersifat dinamis dan memiliki peluang dan kekuatan sendiri dalam melindungi masyarakatnya. Hal ini juga mengisyaratkan hal yang sama keberadaannya dengan hukum Islam yakni menjadi salah satu bahan baku sebagai Hukum Nasional. Maka pada kondisi ini peran hukum Adat juga harus diakui dalam kontribusinya sebagai hukum yang eksis dalam melindungi masyarakatnya.

Soepomo mengatakan bahwa pada prinsipnya di dalam hukum Adat yang primer itu adalah masyarakat, bukan individu. Meskipun bukan berarti hak-hak anggota masyarakat sebagai individu tercerabut dari akar asasinya, tetapi tujuan dari kepentingan individu harus diarahkan demi tujuan sosial.¹⁶⁶ inilah yang disebut sebagai sifat komunal seperti penjelasan sebelumnya. Artinya bahwa sesungguhnya tujuan sosial yang ingin dicapai tersebut merupakan tujuan-tujuan dari masing-masing individu. Masyarakat merupakan institusi bagi ruang individu-individu di dalam mengajukan

¹⁶⁵H.R. Otje Salman Soemadiningrat, S.H., "*Rekonseptualisasi Hukum Adat Kontemporer*", (Bandung: PT. Alumni, 2011), hal. 29-33

¹⁶⁶Syukron Salam, "*Hukum Adat dan perjuangan Lokal*", dalam Jimly As Shiddiqie, dkk. "*Soepomo Pergulatan Tafsir Negara Integralistik Biografi Intelektual, Pemikiran Hukum Adat, dan Konstitusionalisme*", (Yogyakarta: Penerbit Thafa Media, 2015), hal. 246

kepentingan-kepentingan mereka agar terjadi ketertiban dan keharmonisan dan jauh dari perselisihan.

Selain itu hukum adat memiliki fungsi sebagai pedoman hidup, yakni segala tata cara kehidupan bermasyarakat merujuk pada hukum adat tersebut. Dengan demikian maka hukum adat juga harus melindungi sesuai dengan tujuannya yaitu untuk mencapai kesejahteraan. Pencapaian kesejahteraan ini melalui syarat utama yakni tertib.¹⁶⁷ Jika sudah tertib maka masyarakat akan memiliki ketenangan dalam menjalankan segala aktivitas hidup mereka serta keadilan sosial dengan sendirinya akan didapatkan.

Uraian sebelumnya mengatakan bahwa terdapat asumsi lahirnya norma-norma yang harus dipatuhi bersamaan dengan lahirnya manusia itu sendiri. Kepatuhan terhadap norma sudah menjadi suatu keharusan jadi bukan karena suatu paksaan. Satu sisi hal ini dalam memberikan perlindungannya norma hukum adat menjadi kuat ketika berada dalam lingkungan masyarakat adat tersebut. Sebab masyarakat adat sudah meyakini akan hal ini, akan tetapi menjadi lemah jika perlindungan tersebut berhadapan dengan masyarakat di luar komunitas masyarakat adat yang tidak menganut sistem ini. Sebab tidak terdapat sanksi serta kepastian hukum yang jelas, khususnya terhadap perlindungan atas Pengetahuan Tradisional berupa Ekspresi Budaya Tradisional milik masyarakat adat. Terlebih konsep HKI sama sekali tidak dikenal dalam masyarakat adat.

Lebih jelasnya bahwa Hak milik dalam hukum adat tidak sama dengan hak milik dalam hukum Barat. Menurut Hukum Adat "*hak milik*" atas harta benda berarti "*hak kepunyaan*" atau "*hak punya*", yang tidak bersifat mutlak.¹⁶⁸ Sedangkan dalam hukum Barat hak milik dikenal dengan "*hak eigendom*" (hak milik sendiri) sebagaimana diatur dalam KUHPerdara pasal 570. Nampak perbedaan yang jelas di antara keduanya, jika hak milik dalam hukum Barat membebaskan penggunaan harta benda oleh pemiliknya secara bebas, namun hak

¹⁶⁷Dr. Dominikus Rato, *Hukum Adat Kontemporer* (Surabaya: LaksBang Justitia, hal. 4

¹⁶⁸ Hilman Hadikusuma, *Hukum Perekonomian Adat Indonesia*, (Bandung: PT. Aditya Bakti, 2001), hal. 25

milik dalam hukum Adat memiliki fungsi sosial sehingga tidak dapat dipergunakan secara leluasa.

Melihat hal tersebut maka dengan demikian Ekspresi Budaya Tradisional yang merupakan kategori hak cipta yang masuk dalam lingkup HKI memiliki perbedaan sistem dalam hal perlindungan. Perbedaan tersebut di mana dalam hukum adat lebih mengedepankan bahwa hak milik berupa barang adalah memiliki “fungsi sosial”, jadi kepentingan bersifat individu harus dikesampingkan. Sedangkan norma komunal masyarakat Indonesia ini sangat berbeda dengan filosofi filsafat Barat yang menganggap individu sebagai pusat dari perlindungan hukum, sehingga hidup, milik dan kebebasan dari seorang individu haruslah menjadi fokus dari perlindungan hukum.¹⁶⁹

Sifat perlindungan hukum adat yang tidak terlepas dari corak-corak religious-magis, komunal, dan lainnya seperti yang diuraikan sebelumnya tersebut menggambarkan bahwa segala hak yang melekat pada individu sesungguhnya tidak terlepas dari alam sekitar yang mengitarinya. Jadi segala bentuk pelanggaran terhadap hak milik seperti eksploitasi dalam penggunaannya akan dipertanggungjawabkan secara moril kepada alam sekitar dan kekuatan gaib yang diyakininya.

Sekalipun konsep HKI tidak dikenal dalam masyarakat adat, namun faktanya bahwa kreativitas seni dalam berbagai ragam karya telah mampu diciptakan jauh sebelum bangsa Eropa datang ke bumi Nusantara ini. Kekayaan yang berupa hasil cipta dari kreativitas berpikir masyarakat ini sebagian besar telah menjadimiliki bersama (*public domain*) karena para penciptanya tidak mencantumkan nama mereka sama sekali pada hasil karya cipta mereka. Para pencipta tersebut lebih senang apabila hasil karyanya dinikmati oleh masyarakat. Kebebasan masyarakat menikmati hasil karya tersebut bukan berarti tidak ada penghormatan terhadap para penciptanya,

¹⁶⁹ Afifah Kusumadara, *Konflik Hukum HAKI Dengan Adat Di Indonesia*xy *4dvc* (Jurnal Arena Hukum, No 12, November, 2000), hal. 4

ini terbukti bahwa masih melekatnya nama-nama pencipta seni tersebut yang namanya masih dikenang hingga saat ini, seperti WR. Supratman pencipta lagu Indonesia Raya, Empu Tantular pengarang kitab kertaragama dan lain-lain.

Kendati lebih banyak hasil karya seni berupa Ekspresi Budaya ini tidak diketahui penciptanya, namun keberadaannya yang masih hidup bahkan memberi kehidupan bagi masyarakatnya menjadikannya penting untuk dilindungi. Hukum adat karena sistem perlindungan yang diberikan berbeda dengan hukum Barat tentu saja eksistensi Eksperi Budaya Tradisional sebagai bagan dari HKI menjadi lemah di mata dunia. Hukum Adat melindungi keberadaan kekayaan yang berupa EBT ini dengan corak dan sifat sistem hukum adat yang ada seperti uraian sebelumnya. Sifat religious-magic misalnya, melindungi kekayaan ini hanya untuk menjaga kesakralannya semata. Pada corak hukum adat yang bersifat kontan dan jelas hukum adat tidak mengenal adanya benda tidak berwujud, sedangkan HKI adalah benda yang tidak berwujud. Tentang bagaimana uraian benda detailnya juga telah dijelaskan pada penjelasan sebelumnya.

Perbedaan di banyak hal lainnya antara hukum adat dan Barat dalam perlindungan HKI ini menjadi hal penting untuk diperhatikan upaya perlindungannya yang tepat di Indonesia. Hendaknya hukum Indonesia memberi tempat bagi perlindungan yang dikehendaki oleh masyarakat setempat agar apa yang dicita-citakan sebagai negara hukum Pancasila yang berkeadilan sosial dapat tercapai.

3. Konsep perlindungan Hukum melalui Hukum Islam (*Maqashid al Syari'ah*)

a. Pengertian Hukum Islam

Hukum Islam terdiri rangkaian kata “hukum“ dan “Islam”, kata “hukum” dapat ditemukan pada beberapa ayat dalam al qur’an namun istilah “Hukum Islam” itu sendiri tidak ditemukan satu ayatpun dalam al Qur’an. Secara etimologi kata hukum berasal dari bahasa Arab asal kata “ha” “kaf”, “mim” yang mendapat imbuhan “alif” dan

“lam” sehingga menjadi “*al Hukmu*” bentuk Masdar dari “*hakama yahkumu*”. Berdasarkan kata tersebut, melahirkan kata al hikmah artinya *kebijaksanaan*. Artinya orang yang memahami hukum lalu mengamalkannya dalam kehidupan sehari-harinya dianggap orang yang bijaksana.¹⁷⁰ Hukum Islam ini merupakan istilah khas Indonesia, yang dalam wacana ahli hukum Barat menyebutnya “*Islamic Law*”.

Sedangkan dalam al Qur’an tidak ditemui istilah Hukum Islam, kata yang biasa digunakan adalah istilah *syari’ah* atau *syar’i*. sedangkan pengertian *syari’ah* secara etimologi adalah jalan ke tempat mata air, atau tempat yang dilalui oleh air sungai, sedangkan *syari’ah* dalam arti terminologi adalah seperangkat norma ilahi yang mengatur hubungan manusia dengan Allah, hubungan manusia dengan sesamanya dalam kehidupan sosial, hubungan manusia dengan makhluk lainnya di dalam lingkungan hidupnya.¹⁷¹

Kata *syari’ah* juga dalam al Qur’an dapat dijumpai dalam QS Almaidah (5:8), As Syura’ (42:13) dan al jasiyah (45:18) yang mengandung arti yang membawa kepada kemenangan.¹⁷² Pengertian lain kata *syari’ah* diartikan *al-din* (agama), dengan pengertian jalan yang telah ditetapkan Tuhan bagi manusia. Sedangkan Prof. Thohir Luth mendefinisikan *syari’at* Islam itu sebagai peraturan-peraturan Allah dan Rasul berupa petunjuk, perintah dan larangan, untuk memperbaiki kehidupan manusia di dunia ini dan di hari akhir kelak.¹⁷³ Lebih lanjut beliau mengatakan bahwa dalam perspektif ini, *syari’at* Islam sama dengan *din al Islam*.¹⁷⁴ *Syari’ah* yang dikonotasikan dengan hukum Islam dibagi dua yakni *syari’ah ilahi* yang dikenal dengan *tasyri’ samawi* dan *syari’ah wadh’i* yang dikenal dengan *tasyri’ wad’i*. *syari’ah ilahi* yakni ketentuan-ketentuan Allah yang langsung diatur secara eksplisit dalam al Qur’an dan sunnah serta berlaku secara universal

¹⁷⁰Zaenudin Ali, *Hukum Islam Pengantar Ilmu Hukum Islam di Indonesia*, (Jakarta: Sinar Grafika, 2006), hal. 1

¹⁷¹*Ibid* hal. 3

¹⁷²H. Abdul Manan, *Reformasi Hukum Islam Di Indonesia*, (Jakarta: PT. Raja Grafindo Persada, 2006), hal. 39

¹⁷³Thohir Luth, *Syariat Islam Mengapa Takut*, (Malang: UB Press, 2011), hal. 8

¹⁷⁴*ibid*

untuk semua waktu dan tempat, tidak dapat berubah-ubah karena tidak ada yang kompeten untuk mengubahnya. Sedangkan *syari'ah wadh'i* adalah ketentuan hukum yang dibuat oleh para mujtahid tidak bersifat abadi dan dapat berubah-ubah sesuai dengan kondisi zaman, waktu dan tempat atau adat kebiasaan. Jadi hasil ijtihad para mujtahid tersebut seringkali dipengaruhi oleh faktor lingkungan serta dinamika kultur masyarakat di mana mereka tinggal. Tentu saja ketetapan hukum yang bersifat *wadh'i* ini akan diakui selama dalam penetapannya tidak bertentangan dengan al Qur'an dan Hadits.

Melalui *tasyri' wadh'i* inilah muncul hasil-hasil ketetapan hukum yang berupa produk *fiqih*, yakni ketentuan-ketentuan hukum yang berkaitan dengan *syari'ah amaliyah* atau perbuatan manusia baik dalam bentuk ibadah maupun muamalah. Jadi, ketika berbicara hukum Islam maka istilah *Syariah* dan *fiqih* ini akan sering dijumpai karena keduanya menjadibagian yang tidak terpisahkan dalam hukum Islam. Secara singkat dapat dikatakan bahwa *syari'ah* adalah ketetapan hukum mengenai ibadah muamalah yang diatur dalam al Qur'an dan sunnah secara langsung dan secara jelas tanpa memerlukan tafsir, sedangkan *fiqih* adalah ketentuan hukum yang dibuat oleh para mujtahid dengan merujuk pada al Qur'an dan hadits dengan menggunakan penalaran atau *al ra'yu* (rasio).

Uraian tersebut mencerminkan keunikan dari hukum Islam itu sendiri. Joseph Scacht dalam Muhammad Thahir Azhari mengatakan bahwa hukum Islam sangat berbeda dari sistem-sistem hukum lainnya. Salah satu ciri yang sangat menonjol pada Hukum Islam ialah sifatnya yang bidimensional, artinya, ia mengandung baik segi manusiawi maupun segi Ketuhanan (Ilahi).¹⁷⁵ Sifat bidimensional dari Hukum Islam ini tentunya juga berarti memiliki makna yang lebih luas dan komperhensif. Sebab hukum Islam tidak hanya mengatur satu sektor saja melainkan meliputi seluruh aspek kehidupan manusia. Hukum Islam (yang dalam Bahasa Arabnya adalah *Syari'ah*

¹⁷⁵Muhammad Thahir Azhari *Negara Hukum Suatu Studi Tentang Prinsip prinsipnya dilihat dari segi hukum Islam, Implementasinya Pada Periode Negara Madinah Dan Masa Kini*, (Jakarta: Kencana, 2010), hal. 74

ini), Karena sifatnya yang komprehensif tersebut membuat tidak semua orang dengan mudah dapat memahaminya. Karena itu dalam proses perkembangan hukum Islam lahirlah suatu ilmu yang khusus mempelajari dan memahami Syari'ah itu yang dinamakan dengan ilmu fiqih yang bermakna pengetahuan atau pemahaman, yang isinya adalah tentang pemahaman manusia terhadap syari'ah itu sendiri.

Dari uraian tersebut ada dua istilah yang dipergunakan untuk menggunakan hukum Islam yakni *Syari'at Islam* dan *Fiqih Islam*, *Syari'at Islam* disebut *Islamic Law* dan *Fiqih Islam* disebut *Islamic Jurisprudence*.¹⁷⁶

Pada dimensi lain hukum Islam selalu dihubungkan dengan legalitas formal suatu negara sehingga kedudukannya yang demikian menempatkan posisi *fiqih* bukan lagi sebagai *hukum Islam in abstracto* (pada tataran fatwa dan doktrin) melainkan sudah menjadi *hukum Islam in concreto* (pada tataran aplikasi dan pembumian) karena sudah menyatu menjadi hukum positif, yaitu aturan yang mengikat dalam suatu negara.¹⁷⁷ Pada konteks inilah yang akan dikaji lebih dalam pada pembahasan berikutnya terkait perlindungan yang diberikan hukum Islam melalui metode *Maqashid Al Syari'ah* yang berkenaan dengan hak milik masyarakat adat atas Ekspresi Budaya Tradisional yang mereka miliki.

b. karakteristik hukum Islam

Sebagaimana halnya dengan hukum Adat, hukum Islam juga memiliki karakteristik tertentu yang melekatinya. Mujiyono merangkumnya ke dalam beberapa macam karakteristik di antaranya;¹⁷⁸

1. *Sapiental ilahiyah*, hukum Islam adalah pancaran nilai-nilai kebijaksanaan dari Tuhan, sehingga ia memiliki sifat *religious*

¹⁷⁶Muhammad Daud Ali, S.H., *Hukum Islam Pengantar Ilmu Hukum dan Tata Hukum Islam Di Indonesia*, (Jakarta: PT. Raja Grafindo Indonesia, 1990), hal.25

¹⁷⁷Zaenudin Ali, Op.Cit., hal 2

¹⁷⁸Mujiyono Abdillah, M.A., *Dialektika Hukum Islam Perubahan Sosial Sebuah Refleksi Sosiologis Atas Pemikiran Ibnu Qayyim al-Jauziyah*, (Surakarta: Universitas Muhammadiyah Surakarta, 2003), hal. 18-21

2. *Humanistik Universal*, hukum Islam merupakan pancaran kasih sayang dari Tuhan untuk mengayomi umat manusia. Oleh karena itu ketetapan hukumnya selalu menghormati nilai-nilai kemanusiaan dan mempertinggi rasa kemanusiaan dalam cakupan universal. Hal ini nampak pada prinsip hukumnya yang menjunjung tinggi persamaan hak dan kewajiban tanpa membedakan pangkat, derajat, etnis, keturunan dan bangsanya.
3. *Kenyal*, kekenyalan tersebut direfleksikan pada dua sifat yang menyatu, yaitu sifat *tsabat* (permanen), dan *abadiyah* (eternal) berupa teks *syar'i* dan hukumnya yang *qath'i* (absolut) untuk yang pertama dan sifat *murunah* dan *tathawwur* (elastis dan fleksibel) berupa hasil penalaran *ijtihadiah* dan hukum *zhanni* (relatif) untuk sifat yang kedua.
4. *Seimbang*, rumusan hukum Islam selalu menjaga keseimbangan antar kehidupan individu dan sosial, kehidupan dunia dan akhirat, nilai formal lahir dengan nilai spiritual ruhani, hubungan vertikal 'ubudiyah ilahiyah dengan hubungan horizontal 'muamalah insaniyah. Hal ini tersurat dalam Qs al isra':29, al Qashshas:77, an-Nisa':135.
5. *Praktis dan aplikatif*, bukan suatu hukum yang teoretis idealistik. Ketetapan hukumnya selalu dapat dipraktikkan dan diaplikasikan dalam kehidupan riil.

Selanjutnya dalam bahasa yang berbeda Thahir Azhary mengatakan bahwa hukum Islam memiliki sifat yang bidimensional, artinya, ia mengandung baik segi manusiawi maupun segi Ketuhanan (Ilahi).¹⁷⁹ Sifat ini sesungguhnya sudah tercakup dalam karakteristik yang disimpulkan oleh Mujiyono di atas tersebut.

Melihat karakteristik tersebut maka jelaslah bahwa hukum Islam memiliki sifat yang sangat komprehensif dan sangat luas serta kuat segala ketetapan hukumnya.

¹⁷⁹Muhammad Thahir Azhari "Negara Hukum Suatu Studi Tentang Prinsip-prinsipnya dilihat dari segi hukum Islam, Implementasinya Pada Periode Negara Madinah Dan Masa Kini, (Jakarta: Kencana, 2010), hal. 74

c. Relasi Antara Agama Dan Budaya

Secara etimologi kebudayaan berasal dari kata sansekerta “*budhayah*” bentuk jamak dari kata *budhi* yang berarti akal dan budi. Istilah budaya atau kebudayaan memiliki makna yang sangat luas sehingga memunculkan beragam definisi dari para ahli. Budaya dapat diartikan cara yang berkembang dan dimiliki bersama oleh sekelompok orang dan diwariskan dari generasi ke generasi,¹⁸⁰ terbentuk dari banyak unsur termasuk di dalamnya politik, adat istiadat, agama, Bahasa, karya seni dan lainnya. Kebudayaan itu merupakan suatu hal yang seharusnya dan merupakan kenyataan obyektif sehingga budaya ditemukan dalam institusi dan tradisi.

Artinya bahwa segala aspek kehidupan manusia tidak terlepas dari sentuhan budaya yang melekatinya. Walaupun terdapat pandangan bahwa budaya bukanlah masuk dalam urusan agama secara langsung, akan tetapi merupakan urusan domain dunia, namun jika kembali kepada sifat keluwesan hukum Islam (*syari'ah*) maka dalam hal ini budaya masuk dalam domain agama ketika pertimbangan kemaslahatan diutamakan. Pada konsep inilah tujuan-tujuan *syari'ah* (*Maqashid al Syari'ah*) menjadi penting keberadaannya.

Bukti kuat bahwa Islam mengakui adanya budaya (*local wisdom*) terdapat dalam firman Allah SWT. QS. al Hujurat ayat 13 (49:13)

يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَىٰ وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوبًا
وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتَقَاكُمْ إِنَّ اللَّهَ عَلِيمٌ
خَبِيرٌ (١٣)

“Hai manusia, sesungguhnya Kami menciptakan kamu dari seorang laki-laki dan seorang perempuan dan menjadikan kamu berbangsa-bangsa dan bersuku-suku supaya kamu saling kenal-mengenal. Sesungguhnya orang yang paling mulia di antara kamu di sisi Allah ialah orang yang

¹⁸⁰Sulasman dkk, *Teori-teori Kebudayaan dari Teori Hingga Aplikasi*, (Bandung: Putaka Setia, 2003), hal.20

paling takwa di antara kamu. Sesungguhnya Allah Maha Mengetahui lagi Maha Mengenal” (Q.S.; al hujurat 49:13)

Penciptaan manusia dari bangsa dan suku yang beragam menurut ayat tersebut menunjukkan bahwa Islam mengakui adanya keberagaman budaya yang dibawa oleh manusia sejak dia diciptakan. Artinya bahwa budaya lahir sejak manusia itu diciptakan sehingga nampak bahwa keberagaman akan terlihat dari tergantung di mana tempat manusia tersebut terlahir.

Ada beberapa cara pandang yang dapat dilakukan dalam melihat hubungan antara agama dan budaya yang menurut Haidar Bagir antara lain; ¹⁸¹*pertama*, melihat agama sebagai menghargai budaya sebagai sumber kearifan. Dalam Islam, kebangsaan dan etnisitas yang menjadi lokus budaya dilihat secara positif sebagai sumber kearifan (*wisdom*),¹⁸² *kedua*, melihat budaya sebagai warisan hikmah ketuhanan yang diturunkan lewat Nabi-nabi yang pernah diutus Tuhan sepanjang sejarah umat manusia.¹⁸³ Tentunya dari sekian Nabi yang diturunkan pada zaman dan tempat yang berbeda telah meninggalkan sejarah budaya yang beragam. Menurut para ahli sesungguhnya peninggalan budaya-selama bisa dibuktikan tak bertentangan dengan aturan agama yang pasti keberadaannya (*qath'iy al wurud*) dan pemahamannya (*qath'iy al dilalah*)-sedikit atau banyak adalah peninggalan Nabi.¹⁸⁴

Hal ini juga diperkuat kembali dengan firman Allah SWT dalam surat al Maidah ayat 48;

وَأَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ مُصَدِّقًا لِمَا بَيْنَ يَدَيْهِ مِنَ الْكِتَابِ
وَمُهَيِّمًا عَلَيْهِ فَاحْكُم بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ

¹⁸¹Dr. Haidar Bagir, “*Islam dan Budaya Lokal: Perspektif ‘Irfan*” dalam Abdurrahman Wahid dkk, “*Islam Nusantara Dari Ushul fiqih Hingga Paham Kebangsaan*” (Bandung: PT. Mizan Pustaka, 2015), hal. 175-176

¹⁸²Q.S. hujurat 49: 13; ayat ini menunjukkan penegasan Allah tentang terciptanya manusia dari beragam suku dan bangsa yang berbeda sehingga menciptakan budaya yang beragam pula.

¹⁸³Q.S. Yunus; 10:47; “*bagi tiap-tiap umat seorang Rasul*”

¹⁸⁴*Op.cit.* Haidar Bagir, hal. 176

عَمَّا جَاءَكَ مِنَ الْحَقِّ لِكُلِّ جَعَلْنَا مِنْكُمْ شُرْعَةً وَمِنْهَا جَا وَلَوْ
 شَاءَ اللَّهُ لَجَعَلَكُمْ أُمَّةً وَاحِدَةً وَلَكِنْ لِيَبْلُوَكُمْ فِي مَا آتَاكُمْ
 فَاسْتَبِقُوا الْخَيْرَاتِ إِلَى اللَّهِ مَرْجِعُكُمْ جَمِيعًا فَيُنَبِّئُكُمْ بِمَا كُنتُمْ
 فِيهِ تَخْتَلِفُونَ (٨٤)

“Untuk tiap-tiap umat di antara kamu, Kami berikan aturan dan jalan yang terang. Sekiranya Allah menghendaki, niscaya kamu dijadikan-Nya satu umat (saja), tetapi Allah hendak menguji kamu terhadap pemberian-Nya kepadamu, maka berlomba-lombalah berbuat kebajikan. Hanya kepada Allah-lah kembali kamu semuanya, lalu diberitahukan-Nya kepadamu apa yang telah kamu perselisihkan itu”

Selanjutnya Haidar menguraikan pendapat ‘Irfan lebih dalam tentang hal ini. Di mana “Irfan dalam paham “*tauhid wujud*” nya berpendapat bahwa setiap makhluk ciptaan Tuhan sesuai dengan sifat-sifat bawaannya merupakan wadah pengejawantahan Tuhan. Tuhan tidak hanya bermanifestasi pada ciptaan yang bersifat fisik saja seperti alam dan manusia, tetapi juga pada ciptaan-ciptaan non fisiknya, termasuk hukum-hukum alam, hukum-hukum kemanusiaan dan termasuk juga budaya.¹⁸⁵ Dengan demikian maka budaya juga merupakan manifestasi dari keberadaan Tuhan yang apabila mempelajari dan menghayatinya berarti juga telah mempelajari agama.

Indonesia sendiri sejak awal perkembangannya Islam sebagaimana agama-agama yang lainnya telah menerima akomodasi budaya. Ini terlihat dari bagaimana Islam kemudian berkembang dengan sarana-sarana budaya. Sejalan dengan ini Islam berkembang dan menjadi norma aturan dalam setiap aktivitas masyarakat, dalam konteks inilah Islam sebagai agama sekaligus telah menjadi budaya masyarakat Indonesia.¹⁸⁶ Namun di sisi lain budaya-budaya lokal

¹⁸⁵Ibid, hal.177

¹⁸⁶Laode Monto Bauto, *Perspetif Agama & Kebudayaan Dalam Kehidupan Masyarakat Indonesia (Suatu Kajian Sosiologi Agama)*, JPIS, Jurnal Pendidikan Ilmu Sosial, volume 23, No 2, edisi Desember 2014, hal 15

tidak hilang begitu saja melainkan tetap terus berkembang dengan mendapat warna-warna Islam yang melahirkan “akulturasi budaya” antara budaya lokal dan Islam.

Ekspresi Budaya Tradisional (EBT) merupakan ragam budaya yang tercipta dari rasa karsa masyarakat Adat yang kemudian menjadi satu nafas dalam kehidupan mereka. Ekspresi Budaya berkembang tidak hanya sebagai identitas semata namun kini telah menjadi penunjang kebutuhan ekonomi keluarga, baik itu melalui ekspresi seni seperti tari, musik, lagu, seni ukir, seni tenun, pengembangan Ekspresi budaya Tradisional melalui industri kreatif seperti makanan, aksesoris, perabotan rumah tangga dan lain sebagainya. Kesemuanya itu menjadi penting keberadaannya dalam memenuhi kebutuhan hidup masyarakat Adat, bahkan masalah yang diberikan tidak hanya untuk masyarakat Adat namun telah berkembang ke masyarakat luas, yang terkadang manfaat yang diperoleh oleh masyarakat luas lebih banyak dibanding dengan masyarakat Adat sebagai pemilikinya.

Jelaslah bahwa kondisi tersebut menjadi tidak seimbang, sedangkan keadilan sebagai tujuan hukum memiliki makna keseimbangan.¹⁸⁷ Memang benar bahwa kekayaan komunal masyarakat Adat memiliki fungsi sosial, namun bukan berarti harus mengabaikan eksistensi dari keberlangsungan kehidupan mereka. Pada latar belakang telah diuraikan bahwa salah satu faktor mengapa hak cipta Ekspresi Budaya Tradisional Masyarakat Adat ini penting dilindungi adalah dikarenakan masyarakat Adat belum menyadari akan pentingnya nilai ekonomi yang terkandung di dalam EBT tersebut, sehingga negara berkewajiban untuk melindunginya. Selain itu hal penting yang patut diingat bahwa dalam berbicara *Maqashid al syari'ah* maka ada tujuan penting di dalamnya yakni mencapai *maslahah* (kemaslahatan). Atau dalam Bahasa lain As Syatiby mengatakan *maslahah* ini adalah “*jalbul masalih wa dar ‘ul mafasid*” (menggambil manfaat dan menolak kerusakan), artinya bahwa mengambil manfaat

¹⁸⁷Q.S. Ar Rahman: 55; “Dan Allah Telah meninggikan langit dan dia meletakkan neraca keadilan”

lebih diutamakan untuk menghindari kerusakan atau kemudharatan. *Maslahah* dapat diartikan mendahulukan kepentingan EBT dari segi manfaat yang dapat dinikmati oleh masyarakat Adat maupun masyarakat luas, serta *mafsadat* (kerusakan) diartikan sebagai upaya mencegah terjadinya pemanfaatan tidak wajar (*missappropriation*) oleh pihak luar yang mendatangkan kerugian bagi masyarakat Adat maupun bagi negara.

Pada konteks ini Ekspresi Budaya Tradisional merupakan kekayaan yang memiliki nilai ekonomi dapat memberi manfaat serta kemaslahatan bagi kelangsungan kehidupan masyarakatnya. Sehingga dipandang penting dilakukan perlindungan dengan cara pengembangan ekonomi bagi masyarakat Adat melalui pemanfaatan kekayaannya berupa EBT tersebut. Pengembangan ekonomi melalui *maqashid al Syari'ah* inilah yang kemudian dikembangkan oleh Jasser Auda yang akan digunakan sebagai analisis penelitian ini. Salah satu pisau analisis yang digunakan sebagai sumber dalam ijtihad ini adalah melibatkan '*Urf* (adat/tradisi) dalam mengkaji kemaslahatan yang ingin dicapai.

d. Pengertian *Maqashid al Syari'ah*

Seperti yang diuraikan pada bab sebelumnya bahwa *Maqashid al Syari'ah* terdiri dari dua kata yakni *maqashid* yang merupakan bentuk jamak dari *maqshud* dan kata *Syari'ah* yang kemudian memiliki arti hukum yang ditetapkan oleh Allah untuk dipedomani oleh manusia. Secara lebih rinci para ahli bahasa mengartikan "*qosdu*" dalam beberapa makna:¹⁸⁸ *pertama*, ia bisa bermakna, "berpegang", "ibu", "mendatangkan sesuatu", dan "mengarahkan". *Kedua*, ia juga bisa bermakna "lurusnya jalan" *ketiga*, ia juga bermakna "seimbang", "pertengahan dan tidak berlebihan". Sedangkan *Syari'ah* menurut Bahasa bermakna "agama", "jalan hidup". "pegangan", "metode", dan "contoh". Ibnu Taimiyah sendiri mengartikan *Syari'ah* merupakan segala sesuatu yang disyari'atkan oleh Allah SWT berupa keyakinan

¹⁸⁸Muhammad Sa'd bin Ahmad bin Mas'ud Al-Yuby, *Maqashid Al Syari'ah wa Alaqotihabi Al-Adillah Al Syar'iyyah, Dar Hijrah Li al Nasyr wa Al-Tauzi*, (Saudi Arabia:

dan amalan. Ia juga bisa bermakna ketaatan kepada Allah SWT dan rasul-Nya dan para pemimpin.¹⁸⁹ Sedangkan menurut Thohir Luth, Syari'at Islam sebenarnya telah dinyatakan secara tersirat dan tersurat dalam al Qur'an, sehingga pada umumnya umat mengerti bahwa syari'at itu artinya hukum Allah yang ternukil dari al Qur'an dan Hadits.¹⁹⁰

Tidak ada definisi *Maqashid al Syari'ah* secara khusus dari para ulama. Para ulama klasik berbicara tentang *maqshid al Syari'ah* lebih kepada isinya yaitu tujuan dari *Maqashid Al Syari'ah* itu sendiri yakni untuk mencapai "*masalahah*". Pemahaman makna *Maqashid al Syari'ah* tersebut menurut Thohir Luth membawa implikasi dua arah, yaitu sasaran yang ingin dituju, dan jaminan yang dijanjikan objek. Adapun sasaran yang dituju oleh Syari'at Islam adalah manusia baik dalam statusnya sebagai hamba Allah (*Abdullah*) maupun khalifah (khalifat Allah). Selanjutnya Thohir Luth mengatakan bahwa tujuan syari'ah dalam sasaran ini adalah memberitahu, memperingatkan dan memperlihatkan bagaimana keberadaan manusia yang mengingkarinya.¹⁹¹ Imam Gazali sendiri mengatakan bahwa diturunkannya syari'at untuk makhluk agar mereka memelihara agama, diri, akal, keturunan dan harta mereka. Sedangkan Imam Syatibi lebih rinci menguraikannya di mana selain berbicara tentang isi beliau juga menguraikan bagaimana cara berpikir *maqahsid* tersebut. Artinya bahwa bagaimana *Maqashid al Syari'ah* berfungsi dalam memberikan perlindungan hukum demi tercapainya kemaslahatan (*masalahah*) bagi umat manusia.

Pada kitab yang sama Muhammad Sa'd menguraikan pendapat Ibn Asyur bahwa beliau mendefinisikan *Maqahsid al Syari'ah* secara umum, yaitu makna dan hukum yang dijelaskan oleh yang mensyari'atkan (Allah SWT) baik keseluruhan syari'at itu atau secara garis besar saja, dengan tidak mengkhususkan penjelasannya pada jenis tertentu dari hukum-hukum syari'at itu. Kemudian Ar Raisuny

¹⁸⁹*Ibid* hal 29-30

¹⁹⁰Thohir Luth, *Syari'at Islam Mengapa Takut*, (Malang: UB Press, 2011), hal 11

¹⁹¹*Ibid*

mendefinisikan: ia adalah tujuan-tujuan yang diinginkan oleh syari'at agar diwujudkan untuk kemaslahatan hamba. Hal ini sama dengan definisi al Fasi, bedanya al Fasi mengkhususkan perwujudan *masalah* yang ditujukan syari'at kepada dalil-dalil dan hukum-hukum khusus. Adapun al Zuhayli mendefinisikan dengan "nilai dan tujuan yang bersumber dari semua hukum-hukumnya atau sebagian besar dari hukum-hukum itu". Ia juga merupakan tujuan dari syari'at dan batasan-batasan yang ditetapkan Allah SWT pada setiap hukum-hukumnya. Jadi dapat disimpulkan bahwa *Maqashid* merupakan nilai dan hukum yang telah ditetapkan dan pensyari'atannya baik secara umum ataupun khusus dalam mewujudkan kemaslahatan hamba.¹⁹²Terkait dengan ini bagi para sejumlah teoritikus hukum Islam *Maqashid* adalah pernyataan alternatif untuk (*masalih*) atau kemaslahatan-kemaslahatan.

Menurut Ahmad Al Hajj Al kurdi makna *Maqashid al Syari'ah* secara istilah adalah *al ma'aani allati syuri'at laha al ahkam*¹⁹³ yang berarti nilai-nilai yang menjadi tujuan penetapan hukum. Dengan demikian maka dalam melakukan ijtihad *Maqashid Al Syari'ah* sangat penting sebagai landasan dan dijadikan pertimbangan untuk sesuatu yang urgensi bagi masalah-masalah yang tidak ditemukan hukumnya secara tegas dalam *nash*. Secara singkat dapat pula dikatakan bahwa *Maqashid al Syari'ah* adalah tujuan-tujuan yang hendak dicapai dari suatu penetapan hukum.

Kesimpulannya bahwa pengertian *Maqashid al Syari'ah* dapat dilihat dari beberapa sudut pandang:

- 1). *Maqashid al Syari'ah* bermakna tujuan dalam menetapkan hukum demi mencapai kemaslahatan
- 2). Selain itu *Maqashid al Syari'ah* bermakna penetapan hukum dibalik makna teks (*nash*) al qur'an untuk mencapai suatu kemaslahatan

¹⁹²*Ibid hal. 34-38*

¹⁹³Ahmad al Hajj al-Kurdi, *Al Madkhal Al Fiqhi: al Qawaid al Kulliyah*, (Damsyik: Dar al- Ma'rif 1980) hal. 186

- 3). Karena bertujuan kemaslahatan maka seringkali *Maqahsid al Syari'ah* merupakan pernyataan alternatif untuk *masalah* (kemaslahatan-kemaslahatan). Contoh, oleh Abdul Malik Al juwaini salah seorang kontributor paling awal dalam teori *Maqashid* menggunakan istilah *Maqahsid* dan *al Ammah* (kemaslahatan-kemaslahatan umum secara bergantian).

Adapun terhadap makna dari *masalah* (kemaslahatan) sebagai tujuan *Maqahsid* juga dapat dilihat dari beberapa sudut pandang;

- 1). Secara universal bermakna segala sesuatu yang mengandung kebaikan dan manfaat bagi individu maupun sekelompok manusia.
- 2). Oleh as Syatibi *masalah* bermakna '*jalbul masalih wa dar'u al mafasid* (mengambil manfaat dan menolak kerusakan)
- 3). *Kemaslahatan* yang dibutuhkan masing-masing orang akan berbeda tergantung dari tingkat kebutuhannya, sehingga implikasi dari penetapan hukumnya pun dapat berbeda.
- 4). *Maslahat* karena adanya perubahan dan perkembangan zaman maka dia dapat berubah-ubah. Bisa saja yang pada masa lalu ditetapkan sebagai *maslahat* namun saat ini justru menjadi *mafsadat* (kerusakan)
- 5). *Maslahat* juga harus dilihat dari sisi keumuman dan kekhususannya, bisa jadi bagi komunitas tertentu dia merupakan *maslahat* namun menjadi *mafsadat* bagi kelompok atau komunitas lain. contoh adanya pemanfaatan Ekspresi Budaya secara tidak wajar oleh pihak dapat mendatangkan keuntungan atau kemaslahatan bagi mereka namun mendatangkan *mafasadat* bagi pemilik hak yakni masyarakat Adat.

Pada konteks ini tentunya akan terjadi beragam pendapat dalam menentukan tingkatan kemaslahatan dari suatu masalah. Namun keberagaman tersebut harus melalui pengkajian mendalam serta

analisis yang tajam sehingga dapat menghasilkan masalah mana yang harus didahulukan untuk ditetapkan.

Persoalan Hak Cipta atas Ekspresi Budaya Tradisional tentu merupakan persoalan yang baru, yang belum pernah ada sebelumnya. Namun barunya persoalan ini bukan menjadi alasan untuk menutup mata dalam memberikan perlindungan secara hukum. *Maqashid Al Syari'ah* adalah menjadi pilihan yang tepat dalam menjawab persoalan ini.

e. Sejarah perkembangan *Maqashid al Syari'ah*

Sejarah tentang *Maqashid* sebenarnya sudah ada sejak Rasulullah masih hidup, namun saat itu *maqashid* masih merupakan praktik yang tersirat dan belum memiliki istilah yang jelas seperti saat ini. Artinya ruh *maqashid* sudah bekerja sebab *maqashid* merupakan ide tentang maksud atau tujuan tertentu yang mendasari perintah dari al Qur'an dan sunnah. Hal ini dapat kita temui dalam beberapa kisah yang diceritakan oleh hadits-hadits tentang penafsiran serta penetapan suatu hukum dibalik suatu peristiwa.

Di antara beberapa peristiwa yang terkenal antara lain hadist yang mengisahkan tentang perintah shalat ashar di Bani Quraizah. Terdapat dalam suatu riwayat dikisahkan bahwa Nabi saw mengirim sekelompok sahabat ke Bani Quraizah, dan beliau memerintahkan kepada para sahabat untuk shalat ashar di sana. Akan tetapi sebelum sampai tempat tujuan waktu shalat ashar hampir habis, pada kondisi ini sebagian sahabat berpendapat untuk melaksanakan shalat ashar pada perjalanan, sedangkan sebagiannya tetap bersikukuh untuk melakukan shalat ashar setelah sampai di Bani Quraizah. Ketika mereka sampai di hadapan Rasulullah dan melaporkan peristiwa tersebut, Rasulullahpun membenarkan keduanya. Rasionalisasi dari kedua pendapat tersebut adalah, pendapat pertama secara tekstual meminta setiap orang untuk shalat di Bani Quraizah, sedangkan pendapat kedua maksud atau tujuan perintah nabi tersebut agar para sahabat bergegas untuk segera sampai ke Bani Quraizah, jadi bukan bermaksud untuk menunda shalat ashar.

Contoh lain dari penerapan pendekatan *Maqashid al Syari'ah* pada zaman sahabat adalah di mana Umar menanggukkan penerapan hukuman atas pidana pencurian pada musim kelaparan di Madinah. Menurut Umar penerapan hukuman oleh nash dalam situasi masyarakat kesulitan memenuhi kebutuhan pokok untuk kelangsungan hidupnya ini, tentu bertentangan dengan prinsip umum keadilan, yang dinilai Umar itu tidak boleh.

Selebihnya masih banyak sekali peristiwa-peristiwa lain pada masa sahabat yang menetapkan suatu hukum melalui pendekatan *Maqashid al Syariah* ini. Akan tetapi tentu saja tidak semua peristiwa yang ditetapkan melalui *Maqahsid*, penetapan hukum berbasis *maqashid* ini khususnya dilakukan pada peristiwa-peristiwa yang berhubungan dengan hal-hal yang bersifat muamalah saja bukan terhadap ketetapan-ketetapan yang bersifat ibadah yang dalilnya sudah jelas dalam al Qur'an dan sunnah.

Setelah era sahabat ini, teori *Maqashid* mulai berkembang pada abad 3-5 H. Akan tetapi perkembangannya belum begitu jelas, tidak seperti yang kita lihat saat ini. Setelah era sahabat, perkembangan muncul melalui pemikiran para imam mazhab tradisional. Perkembangan *Maqahsid al Syari'ah* nampak lebih jelas hingga munculnya para ahli ushul fiqih pada abad 5-8 H. Jasser Auda mengelaborasinya dalam usahanya melacak konsepsi-konsepsi *maqashid* berdasarkan kurun waktu tersebut.

Konsepsi-konsepsi *Maqashid* awal antara abad ke 3 dan 5 H:¹⁹⁴

1. Al Tirmizi al Hakim (w. 296H/908M) mendedikasikan karya terkenal *al salah wa Maqashiduha* (Shalat dan *Maqashid* nya). Buku ini berisi sekumpulan hikmah dan rahasia spiritual dibalik setiap gerakan shalat, dengan kecenderungan sufi.
2. Abu Zaid Al Bakhi (w. 322/933M) mengemukakan karya terkenal tentang *Maqashid Muamalah*, *al ibanah 'an 'ilal al Diyanah*

¹⁹⁴Jasser Auda, *Membumikan Hukum Islam Melalui Maqashid Syari'ah*, diterjemahkan dari *Maqashid Shariah as Philosophy of Islamic Law: a system approach*, (Bandung: PT Mizan Pustaka, 2015), hal. 46-49

(penjelasan tujuan-tujuan dibalik praktik-praktik ibadah), di mana dia menelaah *Maqashid* dibalik hukum-hukum yuridis Islam. Selain itu karya beliau juga *masalih al abdan wa Al-anfus* (kemaslahatan-kemaslahatan raga dan jiwa); menjelaskan bagaimana praktik dan hukum Islam berkontribusi terhadap kesehatan, baik fisik maupun mental.

3. Al Qaffal Al Kabir (w.365H/975M) menulis manuskrip terkuno *Mahasin al Syara'i* (Keindahan-keindahan hukum syari'ah).
4. Ibnu Babawaihal Qumi (w.381/H991M) dengan karyanya 'ilal al-Syara'i (alasan-alasan dibalik hukum syari'ah. Merasionalisasikan keimanan kepada Allah swt, kenabian, syurga dan rukun iman yang lainnya.
5. Al-'amiri al-Failasauf (w.381H/991M) mengajukan klasifikasi teoretik pertama terhadap *Maqashid* dalam karyanya *al-I'lam bi Manaqib al-Islam* (pemberitahuan tentang kebaikan-kebaikan Islam). Klasifikasi ini semata-mata berdasarkan hukum pidana (*hudud*) dalam hukum Islam.

Klasifikasi *Maqashid* menurut “tingkatan keniscayaan” belum mengalami perkembangan hingga abad ke 5 H, jadi seluruh teori menurut Jasser Auda mencapai tahap kematangan pada abad ke 8 H (sebelum abad ke 20M). Adapun perkembangan *Maqashid al Syari'ah* pada abad ke-5 sampai 8 H semakin maju, hal ini ditandai dengan munculnya filsafat hukum Islam. Persoalan-persoalan hukum dalam masyarakat semakin kompleks sehingga metode qiyas yang menjadi alternatif selama ini dalam penyelesaian di luar nash tidak mampu menjawab persoalan yang kompleks tersebut. Hal ini pulalah yang mendorong lahirnya teori *maqahsid* dalam hukum Islam.

Di antara para ahli yang melahirkan metode ini antara lain;¹⁹⁵

1. Abu al-Ma'ali al Juwaini (w.478H/1085M), karya beliau yang terkenal di samping karya-karyanya yang lain adalah *al Burhan fi Ushul al Fiqh* (dalil-dalil nyata dalam ushul fiqh). Menurut beliau

¹⁹⁵*Ibid* hal. 50-54

Maqashid hukum Islam adalah kemaksuman (*al-ismah*) atau penjagaan keimanan, jiwa, akal, keluarga dan harta.

2. Abu Hamid al-Gazali (w.505H/1111M), beliau adalah murid dari al Juwaini. Al Gazali mengembangkan teori dari gurunya dalam kitab karya beliau yang berjudul *al Mustafa* (sumber yang dijernihkan). Beliau mengurutkan “kebutuhan” yang disarankan al Juwaini sebagai berikut: 1). Keimanan; 2). Jiwa; 3). Akal; 4). Keturunan; 5). Harta. Al Gazali juga mencetus istilah “perlindungan” (*al Hifz*) terhadap kebutuhan-kebutuhan ini
3. Al Izz Ibn Abd Al Salam, karya beliau yang terkenal sebagai sumbangsih pemikiran pada *Maqahsid al Syari’ah* adalah tentang kemaslahatan yang berjudul *Qawaid al Ahkam fi Masalih Al ‘anam* (kaidah-kaidah hukum bagi kemaslahatan umat manusia.
4. Syihab al din al Qarafi (w.684H/1285), kontribusi beliau terhadap *Maqashid* adalah diferensiasi antara jenis perbuatan Nabi saw. berdasarkan “maksud/niat” beliau. Jadi beliau membedakan antara perbuatan-perbuatan Nabi saw. dalam kapasitasnya sebagai rasul yang menyampaikan wahyu, sebagai hakim dan sebagai pemimpin. Karya lain yang signifikan memberi pengaruh terhadap teori *Maqashid* adalah tulisan beliau tentang “pembukaan sarana untuk meraih kemaslahatan” (*fathu al-zara’i*).
5. Syams al Din Ibn al Qayyim (w.748H/1347M), kontribusi beliau terhadap *Maqahsid* adalah melalui kritiknya yang sangat mendetail terhadap “trik-trik fiqih” (*al-hiyal al fiqhiyah*, berdasarkan fakta bahwa hal tersebut bertentangan dengan *Maqashid*.
6. Abu Ishaq as Syatibi (w.790H/1388M), beliau dikenal sebagai bapak *Maqashid*. Pada masa beliau inilah teori *Maqashid* menemukan pola yang lebih jelas. Al Syatibi menggunakan terminologi serupa dengan al Juwaini dan Al Gazali, namun

beliau selanjutnya mengembangkan teori tersebut dengan lebih jelas dalam kitabnya *al Muwafaqat fi 'ushul al- syari'ah* (kesesuaian-kesesuain dalam dasar-dasar syari'ah). Adapun substansi pengembangan teori *Maqashid al Syatibi* akan dijelaskan lebih detail pada pembahasan berikutnya.

7. Jasser Auda, beliau adalah salah satu tokoh pencetus *Maqahsid Kontemporer* dengan karyanya yang terkenal *Maqashid Syariah as Philosophy of Islamic Law A System Approach*. Memperoleh gelar Ph.D. dari Universitas of Wales, Inggris dengan konsentrasi filsafat hukum Islam tahun 2008. Gelar Ph.D. yang kedua diperoleh dari universitas Waterloo Kanada, dengan kajian analisis sistem tahun 2006. Master Fiqih diperoleh di Universitas Islam Amerika Michigan, pada konsentrasi Hukum Islam (*Maqashid al Syari'ah*) tahun 2004. Gelar BA diperoleh dari jurusan *Islamic Studies* pada Islamic American University, USA tahun 2001, dan gelar B.Sc. dari Engineering Cairo University, Eyp Course Av. Tahun 1988, serta memperoleh Pendidikan al qur'an dan ilmu-ilmu Islam di Masjid Al Azhar Cairo.¹⁹⁶

Detail tentang metode *Maqashid Kontemporer* beliau ini akan dibahas pada pembahasan berikutnya dan sekaligus akan dijadikan sebagai pisau analisis disertasi ini.

f. Perlindungan hukum melalui *Maqashid Al Syari'ah*

Melihat uraian tentang pengertian *maqashid al Syari'ah* di atas maka dapat dikatakan bahwa *Maqahsid al Syari'ah* merupakan salah satu metode yang digunakan dalam penetapan hukum. Metode ini dalam bekerjanya menitikberatkan pada upaya penggalan nilai-nilai dibalik penetapan sebuah hukum, *maqashid syari'ah* seakan menegaskan bahwa rumusan hukum yang akan diturunkan oleh syari' adalah memiliki tujuan, yaitu kemaslahatan bagi para hambanya baik dalam kehidupan duniawi maupun ukhrawi.¹⁹⁷

¹⁹⁶Mohammad Darwis, *Maqashid Al Syari'ah dan Pendekatan Sistem Dalam Hukum Islam* dalam M, Arfan Muammar, Abdul Wahid Hassan dkk., *Studi Islam Kontemporer Perspektif Insider/Outsider* (Yogyakarta: IRCiSoD, 2017), hal.383

¹⁹⁷Moh. Anas kholis & Nor Salam, *Epistemologi Hukum Islam Transformatif Sebuah*

Tercatat dalam sejarah hukum Islam kemaslahatan ‘atau *al maslahah al mursalah* atau istilah dikenal sebagai salah satu dari hasil ijtihad melalui *al ra’yu* (akal) manusia. Istilah ini kemudian lebih dikenal sebagai sebuah teori dalam hukum Islam yang disusun oleh Imam Malik. Perkembangan berikutnya istilah *maslahah al mursalah* yang diartikan dengan “kepentingan umum” ini selanjutnya digunakan istilah *al maslahah*.

Menurut Imam Malik kepentingan atau kemaslahatan umum adalah salah satu dari sumber-sumber syari’ah dengan syarat yaitu (1) kepentingan umum atau kemaslahatan umum itu bukan hal-hal yang berkenaan dengan ibadah, (2) kepentingan atau kemaslahatan umum itu harus selaras (*in harmony with*) dengan jiwa syari’ah dan tidak boleh bertentangan dengan salah satu sumber syari’ah itu sendiri dan (3) kepentingan atau kemaslahatan umum itu haruslah merupakan sesuatu yang esensial (diperlukan) dan bukan hal-hal yang bersifat kemewahan. Hal-hal yang dibutuhkan itu merupakan upaya yang berkaitan dengan lima tujuan hukum Islam yang oleh Syatibi adalah untuk melindungi agama, kehidupan, akal, keturunan dan harta benda.¹⁹⁸

Ketika berbicara soal *maslahah* ini imam Syatibi memberikan dua *dhawabith al-maslahat* (kriteria maslahat) sebagai batasan: *pertama*, maslahat itu harus bersifat mutlak, artinya bukan relatif atau subyektif yang akan membuatnya tunduk pada hawa nafsu. *Kedua*, maslahat itu bersifat universal (*kulliyah*) dan universalitas ini tidak bertentangan dengan sebagian *juziyat*-nya.¹⁹⁹

Tulisan ini pada awal pembahasannya telah dijelaskan bahwa pencapaian *maslahah* (kemaslahatan) yakni; *pertama*, dengan menjamin kebutuhan pokok atau primer yang disebut dengan

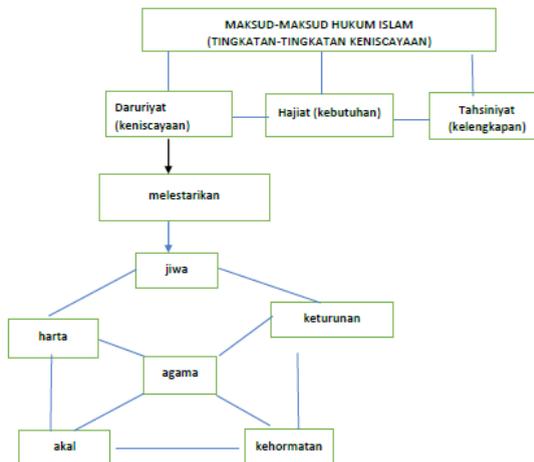
Tawaran Metodologis Dalam Pembacaan Kontemporer, (Malang: UIN Maliki Press, 2015), hal. 148

¹⁹⁸Muhammad Thahir Azhari *Negara Hukum Suatu Studi Tentang Prinsip-prinsipnya dilihat dari segi hukum Islam, Implementasinya Pada Periode Negara Madinah Dan Masa Kini*, (Jakarta: Kencana, 2010), hal. 9

¹⁹⁹Asmuni, *Penalaran Induktif Syatibi dan Perumusan al-Maqashid Menuju Ijtihad Yang Dinamis*, dikutip dari www.yusdani.com. Diakses tanggal 26 Juli 20018

dharuriyat, jika kebutuhan ini tidak terpenuhi akan mengakibatkan terancamnya keselamatan manusia baik di dunia maupun di akhirat. *Kedua*, kebutuhan pelengkap (*tahsiniyat*) atau sering disebut dengan kebutuhan sekunder, terpenuhinya kebutuhan ini akan membantu manusia agar lebih ringan dan lapang serta tidak menyempitkannya. *Ketiga*, menjamin kebutuhan yang bersifat tersier (*tahsiniyat*) yakni kebutuhan pelengkap, di mana kebutuhan ini adalah sesuatu yang dituntut norma dan tatanan hidup, kendati ini hanya merupakan pelengkap namun sangat membantu manusia dalam mencapai kesejahteraan hidupnya. Pencapaian *masalah* melalui tiga tingkatan tersebut dilakukan dengan perlindungan kepada lima pokok yang menurut Syatibi dan sebagian ulama lainnya adalah dengan memelihara agama (*hifzu al din*), memelihara jiwa (*hifzu al nafsi*), memelihara harta (*hifzul maal*), memelihara akal (*hifzuz aqli*) dan memelihara keturunan (*hifzul nashl*). Beberapa pakar ushul fiqh menambah perlindungan kehormatan (*hifz al irdhi*) selain lima keniscayaan yang sangat terkenal di atas. Jika melihat uraian tersebut maka tingkatan keniscayaan dalam *Maqashid* tersebut adalah sebagai berikut:

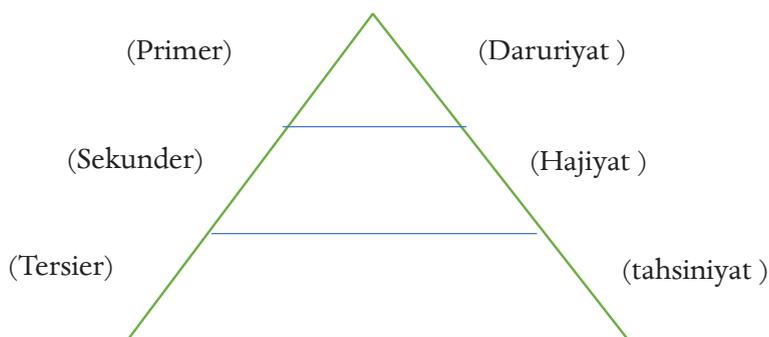
Gambar. 2 Hierarchy *Maqashid* Menurut Tingkatan Keniscayaan



Sumber: Jasser Auda, *Membumikan Hukum Islam Melalui maqashid al Syari'ah*, (Bandung: PT. Mizan Pustaka), 2015

Menurut teori *maqashid* tradisional yang dikembangkan oleh para pemikir terdahulu, tingkatan kebutuhan dalam pemberian perlindungan hukum dalam mencapai *maslahat* ini digambarkan seperti piramida sebagai berikut;

Gambar 3: Struktur Tingkatan *Maqashid* Menurut Kebutuhan

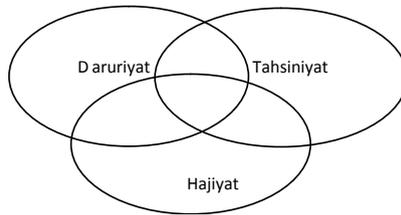


Sumber: Jasser Auda, *Membumikan Hukum Islam Melalui Maqashid al Syari'ah*, (Bandung: PT. Mizan Pustaka, 20150), hal. 40

Tingkatan keniscayaan di atas yang mana dalam hal perlindungan diberikan menurut tingkatannya yakni mulai dari hal yang dianggap paling pokok yakni *daruriyat* (primer), *hajiyat* (sekunder) dan yang terakhir yakni *tahsiniyat* (tersier). Jika terjadi pertentangan antara *Maqashid* yang satu dengan yang lainnya, maka akan diprioritaskan yang lebih kuat seperti mendahulukan penjagaan agama, jiwa, akal dan seterusnya berdasarkan tingkatan.

Konteks ini menunjukkan pandangan Jasser Auda bahwa *Maqashid al Syari'ah* dengan segala tingkatannya tersebut bukan merupakan bangunan yang tersusun seperti piramida, melainkan *Maqashid* merupakan lingkaran-lingkaran yang saling bertemu dan bersinggungan yang hubungannya terkait antara satu dengan yang lainnya.

Gambar 4: *Maqahsid* versi Jasser Auda



Sumber: Jasser Auda, *Membumikan Hukum Islam Melalui maqashid al Syari'ah*, (Bandung: PT. Mizan Pustaka 2015), hal. 40

Tingkatan ini oleh Jasser Auda dikembangkan menjadi lebih luas. Auda telah menggeser paradigma *Maqashid* yang semula hanya sebatas kajian keilmuan kearah pendekatan dalam kajian hukum Islam. Auda tidak menjadikan *maqahsid al Syariah* menjadi bahasan *ushul fiqh*, karena menurutnya *ushul fiqh* lebih terfokus pada lahiriah teks sedangkan *maqashid al Syari'ah* lebih terfokus pada makna dibalik teks. Sehingga menurut Auda dalam Moh Anas Kholis dan Nor Salam, *maqashid al Syari'ah* adalah nilai dan makna yang dijadikan tujuan yang hendak direalisasikan oleh *syari'* dibalik pembuatan Syari'at dan hukum yang diperoleh melalui penelitian mujtahid terhadap teks-teks syari'ah.²⁰⁰

Salah satu karyanya yang terkenal *Maqashid al Syariah as Philosophy of Islamic Law*, Jasser Auda menggunakan 6 fitur sistem yang dioptimalkan sebagai pisau analisis yaitu dimensi kognisi dari pemikirankeagamaan (*cognition*), kemenyeluruhan (*wholeness*), hirarki berpikir yang saling mempengaruhi (*interrelated hierarchy*), berpikir keagamaan yang melibatkan berbagai dimensi (*multidimensionality*), dan kebermaksudan (*purposefullnes*).²¹⁸ Semua fitur tersebut saling berkaitan sehingga membentuk keutuhan sistem berpikir, yang pada akhirnya terdapat satu fitur yang dapat mempresentasikan inti dari metodologis sistem ini yakni fitur kebermaksudan (*maqashid*).

Melihat hal tersebut, maka *Maqashid al Syari'ah* menjadi prinsip dasar dan sebagai metodologi fundamental sebagai reformasi hukum Islam yang digaungkan oleh Jasser Auda. Adapun beberapa reformasi

²⁰⁰Moh. Anas kholis & Nor Salam, *Loc. Cit*, hal. 150

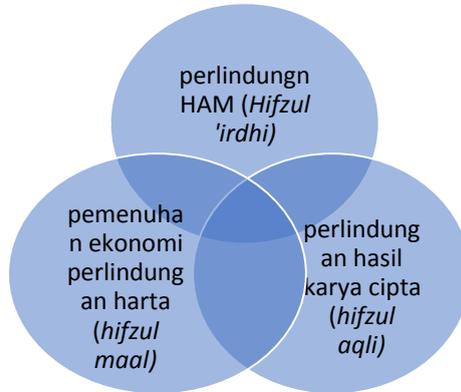
yang digaungkan oleh Auda di antaranya adalah mereformasi *Maqashid al Syari'ah* dalam perspektif kontemporer, yaitu dari *protection* (penjagaan), dan *preservation* (pelestarian) menuju *Maqashid al Syari'ah* yang bercita rasa *Development* (pengembangan) dan pemuliaan *Human Rights* (Hak-hak asasi), serta konsep pengembangan SDM.

Selanjutnya pada konteks inilah penulis akan mencoba menganalisis bagaimana kedudukan hak masyarakat adat atas ekspresi tradisional sebagai kekayaan yang telah menjadi ruh dalam jiwa kehidupan mereka, serta perlindungan yang dapat diberikan melalui metode ini.

Jika melihat dari konsep berpikir *maqashid* Auda ini, maka penulis dapat melihat bahwa kedudukan masyarakat adat memiliki hak untuk dilindungi harta kekayaan Immateril mereka yang berupa karya cipta atas Ekspresi Budaya Tradisional yang mereka miliki. Selain itu negara merupakan konstitusi tertinggi yang berkewajiban secara mutlak untuk melakukan perlindungan ini tanpa ada pembedaan sedikitpun. Hal ini mengingat masyarakat adat merupakan bagian warga negara yang memiliki hak asasi untuk dilindungi, dihormati serta diberikan kesempatan dalam pengembangan sumber daya mereka dalam meningkatkan taraf hidup serta kesejahteraannya demi mencapai kemaslahatan (*maslahah*).

Jika melihat sistem perlindungan *maqashid* versi Jasser Auda ini maka penulis dapat menyimpulkan bentuk perlindungan *Maqashid al Syari'ah* yang dapat diberikan terhadap hak masyarakat adat atas ekspresi budaya tradisional yang mereka miliki adalah dapat dilihat dalam gambar berikut:

Gambar 5: *Maqashid* Hak Cipta berupa Ekspresi Budaya Tradisional



Sumber: peneliti

Melihat gambar tersebut maka jelas bahwa dalam hak masyarakat adat atas Ekspresi Budaya Tradisional (EBT) terdapat beberapa unsur yang harus dilindungi, di antaranya 1). Unsur pemenuhan ekonomi masyarakat Adat (*hifzul maal*), 2). Unsur hak untuk dihormati sebagai bentuk pengakuan terhadap hak asasi manusia (*hifzul irdhi/hifzul nafsi*), 3) unsur hak untuk dihargai atas hasil jerih payah kerja otak/akal dalam menghasilkan karya cipta (*hifzul aqli*). Ketiga unsur tersebut saling bersinggungan antara satu dengan yang lainnya. Artinya bahwa antara unsur yang satu dengan yang lainnya saling berkaitan sehingga tidak dapat dipisahkan. Hal ini membawa konsekuensi bahwa dalam pemenuhan kebutuhan unsur ini tidak saling mendahului berdasarkan prioritas, melainkan mereka dalam pemenuhannya selalu berdampingan.

Pemenuhan dari ketiga unsur tersebut merupakan wujud dari perlindungan yang dapat diberikan oleh *Maqashid al Syari'ah*, yang mana pada akhirnya akan bermuara pada *masalah* atau kemaslahatan khususnya bagi masyarakat Adat. Jika dikaitkan dengan analisis *Maqashid* Jasser Auda kemaslahatan tersebut dapat dicapai dengan beberapa cara;

1. Pencapaian *Maslahah/Maqashid* pengembangan Ekonomi masyarakat Adat (*hifzul maal*) melalui pemanfaatan kekayaan berupa Ekspresi Budaya Tradisional demi terwujudnya

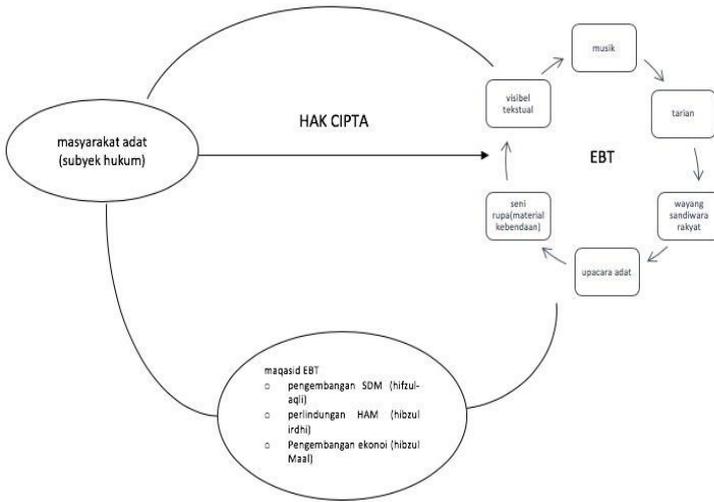
kesejahteraan ekonomi. Sebab ekonomi merupakan penunjang pokok bagi keberlangsungan hidup manusia khususnya masyarakat Adat. Negara berkewajiban mengatur tentang hal ini dengan aturan yang lebih konkret dalam undang-undang.

2. Pencapaian *Maslahah* melalui pemuliaan Hak Asasi Manusia (*hifzul'irdhi*) di mana hak cipta masyarakat Adat atas Ekspresi Budaya Tradisional merupakan bagian dari Hak Asasi Manusia yang harus dilindungi
3. Pencapaian *masalah* melalui pengembangan sumber daya manusia (SDM) masyarakat Adat sebagai bentuk perlindungan terhadap akal (*hifzul aqli*). Jika pengembangan SDM ini dilakukan maka masyarakat Adat akan termotivasi terus untuk selalu berkreasi, serta secara tidak langsung memberi dampak pada terpeliharanya eksistensi dari Ekspresi Budaya Tradisional tersebut.

Ketiga pencapaian tersebut merupakan beberapa *Maqashid* yang secara filosofis dapat memberi makna bagi keberlangsungan kehidupan masyarakat Adat dalam mencapai *masalah*. Lebih jauh hukum Islam (*syari'at*) diturunkan oleh Allah swt adalah untuk mensejahterakan manusia secara keseluruhan. *Syari'at* yang diturunkan tersebut di dalamnya tercermin makna bahwa Islam merupakan agama "*rahmatan lil alamin*" (rahmat bagi semesta alam), yakni hukum yang dibuat adalah untuk kebaikan seluruh umat tanpa memandang perbedaan apapun. Jika sifat universalitas hukum Islam ini yang melalui *rahmatan lil Alamin* mampu hadir mengayomi dan melindungi seluruh umat manusia tanpa adanya pembedaan tersebut termasuk dalam hal keyakinan, maka seyogyanya penetapan hukum negara oleh yang berwenang di dalam melindungi hak cipta berupa Ekspresi Budaya Tradisional milik masyarakat adat ini, dapat mendasarinya dengan merujuk pada prinsip *Maqahsid al Syari'ah*, baik perlindungan tersebut bersifat preventif maupun refresif.

Makna perlindungan hukum bagi masyarakat Adat terhadap hak cipta Ekspresi Budaya Tradisional dalam perspektif *Maqashid*

al Syari'ah ini secara singkat dapat dilihat pada gambar berikut; Gambar: 6. Korelasi masyarakat Adat sebagai subjek hukum dengan EBT sebagai objek hukum serta relevansinya dengan *Maqashid al Syari'ah*



Sumber: peneliti



Bab 4

PERLINDUNGAN HUKUM TERHADAP MASYARAKAT ADAT ATAS HAK EKSPRESI BUDAYA TRADISIONAL PERSPEKTIF MAQASHID AL SYARI'AH



A. Tinjauan Umum Tentang Hak Kekayaan Intelektual, Hak Cipta, dan Ekspresi Budaya Tradisional

1. Pengertian serta prinsip-prinsip HKI

Ilmu Hak Kekayaan Intelektual yang lazim disingkat HKI, telah resmi digunakan berdasarkan Keputusan Menteri dan Perundang-undangan Republik Indonesia Nomor M.03. PR.07.10 tahun 2000 dan Persetujuan Menteri Negara dalam surat Nomor 24/M/PAN/I/2000. Hak Kekayaan Intelektual (HKI), merupakan padanan kata dari *intellectual Property Rights* (IPR) yakni hak yang timbul bagi hasil olah pikir manusia yang menghasilkan suatu karya cipta yang berupa produk yang berguna bagi manusia. Atau dengan kata lain HKI merupakan hak yang berasal dari karya, karsa, dan daya cipta kemampuan intelektualitas manusia yang memiliki manfaat serta berguna dalam menunjang kehidupan manusia serta mempunyai nilai ekonomi. Intinya bahwa HKI adalah hak untuk menikmati secara ekonomi hasil dari suatu kreativitas intelektual.

Pendapat lain mengatakan bahwa Hak Kekayaan Intelektual (HKI) adalah hak kebendaan, hak atas sesuatu benda yang bersumber dari

hasil kerja otak, hasil kerja rasio. Hasil dari pekerjaan manusia yang menalar.²⁰¹ Sedangkan menurut Eddy Damian secara substantif, pada hakikatnya pengertian HKI dapat dideskripsikan sebagai hak-hak atas harta yang merupakan produk olah pikir manusia (kemampuan intelektual manusia).

Hak Kekayaan Intelektual juga dapat diartikan sebagai hak yang timbul dari kemampuan intelektual manusia. Kekayaan semacam ini bersifat pribadi dan berbeda dari kekayaan-kekayaan yang timbul yang bukan dari intelektual manusia.²⁰² Sedangkan menurut Harsomo Adisumitro, kata *Intellectual* berkaitan dengan kegiatan intelektual berdasarkan daya cipta dan daya pikir dalam bentuk ekspresi ciptaan serta seni dan ilmu pengetahuan serta dalam bentuk penemuan (*invention*) sebagai benda immaterial.²⁰³ Sedangkan WIPO sendiri mengartikan HKI (*Intellectual Property Rights*) dalam *WIPO Intellectual Property Handbook: Policy, Law, and Use* menegaskan bahwa *intellectual property, very broadly, means the legal rights which result from intellectual activity in the industrial, scientific, literary, and artistic fields.*

Jadi, esensi dari Hak Kekayaan Intelektual (HKI) ini adalah adanya suatu ciptaan tertentu yang kemudian dapat dikatakan sebagai harta kekayaan (*property*) yang berupa intelektual yang dapat dimiliki sebagai “hak” dari pemilikinya.

Hasil dari kerja keras rasio ini kemudian dikenal dengan kekayaan intelektual (KI), di mana kekayaan intelektual ini mempunyai nilai dan manfaat ekonomi bagi kehidupan manusia sehingga dapat juga dianggap sebagai aset komersial. Karena kedudukannya tersebut maka Kekayaan intelektual sewajarnya mendapatkan suatu perlindungan secara hukum dalam suatu sistem yang dinamakan Hak Kekayaan Intelektual (HKI).

²⁰¹OK. Saidin, *Aspek Hukum Hak Kekayaan Intelektual*, (Jakarta: PT. RajaGrafindo, hal.9

²⁰²Eddy Damian, *Hukum Hak Cipta* (Bandung: PT. Alumni, 2009), hal. 31

²⁰³Erman Rajagukguk dan Ridwan Khairandi, *Teknologi dan Alih Teknologi Dalam Perspektif Hukum* (Modul Kuliah Pasca Sarjana Magister Ilmu Hukum UII, 1999), hal. 20

Melihat pengertian tersebut maka dapat disimpulkan unsur-unsur yang terkandung dalam pengertian HKI adalah;²⁰⁴

- 1). HKI merupakan hak kebendaan yang bersifat immaterial (tidak berwujud)
- 2). HKI merupakan hasil dari kerja keras otak manusia yang menalar dengan menggunakan rasionya, sehingga menghasilkan karya yang bermanfaat bagi manusia
- 3). HKI adalah karya cipta dalam bentuk pengetahuan, seni dan sastra serta inovasi dan pengembangan di bidang teknologi
- 4). HKI tercipta melalui proses yang membutuhkan pengorbanan waktu, tenaga, pikiran serta biaya dari penciptanya sehingga menghasilkan sesuatu yang bernilai dan bermanfaat bagi manusia
- 5). HKI memiliki nilai ekonomi yang dapat menjadi kekayaan bagi pemiliknya
- 6). HKI dapat didaftarkan pada lembaga yang berwenang
- 7). HKI memiliki sifat eksklusif bagi pemilik/pemegangnya, sebab terdapat hak monopoli di dalamnya sampai batas waktu yang telah ditentukan
- 8). HKI diberikan perlindungan dari perbuatan curang oleh orang lain yang beri'tikad tidak baik.

HKI merupakan kekayaan immaterial yang bersifat tidak berwujud, sebagaimana tercantum pada pasal 499 KUHperdata bahwa yang menjadi objek hak milik adalah barang dan hak. Barang adalah benda yang bersifat materil (berwujud) sedangkan hak adalah benda yang bersifat immaterial (tidak berwujud). Semua benda yang tidak dapat dilihat dan diraba merupakan objek hak kekayaan immaterial, seperti hak tagih, hak sewa, hak guna bangunan, hak guna usaha, hak jaminan serta Hak Kekayaan Intelektual. Hak milik atas benda

²⁰⁴Lihat Muhammad Syaifuddin dan Sri Handayani, "*Hukum Perlindungan Rekayasa Genetika Relasi Moral, Hak Kekayaan Intelektual, dan Perlindungan Varietas Tanaman dan Paten Di Indonesia*", (Malang: Setara Press, 2017), hal. 84

immaterial dalam ini HKI juga merupakan salah satu objek hukum yang harus dilindungi keberadaannya.

Terdapat karakter yang khas pada HKI sebagai berikut:²⁰⁵

- 1). HKI adalah hak mutlak, artinya subjek hukum (orang/badan hukum) yang menjadi pemilik/pemegang HKI berhak menguasai secara langsung dan mempertahankannya terhadap subjek hukum yang lainnya
- 2). HKI adalah hak yang mengikuti, HKI sebagaimana sifat hak milik lainnya dia terus menerus mengikuti benda imaterialnya di manapun dia berada atau dalam penguasaan siapapun dia berada.
- 3). HKI dapat dijadikan objek perjanjian kebendaan (jaminan fidusia) oleh pemilik/pemegangnya dalam perjanjian kredit
- 4) HKI memberikan hak gugatan, artinya pemilik/pemegang hak dapat melakukan gugatan untuk mempertahankan haknya dari perbuatan melawan hukum
- 5) HKI dapat beralih atau dialihkan dengan cara jual beli, hibah atau tukar menukar, dll.

Melihat penjelasan sebelumnya dikatakan bahwa Mariam Darus Badrul zaman membagi hak kebendaan menjadi hak kebendaan sempurna dan tidak sempurna. Hak sempurna adalah hak yang memberikan kenikmatan sepenuhnya kepada subjek hukum atau si pemilik benda. Yang termasuk dalam Hak sempurna ini adalah hak kepemilikan, jadi dalam hal ini HKI sebagai hak kepemilikan adalah merupakan hak yang sempurna di mana dia dapat memberikan kenikmatan penuh atas pemilikinya dalam menguasainya. Si pemilik atau pemegang HKI dapat melakukan perbuatan hukum apapun terhadap HKI yang dimilikinya asal tidak bertentangan dengan peraturan perundang-undangan serta ketertiban umum.

²⁰⁵Ibid hal. 87

Melihat pemahaman tentang HKI pada uraian sebelumnya maka secara logis HKI terpisah dari materi dari hasil wujud yang diciptakannya yang berupa benda materil. Semisal, hasil cipta atas kreasi motif kain tenun atau batik, hasil kreasi atas seni tari dan musik serta karya cipta lainnya. Wujud karya cipta materil adalah berupa motif kain tenun dan batik, serta bentuk tari dan karya musik tersebut adalah merupakan produk dari karya cipta sang kreator atau inventor, sedangkan yang dilindungi oleh HKI di sini adalah “hak” nya bukan hasil produknya. Sedangkan produknya dilindungi oleh hukum benda dengan kategori benda berwujud.

Sebagai benda immaterial (tidak berwujud) memiliki klasifikasi dan macamnya. Pada dasarnya HKI digolongkan menjadi dua kelompok yakni; *pertama*, hak cipta dan hak-hak terkait (*neighboring rights*), *kedua*, hak kepemilikan industri (*industrial property rights*) yang khusus berkaitan dengan industri. hal tersebut telah tertuang dalam sejumlah peraturan-peraturan terkait dengan HKI. Adapun perlindungan yang dimaksud terhadap Hak Kekayaan Intelektual (HKI) ini Indonesia mewujudkan dalam beberapa perlindungan melalui:

1. Undang-undang Nomor 28 Tahun 2014 perubahan atas undang-undang no 19 tahun 2002 tentang Hak Cipta;
2. Undang-undang Nomor 13 tahun 2016 perubahan atas undang-undang Nomor 14 Tahun 2001 Tentang Paten;
3. undang-undang Nomor 15 Tahun 2001 Tentang Merek;
4. Undang-undang Nomor 29 Tahun 2000 Tentang Perlindungan Varietas Tanaman;
5. Undang-undang Nomor 30 Tahun 2000 Tentang Rahasia Dagang;
6. Undang-undang Nomor 31 Tahun 2000 Tentang Desain Industri
7. Undang-undang Nomor 32 Tahun 2000 Tentang Desain Tata Letak Sirkuit Terpadu

Hak Kekayaan Intelektual (HKI) ini tentunya memiliki prinsip-prinsip di dalam menjalankan peran dan fungsinya. Adapun prinsip-prinsip tersebut antara lain adalah;

1. Prinsip ekonomi, ini berarti bahwa HKI memiliki nilai dan manfaat secara ekonomi bagi kehidupan manusia. Tentu saja nilai ekonomi ini merupakan kekayaan bagi pemiliknya, di mana si pemilik berhak untuk mendapatkan keuntungan dari hasil karya ciptanya tersebut.
2. Prinsip keadilan, yakni pemilik HKI berhak untuk mendapatkan perlindungan terhadap segala tindakan yang merugikan pemilik terhadap hasil karya ciptanya tersebut.
3. Prinsip kebudayaan, di mana dengan diberikannya penghargaan terhadap hasil karya dari hasil karya seni dan sastra diharapkan akan membangkitkan semangat untuk terus berkarya dalam menciptakan kreasi-kreasi baru demi kemajuan serta peningkatan martabat, taraf hidup masyarakat serta kemajuan peradaban bangsa.
4. Prinsip sosial artinya bahwa pemberian perlindungan terhadap HKI tidak saja bermakna untuk kepentingan pemilik HKI secara individu saja. Akan tetapi juga bermakna adanya keseimbangan antara kepentingan individu dengan masyarakat. Hal ini dapat dilihat dari adanya kebolehan lisensi dalam hak cipta serta pembatasan perlindungan di mana jika telah sampai batas waktu yang ditentukan maka hasil karya cipta menjadi milik publik (*public domain*).

Kholis Roisah menambahkan mengenai sistem hukum Hak Kekayaan Intelektual terdapat prinsip-prinsip perlindungan dalam HKI yang mengandung:²²⁴

1. Prinsip HKI sebagai Hak eksklusif artinya sistem hukum kekayaan intelektual memberikan hak yang bersifat khusus kepada orang yang terkait langsung dengan kekayaan intelektual yang dihasilkan. Melalui hak tersebut, pemegang hak dapat mencegah

orang lain untuk membuat, menggunakan atau berbuat tanpa izin.

2. Prinsip melindungi karya intelektual berdasarkan pendaftaran artinya perlindungan hukum terhadap karya intelektual tidak dapat menuntut pihak lain yang menggunakan karya intelektualnya (kewajiban mendaftarkan tidak berlaku pemegang hak cipta dan pemegang rahasia dagang)
3. Prinsip pendaftaran bersifat teritorial, artinya perlindungan hukum dapat diberikan di wilayah teritorial di mana karya intelektual didaftarkan.
4. Prinsip pemindahan benda secara fisik tidak dengan karya intelektual yang terkandung di dalam benda tersebut, artinya dalam sistem hukum kekayaan intelektual penguasaan benda secara fisik tidak secara otomatis memiliki hak eksklusif atas benda tersebut karena kepemilikan karya intelektual yang melekat pada benda tersebut masih milik penciptanya.
5. Prinsip jangka waktu perlindungan terbatas, artinya sistem hukum kekayaan intelektual memberikan perlindungan dalam jangka waktu tertentu (*limitative*), kecuali untuk hak mereka bisa diperpanjang selama merek masih digunakan dalam aktivitas perdagangan
6. Prinsip perlindungan kekayaan intelektual yang berakhir menjadi publik domain.

2. Hak Kekayaan Intelektual, Hak Cipta Dalam Kerangka Hukum Nasional Dan Internasional

Hak cipta adalah merupakan salah satu bagian dari Hak Kekayaan Intelektual (HKI), di mana HKI itu sendiri adalah merupakan hak atas kekayaan yang timbul karena kemampuan intelektual manusia. Tentunya seseorang yang telah berusaha melakukan sesuatu sehingga menghasilkan sesuatu yang bernilai tinggi pasti telah mengorbankan waktu, pikiran, tenaga dan biaya yang tidak sedikit. Berdasarkan konsepsi inilah kemudian mendorong adanya penghargaan terhadap

hasil karya yang telah diciptakan tersebut berupa perlindungan hukum bagi HKI. Perlindungan ini tentunya tidak terkecuali juga terhadap segala bentuk hak cipta yang dihasilkan oleh para inventornya.

Adapun bidang-bidang HKI yang telah diatur dalam hukum Indonesia meliputi: Hak Cipta, paten, Merek, Rahasia Dagang, Desain Tata Letak Sirkuit Terpadu, Desain Produk Industri, dan Perlindungan Varietas Tanaman.²⁰⁶ Adapun beberapa aspek hukum Hak Kekayaan Intelektual (HKI) di tingkat Internasional antara lain;

a. *World Intellectual Property Organization (WIPO)*

WIPO didirikan berdasarkan konvensi yang ditandatangani di Stockholm pada tanggal 14 Juli 1967 yang bernama *Convention Establishing the World Intellectual Property Organization* berlaku pada tahun 1970 dan menjadi Badan Khusus PBB pada bulan Desember 1974. Adapun tugas dari WIPO adalah mengembangkan usaha-usaha perlindungan terhadap Hak Milik Intelektual, meningkatkan kerjasama antar negara serta organisasi-organisasi Internasional lainnya. Menurut konvensi WIPO ini yang menjadi ruang lingkup dari perlindungan *Intelctual Property Rights (IPR)* ada 2 unsur yakni;

- Hak milik perindustrian (*industrial Property Rights*) yang meliputi paten, merek dagang, dan desain industri
- Hak Cipta yang meliputi hasil-hasil karya kesustraan, musik fotografi dan sinematografi

WIPO memiliki fungsi pokok yakni fungsi pengembangan dan fungsi administratif. Fungsi pengembangan tersebut dilakukan melalui kegiatan-kegiatan dalam rangka: (1). Memprakarsai pembuatan perjanjian internasional, (2), memberikan informasi-informasi tentang perkembangan dan masalah-masalah IPR kepada negara peserta dan (3). Memberikan bantuan teknik kepada negara-negara-negara berkembang. Sedangkan fungsi administratif adalah

²⁰⁶Aprillyana Purba dkk, *TRIPs-WTO & Hukum HKI Indonesia Kajian Perlindungan Hak Cipta Seni Batik Tradisional Indonesia*, (Jakarta: PT. Asdi Mahasatya, 2005), hal. 16

sebagai badan sentral bagi administrasi keanggotaan WIPO dalam perjanjian-perjanjian internasionalnya, kegiatan ini dilaksanakan oleh alat-alat perlengkapan administratif khusus.²⁰⁷

Adapun tujuan kerjasama WIPO dengan negara-negara berkembang dalam upaya pengembangan Kekayaan Intelektual antara lain dalam bidang industri yaitu;

- 1). Meningkatkan dan memperluas kuantitas dan kualitas kreasi-kreasi penemuan yang dapat dipatenkan oleh warga negaranya dan oleh para pengusahanya, terutama untuk menunjang peningkatan kemandirian teknologi negara berkembang
- 2). Memerbaiki ketentuan tentang cara perolehan teknologi asing yang diberikan paten, agar ketentuan itu lebih menguntungkan negara berkembang daripada yang selama ini berjalan
- 3). Meningkatkan daya saing dalam perdagangan Internasional melalui perlindungan “*trade marks*” dan “*service marks*” yang lebih lagi
- 4). Memberikan wahana tentang informasi teknologi yang dimuat dalam dokumen paten Sedangkan dalam bidang Hak Cipta tujuan utamanya adalah untuk membantu perolehan dan mendorong kreasi ciptaan dengan cara:²⁰⁸
 - 1). Meningkatkan kreasi karya-karya cipta oleh warga negaranya di samping memelihara kebudayaan nasional dalam bahasanya sendiri atau sesuai dengan etnik, tradisi, dan aspirasi masyarakat negara-negara berkembang.
 - 2). Memerbaiki ketentuan-ketentuan mengenai cara perolehan hak untuk menggunakan karya-karya sastra

²⁰⁷Taryana Soenandar, *Perlindungan HAKI (Hak Milik Intelektual) Di Negara-negara ASEAN*, (Jakarta: Sinar Grafika, 2007), hal. 8

²⁰⁸Ibid hal. 10

dan musik yang hak ciptaannya dimiliki oleh orang asing, yang persyaratannya lebih menguntungkan negara berkembang daripada sebagaimana yang telah ada.

Tentunya tujuan-tujuan tersebut akan tercapai apabila negara-negara berkembang tidak terkecuali Indonesia, memodernisasikan peraturan perundang-undangan mereka khususnya di bidang Hak Cipta.

b. *World Trade Organization (WTO)*

WTO lahir berawal dari semangat dan keinginan negara-negara untuk memperkuat ekonomi mereka kembali setelah diporandakan oleh perang dunia II. Salah satu organisasi perdagangan dunia ini kemudian tumbuh dan berkembang menjadi salah satu organisasi yang sangat berpengaruh khususnya dalam bidang ekonomi dan pembangunan antar bangsa. Cakupan isu-isu perdagangan dalam organisasi ini sangatlah luas dan kompleks, baik itu isu terkait dengan perdagangan barang, jasa (*servis*), perdagangan terkait masalah pembangunan dan integrasi negara-negara berkembang ke dalam perdagangan dunia, aspek hak kekayaan intelektual, isu kelestarian lingkungan, bahkan isu-isu non-trade atau memiliki nilai-nilai sosial kemasyarakatan.

Isu tentang hak kekayaan intelektual sebenarnya telah masuk dalam berbagai kesepakatan Internasional sejak abad 18, akan tetapi isu ini belum dianggap sebagai isu yang berpengaruh terhadap perdagangan Internasional. Akan tetapi isu hak kekayaan intelektual ini dapat meyakinkan pengaruhnya pada putaran ke-8 *Uruguay Round* tahun 1994 yang mana kesepakatan tersebut kemudian dituangkan dalam seperangkat perjanjian multilateral WTO *agreement*. Sebelum terbentuknya WTO, masalah hak kekayaan intelektual dalam dimensi Internasional berada di bawah administrasi *World Intellectual Property Organization* (WIPO), yakni badan khusus di bawah PBB yang bergerak di bidang Kekayaan Intelektual didirikan tahun 1967. Ini berarti terdapat hubungan kerja antara WIPO dan WTO yang mana dituangkan dalam *Agreement Between the WIPO and the WTO*, 1995.

- c. Konvensi Bern tahun 1886 dan disahkan dalam kepres no 18 tahun 1997

Konvensi Bern ini merupakan kesepakatan perjanjian Internasional yang ditandatangani bersamaan dengan didirikannya organisasi Internasional (*Bern Union*), yang bergerak dalam perlindungan karya cipta seni dan sastra. Perjanjian Internasional ini dikenal dengan *Bern Convention for the Protection of Literary and Artistic Work (the Bern Convention)*.

Adapun latar belakang adanya konvensi ini diungkapkan dalam pembukaan konvensi tersebut yang berbunyi:²⁰⁹

“...being equality animated by the desire to protect, in as effective and uniform a manner as possible, the rights of authors in their literary and artistic work” Adanya konvensi ini didorong oleh keinginan tahanan dari negara-negara atas beberapa pertanyaan seperti, alasan apa yang menyebabkan negara-negara memberikan hak-hak khusus kepada pencipta serta hak keuntungan secara materiil untuk mereka nikmati dari hasil ciptaanya serta melarang orang lain memanfaatkan tanpa izin pencipta. Kemudian pertanyaan terkait mengapa perlindungan hukum diberikan kepada hak cipta atas warga negara asing pada negara-negara peserta perjanjian.

Intinya bahwa konvensi Bern telah memberikan sumbangan dalam perlindungan hak cipta dengan melakukan penyesuaian terhadap perkembangan zaman, khususnya perkembangan teknologi di bidang penggunaan Hak Cipta.

- d. *Agreement on Trade Relation Aspects on Intellectual Property Rights (TRIPs) 1994*

TRIPs memiliki status hukum berada di bawah WTO, yaitu sebagai lampiran perjanjian yang merupakan kesatuan yang tidak dapat dipisahkan dari *WTO Agreement*. Pelaksanaan perjanjian ini kemudian dimonitor oleh satu dewan dalam WTO itu sendiri yang

²⁰⁹ Pembukaan konvensi Bern.

disebut *Council of TRIPs*, yang pengaturannya terdapat dalam artikel 68 TRIPs.

TRIPs ini merupakan perjanjian yang khusus terfokus pada masalah Hak Kekayaan Intelektual, lahirnya perjanjian ini bukan berarti melahirkan hukum baru yang berbeda dengan konvensi lainnya bagi perlindungan Hak Kekayaan Intelektual (HKI). Adanya *agreement* TRIPs ini justru lahir untuk memperkuat dan mewajibkan anggota WTO menghormati dan melaksanakan konvensi-konvensi tersebut.

Sesungguhnya hakikat TRIPs mengandung empat kelompok pengaturan: *Pertama*, yang mengaitkan Hak Kekayaan Intelektual dengan konsep perdagangan Internasional. *Kedua*, yang mewajibkan negara-negara anggota untuk mematuhi *Paris Convention dan Bern Convention*. *Ketiga*, menetapkan aturan atau ketentuan sendiri. *Keempat*, yang merupakan ketentuan atas hal-hal yang secara umum termasuk upaya penegakan hukum yang terdapat dalam legislasi negara-negara anggota. Di samping merujuk *Paris Convention dan Bern Convention*, *TRIPs* juga merujuk beberapa perjanjian Internasional lain.²¹⁰

Selanjutnya mengenai Hak Cipta diatur dalam pasal 9, yang mana dalam pasal ini mengatur tentang ketentuan tentang hak cipta harus mengacu pada pasal 1 sampai 21 konvensi bern. Terlihat bahwa ada hubungan antara TRIPs dengan Konvensi Bern. Namun terdapat perbedaan di mana pada konvensi Bern menganut perlindungan atas Hak Moral secara mutlak, namun dalam TRIPs perlindungan dititik beratkan pada Hak Ekonomi. Akan tetapi kedua instrumen ini sama sekali tidak mengatur tentang Ekspresi Budaya Tradisional.

TRIPs sebagai salah satu instrumen hukum internasional tentu saja tidak luput dari pertentangan antara anggotanya, khususnya antara negara-negara maju dan negara-negara berkembang. Adapun

²¹⁰DR. Bernard Nainggolan, *Pemberdayaan Hukum Hak Cipta dan Lembaga Manajemen Kolektif*, (Bnadung: PT Alumni, 2011), hal. 134

isu yang dipertentangkan adalah terkait perlindungan atas hak cipta Pengetahuan Tradisional dan Ekspresi Budaya Tradisional.

3. Perlindungan Hak Cipta Di Indonesia

a. Sejarah Hak Cipta

Sebelum lebih khusus berbicara sejarah Hak cipta, akan diuraikan terlebih dulu tentang keberadaan HKI di Indonesia. Sejak zaman pemerintahan kolonial Belanda peraturan-peraturan terkait dengan HKI sudah mulai ada. Pertama kali undang-undang yang diperkenalkan pemerintah kolonial Belanda terkait perlindungan HKI ini adalah pada tahun 1884. Selanjutnya mengundangkan undang-undang Merek tahun 1885, undang-undang Paten tahun 1910, dan undang-undang Hak Cipta 1912. Indonesia yang saat itu masih berada di bawah jajahan Belanda telah menjadi anggota beberapa perjanjian Internasional yang berkenaan dengan HKI seperti anggota *Paris Convention for the Protection of Industrial Property* sejak tahun 1888, anggota *Madrid Convention* dari tahun 1893-1936, dan anggota *Bern Convention for The Protection of Literary and Artistic Works* sejak tahun 1914. Walaupun kekuasaan beralih ke tangan penjajahan Jepang namun semua peraturan perundang-undangan di bidang HKI tersebut tetap berlaku.

Setelah Indonesia merdeka undang-undang terkait dengan HKI khususnya merk dan hak cipta ini pun masih tetap diberlakukan selama tidak bertentangan dengan UUD 1945, kecuali UU Paten sudah tidak diberlakukan karena dianggap tidak sesuai dengan pemerintah Indonesia. Akan tetapi pada tahun 1953 menteri kehakiman RI mengeluarkan pengumuman berupa perangkat peraturan pertama yang mengatur tentang Paten melalui pengumuman Menteri kehakiman no J.S. 5/41/4, tentang pengajuan sementara permintaan Paten dalam negeri dan pengumuman Menteri kehakiman No. J.G. 1/2/17, yang mengatur permintaan sementara Paten ke luar negeri. Selanjutnya Undang-undang pertama di bidang HKI yaitu UU No. 21 tahun 1961 tentang Merek, diikuti oleh ratifikasi *Bern Convention*

dengan Keputusan Menteri no. 24 1979 kendati pada saat itu Indonesia belum berpartisipasi penuh terhadap Konvensi ini.

Khusus mengenai sejarah perkembangan Hak Cipta, secara umum sejarah kelahiran Hak Cipta dianggap bermula di Inggris pada awal abad ke-17 dan di Perancis pada akhir abad ke-17.²¹¹ Kendati penulisan serta pencetakan buku sebagai karya cipta telah berlangsung lama jauh sebelum abad ini namun kiblat sejarah adanya Hak Cipta adalah dimulai dari kedua negara tersebut. Alasan sederhananya adalah karena kedua negara tersebut dianggap mewakili dua rezim sistem hukum yang berlaku di dunia saat ini.²¹² Kedua negara ini kemudian melahirkan konsep perlindungan dalam Hak Cipta dengan konsep perlindungan hak moral (*moral rights*) dan hak ekonomi (*economic rights*), yang mana konsep inipun dianut oleh Indonesia dalam undang-undang Hak Cipta saat ini.

Istilah hak cipta (*copy rights*) ini sebenarnya berasal dari negara penganut *common law*, sedangkan di Eropa dikenal dengan istilah *droit d'auteur*. Penggunaan istilah *copy rights* ini dahulunya adalah bertujuan untuk melindungi penerbit, bukan melindungi pencipta. Namun seiring dengan perkembangan hukum serta kemajuan teknologi perlindungan ini lebih diperluas kepada pencipta, serta ruang lingkup hak cipta tidak hanya terbatas pada karya cipta berupa buku namun diperluas pada bidang lainnya seperti karya seni, musik, drama, fotografi, arsitektur dan lain sebagainya.

Selanjutnya adanya Konvensi Bern kemudian sebagai rujukan lahirnya perlindungan Hak Cipta di beberapa negara Eropa tidak terkecuali Belanda. Belanda yang sebelumnya memang telah memiliki aturan mengenai perlindungan Hak Cipta di negaranya, kemudian mengatur kembali perlindungan Hak Ciptanya tersebut melalui peraturan baru yang diberi nama *Auteurswet 1912* (AW 1912), tidak lama setelah diberlakukan Undang-undang ini Belanda ikut

²¹¹Elyta Ras Ginting, "*Hukum Hak Cipta Indonesia (Analisis Teori dan Praktik)*", (Bandung: Citra Aditya Bakti, 2011), hal. 37

²¹²Ashibly, "*Hukum Hak Cipta Tinjauan Khusus Performing Right Lagu Indie Berbasis Nilai Keadilan*" (Yogyakarta: Genta Publishing, 2016), hal.17

bergabung sebagai anggota Konvensi pada tahun 1886 dengan beberapa reservation. Indonesia sebagai negara jajahan Belanda saat itu diikuti sertakan pula dalam konvensi ini sebagaimana diumumkan dalam *staasblad* No. 797 tahun 1914, selanjutnya pada revisi Konvensi Bern Bulan Juli 1928 di Paris, bagi Indonesia juga diberlakukan melalui *staasblad* No 325 tahun 1931.

Oleh pemerintah Indonesia AW 1912 *Staasblad* No 600 tahun 1912 dicabut dan menggantinya dengan UU RI No. 6 tahun 1982 tentang Hak Cipta yang dimuat dalam lembaran negara RI tahun 1982 No.15. bersamaan dengan pencabutan AW 1912 tersebut pemerintah Indonesia kemudian menetapkan undang-undang Hak Cipta No 6 tahun 1982, (selanjutnya disingkat menjadi UUHC 1982). Akan tetapi pada tahun 1987 terjadi beberapa perubahan dan tambahan seiring dengan perkembangan kebutuhan dalam perlindungan bagi hak cipta Indonesia. Sehingga perubahan tersebut ditetapkan melalui undang-undang baru yakni undang-undang No 7 tahun 1987 tentang Hak Cipta. Undang-undang ini muncul didasarkan dengan beberapa pertimbangan di antaranya adalah; untuk mewujudkan iklim yang lebih baik bagi tumbuh kembangnya gairah mencipta di bidang ilmu pengetahuan, seni dan sastra, sebagai perlindungan yang lebih baik atas maraknya pelanggaran yang terjadi khususnya dalam pembajakan, serta alasan lain seperti yang tercantum pada mukaddimah undang-undang tersebut.

Selanjutnya, dengan arahan GBHN UUHC ini kembali terjadi perubahan melalui undang-undang No 19 tahun 2002, dan saat ini undang-undang yang terakhir berlaku adalah undang-undang No. 28 tahun 2014 tentang Hak Cipta. Melihat sejarah terjadinya beberapa kali perubahan ini menandakan bahwa perlindungan terhadap Hak Cipta ini memiliki kedudukan yang penting di mata hukum Nasional. Sebab Hak Cipta merupakan salah satu sumbangan terbesar bagi kemajuan bangsa Indonesia.

b. Ruang Lingkup Hak Cipta

Undang-undang Hak Cipta no 28 tahun 2014 telah mengatur tentang ruang lingkup dari hak cipta. Adapun yang termasuk ruang lingkup Hak Cipta menurut undang-undang tersebut (pasal 40) adalah:

1. Buku, pamphlet, perwajahan karya tulis yang diterbitkan dan semua hasil karya tulis lainnya;
2. Ceramah, kuliah, pidato dan ciptaan sejenis lainnya;
3. Alat peraga yang dibuat untuk kepentingan Pendidikan dan ilmu pengetahuan;
4. Lagu dan /atau musik dengan atau tanpa teks;
5. Drama, drama musikal, tari koreografi, pewayangan dan pantomim;
6. Karya seni rupa dalam segala bentuk seperti lukisan, gambar, ukiran, kaligrafi seni pahat, patung atau kolase;
7. Karya seni terapan;
8. Karya arsitektur;
9. Peta;
10. Karya seni batik atau seni motif lain;
11. Karya fotografi;
12. Potret;
13. Karya sinematografi;
14. Terjemahan, tafsir, saduran, bunga rampai; basis data, adaptasi, aransemen, modifikasi dan karya lain dari hasil transformasi;
15. Terjemahan, adaptasi, aransemen, transformasi atau modifikasi ekspresi budaya tradisional
16. Kompilasi ciptaan atau data, baik dalam format yang dapat dibaca dengan program komputer maupun media lainnya;

17. Kompilasi ekspresi budaya tradisional selama kompilasi tersebut merupakan karya yang asli;
18. Permainan video dan
19. Program komputer (pasal 40 ayat (1) UUHC No 28 tahun 2014)

Sedangkan hasil karya cipta yang tidak dilindungi (pasal 41) adalah; 1). hasil karya yang belum ada wujudnya secara nyata, 2). ide, prosedur, sistem, metode, konsep, prinsip, atau data, walaupun telah digabungkan dalam sebuah ciptaan, 3). Alat atau benda yang diciptakan hanya untuk kebutuhan fungsional.

Untuk beberapa jenis karya yang tidak dapat dikategorikan sebagai hak cipta (pasal 42) antara lain; hasil rapat terbuka lembaran negara, peraturan perundang-undangan, pidato kenegaraan atau pidato pejabat pemerintah, putusan pengadilan dan kitab suci.

c. Jangka waktu perlindungan

Hak Cipta sebagaimana diketahui merupakan bagian dari Hak Kekayaan Intelektual yang memiliki perbedaan pokok dengan kekayaan industri, kendati kedua jenis kekayaan ini adalah sama-sama merupakan bagian dari Hak Kekayaan Intelektual. Hak kekayaan industri lahir karena kedaulatan negara, artinya bahwa perlindungan hukum terhadap jenis hak kekayaan industri ini berlaku sejak negara memberikan pengakuannya. Maka dengan demikian pendaftaran atas hak kekayaan industri merupakan suatu keharusan yang menjadi dasar perlindungan hak tersebut.

Sedangkan Hak Cipta (*copyrights*) mengenal asas perlindungan otomatis (*automatical protection*). Artinya bahwa perlindungan terhadap Hak Cipta tersebut muncul sejak sebuah karya cipta tersebut diwujudkan oleh penciptanya. Karena sifatnya yang otomatis maka perlindungan terhadap Hak Cipta ini tanpa didasarkan pada pendaftaran ciptaan tersebut. Akan tetapi, asas perlindungan otomatis ini harus memiliki syarat-syarat subjektivitas, yaitu orisinal dan memiliki bentuk yang nyata. Syarat mutlak ini yang kemudian membedakan Hak Cipta pada umumnya dengan Hak

Cipta yang berupa Ekspresi Budaya Tradisional (EBT). Sehingga perbedaan inilah yang kemudian mengharuskan EBT untuk mencari bentuk perlindungan seperti apa yang dapat diberikan oleh negara terhadap keberadaannya. Pembahasan tentang ini akan dibahas pada penjelasan berikutnya dari tulisan ini.

Untuk jangka waktu perlindungan Hak Cipta sebagaimana diatur dalam Undang-undang Hak Cipta No 28 tahun 2014 bahwa perlindungan Hak cipta untuk Hak moral pencipta berlaku tanpa batas waktu. Sedangkan untuk hak ekonomi memiliki batas waktu di mana pemilik hak diberikan perlindungan atas ciptaannya selama hidup pencipta dan terus berlangsung selama 70 tahun setelah pencipta meninggal dunia dihitung sejak tanggal 1 Januari tahun berikutnya (pasal 58 ayat 1 & 2). Sedangkan bagi Hak Cipta yang dipegang oleh Badan Hukum masa perlindungan hanya 50 tahun sejak pertama kali dilakukan pengumuman (pasal 58 ayat 3).

Pembatasan ini menunjukkan bahwa pencipta memiliki hak terbatas atas ciptaannya. Hal ini merupakan suatu jalan tengah untuk mendapatkan keadilan baik bagi pemlik hak cipta maupun masyarakat sebagai pengguna dari manfaat hak cipta tersebut.

Konvensi Bern sendiri terdapat aturan tentang masa perlindungan tersebut yaitu:²¹³

1. Secara umum jangka waktu perlindungan adalah seumur hidup pencipta dan lima puluh tahun setelah kematiannya
2. Untuk karya sinematografi, negara gabungan dapat mengatur bahwa masa berlaku perlindungan akan berakhir lima puluh tahun setelah karya tersebut diumumkan dengan kesepakatan dari pihak pencipta, atau jika tidak maka dapat dihitung dari tanggal pembuatannya.
3. Untuk karya yang tidak diketahui penciptanya atau penciptanya menggunakan nama samaran masa perlindungannya selama lima puluh tahun. Akan tetapi jika nama samaran tersebut tidak

²¹³Article 7 konvensi Bern 1886 sebagaimana telah diperbarui tahun 1971

diragukan, masa perlindungan seumur hidup pencipta di tambah lima puluh tahun setelah kematiannya. Jika pencipta karya tanpa nama atau menggunakan nama samaran memberitahukan identitasnya pada masa sebagaimana tersebut di atas, masa perlindungan yang berlaku adalah seumur hidup dan lima puluh tahun setelah kematiannya. Negara gabungan tidak wajib memberikan perlindungan terhadap karya tanpa nama pencipta atau menggunakan nama samaran sehubungan bahwa penciptanya telah meninggal dalam kurun waktu lima puluh tahun

4. Perlindungan atas karya fotografi dan karya seni terapan sepanjang karya tersebut dilindungi sebagai karya seni bergantung kepada negara-negara gabungan, tetapi masa berlaku ini akan berlangsung setidaknya sampai dengan akhir masa dua puluh lima tahun dari tanggal pembuatannya.
5. Masa berlaku perlindungan setelah kematian pencipta dan masa berlaku sebagaimana diatur dalam ayat (2), (3) dan (4) akan mulai berlaku dari tanggal kematian atau peristiwa sebagaimana diatur dalam ayat tersebut, tetapi masa berlaku tersebut akan senantiasa dianggap mulai pada tanggal satu januari tahun tersebut setelah kematian atau peristiwa tersebut.
6. Negara-negara gabungan dapat memberikan masa perlindungan melebihi yang ditentukan dalam konvensi ini.

Umumnya jangka waktu yang berlaku adalah pada pasal 1 yakni seumur hidup pencipta ditambah 50 tahun setelah meninggal namun berdasarkan aturan pasal 6 ini kemudian masing-masing negara dapat memberikan aturan yang berbeda terhadap masa perlindungannya termasuk Indonesia.

4. Hak Cipta Atas Ekspresi Budaya Tradisional

a. Perlindungan dalam Kerangka Hukum Internasional

Selain HKI yang dikenal saat ini terdapat perkembangan baru yakni adanya bidang baru yakni *The New Emerging Intellectual Property*

meliputi perlindungan terhadap sumber daya genetik, pengetahuan tradisional, dan ekspresi budaya tradisional/Folklor. Terhadap hal ini WIPO dalam keperdulannya membentuk *Intergovernmental Committee on Intellectual Property and Genetic Resources, Traditional Knowledge, and Traditional Cultural Expressions/Folklor*.

Selain itu terdapat beberapa instrumen hukum Internasional terkait dengan perlindungan Ekspresi Budaya Tradisional ini di antaranya;

1. *Model Provisions for National Laws on the Protection of Expressions of Folklore against Illicit Exploitation and Other Forms of Prejudicial Action* 1982. Model ini dikenal dengan istilah Folklor dibentuk oleh WIPO dan UNESCO sebagai alternatif yang digunakan dalam perlindungan secara tidak langsung melalui hak terkait hak cipta, dalam hal ini adalah hak terkait bagi *performer*, produser rekaman dan lembaga penyiaran. Akan tetapi perlindungan terhadap hak terkait hanya terhadap suatu objek ketika telah di fiksasi. Jangka waktu perlindungannya pun tidak tepat jika diterapkan pada EBT.
2. *Recommendation on the safeguarding of traditional Culture and Folklor* 1989. Rekomendasi ini menyebutkan istilah *Folklor* untuk Ekspresi Budaya Tradisional, yang mana di dalamnya meliputi definisi, ruang lingkup, pemeliharaan, pelestarian, penyebaran dan perlindungan Folklor serta kerjasama internasional.
3. *The Matatua Declaration on Cultural and Intellectual Property Rights of Indigenous People* 1993. dibentuk oleh lebih dari 150 delegasi yang berasal dari 14 negara pada 12 sampai 18 Juni 1993 di Selandia Baru. Deklarasi tersebut bertujuan untuk membahas tentang nilai-nilai pengetahuan tradisional, keanekaragaman hayati dan bioteknologi, kebiasaan pengelolaan lingkungan, kesenian, musik, Bahasa dan berbagai bentuk kebudayaan secara fisik maupun spiritual. Deklarasi ini juga memperkenalkan hak-hak bagi *indigenous people* yakni hak di dalam menentukan nasib

sendiri, yaitu terakuinnya hak komunitas atas kekayaan intelektual dan budaya.

4. *UNESCO Convention for the Safeguard of the Intangible Cultural Heritage* 2003, diratifikasi melalui PP Nomor 78 tahun 2007. Konvensi ini mengatur tentang Warisan Budaya Tak Benda, di mana dalam konvensi tersebut mengandung arti bahwa segala macam praktik, representasi, ekspresi, pengetahuan, keterampilan yang diakui oleh berbagai komunitas, kelompok dan dalam beberapa hal tertentu perorangan, sebagai bagian dari warisan budaya mereka. Warisan Budaya Tak Benda (WBTB) ini merupakan warisan yang secara terus menerus diciptakan dan dipraktikkan dari generasi ke generasi. Konvensi ini menyatakan suatu bentuk penghormatan terhadap Warisan Budaya Tak Benda (WBTB), di mana seluruh negara yang meratifikasinya berkomitmen untuk melindungi dan melestarikan warisan dengan berbagai upaya. Salah satu upaya praktis yang dapat dilakukan adalah dengan mengidentifikasi Warisan Budaya Tak Benda (WBTB) di dalam wilayah masing-masing yang Indonesia sendiri mengaturnya dalam UUHC 28 tahun 2014 pasal 38 ayat 2. Perlindungan ini bersifat non ekonomis “*safeguarding*” bukan “*protecting*” lebih bersifat menjaga dan melestarikan, konvensi ini tetap mengakui obyek yang dilindunginya berada dalam ranah publik (*public domain*). Kesimpulannya tujuan konvensi ini adalah bukan untuk kepentingan industrial melainkan pemanusiaan bagi seluruh kekayaan keindahan budaya umat manusia.
5. *UNESCO Convention on the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expression* 2005. Jika konvensi pada 2003 hanya pada tujuan pelestarian, maka konvensi kali ini bertujuan untuk melindungi dan mempromosikan keanekaragaman ekspresi budaya. Oleh konvensi ini Perlindungan dapat dilakukan dengan penentuan langkah-langkah yang diperlukan oleh negara-negara anggota dalam melindungi ekspresi budaya mereka agar tidak terjadi kepunahan. Negara-negara anggota dapat melakukan promosi dengan cara mengkreasikan, memproduksi, dan

mendistribusikan ekspresi budaya mereka. Tentunya konvensi ini akan semakin kuat jika diimplementasikan dalam bentuk peraturan perundang-undangan di tingkat nasional.

6. *Beizing Treaty on Audiovisual Performance* 2012 Perjanjian ini atas inisiasi WIPO yang bertujuan untuk melakukan unifikasi hak-hak pelaku atas pertunjukan audiovisual. Pelaku di sini juga termasuk pelaku terhadap Ekspresi Budaya Tradisional (EBT), (lihat pasal 2a perjanjian tersebut). Selain itu juga perjanjian ini mengatur tentang hak moral dan hak ekonomi para pelaku. Indonesia menandatangani perjanjian ini tanggal 18 desember 2012.
7. Perlindungan EBT melalui ketentuan Hak Cipta dalam *The Bern Convention for the Protection of the Literary and Artistic Works* (Konvensi Berne 1967). Konvensi ini mengatur konsep kepemilikan terhadap karya cipta anonim atau “*anonymus works*”, kendati konvensi ini tidak menyebutkan secara implisit perlindungan terhadap Ekspresi Budaya Tradisional (EBT) namun perlindungan terhadap karya yang tidak diketahui penciptanya (*anonymus author*) dapat dianalogikan sebagai EBT. Secara detail ketentuan hukum tersebut terdapat pada pasal 15 paragraf 4:” bahwa negara-negara pihak konvensi Bern mempunyai kewajiban menunjuk otoritas yang berkompeten berdasarkan ketentuan nasional untuk memberikan perlindungan terhadap karya-karya yang di publikasikan yang tidak diketahui penciptanya untuk mewakili kepentingan pencipta dan melindungi hak-hak pencipta. Kemudian negara mempunyai kewajiban untuk mendepositorikan karya tersebut ke Direktur Jenderal WIPO.
8. Perlindungan Internasional terhadap Ekspresi Budaya Tradisional secara terbatas termuat pula dalam *WIPO Performance and Ponograms Treaty (WPPT)*, yaitu perjanjian Internasional yang ditandatangani oleh negara-negara anggota *World Intellectual Property Organization* (WIPO) dan disepakati di Jenewa pada tanggal 20 Desember 1996. Perjanjian ini bertujuan untuk mengembangkan dan memelihara perlindungan hak-hak pelaku dan produser rekaman suara dengan cara seefektif mungkin dan

seragam. Selain itu perlindungan juga diberikan pada Ekspresi budaya Tradisional, mengingat tarian tradisional, puisi, drama, lagu dan musik serta berbagai bentuk kesenian tradisional lainnya muncul sebagai bagian dari pertunjukan hidup (*live performance*) yang di tampilkan,²¹⁴ sehingga perlindungan terhadap hak penampil atas karya pertunjukan yang ditampilkan juga dapat digunakan dalam konteks perlindungan EBT.

Akan tetapi definisi penampil ini kemudian terjadi perkembangan sehingga terdapat perbedaan definisi antara WPPT dengan Konvensi Roma 1961. Pada Konvensi Roma pasal 3 (a) definisi penampil dibatasi dalam: “*performers, means actors, singers, musicians, dancers, and others person who act, sing, deliver, declaim. Play in, or otherwise perform literary or artistic works.*”

Sedangkan dalam WPPT penampil tidak hanya dibatasi pada “*literary and artistic works*” yang bermakna kontemporer, dalam WPPT definisi penampil dimaknai lebih jauh meliputi Ekspresi Budaya Tradisional. Adapun definisi Penampil dalam WPPT adalah: “*Performers*” are actors, singers, musicians, dancers, and other persons who act, sing, deliver, declaim, play in, interpret, or otherwise, perform literary or artistic works or expression of Folklor”

Melihat definisi tersebut maka WPPT telah turut memberikan perlindungan kepada para seniman Tradisional yang telah menampilkan EBT:

1. *Moral Right of Performance* (pasal 5), memberikan perlindungan terhadap penampil sebagai bagian yang tidak terpisahkan dari pertunjukannya, termasuk melindungi hak pertunjukkan yang ditampilkannya dari segala bentuk perubahan dan distorsi yang dapat merusak reputasinya sebagai penampil

²¹⁴Kholis Roisah, Perlindungan Ekspresi Budaya Tradisional dalam Sistem Hukum Kekayaan Intelektual, <https://www.scribd.com/document/369092267/4678-IDPerlindungan-Ekspresi-Budaya-Tradisional-Dalam-Sistem-Hukum-Kekayaan>, diakses tanggal 15 Agustus 2017

2. *Economic Right of Performers in Their Unfixed Performances* (pasal 6), merupakan hak eksklusif bagi penampil dalam untuk memberi otorisasi bagi segala bentuk penyiaran (*broadcasting*) maupun publikasi dari pertunjukan yang dia tampilkan, termasuk otorisasi dalam perekaman (*fixation*) dari pertunjukannya
3. *The Right of Reproduction* (pasal 7) hak untuk memberikan otorisasi segala bentuk reproduksi dari rekaman (*phonogram*) pertunjukannya
4. *The Right of Distribution* (pasal 8), hak untuk memberikan otorisasi atas segala bentuk publikasi rekaman pertunjukannya baik karya asli maupun reproduksi kepada umum melalui penjualan maupun bentuk pemindahan hak milik lainnya (*other transfer of ownership*).
5. *The Right of Rental* (pasal 9) hak untuk memberikan otorisasi penyewaan komersil rekaman pertunjukan baik asli maupun reproduksinya, dengan melihat ketentuan hukum nasional yang berlaku
6. *The Right of Making Available* (pasal 10), adalah hak untuk memberikan otorisasi segala bentuk pengadaan rekaman pertunjukan (*making available to public*), sehingga masyarakat dapat mengakses rekaman tersebut sesuai keinginan mereka. Perlindungan WPPTP ini fokus terhadap hak sang penampil, namun dianggap sebagai salah satu upaya perlindungan Ekspresi Budaya Tradisional (EBT) dikarenakan penampil tidak dapat dipisahkan dari karya seni yang dipertunjukannya, kendati bentuk perlindungan tersebut hanya terbatas pada ruang lingkup *phonogram* khususnya dalam bentuk *fixation*, sementara EBT seringkali tidak dalam bentuk "*fixation*" karena sifatnya berasal dari tradisi lisan yang masih hidup.

b. Perlindungan Dalam Hukum Nasional

Instrumen hukum di Indonesia belum mampu memberikan perlindungan yang maksimal dan unifikatif terhadap Ekspresi

Budaya Tradisional. Saat ini Indonesia baru memiliki hanya beberapa perangkat peraturan terkait Ekspresi Budaya Tradisional tersebut antara lain:

1. Ratifikasi perjanjian WTO melalui Undang-undang No. 7 Tahun 1994. Ratifikasi ini kemudian diimplementasikan dengan pengundangan beberapa bidang hak kekayaan intelektual yang di antaranya adalah Undang-undang tentang paten, merk, hak cipta, desain industri, desain tata letak sirkuit terpadu, rahasia dagang, dan varietas tanaman
2. Ratifikasi Konvensi Bern dan TRIPs mengimplementasikan wujud perlindungan tersebut dalam Undang-undang Hak Cipta No 28 tahun 2014. Hak cipta dalam undang-undang hak cipta adalah hak eksklusif pencipta yang timbul secara otomatis berdasarkan prinsip deklaratif setelah suatu ciptaan diwujudkan dalam bentuk nyata tanpa mengurangi pembatasan sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan.²¹⁵ Adapun hal-hal yang dilindungi terdapat dalam pasal 40 angka 1 UUHC No 28 tahun 2014.²¹⁶

Mencermati hal tersebut maka Ekspresi Budaya Tradisional merupakan bagian yang dilindungi oleh undang-undang. Dalam kategori tersebut bila ditinjau lebih jauh lagi Ekspresi Budaya memiliki macam yang sangat beragam ekspresi, mulai dari seni tari, musik, lagu, arsitektur, motif tenun, seni rupa dengan segala bentuk seperti ukiran, pahat dan lainnya, serta hal-hal lain yang berkenaan dengan ekspresi budaya termasuk ritual-ritual upaca

²¹⁵Pasal 1 angka 1 UUHC no 28 tahun 2014

²¹⁶Meliputi ciptaan dalam bidang ilmu pengetahuan, seni dan sastra terdiri atas a). semua bentuk karya tulis, b). ceramah, kuliah, pidato dan ciptaan sejenisnya, c). alat peraga untuk kepentingan Pendidikan dan ilmu pengetahuan, d). lagu dan musik, e). drama, drama musikal, tari, koreografi, pewayangan dan pantomim, f). karya seni rupa dengan segala bentuk, g). seni terapan, h). seni arsitektur, i). peta. j). seni batik dan motif lain, k). karya fotografi, l). potret, m). karya sinematografi, n). terjemahan, tafsir, saduran, bunga rampai, basis data, adaptasi, aransemen, modifikasi dan karya lain dari hasil transformasi, o). terjemahan, adaptasi, aransemen, transformasi, atau modifikasi ekspresi budaya tradisional, p). kompilasi ciptaan atau data, q). kompilasi ekspresi budaya tradisional selama kompilasi tersebut merupakan karya yang asli, r). permainan video dan, s). program komputer.

adat, permainan tradisional, makanan tradisional dan masih banyak lagi yang lainnya yang merupakan hak milik masyarakat adat yang telah menyatu dalam kehidupan mereka.

Munculnya undang-undang serta peraturan-peraturan lainnya baik itu di tingkat nasional maupun internasional merupakan upaya-upaya yang dilakukan untuk melindungi hak cipta dari tindakan penyalahgunaan hak, seperti pembajakan, plagiat, penyalahgunaan manfaat dan lainnya. Namun menjadi suatu persoalan ketika peraturan-peraturan yang ada secara nyata belum menunjukkan perlindungan yang pasti dan memadai terhadap hak cipta berupa Ekspresi Budaya Tradisional (EBT).

Sebelum lebih jauh berbicara tentang hal tersebut terlebih dahulu perlu dilihat perlindungan dalam hal-hal apa saja yang dapat diberikan oleh undang-undang ini terhadap keberadaan hak cipta. Pada pasal 1 angka 1 telah dijelaskan bahwa hak cipta merupakan “hak eksklusif pencipta”, maka dapat disimpulkan bahwa yang dilindungi adalah hak eksklusif dari pencipta itu sendiri. Lebih lanjut tentang hak eksklusif ini kemudian Undang-Undang menjelaskan bahwa “hak eksklusif terdiri atas hak moral dan hak ekonomi”.²¹⁷ Adapun yang dimaksud dengan hak moral adalah hak yang melekat secara abadi pada diri pencipta seperti hak untuk mencantumkan atau tidak mencantumkan namanya pada Salinan sehubungan dengan pemakaian Ciptaannya untuk umum, menggunakan nama asli atau samaran, mengubah ciptaannya ataupun judul sesuai dengan kepatutan dalam masyarakat, serta mempertahankan haknya dalam hal terjadi distorsi ciptaan, mutilasi ciptaan, modifikasi ciptaan atau hal yang bersifat merugikan diri dan reputasinya. Sedangkan hak eksklusif yang kedua adalah “hak ekonomi” yakni hak eksklusif pencipta atau pemegang Hak Cipta untuk mendapatkan manfaat ekonomi atas ciptaannya. Ada beberapa hal yang dapat dilakukan oleh pencipta untuk mendapatkan hak ekonomi mereka di antaranya penggandaan, pendistribuisan, pertunjukan dan lain-lain, dan

²¹⁷Pasal 4 UUHC No 28 tahun 2014

siapapun yang melakukan itu di luar pencipta harus mendapatkan izin dari si pencipta atau pemegang hak. Kewenangan ini tidaklah berlaku bagi masyarakat adat sebagai pemilik karya-karya tradisional berupa ekspresi budaya tradisional (EBT). Sebab undang-undang mengatur bahwa pemegang hak dari EBT ini adalah negara dalam hal ini pemerintah.²¹⁸ Ini menunjukkan adanya ketidakadilan baik secara moral maupun ekonomi terhadap hak-hak masyarakat adat atas kekayaan tradisional mereka. Sementara satu sisi negara mengakui keberadaan mereka akan tetapi di sisi lain hak-hak mereka tidak terpenuhi sebagai warga negara.

Lebih detailnya aturan tentang Ekspresi Budaya ini tertuang pada pasal 38 UUHC tersebut. Ayat 1 Ekspresi Budaya Tradisional merupakan hak komunitas yang pemeliharaan dan penjagaannya dipegang oleh negara. Sedangkan pada ayat 2 menunjukkan kewajiban negara dalam menginventarisasi, menjaga dan memelihara suatu Ekspresi Budaya Tradisional untuk kepentingan pemilik EBT yakni masyarakat pengemban yang dalam hal ini masyarakat adat. Kewajiban negara pada ayat 2 ini bisa diartikan bahwa inventarisasi dalam bentuk pendataan yang juga merupakan tujuan dari konvensi UNESCO 2003 merupakan kewajiban negara untuk melakukan upaya perlindungan terhadap Ekspresi Budaya Tradisional (EBT) agar kemanfaatan ekonominya tidak tercerabut dari masyarakat pengembannya. Adapun pasal 3 mengisyaratkan bahwa dalam hal pemanfaatan Ekspresi Budaya Tradisional (EBT) hendaknya memperhatikan nilai-nilai yang hidup dalam masyarakat pengembannya. Artinya bahwa kepentingan masyarakat pengemban hendaknya diperhatikan terhadap kepemilikan mereka atas EBT tersebut.

Berkenaan dengan hal ini bahwa jika dilihat dari perspektif Hak Asasi Budaya atau Hak Kebudayaan, hak dari masyarakat pengemban terhadap EBT mereka merupakan Hak Asasi Budaya yang bersifat

²¹⁸ketentuan pasal 38 ayat 1 bahwa hak cipta atas ekspresi budaya tradisional dipegang oleh negara

positif, yang mewajibkan Negara untuk berperan aktif dalam pemenuhan, perlindungan dan pengimplementasiannya.²¹⁹

Tentu saja pengaturan pada pasal 38 Undang-undang Hak Cipta tersebut masih sangat umum dan sumbu? Artinya bahwa dibutuhkan penjelasan dan pengaturan lebih lanjut dalam peraturan pelaksanaan pemerintah. Perumusan materi yang memerlukan perumusan antara lain:²²⁰

- Personifikasi negara sebagai pemegang hak cipta dan ekspresi budaya tradisional. Apakah Kementerian Pendidikan dan Kebudayaan atau Kemenkumham, atau Kemendagri, atau Pemprov, atau Pemkab, atau dibentuk instansi mandiri, jadi belum ada kepastian.
- Hak Cipta EBT dipegang oleh Negara, apakah yang dimaksud dengan 'dipegang', konstruksi hukum istilah 'dipegang oleh Negara' maknanya seperti apa, diperlukan kejelasan pemahaman.
- Dalam hal negara wajib menginventarisasi, menjaga dan memelihara ekspresi budaya tradisional, yang memerlukan pengaturan lebih lanjut bahwa dengan usaha dan upaya apa dan bagaimana bentuk menjaga dan memelihara EBT tersebut perlu mendapatkan penjabaran yang lebih konkret.
- UU No 11 th 2010 tentang Cagar Budaya mengatur tentang Sumber Daya Budaya yang bersifat material atau kebendaan.
- UU No 5 tahun 2017 tentang Pemajuan Kebudayaan yang mengatur tentang upaya meningkatkan ketahanan budaya dan kontribusi budaya Indonesia di tengah peradaban dunia melalui perlindungan, pengembangan, pemanfaatan dan pembinaan kebudayaan.

²¹⁹Miranda Risang Ayu dkk., *Perlindungan Sumber Daya Tak Benda di Palembang, Sumatera Selatan, Indonesia* dalam Jurnal mimbar hukum, volume 29. Nomor 2, th. 2017.

²²⁰I Wayan Suparta, *Perlindungan Hukum Pengetahuan Tradisional dan Ekspresi Budaya Tradisional*, dalam Bibin Rubini, et.al. *Menerka Relasi Hukum, Negara, dan Budaya* (Jakarta: Yayasan Pustaka Obor Indonesia Bekerjasama Dengan Fakultas Hukum Universitas Pakuan, Bogor, 2017), hal. 232

B. Penerapan Hak Cipta Atas Ekspresi Budaya Tradisional Indonesia Serta Beberapa Kasus Pelanggaran Atas Karya Ekspresi Budaya Tradisional (EBT)

Terdapat perbedaan eksistensi yang mendasar antara HKI dalam hal ini hak cipta dan Ekspresi Budaya Tradisional. Pada hukum hak cipta menentukan syarat perlindungan bagi hak cipta adalah dengan konsep kepemilikan yang bersifat individual (*individual ownership*), syarat keaslian ciptaan (*originalitas*), bentuknya yang berwujud (*fixation*) dan jangka waktu perlindungan. Tentu saja syarat ini akan sulit diterapkan pada Ekspresi Budaya Tradisional (EBT), sebab EBT sebagai warisan budaya mengandung unsur yang bersifat kolektif, ada yang memiliki sifat tidak berwujud, penciptanya tidak diketahui sehingga perlindungannya tidak terbatas.

Perbedaan ini disebabkan karena konsep perlindungan HKI berasal dari pemikiran Barat yang bersifat materialis dan individualistis. Konsep ini menawarkan bahwa jika seseorang telah menghasilkan karya cipta dari hasil kerja keras otaknya serta mengorbankan sejumlah biaya, waktu, dan tenaga untuk hal tersebut, maka sudah selayaknya orang tersebut diberikan penghargaan atas jerih payahnya sebagai pencipta. Penghargaan ini kemudian diberikan dalam bentuk perlindungan yang membawa konsekuensi timbulnya hak eksklusif bagi sang pencipta atas ciptaannya, seperti hak reproduksi, hak rekaman, hak penyiaran, hak adaptasi dan hak pertunjukan.

Sementara itu ekspresi Budaya Tradisional adalah merupakan hasil karya masyarakat adat yang bersifat komunal yang dihasilkan atas dasar usaha Bersama dalam suatu komunitas masyarakat adat, sedangkan individu dalam masyarakat tersebut hanya berperan sebagai pihak yang memberi saran tambahan ataupun melengkapi pada bagian-bagian tertentu dari karya tersebut serta berperan dalam mensosialisasikannya dari kurun waktu ke waktu. Sifatnya yang kolektif inilah yang kemudian menjadikannya sulit untuk menentukan siapa pencipta yang pertama. Oleh karena itu ekspresi

Budaya Tradisional ini menjadi milik masyarakat adat yang bersangkutan secara kolektif.

Selain itu syarat keaslian yang dituntut oleh rezim HKI Barat ini juga menyulitkan Ekspresi Budaya Tradisional masuk dalam kategori perlindungannya. Sebab EBT adalah warisan budaya yang merupakan refleksi dari masa lampau yang diturunkan dari generasi ke generasi berikutnya dalam jangka waktu yang lama serta dikembangkan dengan cara pengulangan oleh masyarakat komunitas setempatnya.

Adapun syarat keharusan ciptaan diwujudkan dalam bentuk yang berwujud (*fixation*), dalam Ekspresi Budaya Tradisional lebih banyak merupakan karya cipta yang dituangkan dalam bentuk tulisan yang hanya merupakan dokumentasi semata seperti cerita, hikayat, dongeng, legenda dan babad. Adapun ekspresi dalam bentuk gerak seperti tari, drama hanya merupakan pertunjukan, sedangkan musik dan lagu tidak tertuang dalam format ciptaan yang sesuai dengan fiksasi yang disyaratkan.

Sedangkan mengenai syarat masa perlindungan (*Duration of Protection*), dalam UU Hak Cipta sendiri telah diatur masa perlindungan yang diberikan terhadap hak cipta tersebut. Sementara dalam Ekspresi Budaya Tradisional (EBT) tentu saja pembatasan waktu ini tidak dapat diberlakukan. Sebab, EBT tidak diketahui kapan dia mulai diciptakan. Selain itu terdapat kekhawatiran jika EBT diberikan masa berlaku, maka ketika berakhir maka akan menjadi *public domain*, yang kemudian akan kehilangan nilai-nilai keaslian serta nilai spiritual yang terkandung di dalamnya. Untuk itu maka pada EBT ini sifat perlindungannya adalah tidak terbatas.

1. Beberapa kasus pelanggaran terkait EBT

Berikut adalah beberapa kasus pelanggaran terhadap klaim Ekspresi Budaya Tradisional milik Indonesia. Pelanggaran ini tentunya dapat dijadikan sebagai pelajaran berharga bagi pentingnya perlindungan terhadap Ekspresi Budaya Tradisional milik masyarakat adat di Indonesia.

a. Kasus klaim batik parang

Batik motif parang ini adalah salah satu ciri dari motif milik bangsa Indonesia yang diklaim sebagai batik milik malaysia. Batik parang ini adalah sama persis dengan motif parang yang sangat terkenal di daerah Jawa sebagai motif tradisional.²²¹Bukti lain yang memperkuat bahwa batik merupakan karya tradisional milik bangsa Indonesia adalah terdapat dalam sebuah buku ejaan lama terbitan tahun 1934 yang berjudul *Recept Batik: Dari Kain Poetih Sampai Djadi Batik Jang Bagoes*, karya Liem Boen Hwat yang diterbitkan Drukkerij Fortuna Pekalongan terdiri dari dua jilid. Jilid kedua diterbitkan pada tahun 1937 berjudul *Recept Batik: Babaran Roepa-Roepa Kleur Antero Jang Plaing Bagus*.²²²

Istilah batik sangat familiar di Indonesia yang oleh para ahli mendefinisikannya secara beragam namun memiliki substansi makna yang hampir sama. Iwan Tirta dalam Afrillyanna Purba misalnya mengatakan bahwa batik merupakan teknik menghias kain atau tekstil dengan menggunakan lilin dalam proses pencelupan warna dan semua proses tersebut menggunakan tangan.²²³Istilah ini dalam bahasa Jawa disebut Mbatik, disimpulkan dari penggunaan kata *batik* yang dalam Bahasa Jawa kependekan dari kata *tiba ning titik* yang berarti menetesnya titik yang berasal dari alat yang disebut *canting*.²²⁴

Alasan Bahasa ini pulalah yang semakin memperkuat bahwa batik parang ini memang berasal dari Indonesia. Sehingga sangat wajar jika masyarakat Indonesia sangat keberatan jika batik yang sudah membudaya dan menjadibagian dari kehidupan masyarakat Indonesia kemudian diklaim oleh bangsa lain.

²²¹*Batik Parang Dipatenkan Malaysia*, <http://batikindonesia.info/2006/03.31/batikparang-dipatenkan-malaysia>, diakses 27 Desember 2017

²²²Stefanus Osa Triyatna, *Semangat Nasionalis Pembatik Pekalongan*, Kompas 11 Februari 2008), <http://koransaya.blogspot.com/2008/02/salut-kepada-pembatik-pekalongan.html>, diakses 27 Desember 2017

²²³Afrillyanna Purba, *Perlindungan Hukum Seni Batik Tradisional*, (Bandung: PT. Alumni, 2009), hal. 48

²²⁴*Ibid.* hal. 50

Kendati terdapat kesamaan dalam hal pengerjaannya dikarenakan para pembatik Malaysia banyak yang berasal dari Indonesia serta alat dan bahan baku diimpor dari Indonesia, namun tentunya terdapat perbedaan dari segi hasil dan nilai filosofinya. Sebab produk milik Malaysia cenderung berorientasi ekonomi, sedangkan batik Indonesia diproses dengan rasa dan karsa yang mengandung nilai-nilai filosofis di dalamnya.

Pola-pola yang disusun menjadi ragam hias yang kemudian menjadi motif tertentu tersebut menurut Nian dipengaruhi dan erat hubungannya dengan beberapa faktor sebagai berikut,²²⁵

1. Letak geografis daerah pembuat batik yang bersangkutan
2. Sifat dan tata kehidupan daerah yang bersangkutan
3. Kepercayaan dan adat istiadat yang ada di daerah bersangkutan
4. Keadaan alam sekitarnya, termasuk flora dan fauna
5. Adanya kontak atau hubungan antar daerah pembatikan

Faktor-faktor tersebut seringkali terdapat perbedaan dan persamaan antar masing-masing daerah yang kemudian tidak jarang menyebabkan terjadinya tiruan oleh daerah lain dan mengakibatkan munculnya kasus-kasus pelanggaran dalam negeri sendiri. Jadi, kasus pelanggaran tidak hanya terjadi oleh pihak asing namun bisa juga terjadi oleh pihak-pihak yang tidak bertanggungjawab dalam negara sendiri, yang mana mereka hanya mementingkan keuntungan semata.

Beberapa contoh kasus yang muncul antara lain; *pertama*, kasus antara Ghea Sukasah dengan PT. Dinar Hadi, di mana Ghea Sukasah melakukan gugatan terhadap PT. Batik Dinar Hadi, Solo karena dianggap telah melakukan pembajakan karya ciptanya berupa motif *jumpatan* dan *kerang-kerangan*. Kasus *kedua*, kasus penjiplakan motif batik tradisional “lereng kembang Cirebonan” untuk seragam PGRI

²²⁵Nian S. Djoemena, *Batik Dan Mitra*, (Jakarta: Djambatan, 1990), hal. 85

yang mana gugatan dilakukan oleh Abed Menda (pemilik CV. Batik Gunung Jati) kepada H. Ibnu Hajar bin H. Mugni seorang pengusaha batik yang tergabung dalam koperasi batik *Budi Tresna Cirebon*. Kedua contoh kasus tersebut merupakan beberapa contoh dari sekian kasus yang terjadi yang berakhir di pengadilan. Tentu masih banyak lagi contoh kasus lainnya yang muncul dalam persoalan batik ini.

b. Lagu rasa *sayang sayange*

Lagu milik bangsa Indonesia ini juga diklaim oleh Malaysia sebagai lagu milik Bangsaanya dan dijadikan sebagai *jingle* iklan pariwisata pada saat perayaan ulang tahun kemerdekaannya yang ke-50.

Menteri Kebudayaan dan Pariwisata (Menbudpar) Jero Wacik mengatakan pihaknya menemukan beberapa bukti yang menunjukkan lagu Rasa Sayange milik Indonesia yaitu pada rekaman milik Lokananta pada bentuk piringan hitam. Rekaman dalam bentuk piringan hitam itu direkam oleh Lokananta Solo, perusahaan rekaman milik negara, pada tahun 1958 yang kemudian dibagi-bagikan oleh presiden Soekarno pada tanggal 19 Agustus 1962 sebanyak 100 keping bertepatan saat pelaksanaan pesta olahraga Asian Games di Jakarta. Masuknya lagu Rasa Sayange ke negara Malaysia menurut Chris Pattikawa musisi asal Maluku ini adalah diperkenalkan oleh Syaiful Bachri, konduktor Orkestra Syimpony Jakarta (RRI) yang hijrah ke Malaysia tahun 1960-an dengan membawa seluruh partitur lagu-lagu milik Orkestra Syimpony Jakarta, di antaranya terdapat lagu Rasa Sayange.²²⁶

Selain itu menbudpar juga meminta kepada Gubernur Maluku Albert Ralahu informasi tentang hal ini, beliau memberikan informasi bahwa lagu Rasa Sayange diciptakan oleh Paulus Pea. Sekalipun kemudian bukti ini dianggap kurang kuat namun masih

²²⁶ Menkokesra, *Lagu Rasa Sayange Terbukti Milik Indonesia*, <https://www.antaranews.com/berita/80288/lagu-rasa-sayange-terbukti-milik-indonesia>, diakses tanggal 12 Januari 2017

banyak bukti lainnya yang menguatkan bahwa lagu ini adalah lagu daerah asal Indonesia.

c. Reog Ponorogo

Reog ponorogo merupakan tarian khas daerah Jawa Timur milik Indonesia inipun sempat diklaim oleh Malaysia. Wakil Menteri Pendidikan dan Kebudayaan Bidang Kebudayaan Wiendu Nuryanti menyatakan pemerintah Malaysia sudah tujuh kali mengklaim budaya Indonesia sejak 2007. Klaim terhadap kesenian Reog Ponorogo ini pertama kali pada November 2007, yang dilanjut dengan klaim lagu Rasa Sayange Desember 2008, serta tari Pendet Bali Agustus 2009. Selain itu pada Maret 2010, Malaysia mengklaim alat musik angklung, dan yang terakhir adalah klaim tari tortor dan alat musik Gordang Sambilan dari Mandailing.²²⁷

Tentu saja berita ini membuat warga Ponorogo dan instansi pemerintahan setempat sempat kaget. Pasalnya, Pemerintah Kabupaten Ponorogo telah mendaftarkan reog sebagai hak cipta milik Kabupaten Ponorogo dengan nomor 026377 pada 11 Februari 2004.

Hak cipta ini diketahui langsung oleh Yusril Ihza Mahendra selaku Menteri Hukum dan Hak Asasi Manusia saat itu.²²⁸ Kasus-kasus ini hendaknya menjadi pelajaran bagi bangsa Indonesia untuk lebih memperhatikan bagaimana upaya ke depan dalam melakukan perlindungan yang lebih baik bagi keberadaan kekayaan tradisionan milik bangsa khususnya Ekspresi Budaya Tradisional.

2. Wujud Perlindungan Serta Bentuk Antisipasi Oleh Negara Terhadap Kasus-Kasus Ekspresi Budaya Tradisional

Melihat beberapa kasus yang terjadi tentunya menjadi sebuah pelajaran yang berharga bagi negara untuk melakukan perlindungan sebaik mungkin terhadap kekayaan milik bangsa khususnya

²²⁷Tempo.co, *Malaysia Sudah Tujuh Kali Mengklaim Budaya RI*, Kamis, 21 Juni 2012 05:49 WIB, <https://nasional.tempo.co> › Nasional

²²⁸Liputan6.com, *Reog Diklaim Malaysia, Warga Ponorogo Kaget* <https://www.liputan6.com> › News › Lain-lain, 22 Nov 2007, diakses tanggal 12 Januari 2017

kekayaan yang berupa Pengetahuan Tradisional dan Ekspresi Budaya Tradisional yang notabene merupakan hak-hak komunal masyarakat Adat. Perlindungan yang komperhensif yang dapat dilakukan baik terhadap kasus yang sudah terjadi (refresif) maupun yang belum terjadi (preventif) adalah seperti yang telah diuraikan sebelumnya yakni perlindungan dengan sistem perlindungan yang sudah ada (perlindungan negative), pembuatan hukum-hukum baru yang lebih mengakomodir bagi tercapainya keadilan terhadap keberadaan Ekspresi Budaya Tradisional (perlindungan positif), perlindungan dengan mensyaratkan kontrak khusus bagi pengguna (Perlindungan Proaktif), perlindungan yang saling kait mengkait dengan upaya perlindungan pengaturan hukum, lini intitusionalisasi, fungsionalisasi, dan koordinasi di tingkat suprastruktur, mesostruktur maupun infrastruktur negara, serta lini pemecahan kasus perkasus baik di dalam maupun di luar pengadilan (sistemik-progresif), perlindungan dengan pendokumentasian (perlindungan defensif), serta perlindungan dengan pelibatan masyarakat Adat sebagai pemegang hak atas ekspresi Budaya Tradisional melalui mekanisme akses dengan pihak pengguna (perlindungan administratif).

Wujud konkret perlindungan saat ini berdasarkan pada beberapa aturan dasar di antaranya;

1. Sila ke tiga Pancasila sebagai landasan ideologis yang melahirkan konsep persatuan dalam perbedaan (*the unity of diversity*) yang dapat menyatukan seluruh perbedaan dan keanekaragaman budaya di Indonesia.
2. Berdasarkan konsep tersebut lahir pasal 32 UUD NRI tahun 1945 yang memberikan jaminan kepada masyarakat untuk mengembangkan dan memelihara nilai-nilai budayanya. Pada ayat 1 pasal 32 ini disebutkan bahwa; “*negara memajukan kebudayaan nasional Indonesia di tengah peradaban dunia dengan menjamin kebebasan masyarakat dalam memelihara dan mengembangkan nilai-nilai budayanya*” pasal 18b tentang pengakuan dan penghormatan terhadap masyarakat hukum adat beserta

hak-hak tradisionalnya, pasal 28C ayat 2 “*setiap orang berhak untuk memajukan dirinya dalam memperjuangkan haknya secara kolektif untuk membangun masyarakat, bangsa, dan negaranya*”, pasal 28I ayat 3 “*identitas budaya dan hak masyarakat tradisional dihormati selaras dengan perkembangan zaman dan peradaban*”.

3. Pasal 38 Undang-undang No 28 tahun 2014 tentang Hak Cipta, yang mengatur tentang Ekspresi Budaya Tradisional, namun pasal tentang ini masih bersifat sumir dan membutuhkan pengaturan yang lebih jelas lagi.
4. UU No 5 tahun 2017 tentang Pemajuan Kebudayaan, Undang-Undang ini hanya mengatur langkah dan strategi dalam melakukan pemajuan kebudayaan secara umum.
5. UU no 11 tahun 2010 tentang cagar alam
6. RUU Pengetahuan Tradisional dan Ekspresi Budaya Tradisional (PTEBT) yang diharapkan ke depan mampu memberikan perlindungan lebih baik terhadap hak-hak masyarakat Adat atas hak-hak komunalnya.
7. RUU tentang masyarakat Adat yang diharapkan dapat bersinergi dengan RUU PTEBT dan saling menguatkan dalam memberikan perlindungan terhadap hak-hak masyarakat Adat.

Melihat wujud perlindungan tersebut maka dapat disimpulkan bahwa undang-undang yang telah ada belum mengatur secara detail tentang perlindungan terhadap hak masyarakat Adat atas Ekspresi Budaya Tradisional. Sedangkan undang-undang yang masih dalam rancangan masih belum bisa diterapkan sehingga sampai saat ini perlindungan bagi hak cipta masyarakat Adat atas Ekspresi Budaya Tradisional belum ada.

Terhadap beberapa wujud perlindungan tersebut oleh hukum Islam membuka ruang melalui upaya ijtihad dalam penetapan hukum dengan menjadikan ‘*Urf* (adat/tradisi) sebagai salah satu bahan hukum. Beberapa kaidah ushul fiqh yang digunakan adalah;

Peraturan-peraturan tersebut akan dapat melindungi Ekspresi Budaya Tradisional secara komprehensif apabila isi peraturan mencerminkan kebijakan-kebijakan yang memihak sampai tataran implementasinya. Komprehensif dapat dimaknai dengan; 1). Adanya peraturan hukum yang lengkap mulai dari UUD NRI 1945, sampai dengan peraturan pelaksanaannya di tingkat daerah, 2). Komprehensif berarti dalam pengaturannya harus berorientasi pada ide-ide dasar nasional, kearifan lokal, dan global serta dengan melibatkan masyarakat Adat sebagai pemilik hak cipta, seperti mengatur tentang kontrak dalam pemanfaatan Ekspresi Budaya Tradisional dengan pihak pemanfaat, baik itu terkait pembagian keuntungan maupun hal lain yang tidak merugikan masyarakat Adat 3). Komprehensif bermakna bahwa kehadiran hukum Islam dibutuhkan sebagai penguat implementasi dari peraturan perundang-undangan tersebut. Sebab hukum yang komprehensif memiliki kekuatan perlindungan apabila didasari dengan hukum yang tidak hanya bersifat insaniah namun juga memiliki sifat ilahiah yang selalu menyertakan Tuhan di dalamnya. Atau dengan kata lain dengan mempertimbangkan nilai-nilai religius di dalamnya.

Hal yang terakhir ini terlihat pada eksistensi *Maqashid Al Syari'ah* yang telah memberi isyarat terhadap hal ini, sebab jika sebuah peraturan disertakan dengan kekuatan nilai-nilai moral serta agama di dalamnya tentu akan menjadi lebih sempurna. Kesemua bentuk tawaran perlindungan di atas jika dikaji dari sisi *Maqashid al Syari'ah* (penetapan hukum sesuai dengan tujuannya yakni mengutamakan kemaslahatan ummat), maka akan tercipta suatu hukum yang dapat diharapkan menjawab setiap persoalan yang muncul selama ini khususnya bagi keberadaan Ekspresi Budaya Tradisional di Indonesia.

C. Pandangan Hukum Islam Terhadap Pelanggaran Atas Karya Cipta Ekspresi Budaya Tradisional Milik Masyarakat Adat

Seperti yang telah diuraikan sebelumnya bahwa persoalan hak cipta adalah hal baru dalam hukum Islam, namun dengan salah satu sifat yang dimilikinya berupa sifat kenyal yakni *qhat'i* (absolut) serta *zhanni* (elastis dan fleksibel) memungkinkan penalaran ijtihadiyah memberi peluang hukum Islam untuk membuktikan kemampuannya dalam menjawab setiap persoalan hukum yang ada.

Sehingga dalam soal hak Cipta MUI melalui fatwanya dengan berdasarkan dalil-dalil yang jelas telah memberikan jawabannya tentang hal ini. Kendati alasan tersebut telah dijelaskan pada bab sebelumnya, namun pada pembahasan ini akan mempertajam kembali uraian tersebut. Fatwa MUI no 1 tahun 2003 tentang hak tersebut dapat ditarik suatu kesimpulan bahwa Hak Cipta dipandang sebagai bagian dari harta kekayaan yang memiliki fungsi dan kedudukan yang sama dengan harta kekayaan lainnya sehingga keberadaannya wajib untuk dilindungi

Selain itu keberadaannya sebagai hak yang melekat pada pencipta sebagai pemilik yang secara hukum Islam telah memposisikan hak cipta semakin kuat sebagai hak yang wajib untuk dijaga. Wahbah Zuhayli mengatakan bahwa syari'at telah menegaskan untuk menjaga hak seorang pemilik dari berbagai tindakan kezaliman dalam berbagai bentuk seperti tanggungjawab di hadapan Allah, tanggungjawab sosial, dan pengakuan terhadap hak untuk mengajukan suatu perkara ke pengadilan.²²⁹

Pendapat ini seiring dengan pendapat beliau tentang hak seorang penulis sebagai pencipta dalam menyebarkan karya tulisnya. Berkenaan dengan hal ini menurut Zuhayli seorang pengarang telah mengorbankan usaha yang besar dalam mempersiapkan karyanya. Maka dengan demikian ia adalah orang yang paling berhak terhadap

²²⁹ Prof. Dr. Wahbah Al Zuhaili, *Fiqh Islam Wa Adillatuhu*, jilid IV (Jakarta: Gema Insani, 2011), hal. 380

karya tersebut, baik dari segi materi yaitu keuntungan materi yang ia hasilkan dari karyanya atau segi maknawi yaitu penisbahan karya itu kepadanya. Hak tersebut akan menjadi miliknya yang kemudian dapat diwariskan kepada ahli warisnya setelah wafat.²³⁰ Pendapat beliau ini didasarkan pada sebuah hadits Nabi saw. yang diriwayatkan oleh Bukhari dan lainnya bahwa:

“man taraka maalan aw haqqan faliwarasatihi (siapa yang meninggalkan harta atau hak maka hak itu untuk ahli warisnya)”

Selanjutnya Wahbah Zuhayli menyebut istilah HAKI dengan istilah *haqqul Ibdā* atau *haqqul Ibtikār*. Maknanya adalah hak milik permulaan yang tidak berbentuk nyata dan memiliki nilai keunggulan, keaslian dan permulaan. Hak ini didapat berdasarkan pemikiran dan karya manusia. Misalnya adalah hak cipta karya tulis, hak merek dagang, dan lain sebagainya. Hak ini bersifat maknawi yang dapat dirasakan manfaatnya.

Maka pemanfaatan tidak wajar baik itu berupa pembajakan, maupun pencurian terhadap hak orang lain merupakan suatu tindakan kezaliman dan suatu kezaliman tentunya sangat dilarang dalam Islam. Dalam sebuah hadist Qudhsi, Allah SWT berfirman:

“Hai para hamba-Ku! Sungguh Aku telah haramkan kezaliman atas diri-Ku dan Aku jadikan kezaliman itu sebagai hal yang diharamkan di antaramu; maka, janganlah kamu saling menzalimi...” (H.R. Muslim).

Melihat beberapa kasus yang telah terjadi, tindakan pemanfaatan tidak wajar terhadap Ekspresi Budaya Tradisional milik masyarakat adat tersebut selain merupakan suatu perbuatan yang zalim juga termasuk perbuatan *ghasab* (penyerobotan, pembajakan). *Ghasab* menurut beberapa ulama mendefinisikannya beragam sehingga penulis menyimpulkan bahwa *ghasab* itu adalah mengambil harta yang memiliki nilai, mengambil kemanfaatannya tanpa seizin pemiliknya.

²³⁰ Ibid hal.381

Tentu saja perbuatan ini juga dilarang dalam Islam. Hal ini berdasarkan firman Allah SWT.

يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا (٢٩)

“Hai orang-orang yang beriman, janganlah kamu saling memakan harta sesamamu dengan jalan yang batil, kecuali dengan jalan perniagaan yang berlaku dengan suka sama-suka di antara kamu. Dan janganlah kamu membunuh dirimu; sesungguhnya Allah adalah Maha Penyayang kepadamu” (Q.S. an-Nisa’ [4]: 29)

Ayat tersebut juga dipertegas dalam surat al Baqarah ayat 188:

وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ وَتُدْلُوا بِهَا إِلَى الْحُكَّامِ لِتَأْكُلُوا فَرِيقًا مِنْ أَمْوَالِ النَّاسِ بِالْإِثْمِ وَأَنْتُمْ تَعْلَمُونَ (١٨٨)

“Dan janganlah sebahagian kamu memakan harta sebahagian yang lain di antara kamu dengan jalan yang bathil dan (janganlah) kamu membawa (urusan) harta itu kepada hakim, supaya kamu dapat memakan sebahagian daripada harta benda orang lain itu dengan (jalan berbuat) dosa, padahal kamu mengetahui” (Q.S. al-Baqarah [2]: 188)

Dalil yang sangat kuat dalam persoalan hal ini juga terdapat dalam surat al-Syuara’ ayat 183

وَلَا تَبْخَسُوا النَّاسَ أَشْيَاءَهُمْ وَلَا تَعْثَوْا فِي الْأَرْضِ مُفْسِدِينَ (١٨٣)

“Dan janganlah kamu merugikan manusia pada hak-haknya dan janganlah kamu merajalela di muka bumi dengan membuat kerusakan” (Q.S. Al-Syuara’ [26]:183)

Melihat beberapa dalil al Qur’an tersebut maka jelaslah bahwa hukum Islam memandang segala bentuk kezaliman baik itu dalam hal memakan harta dengan memanfaatkannya secara tidak wajar,

mengambil hak orang lain, memanfaatkan harta dan hak orang lain tanpa seizinnya adalah perbuatan yang dilarang. Artinya bahwa dalam nomokrasi Islam negara berkewajiban melindungi hak-hak tersebut, dan tidak ada seorangpun boleh merampas hak milik orang lain. bahkan negarapun dilarang untuk melakukan itu, kecuali dalam keadaan yang dibenarkan oleh hukum dan untuk kepentingan umum, negara boleh menggunakan hak kebendaan milik seseorang dengan syarat seizin dan persetujuan pemiliknya dan dengan diberikan ganti rugi atas nilai bendanya dengan jumlah yang cukup.²³¹

D. *Maqashid Al Syari'ah* Sebagai Pilihan Yang Tepat Dalam Perlindungan Hak Masyarakat Adat Atas Ekspresi Budaya Tradisional (EBT)

1. *Maqashid* Perlindungan Hak Asasi Manusia Bagi Masyarakat Adat Sebagai Pemilik Ekspresi Budaya Tradisional Sebagai Wujud Dari *hifz irdhi* (perlindungan kehormatan)

Istilah HAM (Hak Asasi Manusia) dalam kepustakaan bahasa Inggris dikenal dengan beberapa istilah seperti: *natural rights*, *human rights* dan *fundamental rights*. Sedangkan dalam Bahasa Belanda dikenal dengan istilah *grondrechten*, *mensenrechten*, *rechten van den mens* dan *fundamentele rechten*. Adapun dalam kepustakaan Bahasa Indonesia dikenal istilah seperti; hak-hak asasi manusia, hak-hak kodrat, dan hak-hak dasar manusia.²³² Melihat di antara semua istilah tersebut *human rights* yang diartikan “hak asasi manusia”, dianggap sebagai terminologi yang memadai dan paling komprehensif, sebab dapat menampung aspek baik nasional maupun internasional dari hak asasi manusia. Istilah inilah kemudian yang paling sering dan paling banyak digunakan dalam setiap hal yang berkenaan dengan hak asasi manusia.

²³¹Muhammad Thahir Azhari *Negara Hukum Suatu Studi Tentang Prinsip-prinsipnya dilihat dari segi hukum Islam, Implementasinya Pada Periode Negara Madinah Dan Masa Kini*, (Jakarta: Kencana, 2010), hal. 140

²³²Dr. Philipus Hadjon, “*Perlindungan Hukum Bagi Rakyat Indonesia Sebuah Studi Tentang Prinsip-prinsipnya, Penanganannya Oleh Pengadilan dalam Lingkup Peradilan Umum dan Pembentukan Peradilan Administrasi*, (tanpa kota: Peradaban, 2007), hal. 36

Fakta sejarah sesungguhnya menggambarkan bahwa pengakuan dan perlindungan terhadap hak-hak asasi manusia tidak hanya ada pada masyarakat Barat. Negara-negara lain seperti negara sosialis bahkan dalam konsep Islam hak asasi manusia telah ada jauh lebih awal. Bahkan menurut Nurcholis Madjid persoalan HAM dapat dilihat dari penuturan agama-agama simetrik (Yahudi, Kristen, Islam) tentang kronologi peristiwa pembunuhan Qabil dan Habil putra Adam dan Hawa.

Peristiwa ini menghasilkan dekrit Tuhan, bahwa barang siapa yang membunuh satu jiwa tanpa (kesalahan) membunuh jiwa yang lain atau membuat kerusakan di bumi, maka ia bagaikan membunuh umat manusia seluruhnya, dan barangsiapa menolong satu jiwa maka ia bagaikan menolong hidup umat manusia seluruhnya (QS. 5: 27-23)²³³

Namun ketika berbicara tentang konsep HAM maka histori perkembangannya dapat ditelusuri dari perkembangan konsep tersebut di negara Barat, sebab para pemikir dari negara inilah yang mulai mempermasalahkannya. Di antara salah satu pemikir terkenal yang kemudian pendapatnya menjadi rujukan dalam konsep awal tentang hak asasi manusia adalah John Locke (1632-1704). Beliau berpendapat bahwa pada dasarnya manusia adalah makhluk sosial yang saling membutuhkan satu terhadap yang lainnya. Pada diri manusia melekat hak-hak yang diberikan oleh alam, yakni hak untuk hidup (*life*), hak atas kemerdekaan (*liberty*), dan hak-hak atas milik (*property*).²³⁴

Berdasarkan pemahaman John Locke inilah kemudian dijadikan sebagai dasar pemikiran HAM yang kemudian masuk dalam *Declaration of United State of America*, dan tanggal 4 Juli 1778 disetujui oleh 13 negara bagian yang bergabung dan bersatu dalam Amerika

²³³Mujaid Kunkelo dkk, *Fiqih HAM Ortodoksi dan Liberalisme Hak Asasi Manusia dalam Islam*, (Malang: Setara Press, 2015), hal. 15

²³⁴Hartono Mardjono, "*Menegakkan Syari'at Islam Dalam Konteks Keindonesiaan Proses Penerapan Nilai-Nilai Islam Dalam Aspek Hukum Politik Dan Lembaga Negara*".(Bandung: Mizan 1997) hal.35

Serikat. Paham John Locke ini kemudian dilanjutkan oleh Jean Jacques rousseau (1712-1778), dengan teorinya kontrak sosial (*the social contract*), teori ini menyatakan bahwa atas dasar kebebasan yang dimiliki oleh tiap individu, maka untuk mencegah terjadinya benturan kepentingan antar individu, manusia telah mengadakan kontrak sosial (kesepakatan bersama) untuk tidak saling merugikan satu sama lain dalam mewujudkan haknya masing-masing. Terkait dengan ini Islam menegaskan dalam al Qur'an surat as Syuara' ayat 183 "dan janganlah kamu merugikan manusia pada hak-haknya".

Setelah disetujuinya *Declaration of Independence of the USA*, oleh kongres Amerika Serikat, maka pada tanggal 27 Agustus 1789 Prancis menyusun dan mengumumkan *Declaration des droit de'l Home et du citoyen* (pernyataan hak-hak manusia dan warga negara) yang antara lain berisi:

Pasal 1: Manusia dilahirkan bebas dan mempunyai hak yang sama. Adanya perbedaan di masyarakat hanya didasarkan atas kepentingan umum.

Pasal 2: hak-hak tersebut adalah kemerdekaan, milik, keamanan, dan menentang penindasan

Pasal 3: rakyat adalah sumber dari segala kedaulatan

Pasal 4: yang dimaksud dengan kemerdekaan adalah setiap orang boleh bertindak menurut kehendaknya asal tidak merugikan orang lain

Pasal 17: Hak atas milik adalah suci dan tidak boleh dilanggar

Tahun 1941 Presiden Amerika Serikat, Franklin D, Roosevelt menyatakan *four freedom* di depan Kongres Amerika Serikat. Keempat kemerdekaan itu ialah; *freedom of speech and expression* (kemerdekaan berbicara dan menyatakan pendapat); *Freedom of worship* (kemerdekaan beragama); *Freedom for fear* (kebebasan dari rasa takut); *Freedom for want* (kebebasan untuk berkeinginan dan berkehendak).

Tahun 1946, PBB membentuk komisi Hak Asasi Manusia, dan pada tanggal 10 Desember 1948 menerima hasil pekerjaan komisi, berupa pernyataan Universal tentang Hak-hak Asasi Manusia (*Universal Declaration of Human Rights*). Pernyataan tersebut terdiri dari mukaddimah dan 30 pasal yang menyangkut hak-hak sipil dan politik, baik hak-hak ekonomi, sosial maupun kultural.

Melihat sejarah tersebut maka nampaklah bahwa paham HAM yang dianut oleh negara Barat ini bersifat individual, manusia memiliki hak mutlak dalam bertindak dan yang dapat membatasinya hanya kepentingan manusia itu sendiri secara keseluruhan (kepentingan umum). Dengan kata lain bahwa aspek dominan dalam konsep Barat tentang hak-hak asasi manusia menekankan eksistensi hak dan kebebasan yang melekat pada kodrat manusia dan statusnya sebagai individu.²³⁵ Paham ini telah melahirkan paham individualisme yang berdampak pada lahirnya paham liberalisme dan kapitalisme. Manusia dibenarkan dalam melakukan persaingan sebebaskan-bebasnya sehingga tercipta siapa yang kuat dialah yang menang. Pada awal perkembangan ini negara hanyalah sebagai “polisi lalu lintas” yang bertugas menjaga ketertiban umum.

Melihat perjalanannya implementasi dari paham tersebut telah menimbulkan masalah, terjadi kesenjangan yang begitu besar antara yang kuat dan lemah, antara miskin dan kaya baik individu maupun kelompok. Kesalahan mendasar pada paham ini adalah menempatkan manusia sebagai segala-galanya sehingga tidak menempatkan Tuhan sang Pencipta terlibat di dalamnya. Tentunya ini sangat bertentangan dengan fitrah manusia yang memiliki keimanan pada sang Khalik beserta hukum-hukumNya (*sunnatullah*).

Sekalipun pada perkembangannya negara-negara penganut paham individualisme telah mengubah pemikirannya tentang fungsi negara sebagai “polisi lalu lintas” menjadi fungsi sebagai “penyelenggara kemakmuran masyarakat” (*welfare state*), namun

²³⁵Philipus M. Hadjon, *perlindungan bagi Rakyat Indonesia Sebuah Study Tentang Prinsip-prinsipnya Penanganannya oleh Pengadilan Dalam Lingkungan Peradilan Umum dan Pembentukan Peradilan Administrasi*, (Peradaban, 2007). Hal.44

pesoalan ini belumlah berakhir. Sebab jika semua orang menjadikan hak sebagai dasar perjuangannya yang tuntutannya harus dipenuhi oleh pihak lain, maka akan terjadi konflik yang tidak akan pernah berakhir.

Islam sebagai agama *rahmatan lil alamin* selalu mendudukan persoalan pada tempat yang tepat dan sekaligus menyelesaikannya. Allah telah memerintahkan manusia untuk selalu beribadah kepadaNya, hal tersebut tersurat jelas dalam Al Qur'an surat Al Dzariyat (51:56) bahwa: "*Dan tidak aku ciptakan jin dan manusia, kecuali supaya mereka beribadah kepadaku*".

Konsep ini menempatkan manusia pada kedudukan yang sama, dan yang dapat membedakannya adalah hanya ketakwaan mereka kepada Allah. Inilah fungsi manusia sesungguhnya di muka bumi ini. Lahirnya paham HAM Barat telah mengabaikan fungsi ini, sebab paham ini telah menjadikan manusia sebagai subjek yang dapat menentukan segalanya.

Islam memiliki konsep yang jelas dalam mengatur umatnya baik itu dalam hubungannya dengan individu maupun masyarakatnya, terlebih hubungannya dengan Tuhan. Hubungan-hubungan tersebut lebih menekankan tentang bagaimana kewajiban-kewajiban manusia tersebut terhadap pihak lain. Jadi konsep Islam berangkat dari perintah untuk melaksanakan kewajiban-kewajiban, tidak berangkat dari hak yang harus diperjuangkan oleh masing-masing individu. Beberapa contoh dari perintah tersebut di antaranya surat an Nisa ayat 36-42 yang menetapkan kewajiban setiap manusia terhadap Allah dan terhadap sesama manusia, surat an Nisa ayat 105 tentang kewajiban pemegang kekuasaan untuk menjaga kebenaran dan keadilan, serta mengadili secara adil. Begitu juga perintah tentang zakat, sedekah, shalat dan lainnya selalu mengedepankan kewajiban. Begitu juga dengan sunnah Rasul tentang kewajiban berbagi makanan dengan tetangga, kewajiban membayar upah kepada buruh dan kewajiban-kewajiban lainnya.

Pelaksanaan konsep dasar yang meletakkan “kewajiban” sebagai landasan tata hubungan timbal balik ini tentunya akan melahirkan suasana yang aman dan damai. Karena tiap pihak yang berkaitan, tidak berada pada posisi saling menuntut melainkan pada posisi kesejajaran untuk melaksanakan kewajibannya masing-masing. Selanjutnya dalam nomokrasi Islam²³⁶ hak-hak asasi manusia tidak hanya diakui namun juga wajib untuk dilindungi. Prinsip perlindungan ini terdapat dalam al qur’an surat al-isra’/17:70:

”dan sesungguhnya kami telah memuliakan anak-anak Adam, kami tebarkan mereka di darat dan di laut serta kami anugerahi mereka rezeki yang baik-baik dan kami lebihkan mereka dengan kelebihan yang sempurna daripada kebanyakan makhluk yang telah kami ciptakan”

Ayat tersebut menunjukkan bahwa bagaimana Allah telah memberikan “kemuliaan” bagi manusia di mana manusia diciptakan memiliki kelebihan dari makhluk yang lainnya. Ayat tersebut juga mengandung prinsip pengakuan dan perlindungan hak asasi manusia sebagai hak-hak dasar yang dikaruniakan oleh Allah swt kepada manusia. Pengakuan dan perlindungan terhadap hak-hak dasar tersebut dalam nomokrasi Islam ditekankan pada tiga hal yaitu; (1) persamaan manusia, (2), martabat manusia, (3), kebebasan manusia.

Persamaan artinya tidak dibenarkan adanya diskriminasi dalam segala bidang kehidupan, artinya bahwa dalam hal ini masyarakat adat tidak boleh didiskriminasi dalam mendapatkan perlindungan terdapat hak-hak mereka. Adapun ciri bahwa Allah telah memberikan martabat dan kemuliaan bagi manusia adalah dengan memberikannya kemampuan manusia untuk berpikir dan menggunakan akalunya. Fitrah ini telah termanifestasi dalam bentuk karya-karya seni berupa ekspresi budaya tradisional yang telah

²³⁶Negara hukum yang berdasarkan al qur’an dan sunnah, Oleh Muhammad Thahir Azhari nomokrasi Islam ini dimaknai dengan suatu negara hukum yang memiliki prinsip-prinsip umum yakni prinsip kekuasaan sebagai amanah, prinsip musyawarah. Prinsip persamaan, prinsip pengakuan dan perlindungan setiap hak-hak asasi manusia, dan prinsip peradilan bebas.

masyarakat adat hasilkan. Hasil dari kekuatan akal pikiran dan kerja keras otak ini haruslah dilindungi tanpa ada pembedaan terhadap mereka. Sedangkan tentang kebebasan manusia ini M. Thahir Azhary membaginya menjadi 5 yakni; (1) kebebasan beragama, (2), kebebasan berpikir dan menyatakan pendapat, (3), kebebasan untuk memiliki harta benda, (4), kebebasan untuk berusaha dan memilih pekerjaan, (5), kebebasan untuk memilih tempat kediaman.²³⁷ Setiap kali berbicara soal Hak Asasi Manusia, seringkali yang akan dijadikan rujukan adalah *the Universal Declaration of Human Rights* (Deklarasi Universal Hak Asasi Manusia/ DUHAM). Sebab deklarasi ini merupakan elemen pertama yang dipandang sebagai puncak konseptualisasi yang memuat dukungan dan pengakuan terhadap hak asasi manusia sedunia. Masuknya Indonesia sebagai negara anggota PBB, maka secara otomatis dia terikat pula dengan deklarasi ini. Akan tetapi masuknya Indonesia sebagai anggota PBB dua tahun setelah adanya deklarasi tersebut. Sehingga jika ditelusuri maka konsep hak asasi yang tercermin dalam UUD 1945 dan Pancasila adalah murni dari konsep negara Indonesia sendiri dengan ciri khas tersendiri.

Indonesia merupakan negara Pancasila yang telah mengakui serta melindungi hak-hak asasi manusia yang tersurat secara jelas dalam pembukaan Undang-undang Dasar Negara Republik Indonesia tahun 1945:

“bahwa sesungguhnya kemerdekaan itu ialah hak segala bangsa dan oleh sebab itu maka penjajahan di atas dunia harus dihapuskan, karena tidak sesuai dengan perikemanusiaan dan perikeadilan”. Pada pembukaan alinea kedua juga disebutkan kelima dasar negara Pancasila yang merupakan ideologi dan falsafah hidup negara yang menjadi pedoman hidup bangsa Indonesia.

²³⁷Muhammad Thahir Azhari *Negara Hukum Suatu Studi Tentang Prinsip-prinsipnya dilihat dari segi hukum Islam, Implementasinya Pada Periode Negara Madinah Dan Masa Kini*, (Jakarta: Kencana, 2010), hal. 134

Lebih detailnya ketika kita memahami Undang-undang Dasar Negara Republik Indonesia sebagai konstitusi negara, maka nampaklah jelas paham mana yang kita anut. UUDNRI tahun 1945 telah menempatkan tata hubungan yang baik antar warga negara, maupun warga negara dengan pemerintah sebagai pemegang kekuasaan, di mana semua berada dalam subordinasi kehendak Tuhan Yang Maha Esa. Hal tersebut dapat terlihat pada titik taut berikut ini;

1. Pembukaan UUDNRI tahun 1945 memberikan adanya pengakuan dengan pernyataan “Atas berkat rahmat Allah Yang Maha Kuasa rakyat Indonesia membebaskan diri dari segala bentuk penjajahan”
2. Ditetapkannya sila “Ketuhanan Yang Maha Esa” sebagai sila pertama Pancasila dan dijadikan dasar Negara sebagaimana tertuang dalam pasal 29 ayat (1) batang tubuh UUDNRI tahun 1945
3. Dijadikannya prinsip “musyawarah di dalam mewujudkan kedaulatan rakyat” yang tertuang dalam sila keempat Pancasila”
4. Kewajiban telah diletakkan kepada pundak masing-masing pihak baik kewajiban Presiden selaku kepala pemerintah (pasal 4 ayat 2) serta kewajiban warga negara/rakyat itu sendiri (pasal 17 dan 30 ayat 1)

Melihat hal tersebut maka nampak konsep HAM Pancasila tidaklah bertentangan dengan konsep HAM dalam Islam, di mana selalu menempatkan Tuhan dalam setiap lini kehidupan. Apapun yang diperbuat didasarkan pada kekuasaan Tuhan yang diatur pada sila pertama yang selanjutnya sila ini menjiwai sila-sila yang lainnya.

Lebih detail Rifaat Hasan dalam Mujaid Kumkelo dkk, meringkas bahwa secara normatif HAM dalam Islam didasari oleh:²³⁸

1. Prinsip persamaan antara manusia, yaitu semua manusia sama di hadapan Tuhan tidak ada satu ras yang lebih unggul dari yang lain, karena semua manusia berasal dari leluhur yang sama²³⁹
2. Prinsip kebebasan personal karena itu perbudakan dilarang (QS.2:177)²⁴⁰
3. Prinsip keselamatan jiwa yang berarti bahwa barang siapa yang menyelamatkan satu manusia sama saja dengan menyelamatkan jiwa umat manusia, (QS. 5:32)²⁴¹
4. Prinsip keadilan suatu hak manusia yang ditekankan dalam al Qur'an, (QS. 7:29, QS.57:25).²⁶¹

Berdasarkan prinsip-prinsip inilah HAM dalam Islam harus ditegakkan, sehingga nilai-nilai universalitas yang terkandung dalam DUHAM tersebut oleh Jasser Auda dapat pula dijadikan rujukan dengan tanpa mengenyampingkan nilai-nilai universal dalam al Qur'an.

Berkenaan dengan penghormatan terhadap hak-hak masyarakat adat atas hasil karya mereka berupa ekspresi budaya ini secara tidak langsung tertuang dalam pengakuan HAM terhadap HKI. Sebab

²³⁸Mujaid Kumkelo dkk, *Fiqih HAM Ortodoksi dan Liberalisme Hak Asasi Manusia Dalam Islam*, (Malang: Setara Press, 2015), hal 50-51

²³⁹Sesungguhnya Allah telah mendudukkan manusia pada posisi yang setara dan menjadikan taqwa sebagai ukuran pembeda di antara umatnya. Hal-hal yang bersifat duniawi tidak dapat dijadikan ukuran ataupun tingkat kedudukan seseorang, mengenai hal ini Allah menegaskan dalam Al Qur'an surat Alhujarat ayat 13: *"wahai manusia sungguh, Kami telah menciptakan kamu dari seorang laki-laki dan seorang perempuan, kemudian kami jadikan kamu berbangsa-bangsa dan bersuku-suku agar kamu saling mengenal. Sungguh, yang paling mulia di antara kamu di sisi Allah ialah orang yang paling bertakwa. Sungguh, Allah maha mengetahui, maha teliti"*.

²⁴⁰Dalam surat al Baqarah ayat 177 ini disebutkan bahwa di antara sekian kebajikan yang diperintahkan oleh Allah swt salah satunya adalah memerdekakan hamba sahaya (budak).

²⁴¹*"oleh karena itu kami tetapkan (suatu hukum) bagi Bani Israil, bahwa barangsiapa yang membunuh seseorang, bukan karena orang itu membunuh orang lain, atau bukan karena berbuat kerusakan di bumi, maka seakan-akan dia telah membunuh semua manusia. Barang siapa yang memelihara kehidupan seorang manusia, maka seakan-akan dia telah memelihara kehidupan semua manusia. Sesungguhnya Rasul kami telah datang kepada mereka dengan (membawa)*

Indonesia telah memasukkan kategori ini sebagai hak cipta, di mana hak cipta inipun adalah merupakan bagian dari Hak Kekayaan Intelektual (HKI). Adapun Pengakuan HKI sebagai salah satu bentuk hak asasi manusia tersebut termuat dalam pasal 27 ayat (2) *universal Declaration Universal Of Human Rights* 1948 bahwa: *Every one has right to the protection of the moran and the material interest resulting from any scientific, literary por artistic production of which he (she) is the author*".

Jika melihat salah satu prinsip di atas yakni prinsip persamaan maka dalam Islam kita dapat merujuk kembali bagaimana Rasulullah menerapkan pemerintahannya sebagaimana tertuang dalam piagam Madinah, di mana dalam piagam tersebut terdapat prinsip-prinsip umum dalam melindungi Hak Asasi Manusia. Prinsip-prinsip tersebut antara lain: monoteisme, persatuan dan kesatuan, persamaan dan keadilan, kebebasan beragama, bela negara, pelestarian adat yang baik, supremasi syari'at, serta politik damai dan proteksi.²⁴²

Melihat prinsip-prinsip tersebut maka pelestarian adat budaya termasuk dalam kategori HAM yang harus dilindungi. Hal ini senada dengan pendapat Ahmad Nur Fuad dkk, yang memasukkan prinsip persamaan budaya menjadi salah satu prinsip persamaan yang menjadi hak yang harus dilindungi, selain persamaan politik, persamaan hukum, dan persamaan sosial.

Lebih detailnya diuraikan bahwa kebudayaan merupakan hasil kreasi manusia. Tinggi dan rendahnya kebudayaan adalah tergantung kepada sejauh mana manusia mengembangkan potensi kreasinya. Hal ini karena di dalam akal terdapat unsur-unsur:²⁴³

1. *Al fikru* (pikiran)
2. *Al wajdar* (persamaan)
3. *Al iradah* (keinginan)

²⁴²Mujaid Kumkelo dkk., *opcit*, hal 53

²⁴³Drs. Ahmad Nur Fuad, MA, dkk, *Hak Asasi Manusia Dalam Perspektif Islam* (Malang: LPSHAM, 2010), hal. 37

Adapun kemajuan kebudayaan suatu bangsa adalah tergantung kepada *iradah* atau keinginan dari bangsa itu. Jika keinginan suatu bangsa itu kuat maka daya dorong untuk maju tentu akan lebih besar.²⁴⁴

Sesungguhnya jika diperhatikan dengan baik, prinsip-prinsip HAM yang diuraikan tersebut tidak jauh beda dan sangat relevan dengan prinsip-prinsip HAM yang didengungkan oleh Barat seperti universalitas (*universality*), tak terbagi (*indivisibility*), saling bergantung (*interdependent*), dan saling terkait (*interrelated*), kesetaraan (*equality*), non diskriminasi, kewajiban positif negara, namun dengan berbasis pada ketauhidan, ketakwaan, dan penyerahan diri kepada Allah swt. Untuk menghormati harkat dan martabat manusia.²⁴⁵ Artinya bahwa prinsip-prinsip HAM yang digunakan selalu berpegang pada nilai-nilai yang telah ditetapkan secara universal oleh Allah swt. Baik yang terdapat dalam al Qur'an maupun yang diperintahkan melalui Rasul utusanNya.

2. *Maqashid* Pengembangan Karya Cipta Sebagai Wujud pemeliharaan akal (*Hifzul Aqli*)

Akal merupakan salah satu karunia yang diberikan Allah kepada manusia sebagai pembeda dengan makhluk lainnya. Pemberian akal kepada manusia tentu memiliki peranan yang sangat penting bagi manusia itu sendiri. melalui akal inilah manusia dapat berinovasi, menghasilkan segala macam karya dan segala hal yang dapat menunjang kehidupannya. Karena besarnya karunia ini maka agama (Islam) menurunkan syari'at untuk menjaga, memelihara serta mengembangkannya. Selain itu penghargaan tetinggi manusia yang diberikan oleh Allah SWT karena akal tersebut adalah dijadikannya dia sebagai khalifah di muka bumi ini.

²⁴⁴Dalam surat Ar Rad (QS.13:11) Allah berfirman: “*Sesungguhnya Allah tidak mengubah keadaan suatu kaum sebelum mereka mengubah keadaan diri mereka*”

²⁴⁵Mujaid Kunkelo dkk, *Fiqih HAM Ortodoksi dan Liberalisme Hak Asasi Manusia Dalam Islam*, (Malang: Setara Press, 2015), hal 53

Materi akal dalam al Qur'an 49 kali, semua datang dalam bentuk *fi'il mudhari*²⁴⁶ terutama materi yang bersambung dengan *wawu jama'ah*, seperti bentuk *ta'qilun* atau *ya'qilun*.²⁴⁷ Akal memiliki makna yang beragam, dari sekian banyak pengertian dan makna tentang akal secara umum Quray Shihab berpendapat bahwa, makna kata '*aqal* dalam konteks potensi yang dianugerahkan Allah kepada manusia adalah potensi yang mendorong pada lahirnya budi pekerti luhur atau menghalangi seseorang melakukan keburukan. Selanjutnya makna ini, menurut pakar Mesir kenamaan, Abbas Mahmud al-Aqqad, sejalan dengan kata *mind* dalam bahasa-bahasa Indo-Germania yang juga mengandung arti "keterhindaran dan kehati-hatian" serta digunakan untuk mengingatkan seseorang agar berhati-hati. Karena memang, akal berfungsi mendorong ke arah kebaikan dan menghalangi/mengingatkan seseorang menyangkut dampak keburukan agar berhati-hati sehingga tidak terjerumus dalam bahaya/sesuatu yang tidak diinginkan."²⁴⁸

Al Qur'an sendiri telah memerintahkan di banyak ayat tentang perintah kepada manusia untuk memanfaatkan akalnya terutama untuk hal-hal yang berguna. Ayat-ayat tersebut antara lain:

Surat Al Mukmin ayat 80;

وَهُوَ الَّذِي يُحْيِي وَيُمِيتُ وَلَهُ اخْتِلَافُ اللَّيْلِ وَالنَّهَارِ أَفَلَا تَعْقِلُونَ (٨٠)

"Dan Dialah yang menghidupkan dan mematikan, dan Dialah yang (mengatur) pertukaran malam dan siang. Maka apakah kamu tidak memahaminya". (Q.S. Al Mukmin; [23]: 80)

²⁴⁶ *Fi'il mudhari'* adalah Kata kerja yang menunjukkan keterangan waktu kejadian di mana kejadian tersebut sedang terjadi

²⁴⁷ Yusuf Qardhawi, *Al Qur'an Berbicara Tentang Akal dan Ilmu Pengetahuan* (Jakarta: Gema Insani Press, 1999), hal. 19

²⁴⁸ M. Quray Shihab, *Arti Penting Menggunakan Akal Menurut Al Qur'an*, <https://tirto.id/arti-penting-menggunakan-akal-menurut-alquran-cpUn>, diakses tanggal 14 Juli 2018

Surat Al 'An'am ayat 50;

قُلْ هَلْ يَسْتَوِي الْأَعْمَىٰ وَالْبَصِيرُ أَفَلَا تَتَفَكَّرُونَ

“Katakanlah: “Apakah sama orang yang buta dengan yang melihat?”
Maka apakah kamu tidak memikirkan(nya)?”

Surat Al Baqarah ayat 164;

إِنَّ فِي خَلْقِ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ وَاخْتِلَافِ اللَّيْلِ وَالنَّهَارِ
وَالْفَلَكَ الَّتِي تَجْرِي فِي الْبَحْرِ بِمَا يَنْفَعُ النَّاسَ وَمَا أَنْزَلَ
اللَّهُ مِنَ السَّمَاءِ مِنْ مَّاءٍ فَأَحْيَا بِهِ الْأَرْضَ بَعْدَ مَوْتِهَا وَبَثَّ
فِيهَا مِنْ كُلِّ دَابَّةٍ وَتَصْرِيفِ الرِّيَّاحِ وَالسَّحَابِ الْمُسَخَّرِ بَيْنَ
السَّمَاءِ وَالْأَرْضِ لآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَعْقِلُونَ (١٦٤)

“Sesungguhnya dalam penciptaan langit dan bumi, silih bergantinya malam dan siang, bahtera yang berlayar di laut membawa apa yang berguna bagi manusia, dan apa yang Allah turunkan dari langit berupa air, lalu dengan air itu Dia hiduapkan bumi sesudah mati (kering)-nya dan Dia sebarkan di bumi itu segala jenis hewan, dan pengisaran angin dan awan yang dikendalikan antara langit dan bumi; sungguh (terdapat) tanda-tanda (keesaan dan kebesaran Allah) bagi kaum yang berakal”.
(Q.S. Al Baqarah [2]: 164)

Selain ayat-ayat tersebut masih banyak lagi ayat-ayat yang lainnya yang menjelaskan tentang fungsi akal serta perintah dalam menggunakannya dengan baik. Quray Shihab dalam uraiannya menjelaskan bahwa akal memiliki fungsi sebagai pendorong dan sebagai penjangkau. Melalui akal, lahir kemampuan menjangkau pemahaman sesuatu yang pada gilirannya mengantar pada dorongan berakhlak luhur. Inilah yang kemudian disebut dengan *al-'aql al-wazi'*, atau akal pendorong tersebut, sedangkan akal yang digunakan untuk memperhatikan dan menganalisis sesuatu guna mengetahui

rahasia-rahasia yang terpendam untuk memperoleh kesimpulan ilmiah dan hikmah yang dapat ditarik dari analisis tersebut yang mana kerja akal di sini membuahkan ilmu pengetahuan sekaligus perolehan hikmah yang mengantar pemiliknya mengetahui dan mengamalkan apa yang diketahuinya. Inilah yang kemudian dinamai dengan *al'aql al-mudrik*, yakni akal penjangkau (pengetahuan). Selain itu kedua fungsi di atas, masih ada lagi yang melebihi keduanya, yaitu yang mencakup keduanya, tapi dalam bentuk yang sempurna dan matang sehingga tidak ada lagi kekurangan atau kekeruhan. Memang, bisa saja ada akal yang menghasilkan pengetahuan, tetapi (masih berpotensi mengandung) kekurangan hikmah, demikian juga bisa jadi ada hikmah yang dilahirkan oleh mereka yang tidak berpengetahuan.²⁴⁹

Turunnya wahyu misalnya, wahyu akan sulit diterima apabila tidak ada interfensi akal di dalamnya, sebab wahyu lebih banyak diturunkan hanya berupa dasar-dasarnya saja sehingga mengandung makna universal. Untuk mengetahui secara detail makna wahyu tersebut maka fungsi akal dalam hal ini sangatlah berperan. Namun satu hal yang perlu diingat pula bahwa sesungguhnya akalpun memiliki keterbatasan, sehingga tidak semua wahyu mampu dicerna dengan akal. Terlepas dari itu sesungguhnya akal memiliki peranan yang sangat penting dalam pandangan Islam.

Kedudukannya yang penting ini terbukti dari banyak ayat dalam al Qur'an yang membahas tentang akal tersebut.

Jika akal tidak dijaga dengan baik maka akan berpotensi merusak akal itu sendiri dan dapat membawa kemudharatan baik bagi si pemilik akal tersebut maupun bagi orang lain. Pada konteks ini berarti akal dapat menjadi lemah apabila keluar dari fungsi sesungguhnya sesuai dengan yang disyari'atkan, sehingga jika agar tidak terjadi yang demikian itu maka agama memerintahkan untuk memelihara akal tersebut dari hal-hal yang dilarang.

249 *Ibid*

Akal sering diidentikkan dengan otak yang selalu siap menerima segala rangsangan dari indra melalui rangsangan itulah kemudian lahir berbagai rasa dan karsa.²⁵⁰ Alasan inilah kemudian karya-karya berupa ekspresi Budaya Tradisional yang merupakan bagian dari hak cipta harus dihargai karena merupakan bagian dari hasil kerja otak yang menalar.

Lebih al-Ghazali berpendapat bahwa akal merupakan salah satu dimensi terpenting pada diri manusia, di mana akal sebagai alat berpikir telah memberi andil besar terhadap alur kehidupan manusia, mempolakan hidup dan mengatur proses kehidupan secara esensial. Akal telah bekerja menurut ukuran yang ada, sebab itulah maka al-Ghazali membagi akal dalam beberapa daya. Klasifikasi tentang akal ini menurut al-Ghazali dilihat dari potensi dan kadar akal dalam beberapa macam, yaitu akal praktis dan akal teoritis. Akal praktis merupakan saluran yang menyampaikan gagasan-gagasan akal teoritis kepada daya penggerak (*Almuharrikat*) sekaligus merangsangnya menjadi aktual.²⁵¹

Maka dengan demikian segala bentuk karya Ekspresi Budaya tersebut merupakan bentuk aktual dari potensi akal yang telah dikembangkan oleh manusia, yang berasal dari gerakan akal yang berfungsi praktis mendorong gerakan-gerakan tubuh manusia untuk melakukan atau berbuat sesuatu yang menghasilkan ilmu pengetahuan. Hal inilah yang kemudian disebut as Syatibi sebagai kausalitas di dalam teori sunnatullah, di mana segala sesuatu terjadi karena ada sebab dan akibatnya. Akal mencipta didorong karena kebutuhan manusia, untuk berkreasi dan menghasilkan sesuatu yang dapat menunjang keberlangsungan hidupnya.

Selanjutnya semua akan berujung pada sebab utama terjadinya sesuatu yakni sang pencipta utama Allah SWT.

²⁵⁰*Ibid*

²⁵¹Fuadi, *Peran Akal Menurut Pandangan Al Gazali*, Jurnal Substantia, Vo. 15 No.1 April 2013, hal. 83

Uraian sebelumnya mengatakan bahwa akal memiliki keterbatasan pula, yang jika tidak dijaga dengan baik akan mendatangkan kemudharatan. Salah satu yang membuktikan bahwa keberadaan akal ini penting secara syari'at adalah dengan dijadikannya akal sebagai salah satu objek yang harus dilindungi dari lima hal *Dharury* (pokok) yang harus dijaga yakni agama, jiwa, akal, keturunan, dan harta. Jika pada periode para ulama sebelumnya seperti al Gazali, As Syatibi dan lainnya memaknai perlindungan akal (*hifzul aqli*) dengan cara larangan meminum khamar atau minuman memabukkan lainnya serta konsumsi hal-hal yang dilarang yang dapat merusak otak (akal), maka dalam konsep *Maqashid* yang ditawarkan Auda pemeliharaan akal dapat berupa pengembangan intelektualitas, kecerdasan berpikir, berpengetahuan serta memberikan bekal keterampilan pada generasi muda agar mampu menghadapi tantangan hidup di masa mendatang.

Pengembangan segala bentuk karya berupa Ekspresi Budaya Tradisional merupakan salah satu upaya dari memelihara akal (*hifzil aqli*). Jika karya-karya ini tidak dihargai dikhawatirkan akan mematikan motivasi dan semangat dari generasi muda masyarakat adat dalam mengembangkan kreativitas yang diturunkan oleh nenek moyang mereka. Untuk itu dalam pemeliharaan ini negara ikut bertanggungjawab mengaktualisasikannya dalam bentuk perlindungan konkret dengan aturan undang-undang yang memadai.

3. *Maqashid* Pengembangan Ekonomi Masyarakat Adat Sebagai perlindungan harta (*Hifzul Mal*)

Keberadaan Ekspresi Budaya Tradisional saat ini telah membuktikan eksistensinya sebagai kekayaan yang mampu menghidupi komunitasnya bahkan di luarnya. Peter Jaszi dkk, dalam penelitiannya menemukan eksistensi keberadaan Ekspresi Budaya ini saat mengunjungi para praktisi dari berbagai kesenian tradisional (termasuk berbagai jenis lukisan dari ukiran kayu, tari-tarian, wayang, gamelan dan genre musik lainnya, serta seni tekstil

mulai dari batik hingga tenun, baik yang dibuat secara mekanis maupun menggunakan alat tenun tradisional yang diletakkan ke punggung). Penemuannya pada penelitian tersebut dapat disimpulkan bahwa sebagian besar kesenian tradisional Indonesia nampaknya mampu bertahan dalam lingkungan budaya yang penuh tantangan, sedangkan sebagian lainnya bahkan mampu lebih baik.²⁵² Praktik-praktik Ekspresi Budaya tradisional di Indonesia sangatlah beragam. Jika dilihat di beberapa tempat praktik seni tradisional masih mempertahankan warisan nenek moyang yang telah turun-temurun.²⁵³

Berkembang pesatnya ilmu pengetahuan dan teknologi juga telah mempengaruhi Ekspresi Budaya Tradisional untuk turut berkembang sebagai kekayaan bersifat tradisi dalam mewarnai kehidupan perekonomian masyarakat maupun bangsa. Ini terbukti dengan munculnya kreasi-kreasi baru baik dalam bentuk kesenian yang sering kita kenal dengan kreasi kultural atau lebih akrab dengan sebutan industri kreatif. Label yang diberikan oleh negara ini kemudian menjadi populer bagi karya-karya kreatif dengan berbasis tradisi.

Tradisi adalah inspirasi kehidupan yang tidak habis-habisnya untuk diolah secara kreatif untuk diwujudkan dalam sebuah karya. Negara dengan tujuan politisnya telah memperkenalkan tradisi ini dengan mengenali lebih dalam ekspresi-ekspresi yang terkandung di dalamnya demi untuk kepentingan identitas Nasionalnya. Suatu hal

²⁵²Peter Jaszi dkk, *Laporan Penelitian Kebudayaan Tradisional Suatu Langkah Maju Untuk Perlindungan Indonesia*, (Jakarta: LSPP, 2009), hal.6

²⁵³Contohnya praktik tenun khas Lombok tepatnya di daerah Sukerare Lombok Tengah dan daerah Pringgasela Lombok Timur. Kedua daerah ini masih sangat kental dengan tenunan yang menggunakan alat-alat tradisional yang sejak turun-temurun. begitu juga dengan arsitektur yang khas seperti ukiran kayu cukli Lombok. Dan tempat ini kemudian menjadi objek kunjungan para wisatawan yang berpengaruh terhadap tingkat perekonomian. Ragam seni dan praktiknya ini juga dapat ditemui di beberapa tempat di Indonesia seperti tenunan Kefamenanu Timor, ukiran kayu dekoratif Tana Toraja, Tenun gringsing Tenganan Bali, dan yang paling berkembang adalah tenun batik Jawa Tengah yang mampu menghidupi masyarakatnya dengan perkembangan yang sangat pesat (lihat Peter Jaszi, *kebudayaan Tradisional Suatu Langkah Maju Untuk perlindungan di Indonesia...hal7*). Ragam seni tradisi ini tentunya masih banyak lagi bahkan jumlahnya mencapai ribuan di seluruh kepulauan Nusantara.

yang membanggakan memang, namun di sisi lain sangat disayangkan ketika negara bagi kepentingannya, manfaat sosial tradisi bagi komunitas pendukungnya hanya dianggap bernilai jika ada hubungan dengan kepentingan nasional seperti menjadi “*branding*” bagi bangsa atau mendatangkan kepentingan ekonomi demi keperluan pembangunan saja.²⁷⁴ melihat hal tersebut maka dengan demikian nampak jelas bahwa negara telah menjadikan tradisi sebagai modal untuk peningkatan kesejahteraan ekonomi bangsa.

Ketika berbicara kesejahteraan ekonomi bangsa muncul suatu pertanyaan apakah yang dimaksud bangsa adalah seluruh rakyat yang ada di dalamnya atau hanya untuk kepentingan segelintir saja? Tentu hal ini perlu pengkajian lebih dalam lagi. Idealnya bahwa kesejahteraan bangsa hendaknya meliputi kesejahteraan seluruh rakyat dari bangsa tersebut.

Konstitusi negara dalam pembukaannya memproklamkan hal ini pada alinea ke empat bahwa;

“kemudian daripada itu untuk membentuk suatu pemerintahan Negara Indonesia yang melindungi segenap bangsa Indonesia dan untuk memajukan kesejahteraan umum..”

Jelaslah bahwa sesungguhnya cita-cita negara tersebut memberi harapan besar bagi seluruh rakyat tanpa terkecuali masyarakat adat untuk mendapatkan perlindungan demi tercapainya kesejahteraan yang dalam hukum Islam disebut sebagai pencapaian kemaslahatan (*maslahah*).

Jika melihat fungsi dan kedudukan harta bagi manusia yang salah satunya adalah sebagai penunjang keberlangsungan hidup manusia, maka harta menjadi suatu hal yang pokok untuk dilindungi. Bahkan mencarinya dengan cara bekerja adalah menjadi suatu kewajiban bagi umat manusia. Hasil dari bekerja yang kemudian berupa harta ini diberikan hak sepenuhnya untuk dimiliki dengan tidak melupakan fungsi sosial yang ada di dalamnya yaitu berupa

zakat dan sedekah. Melakukan fungsi sosial ini juga dapat dipandang sebagai cara pemeliharaan dan perlindungan terhadap keberadaan harta (*hifzul maal*). Fungsi sosial tersebut diatur berdasarkan konsep *amal ma'ruf nahi munkar*. Hal ini berdasarkan firman Allah SWT dalam surat Al Imron ayat 104:

وَلْتَكُنْ مِنْكُمْ أُمَّةٌ يَدْعُونَ إِلَى الْخَيْرِ وَيَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ
وَيَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنْكَرِ وَأُولَئِكَ هُمُ الْمُفْلِحُونَ (١٠٤)

“Dan hendaklah ada di antara kamu segolongan umat yang menyeru kepada kebajikan, menyuruh kepada yang *ma'ruf* dan mencegah dari yang *munkar*; merekalah orang-orang yang beruntung” (Q.S. Al Imron [3]: 104)

Melihat hal tersebut maka keberadaan Ekonomi Islam ditopang oleh sistem yang berdasarkan pada aqidah dan keyakinan bahwa sesungguhnya harta adalah milik Tuhan. Manusia diberi amanat berupa kewenangan dalam mengatur harta tersebut sebaik-baiknya untuk kemaslahatan hidup di dunia dan akhirat.

Artinya bahwa kepemilikan harta yang memiliki nilai ekonomi ini oleh seseorang memiliki prinsip kebebasan dalam menggunakannya. Hal ini tersurat dalam Al Qur'an surat An-Nisa' ayat 32;

لِّلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِّمَّا كَتَسَبُوا وَلِلنِّسَاءِ نَصِيبٌ مِّمَّا كَتَسَبْنَ

“bagi orang laki-laki ada bahagian dari pada apa yang mereka usahakan, dan bagi para wanita (pun) ada bahagian dari apa yang mereka usahakan”

Kebebasan di sini tentunya tidak bersifat mutlak, artinya terdapat pembatasan sesuai dengan *amal ma'ruf nahi munkar* tersebut. Bebas bermakna selama tidak merugikan orang lain serta bertentangan hal-hal yang telah diatur oleh syari'at. Sehingga apa yang menjadi tujuan ekonomi Islam yakni untuk tercapainya kemaslahatan, kebaikan, kesejahteraan serta menghilangkan bahaya kejahatan

yang menyengsarakan dan merugikan orang lain dapat tercapai dengan baik.

Selain itu pengelolaan harta juga harus memperhatikan aspek yang seimbang yakni tidak boleh bersifat kikir dan tidak pula bersifat boros, yang oleh Yusuf Qardawi membaginya menjadi 3 pilar pokok sebagai pondasi dalam ekonomi Islam, yaitu tauhid (*transcendent*), akhlak (*moral*), dan keseimbangan (*balance*).²⁵⁴ Secara moral seorang muslim akan menempatkan kepentingan sosial di atas kepentingan individual atau, dengan istilah lain, dari sekedar masalah parsial (*masalah al khassah*) menuju masalah universal (*masalah al 'ammah*). Sedangkan prinsip keseimbangan mengantar seseorang pada kesadaran bahwa kebebasan untuk berusaha (*freedom of act*), kebebasan untuk memiliki (*freedom of ownership*), kebebasan untuk mendapatkan kesejahteraan (*freedom of gaining welfare*) tidak bersifat mutlak, akan tetapi dibatasi oleh kebebasan orang lain. Integrsi dari ketiga prinsip inilah yang kemudian disebut keadilan.²⁵⁵

Sebagaimana uraian sebelumnya dikatakan bahwa tujuan utama hukum Islam yang paling mendasar adalah bagaimana merealisasikan kemaslahatan bagi kehidupan manusia baik di dunia maupun di akhirat. Selanjutnya pada konteks inilah *Maqashid* hadir menjadi salah satu alternatif metodologi hukum Islam yang mampu menggali nilai kemanfaatan (*maslahah*) sebanyak mungkin bagi kehidupan manusia dan alam semesta.

Terhadap keberadaan Ekspresi Budaya Tradisional yang kini sudah berkembang menjadi harta yang bernilai ekonomi bentuk perlindungan (*hifzul maal*) yang sesuai yang dapat dilakukan adalah dengan pengembangan ekonomi terhadap masyarakat adat sebagai pemilik dari EBT tersebut. Suatu ketidakadilan jika masyarakat pemilik hak atas suatu harta justru diabaikan kesejahteraannya sementara pihak lain yang di luarnya dapat menikmati dengan bebas dalam pemanfaatannya.

²⁵⁴ Sanuri, *Teologi, Hukum Islam, dan Tren Modernitas* (Surabaya: Imtiyaz, 2017), hal. 241

²⁵⁵Ibid, hal. 241

Jika pada konsep *Maqashid* sebelumnya para ulama menempatkan perlindungan harta (*hifzul maal*) ini berupa proteksi uang dengan hukuman potong tangan bagi seorang pencuri, namun konsep *Maqashid* saat ini harus berorientasi pada upaya bagaimana peningkatan ekonomi masyarakat dengan mengembangkannya melalui peningkatan pada sektor sumber daya untuk kemakmuran serta kesejahteraan masyarakat yang dalam hal ini komunitas adat.

Salah satu bentuk pengembangan ekonomi yang dapat dilakukan oleh negara kepada masyarakat adat atas kepemilikannya terhadap kekayaan tradisional mereka adalah dengan melakukan *sharing* keuntungan kepada mereka. Pengaturan tentang Ekspresi Budaya Tradisional (*Folklor*) saat ini dalam undang-undang Hak Cipta No 28 tahun 2014 belum menunjukkan adanya peran serta masyarakat adat di dalamnya. Di banyak tempat di wilayah Nusantara ini masyarakat adat sama sekali tidak dilibatkan dalam pemafaatan ekonomi maupun pelibatan non ekonomi atas kekayaan tradisional mereka berupa Ekspresi Budaya Tradisional ini. Sehingga pemenuhan hak moral dan hak ekonomi yang diatur dalam undang-undang Hak Cipta tersebut tidak berlaku bagi masyarakat adat.

Tidak adanya pengaturan negara tentang posisi masyarakat adat ini menunjukkan adanya suatu indikasi negara akan memonopoli terhadap *Folklor* tersebut yang dalam istilah M. Dwi Mariantono negara dapat menjajah terhadap kekayaan negara sendiri.²⁵⁶ Hal ini tentu saja dapat bertentangan dengan cita-cita negara dalam konstitusinya yaitu “untuk memajukan kesejahteraan umum”. Selain itu hal ini juga dapat bertentangan dengan pasal 28C UUDN RI tahun 1945 bahwa: “Setiap orang berhak mengembangkan diri melalui pemenuhan kebutuhan dasarnya, berhak mendapatkan pendidikan dan memperoleh manfaat dari ilmu pengetahuan dan teknologi, seni dan budaya, demi meningkatkan kualitas hidupnya dan demi kesejahteraan umat manusia”.

²⁵⁶Arif Lutvi Ansori, *Hak Cipta dan Perlindungan Folklor di Indonesia* (Yogyakarta: Graha Ilmu, 2010), hal. 138

Melihat hal tersebut maka sudah menjadi suatu kewajiban negara untuk lebih memperhatikan masyarakat adat atas hak mereka terhadap pemenuhan hak ekonomi melalui kekayaan tradisional yang mereka miliki.

4. Pembumian *Maqashid al Syari'ah* sebagai asas Hukum Islam Ke Dalam Hukum Nasional Sebagai Wujud Perlindungan Yang Komperhensif Bagi Hak Masyarakat Adat Atas Ekspresi Budaya Tradisional (EBT)

Salah satu hal yang dapat dilakukan dalam penetapan *Maqashid al Syariah* sebagai tujuan hukum dalam meraih kemaslahatan adalah dengan melakukan pembaruan hukum. Pembaruan hukum ini penting terutama terhadap persoalan-persoalan baru yang muncul dalam kehidupan masyarakat di mana solusi hukumnya belum ditemui atau masih bersifat kabur dan belum jelas.

Para pakar Hukum Islam di Indonesia mengatakan bahwa pada pembaruan hukum Islam yang terjadi saat ini disebabkan oleh beberapa faktor antara lain: *pertama*, untuk mengisi kekosongan hukum karena norma-norma yang terdapat dalam kitab-kitab fiqih tidak mengaturnya sedangkan kebutuhan masyarakat terhadap hukum terhadap masalah yang baru terjadi itu sangat mendesak untuk diterapkan. *Kedua*, pengaruh globalisasi ekonomi dan IPTEK sehingga perlu ada aturan hukum yang mengaturnya terutama masalah-masalah yang belum ada aturannya. *Ketiga*, pengaruh reformasi dalam berbagai bidang yang memberikan peluang pada hukum Islam untuk bahan acuan dalam membuat hukum nasional. *Keempat*, pengaruh pembaharuan pemikiran hukum Islam yang dilaksanakan oleh para mujtahid baik tingkat internasional maupun tingkat nasional, terutama hal-hal yang menyangkut perkembangan ilmu pengetahuan dan teknologi.²⁵⁷ Pembaharuan ini tentu saja dikarenakan adanya perubahan kondisi baik itu waktu dan tempat sebagai akibat dari faktor-faktor tersebut.

²⁵⁷ Abdul Manan, *Reformasi Hukum Islam di Indonesia* (Jakarta: RajaGrafindo Persada, 2006), hal.153

Pembaharuan tersebut dapat dilakukan dengan melalui ijtihad yang terus menerus, mengingat persoalan-persoalan hukum dalam masyarakat selalu berkembang sesuai dengan perubahan kondisi baik waktu dan tempat. Hal ini sesuai dengan kaidah dalam hukum Islam “*la yunkaru taghayyur al-ahkam bi taghayyur al-amkinah wa al-azminah wa al-biah*” artinya “tidak dipungkiri (keharusan) perubahan hukum karena perubahan tempat, waktu dan keadaan.”²⁵⁸ Maka dengan demikian hukum Islam hendaknya menyesuaikan dengan perubahan-perubahan tersebut dan selalu berdasarkan pada al Qur’an dan sunnah Rasul, sehingga keberadaan hukum Islam tetap eksis dan terjaga sepanjang masa.

Hal tersebut sesuai dengan teori *eksistensi* dalam hukum Islam yang menerangkan tentang adanya hukum Islam dalam hukum nasional Indonesia, yaitu;²⁵⁹ (1) Ada, dalam arti sebagai bagian integral dari hukum nasional Indonesia; (2) Ada, dalam arti kemandiriannya yang diakui, adanya kekuatan dan wibawanya, dan diberi status sebagai hukum nasional, (3) Ada, dalam arti hukum nasional dan norma hukum Islam yang berfungsi sebagai penyaring bahan-bahan hukum nasional di Indonesia; (4) Ada, dalam arti sebagai bahan utama dan unsur utama.

Sejarah perjalanan hukum Islam di Indonesia telah menunjukkan secara jelas bagaimana kehadirannya yang merupakan bagian dari hukum nasional di Indonesia yang selalu eksis dalam berbagai lapangan kehidupan hukum serta praktik hukum dalam masyarakat baik secara tertulis maupun tidak tertulis. Fakta ini membuktikan bahwa eksistensi perjuangan hukum Islam di Indonesia sebagai hukum nasional benar-benar memiliki tempat tersendiri. Sehingga secara *eksistensial*, kedudukan hukum Islam dalam hukum nasional merupakan sub sistem dari hukum nasional.²⁶⁰

²⁵⁸Ahmad Rofiq, MA., *Fiqh Kontekstual Dari Normatif ke Pemahaman Sosial* (Yogyakarta: Pustaka Pelajar 2004), hal.384

²⁵⁹Mardani, *Hukum Islam Pengantar Hukum Islam Indonesia* (Yogyakarta: Pustaka Pelajar 2015), hal. 171-172

²⁶⁰*Ibid* hal. 172

Hal penting yang harus diperhatikan pula dalam melaksanakan pembaharuan hukum Islam adalah dengan memegang prinsip *maslahat* yang berasaskan keadilan dan kemanfaatan. Prinsip inilah yang dipegang oleh para imam mazhab dalam menyelesaikan persoalan-persoalan hukum, dan sepanjang ini tidak terdapat perbedaan para ulama tentang prinsip *maslahat* ini. Kemaslahatan baik yang bersifat *dharuriyat* (primer), *tahsiniyat* (sekunder) maupun *hajiyat* (tersier) hendaknya dapat tercapai sebagai tujuan dari *maqashid al Syari'ah* pada pelaksanaan hukum dalam kehidupan sehari-hari.

Bentuk perlindungan yang diberikan oleh *Maqashid* ini menunjukkan perlindungan yang sangat komprehensif dan dapat dijadikan sebagai asas dalam pembentukan hukum nasional sebagai hukum yang memberi kepastian bagi masyarakat dalam kehidupan bernegara. Tentu saja hal ini bukan sesuatu yang mustahil, sebagai contoh Hasby ash-Shiddieqy adalah orang pertama yang mengeluarkan gagasan agar fiqh yang diterapkan di Indonesia harus berkepribadian Indonesia.²⁶¹ Menurut beliau pembaharuan hukum di Indonesia dapat dilakukan dengan menggunakan metode *talfiq*²⁶² dan secara selektif memilih metode mana yang cocok dengan negara Indonesia. Hal yang senada yang diungkapkan Barda Nawawi²⁶³ bahwa pembaharuan hukum Islam harus disesuaikan dengan karakteristik masyarakat dan sumber hukum di Indonesia. Karakteristik masyarakat Indonesia lebih bersifat monodualistik dan pluralistik. Sumber hukum Nasional berorientasi pada nilai-

²⁶¹Nourouzzaman ash-Shiddieqy, *Fiqh Indonesia, Penggagas dan Gagasannya* (Yogyakarta: Pustaka Pelajar, 1997), hal. 241

²⁶²Kebijaksanaan dalam penerapan suatu ketentuan hukum terhadap manusia sebagai *mukallaf* dengan melihat kepada situasi dan kondisi pribadi manusia tersebut, baik kemampuan secara fisik, biologis, dan rohani yakni manusia tersebut mempunyai kebebasan bertindak serta memiliki akal sehat. *Taklif* secara Bahasa dapat diartikan “membebani”, “memikul”, mengerjakan dan berpegang pada tata cara” (Ahmad Warson Munawir, *kamus al Munawir*, Yogyakarta: PP AL Munawir, 1984 hal. 1315-1316), selanjutnya Ali Imron mendefinisikan taklif sebagai istilah pembebanan dan pertanggungjawaban hukum yang terdapat dalam hukum Islam (Ali Imron, *Legal Responsibility: Membumikan Asas Hukum Islam di Indonesia*”, Yogyakarta: Pustaka Pelajar, 2015, hal. 120)

²⁶³Barda Nawawi Arief, *kapita Selekta Hukum Pidana*, (Bandung: Citra Aditya Bakti, hal. 43

nilai yang hidup dalam masyarakat yaitu bersumber dari nilai-nilai hukum adat dan hukum agama.

Selain itu metode yang dapat digunakan adalah metode komparasi, yakni membandingkan pendapat yang satu dengan yang lainnya dari seluruh aliran hukum yang ada maupun yang pernah ada, serta memilih yang lebih baik dan lebih dekat kepada kebenaran dengan dukungan dalil yang kuat.

Kajian komparasi ini hendaknya dapat juga dilakukan antara fiqih, dengan hukum adat dan hukum positif di Indonesia, juga dengan syari'at agama lain²⁶⁴ yang kemudian hasilnya memilih yang terbaik dan mendekati kebenaran serta sesuai dengan kondisi masyarakat Indonesia. Pembaharuan hukum Islam juga dapat dilakukan melalui hukum positif baik itu berupa peraturan perundang-undangan maupun melalui peradilan. Apabila peraturan tersebut telah diatur dalam peraturan perundang-undangan maka masyarakat wajib untuk taat terhadapnya. Hal ini sesuai dengan firman Allah swt. Surat An-Nisa' Qs. (4): 59 bahwa; "*hai orang-orang yang beriman, taatilah Allah dan taatilah rasul dan ulil amri dari kamu*".

Maka dengan demikian negara atau pemerintah sebagai pemimpin (*imamah*) memiliki tugas dalam merealisasikan dan mengaktualisasikan pembentukan hukum serta menjamin ketertiban masyarakatnya dalam mematuhi segala peraturan yang ada. Sebab pemerintah atau negara (*ulil amri/imamah*)²⁶⁵ ini oleh Abu Hasan Mawardi dikatakan sebagai pengganti pelaksana tugas-tugas kenabian yang mempunyai dua fungsi utama yakni *harasah al din wa siyash al dunya* (menjaga agama dan mengatur urusan dunia).²⁶⁶ Tentu saja dalam menjalankan fungsi ini maka hendaknya pemerintah tidak boleh melenceng dari ajaran-ajaran agama, karena kepatuhan

²⁶⁴Dr. H, Abdul Manan, *Reformasi Hukum Islam di Indonesia* (Jakarta: RajaGrafindo Persada, 2006), hal.180

²⁶⁵Penulis menggunakan dua istilah ini, karena pemerintah dalam bahasa al qur'an disebut sebagai *ulil amri* sedangkan dalam istilah fiqih disebut dengan *kjhilafah* atau *imamah*.

²⁶⁶Ahmad Rofiq, MA. *Fiqih Kontekstual Dari Normatif ke Pemaknaan Sosial*" (Yogyakarta: Pustaka Pelajar, 2004), hal.4

terhadap pemerintah hanya diwajibkan selama perilakunya sejalan dengan ketentuan Allah dan rasulNya, jika dalam perilaku zalim pemerintah ditaati maka akan terjadi kekacaun. Sejalan dengan hal ini imam As Syafi'i merumuskan kaidah; "*tasarruful imami 'ala ar-ra'yyati manuthun bil maslahah*" (tindakan pemimpin bagi kepentingan rakyatnya harus berorientasi pada kemaslahatan).²⁶⁷

Perintah untuk menta'ati pemerintah (*ulil amri*) tentu dibutuhkan suatu keseragaman dalam melaksanakan amaliahnya, khususnya hal-hal yang menyangkut kemaslahatan. Dengan demikian diperlukan campur tangan pemerintah (*ulil amri*) tersebut untuk mengaturnya. Pengaturan ini diperlukan untuk menghindari perselisihan di antara umat Islam serta aturan tersebut dapat memberikan perlindungan terhadap seluruh rakyat tanpa terkecuali, sebagai bentuk sifat hukum Islam yang "*rahmatan lil alamin*". Hal tersebut juga sesuai dengan kaidah fiqih "*hukmul hakimi il zamu wa yar fa'u khilaf*" (keputusan pemerintah mengikat dan dapat menghilangkan perselisihan).

Agar peraturan-peraturan hukum yang ada dapat terhindar atau paling tidak dapat diminimalisir perselisihannya maka perlu pengaturan yang dapat mengakomodasi nilai-nilai yang ada dalam masyarakat. Keberagaman yang terdapat di Indonesia membutuhkan suatu sistem hukum nasional sebagai pedoman dalam kehidupan berbangsa dan bernegara. Untuk itu pembangunan hukum nasional sangatlah dibutuhkan. Menurut menteri kehakiman Ismail Saleh (1989) dalam Mardani mengatakan bahwa dalam pembangunan hukum Nasional, kita wajib menggunakan wawasan nasional yang merupakan tritunggal yang tidak dapat dipisahkan satu dari yang lain yaitu; wawasan kebangsaan, wawasan nusantara dan wawasan bhineka tunggal ika.²⁶⁸ Wawasan kebangsaan hendaknya memiliki sifat terbuka terhadap nilai-nilai baru dari hukum modern sehingga tidak tertinggal dari bangsa lain, sedangkan wawasan nusantara menginginkan adanya satu hukum nasional yang dapat dipedomani,

²⁶⁷*Ibid* hal. 14

²⁶⁸Mardani, *Hukum Islam Pengantar Ilmu Hukum Islam di Indonesia*, (Yogyakarta: Pustaka Pelajar, 2015), hal.165

sehingga diperlukan usaha unifikasi di bidang hukum secara terus menerus. Tentu saja dalam melakukan unifikasi diperlukan suatu wawasan bhineka tunggal ika. Segala macam perbedaan baik itu agama, sosial maupun budaya hendaknya mampu dikelola sebagai aset pembangunan nasional.

Indonesia merupakan negara hukum yang menganut sistem hukum Pancasila. Muhammad Thahir Azhari menyatakan bahwa meskipun dalam penjelasan UUD 1945 digunakan istilah *rechstaat*, namun konsep *rechstaat* yang dianut oleh negara Indonesia bukan konsep negara hukum Barat (Eropa Kontinental) dan bukan pula konsep *rule of law* dari Anglo-Saxon, melainkan konsep negara Hukum Pancasila dengan ciri-ciri: (1) ada hubungan yang erat antara agama dan negara; (2) bertumpu pada ketuhanan Yang Maha Esa; (3) kebebasan beragama dalam arti positif; (4) ateisme tidak dibenarkan; (5) asas kekeluargaan dan kerukunan. Adapun unsur-unsur pokok negara Hukum RI: (1) Pancasila; (2) MPR; (3) sistem konstitusi; (4) persamaan dan (5) Peradilan bebas.

Pancasila sebagai dasar hukum negara terdiri dari lima sila atau lima dasar yang jika dilihat dari sudut hukum Islam, maka *sila pertama* dipahami sebagai tauhid yang merupakan inti dari ajaran Islam tersebut. Sila pertama mengandung makna bahwa adanya kebebasan bagi agama-agama lain untuk melaksanakan ajaran agama mereka tersebut. Maka dengan demikian Indonesia bukanlah negara sekuler dan bukan pula negara agama. Selanjutnya dengan menempatkan sila Ketuhanan Yang Maha Esa pada posisi pertama pertanda bahwa sila ini memiliki hubungan organik dengan sila-sila lainnya serta menjadi dasar yang memimpin sila-sila lain yang dibawahnya.

Selain itu sila pertama yang telah menjamin kemerdekaan warga negara untuk memeluk agama dan beribadat menurut agama dan kepercayaannya itu (Pasal 29 UUDNRI 1945) bermakna bahwa kemerdekaan yang dimaksud adalah dengan batas-batas tertentu yang tidak boleh melenceng dari ajaran agama tersebut. Oleh karena itu dia memiliki ikatan emosional serta pertanggungjawaban

hukum transedental dengan ajaran agama dan kepercayaan yang diyakininya.

Selanjutnya dalam sila *kedua*, *kemanusiaan yang adil dan beradab*, artinya manusia sebagai subjek hukum mempunyai potensi pikir, rasa, karsa, dan cipta. Potensi kemanusiaan ini dimiliki oleh semua manusia sebagai anugerah Tuhan, tanpa memandang ras, keturunan dan warna kulit serta bersifat universal. Melihat kelebihan inilah menempatkan manusia pada posisi tertinggi dari makhluk lainnya (*insan naatiq*). Melalui akal budinya manusia menjadi berbudaya, dan dengan nuraninya manusia menjadi bermoral.

Mencermati sila *kemanusiaan yang adil dan beradab* ini, maka sesungguhnya prinsip kemanusiaan yang dianggap ideal adalah kemanusiaan yang adil yang langsung dirangkaikan dengan kata beradab. Sifat adil seseorang mencerminkan ketakwaannya kepada Tuhan Yang Maha Esa (tauhid), maka secara empirik, keadilan juga sangat berdekatan dengan keadaban (*civility*). Dengan demikian maka konsekuensi logis dari tingginya ketakwaan seseorang adalah dilihat dari sifat adil dan beradabnya.

Sila ketiga, persatuan Indonesia. Sila ini di dalamnya terdapat paham kebangsaan dengan makna yang luas, di mana harus memiliki sifat saling menghargai dengan bangsa lain. Paham kebangsaan ini juga menghargai berbagai nilai luhur yang dibawa oleh peradaban dunia dan berinteraksi dengan nilai-nilai luhur nenek moyang bangsa Indonesia.

Sedangkan sila *keempat*, dari Pancasila yakni *kerakyatan yang dipimpin oleh hikmah kebijaksanaan dalam permusyawaratan/perwakilan*, menggambarkan bahwa dalam merumuskan setiap kebijakan tidak terkecuali dalam pembentukan aturan-aturan hukum yang harus diataati oleh rakyat, hendaknya rakyat dilibatkan sebagai posisi penentu, dengan memperhatikan dan menjadikan tradisi adat kebiasaan masyarakat sebagai pedoman dalam pembentukan hukum yang akan diberlakukan. Adapun sila *kelima*, *keadilan sosial*

bagi seluruh rakyat Indonesia mencerminkan nilai-nilai keadilan yang harus ditegakkan dalam kehidupan berbangsa dan bernegara.²⁶⁹

Jika melihat uraian tersebut maka nampak jelas bahwa sesungguhnya hukum Islam tidak ada pertentangan satupun terhadap kelima sila tersebut, maka dengan demikian keberadaan hukum Islam sangat terkait erat dengan Pancasila. Sebab masyarakat Indonesia yang didominasi umat Islam sejak berabad-abad tahun yang lalu telah menjalankan kehidupannya dengan nilai-nilai ajaran Islam yang telah mengakar. Menurut Abdul Karim dalam Ali Imron,²⁷⁰ ketika Pancasila muncul sebagai ideologi negara, nampak tidak satupun nilai-nilai di dalamnya berbenturan dengan nilai-nilai ajaran Islam. Bahkan dengan mengimplementasikan nilai Pancasila dalam kehidupan berbangsa dan bernegara dapat dipahami sebagai wujud pengamalan ajaran Islam dalam konteks keIndonesiaan.

Selanjutnya, ketika pembaharuan hukum telah dilakukan maka agar hukum tersebut dapat berjalan efektif serta memberi manfaat dan daya guna hendaknya bentuk-bentuk pembaharuan hukum tersebut harus terwujud dalam sebuah legislasi nasional yang dilakukan oleh yang berwenang dalam hal ini pemerintah (*ulil amri*). Prinsip terpenting dalam legislasi hukum Islam dapat dilihat dari karakter hukum Islam itu sendiri, di mana karakter terpenting hukum Islam adalah untuk pengabdian kepada Allah Tuhan Yang Maha Esa. Tolak ukur keimanan seseorang dilihat dari bagaimana dia patuh terhadap hukum Islam. Hukum Islam memiliki sifat *ijabi* dan *salbi*, artinya hukum Islam itu memerintah, mendorong, dan menganjurkan untuk melakukan perbuatan makruf (baik) serta melarang perbuatan munkar dan segala macam bentuk kemudharatan. Hal ini mengingat dari tujuan utama pemberlakuan hukum Islam adalah untuk mendatangkan, menciptakan, memelihara kemaslahatan umat manusia.²⁷¹

²⁶⁹Ali Imron, “*Legal Responsibility Membumikan Asas Hukum Islam Di Indoensia*”, (Yogyakarta: Pustaka Pelajar, 2015) hal. 92-96

²⁷⁰Ibid hal 79

²⁷¹Ibid hal. 49

Hukum Islam sebagai salah satu bahan baku dalam pembentukan hukum nasional, maka hendaknya mampu berkompetisi dengan hukum lainnya. Salah satu upaya yang dapat dilakukan adalah melalui legislasi hukum Islam ke dalam hukum nasional.

Terdapat beberapa faktor yang mendukung integrasi hukum Islam ke dalam hukum nasional Indonesia adalah²⁷²:

1. Hukum Islam telah mentradisi dan diamalkan oleh masyarakat Indonesia dalam kurun waktu berabad-abad, bersamaan dengan datangnya agama Islam di Indonesia. Pengamalan syari'at Islam ini bahkan sudah menjadi adat istiadat bagi masyarakat tertentu, bahkan oleh mereka sudah mejadi hukum adat.
2. Mayoritas warga negara Indonesia memeluk agama Islam. Secara politis dan emosional, implementasi syari'at Islam akan mendapatkan tempat dan dukungan yang mayoritas.
3. Pancasila dan UUD 1945 memberikan peluang bagi warga negara Indonesia untuk melaksanakan ajaran agama dan keyakinannya
4. Program Badan Pembinaan Hukum Nasional menjadikan hukum Islam sebagai salah satu bahan baku dalam pembangunan hukum nasional
5. Adanya sebuah Lembaga (peradilan agama) yang mengakomodir hukum Islam, meskipun dengan kompetensi yang terbatas.
6. Hukum Islam dijadikan sebagai salah satu mata kuliah di fakultas hukum, bahkan sebagian dari fakultas hukum tertentu, menjadikan hukum Islam sebagai sebuah kosentrasi atau program studi di perguruan tinggi
7. Semakin banyaknya ahli hukum Islam yang memberikan kontribusi pemikirannya dalam implementasi hukum Islam di Indonesia.

²⁷²Ibid. hal. 293

8. Munculnya partai politik yang bernafaskan Islam memberikan kontribusi dukungan politis dalam upaya implementasi hukum Islam.

Legislasi hukum Islam ke dalam hukum nasional dapat dilakukan dengan cara mengintegrasikan asas-asas hukum Islam serta melalui *istinbat hukum* (metodologi penggalian hukum) atau *ijtihad* dengan menggunakan metode-metode seperti analogi (*qiyas*), konsensus (*ijma'*), dasar kebaikan (*istihsan*), kemaslahatan (*public interest*), kebiasaan atau adat istiadat (*'Urf*).

Asas-asas hukum adalah cita-cita hukum yang merupakan hal yang sangat mendasar dari suatu hukum atau dengan kata lain merupakan substansi dari *maqashid al Syari'ah* (tujuan adanya hukum). Menurut Satjipto Raharjo sistem hukum yang dibangun tanpa asas-asas hukum, hanya akan berupa tumpukan undang-undang yang tanpa arah dan tanpa tujuan yang jelas.²⁷³ Maka dengan demikian dapat disimpulkan bahwa sesungguhnya prinsip legislasi dalam hukum Islam tidak lepas dari tujuan utama pembentukan hukum Islam (*Maqashid Al Syari'ah*), yakni untuk mencapai kemaslahatan ummat.

Pendekatan *Maqashid al Syari'ah* dipilih sebagai pendekatan dalam menganalisis persoalan perlindungan terhadap hak masyarakat adat atas Ekspresi Budaya ini mengingat *Maqashid al Syari'ah* adalah pendekatan yang sangat komprehensif karena di dalamnya mengandung nilai-nilai universal yang keberlakuannya bagi seluruh umat tanpa memandang perbedaan dari sudut pandang apapun, selain itu di dalam *maqashid* telah terangkum asas-asas hukum Islam yang sudah lazim seperti asas keadilan, asas personalitas QS. Al Mudatsir (74:38).²⁷⁴, asas kebolehan atau mubah di mana asas ini berasal dari kaidah ushul fqih "*al asyu fi al asyyaa al ibahah*" (asal segala sesuatu itu adalah boleh sampai ada dalil yang melarangnya), asas *dar'ul mafasid muqoddam 'ala jalbi al masalih* (asas kemanfaatan

²⁷³Satjipto Raharjo, *Sisi-sisi Lain Dari Hukum di Indonesia* (Jakarta: Penerbit Buku Kompas, 2003), hal. 140

²⁷⁴"setiap orang bertanggung jawab atas apa yang telah dilakukannya"

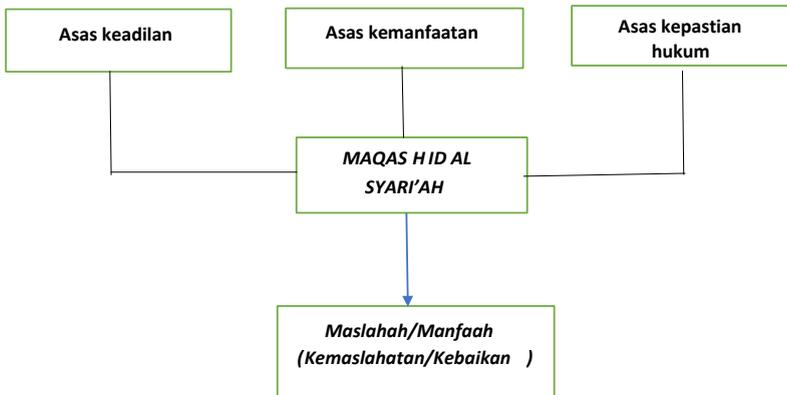
mengiringi asas keadilan dan kepastian hukum), asas mendahulukan kewajiban daripada hak, serta asas-asas lainnya yang dapat mendukung dalam implementasi pembentukan hukum nasional. Selanjutnya dalam pembahasan ini peneliti lebih memfokuskan pada asas keadilan, kemanfaatan dan kepastian sebagai pokok utama tanpa mengenyampingkan asas-asas yang lainnya.

Mengingat Ekspresi Budaya Tradisional milik masyarakat adat ini telah terbukti sebagai harta kekayaan yang memiliki nilai guna serta memberikan begitu banyak manfaat terhadap pemiliknya bahkan di luarnya, maka sebuah keniscayaan untuk diberikan perlindungan yang memadai demi terwujudnya kemaslahatan umat.

Jika sebelumnya pengaturan terhadap Ekspresi Budaya Tradisional ini masuk dalam ruang lingkup hak cipta dan di dalamnya masih terdapat kekaburan norma, maka hendaknya peraturan tersebut dapat diperbaharui dengan peraturan baru atau adanya Undang-Undang khusus yang mengatur terkait hal ini. Tentunya dengan tidak mengenyampingkan nilai-nilai kemaslahatan di dalamnya. Pada posisi inilah diperlukannya integrasi atau pembumian asas-asas hukum Islam yang sesuai dengan *Maqashid al Syari'ah*, yang mana asas-asas tersebut seperti yang telah diuraikan sebelumnya sesuai dengan semangat dan cita hukum Pancasila.

Berikut gambaran *Maqashid al Syari'ah* sebagai pendekatan dalam perlindungan hukum, yang di dalamnya terdapat asas-asas yang jelas dan berakhir dengan tujuan yang pasti yaitu kemaslahatan;

Gambar 6: asas-asas tujuan hukum
(*Maqashid Al Syari'ah*)



Sumber: Hasil Penelitian Peneliti

Melihat gambar skema tersebut maka nampak bahwa kemaslahatan merupakan tujuan akhir dari pencapaian *Maqashid al Syari'ah*. *Maslahah* memiliki kesamaan makna dengan *manfaah* (manfaat) yaitu kandungan kebaikan. Manfaat merupakan tujuan fitrah manusia, baik dengan menciptakan tatanan dan aturan, menyempurnakan tugas, menetapkan undang-undang dan tidak ada yang menyangkal tentang hal ini, baik ulama terdahulu maupun masa kini, bahwa manfaat merupakan standar dari kebaikan dan keburukan dalam kehidupan.²⁷⁵ Ukuran *maslahah* dalam Syari'at adalah kebaikan untuk dunia dan akhirat secara bersamaan, bahkan kebaikan dunia akan sangat menentukan kebaikan urusan akhirat, maka tidak ada alasan untuk condong kepada salah satu di antara keduanya.²⁷⁶ Dengan demikian maka seyogyanya aturan tersebut hendaknya memperhatikan asas keseimbangan yang juga terdapat dalam Islam.

Selanjutnya jika melihat Konsep hukum Islam yang selalu berubah, tentunya melalui celah ini transformasi hukum Islam dapat dilakukan. Konsep perubahan tersebut tentu saja didasari dengan kerangka berpikir yang matang dengan berdasarkan pada beberapa

²⁷⁵Dr. Muhammad Sa'id Ramdhan Al-Buty, *Dhawabith Al Maslahah fi Al-Syari'ah Al-Islamiyah Mu'assasah Al Risalah*, (Kairo: 1973), hal. 24

²⁷⁶Ibid. hal. 25

prinsip yaitu: *pertama*, hukum Islam adalah hukum yang terbaik di antara hukum yang ada, *kedua*, tujuan penetapan hukum adalah untuk mewujudkan kesejahteraan manusia, *ketiga*, hukum Islam selalu mengutamakan pendekatan strategis, *keempat*, hukum Islam itu selalu mengutamakan pendekatan preventif.²⁷⁷

Melihat hal tersebut maka dalam prinsip perlindungan *Maqashid* salah satunya adalah mengutamakan pendekatan preventif. Artinya perlindungan preventif penting untuk dilakukan sebelum terjadinya pelanggaran. Namun hal ini bukan berarti hukum Islam menutup mata terhadap bentuk perlindungan yang bersifat refresif yang bertujuan untuk menyelesaikan sengketa yang sudah terjadi. Maka dengan demikian berdasarkan konsep kerangka berpikir tersebut maka *Maqashid al Syari'ah* dapat memberikan jawaban atau solusi terhadap persoalan perlindungan hak masyarakat adat atas Ekspresi Budaya Tradisional (EBT) yang mereka miliki. Perlindungan tersebut baik dalam kerangka perlindungan kehormatan/Hak Asasi Manusia (*hifzul nafsi/irdhi*), perlindungan terhadap akal (*hifzul aqli*) maupun perlindungan harta (*hifzul maal*).

Ketiga perlindungan tersebut dapat direalisasikan dalam bentuk undang-undang khusus (*sui generis*) yang mengatur tentang hal ini, melihat karakter hak cipta berupa Ekspresi Budaya Tradisional merupakan ciri khas bangsa Indonesia yang pengaturannya tidak terakomodir dalam rezim HKI Barat yang bersifat individual. Pengaturan khusus dengan konteks keIndonesiaan ini didukung dengan semangat hukum Islam dalam *Maqashid al Syari'ahnya* yang sangat terbuka dengan menjadikan adat budaya (*'Urf*) sebagai salah satu sumber hukum sekundernya.

Beberapa pandangan para ahli terkait tentang hal ini yang dapat menguatkan argumentasi pentingnya *Maqashid as Syari'ah* sebagai solusi perlindungan terhadap ekspresi Budaya Tradisional ini dapat dilihat pada uraian tentang bagaimana relasi antara agama dan budaya

²⁷⁷Mujiyono Abdillah, M.A., *Dialektika Hukum Islam Perubahan Sosial Sebuah Refleksi Sosiologis Atas Pemikiran Ibnu Qayyim al-Jauziyah*, (Surakarta: Universitas Muhammadiyah Surakarta, 2003), hal. 54

pada bab sebelumnya. Selain itu juga dalam hal ini Hasbi As Siddiqiey berpendapat bahwa, mempertimbangkan kehadiran tradisi (*'urf*) sebagai acuan pembentukan format pemikiran Hukum Islam baru menjadi suatu keniscayaan. Selanjutnya Hasby mengatakan bahwa Islam menganut asas persamaan, memandang semua masyarakat adalah sama di hadapan Allah, sehingga bukan hanya adat (*'Urf*) dari bangsa Arab saja yang dapat menjadi sumber hukum. Selama adat tidak bertentangan dengan ajaran tauhid maka dia dapat dijadikan sebagai sumber hukum.²⁷⁸

Terkait dengan hal ini terdapat beberapa kaidah yang dapat digunakan antara lain; 1). *Al-tsabit bi al urf ka al tsabit bi al nash* (sesuatu yang ditetapkan berdasarkan tradisi “sama belaka kedudukannya” dengan sesuatu yang ditetapkan berdasar al Qur’an Hadits), 2). *Al ‘Aadah muhakkamah* (Adat bisa dijadikan sumber hukum), 3). *Daa rihim maa dumta fii daa rihim wa haihim maa dumta fii haihim* (beradaptasilah dengan mereka selama kamu ada di kediaman mereka, dan hormatilah mereka selama kamu ada di kampung mereka). Melihat hal tersebut maka kedudukan adat/tradisi begitu penting sehingga ushul fiqh memberi mandat untuk *mentakhsish* lafal umum yang belum memiliki petunjuk teknis pelaksanaannya dalam al Qur’an dan Hadits, yang disebut *takhsis bi al ‘urf*. Kaitan dengan ini, Jalaludin al Suyuthi dalam *al Asyibah wa al Naza’ir* berkata: “*kullu maa wa rada bihi al-syar’u wa laa dhabitha lahu fihi wa la fi al lughah yurja’u fihi ‘ila ar ruf*” (sesuatu yang datang dari Allah dan rasulNya secara mutlak-tanpa Batasan kriteria, baik dalam aspek syari’at maupun dalam aspek Bahasa, maka sesuatu itu harus dikembalikan pada *'urf/tradisi*).²⁷⁹

Masih pada konteks ini, dalam *Maqashid al Syari’ah* menurut Afifuddin Muhajir sekurang-kurangnya penting diperhatikan dua hal yakni; *pertama, nushus al syari’ah*, nash-nash syari’at yang dipahami

²⁷⁸Mahsun Fuad, *Hukum Islam Indonesia: Dari Nalar Partisipatoris Hingga Emansipatoris* dalam Abdurrahman Wahid dkk, *Islam Nusantara Dari Ushul Fiqih Hingga Wawasan Kebangsaan* (Bandung: PT. Mizan Pustaka, 2015), hal. 207

²⁷⁹Abdul Moqsith Ghazali, *Metodologi Islam Nusantara*, dalam Abdul Rahman Wahid dkk, *Islam Nusantara Dari Ushul Fiqh Hingga Paham Kebangsaan*, (Bandung: PT Mizan Pustaka, 2015), hal. 112-13

dengan memperhatikan *Maqashid al Syari'ah* akan melahirkan hukum yang tidak selalu tekstual tetapi juga konstektual. Jika terdapat persoalan yang tidak memiliki acuan secara langsung dari al-Qur'an dan sunnah, maka menjadi konsekuensi logis dari *maslahat* sebagai tujuan syari'at untuk mencari solusi dengan menggunakan dalil-dalil sekunder seperti *al qiyas, istihsan, sadd al-zar'iyah, "urf* dan *maslahah mursalah*. Kedua, selain itu Islam memiliki *mabadi' al Syari'ah* (prinsip-prinsip syari'at). Salah satu prinsip yang paling menonjol adalah prinsip *washatiyah* (moderasi). Moderasi ini memiliki beberapa makna pula yang salah satunya bermakna *al waqi'iyah* (realistis). Realistis bukan berarti menyerah pada keadaan yang terjadi, tetapi bukan pula menutup mata terhadap realitas yang ada dengan tetap berusaha untuk menggapai keadaan ideal.²⁸⁰

Berkaitan dengan hal tersebut dalam hal ini terdapat beberapa kaedah fiqh yang sering digunakan yakni; 1. *Idzaa dhooqo al amru at tasa'a wa idzaa at tasa'a dhooqo* (dalam kondisi sempit ada kelapangan dan dalam kondisi lapang ada kesempitan), 2). *Dar'ul mafasid muqoddamu 'ala jalbil masholih* (Menolak kerusakan lebih didahulukan daripada mendatangkan kemaslahatan), 3. *An nuzuu lu 'ilaa al waaqi'il 'udna 'inda ta'adzuril atsalil a'laa* (Turun ke realitas yang lebih rendah ketika tak mungkin mencapai idelitas yang lebih tinggi).

Melihat hal tersebut maka hukum Islam dapat membumi di mana saja dia berpijak. Suatu contoh yang dapat dilihat adalah dakwah walisongo yang melakukan pendekatan adat dan tradisi budaya lokal setempat. Sunan Kalijaga misalnya, dalam berdakwah menggunakan sarana seni ukir, wayang, gamelan, serta seni suara suluk sebagai media dakwah.²⁸¹ kendati kemudian ini terkesan sinkretis, namun beliau berhasil mengislamkan masyarakat pulau Jawa dengan caranya tersebut.

²⁸⁰Afifuddin Muhajir, *Meneguhkan Islam Nusantara Untuk Peradaban Indonesia dan Dunia*, dalam Abdurrahman Wahid dkk, *Islam Nusantara Dari Ushul Fiqih Hingga Wawasan Kebangsaan* (Bandung: PT. Mizan Pustaka, 2015), hal. 66

²⁸¹Ibid hal. 66

Uraian tersebut di atas menegaskan bahwa *Maqashid As Syari'ah* dapat memberikan perlindungan terhadap Ekspresi Budaya Tradisional dengan membumikan asas-asas hukum Islam ke dalam hukum Nasional dalam sebuah aturan khusus yang dapat melindungi masyarakat Indonesia khususnya masyarakat adat atas harta kekayaan tradisional mereka berupa Ekspresi Budaya Tradisional yang lebih komperhensif dengan warna Indonesia sebagai negara dan bumi tempat berpijak.

5. Perwujudan *Maqashid* Ekspresi Budaya Tradisional (EBT) Ke Dalam Hukum Nasional

Uraian sebelumnya telah menerangkan bahwa bagaimana wujud perlindungan negara terhadap Ekspresi Budaya Tradisional (EBT), serta tawaran jenis perlindungan komperhensif yang dapat diberikan. Saat ini penulis akan menguraikan kembali korelasi perlindungan-perindungan tersebut dengan membumikan *Maqashid* EBT ke dalam hukum Nasional sehingga secara substansial hukum Islam (*Maqashid al Syari'ah*) menjadibagian dari legislasi hukum Nasional khususnya dalam perlindungan Ekspresi Budaya Tradisional (EBT) ke depan.

Awal pembahasan disertasi ini menjelaskan bahwa Perlindungan HKI oleh Negara lebih banyak mentranspalantasikan hukum Barat yang mana lebih dominan perlindungan terhadap individu, namun untuk menyeimbangkan kepentingan individu dengan kepentingan masyarakat, sistem HKI juga mendasarkan diri pada prinsip-prinsip HKI yakni; prinsip keadilan, prinsip ekonomi, prinsip kebudayaan, serta prinsip sosial. Pada prinsip-prinsip inilah celah perlindungan yang lebih adil dapat diberikan pada hak cipta msyarakat Adat atas Ekspresi Budaya Tradisional. Selain itu keseimbangan dapat dilakukan dengan mengakomodasi hukum yang hidup dalam masyarakat seperti hukum Adat dan hukum Islam ke dalam hukum Negara agar hukum dapat berfungsi dengan baik.

Disertasi ini juga telah menjelaskan bagaimana bentuk-bentuk perlindungan yang dapat digunakan dalam melindungi hak cipta masyarakat Adat atas Ekspresi Budaya Tradisional (EBT) seperti

perlindungan negatif (perlindungan negara saat ini melalui UUHC No 28 tahun 2014 dan UU lain yang terkait), perlindungan positif (bagaimana perlindungan ke depan yang lebih baik dan lebih berkeadilan sehingga tercapai *maslahah*), serta bentuk perlindungan lainnya sebagaimana yang telah diuraikan pada awal bab ini.

Keberadaan hak cipta masyarakat Adat atas Ekspresi Budaya Tradisional (EBT) dalam *Maqashid al Syari'ah* adalah memiliki unsur-unsur yang harus dilindungi yakni unsur perlindungan terhadap hak asasi manusia (*hifzul 'irdhi*), perlindungan terhadap akal (*hifzul aqli*) serta yang paling pokok adalah perlindungan terhadap harta (*hifzul maal*). Terhadap keseluruhan unsur perlindungan tersebut unsur yang paling pokok yang akan menjadi inti disertasi ini adalah perlindungan terhadap harta, di mana dalam *maqashidnya* EBT berkedudukan sebagai hak berupa kepemilikan harta (*maal*) yang mana memiliki fungsi ekonomi serta dapat diwarisi, sehingga menimbulkan konsekuensi yang sama dalam hal perlindungannya dengan kepemilikan harta yang lainnya (Al-Baqarah: 188, as Syuara'183, hadits tentang harta serta hadits tentang larangan berbuat zalim, Al Baqarah: 198, An-Nia 29, Al Baqarah 275).

Upaya perlindungan dilakukan dengan beberapa cara antara lain;

1. *Maqashid* EBT dalam pengembangan ekonomi masyarakat Adat dilakukan dengan pengembangan Ekspresi Budaya tersebut oleh masyarakat Adat sendiri sebagai pemilik hak atau pengemban, atau oleh pengemban lain di luar masyarakat Adat dengan memanfaatkan keberadaan EBT baik dalam bentuk asli maupun yang telah dikembangkan menjadi kreativitas baru berupa industri kreatif maupun bentuk kreatifitas lainnya yang mampu menunjang kehidupan perekonomian masyarakat Adat menuju kehidupan yang lebih baik. Hal ini selain berorientasi pada pengembangan ekonomi juga berorientasi pada pengembangan sumber daya manusia dalam memotivasi masyarakat untuk terus berkreasi dalam mengembangkan karya-karya baru berbasis tradisi (*local wisdom*).

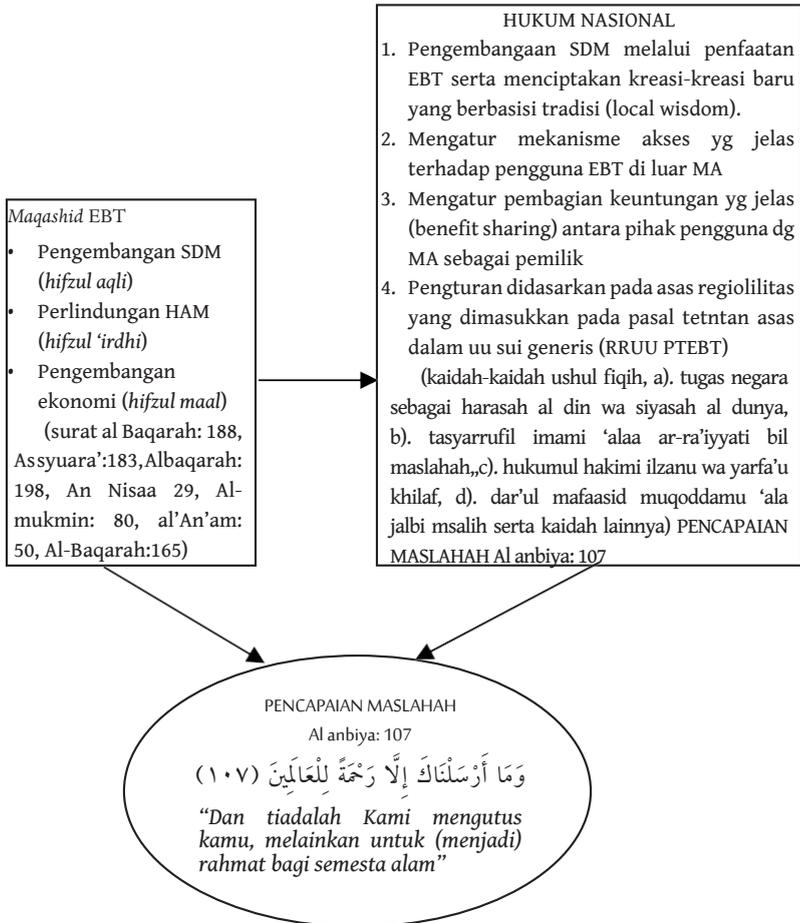
2. *Maqashid* EBT dalam pengembangan Ekonomi ini juga mengatur mekanisme akses yang lebih jelas terhadap pengguna Ekspresi Budaya Tradisional di luar masyarakat Adat, baik oleh perorangan, kelompok, perusahaan, negara ataupun pengguna asing, dengan tertuang lebih jelas dalam sebuah kontrak perjanjian yang diatur oleh undang-undang.
3. *Maqashid* EBT dalam pengembangan ekonomi tersebut selanjutnya mengatur pembagian keuntungan yang jelas (*benefit sharing*) antara pihak pengguna dengan masyarakat Adat sebagai pemilik hak.
4. Terhadap semua jenis *maqashid* tersebut dituangkan ke dalam Undang-Undang tersendiri yang bersifat *sui generis* mengingat keberadaan Ekspresi Budaya Tradisional di Indonesia sangatlah berbeda dengan negara-negara lain di dunia, sehingga perlindungan yang diberikan haruslah sesuai dengan karakter Indonesia yang memiliki nilai-nilai hukum yang berlaku di masyarakat seperti hukum adat terlebih hukum agama (Islam). Undang-undang tersebut tentunya mempertimbangkan pula masukan-masukan dari perjanjian-perjanjian atau hukum-hukum lain baik nasional maupun internasional yang bersifat mendukung terhadap perlindungan ini, serta substansi dari nilai-nilai yang ada dalam hukum Islam sebagai hukum yang berlaku di masyarakat dengan pertimbangan aspek religius. Sebab pelaksanaan pembangunan ekonomi tidak dapat dilihat sebagai sesuatu yang berdiri sendiri, di mana ia juga mempunyai hubungan yang terkait dengan aspek-aspek lain yang bersifat non-material. Sehingga para pelaksana pembangunan ekonomi harus menyadari bahwa strategi pengembangan ekonomi dalam meningkatkan pembangunan ekonomi tidak boleh didasarkan pada pertimbangan materi semata. Harus disadari bahwa *iradah ilahiyah* (*divine will*) juga menjadi faktor penentu bagi kehidupan manusia termasuk bidang ekonomi.

Upaya-upaya tersebut merupakan bentuk perlindungan positif yang dapat dilakukan oleh negara (perlindungan ke depan)

yang diharapkan mampu menjawab persoalan-persoalan hukum yang muncul terkait hak cipta masyarakat Adat atas Ekspresi Budaya Tradisional. Selanjutnya menjadi tugas negara dalam hal ini pemerintah (*ulil amri*) sebagai pengganti pelaksana tugas-tugas kenabiyang berfungsi sebagai menjaga agama dan mengatur urusan dunia (*harasal al din wa siyasa al dunya*) dalam melindungi rakyatnya menuju pencapaian kemaslahatan, di mana kemudian tindakan pemimpin (*ulil amri*) bagi kepentingan rakyatnya harus berorientasi pada kemaslahatan (*tasarruful imami'ala ar-raiyyati manuthun bil maslahah*). Perlindungan yang pasti tentu akan mendatangkan rasa aman bagi rakyat yang dilindungi sehingga seyogyanya pemerintah dalam hal ini seharusnya membuat aturan yang komperhensif yang mampu melindungi masyarakat Adat atas hak-hak komunalnya, hal ini penting mengingat bahwa “keputusan pemerintah bersifat mengikat dan dapat menghilangkan perselisihan” (*hukmul hakimi il zamu wa yarfa'u khilaf*).

Perwujudan perlindungan hukum (*in concreto*) yang dapat diberikan dalam upaya perlindungan ke depan yang menggambarkan sinergitas kekuatan subtansi nilai-nilai hukum Islam ke dalam hukum Nasional adalah dapat dilihat pada gambar berikut;

Gambar: 7. Wujud perlindungan konkret perspektif Maqashid al Syari'ah



Sumber: Peneliti



KESIMPULAN



A. Kesimpulan

1. Makna perlindungan hukum terhadap masyarakat adat atas hak Ekspresi Budaya Tradisional perspektif *Maqashid al Syari'ah* bahwa dalam masyarakat Adat tidak dapat terpisahkan dari hak-hak tradisionalnya berupa Ekspresi Budaya Tradisional, yang mana di dalamnya tersebut menurut perspektif *Mqashid al Syari'ah* mengandung unsur-unsur yang harus dilindungi antara lain;
 - a. Pencapaian *Maslahah* melalui pemuliaan Hak Asasi Manusia (*hifzul 'irdhi*) di mana hak cipta masyarakat Adat atas Ekspresi Budaya Tradisional merupakan bagian dari Hak Asasi Manusia yang harus dilindungi
 - b. Pencapaian *maslahah* melalui pengembangan sumber daya manusia (SDM) masyarakat Adat sebagai bentuk perlindungan terhadap akal (*hifzul aqli*). Jika pengembangan SDM ini dilakukan maka masyarakat Adat akan termotivasi terus untuk selalu berkreasi, serta secara tidak langsung memberi dampak pada terpeliharanya eksistensi dari Ekspresi Budaya Tradisional tersebut.

- c. Pencapaian *Maslahah/Maqashid* pengembangan Ekonomi masyarakat Adat (*hifzul maal*) melalui pemanfaatan kekayaan berupa Ekspresi Budaya Tradisional demi terwujudnya kesejahteraan ekonomi. Sebab ekonomi merupakan penunjang pokok bagi keberlangsungan hidup manusia khususnya masyarakat Adat. Negara berkewajiban mengatur tentang hal ini dengan aturan yang lebih konkret dalam undang-undang.
2. Perlindungan hukum terhadap masyarakat Adat atas Ekspresi Budaya Tradisional tidak diatur dalam perturan perundang-undangan atau hukum positif, sedangkan dalam Undang-Undang No 28 tahun 2014 tentang Hak Cipta masih bersifat kabur. Al Qur'an juga tidak mengatur secara rinci tentang perlindungan hukum terhadap masyarakat Adat atas hak Ekspresi Budaya Tradisional. Al Qur'an hanya mengatur hal-hal yang bersifat umum seperti pengakuan masyarakat Adat melalui penegasan tentang penciptaan manusia dan menjadikannya bersuku-suku dan berbangsa-bangsa (al Hujurat ayat 13), penegasan tentang adanya aturan yang berbeda pada setiap umat sesuai dengan kearifan lokal (QS. Al Maidah:48), perintah menjaga hak seseorang (QS. As Syuara': 183), larangan memakan harta dengan jalan tidak benar (QS. al Baqarah:188), serta larangan berbuat zalim al Qur'an (QS. As Shuraa: 39, ni-nisa:58). Sedangkan dalam hadits terdapat perintah pemanfaatan harta milik orang lain harus berdasarkan kerelaan sang pemilik (HR. Ahmad), larangan merugikan diri sendiri dan merugikan orang lain (HR. Ibnu Majah dari Ubaidah bin Shamit). Berdasarkan dalil-dalil tersebut para mujtahid berijtihad dan menghasilkan beberapa pendapat bahwa;
 - a. Pendapat mayoritas ulama dari kalangan mazhab Maliki, Syafi'i dan Hambali bahwa hak cipta atas ciptaan yang bermanfaat tergolong harta berharga sebagaimana harta benda yang boleh dimanfaatkan secara syara'.

- b. Pendapat wahbah Al Zuhaili bahwa Hak Cipta adalah hak yang dilindungi oleh syara' atas dasar *qaidah istislah* (mencari maslahat), memanfaatkannya tanpa izin pemilik dipandang sebagai kejahatan terhadap pemilik hak cipta.
- c. Pendapat mayoritas ulama kontemporer melalui majma' fiqih Islam Internasional pada muktamar ke-5 di Kuwait tahun 1988 tentang hak cipta, hak paten dan sejenisnya.
- d. Pendapat Jasser Auda bahwa dalam penerapan *Maqashid al Syari'ah* penetapan hukum dengan tujuan kemaslahatan tidak hanya pada hak individu akan tetapi juga berlaku bagi hak kelompok (komunal).

B. Rekomendasi

Berdasarkan hasil penelitian dalam disertasi ini ada beberapa hal yang disarankan antara lain;

1. Pemerintah (*ulil amri*) baik legislatif dan eksekutif, hendaknya membuat aturan khusus bagi perlindungan Ekspresi Budaya Tradisional dalam undang-undang yang berwatak Indonesia dengan melibatkan serta membumikan asas-asas Hukum Islam melalui pendekatan *Maqashid al Syari'ah*, dengan mengimplementasikan *Maqashid EBT* melalui; a). Pengembangan Sumber Daya Manusia (SDM) Masyarakat Adat melalui pemanfaatan EBT serta menciptakan kreasi-kreasi baru yang berbasis tradisi (*local wisdom*), c). Mengatur mekanisme akses yang jelas terhadap pengguna EBT di luar Masyarakat Adat dengan pembuatan kontrak perjanjian dengan pihak pengguna, d). Mengatur pembagian keuntungan yang jelas (*benefit sharing*) antara pihak pengguna dengan Masyarakat Adat sebagai pemilik hak Cipta, e). Penetapan *maqashid* tersebut didasarkan pada asas religioisitas yang menjadi salah satu asas hukum yang berlaku di masyarakat yang mana asas tersebut dituangkan ke dalam pasal tertentu. Pertimbangan ini perlu mengingat dalam setiap pembuatan undang-undang dengan tujuan

perlindungan harus melibatkan aspek non materi seperti nilai-nilai agama di mana hukum agama adalah salah satu hukum yang berlaku dalam masyarakat

2. Bagi yudikatif diharapkan menjadikan Undang-undang tersebut sebagai pedoman dalam menindak terhadap setiap pelanggaran terhadap Ekspresi Budaya Tradisional di Indonesia sebagai upaya perlindungan yang bersifat refresif demi tercapainya keadilan, kemanfaatan serta kepastian hukum yang bermuara pada kemaslahatan.
3. Mendorong Pemerintah agar membentuk suatu institusi yang secara khusus membidangi hal-hal yang berkaitan dengan pengakuan, perlindungan dan pelestarian Ekspresi Budaya Tradisional (EBT) serta pelibatan masyarakat Adat terkait dengan hal tersebut, demi terwujudnya kemaslahatan.



DAFTAR PUSTAKA

A. BUKU/LITERATUR

- Abdul Manan, *Reformasi Hukum Islam di Indonesia*, Jakarta: RajaGrafindo Persada, 2006
- Abdul Wahhab Khallaf, *Kaidah-kaidah Hukum Islam (Ilmu Ushul Fiqh)*, Jakarta: PT. Raja Grafindo Persada, 1994
- Abdul R Saliman et al, *Hukum Bisnis untuk Perusahaan*, Jakarta: Kencana Prenada Media Group, 2006
- Abdul Aziz Dahlan et al, *Ensiklopedi Hukum Islam*, Jakarta: P.T, Ichtiar Baru van Hoeve
- Achmad Ali, *Menguak Tabir Hukum: Suatu Kajian Filosofis dan Sosiologis*, Jakarta: Toko Agung Tbk, 2002
- Achmad Zen Umar Purba, *“Hak Kekayaan Intelektual Pasca TRIP’s* Bandung: Alumni, 2005
- Ade Saptomo, *Hukum Dan Kearifan Lokal Revitalisasi Hukum Adat Nusantara* Jakarta: PT. Grasindo, 2010
- Afriliyana Purba, *Pemberdayaan Perlindungan Hukum Pengetahuan Tradisional dan Ekspresi Budaya Tradisional Sebagai Sarana Pertumbuhan Ekonomi*, Bandung: PT Alumni, 2012

- Afrillyana Purba dkk, *TRIPs-WTO & Hukum HKI Indonesia Kajian Perlindungan Hak Cipta Seni Batik Tradisional Indonesia*, Jakarta: PT. Asdi Mahasatya, 2005
- Afrillyanna Purba, *Perlindungan Hukum Seni Batik Tradisional*, Bandung: PT. Alumni, 2009
- Afifuddin Muhajir, *Meneguhkan Islam Nusantara Untuk Perdaban Indonesia dan Dunia*, dalam Abdurrahman Wahid dkk, *Islam Nusantara Dari Ushul Fiqih Hingga Wawasan Kebangsaan* (Bandung: PT. Mizan Pustaka, 2015), hal. 66
- Agus sarjono, *Hak Kekayaan Intelektual dan Pengetahuan Tradisional*, Bandung: PT Alumni, 2010
- Ahmad al Hajj al-Kurdi, *Al Madkhal Al Fiqhi: al Qawaid al Kulliyah*, Damsyik: Dar al- Ma'rif 1980
- Ahmad Nur Fuad, MA, dkk, *Hak Asasi Manusia Dalam Perspektif Islam*, Malang: LPSHAM, 2010
- Ahmad Rofiq, MA., *Fiqih Kontekstual Dari Normatif ke Pemahaman Sosial*, Ypgyakarta: Pustaka Pelajar 2004
- Ainur Rohim Faqih dkk, *HKI, Hukum Islam dan Fatwa MUI*, Yogyakarta: Graha Ilmu, 2010
- Amir Muallim & Yusdani, *Konfigurasi Pemikiran Hukum Islam*, Yogyakarta: UII Press Indonesia, 2001
- Arif Lutviansori, *Hak Cipta Dan Perlindungan Folklor di Indonesia*, Graha Ilmu, Yogyakarta: 2010
- Asafri Jaya, *Konsep al syari'ah menurut al Syatibi*, Jakarta: PT. Raja Grafindo Persada, 1996
- Ashibly, "*Hukum Hak Cipta Tinjauan Khusus Performing Right Lagu Indie Berbasis Nilai Keadilan*", Yogyakarta: Genta Publishing, 2016
- Badri Khaeruman, *Hukum Islam Dalam Perubahan Sosial*, Bandung: CV Pustaka Setia, 2010

- Amidhan & Saafroedin Bahar, *Mewujudkan Hak Konstitusional Masyarakat Hukum Adat Himpunan Dokumen Peringatan Hari Internassional Masyarakat Hukum Adat Sedunia*, Jakarta: KOMNAS HAM 2006
- Aliansi Masyarakat Adat Nusantara (AMAN), *Naskah Akademik Undang-undang Tentang Masyarakat Adat*, 2016
- Bambang Kesowo dan Rachmadi Usman, *Hukum Atas Kekayaan Intelektual*, Bandung: Alumni, 2003.
- Barda Nawawi Arief, *kapita Selekta Hukum Pidana*, Bandung: Citra Aditya Bakti, 2003
- Badan Penelitian dan Pengembangan HAM Kementrian Hukum dan HAM RI, *Perlindungan Kekayaan Intelektual Atas Pengetahuan Tradisional & Ekspresi Budaya Tradisional*, Bandung: PT. Alumni, 2013
- Bernard Nainggolan, *Pemberdayaan Hukum Hak Cipta dan Lembaga Manajemen Kolektif*, Bandung: PT Alumni, 2011
- C. Dewi Wulansari, *Hukum Adat Indonesia Suatu Pengantar*, Bandung: PT Rafika Aditama
- Dominikus Rato, *Hukum Benda dan Harta Kekayaan Adat*, Yogyakarta: LaksBang PRESSindo, 2018
- , *Hukum Adat Kontemporer*, Surabaya: LaksBang Justisia 2015
- Daniel Oran J.D, et all, *Dictionary of The Law, Third Edition*, west legal studies, 2000
- Eddy Damian, *Hukum Hak Cipta*, Bandung: PT Alumni, 2005
- Elyta Ras Ginting, *“Hukum Hak Cipta Indonesia (Analisis Teori dan Praktik)*, Bandung: Citra Aditya Bakti, 2011
- Erman Rajagukguk dan Ridwan Khairandi, *Tekhnologi dan Alih Tekhnologi Dalam Perspektif Hukum* (Modul Kuliah Pasca Sarjana Magister Ilmu Hukum UII, 1999

- Faisal, *Ilmu Hukum sebuah Kajian Kritis, filsafat, keadilan, dan Tafsir*, Yogyakarta: 2015
- Fajar Sugianto, *Economic Analysis Of Laws Seri Analisis Ke-Ekonomian Tentang Hukum*, Jakarta: Kencana Perdana Media Group, 2013
- Fauzi, *Teori Hak, Harta & Istislahi Serta Aplikasinya Dalam Fiqih Kontemporer*, Jakarta: Kencana, 2017
- Hamka Haq Al Syatibi, *Aspek Teologis Konsep Masalah dalam Kital al Muwafaqat*, tanpa kota: pen Erlangga: 2007
- Harumiati Natadimaja, *Hukum Perdata Mengenai Hukum Perorangan dan Hukum Benda*, Yogyakarta: Graha Ilmu, 2009
- Hartono Mardjono, “*Menegakkan Syari’at Islam Dalam Konteks Keindonesiaan Proses Penerapan Nilai-Nilai Islam Dalam Aspek Hukum Politik Dan Lembaga Negara*”, Bandung: Mizan 1997
- Hasbi Ash-Shiddieqy, *Ilmu Kenegaraan Dalam Fiqih Islam*, Jakarta: Bulan Bintang, 1991
- Haidar Bagir, “*Islam dan Budaya Lokal: Perspektif ‘Irfan’* dalam Abdurrahman Wahid dkk, *Islam Nusantara Dari Ushul fiqih Hingga Paham Kebangsaan*, Bandung: PT. Mizan Pustaka, 2015
- Hendi Suhendi, *Fiqih Muamalah*, Jakarta: RajaGrafindo Persada, 2016
- Henry Soelistyo, *Hak Cipta Tanpa Hak Moral*, Jakarta: Rajagrafindo Persada, 2011
- Husein Alting, “*Dinamika Hukum Dalam Pengakuan Dan Perlindungan Hak Masyarakat Hukum Adat Atas Tanah*”, Yogyakarta: Laksbang Pressindo, 2011
- H.R. Otje Salman Soemadiningrat, *Rekonseptualisasi Hukum Adat Kontemporer* Bandung: PT. Alumni, 2011
- Hilman Hadikusuma, S.H., *Hukum Perekonomian Adat Indonesia*, Bandung: PT. Aditya Bakti, 2001

- Ali Imron, Legal *Responsibility Membumikan Asas Hukum Islam Di Indoensia*, Yogyakarta: Pustaka Pelajar, 2015
- Jasser Auda, *Membumikan Hukum Islam Melalui maqasid Al syari'ah*, Bandung: PT. Mizan Pustaka, 2015
- John Griffiths, *Memahami Pluralisme Hukum, Sebuah Deskripsi Konseptual*, dalam Dzimar Kusliannadi, *Pluralisme Hukum: Sebuah Pendekatan Interdisiplin*, Jakarta: HUMA, 2005
- Keebet von Benda-Beckman, *Pluralisme Hukum, Sebuah Sketsa Genealogis dan Perdebatan Teoritis*, dalam Dzimar Kusliannadi, *Pluralisme Hukum: Sebuah Pendekatan Interdisiplin*, Jakarta: HUMA, 2005
- Komariah., *Hukum Perdata*, Malang: UPT. Universitas Muhamadiyah 2010
- Kholis Roisah, *Konsep Hukum Hak Kekayaan Intelektual (HKI), Sejarah Pengertian dan Filosofi Pengakuan HKI Dari Masa Ke Masa*, Malang: Setara Pres, 2015
- Kementerian Perencanaan Pembangunan Nasional/Badan Perencanaan Pembangunan Nasional Direktorat Perlindungan dan Kesejahteraan Masyarakat, *Masyarakat Adat di Indonesia Menuju Perlindungan Sosial Yang Inklusif*, Jakarta: Direktorat Perlindungan dan Kesejahteraan Masyarakat Kementerian PPN/ BAPPENAS, 2013
- Mardani, *Hukum Islam Pengantar Hukum Islam Indonesia*, Yogyakarta: Pustaka Pelajar 2015
- Muhammaad Thahir Azhari *Negara Hukum Suatu Studi Tentang Prinsip-prinsipnya dilihat dari segi hukum Islam, Implementasinya Pada Periode Negara Madinah Dan Masa Kini*, Jakarta: Kencana, 2010
- Nian S. Djoemena, *Batik Dan Mitra*, Jakarta: Djambatan, 1990
- Nourouzzaman ash-Shiddieqy, *Fiqih Indonesia, Penggagas dan Gagasannya*, Yogyakarta: Pustaka Pelajar, 1997

- Ismail Nawawi, *Fiqih Muamalah Klasik Dan Kontemporer*, Bogor: Ghalia Indonesia, 2012
- Mohammad Darwis, *Maqasid Al Syari'ah dan Pendekatan Sistem Dalam Hukum Islam* dalam M, Arfan Muammar, Abdul Wahid Hassan dkk., *Studi Islam Kontemporer Perspektif Insider/ Outsider*, Yogyakarta: IRCiSoD, 2017
- Moh. Anas kholis & Nor Salam, M.HI., *Epistemologi Hukum Islam Transformatif Sebuah Tawaran Metodologis Dalam Pembacaan Kontemporer*, Malang: UIN Maliki Press, 2015
- Murtadha Muthahhari, *Keadilan Ilahi: Asas Pandangan Dunia Islam*, Terj. Agus Efendi Bandung: Mizan anggota IKAPI, 1981
- Mariam Darus Badruzaman, *Sistem Hukum Benda Nasional*, Bandung: PT. Alumni, 2015
- Mardani, *Hukum Islam Pengantar Hukum Islam Indonesia*, Yogyakarta: Pustaka Pelajar, 2015
- Mahsun Fuad, *Hukum Islam Indonesia: Dari Nalar Partisipatoris Hingga Emansipatoris* dalam Abdurrahman Wahid dkk, *Islam Nusantara Dari Ushul Fiqih Hingga Wawasan Kebangsaan*, Bandung: PT. Mizan Pustaka, 2015
- M. Hawin, Budi Agus Riswandi, *Isu-isu Penting Hak Kekayaan Intelektual di Indonesia*, Yogyakarta: Gadjah Mada University Press, 2017
- Miranda Risang Ayu dkk. *Hukum Sumber Daya Genetik, Pengetahuan Tradisional dan Ekspresi Budaya Tradisional Di Indonesia* (Bandung: PT Alumni 2014)
- Muhammad Daud Ali, S.H., *Hukum Islam Pengantar Ilmu Hukum dan Tata Hukum Islam Di Indonesia*, Jakarta: PT. Raja Grafindo Indonesia, 1990
- Muhammad Sa'd bin Ahmad bin Mas'ud Al-Yuby, *Maqasid Al Syari'ah wa Alaqotihabi Al-Adillah Al Syar'iyyah*, Dar Hijrah Li al Nasyr wa Al-Tauzi', Saudi Arabia: 1998 M/1418 H

- Muhammad Syaifuddin dan Sri Handayani, "**Hukum Perlindungan Rekayasa Genetika Relasi Moral, Hak Kekayaan Intelektual, dan Perlindungan Varietas Tanaman dan Paten Di Indonesia**, Malang: Setara Press, 2017
- Muhammad Sa'id Ramdhan Al-Buty, **Dhawabith Al Maslahah fi Al-Syari'ah Al-Islamiyah** Mu'assasah Al Risalah, Kairo: 1973
- Mujiyono Abdillah, M.A., **Dialektika Hukum Islam Perubahan Sosial Sebuah Refleksi Sosiologis Atas Pemikiran Ibnu Qayyim al-Jauziyah**, Surakarta: Universitas Muhammadiyah Surakarta, 2003
- OK Saidin, **Aspek Hukum Hak Kekayaan Intelektual**, Jakarta: PT. RajaGrafindo Persada, 2007
- O. Notohamidjojo, **Demi Keadilan dan Kemanusiaan Beberapa Bab dari filsafat Hukum**, Jakarta: BPK Gunung Mulia
- Philipus M Hadjon, **Perlindungan Hukum Bagi Rakyat Indonesia** Surabaya: PT. Bina Ilmu, 1987
- Philipus M. Hadjon, "**Perlindungan Hukum Bagi Rakyat Indonesia Sebuah Studi Tentang Prinsip-Prinsipnya, Penanganannya Oleh Pengadilan Dalam Lingkungan Peradilan Umum Dan Pembentukan Peradilan Administrasi**
- Peter Mahmud Marzuki, **Pengantar Ilmu Hukum**, Jakarta: Pernermedia Group, 2008
- Rahmi Jened, **Hak Kekayaan Intelektual Penyalahgunaan Eksklusif**, Surabaya: Percetakan UNAIR, 2010
- Resti Achmaliadi, **Masyarakat Adat, Kesejahteraan dan Fakta-fakta Kemiskinan**, dalam Restu Achmaliadi *et.al. Memahami Dimensi-dimensi Kemiskinan Masyarakat Adat* Kippy, 2010
- Rikardo Simarmata, **Pengakuan Hukum Terhadap masyarakat Adat Indonesia**, Jakarta: UNDP, 2006
- Rikardo Simarmata & Bernadinus Steni, **Masyarakat Hukum Adat Sebagai Subjek Hukum: Kecakapan Hukum Masyarakat Hukum**

Adat dalam Lapangan Hukum Privat dan Publik, Bogor: The Shamdana Institute, 2017

Ricardo Simarmata, *Mencari Karakter Aksional Dalam Pluralisme Hukum*, dalam Dzimar Kusliandi, *Pluralisme Hukum: Sebuah Pendekatan Interdisiplin*, Jakarta: HUMA, 2005

Ridwan Khairandy, *Pokok-pokok Hukum Dagang Indonesia*, Yogyakarta: FH UII Press, 2013

Robert M. Sherwood. 1990, *Intellectual Property and Economic Development*, Virginia: Alexandria

R. Soebekti dan R. Tjiptosordibiyo, *Kitab Undang-undang Hukum Perdata*, (Jakarta: Pradnya Paramitha, 2005)

R. Wiryono Projodikoro, *Perbuatan Melanggar Hukum*, Bandung: sumur 1994

I Wayan Suparta, *Perlindungan Hukum Pengetahuan Tradisional dan Ekspresi Budaya Tradisional*, dalam Dr.H. Bibin Rubini, et.al. *Meneroka Relasi Hukum, Negera, dan Budaya* (Jakarta: Yayasan Pustaka Obor Indonesia Bekerjasama Dengan Fakultas Hukum Universitas Pakuan, Bogor, 2017), hal. 232

I Nyoman Nurjaya *Menuju Pengakuan Kearifan Lokal Dalam Pengelolaan Sumber Daya Alam: Perspektif Antropologi Hukum*. Dalam Rachmat Safa'at et.al. *Negara, Masyarakat Adat dan Kearifan Lokal*, Malang: In-Trans Publishing, 2008

Sadjipto Raharjo, *Ilmu Hukum*, Bandung: PT. Citra Aditya Bhakti, 2000

Satjipto Raharjo, *Sisi-sisi Lain Dari Hukum di Indonesia*, Jakarta: Penerbit Buku Kompas, 2003

Salim H.S., *Penerapan Teori Hukum Pada Penelitian Disertasi dan Tesis (Buku Kedua)*, Jakarta: PT. Raja Grafindo Persada, 2014

Soerjono Soekanto, *"Hukum Adat Indonesia"*, Jakarta: Rajawali Press, 2002

- Soeroso, *Pengantar Ilmu Hukum* , Jakarta:Sinar Grafika, 2015
- Sanuri, *Teologi Hukum Islam dan Tren Modernitas*, Surabaya, Imtiyaz, 2017
- Sajuti Thalib, *Receptie A Contrario*, Jakarta: PT. Bina Aksara, 1982
- Sudaryat, Sudjana, dan Rika Ratna Permata, *Hak Kekayaan Intelektual- Memahami Prinsip Dasar, Cakupan dan Undang-Undang yang Berlaku*, Bandung: Oase Media, 2010
- Subekti, *Pokok-pokok Hukum Perdata*, Jakarta:PT Intermedia, 2005
- Sulasman dkk, *Teori-teori Kebudayaan dan Teori Hingga Aplikasi*, Bandung : Putaka Setia, 2003
- Sri Soedewi Masjchoen Sofwan, *“Hukum Perdata Hukum Benda*, Yogyakarta: Liberty 1974
- Syukron Salam, *Hukum Adat dan perjuangan Lokal*, dalam Jimly As Shiddiqie, dkk. *Soepomo Pergulatan Tafsir Negara Integralistik Biografi Intelektual, Pemikiran Hukum Adat, dan Konstitusionalisme*, Yogyakarta: Penerbit Thafa Media, 2015
- The Lang Gie, *Teori-teori Keadilan Sumbangan Bahan untuk Pemahaman Pancasila*, Yogyakarta: Super yogyakarta, 1979
- Taryana Soenandar, *Perlindungan HAKI (Hak Milik Intelektual) Di Negara-negara ASEAN*, Jakarta: Sinar Grafika, 2007
- Thohir Luth, *Syariat Islam Mengapa Takut*, Malang: UB Press, 2011
- W. Friedmann, *Teori & Filsafat Hukum Telaah Kritis Atas Teori-teori Hukum (SUSUSNAN I)* Jakarta: Rajawali Press 1990
- Wahbah Al Zuhaili, *Fiqh Islam Wa Adillatuhu*, jilid IV Jakarta: Gema Insani, 2011
- , *Fiqh Islam Wa Adillatuhu*, jilid VI (Jakarta: Gema Insani, 2011
- , *Fiqh Islam Wa Adillatuhu*, jilid VII (Jakarta: Gema Insani, 2011

Yusran Isnaini, *Buku Pintar HKI Tanya Jawab seputar Hak Kekayaan Intelektual*, Bogor: Ghalia Indonesia, 2010

Zaenudin Ali, *Hukum Islam Pengantar Hukum Islam di Indonesia*, Malang: Sinar Grafika, 2006

B. HASIL PENELITIAN

Peter Jaszi dkk, Laporan Penelitian: *Kebudayaan Tradisional Suatu Langkah Maju Untuk Perlindungan di Indonesia*, Jakarta; LSPP, 2009

C. MAJALAH, JURNAL, MAKALAH, KORAN DAN INTERNET

Afifah Kusumadara, *Konflik Hukum HAKI Dengan Adat Di Indonesia*xy *4dvc* Jurnal Arena Hukum, No 12, November, 2000

Asmuni, *Penalaran Induktif Syatibi dan Perumusan al-Maqasid Menuju Ijtihad Yang Dinamis*, dikutip dari www.yusdani.com. Diakses tanggal 26 Juli 2008

Ahmad Zarkasyi, *Hak Cipta Dalam Pandangan Syari'ah*, <http://zarkasih20.blogspot.com/2013/07/hak-cipta-dalam-pandangan-syariah.html> di akses tgl 10 desember 2018

Djulaeka, *Konsep Benefit Sharing Sebagai Upaya Perlindungan Dan Pemanfaatan Traditional Knowledge Di Indonesia*, *Rechtidee* Jurnal Hukum, Vol. 9, No.1 Juni 2014

Hendra Tanu Atmajaya, *Konsep Hak Ekonomi dan Hak Moral Pencipta Menurut Sistem Civil Law dan Common Law*, Jurnal Hukum No 23. Vol.10 Mei 2003

Ikkal, *Implementasi Hak ekonomi Sosial dan Budaya Masyarakat Adat Dalam Hukum HAM Internasional di Indonesia*, jurnal lmu Hukum Fiat Justisia, volume 3 No 3, September-Desember 2011

Iwan Meulia Pirous dkk., *Peran Gagasan dan Kreativitas Dalam Pengembangan Ekonomi Berbasis Tradisi*, Jakarta: Buku Atap Kementrian Pariwisata dan Ekonomi Kreatif, 2003

- Irma De Obaldia, **“Western Intellectual Property and Indigenous Cultures: The Case of Panamanian Indigenous Intellectual Property Law”**, 23 B.U. Int’l L.J.337, Boston University International Law Journal, Fall 2005
- Kholis Roisah, **Perlindungan Ekspresi Budaya Tradisional dalam Sistem Hukum Kekayaan Intelektual**, <https://www.scribd.com/document/369092267/4678-ID-Perlindungan-Ekspresi-Budaya-Tradisional-Dalam-Sistem-Hukum-Kekayaan>
- Laode Monto Bauto, **Perspetif Agama & Kebudayaan Dalam Kehidupan Masyarakat Inonesia (Suatu Kajian Sosiologi Agama)**, JPIS, Jurnal Pendidikan Ilmu Sosial, volume 23, No 2, edisi Desember 2014
- Miranda risang ayu dkk., **sisitem perlindungan sumber daya budaya tak benda di Palembang, sumatera selatan, Indonesia**, mimbar hukum volume 2, nomor 2, Juni 2017
- Muazzin, Hak **Masyarakat Adat (indigineus peoples) Atas Sumber Daya Alam: Perspektif Hukum Internasional**, Padjajaran Jurnal Ilmu Hukum Volume 1-no 2- tahun 2014- tahun 2014
- Sukirno, **Tindak Lanjut Pengakuan Hutan Adat Setelah Putusan Mahkamah Konstitusi No.35/PUU-X/2012**, jurnal masalah-masalah Hukum, jilid 45, No.4, Oktober 2016
- Muhammad Khotibul Umam, **Teori Eksistensi Hukum Islam Di Indonesia**, <http://umamkhotibul400.blogspot.com/2012/07/teori-eksistensi-hukum-islam-di.html>, di akses tanggal 15 Juli 2018M. Quray Shihab, **Arti Penting Menggunakan Akal Menurut Al Qur’an** , <https://tirto.id/arti-penting-menggunakan-akal-menurut-alquran-cpUn>, diakses tanggal 14 Juli 2018
- Yusna Melianti dkk, **Pengaturan folklor Secara Sui Generis Dalam Undang-undang Tersendiri** jurnal masalah-masalah Hukum, jilid 45 No.1
- Menkokesra, **Lagu Rasa Sayange Terbukti Milik Indonesia**, <https://www.antaraneews.com/berita/80288/lagu-rasa-sayange-terbukti-milik-indonesia>, diakses tanggal 12 Januari 2017

Liputan6.com, **Reog Diklaim Malaysia, Warga Ponorogo Kaget** <https://www.liputan6.com › News › Lain-lain>, 22 Nov 2007, diakses tanggal 12 Januari 2017

Batik Parang Dipatenkan Malaysia, <http://batikindonesia.info/2006/03.31/batik-parang-dipatenkan-malaysia>, diakses 27 Desember 2017

Hasil sensus penduduk, <http://www.mikirbae.com/2015/05/komposisi-penduduk-menurut-agama.html> diakses pada tanggal 7 Maret 2017

<http://news.detik.com/berita/1005035/dituding-jiplak-motif-perak-perajin-bali-dituntut-2-tahun-penjara>, di akses tanggal 6 Oktober 2016

Publikasi WTO, http://wto.org/english/thewto_e/whatis_e/tif_e/agrm6_e.htm di unduh 28 Februari 2015

Tempo.co, **Malaysia Sudah Tujuh Kali Mengklaim Budaya RI**, Kamis, 21 Juni 2012 05:49 WIB, <https://nasional.tempo.co › Nasional>

Stefanus Osa Triyatna, **Semangat Nasionalis Pembatik Pekalongan**, Kompas 11 Februari 2008), <http://koransaya.blogspot.com/2008/02/salut-kepada-pembatik-pekalongan.html>, diakses 27 Desember 2017

D. PERUNDANG-UNDANGAN, PERJANJIAN INTERNASIONAL

Redaksi Sinar Grafika, **Undang-undang Hak Cipta No 28 tahun 2014**, Jakarta: Sinar Grafika, 2015

draf articles WIPO tentang Perlindungan terhadap Ekspresi Budaya Tradisional (*WIPO'S Revised Draft Provisions for The Protection of Traditional Cultural Expression/Expressions of folklore*),

Recommendation on the Safeguarding of Traditional and Folklore 15 Nopember 1989

Indunil Abyeskere, 2007 “The Protection of Expression of folklore in Sri Lanka” International Review of Intellectual Property and Competition Law

E. KAMUS

Ahmad Warson Al Munawir, *Al Munawir kamus Arab-Indonesia Terlengkap* Yogyakarta: Pustaka Progressif: 1997

Pusat Bahasa Departemen Pendidikan Nasional, *Kamus Besar Bahasa Indonesia*, Jakarta: Balai Pustaka, 2007

Masyarakat Adat dan Ekspresi Budaya

Tinjauan Hukum
Dan Maqashid Syariah

Ekspresi Budaya Tradisional (EBT) adalah bagian dari Hak Kekayaan Intelektual (HKI) yang merupakan milik komunal atau milik masyarakat adat yang harus dilindungi keberadaannya. Hak perlindungan ini merupakan hak asasi atas setiap pemilik kekayaan intelektual tidak terkecuali masyarakat adat dan tempat-tempat sakral.

Ekspresi Budaya Tradisional merupakan aspek yang tidak dapat dipisahkan dalam pembentukan identitas suatu bangsa terlebih bangsa Indonesia yang terdiri atas ribuan suku dengan kekayaan Ekspresi Budaya Tradisional yang sangat banyak. Sayangnya, logika Hak Kekayaan Intelektual konvensional yang diatur tidak mengakomodasi kepemilikan komunal milik bangsa Indonesia ini. Sebab bagi Hak Kekayaan Intelektual konvensional syarat perlindungan terhadap kekayaan intelektual yang berupa hak cipta adalah karya kreatif yang sudah dimaterialisasi, bernilai baru, dimiliki individu, dan menjadi bagian dalam proses komodifikasi dan industri. Sedangkan Ekspresi Budaya Tradisional milik masyarakat adat merupakan karya turun temurun yang sudah tidak memiliki kebaruan serta kepemilikannya bersifat komunal yang kreatornya sudah tidak lagi di ketahui.

 Sanabil

Puri Bunga Amanah
Jl. Kerajinan 1 Blok C/13 Mataram
Telp. 0370- 7505946
Mobile: 081-805311362
Email: sanabilpublishing@gmail.com
Website: www.sanabil.web.id

ISBN 978-623-317-115-1

