

TESIS
HAK ASUH ANAK BELUM MUMAYYIZ AKIBAT TERJADINYA
PERCERAIAN



OLEH :
NANIK MAHMUDAH
NIM. 031924253013

PROGRAM STUDI MAGISTER KENOTARIATAN
FAKULTAS HUKUM
UNIVERSITAS AIRLANGGA
SURABAYA
2022

**HAK ASUH ANAK BELUM MUMAYYIZ AKIBAT TERJADINYA
PERCERAIAN**

TESIS

**Diajukan Untuk Memperoleh Gelar Magister Kenotariatan Pada Fakultas
Hukum Universitas Airlangga**

OLEH :

NANIK MAHMUDAH

NIM. 031924253013

PROGRAM STUDI MAGISTER KENOTARIATAN

FAKULTAS HUKUM

UNIVERSITAS AIRLANGGA

SURABAYA

2022

LEMBAR PENGESAHAN

Tesis ini telah disetujui,

Tanggal 12 Januari 2022

Oleh

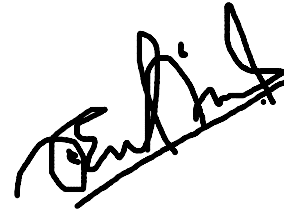
Dosen Pembimbing I :



Dr. Indira Retno Aryatie, S.H., M.H.

NIP. 198003202005012002

Dosen Pembimbing II :



Erni Agustin, S.H., LL.M.

NIP. 198308102006042001

Mengetahui :

Koordinator Program Studi Magister Kenotariatan

Fakultas Hukum Universitas Airlangga



Dr. Indira Retno Aryatie, S.H., M.H.

NIP. 198003202005012002

Tesis ini telah diuji dan dipertahankan di hadapan Panitia Penguji,

Pada tanggal 12 Januari 2022

PANITIA PENGUJI TESIS :

Ketua : Dr. Trisadini Prasastinah Usanti, S.H., M.H.

Anggota : 1. Prof. Dr. Drs. Abd. Shomad, S.H., M.H.

2. Fiska Silvia Raden Roro, S.H., M.M., LL.M.

3. Erni Agustin, S.H., LL.M.

4. Dr. Indira Retno Aryatie, S.H., M.H.

ABSTRAK

Perkawinan merupakan ikatan lahir bathin antara seorang pria dengan seorang wanita sebagai suami dan istri dengan bertujuan membentuk keluarga yang kekal dan bahagia berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa. Akan tetapi, dalam perkawinan pasti terdapat permasalahan yang membuat sepasang suami dan istri menghentikan harapannya untuk tidak melanjutkan kebersamaannya dan memutuskan untuk berpisah. Dengan terjadinya perceraian, hal krusial yang berdampak adalah mengenai hak asuh anak. Hak asuh anak atau pemeliharaan anak yang belum mumayyiz atau belum berusia 12 tahun adalah hak ibunya, namun apabila pemegang hadhanah tersebut tidak dapat menjamin keselamatan jasmani dan rohani anak, maka pemeliharaan anak tersebut dapat diberikan kepada pihak-pihak yang lebih bisa bertanggung jawab. Penelitian ini bertujuan untuk menganalisis ketentuan terhadap hak asuh anak belum mumayyiz akibat perceraian dan menganalisis putusan Pengadilan Agama dalam memutus hak asuh anak belum mumayyiz akibat perceraian. Metode pendekatan yang digunakan ialah pendekatan perundang-undangan (*statute approach*), pendekatan kasus (*case approach*) dan pendekatan konseptual (*conceptual approach*). Pengasuhan anak ialah suatu kewajiban bagi kedua orang tua, namun terdapat pihak yang lebih berhak dalam mengasuh anak tersebut berdasarkan ketentuan dalam hukum positif di Indonesia, berdasarkan Al-Qur'an dan Hadits. Berkaitan dengan perkara pemeliharaan anak atau hadhanah, Adapun syarat-syarat penentuan pemegang hak pemeliharaan anak, yaitu harus berakal sehat, merdeka, memiliki kasih sayang, dapat dipercaya, beragama islam dan bertempat tinggal. Adapun seorang ibu dikecualikan sebagai pemegang hadhanah apabila murtad, menikah lagi, termasuk dalam istri yang nusyuz. Jika anak tersebut sudah besar, anak tersebut diberikan pilihan di antara ayah dan ibunya untuk diberikan hak hadhanah. Pengaturan mengenai hak asuh anak akibat terjadinya perceraian di Indonesia dan Malaysia memiliki perbedaan dalam kategori eksekusi putusan perkara, yaitu di Indonesia dilaksanakan bukan dengan melakukan suatu perbuatan tertentu yaitu dengan menahan seseorang, sedangkan di Malaysia menggunakan eksekusi dengan melakukan atau menahan seseorang apabila tidak menyerahkan kuasa asuh anak tersebut sesuai dengan waktu yang ditentukan.

Kata kunci : Perkawinan, Perceraian, Hak Asuh Anak

ABSTRACT

Marriage is an inner and outer bond between a man and a woman as husband and wife with the aim of forming an eternal and happy family based on the One Godhead. However, in marriage there must be problems that make a husband and wife stop their hopes of not continuing their togetherness and decide to separate. With the occurrence of divorce, the crucial thing that has an impact is on child custody. Custody of children or the care of children who are not yet mumayyiz or not yet 12 years old are the rights of the mother, but if the holder of the hadhanah cannot guarantee the physical and spiritual safety of the child, then the care of the child can be given to parties who are more responsible. This study aims to analyze the provisions on the custody of children who have not been mumayyiz due to divorce and to analyze the decisions of the Religious Courts in deciding the custody of children who have not been mumayyiz due to divorce. The approach method used is the statutory approach, the case approach and the conceptual approach. Parenting is an obligation for both parents, but there are parties who are more entitled to take care of the child based on the provisions of positive law in Indonesia, based on the Qur'an and Hadith. In relation to the case of child care or hadhanah, the conditions for determining the holder of the right to care for children are that they must be of sound mind, be independent, have compassion, be trustworthy, be Muslim and have a place to live. As for a mother is excluded as a holder of hadhanah if she apostates, remarries, is included in a nusyuz wife. If the child is older, the child is given a choice between his father and mother to be given the right of hadhanah. Regulations regarding child custody due to divorce in Indonesia and Malaysia have differences in the category of execution of case decisions, namely in Indonesia it is carried out not by committing a certain act, namely by detaining someone, while in Malaysia using execution by committing or detaining someone if they do not give up custody. the child at the appointed time.

Keywords : *Marriage, Divorce, Child Custody*

LEMBAR ORISINALITAS TESIS

PERNYATAAN ORISINAL TESIS

Yang bertanda tangan di bawah ini:

Nama : NANIK MAHMUDAH
NIM : 031924253013
Alamat/No. Tlp : JL. KH. SIDDIQ VI/1-31 LINGK. KULON PASAR RT.002 RW.017, Kelurahan
Jember Kidul, Kecamatan Kaliwates, Kabupaten Jember /081217756711

Dengan ini menyatakan bahwa:

1. Tesis saya ini adalah asli dan benar-benar hasil karya sendiri, dan bukan hasil karya orang lain dengan mengatasnamakan saya, serta bukan merupakan hasil peniruan atau penjiplakan (plagiarism) dari hasil karya orang lain. Tesis ini belum pernah diajukan untuk mendapatkan gelar akademik baik di Universitas Airlangga, maupun di Perguruan Tinggi lainnya;
2. Dalam Tesis ini tidak terdapat karya atau pendapat yang telah ditulis atau dipublikasikan orang lain, kecuali secara tertulis dengan jelas dicantumkan sebagai acuan dengan disebutkan nama pengarang dan dicantumkan dalam daftar kepustakaan;
3. Pernyataan ini saya buat dengan sebenar-benarnya, dan apabila dikemudian hari terdapat penyimpangan dan ketidakbenaran dalam pernyataan ini, maka saya bersedia menerima sanksi akademik berupa pencabutan gelar yang telah diperoleh karena karya tulis Tesis ini, serta sanksi-sanksi lainnya sesuai dengan norma pengaturan yang berlaku di Universitas Airlangga.

Surabaya, 27 Januari 2022

Yang membuat pernyataan,



NIM. 031924253013

KATA PENGANTAR

Segala puji dan syukur penulis panjatkan kepada Allah SWT, atas segala rahmat dan karunia-Nya yang telah memberikan kesempatan kepada penulis sehingga dapat menyelesaikan tesis ini yang berjudul **“HAK ASUH ANAK BELUM MUMAYYIZ AKIBAT TERJADINYA PERCERAIAN”**. Tesis ini disusun oleh penulis sebagai syarat dalam menyelesaikan studi Strata Dua di Magister Kenotariatan Universitas Airlangga. Dengan selesainya tesis ini tidak lepas dari bantuan serta dukungan dari beberapa pihak, dan untuk itu penulis mengucapkan terima kasih kepada :

1. Bapak Iman Prihadono, S.H., M.H., LL.M., Ph.D selaku Dekan Fakultas Hukum Universitas Airlangga;
2. Ibu Dr. Indira Retno Aryatie, S.H., M.H. dan Ibu Erni Agustin, S.H., LL.M. selaku tim pembimbing tesis yang dengan penuh kesabaran dan perhatian dalam memberikan arahan, bimbingan serta waktunya dalam membimbing penulis untuk menyelesaikan tesis ini;
3. Prof. Dr. Drs. Abd. Shomad, S.H., M.H. , Ibu Dr. Trisadini Prasastinah Usanti, S.H., M.H. dan Ibu Fiska Silvia Raden Roro, S.H., M.M., LL.M. selaku Tim Penguji Tesis yang dengan penuh perhatian dalam memberikan arahan dan ilmu yang diberikan kepada penulis untuk menyelesaikan tesis ini;
4. Para Bapak dan Ibu dosen pengajar pada Program Studi Magister Kenotariatan yang telah memberikan penulis ilmu dan waktunya sehingga penulis dapat menyelesaikan studi dengan tepat waktu;
5. Kedua orang tua saya Bapak Abdul Wahab dan Ibu Mastika yang senantiasa memberikan semangat, dukungan dan doa restunya dari awal hingga akhir masa studi. Terima kasih banyak karena menjadi sosok orang tua yang sangat

hebat dalam mendidik sehingga penulis dapat menyelesaikan studi dan menyandang gelar Magister;

6. Zumrotul Fauziyah sebagai kakak penulis, terimakasih telah memberikan dukungan untuk menyelesaikan tesis ini;
7. Ananda Bagus Ramadhan, S.H yang senantiasa membantu, memberikan dukungan serta doanya untuk menyelesaikan studi ini;
8. Sahabat-sahabat tercinta Nabilla Annisa Ainia, Alfiannuari Pramutia, Audina Sinta dan Dona Lourensia atas dukungan, bantuan serta doanya dalam menyelesaikan studi ini;
9. Rekan-rekan kuliah pada Program Studi Magister Kenotariatan angkatan 2019 khususnya Fauziah Herman Putri, Achsanatya Ubudina, Syarifah Amalia Bin Tahir, Lana Aulia Afiftania, Annisa Setyadi, Desti dan Eva Cahyana Dewi, Istiana dan rekan-rekan lainnya yang selalu kompak dan saling memberikan dukungan untuk menyelesaikan studi ini;
10. Rekan-rekan, staf, kolega, keluarga dan siapa saja baik secara langsung maupun tidak langsung yang turut memberikan dukungan dan doanya dari awal hingga akhir masa studi ini.

Penulis menyadari bahwa tesis ini masih jauh dari kata sempurna, oleh sebab itu masukan serta saran yang membangun sangat diharapkan penulis dalam kesempurnaan tesis ini. Semoga tesis ini dapat memberikan manfaat bagi pembacanya, terutama bagi penulis serta dapat menjadi inspirasi semua pihak terutama peneliti selanjutnya.

Jember, 24 Januari 2022

Nanik Mahmudah, S.H.

DAFTAR PERATURAN PERUNDANG-UNDANGAN

- Kitab Undang-Undang Hukum Perdata, Burgerlijk Wetboek voor Indonesie (Saatsblad Tahun 1847 Nomor 23);
- Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan (Lembaran Negara Tahun 1974 Nomor 1, Tambahan Lembaran Negara Nomor 3019);
- Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 4 Tahun 1979 tentang Kesejahteraan Anak (Lembaran Negara Tahun 1979 Nomor 32, Tambahan Lembaran Negara Nomor 3143);
- Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 17 Tahun 2016 tentang Penetapan Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang Nomor 1 Tahun 2016 tentang Perubahan Kedua Atas Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2002 tentang Perlindungan Anak Menjadi Undang-Undang (Lembaran Negara Tahun 2016 Nomor 237, Tambahan Lembaran Negara Nomor 5946);
- Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 16 Tahun 2019 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan (Lembaran Negara Tahun 2019 Nomor 186, Tambahan Lembaran Negara Nomor 6401);
- Surat Edaran Mahkamah Agung Nomor 1 Tahun 2017 tentang Pemberlakuan Rumusan Hasil Rapat Pleno Kamar Mahkamah Agung Tahun 2017 Sebagai Pedoman Pelaksanaan Tugas Bagi Pengadilan.
- Peraturan Pemerintah Republik Indonesia Nomor 9 Tahun 1975 Tentang Pelaksanaan Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 1975 Nomor 12, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 3250).
- Peraturan Menteri Sosial Republik Indonesia Nomor 30/HUK/2011 Tentang Standar Nasional Pengasuhan Anak Untuk Lembaga Kesejahteraan Sosial Anak.
- Instruksi Presiden Nomor 1 Tahun 1991 tentang Kompilasi Hukum Islam;

DAFTAR PUTUSAN PENGADILAN

Putusan Pengadilan Agama Lumajang Nomor 138/Pdt.G/2021/PA.Lmj

Putusan Pengadilan Agama Ambarawa Nomor 895/Pdt.G/2020/PA.Amb

Putusan Pengadilan Agama Surabaya Nomor 4705/Pdt.G/2019/PA.Sby

Putusan Mahkamah Agung Nomor 574/K/AG/2016

Yurisprudensi Mahkamah Agung Republik Indonesia Nomor 210/K/AG/1996

DAFTAR ISI

HALAMAN JUDUL	i
LEMBAR PENGESAHAN	ii
PANITIA PENGUJI TESIS	iii
ABSTRAK	iv
ABSTRACT	v
LEMBAR ORISINALITAS TESIS	vi
KATA PENGANTAR	vii
DAFTAR PERATURAN PERUNDANG-UNDANGAN	ix
DAFTAR PUTUSAN PENGADILAN	x
DAFTAR ISI	xi
BAB I PENDAHULUAN	1
1.1 Latar Belakang Masalah	1
1.2 Rumusan Masalah	13
1.3 Tujuan Penelitian	13
1.4 Manfaat Penelitian	13
1.5 Metode Penelitian	14
1.5.1 Tipe Penelitian	14
1.5.2 Pendekatan Penelitian	14
1.5.3 Sumber Bahan Hukum	16
1.5.4 Pengumpulan Bahan Hukum	18
1.5.5 Analisis Bahan Hukum	19
1.6 Sistematika Penulisan	19
BAB II RATIO LEGIS KETENTUAN TERHADAP HAK ASUH ANAK BELUM MUMAYYIZ AKIBAT PERCERAIAN	21

2.1 Undang-Undang Perkawinan	21
2.1.1 Asas-Asas Perkawinan	24
2.1.2 Putusnya Perkawinan	24
2.1.3 Akibat Putusnya Perkawinan	30
2.2 Pemeliharaan Anak Menurut Hukum Islam	33
2.2.1 Istilah Pemeliharaan dan Perwalian Anak Dalam Hukum Islam	43
2.2.2 Perbedaan Mumayyiz dan Mukallaf	44
2.3 Hak Asuh Anak Setelah Perceraian	47
2.4 Syarat Pemberian Hak Asuh Anak Akibat Perceraian	53

BAB III ANALISIS PUTUSAN PENGADILAN AGAMA DALAM MEMUTUS HAK ASUH ANAK YANG BELUM MUMAYYIZ AKIBAT PERCERAIAN57

3.1 Kasus Posisi	57
3.1.1 Putusan Nomor 138/Pdt.G/2021/PA.Lmj	57
3.1.2 Putusan Nomor 895/Pdt.G/2020/PA.Amb	61
3.1.3 Putusan Nomor 4705/Pdt.G/2019/PA.Sby	64
3.2 Analisis Putusan Pengadilan Agama Dalam Memutus Hak Asuh Anak Yang Belum Mumayyiz Akibat Perceraian	69
3.2.1 Analisis Pertimbangan Hukum Majelis Hakim Pengadilan Agama Lumajang Nomor 138/Pdt.G/2021/PA.Lmj	69
3.2.2 Analisis Pertimbangan Hukum Majelis Hakim Pengadilan Agama Ambarawa Nomor 895/Pdt.G/2020/PA.Amb	88
3.2.3 Analisis Pertimbangan Hukum Majelis Hakim Pengadilan Agama Surabaya Nomor 4705/Pdt.G/2019/PA.Sby	103
3.3 Hak Asuh Anak Akibat Terjadinya Perceraian Di Indonesia Dan Malaysia ..	121

BAB IV PENUTUP 126

4.1 Kesimpulan	126
----------------------	-----

4.2 Saran	128
-----------------	-----

DAFTAR BACAAN	129
----------------------------	------------