

ABSTRAK

Fitrian Noor, NIM. 170311020017, *Perluasan Makna Pasal 41 Undang-Undang Perkawinan tentang Pengasuhan Anak Pasca Perceraian Berdasarkan Keadilan Hak Asasi Anak*, di bawah Pembimbing I: Prof. Dr. H. M. Fahmi Al-Amruzi, M.Hum., dan Pembimbing II: Prof. Dr. H. Ahmadi Hasan, M.Hum., Disertasi, Pascasarjana UIN Antasari Banjarmasin 2024.

Kata kunci: Pengasuhan Anak, Perceraian, Hak Asasi Anak

Tulisan ini dilatarbelakangi dari pelaksanaan putusan pengadilan terhadap hak asuh anak pasca perceraian di Indonesia yang berdasarkan pasal 41 Undang-Undang Perkawinan yang mengharuskan hakim memutus perkara hak asuh anak ikut ibu atau bapaknya (pengasuhan terpisah), akibatnya anak sulit bertemu dengan orang tua yang kalah (diahlang-halangi oleh pihak yang menang), hal ini sangat merugikan bagi hak asasi anak untuk diasuh, dididik dan tumbuh berkembang sesuai fitrahnya oleh kedua orang tuanya.

Untuk menjawab permasalahan penelitian ini, maka penulis menggunakan beberapa teori yaitu: *grand theory* memakai teori maqasid syariah (tujuan hukum), *middle theory* menggunakan teori perlindungan hukum, *applied theory* menggunakan teori keadilan, teori *biological justice*, teori perubahan hukum dan teori istihsan (masalah).

Tujuan penelitian ini untuk mengkaji konsep hadhanah di Indonesia pasca perceraian apakah sesuai dengan hak asasi anak, untuk mengetahui dan mengkaji perlindungan hukum atas hak-hak anak pasca perceraian kedua orang tuanya, dan untuk mengkaji perluasan makna pasal 41 Undang-Undang Perkawinan tentang pengasuhan anak pasca perceraian demi kepentingan terbaik bagi anak. Jenis Penelitian yang digunakan dalam penelitian ini adalah penelitian hukum normatif dengan pendekatan perundang-undangan (*statute approach*) dan pendekatan konseptual (*conceptual approach*).

Dari hasil penelitian ditemukan berbagai macam masalah sosial akibat bunyi pasal 41 Undang-Undang Perkawinan yang mengharuskan hakim memutus anak ikut ibu atau bapaknya (pengasuhan terpisah) yang sangat merugikan bagi hak asasi anak. Seperti perebutan hak asuh anak, susahnyalah satu orang tua untuk menemui anaknya, bahkan seringnya terjadi kasus penculikan anak sesuai dengan data yang ada di KPAI, belum lagi putusan hak asuh anak sulit untuk dieksekusi karena anak sering tidak berada ditempat (objek eksekusi dilarikan). Begitu pula menurut berbagai macam penelitian dan literatur banyak dampak negatif psikologi anak yang diasuh hanya oleh salah satu orang tuanya saja (pengasuhan terpisah).

Dari hasil analisis peneliti berkesimpulan hak-hak anak sangat penting untuk dilindungi, negara wajib hadir untuk memastikan anak memperoleh hak asasinya sebagai bagian dari masyarakat. Maka berdasarkan prinsip kepentingan terbaik bagi anak (*the best interest child's*) dan prinsip kesejahteraan anak sebagai dasar tertinggi (*child welfare as paramount consideration*) pengaturan hak asuh anak pasca perceraian dalam pasal 41 Undang-Undang Perkawinan sangat perlu diperluas maknanya yang semula Akibat putusnya perkawinan karena perceraian ialah “bapak atau ibu” berkewajiban memelihara, diperluas maknanya menjadi “bapak dan atau ibu”, sehingga Hakim lebih leluasa dalam memutus sengketa hak asuh anak pasca perceraian dapat diasuh bersama-sama oleh kedua orang tuanya. Hak asuh bersama ini telah diterapkan diberbagai negara common law seperti Amerika Serikat, Kanada, dan Spanyol.

ABSTRACT

Fitrian Noor, NIM. 170311020017, The Expansion of the Meaning of Article 41 of the Marriage Law on Child Custody After Divorce Based on the Justice of Children's Human Rights, under the supervision of: Advisor I: Prof. Dr. H. M. Fahmi Al-Amruzi, M.Hum., and Advisor II: Prof. Dr. H. Ahmadi Hasan, M.Hum., Dissertation, Postgraduate Program at UIN Antasari Banjarmasin 2024.

Keywords: Child Custody, Divorce, Children's Human Rights

This writing is prompted by the implementation of court decisions on post-divorce child custody in Indonesia, based on Article 41 of the Marriage Law, which requires judges to decide child custody cases to follow either the mother or father (separate custody), resulting in children finding it difficult to meet the losing parent (prevented by the winning party). This is highly detrimental to the child's fundamental rights to be nurtured, educated, and grow according to their natural disposition by both parents.

To address the research issue, the author employs several theories: a grand theory utilizing the maqasid Sharia theory (purpose of law), a middle theory employing legal protection theory, an applied theory using justice theory, biological justice theory, legal change theory, and istihsan theory (public interest).

The aim of this research is to examine whether the concept of custody in Indonesia post-divorce aligns with children's rights, to understand and assess the legal protection of children's rights post-divorce from both parents, and to explore expanding the meaning of Article 41 of the Marriage Law regarding post-divorce child custody for the best interests of the child. The research methodology employed is normative legal research with a statutory approach and a conceptual approach.

From the research results, various social problems are found due to the provision of Article 41 of the Marriage Law, which mandates judges to decide custody either with the mother or father (separate custody), greatly harming the child's fundamental rights. These include custody disputes, difficulty for one parent to see their child, and frequent cases of child abduction according to data from the Indonesian Child Protection Commission (KPAI). Moreover, executing custody decisions becomes challenging as children are often not present (they are taken away). Additionally, various studies and literature indicate many negative psychological impacts on children raised by only one parent (separate custody). From the researcher's analysis, it is concluded that children's rights are highly important to be protected, and the state is obliged to ensure that children obtain their fundamental rights as members of society. Therefore, based on the principle of the best interest of the child and the principle of child welfare as the highest consideration, the regulation of post-divorce child custody in Article 41 of the Marriage Law needs to be expanded in meaning. Originally, due to divorce, the obligation to maintain fell on either the father or mother; this should be expanded to include both parents, allowing judges more flexibility in deciding post-divorce custody disputes so that children can be jointly raised by both parents. Joint custody has been implemented in various common law countries such as the United States, Canada, and Spain.

مستخلص البحث

فطري النور، رقم قيد الطالب. 170311020017: "التوسع في معنى المادة رقم 41 من قانون الزواج بشأن حضانة الأبناء بعد الطلاق على أساس العدالة وحقوق الأبناء"، المشرف الأول: الأستاذ الدكتور الحاج. فهمي الأمرزي، الماجستير. المشرف الثاني: الأستاذ الدكتور الحاج. أحمد حسن، الماجستير. رسالة الدكتوراه. الدراسات العليا جامعة أنتساري الإسلامية الحكومية بنجرماسين، 2024.

الكلمات المفتاحية: حضانة الأبناء، الطلاق، حقوق الأبناء بعد الطلاق

ترجع خلفية هذا البحث إلى تنفيذ قرارات المحاكم المتعلقة بشأن حضانة ورعاية الأبناء بعد الطلاق في إندونيسيا والتي تستند إلى المادة رقم 41 من قانون الزواج التي تتطلب من القضاة البت في قضايا حضانة الأبناء ورعايتهم مع أحد الوالدين (أي الأبوة والأمومة المنفصلة)، نتيجة لذلك يصعب على الأبناء مقابلة أحدهما الآخر (حيث عادة ما يعرقلها الطرف الفائز بالحضانة عن الخاسر)، وهذا يضر جداً بحقوق الأبناء الإنسانية. وذلك في أن يحظى بالرعاية والتعليم والنمو وفقاً لطبيعته أي من قبل كلا والديه.

وللإجابة على المشكلة المذكورة أعلاه، استخدم الباحث في هذا البحث عدة نظريات وهي: النظرية الكبرى *Grand Theory* باستخدام نظرية مقاصد الشريعة (الغرض القانوني)، النظرية الوسطى *Middle Theory* باستخدام نظرية الحماية القانونية، النظرية التطبيقية *Applied Theory* باستخدام نظرية العدالة، نظرية العدالة البيولوجية، نظرية التغيير القانوني ونظرية الاستحسان (المصلحة).

الغرض من هذا البحث هو دراسة مفهوم الحضانة بعد الطلاق في إندونيسيا، وما إذا كان يتوافق مع حقوق الأبناء، ولمعرفة ودراسة الحماية القانونية لحقوق الأبناء بعد طلاق والديه، ودراسة التوسع لمعنى المادة رقم 41 من قانون الزواج فيما يتعلق بحضانة ورعاية الأبناء بعد الطلاق بما يحقق المصلحة المثلى لهم. ونوع البحث المستخدم في هذا البحث هو البحث القانوني المعياري ذو المنهج القانوني (*Statute Approach*) والمنهج المفاهيمي (*Conceptual Approach*).

ومن نتائج البحث، تبين أن هناك العديد من المشاكل الاجتماعية نتيجة للمادة رقم 41 من قانون الزواج التي تقتضي من القضاة البت في أن يتبع الأبناء أحد الوالدين (الأبوة والأمومة المنفصلة) مما يضر جداً بحقوق الأبناء الإنسانية. مثل الصراع على حضانة الأبناء، صعوبة مقابلة الأبناء من قبل أحد الوالدين، بل هناك حالات متكررة لاختطاف الأبناء حسب البيانات الواردة في لجنة حماية الأطفال الإندونيسية *KPAI*، ناهيك عن صعوبة تنفيذ قرارات حضانة الأبناء لعدم تواجدهم في قاعات المحاكم غالباً (حيث يتم التعجيل بموضوع التنفيذ دون الأخذ بأرائهم ومراعاة مشاعرهم). وبالمثل، وفقاً لمختلف أنواع الأبحاث والدراسات، فإن هناك العديد من التأثيرات النفسية السلبية على الأبناء الذين يتولى رعايتهم أحد الوالدين فقط (حضانة منفصلة).

ومن نتائج تحليل البيانات في هذا البحث، توصل الباحث إلى أن حقوق الأبناء مهمة جداً لا بد من حمايتها، ويجب أن تكون الدولة حاضرة لضمان حصول الأبناء على حقوقهم الإنسانية كجزء من المجتمع. لذا، وانطلاقاً من مبدأ المصلحة المثلى للأبناء (*The Best Interest Child's*) ومبدأ رعاية الأبناء كاعتبار أساسي (*Child Welfare As Paramount*)، فإن تنظيم حضانة الأبناء بعد الطلاق في المادة رقم 41 من قانون الزواج يحتاج حقاً إلى التوسع عن معناه السابق. وهو أنه نتيجة لتفكك الزواج بسبب الطلاق، فإن "الأب أو الأم" ملزم برعاية الأبناء، وتوسيعه إلى أن "الأب و/أو الأم"، بحيث يكون القاضي يتمتع بمرونة أكثر وبمزيد من الحرية في البت وإصدار القرارات حول نزاعات الحضانة،

ويمكن رعاية الأبناء بعد الطلاق بشكل مشترك من قبل كلا الوالدين. وقد تم تطبيق حق الحضانة المشتركة هذا في العديد من دول القانون العام (*common law*) مثل الولايات المتحدة وكندا وإسبانيا.