พหุนิยมทางกฎหมายและการบริหารงานยุติธรรมอิสลามในประเทศไทย

เชิดชาย จันทรัตน์

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตร
นิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต
คณะนิติศาสตร์
สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์
2562

พหุนิยมทางกฎหมายและการบริหารงานยุติธรรมอิสลามในประเทศไทย

เชิดชาย จันทรัตน์
คณะนิติศาสตร์

ศาสตราจารย์.....อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก
(ดร.บรรเจิด สิงคะเนติ)

คณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ ได้พิจารณาแล้วเห็นสมควรอนุมัติให้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรนิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต

รองศาสตราจารย์.....ประธานกรรมการ
(ดร.กิตติศักดิ์ ปรกติ)

ศาสตราจารย์.....กรรมการ
(ดร.บรรเจิด สิงคะเนติ)

ผู้ช่วยศาสตราจารย์.....กรรมการ
(ดร.พัชรวรรณ นุชประยูร)

อาจารย์.....กรรมการ
(ดร.ฌานิทธิ์ สันตะพันธุ์)

.....กรรมการ
(ดร.สมบัติ พฤติพงศภัค)

รองศาสตราจารย์.....คณบดี
(นเรศร์ เกษะประกร)
กันยายน 2562

บทคัดย่อ

ชื่อวิทยานิพนธ์ พหุนิยมทางกฎหมายและการบริหารงานยุติธรรมอิสลามในประเทศไทย
ชื่อผู้เขียน นายเชิดชาย จันทรัตน์
ชื่อปริญญา นิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต
ปีการศึกษา 2562

วิทยานิพนธ์นี้ศึกษาวิจัยการบริหารงานยุติธรรมอิสลามในประเทศไทย โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อนำเสนอแนวทางการบริหารงานยุติธรรมอิสลามที่เหมาะสมในประเทศไทย เนื่องจากแม้ได้มีการให้ใช้กฎหมายอิสลามในประเทศไทยมาเป็นเวลานาน แต่กฎหมายยังขาดความชัดเจนทั้งในด้านเนื้อหาและการนำไปใช้ในทางปฏิบัติ การศึกษาได้ใช้วิธีการศึกษาเชิงคุณภาพร่วมกับการสัมภาษณ์เชิงลึก โดยได้นำแนวคิดพหุนิยมทางกฎหมายมาเป็นกรอบมองระบบโครงสร้างการบริหารงานยุติธรรมอิสลามในประเทศที่มีพลเมืองส่วนน้อยนับถือศาสนาอิสลาม เพื่อนำมาเปรียบเทียบปรับใช้กับประเทศไทย

จากการศึกษาพบว่าการใช้กฎหมายอิสลามในลักษณะพหุนิยมที่กฎหมายอิสลามนำมาใช้กับเฉพาะผู้นับถือศาสนาอิสลามในเรื่องครอบครัวและมรดก ประเทศต่าง ๆ ได้สร้างกลไกการใช้กฎหมายอิสลามโดยเฉพาะขึ้นอย่างเป็นระบบที่ประกอบไปด้วย องค์กรตัดสินคดี องค์กรรับรองทางทะเบียน การสร้างความเป็นเอกภาพทางการใช้กฎหมายอิสลาม ตลอดจนการเชื่อมประสานกับระบบกฎหมายและกระบวนการยุติธรรมของรัฐที่ใช้กับพลเมืองทั่วไปอย่างชัดเจน ดังนี้การพัฒนาการบริหารงานยุติธรรมอิสลามในประเทศไทยให้มีประสิทธิภาพ จึงต้องมีการจัดการโครงสร้างการใช้กฎหมายอย่างเป็นระบบ โดยเริ่มตั้งแต่การกำหนดขอบเขตเนื้อหาแห่งคดีที่จะนำกฎหมายอิสลามมาใช้ให้ชัดเจนยิ่งขึ้น การมีองค์กรตัดสินคดีที่มีรูปแบบสอดคล้องกับทั้งหลักศาสนาและ ระบบกฎหมายแห่งรัฐที่ประชาชนเข้าถึงได้ง่าย จัดรูปแบบองค์กรที่เกี่ยวเนื่องกับการใช้กฎหมายอิสลามให้มีแบบแผนและสถานะทางกฎหมายที่ชัดเจน พร้อมทั้งขยายขอบเขตทางพื้นที่การใช้กฎหมายอิสลามเพื่อให้สิทธิแก่ผู้นับถือศาสนาอิสลามที่จะนำกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดกมาใช้กับตนได้โดยทั่วถึงทั้งประเทศต่อไป

ABSTRACT

Title of Dissertation	Legal Pluralism and the Administration of Islamic Justice in Thailand
Author	Mr.Chirdchai Chantarat
Degree	Doctor of Laws
Year	2019

This study examines Legal Pluralism and the administration of Islamic justice with the objective of presenting guidelines for appropriate Islamic justice administration in Thailand. Due to Islamic law has been used in Thailand for a long time, however, the law still lacks clarity both in terms of content and practical application. The study applies legal pluralism concept as a framework to investigate the Islamic justice administration structure in States with a minority of Muslims, to be compared, adapted to Thailand by using a qualitative approach and in-depth interviews.

The study indicates that the use of Islamic law in state legal plural system which Islamic law applies only to Muslims in matters of family and inheritance, states must create a mechanism for the application of Islamic law in a systematic manner, consisting of a judicial body, a registration organisation, an Islamic law unity organisation, in conjunction with linking all units with the state legal and justice system used for general citizens. Accordingly, the study recommends that to develop an effective administration of Islamic justice in Thailand, the Islamic legal system in Thailand should be adjusted by defining the scope of the case to use the Islamic law more clearly, having an Islamic judicial body that is consistent with both the religious principles and the state legal system in which people are easily accessible, managing organizations related to the use of Islamic law to have a clear pattern and legal status, as well as expanding the territory of using Islamic law to give rights to Muslims who require to apply the Islamic law on their family and heritage matters throughout the whole country.

กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จลงได้ด้วยความกรุณาเป็นอย่างสูงจาก ศาสตราจารย์ ดร.บรรเจิด สิงคะเนติ อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลักที่ได้ให้แนวทางอันเป็นประโยชน์ในการปรับปรุงเนื้อหาในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ และนายซาฟารี เหาะไบ ที่ได้ช่วยดำเนินการประสานงานในการสัมภาษณ์เชิงลึกผู้ทรงคุณวุฒิและจัดส่งข้อมูลเอกสารต่าง ๆ อันเป็นประโยชน์แก่วิทยานิพน์ฉบับนี้ ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณเป็นอย่างสูงมา ณ โอกาสนี้

ที่สำคัญวิทยานิพนธ์ฉบับนี้คงมีขึ้นไม่ได้หากปราศจากความอุปการะสนับสนุนเป็นอย่างดีจากผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.จุฑามาศ วิศาลสิงห์ และคุณโชคดี วิศาลสิงห์ ซึ่งคงไม่มีคำขอบคุณใดจากผู้เขียนจะมีค่ามากกว่าการที่ผู้เขียนทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ให้เสร็จสมบูรณ์

ท้ายสุดนี้ผู้เขียนขออุทิศคุณงามความดีของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้หากจะมีขึ้นแก่บิดาผู้ล่วงลับ นายจรูญ จันทรัตน์ และมารดาผู้สดใสตลอดกาลของผู้เขียน นางระเบียบ จันทรัตน์ ซึ่งเป็น “ผู้สร้าง” วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ขึ้นโดยแท้

เชิดชาย จันทรัตน์
กันยายน 2562

สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อ	**(3)**
ABSTRACT	**(4)**
กิตติกรรมประกาศ	**(5)**
สารบัญ	**(6)**
สารบัญตาราง	**(9)**
สารบัญภาพ	**(10)**
บทที่ 1 บทนำ	**1**
1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา	1
1.2 วัตถุประสงค์การศึกษา	5
1.3 ขอบเขตการศึกษา	5
1.4 สมมุติฐานการศึกษาวิจัย	6
1.5 ระเบียบวิธีวิจัย	7
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ	7
บทที่ 2 พหุนิยมทางกฎหมายและการบริหารงานยุติธรรมอิสลาม	**8**
2.1 การบริหารงานยุติธรรมอิสลาม	8
2.2 พหุนิยมทางกฎหมายและแนวคิดทางสังคมกับกฎหมาย	11
2.2.1 สังคมวิทยาทางกฎหมาย Sociology of Law	12
2.2.2 พหุนิยมทางกฎหมาย Legal Pluralism	17
2.2.3 ฆราวาสนิยมหรือโลกียนิยม Secularism	43
2.2.4 เสรีภาพทางศาสนา Freedom of Religion	46
2.3 กฎหมายอิสลามและการใช้กฎหมายอิสลาม	48
2.3.1 กฎหมายอิสลาม	51
2.3.2 การใช้กฎหมายอิสลามในยุคต่าง ๆ	55
บทที่ 3 การบริหารงานยุติธรรมอิสลามในประเทศที่มีมุสลิมเป็นพลเมืองส่วนน้อย	**74**
3.1 สิงคโปร์	76
3.1.1 ที่มาการใช้กฎหมายอิสลามในสิงคโปร์	76
3.1.2 รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐสิงคโปร์	77
3.1.3 องค์กรบริหารงานยุติธรรมอิสลาม	78
3.1.4 กฎหมายอิสลามที่นำมาใช้ในสิงคโปร์	89
3.2 ฟิลิปปินส์	90

3.2.1 ที่มาการใช้กฎหมายอิสลามในฟิลิปปินส์ 90
3.2.2 ประมวลกฎหมายสถานะบุคคลมุสลิมฟิลิปปินส์ 93
3.2.3 องค์กรบริหารงานยุติธรรมอิสลาม 96
3.3 ศรีลังกา 105
3.3.1 ที่มาการใช้กฎหมายอิสลามในศรีลังกา 105
3.3.2 องค์กรบริหารงานยุติธรรมอิสลามในศรีลังกา 108
3.3.3 ปัญหาในรัฐบัญญัติการสมรสและการหย่าของมุสลิมและระบบกอฎี 116
3.3.4 บทบัญญัติกฎหมายเกี่ยวด้วยมรดกของมุสลิม 119
3.4 สหราชอาณาจักร 120
3.4.1 ที่มาการใช้กฎหมายอิสลามในสหราชอาณาจักร 120
3.4.2 พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ ค.ศ.1996 (Arbitration Act 1996) 122
3.4.3 สถาบันอนุญาโตตุลาการมุสลิม (Muslim Arbitration Tribunal) 123
3.4.4 ข้อโต้แย้งว่าด้วยการใช้กฎหมายอิสลามผ่านช่องทางกฎหมายอนุญาโตตุลาการ 128

บทที่ 4 การใช้กฎหมายอิสลามในประเทศไทย 131
4.1 ศาสนาอิสลามและมุสลิมในประเทศไทย 131
4.2 การใช้กฎหมายอิสลามในพื้นที่จังหวัดปัตตานี นราธิวาส ยะลา และสตูล 137
4.2.1 ภูมิศาสตร์และจำนวนประชากร 137
4.2.2 ประวัติศาสตร์การเมืองการปกครอง 138
4.2.3 การใช้กฎหมายอิสลามในพื้นที่จังหวัดปัตตานี นราธิวาส ยะลา และสตูลก่อนสู่ยุคปัจจุบัน 146
4.2.4 การใช้กฎหมายอิสลามในพื้นที่จังหวัดปัตตานี นราธิวาส ยะลา และสตูลในปัจจุบัน 154
4.3 การใช้กฎหมายอิสลามนอกพื้นที่จังหวัดปัตตานี นราธิวาส ยะลา และสตูล 175
4.3.1 มุสลิมและการใช้กฎหมายอิสลามในสยามสมัยอยุธยาและรัตนโกสินทร์ตอนต้นก่อนมีการปฏิรูปการศาลในรัชกาลที่ 5 176
4.3.2 การปฏิรูปการศาลและปฏิรูปการบริหารราชการแผ่นดินในสมัยรัชกาลที่ 5 179
4.3.3 กฎหมายการบริหารองค์กรศาสนาอิสลามและการใช้กฎหมายอิสลาม 181
4.3.4 การใช้กฎหมายอิสลามนอกพื้นที่จังหวัดปัตตานี นราธิวาส ยะลา และสตูลในปัจจุบัน 184

บทที่ 5 ปัญหาการบริหารงานยุติธรรมอิสลามในประเทศไทย 187
5.1 การบริหารงานยุติธรรมอิสลามภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย 187
5.2 ขอบเขตเนื้อหาแห่งคดีที่นำกฎหมายอิสลามมาใช้ 199
5.3 องค์กรตัดสินคดีที่ใช้กฎหมายอิสลาม 203
5.4 องค์กรรับรองทางทะเบียน 212
5.5 องค์กรสร้างแบบแผนการใช้กฎหมายอิสลามอย่างเป็นเอกภาพ 216

5.6 องค์กรไกล่เกลี่ยข้อพิพาท 220
5.7 ขอบเขตทางพื้นที่การใช้กฎหมายอิสลาม 222
5.8 การนำกฎหมายอิสลามมาใช้ผ่านช่องทางกฎหมายว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการ 229
5.8.1 การอนุญาโตตุลาการข้อพิพาทเกี่ยวครอบครัวและมรดกอิสลาม 230
5.8.2 การเลือกกฎหมายอิสลามมาใช้ในการอนุญาโตตุลาการ 233
5.8.3 การสร้างองค์กรใช้กฎหมายอิสลามในรูปแบบสถาบันอนุญาโตตุลาการ 235
บทที่ 6 บทสรุปและข้อเสนอแนะ 240
6.1 บทสรุป 240
6.2 ข้อเสนอแนะ 247
6.2.1 การบริหารงานยุติธรรมอิสลามภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย 247
6.2.2 ขอบเขตเนื้อหาแห่งคดีที่นำกฎหมายอิสลามมาใช้ 247
6.2.3 องค์กรตัดสินคดีที่จะใช้กฎหมายอิสลาม 248
6.2.4 องค์กรรับรองทางทะเบียน 250
6.2.5 องค์กรสร้างแบบแผนการใช้กฎหมายอิสลามอย่างเป็นเอกภาพ 250
6.2.6 องค์กรไกล่เกลี่ยข้อพิพาท 251
6.2.7 การขยายขอบเขตทางพื้นที่การใช้กฎหมายอิสลาม 251
6.2.8 การนำกฎหมายอิสลามมาใช้ผ่านช่องทางกฎหมายว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการ 252

บรรณานุกรม 253
ภาคผนวก 265
ภาคผนวก ก แบบหนังสือรับรองการสมรส หนังสือรับรองการหย่า ของคณะกรรมการอิสลามประจำกรุงเทพมหานคร 266
ภาคผนวก ข แบบบันทึกการสมรส หนังสือหลักฐานการหย่า และแบบเอกสารการไกล่เกลี่ยของคณะกรรมการอิสลามจังหวัดสงขลา 274
ภาคผนวก ค แบบบันทึกการสมรส หนังสือหลักฐานการหย่า และแบบเอกสารการไกล่เกลี่ยของคณะกรรมการอิสลามจังหวัยะลา 286
ภาคผนวก ง จดหมายกรมการปกครองถึงผู้ว่าราชการจังหวัด ปัตตานี นราธิวาส ยะลา และสตูล เรื่องแนวทางปฏิบัติในการจดทะเบียนครอบครัวตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการใช้กฎหมายอิสลามในเขตจังหวัดปัตตานี นราธิวาส ยะลา และสตูล ลงวันที่ 4 กรกฎาคม 2560 296
ประวัติผู้เขียน 29

สารบัญตาราง

ตารางที่ **หน้า**

4.1 จำนวนประชากรมุสลิมแต่ละจังหวัดในประเทศไทย 10 ลำดับแรก 132

สารบัญภาพ

ภาพที่ **หน้า**

2.1 ความสัมพันธ์ระหว่าง รัฐ ศาสนา และปัจเจกชน 46
2.2 การคาดการณ์จำนวนประชากรผู้นับถือศาสนาอิสลาม 49
2.3 ลักษณะการนำกฎหมายอิสลามมาใช้ในแต่ละรูปแบบ Judicial Systems 73
3.1 ภาพแสดงกระบวนการพิจารณาของศาลชารีอะห์สิงคโปร์ 87

บทที่ 1

บทนำ

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

กฎหมายอิสลามเป็นระบบกฎหมายหนึ่งที่เกิดขึ้นพร้อมกับการถือกำเนิดของศาสนาอิสลามในราวช่วงคริสศตวรรษที่ 7 ผ่านการวิวัฒนาการและการเผยแผ่ไปยังดินแดนต่าง ๆ ในโลก[1] โดยเหตุที่หลักการอิสลามมิใช่เป็นเพียงหลักธรรมหรือคำสอนตามความเชื่อทางศาสนาเท่านั้น แต่มีลักษณะเป็นบทบัญญัติในการดำเนินชีวิตของมนุษย์ ที่นอกจากจะกล่าวถึงความสัมพันธ์ระหว่างมนุษย์กับพระเจ้าแล้ว ยังกล่าวถึงความสัมพันธ์ระหว่างมนุษย์กับมนุษย์ ทั้งที่เป็นความสัมพันธ์ระหว่างปัจเจกชน และความสัมพันธ์ระหว่างปัจเจกชนกับรัฐ[2] ดังนั้นหลักการอิสลามจึงมีลักษณะเป็นบทบัญญัติในการควบคุมทางสังคม (Social Control) อันเสมือนกฎหมายที่มีกฎเกณฑ์บรรทัดฐานครอบคลุมการดำรงชีวิตของหมู่ชนมุสลิมตั้งแต่เกิดจนตายเช่นเดียวกับกฎหมายต่าง ๆ ของรัฐสมัยใหม่ และเมื่อบุคคลใดรับศาสนาอิสลามเป็นศาสนาของตนแล้ว บุคคลนั้นยังได้เข้าเป็นส่วนหนึ่งที่ต้องอยู่ภายใต้กรอบของหลักบัญญัติที่มีลักษณะเป็นกฎหมายของหมู่ชนมุสลิมอีกด้วย จนปรากฏเป็นหลักปฏิบัติที่ผู้นับถือศาสนาอิสลามต้องยึดถือเป็นดั่งเช่นธรรมนูญในการดำรงชีวิต (Code of Life)

โดยเมื่อศาสนาอิสลามได้เผยแผ่ไปยังดินแดนใด การสร้างกรอบแบบแผนของสังคมตามหลักอิสลามในดินแดนที่ศาสนาอิสลามเข้าไปถึงก็จะเกิดขึ้น ดั่งเช่นเมื่อศาสนาอิสลามเข้าสู่ดินแดนเอเชียใต้และเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ หลักการอิสลามได้ถูกนำมาใช้เป็นหลักประพฤติปฏิบัติของชนพื้นเมืองที่เข้ารับศาสนาอิสลามเพื่อกำหนดโครงสร้างความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลในสังคมมุสลิม ทั้งนี้แม้หลักการอิสลามจะเป็นสิ่งที่รับเข้ามาใหม่ในดินแดนต่าง ๆ เหล่านี้ แต่เมื่อมีการนำหลักการศาสนาอิสลามมาใช้สืบต่อกันในหมู่ชนเป็นช่วงระยะเวลาหนึ่ง หลักการศาสนาอิสลามจากที่เป็นสิ่งที่รับเข้ามาใหม่จึงเริ่มเปลี่ยนสถานะจนมีลักษณะเป็นกฎหมายของชนพื้นถิ่น (Indigenous Law) เช่นเดียวกับกฎหมายจารีตประเพณีพื้นเมืองหรือกฎหมายศาสนาอื่น[3]

อย่างไรก็ตามหลักการอิสลามในสถานะกฎหมายในแต่ละพื้นที่ก็อาจมีสภาพหรือลักษณะการใช้ที่ผสมผสานกับวิถีชีวิตของหมู่ชนในดินแดนนั้น ๆ ซึ่งพัฒนาการของการใช้กฎหมายอิสลามในแต่ละพื้นที่จะเป็นบทสะท้อนการวิวัฒนาการทางด้านการเมืองการปกครองที่ผ่านยุคสมัยแห่งความเปลี่ยนแปลงที่แตกต่างกัน ตั้งแต่ก่อนยุคอาณานิคมสู่ยุคการสร้างรัฐชาติสมัยใหม่จนถึงปัจจุบันนี้ ซึ่ง

---

[1] เด่น โต๊ะมีนา และบุคอรี บินรามัญ, **กฎหมายอิสลาม**, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2550), หน้า 49.

[2] กิตติศักดิ์ ปรกติ, เจ๊ะเหล๊า แขกพงศ์, มะรอนิง สาแลมิง, มุฮำหมัดซากี เจ๊ะหะ, ฆอซาลี เบ็ญหมัด และนิเลาะ แวอุเซ็ง, **รายงานวิจัยเรื่องระบบการปรับใช้กฎหมายอิสลามในประเทศไทย** (รายงานการวิจัย เสนอต่อสถาบันวิจัยและให้คำปรึกษาแห่งมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2555), หน้า 50.

[3] Wael B. Hallaq, **An Introduction to Islamic Law** (New York: Cambridge University Press, 2009), p. 85.

แม้ในรัฐที่มีพลเมืองส่วนใหญ่นับถือศาสนาอิสลาม รูปแบบการนำกฎหมายอิสลามมาใช้ก็ยังคงมีความแตกต่างกัน โดยที่ในบางรัฐได้นำหลักการอิสลามมาเป็นแหล่งที่มา (Sources of Law) สำคัญในการบัญญัติกฎหมายแห่งรัฐ หรือในบางรัฐมีการแยกกฎหมายฝ่ายรัฐ (Secular Law) และกฎหมายศาสนา (Religious Law) ออกจากกันอย่างชัดเจน[4] ในขณะที่ในรัฐที่มิได้มีมุสลิมเป็นพลเมืองส่วนใหญ่ของรัฐ รูปแบบการใช้กฎหมายอิสลามอาจจะปรากฏลักษณะที่กฎหมายอิสลามถูกนำมาใช้เฉพาะกับแต่หมู่ชนที่นับถือศาสนาอิสลามในรัฐที่เป็นกลุ่มชนส่วนน้อยในลักษณะกฎหมายสถานะบุคคล (Personal Status System) ที่ตราและออกบังคับใช้โดยรัฐ หรือการสร้างรูปแบบการใช้กฎหมายในหมู่ชนกันเองในลักษณะการจัดตั้งระบบศาลของชุมชน (Community Court Model) โดยที่รัฐมิได้เข้ามาจัดการหรือสอดแทรกในกระบวนการการใช้กฎหมายมากนัก[5]

ในประเทศไทยศาสนาอิสลามได้เข้าสู่ดินแดนที่เป็นราชอาณาจักรไทยในปัจจุบันก่อนคริสศตวรรษที่ 12 (พุทธศตวรรษที่ 18)[6] โดยอาจจัดแบ่งการทำให้เกิดความเป็นอิสลาม (Islamization) ในประเทศไทยออกได้เป็น 2 ลักษณะ คือ ลักษณะแรกเป็นการรับศาสนาอิสลามของชนพื้นเมืองซึ่งมีถิ่นฐานอยู่ ณ ดินแดนที่เป็นราชอาณาจักรไทยในปัจจุบันมาก่อนแล้ว ซึ่งก่อนการรับศาสนาอิสลามชนพื้นถิ่นเหล่านี้มีศาสนาเดิมอยู่แต่ได้มีการเปลี่ยนแปลงด้านความเชื่อโดยรับศาสนาอิสลามเข้าเป็นศาสนาของตน ซึ่งส่วนใหญ่เป็นชาวมลายูหรือมาเลย์ (Malay) ที่เป็นประชากรอยู่ทางตอนใต้ของราชอาณาจักรไทยในปัจจุบัน ซึ่งในอดีตดินแดนส่วนนี้มีรูปแบบความเป็นรัฐหรือรูปแบบการปกครองเป็นของตนเอง[7] ในลักษณะที่สองคือการเข้ามาของศาสนาอิสลามจากชาวมุสลิมที่เป็นผู้อพยพหรือย้ายถิ่นฐานมาจากดินแดนอื่น อันได้แก่ผู้อพยพมาจากดินแดนอาหรับ เปอร์เซีย เอเชียใต้ เขมร จีน และรวมถึงชาวมลายูที่ถูกกวาดต้อนมาจากดินแดนทางตอนใต้ ที่เข้ามาตั้งรกรากในดินแดนที่เป็นศูนย์กลางแห่งอำนาจของราชอาณาจักรไทยในอดีตไม่ว่าจะเป็นอยุธยาหรือกรุงเทพ โดยได้สืบเชื้อสายและมีลูกหลานต่อมา และเมื่อมีการก่อร่างสร้างรัฐไทยให้เป็นรัฐชาติสมัยใหม่ (Modern State) จนมีรูปแบบการเมืองการปกครองในปัจจุบัน ชาวมุสลิมกลุ่มนี้จึงได้มีการผสมผสานทางวัฒนธรรมและความเป็นอยู่กับกลุ่มชนอื่นที่อาศัยในประเทศไทยได้ดีกว่ามุสลิมกลุ่มแรก แม้มีความเชื่อทางศาสนาที่แตกต่างจากคนส่วนใหญ่ของประเทศ เนื่องจากมีความรู้สึกว่าเป็นประชากรส่วนหนึ่งของราชอาณาจักรไทยมาแต่ต้น

---

[4] Jan Michiel Otto, “Introduction: Investigating the Role of Sharia in National Law,” In **Sharia Incorporated a Comparative Overview of the Legal Systems of Twelve Muslim Countries in Past and Present,** Jan Michiel Otto, ed. (The Netherlands: Leiden University Press, 2010), p. 27.

[5] Maleiha Malik, **Minority Legal Orders in the UK: Minorities, Pluralism and the Law** (London: British Academy Policy Centre, 2012), p. 12.

[6] สายชล สัตยานุรักษ์, **รายงานวิจัยฉบับสมบูรณ์โครงการการวิจัยเพื่อสร้างองค์ความรู้ใหม่: ประวัติศาสตร์สังคมไทย** (รายงานวิจัย เสนอต่อสำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย, 2558), หน้า 54.

[7] ธเนศ อาภรณ์สุวรรณ, **ความเป็นมาของทฤษฎี “แบ่งแยกดินแดน” ในภาคใต้ไทย**, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: มูลนิธิโตโยต้าประเทศไทย; มูลนิธิโครงการตำราสังคมศาสตร์และมนุษยศาสตร์, 2551), หน้า 18.

ดังนั้นเมื่อกล่าวถึงการใช้กฎหมายอิสลามในประเทศไทยแล้วจึงมีความสัมพันธ์กับชนชาวมุสลิมที่มีรูปแบบทางการเมืองเข้ามาเกี่ยวข้องใน 2 รูปแบบ คือ มุสลิมในกลุ่มที่อาศัยหรือเข้ามาในดินแดนที่ถือว่าเป็นอาณาจักรไทยแต่โบราณ และมุสลิมที่อาศัยอยู่ในจังหวัดทางตอนใต้ของประเทศไทยในปัจจุบันที่ในอดีตก่อนการเข้าสู่ยุคการสร้างรัฐชาติสมัยใหม่เคยมีดินแดนและการปกครองของตนเองอยู่ก่อน แต่ได้เข้ามาเป็นส่วนหนึ่งของราชอาณาจักรไทยจากการขยายอำนาจทางการเมืองการปกครอง ก่อให้เกิดการสร้างรูปแบบกระบวนการใช้กฎหมายอิสลามที่แตกต่างกันในพื้นที่ทั้งสองของประเทศไทย ที่เป็นผลให้ในปัจจุบันนี้ได้มีการกำหนดให้นำกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดกมาใช้แทนบทบัญญัติแห่งกฎหมายในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 และ บรรพ 6 แต่เฉพาะในศาลที่อยู่ในเขตพื้นที่จังหวัดปัตตานี นราธิวาส ยะลา และสตูล ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการใช้กฎหมายอิสลามในเขตจังหวัดปัตตานี นราธิวาส ยะลา และสตูล พ.ศ.2489 ในขณะที่พื้นที่อื่นของประเทศไทยนอกจากจังหวัดทั้ง 4 กลับมิได้มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดที่รับรองหรือกล่าวถึงการนำกฎหมายอิสลามมาใช้ได้โดยตรง

รูปแบบการใช้กฎหมายอิสลามในประเทศไทยจากอดีตจนถึงปัจจุบันได้มีการปรับเปลี่ยนสภาพการใช้ตามยุคสมัยและตามนโยบายของรัฐ ซึ่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการใช้กฎหมายอิสลามในเขตจังหวัดปัตตานี นราธิวาส ยะลา และสตูล พ.ศ.2489 มิได้เป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายฉบับแรกที่กำหนดให้นำกฎหมายอิสลามมาเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายแห่งรัฐของไทย แต่ได้มีการวางรูปแบบโครงสร้างการใช้กฎหมายอิสลามในประเทศไทยมาตั้งแต่ในสมัยรัชกาลที่ 5 ผ่านบทบัญญัติข้อบังคับปกครองบริเวณ 7 หัวเมือง ร.ศ.120 ที่ยอมรับความแตกต่างของชนในรัฐ และให้วิถีปฏิบัติที่คนในท้องถิ่นยึดถือนำมาใช้เป็นกฎหมายของรัฐได้[8] แต่รูปแบบโครงสร้างการใช้กฎหมายดังกล่าวกลับถูกรื้อทิ้งด้วยแนวนโยบายรัฐนิยมในสมัยรัฐบาล จอมพล ป. พิบูลสงคราม ซึ่งต่อมาก็เป็นที่ประจักษ์ว่าการบังคับกฎหมายโดยไม่ใยดีต่อความแตกต่างในจารีตปฏิบัติหรือตามความเชื่อของพลเมืองได้นำมาซึ่งปัญหาในเชิงโครงสร้างทางการเมืองการปกครองของชาติอย่างไม่จบสิ้น จนต้องมีการรื้อฟื้นให้มีการนำกฎหมายอิสลามกลับมาใช้ใหม่ในปี พ.ศ.2489[9] ด้วยการออกพระราชบัญญัติว่าด้วยการใช้กฎหมายอิสลามฯดังกล่าว ที่กำหนดให้มีการใช้กฎหมายอิสลามเฉพาะแต่ในศาลชั้นต้นในพื้นที่ 4 จังหวัดภาคใต้กับเฉพาะหมู่ชนมุสลิมในคดีแพ่งเกี่ยวด้วยครอบครัวและมรดก อย่างไรก็ตามจนถึงปัจจุบันกฎหมายฉบับนี้ที่มีเพียง 7 มาตรา ประกาศใช้มากว่า 70 ปี อันถือว่าเป็นกฎหมายเก่าแก่ที่ออกภายหลังเปลี่ยนแปลงการปกครองในปี พ.ศ.2475 ฉบับหนึ่งของประเทศไทยที่ไม่เคยได้รับการแก้ไขใด ๆ ทั้งที่ตัวกฎหมายเองได้ก่อรูปแบบการใช้กฎหมายอิสลามที่ไม่สมประกอบขึ้น เนื่องจากขาดความชัดเจนทั้งในด้านเนื้อหาและการนำไปใช้ในทางปฏิบัติ ตลอดจนขาดความเชื่อมโยงกับบทบัญญัติแห่งกฎหมายอื่นที่ต้องประกอบเข้าด้วยกันเพื่อการใช้อย่างมีประสิทธิภาพและเป็นระบบ

ด้วยเหตุที่กฎหมายอิสลามถูกนำมาใช้กับผู้นับถือศาสนาอิสลามในเรื่องที่เกี่ยวกับครอบครัวและมรดก ซึ่งในเรื่องครอบครัวนั้นถือเป็นกฎหมายที่ก่อให้เกิดสิทธิและหน้าที่จากความสัมพันธ์ในสถานะทางกฎหมายของบุคคลขึ้นที่มิได้มีผลแต่เฉพาะคู่สมรสเท่านั้น แต่ยังมีผลถึงบุคคลที่สามในขณะที่ในเรื่องมรดกนั้นก่อให้เกิดสิทธิและหน้าที่ในทางทรัพย์สินของบุคคลจากทั้งทางผลของ

---

[8] ชวลีย์ ณ ถลาง, **ประเทศราชของสยามในรัชสมัยพระบาทสมเด็จพระจุลตจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว** (กรุงเทพมหานคร: สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย, 2541), หน้า 259.

[9] ธเนศ อาภรณ์สุวรรณ, *เรื่องเดิม*, หน้า 87.

กฎหมายและตามเจตนารมณ์ของผู้ตาย ดังนั้นเมื่อมีสภาวการณ์ที่มีทั้งกฎหมายแห่งรัฐที่ใช้โดยทั่วไป และกฎหมายอิสลามที่จะนำมาใช้กับเฉพาะแต่ชนมุสลิมและในบางพื้นที่ของรัฐเท่านั้นปรากฏอยู่ร่วมกัน ปัญหาจากพหุนิยมทางกฎหมาย (Legal Pluralism) จึงเกิดขึ้นอย่างหลีกเลี่ยงมิได้ เป็นผลให้การใช้กฎหมายอิสลามในประเทศไทยที่ผ่านมามีปัญหามากมายจากความไม่ชัดเจนของบทบัญญัติกฎหมาย เช่นปัญหาการใช้กฎหมายอิสลามในศาลในพื้นที่ 4 จังหวัดภาคใต้ ปัญหาความไม่ชัดเจนถึงสภาพการบังคับใช้กฎหมายอิสลามนอกศาล ปัญหาที่เกิดจากการมีเขตแดนทางกฎหมายภายในรัฐ และปัญหาการใช้กฎหมายอิสลามโดยไม่มีกฎหมายรองรับในพื้นที่อื่นนอกเขต 4 จังหวัดภาคใต้ หรือแม้แต่ปัญหาในเนื้อหาของกฎหมายอิสลามที่นำมาใช้อาจมีบางลักษณะที่ขัดกับรัฐธรรมนูญ

แม้ในบางปัญหาจะมีแนวทางที่เป็นบรรทัดฐานจากคำพิพากษาของศาลฎีกา หรือได้มีการออกคำสั่งภายในของหน่วยงานราชการเพื่อแก้ปัญหาดังกล่าวเป็นการเฉพาะหน้า แต่ก็ยังมิได้มีการเผยแพร่หรือตราเป็นกฎหมายที่มีบทบัญญัติอย่างชัดเจนในปัญหานั้น ๆ เป็นผลให้การใช้กฎหมายอิสลามทั้งในพื้นที่ 4 จังหวัดที่อยู่ภายใต้พระราชบัญญัติว่าด้วยการใช้กฎหมายอิสลามในเขตจังหวัดปัตตานี นราธิวาส ยะลา และสตูล พ.ศ.2489 และในพื้นที่อื่นที่มิได้มีบทกฎหมายใด ๆ ว่าด้วยการใช้กฎหมายอิสลามเข้ามารองรับ ยังคงคลุมเครือขาดความชัดเจนและไม่สามารถอำนวยความยุติธรรมได้เต็มประสิทธิภาพ ก่อให้เกิดทั้งภาระและความสับสนต่อผู้อยู่ภายใต้การบังคับใช้ และผู้ที่เข้ามามีส่วนเกี่ยวข้องในระบบการใช้กฎหมายอิสลามในประเทศไทย

ในระยะเวลาหลายปีที่ผ่านมาภายหลังจากได้มีการออกพระราชบัญญัติให้ใช้กฎหมายอิสลามในพื้นที่ 4 จังหวัด แม้จะได้มีข้อเรียกร้องและข้อเสนอให้มีการปรับปรุงและแก้ไขระบบการใช้กฎหมายอิสลามในประเทศไทยจากกลุ่มชนมุสลิมในหลายลักษณะ ทั้งการเรียกร้องให้มีการจัดตั้งศาลศาสนาอิสลามที่เป็นเอกเทศขึ้น หรือการเสนอร่างกฎหมายที่ให้นำกฎหมายอิสลามในเรื่องครอบครัวและมรดกมาใช้ทั่วราชอาณาจักรไทยโดยไม่จำกัดเพียงแต่ในพื้นที่ 4 จังหวัดภาคใต้เท่านั้น แต่ข้อเรียกร้องต่าง ๆ เหล่านี้ก็มิได้รับการยอมรับให้ถูกนำมาใช้ในประเทศไทย ซึ่งนอกจากประเด็นที่เกี่ยวกับการนำหลักการทางศาสนาของกลุ่มชนกลุ่มหนึ่งมาบัญญัติให้เป็นกฎหมายแห่งรัฐบังคับใช้กับหมู่ชนเฉพาะกลุ่ม อันเป็นลักษณะการบัญญัติกฎหมายพิเศษที่กระบวนการออกกฎหมายต้องเป็นไปโดยชอบตามรัฐธรรมนูญแล้ว ยังมีประเด็นทางด้านการเมืองจากความไม่สงบในพื้นที่ 3 จังหวัดภาคใต้ คือ ปัตตานี ยะลา และนราธิวาส ที่ปัญหาความแตกต่างทางเชื้อชาติและศาสนาของพลเมืองส่วนใหญ่ในพื้นที่และพลเมืองส่วนใหญ่ของประเทศยังคงถูกนำมาใช้เพื่อสร้างให้เป็นประเด็นความขัดแย้งในทางการเมืองและทางสังคม ถึงกระนั้นแม้รัฐจะยอมรับให้การปฏิบัติตามหลักศาสนาอิสลามในเรื่องครอบครัวและมรดกเข้ามาเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายแห่งรัฐอย่างไรหรือไม่ก็ตาม ก็ยังมีพลเมืองมุสลิมส่วนหนึ่งของรัฐที่ยึดถือการปฏิบัติตามหลักศาสนาอิสลามและนำมาใช้ในการดำรงชีวิตของตน ดั่งเช่นกฎหมาย แม้จะมีกฎหมายแห่งรัฐบัญญัติใช้อยู่กับพลเมืองของรัฐโดยทั่วไปในเรื่องดังกล่าวไว้แล้วก็ตาม และเมื่อรัฐมิได้มีแนวทางปฏิบัติหรือออกกฎหมายที่ชัดเจนต่อการนำหลักศาสนามาใช้เยี่ยงกฎหมายของกลุ่มชนเช่นนี้ ก็ยิ่งเป็นการสร้างฉากกั้นลักษณะการใช้กฎหมายอิสลามในหมู่ชนมุสลิมที่ให้เกิดการสร้างระบบกฎหมายคู่ขนานกับรัฐ (Parallel Legal System) ขึ้น โดยที่กฎหมายแห่งรัฐไม่อาจเข้าไปแทรกแซงหรือเข้าไปตรวจสอบตรวจทานทั้งในด้านเนื้อหาหรือกระบวนการได้

นอกจากนี้กฎหมายอิสลามที่นำมาใช้ในประเทศไทยเป็นกฎหมายที่ว่าด้วยครอบครัวและมรดกดังที่ได้กล่าวมาแล้วนั้น ที่ไม่อาจถูกวางอยู่อย่างเป็นเอกเทศโดยไม่เชื่อมสัมพันธ์กับบทกฎหมายอื่นแห่งรัฐเช่น กฎหมายว่าด้วยการจดทะเบียนครอบครัว กฎหมายว่าด้วยการศาลที่เกี่ยวด้วย

ครอบครัวและมรดก หรือแม้แต่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ดังนั้นการศึกษาวิจัยหาแนวทางการสร้างรูปแบบการใช้กฎหมายอิสลามที่เหมาะสมในประเทศไทยยังคงเป็นหัวข้อสำคัญที่ต้องนำมาศึกษาวิจัย โดยที่นอกจากจะมีการศึกษารูปแบบการใช้กฎหมายอิสลามในศาลแล้วยังคงต้องศึกษาประกอบกับลักษณะการใช้กฎหมายอิสลามโดยองค์กรอื่นนอกจากศาล ในลักษณะเชิงโครงสร้างของระบบการใช้กฎหมาย (System-Structure) ที่ต้องสอดประสานรับกันกับตัวบทกฎหมายอื่นแห่งรัฐ เพื่อให้การเกิดการบริหารงานยุติธรรมอิสลามในประเทศไทยเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพและต้องสร้างดุลยภาพในทางการใช้กฎหมายที่ประสานประโยชน์ทั้งระหว่าง รัฐ กลุ่มชน และปัจเจกชนผู้ต้องอยู่ภายใต้การใช้กฎหมายอิสลาม

1.2 วัตถุประสงค์การศึกษา

จากความเป็นมาและความสำคัญของสภาพปัญหาดังที่ได้กล่าวไปแล้วข้างต้นนำมาซึ่งการศึกษาวิจัยเพื่อหาแนวทางการบริหารงานยุติธรรมอิสลามในประเทศไทย โดยมีวัตถุประสงค์ในการศึกษาดังนี้

1. เพื่อศึกษาการใช้กฎหมายอิสลามในประเทศไทย ทั้งในพื้นที่ที่มีกฎหมายให้นำกฎหมายอิสลามมาใช้เป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายแห่งรัฐ และในพื้นที่ที่ไม่มีกฎหมายแห่งรัฐรองรับการนำกฎหมายอิสลามมาใช้
2. เพื่อศึกษารูปแบบทางโครงสร้างการบริหารงานยุติธรรมอิสลามในประเทศต่าง ๆ ที่มีประชากรส่วนน้อยเป็นผู้นับถือศาสนาอิสลามนำมาเปรียบเทียบข้อดีและข้อเสียเพื่อนำมาปรับใช้ในประเทศไทย
3. เพื่อวิเคราะห์หารูปแบบการบริหารงานยุติธรรมอิสลามที่เหมาะสมในประเทศไทย

1.3 ขอบเขตการศึกษา

ในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะมุ่งศึกษาวิจัยการบริหารงานยุติธรรมอิสลามอันมีลักษณะการศึกษาในเชิงโครงสร้างของระบบการใช้กฎหมาย (System-Structure) โดยจะทำการศึกษาเปรียบเทียบการบริหารงานยุติธรรมอิสลามในประเทศที่มีผู้นับถือศาสนาอิสลามเป็นพลเมืองส่วนน้อยของประเทศแต่ได้มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายให้นำกฎหมายอิสลามมาใช้กับกลุ่มชนมุสลิมในรัฐของตน อันได้แก่ ประเทศสิงคโปร์ ฟิลิปปินส์ และศรีลังกา โดยได้ศึกษากฎหมายที่บัญญัติให้นำกฎหมายอิสลามมาใช้กับชนมุสลิมในรัฐของตนในแต่ละประเทศซึ่งมีดังนี้คือ

ประเทศสิงคโปร์จะทำการศึกษา รัฐบัญญัติการบริหารกฎหมายมุสลิม ค.ศ.1966 (พ.ศ.2509) (Administration of Muslim Law Act, 1966)

ประเทศศรีลังกาจะทำการศึกษา รัฐบัญญัติการสมรสและการหย่าของมุสลิม ค.ศ.1951 (พ.ศ. 2494) (Muslim Marriage and Divorce Act of 1951) และข้อบัญญัติว่าด้วยมรดกไม่มีพินัยกรรมของมุสลิม ค.ศ.1931 (พ.ศ.2474) (Muslim Intestate Succession Ordinance 1931)

ประเทศฟิลิปปินส์จะทำการศึกษา กฤษฎีกาประธานาธิบดีที่ 1083 ค.ศ.1977 (พ.ศ.2520) (Presidential Decree No. 1083) หรือที่เรียกว่า “ประมวลกฎหมายสถานะบุคคลของมุสลิม

ฟิลิปปินส์” (Code of Muslim Personal Laws of the Philippines) นอกจากนี้จะทำการศึกษาลักษณะการนำกฎหมายอิสลามมาใช้ผ่านช่องทางกฎหมายว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการในสหราชอาณาจักร

ในขณะที่จะทำการเปรียบเทียบการบริหารงานยุติธรรมอิสลามในประเทศไทยจากพระราชบัญญัติว่าด้วยการใช้กฎหมายอิสลามในเขตจังหวัดปัตตานี นราธิวาส ยะลา และสตูล พ.ศ. 2489 (ค.ศ.1946) ประกอบกับพระราชบัญญัติการบริหารองค์กรศาสนาอิสลาม พ.ศ.2540

1.4 สมมุติฐานการศึกษาวิจัย

กฎหมายแห่งรัฐมีบทบัญญัติที่แตกต่างจากหลักการอิสลามที่ผู้นับถือศาสนาอิสลามยึดถือปฏิบัติเยี่ยงกฎหมายก่อให้เกิดสภาวการณ์ที่กลุ่มชนมุสลิมสร้างรูปแบบและกระบวนการการใช้กฎหมายอิสลามขึ้นใช้กันเองในหมู่ชนมุสลิม แม้จะมีบทบัญญัติการใช้กฎหมายลักษณะเชิงซ้อนที่บังคับใช้กับพลเมืองโดยแตกต่างกันเพราะความเชื่อทางศาสนาในประเทศไทย คือพระราชบัญญัติว่าด้วยการใช้กฎหมายอิสลามในเขตจังหวัดปัตตานีนราธิวาสยะลาและสตูล พ.ศ.2489 ที่ให้ใช้กฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดก ในเขตจังหวัดปัตตานี นราธิวาส ยะลา และสตูล แทนบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในเรื่องครอบครัว และ มรดก ในกรณีที่ทั้งโจทก์และจำเลยเป็นผู้นับถือศาสนาอิสลามก็ตาม แต่กฎหมายฉบับดังกล่าวที่ได้ประกาศใช้มาอย่างยาวนานกว่า 70 ปีก็มีความไม่ชัดเจนทั้งในด้านเนื้อหาและการนำไปใช้ในทางปฏิบัติ ตลอดจนขาดความเชื่อมโยงกับบทบัญญัติแห่งกฎหมายอื่นที่ต้องประกอบเข้าด้วยกันเพื่อการใช้อย่างมีประสิทธิภาพและเป็นระบบ เป็นผลให้การใช้กฎหมายอิสลามในประเทศไทยที่ผ่านมามีปัญหามากมายจากความคลุมเครือไม่ชัดเจนของบทบัญญัติกฎหมาย เพื่อแก้ปัญหาดังกล่าวจึงต้องสร้างรูปแบบระบบกฎหมายและองค์กรที่เหมาะสมเพื่อสามารถนำกฎหมายอิสลามมาใช้อย่างเป็นธรรม โดยสามารถรักษาดุลยภาพระหว่างสิทธิของปัจเจกชน สังคมและรัฐที่มีลักษณะพหุสังคมได้ โดยเลือกนำรูปแบบการใช้กฎหมายอิสลามที่มีกลไกที่ดีทั้งในตัวบทกฎหมายและในทางปฏิบัติจากต่างประเทศมาปรับใช้

1.5 ระเบียบวิธีวิจัย

การศึกษาวิจัยใช้ข้อมูลทุติยภูมิและปฐมภูมิ (Secondary and Primary Data) โดยมีวิธีการเชิงคุณภาพเป็นหลักเพื่อให้ได้ข้อมูลในเชิงลึกเพื่อให้ได้ผลที่มีความน่าเชื่อถือและดีที่สุด การเก็บข้อมูลและการวิเคราะห์ข้อมูลจะดำเนินไปพร้อม ๆ กันเพื่อให้ทุกประเด็นที่ได้จากการสัมภาษณ์ในแต่ละครั้งมีการยืนยันและบูรณาการได้อย่างถูกต้องสมบูรณ์ (Cross-Check/Data Triangulation) โดยออกแบบการศึกษาไว้ดังนี้

ขั้นที่ 1 การสำรวจทบทวนเอกสารเชิงความรู้

1. การทบทวนเอกสารและวรรณกรรมที่เกี่ยวข้องกับงานที่ผ่านมาของการศึกษาการใช้กฎหมายอิสลามและการนำไปใช้ในแต่ละรูปแบบและในแต่ละพื้นที่ของโลก ทั้งในรูปแบบศาลศาสนาและ กระบวนการระงับข้อพิพาทนอกศาลโดยการอนุญาโตตุลาการที่มุสลิมเป็นประชากรส่วนน้อยเพื่อให้ได้ความชัดเจนของรูปแบบกระบวนการระงับข้อพิพาทโดยการใช้กฎหมายอิสลามทั้งในศาล

และนอกศาล ข้อมูลด้านกฎหมาย ระเบียบ ข้อบังคับ รวมถึงผลกระทบที่เกิดขึ้นจากการใช้กฎหมายอิสลามในแต่ละรูปแบบ เพื่อให้ได้ความกระจ่างชัดและรวบรวมแนวคิดและการนำไปใช้ในแต่ละพื้นที่จากอดีตจนถึงปัจจุบัน ตลอดจนปัญหาและอุปสรรค

2. ศึกษาเอกสาร วรรณกรรม กฎหมาย คำพิพากษาศาล คำสั่งภายในหน่วยงานราชการ ที่เกี่ยวกับการใช้กฎหมายอิสลามในประเทศไทย

ขั้นที่ 2 สำรวจ สัมภาษณ์ หาข้อมูลภาคสนาม

3. การสัมภาษณ์เชิงลึกบุคคลผู้มีส่วนเกี่ยวข้องโดยตรงหน่วยงานภาครัฐ นักการศาสนาและสังคม นักกฎหมาย นักวิชาการ ผู้นำชุมชนท้องถิ่น ศาล ตัวแทนองค์กรเอกชน เพื่อให้ได้ความคิดเห็นที่เชิงลึกในรายละเอียดว่าด้วยเรื่องทีทำการศึกษาวิจัย

ขั้นที่ 3 ประมวลผลและวิเคราะห์ข้อมูล

4. ประมวลผลทั้งปฐมภูมิและทุติยภูมิที่ได้จากการศึกษาวิจัยทั้งหมดเพื่อวิเคราะห์และสรุปประเด็นปัญหาตลอดหาข้อเสนอแนะ

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับจากงานศึกษาชิ้นนี้มีดังนี้

1. ได้ทราบการใช้กฎหมายอิสลามในประเทศไทย ทั้งในพื้นที่ที่มีกฎหมายให้นำกฎหมายอิสลามมาใช้เป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายแห่งรัฐ และในพื้นที่ที่ไม่มีกฎหมายแห่งรัฐรองรับการนำกฎหมายอิสลามมาใช้

2. ได้ทราบรูปแบบทางโครงสร้างการบริหารงานยุติธรรมในประเทศต่าง ๆ ที่มีประชากรส่วนน้อยเป็นผู้นับถือศาสนาอิสลามนำมาเปรียบเทียบข้อดีและข้อเสียเพื่อนำมาปรับใช้ในประเทศไทย

3. ได้แนวทางรูปแบบโครงสร้างการบริหารงานยุติธรรมอิสลามที่เหมาะสมในประเทศไทย

บทที่ 2

พหุนิยมทางกฎหมายและการบริหารงานยุติธรรมอิสลาม

ในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้เป็นการศึกษาการบริหารงานยุติธรรมอิสลามในลักษณะที่กฎหมายอิสลามถูกนำมาใช้กับกลุ่มชนกลุ่มหนึ่งภายในรัฐ ในสถานะกฎหมายเฉพาะที่มิได้บังคับใช้กับพลเมืองโดยทั่วไป อันมีรูปแบบการใช้กฎหมายลักษณะเชิงซ้อนหรือพหุนิยมทางกฎหมาย (Legal Pluralism) ดังนั้นในบทที่ 2 นี้จึงได้แบ่งเนื้อหาออกเป็น 3 ส่วนคือ 2.1 การบริหารงานยุติธรรมอิสลาม 2.2 พหุนิยมทางกฎหมายและแนวคิดทางสังคมกับกฎหมาย และ 2.3 กฎหมายอิสลามและการการใช้กฎหมายอิสลาม

โดยในส่วนที่ 1 เป็นการกำหนดบทนิยามคำว่า “การบริหารงานยุติธรรมอิสลาม” เพื่อให้เข้าใจต้องตรงกันว่าในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้กล่าวถึงลักษณะองค์ประกอบของทั้งด้านการใช้กฎหมายและองค์กรที่เกี่ยวเนื่องกับการใช้กฎหมายอิสลามอย่างเป็นระบบ

ในส่วนที่ 2 พหุนิยมทางกฎหมายและแนวคิดทางสังคมกับกฎหมาย จะกล่าวถึงแนวคิดและทฤษฎีสังคมวิทยาทางกฎหมายที่เป็นกรอบใหญ่ในการศึกษากฎหมายที่ใช้อยู่ตามความเป็นจริงในสังคม และมองกฎหมายในฐานะเป็นเครื่องมือที่สร้างสมดุลแห่งผลประโยชน์ของมนุษย์ในสังคมอย่างมีประสิทธิภาพ ทั้งในสภาวะปัจเจกชน กลุ่มสังคม และรัฐ นอกจากนี้แนวคิดทฤษฎีสังคมวิทยาทางกฎหมายยังเป็นพื้นฐานสำคัญในการเกิดขึ้นของกระบวนทัศน์ทางกฎหมายลักษณะพหุนิยม ต่อมาจึงจะกล่าวถึงพหุนิยมทางกฎหมายซึ่งเป็นแนวคิดหลักที่นำมาใช้เพื่อศึกษารูปแบบการใช้กฎหมายอิสลามในแต่ละพื้นที่ แนวคิดพหุนิยมทางกฎหมายจะกล่าวถึงการใช้กฎหมายในลักษณะเชิงซ้อนซึ่งเป็นสภาวการณ์ที่กฎหมายแห่งรัฐและบรรทัดฐานอื่นวางอยู่ร่วมกันและมีปฏิสัมพันธ์กัน การมองลักษณะระบบกฎหมายผ่านแนวคิดพหุนิยมทางกฎหมายอาจจะได้สร้างมุมมองทางการใช้กฎหมายที่มิใช่แต่รัฐเท่านั้นที่เป็นจุดศูนย์กลางแห่งการใช้กฎหมาย และในตอนท้ายของส่วนที่ 1 จะกล่าวถึงแนวคิดฆราวาสนิยม (Secularism) ที่เชื่อในการแยกศาสนาออกจากรัฐ และหลักเสรีภาพทางศาสนา (Freedom of Religion) เพื่อนำมาเป็นหลักการประกอบในการวิเคราะห์หาลักษณะรูปแบบที่เหมาะสมในการบริหารงานยุติธรรมอิสลามในประเทศไทยต่อไป

ในขณะที่ส่วนที่ 3 กฎหมายอิสลามและการใช้กฎหมายอิสลาม จะเริ่มภาพรวมโดยทั่วไปของศาสนาอิสลาม ลักษณะของกฎหมายอิสลาม แหล่งที่มาของกฎหมาย ต่อจากนั้นนั้นจะกล่าวถึงการใช้กฎหมายอิสลามในยุคสมัยต่าง ๆ ผ่านช่วงเวลาสำคัญทางประวัติศาสตร์ในแต่ละพื้นที่ ตั้งแต่เมื่อเริ่มถือกำเนิดของศาสนาอิสลาม ถึงเมื่อศาสนาอิสลามได้แผ่ขยายไปยังดินแดนต่าง ๆ พร้อมกับที่หลักบัญญัติอิสลามถูกนำไปใช้เป็นกฎหมายของกลุ่มชนมุสลิมในดินแดนที่ศาสนาอิสลามเข้าไปถึง จนเข้าสู่ยุคอาณานิคมที่กฎหมายอิสลามในบางพื้นที่ถูกนำมาใช้ในลักษณะกฎหมายของชนพื้นถิ่น และเข้าสู่ยุคการสร้างรัฐชาติสมัยใหม่ที่ในบางรัฐยังคงรูปแบบการใช้กฎหมายอิสลามในลักษณะพหุนิยมทางกฎหมาย และในตอนท้ายจะกล่าวถึงรูปแบบการใช้กฎหมายอิสลามในยุคปัจจุบันที่รูปแบบการใช้

กฎหมายอิสลามถูกนำไปใช้ในลักษณะที่แตกต่างกันทั้งในรัฐที่พลเมืองส่วนใหญ่นับถือศาสนาอิสลาม และรัฐที่พลเมืองส่วนน้อยนับถือศาสนาอิสลาม

2.1 การบริหารงานยุติธรรมอิสลาม

ตามพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถานได้ให้ความหมาย “กระบวนการยุติธรรม” ว่าคือ ขั้นตอนและวิธีดำเนินการในการบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมายเพื่ออำนวยความยุติธรรม คุ้มครองสิทธิ และเสรีภาพของบุคคล

กระบวนการยุติธรรม ในความหมายแบบแคบอาจหมายถึงกระบวนการทางคดีเมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้นระหว่างผู้เสียหายร้องทุกข์ต่อเจ้าพนักงาน มีการสืบสวนหาข้อเท็จจริงกับผู้กระทำผิด จนถึงการฟ้องร้องต่อศาลทั้งในกรณีของคดีแพ่งและคดีอาญา ซึ่งสามารถกล่าวโดยสรุปได้ว่า “กระบวนการยุติธรรม” หมายถึง วิธีที่รัฐให้ความยุติธรรมแก่พลเมืองผู้มีอรรถคดี โดยผ่านองค์กร สถาบันต่าง ๆ และบุคลากรที่กฎหมายให้อำนาจไว้

กระบวนการยุติธรรมอาจแบ่งออกได้เป็นหลายประเภทเช่น กระบวนการยุติธรรมทางอาญา กระบวนการยุติธรรมทางแพ่ง กระบวนการยุติธรรมทางปกครอง โดยที่กระบวนการยุติธรรมแต่ละประเภท ต่างมีองค์กรและบุคลากรที่มีความสัมพันธ์เกี่ยวข้องในระบบของกระบวนการยุติธรรมที่แตกต่างกัน เช่นกระบวนการยุติธรรมทางอาญา มีหลักการที่เมื่อมีการกระทำความผิดอาญาเกิดขึ้นไปจนถึงขั้นตอนการนำผู้กระทำความผิดเข้าสู่กระบวนการพิจารณาของศาล และพิพากษาคดีไปจนถึงการที่ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษทางอาญา อันอาจประกอบด้วยองค์กรและบุคลากรที่เกี่ยวข้องสัมพันธ์คือ พนักงานสอบสวนหรือตำรวจ ทนายความ พนักงานอัยการ ศาลยุติธรรม และกรมราชทัณฑ์ โดยมีกฎหมายที่กำหนดกฎเกณฑ์วิธีการในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาที่เป็นสาระสำคัญหลักคือ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ส่วนกระบวนการยุติธรรมทางแพ่งอาจมีสาระที่แตกต่างกัน กล่าวคือ เป็นคดีที่อาจมีข้อพิพาทกันระหว่างบุคคลที่เป็นคู่ความ หรือเป็นคดีที่บุคคลต้องใช้สิทธิทางศาลในลักษณะคดีไม่มีข้อพิพาท ซึ่งองค์กรและบุคลากรที่เกี่ยวข้องสัมพันธ์ในกระบวนการยุติธรรมทางแพ่งประกอบด้วย คู่ความหรือผู้ร้อง ศาล ทนายความ และเจ้าพนักงานบังคับคดี โดยมีประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง เป็นบทบัญญัติหลักที่สำคัญในการกำหนดกฎเกณฑ์ วิธีการดำเนินกระบวนการทางศาลไปตลอดจนการบังคับคดี ทั้งนี้จะเห็นได้ว่ากระบวนการยุติธรรมมีรูปแบบเป็นห่วงโซ่ที่เชื่อมประสานกันระหว่างองค์กร บุคลากรและหน่วยงานต่าง ๆ อย่างเป็นระบบโดยมีกฎหมายกำหนดอำนาจ หน้าที่ เพื่ออำนวยความยุติธรรมแก่พลเมืองไว้

ในขณะที่ “กระบวนการยุติธรรมอิสลาม” ในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้หมายถึง ขั้นตอนและวิธีดำเนินการในการนำกฎหมายอิสลามมาใช้ กับผู้นับถือศาสนาอิสลามหรือผู้มีส่วนเกี่ยวข้องได้เสีย โดยผ่านองค์กร สถาบันและบุคลากรต่าง ๆ โดยจะกล่าวถึงเฉพาะแต่กระบวนการยุติธรรมอิสลามทางแพ่งว่าด้วยครอบครัวและมรดกเท่านั้น

ส่วนการบริหารจัดการนั้น สามารถจำแนกคำที่นำมาใช้ได้คือ “Management” ที่แปลว่า การจัดการ และ “Administration” ที่มีความหมายในทำนองเดียวกันว่า “การบริหารจัดการ”

โดย รศ.ศิริวรรณ เสรีรัตน์ และคณะ ได้รวบรวม ความหมายของคำว่า “การบริหารจัดการ” และ “การจัดการ” ได้ดังนี้

คำว่า “การบริหาร” (Administration) จะใช้ในการบริหารระดับสูง โดยเน้นที่การกำหนดนโยบายที่สำคัญและการกำหนดแผนของผู้บริหารระดับสูง เป็นคำนิยมใช้ในการบริหารรัฐกิจ (Public Administration) หรือใช้ในหน่วยงานราชการ และคำว่า “ผู้บริหาร” (Administrator) จะหมายถึงผู้บริหารที่ทำงานอยู่ในองค์กรของรัฐ หรือองค์กรที่ไม่มุ่งหวังกำไร ดังนั้นการบริหาร (Administration) คือกลุ่มของกิจกรรม ประกอบด้วย การวางแผน (Planning) การจัดองค์กร (Organizing) การสั่งการหรือการอำนวย (Leading/Directing) และการควบคุม (Controlling) ซึ่งจะมีความสัมพันธ์โดยตรงกับทรัพยากรขององค์กร เพื่อนำไปใช้ให้เกิดประโยชน์และด้วยจุดมุ่งหมายสำคัญในการบรรลุความสำเร็จตามเป้าหมายขององค์กรอย่างมีประสิทธิภาพ และเกิดประสิทธิผลครบถ้วน

ส่วนคำว่า “การจัดการ” (Management) จะเน้นการปฏิบัติการให้เป็นไปตามนโยบายหรือแผนที่วางไว้ ซึ่งนิยมใช้ในการจัดการธุรกิจ (Business Management) ส่วนคำว่า “ผู้จัดการ” (Manager) จะหมายถึงบุคคลในองค์กรซึ่งทำหน้าที่รับผิดชอบต่อกิจกรรมในการบริหารทรัพยากรและกิจการงานอื่น ๆ เพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ที่กำหนดไว้ขององค์กร โดยที่การบริหารจัดการ (Management) หมายถึงชุดของหน้าที่ต่าง ๆ (A Set of Functions) ที่กำหนดทิศทางในการใช้ทรัพยากรทั้งหลายอย่างมีประสิทธิภาพและประสิทธิผล เพื่อให้บรรลุถึงเป้าหมายขององค์กร การใช้ทรัพยากรอย่างมีประสิทธิภาพ (Efficient) หมายถึง การใช้ทรัพยากรได้อย่างเฉลียวฉลาดและคุ้มค่า (Cost-Effective) การใช้ทรัพยากรอย่างมีประสิทธิผล (Effective) นั้นหมายถึงการตัดสินใจได้อย่างถูกต้อง (Right Decision) และมีการปฏิบัติการสำเร็จตามแผนที่กำหนดไว้ ดังนั้นผลสำเร็จของการบริหารจัดการจึงจำเป็นต้องมีทั้งประสิทธิภาพและประสิทธิผลควบคู่กัน[10]

ดังนี้เมื่อกล่าวถึง “การบริหารงานยุติธรรม” แล้วจึงเป็นเรื่องที่ประกอบด้วย การวางแผน (Planning) การจัดองค์กร (Organizing) การสั่งการ (Leading/Directing) หรือการอำนวย และการควบคุม (Controlling) เพื่อให้เกิดประสิทธิภาพและประสิทธิผลในการอำนวยความยุติธรรมแก่ประชาชน ซึ่งในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้เลือกใช้คำว่า “Administration”

ประกอบกับพระราชบัญญัติพัฒนาการบริหารงานยุติธรรมแห่งชาติ พ.ศ.2459 ได้ให้ความหมาย “การบริหารงานยุติธรรม” ว่าหมายถึง “การดำเนินการที่เกี่ยวกับการบริหารจัดการในการอำนวยความยุติธรรม การป้องกันและแก้ไขปัญหาอาชญากรรม การคุ้มครองความปลอดภัยในชีวิตและทรัพย์สิน การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพให้กับประชาชน การบังคับการตามกฎหมายและการอำนวยความสะดวกแก่ประชาชน แต่ไม่รวมถึงอำนาจอิสระในการพิจารณาพิพากษาอรรถคดีของศาลและการดำเนินการของหน่วยงานอิสระตามรัฐธรรมนูญ”[11]

ดังนี้ “การบริหารงานยุติธรรมอิสลาม” ในวิทยานิพนธ์นี้จึงหมายถึง “การดำเนินการที่เกี่ยวกับการบริหารจัดการในการอำนวยความยุติธรรม ทั้งในขั้นตอนและวิธีดำเนินการในการนำกฎหมายอิสลามมาปรับใช้กับผู้นับถือศาสนาอิสลามหรือผู้มีส่วนเกี่ยวข้องได้เสีย โดยผ่านองค์กรสถาบันและบุคลากรต่าง ๆ เพื่อให้เกิดประสิทธิภาพและประสิทธิผลกับประชาชนสูงสุด”

---

[10] ศิริวรรณ เสรีรัตน์, **องค์การและการจัดการฉบับสมบูรณ์** (กรุงเทพมหานคร: Diamond in Business World, 2545), หน้า 18-19.

[11] มาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติพัฒนาการบริหารงานยุติธรรมแห่งชาติ พ.ศ.2459

2.2 พหุนิยมทางกฎหมายและแนวคิดทางสังคมกับกฎหมาย

พหุนิยมทางกฎหมายเป็นแนวคิดที่ว่าด้วยความหลากหลายของระบบบรรทัดฐานที่มีปฏิสัมพันธ์กับกฎหมาย อันเป็นเครื่องมือที่สะท้อนภาพของสังคมที่ทำการศึกษา โดยที่แนวทางการศึกษาพหุนิยมทางกฎหมายในปัจจุบันได้คลอบคลุมการศึกษาในหลายมิติเช่น

ในด้านการเมืองการปกครองและระบบธรรมาภิบาล อันเป็นการศึกษาในหัวข้อที่เกี่ยวกับความยุติธรรม ความเท่าเทียม การจัดการความหลากหลายและจัดการความขัดแย้ง อันเกิดจากการย้ายถิ่นฐานที่สร้างให้เกิดลักษณะของชนกลุ่มน้อยในรูปแบบใหม่ การมีอยู่ร่วมกันของระบบจารีตประเพณีและกฎหมายที่บ้างสอดประสานหรือบ้างขัดแย้งกัน ตลอดถึงในสังคมโลกเสรีสมัยใหม่ที่การเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจได้เข้ามามีส่วนเกี่ยวข้องทำให้เกิดความเหลี่ยมล้ำทางสังคม การศึกษาสังคมวิทยากฎหมายในสภาพความเป็นจริงของสังคม ว่ากฎหมายมีฐานะอยู่เยี่ยงไรในสังคมที่ศึกษาเป็นสิ่งที่ขาดไม่ได้เพื่อให้รับรู้ถึงปัญหา และนำแนวคิดพหุนิยมทางกฎหมายที่ยอมรับความหลากหลายมาเสริมสร้างความเป็นระบบที่ประสานงานกันทั้งกฎหมายแห่งรัฐและไม่ใช่กฎหมายแห่งรัฐ ในการนำความยุติธรรมทางสังคมให้เกิดขึ้นเพื่อขจัดความเหลี่ยมล้ำ การกระจายความมั่งคั่ง การให้ผู้ด้อยโอกาสในสังคมหรือกลุ่มชนที่ไม่ใช่ชนกลุ่มที่กำหนดระบบกฎหมายหลักในสังคมได้มีโอกาสเข้าถึงความยุติธรรมบนพื้นฐานความรับรู้ของพวกเขาเอง ไม่ใช่ความยุติธรรมเฉพาะแต่บนพื้นฐานความเชื่อของรัฐ

ในด้านทรัพยากรธรรมชาติ การจัดสรรและบริหารทรัพยากรธรรมชาติในลักษณะพหุนิยมทางกฎหมาย เป็นเรื่องที่ว่าด้วยการจัดการความขัดแย้งในการใช้ทรัพยากรธรรมชาติร่วมกัน ไม่ว่าจะเป็นการทำเหมือง การเกษตร การประมง ตลอดจนการจัดการบริหารเรื่องการใช้น้ำเช่นกฎหมายเกี่ยวกับที่น้ำ (Water Law) ที่มีผู้มีส่วนเกี่ยวข้องหลายภาคส่วน ทั้งภาครัฐ ภาคเอกชนและภาคชุมชน ในการศึกษาพหุนิยมทางกฎหมายในฐานะเป็นปรากฏการณ์ทางสังคม ที่แต่ละภาคส่วนมีหลักระบบบรรทัดฐานต่างกันในการใช้ทรัพยากรร่วมกัน การหาทางออกของความขัดแย้งและสร้างการพัฒนาอย่างยั่งยืนให้เกิดขึ้นในทรัพยากรธรรมชาติเป็นสิ่งจำเป็น การนำแนวคิดพหุนิยมทางกฎหมายมาร่วมเป็นเครื่องมือในการศึกษาเพื่อแก้ปัญหาในสังคมที่มีความขัดแย้งในการใช้ การบริหารหรือรักษาทรัพยากรธรรมชาติ ล้วนแล้วแต่เป็นการเพิ่มทางเลือกในการแก้ปัญหาอย่างยั่งยืน

ในด้านที่เกี่ยวกับกฎหมายศาสนาและกฎหมายแห่งรัฐซึ่งเป็นหัวข้อวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ได้นำมาทำการศึกษาวิจัย ในขอบเขตว่าด้วยการบริหารการยุติธรรมอิสลามในประเทศไทย โดยจะนำแนวคิดพหุนิยมทางกฎหมายมาเป็นเครื่องมือในการศึกษาถึงสภาพหรือปรากฏการณ์พหุนิยมทางกฎหมายในประเทศไทย ที่การศึกษาจะอิงกับกรอบแนวคิดในเรื่ององค์ประกอบแวดล้อมพหุนิยมทางกฎหมายและปฏิสัมพันธ์ของกฎหมายแห่งรัฐต่อระบบบรรทัดฐานอื่นซึ่งในที่นี้คือกฎหมายอิสลามเพื่อนำมาปรับใช้ในการสร้างรูปแบบกลไกการใช้กฎหมายอิสลามในประเทศไทย ทั้งโดยองค์กรศาลแห่งรัฐและองค์กรอื่นที่มิใช่องค์กรศาล เพื่อให้เกิดดุลยภาพแก่ผลประโยชน์ทั้งของรัฐ สังคม และปัจเจกชน

ปัจจุบันอิทธิพลแนวคิดจากสำนักคิดกฎหมายบ้านเมือง (Positive Law) ได้เข้ามามีบทบาทในการศึกษาทางนิติศาสตร์ในประเทศไทย ที่เชื่อในการแยกกฎหมายออกจากศีลธรรมหรือศาสนาอย่างชัดเจน ในสายตากฎหมายบ้านเมืองศาสนาอาจเป็นเพียงเรื่องที่พิสูจน์มิได้ เป็นความเชื่อของปัจเจกหรือกลุ่มชนที่ได้รับการคุ้มครองตามหลักเสรีภาพทางศาสนา บนฐานความคิดที่ว่ารัฐไม่มี

อำนาจในอาณาเขตแห่งมโนธรรมของปัจเจกชน ปัจเจกชนจึงเป็นอิสระจากการบังคับของรัฐให้เชื่อหรือไม่เชื่อในศาสนา ดังนั้นการศึกษาการใช้กฎหมายศาสนาในทางนิติศาสตร์ (Jurisprudence) ตามแนวคิดพหุนิยมทางกฎหมายซึ่งจะศึกษาความซ้อนทับของระบบกฎหมายแห่งรัฐและระบบกฎหมายศาสนา มิใช่เป็นการศึกษากฎหมายแห่งรัฐและหลักความเชื่อทางศาสนาที่มิอาจนำมาเปรียบเทียบในการให้ความเห็นแย้งหรือเห็นพ้องกันได้ เมื่อการปฏิบัติกับเพื่อนมนุษย์ตามกฎหมายศาสนานั้นอาจแสดงออกถึงการเคารพยำเกรงต่อพระเจ้าในมโนสำนึกของศาสนิกชน การปฏิบัติตามกฎหมายแห่งรัฐสะท้อนถึงการเคารพและยอมรับความมีอยู่ของรัฐ ที่มโนสำนึกทั้งสองทางนี้มิอาจสวนทาง การนำแนวคิดพหุนิยมทางกฎหมายที่เชื่อในการแสดงออกถึงมโนทัศน์การมีอยู่ของความหลากหลายของระบบกฎเกณฑ์มาเป็นเครื่องมือในการศึกษาน่าจะเปิดมุมมองระบบกฎหมายผ่านฉากภาพของสังคมที่ระบบกฎหมายแห่งรัฐและระบบกฎหมายศาสนาวางคู่กันอยู่ ซึ่งในที่สุดแล้วคงปฏิเสธไม่ได้ถึงความคงอยู่ของพหุนิยมทางกฎหมาย ที่รัฐ สังคมตลอดจนปัจเจกชนต้องเผชิญหน้า แนวคิดพหุนิยมทางกฎหมายอาจนำมาซึ่งวิถีที่จะผสมผสานการอยู่ร่วมกันของระบบกฎเกณฑ์เพื่อนำมาปรับใช้ในพหุสังคมได้อย่างเหมาะสมในประเทศไทยต่อไป

2.2.1 สังคมวิทยาทางกฎหมาย Sociology of Law

สังคมวิทยาทางกฎหมายได้ถูกให้นิยามว่าเป็น สาขาหนึ่งของการศึกษาสังคมวิทยาโดยที่มีเนื้อหาเป็นสหวิชาทางสังคมที่อยู่ภายในกรอบของการศึกษาสังคมที่มีความสัมพันธ์กับกฎหมาย ในขณะที่บางฝ่ายมองสังคมวิทยาทางกฎหมายเป็นแนวทางการศึกษาที่อยู่ระหว่างการศึกษากฎหมายและสังคม อันมิได้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาสังคมวิทยาแต่มีแนวทางเป็นอิสระแยกออกจากสังคมวิทยา โดยที่เชื่อว่าสังคมวิทยาทางกฎหมายเป็นการศึกษาที่มีระบบอยู่บนพื้นฐานทางทฤษฎีของตนอย่างชัดเจนและเป็นการศึกษากฎหมายเชิงประจักษ์ในสังคมหรือพื้นที่ที่ทำการศึกษา การศึกษาสังคมวิทยากฎหมายจึงมองกฎหมายและระบบกระบวนการยุติธรรมเป็นสถาบันหรือกลไกหลักทางสังคมในการเชื่อมประสานผลประโยชน์ทางการเมืองและผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจ ผสานวัฒนธรรมและระบบบรรทัดฐานอื่นในสังคม เพื่อสร้างและธำรงไว้ซึ่งระบบที่ใช้ควบคุมสังคมแห่งการอยู่ร่วมกันอย่างสอดคล้องกัน[12]

แม้ว่าสังคมวิทยาทางกฎหมายจะเป็นศาสตร์ที่อยู่ภายใต้สังคมวิทยาหรือเป็นแนวทางการศึกษากฎหมายที่แยกออกมาต่างหากตามความเชื่อของแต่ละฝ่าย แต่เป็นที่ยอมรับร่วมกันว่าสังคมวิทยาทางกฎหมายมีเนื้อหาที่ทำการศึกษาหรือวิธีการศึกษาที่ยังคงใช้รูปแบบการศึกษาในลักษณะเดียวกับสังคมศาสตร์เช่นดั่ง มานุษยวิทยา รัฐศาสตร์ อาชญวิทยา และจิตวิทยา อันสะท้อนทฤษฎีทางสังคมวิทยา[13] และใช้วิธีวิจัยทางสังคมวิทยาเพื่อศึกษากฎหมาย สถาบันทางกฎหมาย และพฤติกรรมทางกฎหมาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งสังคมวิทยาทางกฎหมายมีแนวทางการศึกษากฎหมายในสังคมจากการศึกษาเชิงประจักษ์และสร้างทฤษฎีว่าด้วยการปฏิสัมพันธ์กันระหว่างกฎหมาย ระบบ

---

[12] มันเฟรด เรห์บินเดอร์, “สังคมวิทยากฎหมาย,” **วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์** 9, 1 (มิถุนายน 2524): 11-18.

[13] สัญญา สัญญาวิวัตน์, **ทฤษฎีสังคมวิทยา: เนื้อหาและแนวการใช้เบื้องต้น** (กรุงเทพมหานคร: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2533), หน้า 124.

กฎหมายและระบบที่ไม่ใช่กฎหมาย ตลอดจนปัจจัยทางสังคมอื่นที่เป็นผลในระบบแห่งการควบคุมทางสังคม[14]

2.2.1.1 ทฤษฎีนิติศาสตร์เชิงสังคมวิทยา

แม้ว่านิติศาสตร์เชิงสังคมวิทยา Sociological Jurisprudence ถูกจัดแยกออกจากสังคมวิทยาทางกฎหมาย Sociology of Law โดยมีแนวคิดว่านิติศาสตร์เชิงสังคมวิทยามิได้มีจุดมุ่งหมายหลักในการศึกษาสังคมวิทยาแต่เน้นในการสร้างหลักการทางนิติศาสตร์หรือทฤษฎีทางกฎหมายบนพื้นฐานของการศึกษาสังคม[15] แต่จะให้ชื่อว่าอย่างไรหรือขีดกรอบไว้เช่นไรก็มิได้มีประโยชน์ในการแบ่งเส้นทางการศึกษากฎหมายมากนัก เนื่องจากในการศึกษาบางครั้งก็ไม่อาจสร้างขอบเขตที่ชัดเจนระหว่างสังคมวิทยาทางกฎหมายและนิติศาสตร์เชิงสังคมวิทยาได้

โดยที่มีการยกย่อง รูดอล์ฟ ฟอน เยียริ่ง Rudolf Von Jhering ซึ่งเป็นนักนิติศาสตร์ชาวเยอรมันว่าเป็นผู้ให้กำเนิดทฤษฎีนิติศาสตร์เชิงสังคมวิทยาสมัยใหม่[16] ซึ่งเขาชี้ว่า กฎหมายเป็นเพียงเครื่องมือเพื่อบรรลุเป้าหมาย (Laws as a Means to an End) การใช้กฎหมายและการตีความกฎหมายจึงต้องเน้นตรงจุดมุ่งหมายของกฎหมาย ซึ่งจุดมุ่งหมายของกฎหมายคือเพื่อประโยชน์ส่วนรวมของสังคม ซึ่งความเชื่อในกฎหมายมีลักษณะเป็นเครื่องมือเพื่อบรรลุผลประโยชน์โดยรวมของสังคมนี้ มีอิทธิพลมาจากแนวคิดเรื่องอรรถประโยชน์ (Utilitarianism) ของ Jeremy Bentham และ John Stuart Mill แต่ Jhering ได้หันมาสนใจในเรื่องว่าด้วยการประสานผลประโยชน์ โดยเขาแยกผลประโยชน์ออกเป็น 3 ประเภท คือ ผลประโยชน์ของปัจเจกชน ผลประโยชน์ของรัฐ และผลประโยชน์ของสังคม การสร้างความสมดุลให้เกิดขึ้นในผลประโยชน์ทั้ง 3 ประเภทดังกล่าวนี้เป็นปัจจัยสำคัญที่ทำให้สังคมพัฒนาไปได้ด้วยดี ซึ่งการดำรงอยู่ของสังคมหรือการเคลื่อนที่ของสังคมจะปรากฏแรงสองแรงที่เป็นตัวสร้างสภาวะแห่งการเคลื่อนตัวของสังคม คือแรงที่เกิดจากความเห็นแก่ตัว (Egoistic) และแรงที่เกิดจากการเห็นแก่ประโยชน์ของผู้อื่น (Altruistic) ดังนั้นจึงต้องมีเครื่องคัดง้างการเคลื่อนตัวของสังคม (The Lever of Social Motion) อันประกอบไปด้วย การให้รางวัลและการลงโทษ (Reward and Coercion) เพื่อคัดง้างแรงที่เกิดจากความเห็นแก่ตัว และการสำนึกในหน้าที่และความรัก (Duty and Love) เพื่อสร้างเสริมแรงแห่งการเห็นแก่ประโยชน์ผู้อื่นหรือสังคม แม้แนวความคิดของ Jhering ในเรื่องการประสานผลประโยชน์จะได้รับการยอมรับอย่างกว้างขวางและมีอิทธิพลต่อความคิดเชิงนิติปรัชญา แต่แนวความคิดของ Jhering ดังกล่าวอธิบายเพียงในลักษณะของที่มาของกฎหมาย (The Origin of Law) มากกว่าการใช้กฎหมาย (The Application of Laws) ในความเป็นจริง[17]

Roscoe Pound เป็นนักนิติปรัชญาชาวอเมริกัน ในช่วงศตวรรษที่ 20 แนวความคิดทางทฤษฎีนิติศาสตร์เชิงสังคมของเขาได้ทำให้เกิดการเปลี่ยนแปลงในวงการกฎหมายของ

---

[14] สถิต ลิ่มพงศ์พันธุ์, “ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับสำนักคิดสังคมวิทยากฎหมาย,” **วารสารนิติศาสตร์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์** 9, 1 (มิถุนายน 2524): 2.

[15] Roscoe Pound, “Sociology of Law and Sociological Jurisprudence,” **The University of Toronto Law Journal** 5, 1 (1943): 1-20, Retrieved June 15, 2015 from http://www.jstor.org/stable/824509

[16] จรัญ โฆษณานันท์, **นิติปรัชญา** (กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2544), หน้า 232.

[17] สมยศ เชื้อไทย, **นิติปรัชญาเบื้องต้น** (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2549), หน้า 145.

สหรัฐอเมริกา เขาเห็นว่าการตรากฎหมายการตีความกฎหมายและการใช้กฎหมายจะต้องพิจารณาถึงข้อเท็จจริงทางสังคม ซึ่งเขาได้เปรียบเทียบภาระหน้าที่ของนักกฎหมายว่าเป็นเสมือนงานวิศวกรรมสังคม (Social Engineering) คือ การทำให้โครงสร้างทางสังคมเกิดประสิทธิภาพสูงสุด แต่มีแรงเสียดทานหรือความเสียเปล่าให้น้อยที่สุด ซึ่งการมีประสิทธิภาพในโครงสร้างทางสังคมที่ดีคือโครงสร้างที่ตอบสนองความต้องการของมนุษย์ให้มากที่สุด[18] ความต้องการของมนุษย์ที่ว่านี้ Pound หมายถึงผลประโยชน์ (Interests) เขาได้แยกประเภทของประโยชน์ออกเป็น 3 กลุ่มเช่นเดียวกับ Jhering คือ

1. ผลประโยชน์ของปัจเจกชน (Individual Interests) อันได้แก่ ผลประโยชน์ที่เป็นลักษณะส่วนตัวเช่น สิทธิเสรีภาพ สถาบันครอบครัว สิทธิในทรัพย์สิน เสรีภาพในการแสดงออกต่าง ๆ เป็นต้น

2. ผลประโยชน์ของรัฐ (Public Interests) ซึ่งรัฐในฐานะนิติบุคคลหรือองค์กรที่เป็นผู้รักษาผลประโยชน์ของสังคม

3. ผลประโยชน์ของสังคม (Social Interests) อันได้แก่ ประโยชน์ของสังคมในด้านความมั่นคงปลอดภัย ประโยชน์ของสังคมในด้านสวัสดิการที่ดีของสังคม ผลประโยชน์ของในด้านทรัพยากรทางสังคม เป็นต้น

โดยที่ผลประโยชน์ทั้ง 3 ประเภทดังกล่าวไม่มีผลประโยชน์ใดสำคัญกว่าผลประโยชน์ใด ซึ่งในความเป็นจริงแล้วผลประโยชน์ทั้งสามคือความต้องการของปัจเจกชน เพียงว่าเป็นการเรียกร้องความต้องการนั้นในฐานะใด ดังนั้นในการทำวิศวกรรมสังคมจึงต้องจัดการความสมดุลของผลประโยชน์ทั้งสามนี้ ให้ได้ผลลัพธ์ตามความต้องการมากที่สุดแต่สูญเสียให้น้อยที่สุด คือพยายามไม่ให้ผลประโยชน์ใดต้องเสียไปเพื่อให้ได้มาซึ่งอีกผลประโยชน์หนึ่ง ซึ่งเป็นหน้าที่ของทั้งนักนิติศาสตร์ นักนิติบัญญัติ และ ผู้พิพากษาในการสร้างสมดุลนี้ให้เกิดขึ้น โดย Roscoe Pound ได้มองว่าการผสานผลประโยชน์ในการทำวิศวกรรมสังคมต้องอยู่บนหลักมูลฐานของกฎหมาย (Jural Postulate) ซึ่งเป็นหลักการที่กฎหมายเข้ามารองรับหรือปกป้องอันประกอบไปด้วย หลักการป้องกันไม่ให้ปัจเจกชนถูกรุกรานก้าวร้าวโดยเจตนาจากผู้อื่น หลักการคุ้มครองไม่ให้ปัจเจกชนได้รับความเสียหายจากอันตรายที่เกิดจากความไม่ระมัดระวังของผู้อื่น หลักการในการได้รับการคุ้มครองผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจของตนที่กระทำได้มาโดยชอบด้วยกฎหมายและหลักการปฏิบัติต่อกันโดยสุจริต หลักมูลฐานของกฎหมายอาจมีการเปลี่ยนแปลงตามแต่อารยธรรมหรือการพัฒนาของสังคม ซึ่งต่อมา Pound ได้เพิ่มหลักการในเชิงสังคมรัฐสวัสดิการเช่น หลักการคุ้มครองความมั่นคงในอาชีพ หลักความรับผิดชอบของผู้ประกอบอุตสาหกรรม และหลักการประกันสังคม[19]

2.2.1.2 แนวคิดกฎหมายที่มีชีวิตของ Eugen Ehrlich “Living Law”

ในการศึกษากฎหมายเชิงสังคมวิทยาที่กล่าวถึงการศึกษากฎหมายบนพื้นฐานแห่งความเป็นจริงมิใช่เฉพาะแต่ในตำรา Eugen Ehrlich (1862-1922) นักสังคมวิทยาทางกฎหมายชาวออสเตรียเป็นอีกผู้หนึ่งที่สร้างแนวคิดให้กับการศึกษาสังคมวิทยาทางกฎหมาย ช่วงที่เขาได้อาศัยอยู่ใน Bukovina ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของอาณาจักร Austro-Hungarian เขาได้พบเห็นการอยู่ร่วมกันของสังคมลักษณะพหุวัฒนธรรมที่คนในสังคมมีกฎเกณฑ์บรรทัดฐานที่ยึดถือแตกต่างกันแต่ใช้ชีวิตร่วมกัน ซึ่ง

---

[18] James A. Gardner, “The Sociological Jurisprudence of Roscoe Pound (Part I),” **Vill Law Review** 7, 1 (1961); จรัญ โฆษณานันท์, *เรื่องเดิม*, หน้า 248.

[19] จรัญ โฆษณานันท์, *เรื่องเดิม*, หน้า 252.

กฎเกณฑ์บรรทัดฐานเหล่านั้นไม่ได้เป็นกฎหมายแห่งรัฐ จากสภาพความเป็นจริงดังกล่าวนำซึ่งแนวคิดของ Eugen Ehrlich ที่พยายามชี้ว่าศูนย์กลางของการพัฒนาทางกฎหมายไม่ได้อยู่ที่ฝ่ายนิติบัญญัติ นิติศาสตร์ หรือ คำพิพากษาของศาล แต่อยู่ที่สังคม สังคมจะเป็นตัวแสดงออกถึงความมีชีวิตของตัวกฎหมาย โดยที่กฎหมายจะมีชีวิตได้ไม่ใช่เป็นเพียงเพราะเป็นกฎหมายที่ออกโดยรัฐ แต่เป็นกฎหมายที่สังคมยึดถือปฏิบัติ กฎหมายที่สังคมหรือบุคคลยึดถือปฏิบัตินี้ซึ่งอาจจะเป็นกฎหมายแห่งรัฐหรือไม่ก็ตามคือ “กฎหมายที่มีชีวิต” (Living Law)[20]

Ehrlich ได้ให้นิยามกฎหมายในลักษณะปรากฏการณ์ทางสังคมบนพื้นฐานของการวิพากษ์แนวคิดทางกฎหมายที่ใช้ปฏิบัติอยู่ในทวีปยุโรปขณะนั้น ว่ากฎหมายในแนวคิดดังกล่าวเป็นเพียงแต่กฎหมายที่ใช้ในระบบศาล กฎหมายจึงเป็นแต่หลักการของระบบกฎเกณฑ์ต่าง ๆ ที่ผู้พิพากษาได้นำมาใช้เพื่อตัดสินคดีที่มาสู่ศาลเท่านั้น ซึ่งในสายตา Ehrlich กฎหมายลักษณะนี้มิใช่กฎหมายตามหลักสังคมวิทยา เพราะไม่สามารถให้นิยามกฎหมายอย่างกว้างขวางครอบคลุมกฎหมายที่มีใช้อยู่ในสังคมจริง ๆ ได้ มันเป็นเพียงกฎระเบียบที่องค์กรของรัฐนำมาใช้ในกระบวนการยุติธรรมของรัฐเท่านั้น ซึ่งตามความคิดของ Ehrlich กฎหมายควรจะหมายถึง “กฎเกณฑ์ควบคุมความประพฤติของมนุษย์” (Rule of Human Conduct) ซึ่งมิใช่เพียงแต่กฎเกณฑ์ที่บังคับให้มนุษย์ต้องทำเช่นไร แต่เป็นกฎเกณฑ์ที่รวมถึงว่ามนุษย์ควรประพฤติเช่นไร เป็นผลให้นิยามความหมายของกฎหมายในแนวสังคมวิทยาได้แตกต่างจากนิยามกฎหมายตามหลักนิติศาสตร์ที่มองกฎหมายคือกฎเกณฑ์ข้อบังคับที่มีการลงโทษอย่างชัดเจน ในสายตาของ Ehrlich มองว่ากฎหมายมิได้ถูกใช้เพียงที่ศาลนำมาตัดสินคดีและลงโทษจริงหรือเป็นระบบกฎเกณฑ์ที่มีสภาพบังคับเท่านั้น แต่กฎหมายยังมีลักษณะของบรรทัดฐานทางสังคมที่มีการข่มขู่ว่าถ้าไม่ปฏิบัติตามแล้วจะถูกลงโทษ ซึ่งไม่จำเป็นต้องมีคดีขึ้นสู่ศาลให้ตัดสินและมีการลงโทษจริง ๆ ตามคำพิพากษาของศาล แต่บุคคลในสังคมก็ยังปฏิบัติตามกฎหมายนั้น ๆ จากการยอมรับว่าสิ่งนั้นเป็นบรรทัดฐานให้ต้องปฏิบัติตาม ในลักษณะของกฎหมายเช่นนี้บุคคลทั่วไปจึงปฏิบัติตามกฎหมายในชีวิตประจำวันเสมือนหนึ่งปฏิบัติตามบรรทัดฐานทางสังคมอื่นทั่วไป ดังนั้นการแยกความแตกต่างระหว่างกฎหมายและบรรทัดฐานอื่นทางสังคมจะแยกได้จากแนวทางแห่งจิตวิทยาทางสังคม (Social-Psychological) ในการที่บุคคลมีความรู้สึกแตกต่างกันต่อการละเมิดระบบบรรทัดฐานแต่ละรูปแบบ ซึ่งความรู้สึกจะมีมากเป็นพิเศษเมื่อมีการละเมิดต่อบรรทัดฐานทางกฎหมาย ซึ่งนักนิติศาสตร์อาจเรียกความรู้สึกที่ต้องการปฏิบัติตามกฎหมายเช่นนี้ว่า “opinio necessitates” หรือ “opinio juris” แม้การให้นิยามกฎหมายเช่นนี้ของ Ehrlich ที่ใช้จิตวิทยาทางสังคมมาเป็นเครื่องแบ่งระหว่างกฎหมายและระบบบรรทัดฐานอื่น ฟังดูน่าขบขันในสายตานักนิติศาสตร์และถูกตั้งข้อวิพากษ์วิจารณ์อย่างมากมายว่าไม่สามารถนำไปใช้อะไรได้เลย แต่หากพิจารณาให้ลึกซึ้งแล้ว Ehrlich ได้พยายามให้นิยามของกฎหมายที่ไม่ได้มีเพื่อนำไปใช้ในทางนิติศาสตร์ ที่ว่าด้วยหลักการทางกฎหมายที่จะนำไปใช้ในศาล แต่เป็นนิยามกฎหมายในทางสังคมวิทยาที่ต้องการนำไปใช้ในการศึกษาสังคมวิทยากฎหมาย ซึ่งความรู้ใหม่ทางสังคมวิทยากฎหมายในช่วงสมัยของ Ehrlich ที่ได้จากความรู้สึกและอารมณ์อาจไม่เป็นหลักการที่ยอมรับได้มากนัก[21]

---

[20] *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 253.

[21] Stefan Vogl, “Eugen Ehrlich's Linking of Sociology and-Jurisprudence,” In **Living Law Reconsidering Eugen Ehrlich**, Marc Hertogh, ed. (Oxford: Hart, 2009), pp. 98-100.

ต่อเนื่องจากการให้นิยามกฎหมายในเชิงสังคมวิทยาทางกฎหมายแล้ว Ehrlich ได้แสดงลักษณะรูปแบบที่แตกต่างกันระหว่างกฎหมายที่ถูกสร้างจากรัฐและกฎหมายที่ถูกสร้างขึ้นจากสังคม ซึ่งกฎหมายที่ถูกสร้างขึ้นจากสังคมมิได้มาจากกระบวนการออกกฎหมายเช่นเดียวกับกฎหมายของรัฐ แต่จากการกระบวนการพัฒนาทางสังคม Ehrlich ได้แบ่งหน้าที่ของกฎหมายออกเป็น 2 ลักษณะคือ หน้าที่ในการจัดระเบียบสังคม (Social Organization) เช่นการกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลในสังคม (Rules of Conduct) และหน้าที่ในการถูกนำมาใช้ในการตัดสินคดี (Rules of Decision) และกฎหมายในสายตา Ehrlich จึงมีกฎหมายสองประเภทคือ กฎหมายสังคม (Societal Law) และกฎหมายของนักนิติศาสตร์ (Juristic Law/Lawyer Law)[22]

ในรัฐสมัยใหม่กฎหมายแห่งรัฐเกิดขึ้นโดยกระบวนการออกกฎหมายที่ชัดเจน แต่กฎหมายสังคมเกิดขึ้นได้อย่างไร ซึ่ง Ehrlich ใช้การอธิบายในลักษณะรูปแบบของกระบวนการการป้อนเข้าและผลที่ได้ออกมา (Input-Output Model) อย่างเป็นพลวัติที่มีเงื่อนเวลาเข้ามาเกี่ยวข้อง โดยสิ่งที่ป้อนเข้าไปนั้นคือ“ข้อเท็จจริงทางกฎหมาย” (Facts of Law) และผลที่ได้ออกมาคือ “กฎหมายที่มีชีวิต” (Living Law) Ehrlich อธิบายว่าข้อเท็จจริงทางกฎหมายเกิดจากการที่ในสังคมมีการอยู่ร่วมกันของมนุษย์ซึ่งมีปฏิสัมพันธ์กันผ่านระบบการควบคุมจัดการ ระบบการควบคุมจัดการนี้คือระบบกฎเกณฑ์ที่เป็นตัวชี้ว่าปัจเจกชนคนใดมีหน้าที่ใดหรืออยู่ในฐานะใดในสังคม ดังนั้นตัวปัจเจกชนจึงมีความเกี่ยวพันกับกฎเกณฑ์เหล่านี้ ซึ่งประกอบไปด้วยกฎเกณฑ์ว่าด้วยการใช้สอยหรือวิธีปฏิบัติที่เป็นปกติ (Usage) การปกครองครอบงำ (Domination) การครอบครองหรือความเป็นเจ้าของ (Possession) และการแสดงออกถึงเจตนาภายใน (Declaration of Will) สิ่งเหล่านี้เป็น “ข้อเท็จจริงทางกฎหมาย” ซึ่งไม่จำเป็นต้องเป็นแต่กฎหมายแห่งรัฐแต่อาจเป็นข้อระเบียบปฏิบัติอื่นในสังคมที่ใช้เพื่อควบคุมความสัมพันธ์กันระหว่างบุคคล ดังนั้นเมื่อนำเข้า “ข้อเท็จจริงทางกฎหมาย” จะเกิดการสร้างขอบเขตขึ้นระหว่าง กฎหมายที่สร้างโดยรัฐ (Juristic Law) และกฎหมายสังคม (Societal Law) และในที่สุดแล้ว “กฎหมายที่มีชีวิต” คือกฎหมายที่เอาชนะกฎหมายอื่นในปฏิสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายที่แตกต่างกันนี้ และถูกนำมาใช้เป็นส่วนหนึ่งของชีวิตจริง ในลักษณะเป็นบรรทัดฐานที่ใช้ในการดำรงชีวิต ในขณะที่ส่วนอื่นคงเป็นเพียงแค่หลักการ ทฤษฎี หรือหลักความเชื่อเท่านั้น ดังนั้นกฎหมายที่มีชีวิตของ Ehrlich อาจประกอบขึ้นจากกฎหมายหลายรูปแบบ ทั้งที่เป็นกฎหมายแห่งรัฐซึ่งหากภายหลังแล้วได้รับการยอมรับหรืออยู่เหนือกฎเกณฑ์อื่นและปัจเจกชนหรือสังคมปฏิบัติใช้ ในขณะที่กฎหมายสังคมที่ปัจเจกชนเคยใช้อาจถูกทำให้หมดความหมายหรือตายลง กฎหมายแห่งรัฐก็จะเป็นกฎหมายที่มีชีวิต กฎหมายสังคมเองก็อาจเป็นกฎหมายที่มีชีวิตได้หากลักษณะปรากฏการณ์ทางสังคมจากปฏิสัมพันธ์นี้เกิดขึ้นในทิศทางตรงกันข้าม[23]

ในการให้นิยามกฎหมายตามแนวทางของสังคมวิทยากฎหมายที่แตกต่างจากทางนิติศาสตร์เช่นนี้ของ Ehrlich ทำให้แนวคิดของเขาไม่ได้ถูกนำมาใช้โดยนักนิติศาสตร์ ศาล หรือหลักการทางกฎหมายมากนักเนื่องเนื่องจากนิยามความเป็นกฎหมายในลักษณะที่เป็นปรากฏการณ์ทางสังคมเช่นนี้ ไม่มีแนวบรรทัดฐานปฏิบัติ (Normative-Practice) ในทางนิติศาสตร์ แต่อย่างไรก็ตามแนวคิดกฎหมายเช่นนี้ก็เป็นประโยชน์ในการศึกษาสังคมวิทยาทางกฎหมายในสังคมปัจจุบันที่มีความหลากหลายของระบบกฎเกณฑ์ทางกฎหมายและสังคมลักษณะพหุวัฒนธรรม โดยที่นักวิชาการ

---

[22] *Ibid*., p. 100.

[23] *Ibid*., p. 103.

ที่ศึกษาแนวคิดพหุนิยมทางกฎหมายหลายท่านเชื่อว่าแนวคิด “กฎหมายที่มีชีวิต” ของ Ehrlich เป็นรากฐานของแนวคิดพหุนิยมทางกฎหมายในทางสังคมวิทยาที่ถูกนำมาใช้แพร่หลายในปัจจุบัน

2.2.2 พหุนิยมทางกฎหมาย Legal Pluralism

แม้กฎหมายแห่งรัฐ หรือ State Law จะเป็นระเบียบกฎเกณฑ์ที่สร้างขึ้นเพื่อเป้าประสงค์แห่งการสร้างรัฐชาติสมัยใหม่ (Nation-State) แต่การใช้กฎหมายในเชิงเดี่ยวแบบตายตัวโดยไม่ใส่ใจกับความแตกต่าง และ ความหลากหลายขององคาพยพที่เป็นโครงสร้างสังคมลักษณะพหุวัฒนธรรมนำมาซึ่งอุปสรรคและปัญหาในการใช้กฎหมายเพื่อเป็นเครื่องมือทางสังคม ดังนั้นนักทฤษฎีหรือนักวิชาการทางนิติศาสตร์ในโลกปัจจุบันจึงได้ให้ความสำคัญและศึกษาแนวทางการใช้กฎหมายในลักษณะเชิงซ้อนหรือที่เรียกว่าพหุนิยมทางกฎหมาย (Legal Pluralism) มากขึ้นเพื่อเป็นเครื่องมือในการแก้ปัญหาความหลากหลายทางสังคม[24]

แนวคิดและทฤษฎีพหุนิยมทางกฎหมายได้เริ่มก่อกำเนิดและพัฒนามาจากการศึกษาทางสังคมวิทยากฎหมาย (Legal Sociology) และมานุษยวิทยาทางกฎหมาย (Legal Anthropology) ในช่วงต้นศตวรรษที่ 20 ซึ่งนักมานุษยวิทยาทางกฎหมายได้ทำการศึกษาและรวบรวมระบบกฎหมายของชาติภายใต้อาณานิคมทั้งในทวีปแอฟริกา ทวีปเอเชีย และ แถบแปซิฟิก ว่ามีระบบกฎเกณฑ์ หรือระบบควบคุมทางสังคมใช้อยู่อย่างไร แล้วพบว่าพลเมืองในดินแดนภายใต้อาณานิคมเหล่านี้มีกฎหมายทั้งที่เป็นกฎหมายพื้นเมือง (Indigenous Law) และกฎหมายของชาติเจ้าอาณานิคมซึ่งเรียกว่ากฎหมายยุโรป (European Law) ใช้ร่วมกันอยู่ แม้ชาติเจ้าอาณานิคมจะนำกฎหมายของตนมาบังคับใช้กับดินแดนในอาณัติ แต่ด้วยกฎหมายยุโรปในขณะนั้นมีจุดประสงค์ส่วนใหญ่เพื่อมุ่งเน้นการสร้างสังคมให้เป็นระบบทุนนิยมอุตสาหกรรม ซึ่งขัดกับวิถีทางแห่งความเป็นอยู่ของพลเมืองในดินแดนอาณานิคมที่ส่วนใหญ่มีลักษณะเป็นเชิงเกษตรกรรม และกฎหมายพื้นเมืองที่ชนเผ่าใช้อยู่ก็ได้มีการพัฒนาผ่านรุ่นสู่รุ่นและสอดประสานกับวิถีชีวิตของพลเมืองมากกว่า ดังนั้นชาติเจ้าอาณานิคมจึงนำแต่กฎหมายยุโรปมาบังคับใช้กับเรื่องที่มีจุดประสงค์ส่วนใหญ่เพื่อการสร้างระเบียบแบบแผนการจัดการทางเศรษฐกิจ แต่ยังคงให้ใช้กฎหมายพื้นเมืองกับพลเมืองท้องถิ่นในเรื่องที่เป็นจารีตปฏิบัติหรือการประพฤติตามความเชื่อของพลเมืองท้องถิ่น เกิดเป็นระบบกฎหมายมากกว่าหนึ่งเดียวใช้ร่วมกันภายในอาณานิคมขึ้น[25]

นักสังคมวิทยาทางกฎหมาย และนักมานุษวิทยาทางกฎหมายใช้คำว่า Legal Pluralism เพื่ออธิบายการซ้อนทับของกฎหมายหลายชุดที่มีอยู่ในรัฐรัฐหนึ่งหรือสังคมใดสังคมหนึ่ง ซึ่งโดยปกติกฎหมายเหล่านั้นมีแหล่งกำเนิดที่แตกต่างกัน[26] ทั้งนี้นักมานุษยวิทยาทางกฎหมายได้ให้ความหมายของกฎหมายในความหมายแบบกว้างกว่าเฉพาะที่หมายถึงกฎหมายที่ใช้กันในระบบศาลซึ่งออกโดยรัฐ แต่หมายความรวมถึงระบบบรรทัดฐานต่าง ๆ (Normative Orders) ที่ไม่ได้ออกเป็นกฎหมายโดยรัฐ

---

[24] อานันท์ กาญจนพันธุ์, พื้นที่ความรู้และกลไกเชิงซ้อนในจินตนาการใหม่ของสังคมเปลี่ยนผ่าน, ใน **รายงานการประชุมปฏิบัติการเรื่องจินตนาการใหม่ทางสังคมวิทยา**, วันที่ 2 สิงหาคม 2553, ณ ห้องประชุมภาณุมาศ โรงแรมรอยัลริเวอร์ เขตบางพลัด กรุงเทพมหานคร, หน้า 28

[25] Sally E. Merry, “Legal Pluralism,” **Law and Society Review** 22, 5 (1988): 869.

[26] Anne Griffiths, “Legal Pluralism,” In **An Introduction to Law and Social Theory**, Reza Banakar and Max Travers, eds. (Oxford: Hart, 2002), p. 289.

เป็นผลให้พหุนิยมทางกฎหมายประกอบด้วยแนวทางวิธีการหลายอย่างที่แตกต่างกัน จากบนพื้นฐานแนวคิดที่เชื่อและยอมรับในความหลากหลาย และบ่อยครั้งที่โต้เถียงกับแนวคิดความเชื่อทางกฎหมายเดิม ตั้งแต่การยอมรับระบบกฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่แตกต่างกันภายในรัฐชาติ จนไปไกลถึงแนวคิดที่ว่ากฎหมายเป็นระบบควบคุมสังคมหนึ่งและไม่จำเป็นต้องเป็นที่ยอมรับของรัฐว่าเป็นกฎหมาย[27]

นักวิชาการที่ศึกษาพหุนิยมทางกฎหมายชี้ว่าปรากฏการณ์พหุนิยมทางกฎหมายนี้มิได้เป็นสิ่งที่เกิดขึ้นใหม่แต่อย่างใด แต่เป็นปรากฏการณ์ที่เคยเกิดขึ้นตั้งแต่ในสมัยยุคกลางในยุโรป (Medieval Period) ก่อนที่แนวทางพหุนิยมทางกฎหมายได้ถูกนำมาใช้เมื่อเข้าสู่ยุคอาณานิคม (Colonisation) ที่ประเทศมหาอำนาจที่เป็นเจ้าอาณานิคมนำมาใช้เพื่อแก้ปัญหาความแตกต่างในขนบประเพณี เชื้อชาติและความเชื่อของประชาชนพลเมืองในดินแดนอาณานิคมของตน ต่อมาเมื่อเข้าสู่ในยุคช่วงการสร้างรัฐชาติสมัยใหม่ (Modern State-Building) ความเป็นพหุนิยมทางกฎหมายได้ถูกพยายามทำให้กลืนหายไป เนื่องจากแนวคิดการสร้างรัฐชาติสมัยใหม่ที่ต้องการสร้างความเป็นเอกภาพเป็นอันหนึ่งอันเดียวของระบบกฎหมายในรัฐ แต่ในที่สุดแล้วการจัดการความหลากหลายก็มิอาจหลีกเลี่ยงได้ที่จะต้องหันกลับมาพึ่งพาแนวทางแห่งความเป็นพหุนิยมทางกฎหมาย เพราะในเกือบทุกสังคมเราจะพบว่ามีความหลากหลายของระบบกฎเกณฑ์ ตั้งแต่ท้องถิ่นระดับล่างสุดไปจนถึงสังคมโลกที่แผ่ขยายออกไปจนกว้างใหญ่ ตั้งแต่ระเบียบหมู่บ้าน เมือง เทศบัญญัติท้องถิ่น จนถึงกฎหมายบ้านเมือง กฎหมายที่บังคับเฉพาะเขต กฎหมายแห่งรัฐ จนกระทั่งถึงกฎหมายระหว่างประเทศ และมากกว่ากฎหมายที่เราคุ้นเคยเหล่านี้ในบางสังคมยังมี ระบบแบบแผน กฎระเบียบที่เป็นแบบเฉพาะ เช่น ระเบียบจารีตประเพณี ข้อปฏิบัติแห่งชนเผ่า กฎหมายศาสนา หรือ ขนบธรรมเนียมปฏิบัติของชาติพันธุ์หรือของกลุ่มวัฒนธรรมที่อยู่ภายในสังคม[28]

และยิ่งเมื่อโลกเข้าสู่ยุคโลกาภิวัตน์ (Globalization) ที่ในสังคมโลกแปรสภาพกลายเป็นหมู่บ้านใหญ่ (Global Village) ในระบบกฎหมายระหว่างประเทศที่รัฐยอมตนลดบทบาทการผูกขาดอำนาจการออกกฎหมายและการเป็นสถาบันผู้จัดการกลไกการระงับข้อพิพาท การปรากฏชัดถึงการขยายตัวของการตัดสินข้อพิพาทโดยเอกชน ตลอดจนไปจนถึงการสร้างหลักการทางกฎหมายนายวาณิชย์ หรือ กฎหมายพ่อค้า (Lex Mercatoria) ขึ้นใหม่เพื่อใช้ร่วมกันระหว่างประเทศในทางพาณิชย์ ผลมาจากกิจกรรมที่เอกชนเป็นผู้สร้างกฎหมายในระบบกฎหมายเอกชนระหว่างประเทศยุคใหม่ยิ่งเป็นแรงขับให้เกิดความซ้อนทับและหลากหลายของระบบกฎเกณฑ์ในสังคม แนวคิดพหุนิยมทางกฎหมายจึงได้เกิดมีการปรับกระบวนทัศน์จากเพียงเรื่องที่ศึกษาถึงเฉพาะระบบกฎเกณฑ์ที่มีอยู่ภายในรัฐอันเป็นการปรับแนวคิดการซ้อนทับหรือสภาพคงอยู่ร่วมกันของระบบกฎเกณฑ์ที่เป็นกฎหมาย

---

[27] Franz von Benda-Beckmann, “Who’s Afraid of Legal Pluralism?,” **Journal of Legal Pluralism** 47 (2002): 37-82.; Gordon R. Woodman, “Ideological Combat and Social Observation: Recent Debate about Legal Pluralism,” **Journal of Legal Pluralism** 42 (1998): 21-59.

[28] Brian Tamanaha, “Understanding Legal Pluralism: Past to Present, Local to Global,” **Sydney Law Review** 30 (2008): 377-379.

ภายในที่รัฐเป็นผู้บัญญัติ เข้าสู่ยุค Global Legal Pluralism ที่องค์กรระหว่างประเทศหรือสถาบันเอกชนระหว่างประเทศเป็นผู้ร่วมสร้างกฎหมาย และสร้างสภาวการณ์พหุนิยมทางกฎหมายขึ้น[29]

2.2.2.1 ความหมายของพหุนิยมทางกฎหมาย

แม้คำว่า “พหุนิยมทางกฎหมาย” จะถูกใช้มากว่าหลายปีในหลายบริบท ซึ่งนิยามหรือความหมายของพหุนิยมทางกฎหมายในแรกเริ่มส่วนใหญ่ได้มาจากการวิเคราะห์ผ่านการเปรียบเทียบกฎหมายกับสังคมและแนวคิดรวมศูนย์อำนาจนิยมทางกฎหมาย (Legal Centralism)[30] แต่ความหมายแบบกว้าง ๆ ของพหุนิยมทางกฎหมายคือ “การที่มีระบบกฎเกณฑ์บรรทัดฐานที่แตกต่างกันดำรงอยู่พร้อมกันในสังคมเดียวกัน”[31] ซึ่งนับแต่ยุคทศวรรษที่ 1970 เมื่อมีนักมานุษยวิทยากฎหมายได้ทำการศึกษาสภาพสังคมทางกฎหมายก็พบว่าในเกือบทุกสังคมจะมีความเป็นพหุนิยมทางกฎหมายอุบัติขึ้นไม่มากก็น้อย ยิ่งในรัฐที่ประกอบไปด้วยประชากรหลายเชื้อชาติอาศัยอยู่ร่วมกัน ทั้งในเอเชีย แอฟริกา หรือในละตินอเมริกาซึ่งรับวัฒนธรรมทางกฎหมายผ่านยุคอาณานิคม ที่ระบบกฎหมายยุโรปได้ถูกปรับให้ใช้ร่วมกับกฎหมายพื้นเมืองโดยเฉพาะอย่างยิ่งกับชนกลุ่มน้อยที่นับถือศาสนาที่แตกต่างกัน หรือในดินแดนของรัฐที่อยู่ห่างไกลซึ่งมีจารีตประเพณีของคนในท้องถิ่นที่แตกต่างกัน[32]

Jacques Vanderlinden ได้ให้ความหมาย พหุนิยมทางกฎหมายเป็นการทั่วไปว่าคือ “การที่สังคมหนึ่งมีกลไกทางกฎหมายที่แตกต่างกันสามารถนำมาปรับใช้กับสถานการณ์เดียวกันได้” (Existence in a Certain Society of Different Legal Mechanisms to be Applicable to an Identical Situation) โดยมีที่มาจากความเชื่อที่ว่า กฎหมายมีอยู่แต่ในกรอบสังคม กฎหมายประกอบด้วยกลไกทางกฎหมาย และกฎหมายไม่จำเป็นต้องปรากฏออกมาในรูปแบบที่เป็นระบบเพียงหนึ่งเดียว และเมื่อใดที่สังคมหนึ่งมีกลไกทางกฎหมายหลายกลไกที่แตกต่างกันและสามารถนำมาปรับใช้กับเหตุการณ์เดียวกันได้ลักษณะเช่นว่าจึงเป็น พหุนิยมทางกฎหมาย แต่ต่อมา Vanderlinden ได้กลับคำนิยามของตนเองดังกล่าวที่ยึดถือตัวกลไกทางกฎหมายที่ใช้กับเหตุการณ์เดียวกันได้หลายกลไก ซึ่งเป็นการมองระบบกฎหมายจากบนลงล่าง เปลี่ยนมาเป็นการมองจากตัวปัจเจกบุคคลผู้อยู่ภายใต้กฎหมาย พหุนิยมทางกฎหมายตามนิยามใหม่ของ Vanderlinden คือ “sujet de droits” ซึ่งมีความหมายถึง “ลักษณะของปัจเจกบุคคลอยู่ภายใต้แห่งบังคับของระบบกฎหมายหลายระบบ”[33]

Barry Hooker ได้ให้นิยามพหุนิยมทางกฎหมายที่ชัดเจนขึ้นว่า “สถานการณ์ที่มีระบบกฎหมายสองระบบหรือมากกว่านั้นมีปฏิสัมพันธ์กัน” (The Situation in Which Two or

---

[29] Paul S. Berman, **Global Legal Pluralism: A Jurisprudence of Law Beyond Borders** (New York: Cambridge, 2012), pp. 5-9.

[30] Gordon R. Woodman, *op. cit*., p. 22.

[31] Sally E. Merry, *op. cit.,* p. 870.; Anne Griffiths, *op. cit.,* p. 289.; Caroline Sage and Michael Woolcock, “Introduction,” In **Legal Pluralism and Development Policy: Scholars and Practitioners in Dialogue**, Brian Tamanaha, Caroline Sage and Michael Woolcock, eds. (New York: Cambridge, 2012), p. 1.

[32] Anne Griffiths, *op. cit.,* p. 292.

[33] Jacques Vanderlinden, “Return to Legal Pluralism: 20 Years Later,” **Journal of Legal Pluralism** 28 (1989): 156.

More Laws Interact)[34] ซึ่งในความหมายของ Hooker จะใช้กับในบริบทของกฎหมายในดินแดนอาณานิคม หรือในระบบกฎหมายของชาติกำลังพัฒนาที่สร้างแบบแผนใหม่ทางกฎหมาย โดยที่ระบบกฎหมายหลักของรัฐยอมรับระบบกฎหมายอื่นหรือจารีตประเพณีปฏิบัติเข้ามาใช้ Hooker ได้แบ่งประเภทชั้นของกฎหมายออกเป็นสองลำดับคือ “กฎหมายหลัก (Dominant)” และ“กฎหมายรอง (Servant)” ซึ่งกฎหมายหลักได้แก่กฎหมายแห่งรัฐ และกฎหมายรอง จะเป็นจารีตประเพณีและระบบกฎเกณฑ์อื่นเช่นกฎหมายอิสลาม กฎหมายฮินดู เป็นต้น[35] การนิยามพหุนิยมทางกฎหมายของ Hooker แม้จะค่อนข้างแคบแต่ก็สร้างแนวคิดเชิงวิชาการทางทฤษฎีนิติศาสตร์ให้กับพหุนิยมทางกฎหมายเป็นอย่างมาก

John Griffiths ได้สร้างแนวคิดใหม่และอิทธิพลแก่แนวคิดทางพหุนิยมทางกฎหมายในบทความ “What is Legal Pluralism?” เขาได้โต้แย้งฝ่ายแนวคิดรวมศูนย์อำนาจนิยมทางกฎหมาย (Legal Centralism) ที่เชื่อว่า “กฎหมายคือและควรจะเป็นแต่เฉพาะกฎหมายแห่งรัฐเป็นแบบแผนที่บังคับใช้สำหรับทุกคน และอยู่เหนือกฎเกณฑ์อื่นทั้งหมด และบังคับใช้โดยองค์กรของรัฐ” นั้นเป็นเพียงแค่ มายาคติ อุดมคติ หรือภาพลวงตา พหุนิยมทางกฎหมายต่างหากที่เป็นความจริง[36] Griffiths ให้ความหมายของ Legal Pluralism ว่าคือ “การที่มีระเบียบกฎเกณฑ์ทางกฎหมายมากกว่าหนึ่งเดียวปรากฏขึ้นในสังคมหนึ่ง” (The Presence in a Social Field of More Than One Legal Order)[37] และ “เป็นสถานะที่พฤติกรรมของสมาชิกในสังคมใดสังคมหนึ่งอยู่ภายใต้กฎเกณฑ์แห่งกฎหมายมากกว่าหนึ่งเดียว” (State of Affairs, for Any Social Field, in Which Behavior Pursuant to More Than One Legal Order Occurs) เขาเห็นว่าพหุนิยมทางกฎหมายไม่ใช่คุณลักษณะทางกฎหมายแต่เป็นคุณลักษณะทางสังคม เมื่อใดก็ตามที่ระบบกฎเกณฑ์ทางกฎหมายมากกว่าหนึ่งกฎเกณฑ์สามารถพบเห็นได้ในสังคมใด สังคมนั้นได้ชื่อว่าเป็นพหุนิยมทางกฎหมาย[38] John Griffiths ได้พยายามจะให้ความหมายของพหุนิยมทางกฎหมาย โดยตั้งข้อสังเกตกับงานศึกษาพหุนิยมศึกษาก่อนหน้า ที่ศึกษากฎหมายเจ้าอาณานิคมใช้อยู่เหนือดินแดนภายในอาณานิคม ว่าลักษณะดังกล่าวไม่ควรจะเรียกว่าเป็นพหุนิยมทางกฎหมายเพราะเป็นลักษณะที่รัฐเลือกสร้างระบบกฎหมายขึ้นมาซ้อนกันในพื้นที่เดียวกัน หรือหากจะเรียกว่าเป็นพหุนิยมทางกฎหมายก็คงเป็นเพียงพหุนิยมทางกฎหมายแบบอ่อน (Weak Legal Pluralism) เนื่องจากพหุนิยมทางกฎหมายในรูปแบบลักษณะนี้ต้องอาศัยอำนาจของรัฐเป็นที่ตั้งว่าจะยอมรับหรือปฏิเสธให้ใช้ระบบหรือชุดกฎหมายที่แตกต่างกัน ซึ่งต้องยึดถือตามแนวคิดรวมศูนย์อำนาจนิยมเป็นหลัก ในขณะเดียวกัน John Griffiths ก็ให้นิยามลักษณะพหุนิยมทางกฎหมาย ที่กฎหมายแห่งรัฐและกฎหมายอื่นที่ไม่ใช่กฎหมายแห่งรัฐแยกออกจากกันอย่างเป็นอิสระ โดยที่รัฐจะยอมรับบรรทัดฐานเหล่านั้นว่าเป็นกฎหมายหรือไม่ก็ตาม ใน

---

[34] Barry M. Hooker, Legal Pluralism: An Introduction to Colonial and Neo-Colonial Laws (Oxford: Clarendon, 1975), p. 6.

[35] *Ibid.,* p. 7.

[36] John Griffiths, “What is Legal Pluralism?,” **Journal of Legal Pluralism** 24 (1986): 4-5.

[37] *Ibid.,* p. 1.

[38] *Ibid.,* p. 38.

สภาวการณ์เช่นนี้ John Griffiths ถือว่าคือพหุนิยมกฎหมายอย่างแท้จริง หรือ Strong Legal Pluralism[39]

Masaji Chiba ได้ให้นิยามของพหุนิยมทางกฎหมายว่าคือ “การปรากฏอยู่ร่วมกันของโครงสร้างระบบกฎหมายที่แตกต่างกันภายใต้หลักการความเชื่อในวัฒนธรรมกฎหมายเดียวกัน อันประกอบด้วย (1) กฎหมายอย่างเป็นทางการและกฎหมายอย่างไม่เป็นทางการ (2) กฎหมายพื้นเมือง (ดั้งเดิม) และกฎหมายที่รับมาใหม่ (3) กฎเกณฑ์ทางกฎหมายและแนวความเชื่อทางกฎหมาย ที่ถูกนำมาไว้ร่วมกันโดยการเลือกจากหน่วยทางสังคม (Socio-Legal Entity)”[40] ในนิยามดังกล่าวแทนที่ Chiba จะให้นิยามพหุนิยมทางกฎหมายโดยการจับคู่เปรียบเทียบเฉพาะระหว่างกฎหมายแห่งรัฐและกฎหมายที่ชาวบ้านถือปฏิบัติ แต่ Chiba ได้จำแนกกลุ่มทวิวิภาค (Dichotomy) ออกเป็นสามกลุ่มเพื่อจะแยกกฎหมายออกจากบรรทัดฐานทางสังคมอื่น (Social Norm) ทวิวิภาคแรกคือกฎหมายอย่างเป็นทางการ (Official Law) และกฎหมายอย่างไม่เป็นทางการ (Unofficial Law) ซึ่งกฎหมายอย่างเป็นทางการนั้นคือกฎหมายที่ออกโดยรัฐ หรือกฎหมายที่รัฐยอมรับให้ใช้เป็นกฎหมายได้โดยอำนาจแห่งรัฐ ในขณะที่กฎหมายอย่างไม่เป็นทางการนั้นคือกฎหมายที่ไม่มีการยอมรับโดยรัฐแต่ยังใช้กันโดยพลเมืองในรัฐอาทิเช่น กฎหมายศาสนาหรือกฎหมายของชนกลุ่มน้อย กฎหมายที่ไม่เป็นทางการนี้สามารถแปลงสภาพเป็นกฎหมายอย่างเป็นทางการได้โดยอาศัยการยอมรับจากรัฐ ทวิวิภาคที่สองคือกฎหมายพื้นเมือง (ดั้งเดิม) (Indigenous Law) และกฎหมายที่รับมาใหม่ (Transplanted Law) ซึ่งในบางสังคมหรือในบางวัฒนธรรมทางกฎหมาย อาจประกอบด้วยกฎหมายของชนพื้นเมืองซึ่งเป็นกฎหมายที่มีมาดั่งเดิมใช้อยู่ก่อน และอาจมีการนำเข้ากฎหมายจากต่างชาติ การดำรงอยู่ร่วมกันของระบบกฎหมายทั้งสองชนิดอาจสอดประสานรับกันหรือขัดแย้งกันก็ได้ ซึ่งเป็นผลให้มีกฎหมายที่อาจผสมกลมกลืนกันระหว่างกฎหมายทั้งสองชนิด หรือกฎหมายบางอย่างมีการแปลงสภาพหรือถูกยกเลิกไป ทวิวิภาคที่สามคือกฎเกณฑ์ทางกฎหมาย (Legal Rules) และหลักความเชื่อทางกฎหมาย (Legal Postulates) ซึ่งกฎเกณฑ์ทางกฎหมายเป็นตัวสร้างระเบียบแบบแผนทางกฎหมายที่ชัดเจนซึ่งต่างจากหลักความเชื่อทางกฎหมายที่เป็นแนวคิดหรืออุดมคติ ที่ในบางครั้งอิงตามความเชื่อทางศาสนาหรือขนบธรรมเนียมประเพณี อาทิเช่น กฎหมายศาสนาที่อิงตามความเลื่อมใสในพระเจ้าอันยากแก่การทำให้เป็นกฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่ชัดเจน ซึ่งในส่วนประกอบของโครงสร้างทางวัฒนธรรมของกฎหมายเช่นนี้ Chiba เชื่อว่าได้สร้างรูปแบบความเป็นพหุนิยมทางกฎหมายขึ้น ซึ่งอาจมีความแตกต่างกันตามแต่พื้นที่หรือสังคมที่ทำการศึกษา[41]

ด้วยเหตุว่าแนวคิดพหุนิยมทางกฎหมายถูกนำมาใช้อย่างแพร่หลายเพื่อโต้แย้งแนวคิดทางอุดมคติของการรวมศูนย์อำนาจนิยมทางกฎหมาย (Legal Centralism) การยอมรับกฎหมายอื่นที่ไม่ใช่กฎหมายแห่งรัฐ (Non-State Law) ถูกนำมาใช้เป็นองค์ประกอบสำคัญในแนวคิดทฤษฎีพหุนิยมทางกฎหมาย จึงเกิดข้อถกถียงสำคัญต่อแนวคิดพหุนิยมทางกฎหมายคือ เมื่อมีการจำแนกกฎหมายแห่งรัฐและกฎหมายอื่นที่ไม่ใช่ของรัฐ ปัญหาที่ตามมาคือมีหลักการในการจำแนกและการกำหนดขอบเขตระหว่างกฎหมายที่ไม่ใช่กฎหมายแห่งรัฐ (Non-State Law) กับปรากฏการณ์ทาง

---

[39] *Ibid*., p. 8

[40] Masaji Chiba, “Other Phases of Legal Pluralism in the Contemporary World,” **Ratio Juris** 11, 3 (September 1998): 242.

[41] *Ibid.,* pp. 239-242.

สังคมอื่นที่ไม่มีลักษณะเป็นกฎหมาย (Non-Legal Social Phenomena) อย่างไร เพราะหากพิจารณาภายใต้แนวคิดปฏิฐานนิยมทางกฎหมายหรือกฎหมายบ้านเมืองแล้ว คำถามที่ว่าอะไรคือกฎหมายได้มีคำตอบโดยใช้หลักเกณฑ์ที่ชัดเจนอันเกี่ยวเนื่องกับการมีองค์กรที่มีระบบศูนย์กลางทางอำนาจแห่งรัฐ การมีรูปแบบของศาล การบังคับใช้กฎหมายตลอดไปจนถึงการลงโทษ เป็นหัวใจสำคัญของสิ่งที่เรียกว่า “กฎหมาย” ในขณะที่นักมานุษยวิทยาทางกฎหมายได้ให้ความหมายของกฎหมายแบบกว้างว่าคือการรักษาระเบียบบรรทัดฐานภายในสังคมดังนั้นทุกสังคมจึงมีกฎหมาย กฎหมายจึงมีได้แม้ไม่ปรากฏองค์กรของรัฐ (Law without State)[42]

Brian Z. Tamanaha ได้ให้ความเห็นว่าการพยายามที่จะให้ความหมายของคำว่า “กฎหมาย” ในแนวทางสังคมวิทยากฎหมายที่นำระบบควบคุมสังคมอื่นมาใช้ดั่งเช่นกฎหมายแห่งรัฐยังคงสร้างข้อโต้แย้งในเชิงวิชาการเกี่ยวกับแนวคิดพหุนิยมทางกฎหมายอย่างไม่จบสิ้น การที่ไม่สามารถหาข้อสรุปร่วมกันในการแยกลักษณะของระบบที่เป็นกฎหมายจากระบบกฎเกณฑ์ควบคุมทางสังคมอย่างอื่นที่ไม่ใช่กฎหมายแล้ว การพยายามที่จะจำแนกนั้นเป็นไปได้หรือไม่ หรือการจำแนกดังกล่าวเป็นประโยชน์หรือไม่ นอกจากนั้นหากยึดถือว่าระบบควบคุมทางสังคมอื่นเป็นกฎหมายเฉกเช่นเดียวกับกฎหมายแห่งรัฐ การใช้ชื่อเรียกแนวคิดพหุนิยมทางกฎหมายอาจไม่ถูกต้อง แต่ควรจะเป็น “พหุนิยมทางบรรทัดฐาน” (Normative Pluralism) สำหรับพหุนิยมทางกฎหมายตามแนวทางสังคมวิทยาจะมีความชัดเจนยิ่งกว่า[43] เช่นเดียวกับ William Twinning ที่เห็นว่า พหุนิยมทางกฎหมายเป็นรูปแบบหนึ่งหรือสายพันธ์หนึ่งของ พหุนิยมทางบรรทัดฐาน (Normative Pluralism) เพราะหากพหุนิยมทางบรรทัดฐานหมายถึงการมีอยู่พร้อมกันของระบบบรรทัดฐานที่แตกต่างกันมากกว่าหนึ่งเดียวในเวลาและสถานที่เดียวกันแล้วพหุนิยมทางกฎหมายก็จะเป็นแนวคิดที่กล่าวถึงในบริบทแห่งการศึกษาที่บรรทัดฐานที่แตกต่างกันและอยู่ร่วมกันนั้นเป็นบรรทัดฐานที่มีลักษณะเป็นกฎหมายหรือถูกปฏิบัติเยี่ยงกฎหมายแห่งรัฐ อันต้องมีความสัมพันธ์กับระบบกฎหมายแห่งรัฐไม่ว่าทางใดก็ทางหนึ่ง[44]

อย่างไรก็ตาม Brian Z. Tamanaha ได้ยอมรับว่าแนวคิดพหุนิยมทางกฎหมายเป็นแนวคิดที่ปฏิเสธไม่ได้ในสังคมโลกปัจจุบัน ที่มีระเบียบ กฎเกณฑ์ ในลักษณะกฎหมาย ทับซ้อนประสานกัน ในหลายรูปแบบ การให้นิยามกฎหมายเป็นอย่างใดอย่างหนึ่งเฉพาะเจาะจงอาจไม่ใช่แนวทางที่ถูกต้อง เพราะในหลายโอกาสและสถานการณ์ที่เรามองว่าสิ่งใดเป็นกฎหมายแตกต่างกันตามแต่บริบทที่สังคมยกให้สิ่งนั้นเป็นกฎหมาย ซึ่งแม้แต่การปรากฏขึ้นของพหุนิยมทางกฎหมายในหลายครั้งก็ไม่มีการให้ความหมายของกฎหมายอย่างชัดเจนดั่งที่เคยเกิดขึ้นในยุโรปสมัยกลางหรือในสมัยอาณานิคมที่มีลักษณะของพหุนิยมทางกฎหมาย Brian Z. Tamanaha เห็นว่าพหุนิยมทางกฎหมายมีขึ้นเมื่อใดก็ตามที่ตัวผู้เล่นในสังคมชี้ได้ว่ามีแหล่งของกฎหมายมากกว่าหนึ่งเดียวภายในสังคมที่ทำการศึกษา (Legal Pluralism Exists Whenever Social Actors Identify More Than

---

[42] Ralf Michaels, “The Re-State-Ment of Non-State Law: The State, Choice of Law, and the Challenge from Global Legal Pluralism,” **Wayne Law Review** 51 (2005): 1226.

[43] Brian Z. Tamanaha, *op. cit.,* p. 394.

[44] William Twinning, “Legal Pluralism 101,” In **Legal Pluralism and Development Policy: Scholars and Practitioners in Dialogue,** Brian Tamanaha, Caroline Sage and Michael Woolcock, eds. (New York: Cambridge, 2012), p. 114.

One Source of ‘Law’ within a Social Arena) และในการศึกษาเรื่องใดก็ตามที่เกี่ยวข้องกับแนวคิดว่าด้วยพหุนิยมทางกฎหมายก็ไม่จำเป็นต้องก้าวผ่านการนิยามว่ากฎหมายคืออะไร[45]

แม้ว่าแนวคิดพหุนิยมทางกฎหมายจะประสบปัญหาในเชิงการศัพท์บัญญัติ (Terminological Problem) เนื่องจากการให้นิยามของความเป็นกฎหมาย แต่หลักการสำคัญของพหุนิยมทางกฎหมายในการศึกษาหรือนำแนวคิดไปใช้ของแนวคิดพหุนิยมทางกฎหมายคือการปรากฏขึ้นของสิ่งที่เรียกว่าบรรทัดฐานลักษณะกฎหมายมากกว่าหนึ่งเดียวในสังคมที่ทำการศึกษา โดยวัตถุประสงค์ของการนำแนวคิดพหุนิยมทางกฎหมายไปใช้อาจแตกต่างกันไป ทั้งโดยนักมานุษยวิทยาและนักสังคมวิทยาทางกฎหมายเพื่อใช้อธิบายปรากฏการณ์ทางสังคมในลักษณะศึกษาเชิงพรรณนาหรือการนำไปใช้ทางรัฐศาสตร์ในการบริหารความขัดแย้งในเชิงบรรทัดฐาน ตลอดจนนักกฎหมายระหว่างประเทศในลักษณะกฎหมายเปรียบเทียบ อันทำให้แนวคิดพหุนิยมทางกฎหมายเป็นแนวคิดหนึ่งที่อยู่ท่ามกลางแนวคิดทฤษฎีทางกฎหมายและสังคมที่ถูกยอมรับและนำไปใช้อย่างกว้างขวาง และจะยังคงอยู่ตราบใดที่ยังคงปรากฏความหลากหลายในระบบกฎหมาย บรรทัดฐาน กฎเกณฑ์ในสังคมโดยที่กฎหมายมิสามารถทำให้เป็นหนึ่งเดียวใช้ร่วมกันกับคนทุกคน ตามแบบแผนในอุดมคติของแนวคิดรวมศูนย์อำนาจนิยมทางกฎหมาย (Legal Centralism) ได้[46]

2.2.2.2 รูปแบบลักษณะของพหุนิยมทางกฎหมาย

พหุนิยมทางกฎหมายได้เข้ามามีบทบาทในการอธิบายความซ้อนทับหรือปรากฏขึ้นร่วมกันของระบบกฎเกณฑ์ในสังคมหนึ่งที่มีกฎหมายมากกว่าหนึ่งเดียว โดยเป็นแนวคิดที่ยอมรับกฎเกณฑ์อื่นที่ไม่ใช่กฎหมายแห่งรัฐที่ผู้คนในสังคมยอมรับและปฏิบัติเยี่ยงกฎหมายแห่งรัฐ การแพร่สะพัดของแนวคิดพหุนิยมทางกฎหมายได้เกิดขึ้นการการโต้แย้งแนวคิดรวมศูนย์อำนาจนิยมทางกฎหมาย ซึ่ง John Griffiths ได้จำแนกลักษณะของพหุนิยมทางกฎหมายออกเป็น 2 รูปแบบ ได้แก่ พหุนิยมทางกฎหมายแบบอ่อน (Weak Legal Pluralism) และ พหุนิยมทางกฎหมายแบบเข็มข้น (Strong Legal Pluralism) โดยที่ John Griffiths เชื่อว่า พหุนิยมทางกฎหมายแบบเข้มข้นเท่านั้นถือว่าเป็นพหุนิยมทางกฎหมายอย่างแท้จริง เพราะเป็นรูปแบบที่มีระบบกฎเกณฑ์ที่แยกออกจากระบบกฎหมายแห่งรัฐอย่างเป็นเอกเทศ[47] แม้ต่อมานักวิชาการหลายท่านจะได้มีการจำแนกลักษณะของพหุนิยมทางกฎหมายลักษณะเช่นเดียวกับ John Griffiths โดยเรียกพหุนิยมแบบอ่อนว่า “พหุนิยมทางกฎหมายของรัฐ” หรือ “นิติ-พหุนิยมทางกฎหมาย” (Juristic Legal Pluralism/State Law Pluralism) และ เรียกพหุนิยมทางกฎหมายแบบเข็มข้นว่า “สังคมวิทยา-พหุนิยมทางกฎหมาย” (Socio-Legal Pluralism)[48] แต่ในขณะเดียวกันก็ได้มีข้อโต้แย้งความคิดของ John Griffiths ว่าพหุนิยมทางกฎหมายแบบอ่อนนั้นก็นับว่า เป็นพหุนิยมทางกฎหมายแบบหนึ่งที่มีคุณค่าแก่การศึกษา เพราะในโลกปัจจุบันการแยกอิสระจากองค์กรแห่งรัฐเป็นไปได้ยาก และการศึกษาพหุนิยมทางกฎหมายแบบเข็มข้นนั้นเป็นลักษณะการศึกษาเชิงสังคมวิทยา ที่แตกต่างจากศึกษาพหุนิยมทาง

---

[45] Brian Z. Tamanaha, *op. cit.,* p. 396.

[46] *Ibid.,* p. 411.

[47] John Griffiths, *op. cit.*, p. 38.

[48] Gordon R. Woodman, *op. cit.,* p. 23.; Anne Griffiths, *op. cit.,* p. 290.; Yuksel Sezgin, “A Political Account for Legal Confrontation between State and Society: The Case of Israeli Legal Pluralism,” **Studies in Law, Politics and Society** 32 (2004): 198.

กฎหมายในทางนิติศาสตร์ ประกอบกับการปฏิเสธองค์กรของรัฐในฐานะผู้เล่นสำคัญในการบังคับใช้กฎหมายแม้กฎหมายดังกล่าวจะมิใช่กฎหมายแห่งรัฐก็ตามเป็นเรื่องที่กระทำได้ยาก[49]

1) นิติ-พหุนิยมทางกฎหมายหรือพหุนิยมทางกฎหมายของรัฐ (Juristic Legal Pluralism/State Law Pluralism) โดยรูปแบบพหุนิยมทางกฎหมายลักษณะนี้เกิดขึ้นจากกฎหมายแห่งรัฐถูกสร้างขึ้นจากชุดบรรทัดฐานที่เกิดจากกฎหมายแห่งรัฐกับบรรทัดฐานอื่นที่มีการพัฒนาภายนอกบริบทกฎหมายแห่งรัฐ และกฎหมายแห่งรัฐยอมรับหรือรับเข้ามาเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายแห่งรัฐเพื่อใช้บังคับกับบุคคล พื้นที่ หรือ ข้อเท็จจริงใดเฉพาะอย่างเป็นพิเศษ เช่นการที่รัฐยอมรับให้ใช้กฎหมายศาสนาในเรื่องสภาพบุคคล ครอบครัว สมรส หรือมรดกกับบุคคลผู้นับถือศาสนานั้น ๆ หรือการที่รัฐยอมรับให้ใช้กฎหมายพื้นเมือง (Indigenous Law) กับคนชนเผ่าพื้นเมืองซึ่งแตกต่างจากคนทั่วไป ซึ่งโดยลักษณะของพหุนิยมทางกฎหมายในรูปแบบนี้จะพบว่ามี ลักษณะกฎหมายเป็นสองระดับ คือ “กฎหมายหลัก (Dominant)” และ“กฎหมายรอง (Servant)” ซึ่งกฎหมายหลักได้แก่กฎหมายแห่งรัฐ และกฎหมายรองซึ่งจะเป็นระบบกฎเกณฑ์อื่นเช่นกฎหมายศาสนา หรือ กฎหมายพื้นเมือง[50]

แม้อาจกล่าวว่าการมีกฎหมายลักษณะพหุศูนย์กลางในดินแดนต่าง ๆ นั้นโดยส่วนใหญ่จะเป็นผลผลิตจากยุคล่าอาณานิคม และระบบกฎหมายลักษณะพหุนิยมยังคงดำรงอยู่แม้ภายหลังรัฐเหล่านั้นได้รับเอกราช ที่เป็นการแสดงถึงความอ่อนแอหรือการขาดสมรรถภาพของรัฐหลังยุคอาณานิคมในการเผชิญหน้ากับพลเมืองของตนที่เป็นกลุ่มชนต่าง ๆ กันในดินแดนของตน เพราะไม่สามารถสร้างระบบกฎหมายที่เป็นหนึ่งเดียวเหนือดินแดนของตนภายหลังจากการได้รับเอกราชได้ แต่ในรัฐสมัยใหม่ที่รัฐมิได้รับผลโดยตรงของยุคอาณานิคมก็มีความพยายามจะนำบรรทัดฐานอื่นที่ชนกลุ่มน้อยในรัฐ (Minority Group) หรือกลุ่มชนยึดถือปฏิบัติเช่นหลักศาสนาหรือจารีตประเพณีที่บัญญัติในลักษณะกฎหมายมาใช้ร่วมกับกฎหมายแห่งรัฐในลักษณะที่เป็นกฎหมายเฉพาะหรือกฎหมายบุคคล (Special Law/Personal Law) และมีกฎหมายแห่งรัฐในเรื่องนั้น ๆ ใช้บังคับกับคนทั่วไปในรัฐ (General Law) โดยเหตุผลทางด้านการเมืองการปกครอง[51]

John Griffiths ได้ปฏิเสธรูปแบบของพหุนิยมทางกฎหมายแห่งรัฐว่าไม่น่าจะถือว่าเป็นพหุนิยมทางกฎหมายเนื่องด้วยเป็นรูปแบบที่สะท้อนถึงความเข็มแข็งของระบบแนวคิดรวมศูนย์อำนาจนิยมที่รัฐยังคงเป็นจุดศูนย์กลางแห่งอำนาจในการยอมรับกฎเกณฑ์หรือบรรทัดฐานอื่นทางสังคม ซึ่งเป็นหลักการแห่งรัฐนิยม (Statism) ที่ภายใต้รูปแบบพหุนิยมทางกฎหมายของรัฐถึงแม้จะมีความหลากหลายของระบบกฎเกณฑ์ที่เป็นบรรทัดฐานแต่กฎหมายเป็นได้แต่เฉพาะที่รัฐสร้างขึ้นหรือยอมรับให้ใช้ในกระบวนการที่ต้องมีศาล บุคลากรที่ต้องการฝึกฝนในทางกฎหมาย และองค์กรบังคับใช้กฎหมายโดยรัฐ[52]

อย่างไรก็ตามต้องยอมรับความเป็นจริงในโลกปัจจุบันที่กำลังพัฒนา รัฐส่วนใหญ่จะมีลักษณะของรูปแบบพหุนิยมทางกฎหมายของรัฐ เพราะในรัฐชาติสมัยใหม่แหล่งที่มาของกฎหมายไม่ว่าจะเป็นจารีตประเพณีหรือศาสนาไม่สามารถที่จะรักษาสภาพของตนให้ยังคงสมบูรณ์

---

[49] William Twinning, *op. cit.,* p. 119.

[50] Anne Griffiths*, op. cit.,* p. 291.

[51] Yuksel Sezgin, *op. cit.,* pp. 206-207.

[52] John Griffiths, *op. cit.,* p. 38.

โดยปราศจากการเชื่อมโยงกับกฎหมายแห่งรัฐ ความหลายหลายของชาติพันธ์ในรัฐสมัยใหม่ ที่ระบบกฎเกณฑ์แม้จะมีรัฐเป็นศูนย์กลางแต่การสร้างความชัดเจนในระบบกฎหมายจารีตประเพณีหรือกฎหมายพื้นเมืองในบางครั้งเกิดจากรัฐเป็นผู้สร้างลักษณะความชัดเจนของกฎหมายดังกล่าว[53]

2) สังคมวิทยา-พหุนิยมทางกฎหมาย Socio-Legal Pluralism/Deep Legal Pluralism ที่ J. Griffiths เชื่อว่าเป็นพหุนิยมทางกฎหมายโดยแท้นั้นคือสภาวการณ์ทางสังคม เนื่องจากเป็นการศึกษาเชิงประจักษ์มิใช่ในอุดมคติ สังคมหนึ่งๆ พลเมืองมิได้ใช้แต่กฎหมายของรัฐเพียงอย่างเดียวเป็นแบบแผนปฏิบัติหรือในการระงับข้อพิพาท รัฐจะยอมรับมันเป็นกฎหมายของรัฐหรือไม่ก็ตาม และเมื่อใดที่สังคมหนึ่งมีการปรากฏของระบบกฎเกณฑ์ที่พลเมืองยึดถือเยี่ยงกฎหมายมากกว่าหนึ่งเดียวเพื่อมาปรับใช้กับการกระทำหรือวิถีปฏิบัติเมื่อนั้นก็มีปรากฏการณ์พหุนิยมทางกฎหมายขึ้น

ในนิยามพหุนิยมทางกฎหมายลักษณะนี้ J. Griffiths ชี้ว่ากฎหมายคือกฎระเบียบที่สามารถสร้างขึ้นใช้กันเองในกลุ่มคนที่ประสานการอยู่ร่วมกันในทุกสังคมได้ เมื่อเป็นดังนี้คำว่ากฎหมายตามสายตาของ J. Griffiths จึงมีความหมายเดียวกับระบบควบคุมสังคม (Social Control) ที่ต้องสอดคล้องกับสภาพโครงสร้างทางสังคมนั้น ตัวอย่างของพหุนิยมทางกฎหมายลักษณะนี้อาจเกิดขึ้นในกรณีที่รัฐออกกฎหมายที่ใช้เป็นการทั่วไปที่ขัดกับจารีตประเพณีของชนพื้นถิ่นที่เคยปฏิบัติกันมาช้านาน ทำให้ชนพื้นถิ่นดังกล่าวไม่ได้สนใจปฏิบัติตามกฎหมายบ้านเมืองแต่ยังคงใช้จารีตประเพณีท้องถิ่นของตนเป็นระเบียบปฏิบัติ ซึ่งพหุนิยมทางกฎหมายส่วนใหญ่ในลักษณะนี้เป็นสภาวการณ์ที่กฎหมายแห่งรัฐที่ใช้โดยศาลหรือองค์กรของรัฐและกฎหมายที่มีชีวิต (Living Law) ที่สังคมหรือบุคคลใช้เพื่อกำหนดกฎเกณฑ์ความประพฤติของมนุษย์ในสังคมนั้น ๆ ไม่ใช่สิ่งเดียวกัน

แม้ต่อมาการสร้างแนวคิดพหุนิยมทางกฎหมายในลักษณะของการนำระบบควบคุมทางสังคมอื่นที่ไม่ใช่กฎหมายแห่งรัฐไว้ในฐานะเดียวกับกฎหมายแห่งรัฐ ได้สร้างความคลุมเครือในการนำลักษณะรูปแบบของพหุนิยมทางกฎหมายลักษณะนี้ไปใช้เพื่อเป็นแบบแผนในทางนิติศาสตร์ เนื่องจากในสภาพสังคมแม้หากใช้การนิยามพหุนิยมทางกฎหมายในลักษณะนี้เราจะพบว่าเกือบทุกสังคมที่เข้าไปศึกษาจะมีลักษณะของพหุนิยมทางกฎหมายอยู่ไม่มากก็น้อย ซึ่งลักษณะโดยรวมของพหุนิยมทางกฎหมายในเชิงสังคมวิทยานี้จนถึงปัจจุบันอาจมีแนวคิดไปทิศทางดังนี้

หากมองกฎหมายว่าเป็นได้แต่กฎหมายแห่งรัฐ สังคมวิทยา-พหุนิยมทางกฎหมายอาจมีลักษณะเป็นพหุนิยมทางบรรทัดฐาน (Normative Pluralism) และเป็นสิ่งจำเป็นที่ต้องแยกพหุนิยมทางกฎหมายออกจากการบังคับใช้กฎหมายลักษณะพหุศูนย์กลางหรือพหุนิยมทางกฎหมายของรัฐ ซึ่งในพหุนิยมทางกฎหมายในเชิงสังคมวิทยานี้ ระบบกฎเกณฑ์บรรทัดฐานต้องแยกออกจากกันอย่างเป็นอิสระในพื้นที่และเวลาเดียวกันในสังคมที่ทำการศึกษา และแนวทางการศึกษาพหุนิยมทางกฎหมายเป็นการศึกษาสังคมในเชิงประจักษ์โดยที่ไม่ได้มีคำถามเกี่ยวกับเรื่องความชอบด้วยกฎหมายของระบบกฎเกณฑ์บรรทัดฐานอื่นที่มีอยู่กับกฎหมายแห่งรัฐ[54] ดังนั้นพหุนิยมทาง

---

[53] Gordon R. Woodman, “The Development ‘Problem’ of Legal Pluralism: An Analysis and Steps Towards Solutions,” In **Legal Pluralism and Development Policy: Scholars and Practitioners in Dialogue,** Brian Tamanaha, Caroline Sage and Michael Woolcock, eds. (New York: Cambridge, 2012), p. 139.

[54] William Twinning, *op. cit.,* p. 120.

กฎหมายจึงมีอยู่ในทุกสังคมที่เป็นพหุวัฒนธรรมหรือพหุศาสนา และพหุนิยมทางกฎหมายเชิงสังคมนี้จะยังคงอยู่เนื่องจากทั้งวัฒนธรรมและประเพณีในปัจจุบันได้ถูกจับให้ยึดโยงอยู่กับการสร้างอัตลักษณ์ของชุมชนและสังคมซึ่งหากมองว่าสิ่งเหล่านี้เป็นอุปสรรคในการสร้างเอกภาพในกฎหมาย ปัญหาเหล่านี้มิใช่เพียงปัญหาที่จะแก้ไขได้โดยการออกกฎหมายในลักษณะหนึ่งเดียว เพราะการกระทำดังกล่าวยิ่งเป็นแรงหนุนให้เกิดพหุนิยมทางกฎหมายที่เป็นปัญหาเพิ่มขึ้นได้ แต่อย่างไรก็ตามแนวคิดพหุนิยมทางกฎหมายเชิงสังคม ก็มิได้เชื่อว่า กฎหมายแห่งรัฐเป็นสิ่งไม่สำคัญ หรือต้องกำจัดกฎหมายแห่งรัฐออกไป การยอมรับพหุนิยมทางกฎหมายจึงมิใช่การทำให้อุดมการณ์ในการสร้างหลักนิติธรรมหรือหลักสิทธิมนุษยชนที่เป็นสากลเสื่อมถอยลง เพราะในบางครั้งการสร้างรูปแบบกฎหมายในลักษณะร่วมประสานกัน (Interlegality) ก็เป็นการสร้างระบบกฎหมายที่รวมเอาหลักการที่ขัดแย้งหรือไปในทิศทางตรงกันข้ามกันนำมาใช้ร่วมกันได้

2.2.2.3 ปัจจัยที่ก่อให้เกิดสภาวการณ์พหุนิยมทางกฎหมาย

พหุนิยมทางกฎหมายเป็นแนวคิดว่าด้วยการมีกฎเกณฑ์บรรทัดฐานที่มีลักษณะเป็นกฎหมายเกิดขึ้นร่วมกันอยู่ในสังคมที่ศึกษา ดังนั้นการศึกษาพหุนิยมทางกฎหมายจึงเลี่ยงมิได้ที่จะทำการศึกษาสังคมในประเด็นของประเภทบรรทัดฐานที่อาจปรากฏอยู่ร่วมกันและมีปฏิสัมพันธ์กันในลักษณะต่าง ๆ ซึ่งองค์ประกอบแวดล้อมที่ก่อให้เกิดสภาวการณ์พหุนิยมทางกฎหมายโดยทั่วไปมีดังนี้

1) ความหลากหลายของระบบบรรทัดฐาน

โดยที่บรรทัดฐานที่มีลักษณะเป็นระบบนั้นต้องมีองค์ประกอบทั้งทาง ด้านเนื้อหา (Content of Norms) และกระบวนการ (Process)

ด้านเนื้อหา (Content of Norms) โดยทั่วไปอาจแบ่งเนื้อหาของบรรทัดฐานออกได้เป็น 3 ลักษณะ[55] คือ (1) เนื้อหาบรรทัดฐานเชิงบังคับ (Imperative Norms) เป็นบรรทัดฐานที่กล่าวถึงการห้ามกระทำการสิ่งใดหรือต้องทำสิ่งใด ตัวอย่างเช่น รูปแบบกฎเกณฑ์ทางกฎหมายอาญา ข้อห้ามในการประพฤติตัวในข้อบรรทัดฐานทางศาสนาเช่น การห้ามเล่นการพนัน การห้ามดื่มสุรา หรือการห้ามกินเนื้อ เป็นต้น (2) เนื้อหาบรรทัดฐานเชิงรับรองความสมบูรณ์ของการกระทำ (Validation Norms) เป็นบรรทัดฐานที่กำหนดลักษณะของการกระทำว่าทำอย่างไรการกระทำนั้นจึงสมบูรณ์ตามระบบบรรทัดฐาน ตัวอย่างเช่นบรรทัดฐานในความสมบูรณ์ของการทำสัญญาซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ บรรทัดฐานในความสมบูรณ์ของการสมรสหรือการหย่า บรรทัดฐานในความสมบูรณ์ของการทำพินัยกรรม เป็นต้น และ (3) เนื้อหาบรรทัดฐานเชิงระงับข้อพิพาท (Dispute-Settlement Norms) เป็นลักษณะบรรทัดฐานที่กำหนดผลว่าควรจะเป็นเช่นไรหากมีเหตุการณ์บางอย่างหรือข้อพิพาทเกิดขึ้น เช่นกรณีหากมีผู้ไล่ล่าสัตว์แล้วสัตว์ไปตายในที่ดินของอีกบุคคลหนึ่ง สัตว์นั้นจะตกเป็นของผู้ใด ซึ่งลักษณะของบรรทัดฐานเชิงระงับข้อพิพาทนี้โดยส่วนใหญ่เมื่อมีการพัฒนาจนเป็นที่ยอมรับของกลุ่มชนในสังคมมักก่อให้เกิดเป็นมโนทัศน์ความยุติธรรมเชิงรูปแบบขึ้น

ทางกระบวนการ (Process) นั้นคือลักษณะของการที่จะนำบรรทัดฐานดังกล่าวไปใช้หรือปฏิบัติเยี่ยงกฎหมาย โดยเริ่มตั้งแต่การทำให้เนื้อหาของบรรทัดฐานนั้นปรากฏเพื่อให้คนในสังคมประพฤติปฏิบัติ ไปจนถึงการสร้างกลไกกระบวนการระงับข้อพิพาทและการสร้าง

---

[55] Gordon R. Woodman, “The Development ‘Problem’ of Legal Pluralism: An Analysis and Steps Towards Solutions,” In **Legal Pluralism and Development Policy: Scholars and Practitioners in Dialogue,** pp. 133-136.

สภาพบังคับ ซึ่งมิใช่เฉพาะเจาะจงแต่สภาพบังคับตามรูปแบบระบบกฎหมายแห่งรัฐเท่านั้น อาทิเช่น การปฏิบัติต่อกันลักษณะการต่างตอบแทน (Reciprocity) สภาพบังคับทางสังคม (Social Sanction) ซึ่งอาจเปรียบเทียบในบริบทของกฎหมายระหว่างประเทศ (International Law) ที่บางครั้งมีการถกเถียงว่าเป็นเพียง Soft Law เนื่องจากไม่มีสภาพบังคับที่ชัดเจน แต่ในหลายโอกาสมีการสร้างสภาพบังคับลักษณะต่างตอบแทน หรือ การไม่เข้าไปมีสัมพันธ์ทางการค้าด้วย (Embargo) อันเป็นสภาพบังคับลักษณะหนึ่ง[56]

Brian Z. Tamanaha ได้แยกรูปแบบของบรรทัดฐานที่เป็นระบบในการศึกษาพหุนิยมทางกฎหมายออกเป็น 6 ระบบรูปแบบ[57] ซึ่งอาจนำมาเป็นแนวทางในการศึกษาคือ

1. ระบบกฎหมายอย่างเป็นทางการหรือกฎหมายบ้านเมือง (Official or Positive Legal Systems) มีลักษณะที่มีรูปแบบที่ชัดเจนเชื่อมประสานเป็นระบบกฎเกณฑ์แห่งกฎหมายที่ประกอบไปด้วย กระบวนการออกกฎหมาย หน่วยงานบังคับใช้กฎหมาย ศาลหรือสถาบันระงับข้อพิพาท เป็นระบบที่สร้าง สิทธิ อำนาจ สัญญา ตลอดจนการลงโทษและเยียวยา ในสังคมโลกปัจจุบันระบบกฎหมายที่เป็นทางการนี้ไม่จำเพาะแต่กฎหมายที่ออกโดยรัฐ แต่ยังรวมถึงกฎหมายที่ออกโดยองค์การอื่นที่จัดตั้งขึ้นอย่างทางการเหนือรัฐ เช่น พลเมืองในยุโรปซึ่งอยู่ภายใต้กฎหมายท้องถิ่น กฎหมายแห่งรัฐ ในระดับชาติ และมีกฎหมายสหภาพยุโรป (European Union law) ที่เป็นระดับกฎหมายภูมิภาคเหนือรัฐสมาชิก ในบางครั้งกฎหมายอย่างเป็นทางการอาจมิได้สอดคล้องกันและเกิดการขัดกันในเขตอำนาจและบรรทัดฐานทางกฎหมายเนื่องจากมีที่มาจากสถาบันที่แตกต่างกัน

2. ระบบบรรทัดฐานทางจารีตประเพณี (Customary Normative Systems) รวมถึงระเบียบทางสังคม สถาบันและกลไกทางสังคมซึ่งอาจมีกระบวนการต่างตอบแทนและกระบวนการระงับข้อพิพาทเป็นส่วนหนึ่งระบบกลไกทางสังคมของระบบบรรทัดฐานทางจารีตประเพณี ในบางพื้นที่อาจเรียกว่า กฎหมายพื้นเมือง (Indigenous Law) หรือ กฎหมายจารีตประเพณี (Traditional Law) ซึ่งมักมีเหตุผลมาจากยุคอาณานิคมและภายหลังยุคอาณานิคมที่สร้างรูปแบบของระบบบรรทัดฐานรูปแบบนี้แยกออกจากระบบรูปแบบบรรทัดฐานที่เป็นระบบกฎหมายอย่างเป็นทางการ

3. ระบบบรรทัดฐานทางศาสนา (Religious Normative Systems) ซึ่งในบางสังคมไม่สามารถแยกระบบบรรทัดฐานทางศาสนาออกจากระบบบรรทัดฐานทางจารีตประเพณีได้ โดยสามารถจัดทั้งสองระบบรูปแบบเป็นระบบบรรทัดฐานทางวัฒนธรรม อย่างไรก็ตามการจัดแยกระบบบรรทัดฐานทางศาสนานี้ในบางสังคมพบว่ามีที่มาแยกออกจากระบบบรรทัดฐานทางจารีตประเพณีอย่างชัดเจน เพราะแหล่งที่มาหรือบ่อเกิดทางบรรทัดฐานทางศาสนามักจะมีที่มาจากอภิปรัชญา ความเชื่อทางศาสนา โดยเฉพาะอย่างยิ่งบรรทัดฐานทางศาสนามักจะมีลักษณะของการสร้างบรรทัดฐานที่เป็นลายลักษณ์อักษร เช่น คัมภีร์ไบเบิล คัมภีร์อัลกุรอาน คัมภีร์โทราห์ เป็นต้น มีการจัดตั้งสถาบันทางศาสนาที่เป็นรูปแบบอย่างเป็นทางการและไม่เป็นทางการตลอดจนกลไกเพื่อบังคับใช้บรรทัดฐานแม้ว่าบรรทัดฐานทางจารีตประเพณีและศาสนา จะมีที่มาจากแหล่งที่แตกต่างอย่างชัดเจนจากระบบกฎหมายอย่างเป็นทางการ แต่ในหลายโอกาสที่ยกฐานะขึ้นเป็นกฎหมายที่เป็นทางการโดยการยอมรับจากรัฐ เช่นระบบกฎหมายในดินแดนภายหลังยุคอาณานิคมที่นำระบบบรรทัด

---

[56] *Ibid.,* p. 132.

[57] Brian Z. Tamanaha, *op. cit.,* pp. 397-340.

ฐานจารีตประเพณี หรือ ทางศาสนา มาบังคับใช้ในเรื่องเฉพาะอย่างเช่น ครอบครัว การสมรส การหย่า มรดก หรือในหลายรัฐยอมรับให้มีศาลศาสนา ในบางกรณีบรรทัดฐานทางศาสนาถูกนำมาใช้เป็นบรรทัดฐานทางระบบกฎหมายแห่งรัฐซึ่งแยกออกจากกฎหมายแห่งรัฐมิได้ เช่นรัฐที่ใช้กฎหมายอิสลามเป็นกฎหมายแห่งรัฐ หรือแต่แม้ในรัฐที่มิได้ยอมรับระบบบรรทัดฐานทางจารีตประเพณีหรือศาสนาแต่พลเมืองในรัฐยังคงยึดถือบรรทัดฐานนั้นเปรียบเช่นกฎหมาย โดยใช้หลักกฎหมายธรรมชาติเข้ามาปรับใช้

4. ระบบบรรทัดฐานทางเศรษฐกิจหรือระบบทุน (Economic/Capitalist normative systems) ประกอบไปด้วยรูปแบบและสถาบันที่เกี่ยวเนื่องกับระบบทุน ระบบตลาด ธุรกรรมทางระบบเศรษฐกิจ ภายในสังคมที่ศึกษา โดยที่มีความหลากหลายตั้งแต่ระเบียบกฎเกณฑ์ที่ไม่เป็นทางการที่ควบคุมปฏิสัมพันธ์ระหว่างกลุ่มธุรกิจ เช่นการต่างตอบแทน การหลีกเลี่ยงการใช้กลไกของรัฐในการระงับข้อพิพาท ไปจนถึงระเบียบแบบแผนที่เป็นทางการในการสร้างระเบียบปฏิบัติ เช่นรูปแบบของสัญญามาตรฐาน การสร้างระบบกฎเกณฑ์ขึ้นใช้เองในรูปแบบระเบียบปฏิบัติทางการค้า (Code of Conduct) การสร้างบรรทัดฐานสากลในทางพาณิชย์ ตลอดจนสถาบันระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการทางการค้า โดยมีความเชื่อร่วมกันในแนวทางระบบตลาดเสรีหรือทุนนิยม ในสังคมโลกร่วมสมัยระบบบรรทัดฐานทางเศรษฐกิจเข้ามามีบทบาทสำคัญ ซึ่งในบางครั้งทำให้สถานะของบรรทัดฐานรูปแบบนี้ถูกนำมาใช้เยี่ยงกฎหมายในสังคมทางการค้าสากล ดังแนวทางของการสร้างหลักการทางกฎหมายนายวาณิชย์ (Lex Mercatoria) ยุคใหม่

5. ระบบบรรทัดฐานในกิจกรรมหรือหน้าที่เฉพาะอย่าง (Functional Normative Systems) คือระบบบรรทัดฐานที่ถูกสร้างขึ้นเพื่อจุดประสงค์พิเศษนอกเหนือไปจากเพื่อทางการค้า เช่นใน ระบบการศึกษาสากล มหาวิทยาลัย โรงเรียน โรงพยาบาล กีฬา หรือ ในระบบอินเตอร์เน็ต โดยที่ระบบบรรทัดฐานในกิจกรรมหรือหน้าที่อาจจะจำกัดเฉพาะภายในรัฐ หรือ อาจเป็นในระดับระหว่างประเทศ โดยที่กิจกรรมเหล่านี้มีระบบกฎเกณฑ์ของตนเองที่เป็นเอกเทศจากรัฐ โดยเพื่อจุดประสงค์ที่กลุ่มหรือกิจกรรมนั้นทำขึ้นและอาจมีรูปแบบของการบังคับใช้ หรือ การลงโทษของตนเอง เช่น สมาคมหรือองค์กรทางกีฬาในประเทศหรือระหว่างประเทศ องค์กรทางวิชาชีพสากล ข้อตกลงในการใช้ระบบในโลกสังคมออนไลน์

6. ระบบบรรทัดฐานทางชุมชน (Community/Cultural Normative Systems) เป็นระบบบรรทัดฐานที่ค่อนข้างคลุมเครือที่สุดในทั้ง 6 ระบบรูปแบบอย่างไรก็ดีบรรทัดฐานรูปแบบนี้ถูกสร้างขึ้นจากการเกิดขึ้นของการสร้างอัตลักษณ์ของกลุ่มทางสังคม โดยที่อาจมีการผูกรวมของกลุ่มทางสังคมขึ้นจากประวัติศาสตร์ ภาษา หรือเขตแดนในอดีตที่มีร่วมกัน ในระดับท้องถิ่นบรรทัดฐานรูปแบบนี้จะมีลักษณะเหนียวแน่นซึ่งอาจเป็นบรรทัดฐานร่วมกันในเรื่องวิถีการดำรงชีวิต ในขณะที่ในระดับสูงขึ้น ระบบบรรทัดฐานทางชุมชนอาจไม่เหนียวแน่นซึ่งอาจไม่ได้มีลักษณะเป็นระบบดั่งเช่นรูปแบบระบบบรรทัดฐานอื่น แต่ในยุคแห่งการย้ายถิ่นฐานได้อย่างสะดวกขึ้นทำให้เกิดการสร้างอัตลักษณ์ร่วมกันของผู้อพยพ หรือ ผู้ย้ายถิ่นฐานมาจากที่อื่นแล้วสร้างกรอบระเบียบแบบแผนขึ้นเพื่อแสดงความเป็นกลุ่มก้อนทางสังคม อย่างไรก็ดีระบบบรรทัดฐานทางชุมชนอาจเป็นระบบรูปแบบที่ถูกผสมขึ้นระหว่างบรรทัดฐานทางจารีตประเพณีและศาสนาได้เช่นกัน

พหุนิยมทางกฎหมายถูกจัดว่าเป็นลักษณะที่มีปฏิสัมพันธ์ระหว่างระบบกฎเกณฑ์บรรทัดฐานทางกฎหมายทั้งที่เป็นปฏิสัมพันธ์ภายในกฎหมายอย่างเป็นทางการเองหรือปฏิสัมพันธ์ระหว่างระบบกฎหมายอย่างเป็นทางการกับระบบบรรทัดฐานอื่น อย่างไรก็ดีระบบรูปแบบ

บรรทัดฐานทั้ง 6 ระบบดังกล่าวก็เป็นเพียงรูปแบบส่วนใหญ่ซึ่งอาจไม่ได้มีเส้นแบ่งชัดเจน รูปแบบระบบดังกล่าวอาจเหลื่อมกันหรือประสานกันเป็นอันเดียวในบางสถานะ ในการศึกษาพหุนิยมทางกฎหมายเฉพาะเรื่องจึงต้องทำการแบ่งแยกให้ชัดเจนถึงการมีปฏิสัมพันธ์กันของระบบกฎเกณฑ์ที่เป็นบรรทัดฐานต่อไป

2) ความแตกต่างของกลุ่มชนในสังคมที่ศึกษา

ในการศึกษาลักษณะพหุนิยมทางกฎหมายสิ่งที่ทำให้ปรากฏการณ์พหุนิยมทางกฎหมายเกิดขึ้นนอกจากความแตกต่างและหลากหลายของระบบบรรทัดฐานที่มีลักษณะเยี่ยงกฎหมายแล้ว ความแตกต่างของกลุ่มชนในสังคมที่ศึกษาเป็นองค์ประกอบที่สำคัญประการหนึ่ง โดยที่ความแตกต่างของกลุ่มชนเกิดขึ้นจากการที่ในสังคมหนึ่งประกอบไปด้วยชนหลายกลุ่ม ซึ่งโดยปกติมักจะมีความแตกต่างกันใน ภาษา ความเชื่อทางศาสนา ชาติพันธุ์ และวัฒนธรรม บ่อยครั้งที่กลุ่มชนสร้างความแตกต่างในระหว่างชุมชนหรือสังคมขึ้น ทั้งจากมุมมองภายนอกและภายใน โดยที่อาจมีชนกลุ่มใหญ่หนึ่งกลุ่มและชนกลุ่มน้อยหลายกลุ่มในสังคมที่ทำการศึกษา หรือในบางพื้นที่อาจไม่มีชนกลุ่มใหญ่แต่รวมกันเข้าด้วยชนกลุ่มย่อยหลายกลุ่ม ซึ่งความแตกต่างของกลุ่มชนในสังคมเหล่านี้อาจมีสาเหตุมาจากการย้ายถิ่นฐาน เหตุผลทางประวัติศาสตร์หรือความเป็นมาทางรัฐศาสตร์ โดยอาจจัดแยกชนกลุ่มน้อยออกเป็น 3 ประเภท[58] คือ

(1) ชนกลุ่มน้อยผู้อพยพ (Minority Migrant Population) ชนกลุ่มน้อยประเภทนี้เกิดจากการย้ายถิ่นฐานมาจากที่อื่น อาจมาจากสาเหตุทางแรงงาน การค้า เศรษฐกิจและการเมือง หรืออาจมีการอพยพหนีสงครามไปยังรัฐอื่น ชนกลุ่มน้อยประเภทนี้ในบางครั้งอาจไม่มีความยึดติดกับดินแดนที่ตนอพยพเข้าไปอยู่แต่ยังคงนำวัฒนธรรมหรืออัตลักษณ์แห่งถิ่นฐานที่ตนอพยพมา

(2) ชนพื้นถิ่น (Indigenous People) ซึ่งได้กลายเป็นชนกลุ่มน้อยในดินแดนของตนเองทั้งที่ตนเองเป็นผู้ตั้งถิ่นฐานอยู่ก่อนแต่มีการบุกรุกหรืออพยพย้ายถิ่นฐานของชนกลุ่มอื่นที่มีจำนวนมากกว่าทั้งด้วยสาเหตุทางเศรษฐกิจการค้าหรือการเมือง ชนกลุ่มน้อยประเภทนี้จะมีความยึดติดกับถิ่นที่อยู่ของตนมีความหวงแหนสมบัติและวัฒนธรรมประเพณีดั้งเดิมที่ตนยึดถือมาช้านาน การที่ชนพื้นถิ่นได้กลายเป็นชนกลุ่มน้อยในดินแดนเกิดของตนเกิดขึ้นในหลายประเทศและได้พยายามสร้างสถานะความเป็นเจ้าของเดิมของชนกลุ่มน้อยประเภทนี้ในหลายประเทศ

(3) ชนกลุ่มถูกรวมเข้าเป็นรัฐชาติใหม่ (Incorporated into New Nation-States) โดยชนกลุ่มย่อยหลายกลุ่มซึ่งมีความเป็นเอกเทศทั้งทางการปกครอง ทางอัตลักษณ์วัฒนธรรม จารีตประเพณี พื้นที่ของตนตกอยู่ภายใต้อาณานิคมของประเทศมหาอำนาจและถูกปกครองโดยเจ้าอาณานิคมเดียวกันผ่านการใช้ระบบกฎหมาย ระบบเศรษฐกิจที่กำหนดโดยเจ้าอาณานิคมในดินแดนของชนกลุ่มย่อยในรูปแบบเดียวกัน และเมื่อพื้นที่เหล่านี้ได้รับเอกราชถูกรวมเข้าเป็นรัฐชาติใหม่ ชนกลุ่มย่อยดังกล่าวยังมิได้มีความอันหนึ่งอันเดียวกัน จึงกลายเป็นชนกลุ่มน้อยของรัฐชาติใหม่ที่เกิดขึ้น ซึ่งในบางกรณีที่พื้นที่ส่วนใหญ่ของชนกลุ่มน้อยนี้ถูกแบ่งเป็นอีกรัฐหนึ่งทำให้

---

[58] อมรา พงศาพิชญ์, “แนวคิดและทฤษฎีเรื่องชนกลุ่มน้อยในประเทศไทย,” ใน **รอยร้าวในสังคมไทย**, รวบรวมและจัดพิมพ์โดย กุสุมา สนิทวงศ์ ณ อยุธยา (กรุงเทพมหานคร: สถาบันศึกษาความมั่นคงและนานาชาติ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2531), หน้า 93-97.

ความรู้สึกถึงความเป็นชาติร่วมกันกับรัฐที่ตนอยู่ภายใต้อาณาเขตจะมีน้อยกว่ารัฐที่มีอัตลักษณ์วัฒนธรรม จารีตประเพณีและ ศาสนาเดียวกับตน

ความแตกต่างของกลุ่มชนในสังคมดังกล่าวมาแล้วเป็นที่มาสำคัญของการมีสภาวะพหุนิยมทางกฎหมาย ด้วยเหตุแห่งความแตกต่างทางจารีตประเพณี ความเชื่อ รูปแบบการดำรงชีวิตก่อให้เกิดรูปแบบบรรทัดฐานที่แตกต่างกัน และเมื่อใดก็ตามที่เกิดสภาวการณ์ที่กลุ่มชนใดสามารถควบคุมหรือมีอิทธิพลในการบริหารกำหนดนโยบายหรือการออกกฎหมายอย่างเป็นทางการในสังคมที่ทำการศึกษา กฎหมายแห่งรัฐที่ออกอาจมีลักษณะที่ไม่ใช่เป็นกฎหมายสำหรับคนทุกกลุ่มแต่อาจเป็นกฎหมายที่มีลักษณะสะท้อนผลประโยชน์หรือเข้ากันกับเฉพาะชนกลุ่มนั้น และเมื่อชนกลุ่มน้อยหรือกลุ่มชนที่รู้สึกว่ากฎหมายแห่งรัฐไม่ใช่หนทางที่จะนำมาปรับใช้กับวิถีชีวิตของตนจึงยึดถือปฏิบัติตามระบบบรรทัดฐานอื่นเยี่ยงกฎหมายอันเป็นการสร้างการเกิดขึ้นของปฏิสัมพันธ์ทางรูปแบบระบบบรรทัดฐาน[59]

3) การขัดกันของระบบบรรทัดฐาน

การปรากฏลักษณะพหุนิยมทางกฎหมายขึ้นนั้นจะประกอบด้วยระบบบรรทัดฐานหลายระบบรูปแบบเกิดขึ้นในเวลาเดียวกันในสังคมที่ศึกษา โดยที่ระบบบรรทัดฐานแต่ละระบบจะถูกอ้างว่าสามารถนำมาใช้กับประเด็นเนื้อหาในข้อเท็จจริงเดียวกันได้ ซึ่งระบบบรรทัดฐานนั้นอาจมีทิศทางไปในทางเดียวกันสามารถใช้ร่วมกันได้ หรือมีกรณีที่เนื้อหาหรือกระบวนการของบรรทัดฐานที่ใช้กับข้อเท็จจริงนั้นขัดกัน การอยู่ร่วมกันของระบบบรรทัดฐานในลักษณะที่ขัดกันนี้ได้สร้างปัญหาให้เกิดขึ้นในสภาวการณ์พหุนิยมทางกฎหมาย โดยที่การขัดกันนี้อาจเกิดขึ้นได้ทั้งภายในระบบกฎหมายอย่างเป็นทางการ (Official or Positive Legal Systems) ซึ่งหากลักษณะการขัดกันนี้เกิดขึ้นภายในระบบกฎหมายอย่างเป็นทางการที่เป็นกฎหมายแห่งรัฐที่ต่างกัน อาจแก้ปัญหาด้วยกฎหมายว่าด้วยการขัดกันของกฎหมาย (Conflict of Laws) และหลักการในการเลือกใช้กฎหมายมาปรับใช้ (Choice of Law)[60] ในขณะที่กรณีของระบบกฎหมายอย่างเป็นทางการไม่ไปในทิศทางเดียวกับบรรทัดฐานอื่นที่ไม่ใช่กฎหมายอย่างเป็นทางการแล้วประเด็นหลักการในการเลือกใช้กฎหมาย (Choice of Law) ก็ไม่ถูกนำมาปรับใช้มากนัก เช่นกรณีที่กฎหมายแห่งรัฐขัดกับจารีตประเพณี หลักปฏิบัติของชุมชนท้องถิ่น หรือหลักศาสนา[61]

อนึ่งการขัดกันของระบบบรรทัดฐานนี้อาจมีแรงหนุนมาจากตัวผู้เล่นในสังคม (Social-Actors) ซึ่งได้ประโยชน์หรือมีส่วนได้เสีย ในการเป็นตัวแทนในโครงสร้างที่มีรูปแบบชัดเจนของระบบบรรทัดฐานนั้น ๆ เช่น องค์กรทางศาสนา ผู้นำกลุ่มชาติพันธุ์ หรือกลุ่มธุรกิจ โดยที่มีความเชื่อมโยงกับระบบบรรทัดฐานนั้น ๆ ไม่ใช่เพียงแต่การที่พวกเขามีความเชื่อในบรรทัดฐานของตนอย่างเหนียวแน่นเท่านั้น แต่อาจเพราะมีแรงจูงใจจากสาเหตุอื่น เช่นเพื่อผลประโยชน์ของปัจเจกหรือของกลุ่มชน เพื่อการรักษาอัตลักษณ์ของกลุ่มชนหรือชาติพันธุ์ เพื่อการมีสถานภาพทางบุคคลหรือการดำรงวิถีชีวิตในรูปแบบที่ตนปรารถนาประกอบร่วมอยู่ด้วย

ในขณะที่ปัจเจกชนหรือกลุ่มชนภายในสังคมก็เป็นแรงหนุนสำคัญในการเพิ่มความขัดกันของระบบบรรทัดฐาน โดยผ่านลักษณะการใช้กลวิธีในการเลือกระบบบรรทัดฐานที่จะ

---

[59] ธีรยุทธ บุญมี, **พหุนิยม** (กรุงเทพมหานคร: ไทเกอร์ พริ้นติ้ง, 2546), หน้า 39.

[60] Ralf Michaels, *op. cit.,* p. 1240.

[61] *Ibid.,* p. 1337.

ได้ประโยชน์ที่สุดกับตน (Forum Shopping) หรือการใช้ระบบบรรทัดฐานหนึ่งต่อสู้กับระบบบรรทัดฐานอื่นที่ไม่เป็นประโยชน์กับตนเช่นกรณีการอ้างระบบจารีตประเพณีในการได้สิทธิในทรัพยากรธรรมชาติเพื่อโต้แย้งกับสิทธิตามกฎหมายของรัฐ หรือกรณีที่กลุ่มสตรีได้พยายามอ้างหลักการทางสิทธิมนุษยชนในการได้รับการปกป้องจากกฎหมายอย่างเป็นทางการเพื่อใช้ต่อสู้กับระบบธรรมเนียมประเพณีดั่งเดิมที่เห็นว่าทำให้ได้รับการปฏิบัติอย่างไม่เสมอภาค ตลอดจนกรณีของกลุ่มธุรกิจการค้าที่สร้างและใช้กระบวนการระงับข้อพิพาทที่กระทำโดยเอกชน โดยมองระบบหรือกระบวนการระงับข้อพิพาททางกฎหมายแห่งรัฐว่าเป็นกระบวนการที่ล่าช้า สร้างความเป็นปรปักษ์ของคู่กรณี ค่าใช้จ่ายสูงไม่สามารถตอบสนองความต้องการของพวกเขาได้ เป็นต้น อาจกล่าวได้ว่าการรับรู้ถึงความมีอยู่ของระบบบรรทัดฐานอื่นที่มีฐานะเยี่ยงกฎหมายของบุคคลในสังคมและบุคคลเหล่านั้นนำบรรทัดฐานที่แตกต่างกันไปใช้เพื่อจุดประสงค์ของกลุ่มหรือปัจเจกชนเป็นตัวเร่งเสริมให้เกิดสภาวการณ์ของพหุนิยมทางกฎหมาย[62]

อย่างไรก็ตามการมีอยู่ของระบบบรรทัดฐานหลายระบบร่วมกันในลักษณะที่มีเนื้อหาหรือกระบวนการไปในทิศทางที่ต่างกันใช่ว่าจะทำให้เกิดการความขัดแย้งกันเสมอไป ในบางสภาวะ ระบบบรรทัดฐานที่แตกต่างกันสามารถอยู่ร่วมกันได้โดยไม่เกิดข้อขัดแย้ง ทั้งยังเกื้อหนุนซึ่งกันและกัน เช่น การระงับข้อพิพาททางการค้าโดยการอนุญาโตตุลาการในกฎหมายทางการค้าสมัยใหม่ที่หลีกเลี่ยงกระบวนการทางศาลของรัฐ แต่เมื่อใดที่ศาลของรัฐยอมรับให้บังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการในคดีใดคดีหนึ่งก็เป็นการส่งเสริมระบบบรรทัดฐานทางเศรษฐกิจหรือทางการค้าเช่นกัน ในลักษณะเดียวกับที่ศาลแห่งรัฐยอมรับหรือนำหลักการทางจารีตประเพณีมาใช้ในการตัดสินคดีก็เป็นการยกระดับระบบบรรทัดฐานทางจารีตประเพณีขึ้นในสายตาของกลุ่มชนอื่นที่จะสามารถยกจารีตประเพณีนั้นขึ้นใช้เป็นการทั่วไปได้เช่นกัน[63]

ปัจจัยดังกล่าวข้างต้นอาจเป็นประโยชน์ในการศึกษาการปรากฏขึ้นของพหุนิยมทางกฎหมายใน 2 ลักษณะ คือ จากบนลงล่าง Top-Down Approach ที่จะศึกษาจากระบบบรรทัดฐานตลอดจนองค์กรสถาบันของรัฐที่มีส่วนเกี่ยวข้องว่ามีปฏิกิริยาหรือปฏิสัมพันธ์ในการเกิดขึ้นร่วมกันกับระบบบรรทัดฐานอื่นอย่างไรในสภาวการณ์พหุนิยมทางกฎหมาย และจากล่างขึ้นบน Bottom-Up Approach ในการศึกษาปัจเจกชนหรือกลุ่มชนในสังคมว่ามีลักษณะตอบสนองเช่นไรในสภาวการณ์พหุนิยมทางกฎหมาย[64]

2.2.2.4 กฎหมายแห่งรัฐกับการใช้กฎหมายลักษณะพหุนิยม

---

[62] Brian Z. Tamanaha, “The Rule of Law and Legal Pluralism in Development,” In **Legal Pluralism and Development Policy: Scholars and Practitioners in Dialogue,** Brian Tamanaha, Caroline Sage and Michael Woolcock, eds. (New York: Cambridge, 2012), pp. 35-36.

[63] *Ibid.,* p. 39.

[64] Sally E. Merry, “Legal Pluralism and Legal Culture: Mapping the Terrain,” In **Legal Pluralism and Development Policy: Scholars and Practitioners in Dialogue,** Brian Tamanaha, Caroline Sage and Michael Woolcock, eds. (New York: Cambridge, 2012), p. 73.

ดังที่กล่าวไว้ข้างต้นว่าพหุนิยมทางกฎหมายเป็นสภาวการณ์ที่มีระบบกฎเกณฑ์บรรทัดฐานลักษณะกฎหมายปรากฏขึ้นพร้อมกันในสังคมใดสังคมหนึ่งในเวลาเดียวกัน โดยที่ระบบกฎเกณฑ์บรรทัดฐานลักษณะกฎหมายที่เกิดขึ้นร่วมกันนั้นอาจสอดคล้องกันหรือขัดแย้งกัน และในกรณีที่พหุนิยมทางกฎหมายเกิดขึ้นจากการที่ระบบกฎหมายอย่างเป็นทางการ (Official Law) หรือกฎหมายแห่งรัฐ (State Law) ปรากฏอยู่พร้อมกันกับระบบกฎเกณฑ์บรรทัดฐานอื่นเช่น ระบบบรรทัดฐานทางศาสนา (Religious Normative Systems) ซึ่งพลเมืองบางกลุ่มอาจปฏิบัติต่อบรรทัดฐานนี้เยี่ยงเป็นกฎหมาย เช่นกฎหมายอิสลาม กฎหมายฮินดู หรือ กับระบบบรรทัดฐานทางจารีตประเพณี (Customary Normative Systems) ที่พลเมืองบางกลุ่มยึดถือปฏิบัติในลักษณะกฎหมายพื้นเมือง (Indigenous Law) โดยแหล่งที่มา (Source) ของกฎหมายแห่งรัฐและกฎหมายศาสนาหรือกฎหมายพื้นเมืองมีแหล่งที่มาที่แยกออกจากกันอย่างชัดเจน เมื่อเกิดกรณีเช่นนี้ รัฐอาจมีปฏิสัมพันธ์กับระบบบรรทัดฐานอื่นได้หลายรูปแบบ ตั้งแต่การวางเฉยโดยไม่แสดงออกว่าเป็นปรปักษ์หรือสนับสนุนการนำระบบบรรทัดฐานอื่นมาใช้ โดยที่ไม่ได้ทำให้ระบบบรรทัดฐานนั้นเข้ามามีสถานะทางกฎหมายใด ๆ ทั้งในระบบศาลหรือในการพิจารณาขององค์กรบริหารของรัฐ ซึ่งอาจเกิดขึ้นได้จากการที่รัฐรับรู้ว่าตนไม่สามารถหรือขาดพลังอำนาจในการทำลายระบบบรรทัดฐานอื่นนั้น เนื่องจากแรงกดดันทั้งจากภายในกลุ่มชนที่ใช้ระบบบรรทัดฐานนั้น ๆ หรือจากแรงกดดันภายนอกเช่นในกรณีที่มีระบบบรรทัดฐานที่ใช้ในกลุ่มชนหลายกลุ่มแตกต่างกันหากมีการยอมรับระบบบรรทัดฐานของกลุ่มชนใดกลุ่มชนหนึ่งจะสร้างแรงกดดันจากกลุ่มชนอื่นที่มีระบบบรรทัดฐานต่างกัน[65] ส่วนการยับยั้งนั้นเป็นแนววิธีที่รัฐนำมาใช้เพื่อพยายามที่จะกำจัดระบบบรรทัดฐานอื่นนั้น โดยห้ามนำระบบบรรทัดฐานอื่นนั้นมาใช้อย่างชัดเจน เช่นการออกกฎหมายห้ามและให้สิ่งที่ปฏิบัติในระบบบรรทัดฐานอื่นนั้นเป็นสิ่งผิดกฎหมาย

ในขณะที่สภาวการณ์พหุนิยมทางกฎหมายของรัฐจะเกิดขึ้นจากการที่รัฐยอมรับหรือให้ระบบบรรทัดฐานอื่นเข้ามาเป็นส่วนหนึ่งของระบบกฎหมายแห่งรัฐ ซึ่งการยอมรับนี้อาจมีรูปแบบของการจัดตั้งองค์กรที่ชัดเจนโดยรัฐ หรือให้การสนับสนุนทางการเงิน เช่นในกรณีการยอมรับระบบบรรทัดฐานทางการค้าในการระงับข้อพิพาท การยอมรับหลักกฎเกณฑ์ทางกฎหมายศาสนาหรือกฎหมายพื้นเมืองเข้ามาเป็นส่วนหนึ่งในระบบศาลของรัฐ ซึ่งการยอมรับนี้ในหลายโอกาสอาจมีสาเหตุทางการเมืองหรือเพื่อประโยชน์ในการควบคุมระบบบรรทัดฐานอื่นให้มาอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของรัฐเพื่อสร้างกรอบที่รัฐพึงประสงค์โดยใช้กฎหมายหลักของรัฐกำหนดระบบแบบแผนของระบบบรรทัดฐานอื่น[66]

J. O. Starr ได้แสดงปฏิสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายแห่งรัฐและกฎเกณฑ์บรรทัดฐานที่มิใช่กฎหมายแห่งรัฐไว้ 6 ลักษณะดังนี้

> ลักษณะที่ (1) กฎหมายแห่งรัฐสามารถเข้ามาแทนที่ระบบกฎเกณฑ์บรรทัดฐานอื่นที่ใช้อยู่ดั่งเดิมอย่างสิ้นเชิงโดยการสร้างรูปแบบบรรทัดฐานใหม่ที่มีอยู่ในหลักการของกฎหมายแห่งรัฐเพื่อแก้ปัญหาใน

---

[65] Brian Z. Tamanaha, “Understanding Legal Pluralism: Past to Present, Local to Global,” **Sydney Law Review**, p. 404.

[66] *Ibid.,* p. 404.

สังคม เช่นการนำแนวคิดเรื่องสัญญา การซื้อขาย กรรมสิทธิ์ การสมรส และการหย่า หรือหลักการในเรื่องพยานหลักฐาน ตลอดจนกระบวนการในศาลมาใช้ปฏิบัติกับพลเมืองในรูปแบบเดียวกันทั้งหมด

ลักษณะที่ (2) ในทางตรงกันข้ามกันกับลักษณะที่ (1) ระบบกฎเกณฑ์บรรทัดฐานดั่งเดิมหรือกฎเกณฑ์บรรทัดฐานที่มิใช่กฎหมายแห่งรัฐยังคงถูกยึดถือปฏิบัติ โดยประชาชนไม่สนใจจะปฏิบัติตามกฎหมายแห่งรัฐ เนื่องจากเห็นว่าไม่เหมาะสมกับสภาพวิถีชีวิตของตน หรือตามความเชื่อตามกรอบจารีตที่ตนถือปฏิบัติมา

ลักษณะที่ (3) เป็นกรณีที่อยู่ระหว่างลักษณะที่ (1) และ (2) ซึ่งในกรณีนี้ระบบกฎเกณฑ์อื่นที่มีลักษณะกฎหมายกับกฎหมายแห่งรัฐปรากฏอยู่คู่กัน โดยที่เมื่อเกิดข้อพิพาทขึ้นหรือมีปัญหาทางกฎหมาย ประชาชนสามารถที่จะเลือกนำกฎหมายแห่งรัฐหรือระบบกฎเกณฑ์อื่นที่มีลักษณะกฎหมายมาใช้กับปัญหาของตน ในกรณีนี้ประชาชนมีสิทธิเลือกศาลหรือกลไกการระงับข้อพิพาท (Forum) ตามฐานะทางการเงิน ความรู้ และความต้องการทางกฎหมายของตน

ลักษณะที่ (4) เป็นกรณีที่กฎหมายแห่งรัฐสามารถนำมาใช้ในพื้นที่หรือปัญหาที่จารีตประเพณี หรือ กฎเกณฑ์ดั่งเดิมไม่ได้บัญญัติไว้ และในทางกลับกันกฎหมายแห่งรัฐอาจนำจารีตประเพณีมาใช้ในกรณีที่กฎหมายแห่งรัฐมิได้บัญญัติไว้

ลักษณะที่ (5) กฎหมายแห่งรัฐนำกฎเกณฑ์บรรทัดฐานอื่นหรือระบบควบคุมทางสังคมที่ไม่ได้เป็นลายลักษณ์อักษรมาบัญญัติไว้เป็นกฎหมายแห่งรัฐ ซึ่งเป็นการยกฐานะของกฎหมายพื้นเมือง หรือ ขนบจารีตประเพณีท้องถิ่น หรือกฎหมายศาสนาขึ้นเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายแห่งรัฐและนำไปใช้ในศาลแห่งรัฐ

ลักษณะที่ (6) กฎหมายแห่งรัฐอาจใช้บุคคลที่มีสถานะพิเศษในระบบกฎหมายพื้นเมือง หรือกฎหมายศาสนามาเป็นพยานผู้เชี่ยวชาญในศาลของรัฐ[67]

แม้ Starr จะจัดแบ่งการปฏิสัมพันธ์กันระหว่างกฎหมายแห่งรัฐและกฎเกณฑ์บรรทัดฐานที่มิใช่กฎหมายแห่งรัฐไว้ 6 ลักษณะดังกล่าวแต่ในความเป็นจริงการปฏิสัมพันธ์ที่เกิดขึ้นส่วนใหญ่มักจะเป็นในลักษณะที่ (4), (5) และ (6) ส่วนในลักษณะที่ (1) นั้นเป็นลักษณะที่รัฐสามารถกำจัดบรรทัดฐานอื่นที่ไม่ใช่กฎหมายของรัฐออกได้หมดแล้วตั้งตัวรัฐเองขึ้นเป็นผู้สร้างกฎเกณฑ์แต่เพียงผู้เดียวได้อย่างเด็ดขาด แต่อย่างไรก็ตามลักษณะที่ (1) นั้นแม้รัฐมีความเข็มแข็งหรือมีอำนาจอิสระเพียงใดก็ตาม การสร้างระบบกฎหมายเข้ามาแทนที่บรรทัดฐานอื่นทางสังคมได้ทั้งหมดเป็นเรื่องที่

---

[67] J. O. Starr, “Folk Law in Official Courts of Turkey,” In **People’s Law and State Law**, A. Allott and G. R. Woodman, eds. (Dordrecht: Foris, 1985), p. 124 quoted in Yuksel Sezgin, *op. cit.,* p. 204.

กระทำได้ยาก เช่นเดียวกับในลักษณะที่ (2) ซึ่งเป็นรูปแบบของพหุนิยมทางกฎหมายแบบเข็มข้น (Deep Legal Pluralism) ที่เป็นสภาวการณ์ที่กฎหมายแห่งรัฐล้มเหลวในการบังคับใช้อย่างสิ้นเชิง ในความเป็นจริงแล้วโดยส่วนใหญ่ปรากฏการณ์พหุนิยมทางกฎหมายจะเกิดขึ้นในช่วงตั้งแต่ปฏิสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายแห่งรัฐและกฎเกณฑ์บรรทัดฐานที่มิใช่กฎหมายแห่งรัฐในลักษณะที่ (1) ถึง (2) ที่เป็นฝั่งตรงข้ามกัน โดยที่ลักษณะที่ (3) มีระดับของปรากฏการณ์พหุนิยมทางกฎหมายที่อาจเป็นประโยชน์ต่อประชาชน โดยกฎหมายแห่งรัฐและกฎเกณฑ์บรรทัดฐานที่มิใช่กฎหมายแห่งรัฐมีการอยู่ร่วมกันในลักษณะเป็นทางเลือกของประชาชน[68]

ท่ามกลางรูปแบบการปฏิสัมพันธ์ในลักษณะที่ (4) ถึง (6) นั้น เราจะพบการปฏิสัมพันธ์ในลักษณะที่ (5) จะเป็นสาเหตุของการเกิดรูปแบบของพหุนิยมทางกฎหมายของรัฐ หรือ State Law Pluralism ขึ้น หรืออาจเรียกอีกอย่างหนึ่งว่าระบบกฎหมายพหุศูนย์กลาง (Legal Polycentricity) เนื่องจากในความสัมพันธ์รูปแบบนี้รัฐทำให้บรรทัดฐานทางสังคมที่ถูกปฏิบัติเยี่ยงกฎหมายกลายมาเป็นส่วนหนึ่งระบบกฎหมายของตน ซึ่งในบางครั้งการหลอมรวมของกฎหมายในลักษณะนี้ บรรทัดฐานของแต่ละชุดกฎหมายอาจถูกออกแบบมาแตกต่างกันเพื่อใช้กับพลเมืองที่มีแนวทางหรือวิถีชีวิตความเชื่อที่แตกต่างกัน ดังนั้นในบางครั้งรัฐจึงต้องบัญญัติให้ใช้กฎหมายกับบุคคลในรัฐไม่เหมือนกัน ตัวแบบอย่างการใช้กฎหมายในลักษณะนี้เกิดขึ้นอย่างแพร่หลายในดินแดนภายใต้อาณานิคมของอังกฤษในเอเชียและแอฟริกา และที่น่าสนใจคือรูปแบบดังกล่าวยังคงมีใช้กันอยู่ในดินแดนดังกล่าวแม้ภายหลังได้รับเอกราชและบ่อยครั้งที่ยังคงถูกบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งรัฐและกฎหมายพิเศษในหลายประเทศ[69] ในขณะที่รูปแบบที่ (4) เป็นลักษณะการอุดช่องว่างทางกฎหมายของกันและกัน และในรูปแบบที่ (6) เป็นรูปแบบการนำเข้าระบบบรรทัดฐานอื่นในสถานะข้อเท็จจริง

นอกจากนี้เมื่อพิจารณารูปแบบของการที่กฎหมายแห่งรัฐให้ยอมรับระบบบรรทัดฐานอื่นแล้วยังอาจจัดแบ่งลักษณะแห่งการยอมรับบรรทัดฐานอื่นโดยรัฐได้เป็น 2 ลักษณะใหญ่คือ การยอมรับเนื้อหาของบรรทัดฐาน (Normative Recognition) และ การยอมรับองค์กรหรือสถาบันของระบบบรรทัดฐานอื่น (Institutional Recognition)

1) การยอมรับเนื้อหาของบรรทัดฐาน (Normative Recognition) เกิดขึ้นในลักษณะที่กฎหมายแห่งรัฐยอมรับในเนื้อหาที่ชัดเจนของระบบบรรทัดฐานอื่น โดยการให้มีผลใช้ได้หรือการปฏิบัติตามระบบบรรทัดฐานนั้นมีผลโดยชอบด้วยกฎหมายแห่งรัฐ เช่น กรณีการสมรส หรือการหย่าตามหลักการทางศาสนาหรือตามจารีตประเพณีในบางรัฐ มีผลโดยชอบด้วยกฎหมายแห่งรัฐ การยอมรับในเนื้อหาของระบบบรรทัดฐานอื่นในบางครั้งมิใช่เพียงยอมรับให้การปฏิบัติตามระบบบรรทัดฐานอื่นมีผลโดยชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น แต่องค์กรทางกฎหมายของรัฐไม่ว่าจะเป็นศาล หรือองค์กรบังคับใช้กฎหมายนำระบบบรรทัดฐานมาปรับใช้ในการพิจารณาคดีกับบุคคลที่แตกต่างกัน ตัวอย่างที่ชัดเจนคือในกรณีที่มีกฎหมายแห่งรัฐบังคับใช้กฎหมายศาสนาให้มีผลทางกฎหมายในบาง

---

[68] Yuksel Sezgin, *op. cit.,* p. 204

[69] Yuksel Sezgin, *op. cit.,* p. 207.; Gordon R. Woodman, “The Development ‘Problem’ of Legal Pluralism: An Analysis and Steps Towards Solutions,” In **Legal Pluralism and Development Policy: Scholars and Practitioners in Dialogue,** p. 133.; Ralf Michaels, *op. cit.,* pp. 1228-1230.

กลุ่มของพลเมืองหรือบางพื้นที่ในรัฐ ซึ่งเป็นลักษณะของการสร้างพหุนิยมทางกฎหมายแห่งรัฐ State Law Pluralism เพื่อสลายลักษณะของพหุนิยมทางกฎหมายแบบเข็มข้น Deep Legal Pluralism[70]

เมื่อพิจารณาถึงลักษณะเนื้อหาของระบบกฎหมายหรือกฎเกณฑ์บรรทัดฐานต่างกัน คือในเนื้อหาลักษณะบังคับ (Imperative Norm) เช่นการห้ามไม่ให้ปฏิบัติสิ่งใดในลักษณะกฎหมายอาญา การห้ามกระทำสิ่งใดในบรรทัดฐานทางศาสนาเช่นห้ามดื่มสุรา ห้ามกินเนื้อเป็นต้น และ เนื้อหาแสดงถึงความสมบูรณ์ของการกระทำ (Validation Norm) เช่นการซื้อขายที่ดินว่าต้องทำอย่างไรจึงสมบูรณ์ในสายตากฎหมาย การสมรสหรือ การหย่า ว่าต้องมีพิธีการอย่างไรจึงจะสมบูรณ์ตามหลักจารีตประเพณี หรือศาสนา ในกรณีที่เกิดการซ้อนกันหรือการปรากฏอยู่ร่วมกันของระบบบรรทัดฐานเนื้อหาลักษณะบังคับ พลังอำนาจในการบังคับกฎเกณฑ์ที่เหนือกว่าย่อมชนะ ในลักษณะนี้เราเชื่อว่าคือกฎหมายแห่งรัฐอยู่เหนือกฎเกณฑ์อื่น ตามความเชื่อของทฤษฎีว่าด้วยรัฐ แต่ในระบบบรรทัดฐานที่มีลักษณะเนื้อหาแสดงความสมบูรณ์ของการกระทำ การเลือกที่จะทำตามแบบกฎหมายแห่งรัฐโดยส่วนใหญ่จะเป็นการปฏิบัติเพื่อประโยชน์ทางสิทธิที่รัฐมอบให้ เช่นการสมรสกฎหมายแห่งรัฐถือว่าจะสมบูรณ์เมื่อชายและหญิง จดทะเบียนต่อรัฐ และมีคู่สมรสได้เพียงหนึ่งเดียว ในขณะที่บรรทัดฐานอื่นเช่น การสมรสจะสมบูรณ์เมื่อผูกข้อมือ การสมรสจะสมบูรณ์เมื่อไหว้ฟ้าดินร่วมกัน หรือสาบานร่วมกัน แม้ในสายตากฎหมายแห่งรัฐ การสมรสมิได้กระทำขึ้น แต่ในสายตาบรรทัดฐานอื่นทางสังคม การสมรสสมบูรณ์แล้ว ตัวอย่างเช่นว่ารวมไปถึงการหย่า การรับโอนทรัพย์สินเป็นต้น ลักษณะพหุนิยมทางกฎหมายเช่นนี้ ไม่ปรากฏความยากลำบากแก่รัฐมากนักเมื่อกรอบแบบแผนโดยรัฐสามารถสร้างระบบความชัดเจนให้เกิดขึ้นในความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลในสังคมได้ ซึ่งเป็นกรณีที่กฎหมายที่มีชีวิต (Living Law) ที่พลเมืองนำมาใช้กับกฎหมายแห่งรัฐ (State Law) มีเนื้อหาต่างกัน รัฐอาจขยายขอบเขตให้ความสมบูรณ์ของการกระทำตามระบบบรรทัดฐานอื่นได้[71] โดยผ่านกระบวนการนิติวิธีในรูปแบบตีความขยายตัวบทกฎหมายในระบบกฎหมาย Civil Law หรือนำหลักสัญญาเพื่อยอมรับเอาระบบบรรทัดฐานที่คู่สัญญาหรือคู่กรณีมีเจตจำนงค์ร่วมกันมาปรับใช้

การนำเข้าเนื้อหาบรรทัดฐานอื่นโดยกฎหมายแห่งรัฐหรือระบบศาลแห่งรัฐจึงเกิดขึ้นได้ทั้ง 2 ลักษณะ คือ การนำเข้าในสถานะ “ข้อกฎหมาย” (Matter of Law) และในสถานะ “ข้อเท็จจริง” (Matter of Fact)

(1) การนำเนื้อหาบรรทัดฐานอื่นเข้ามาเป็นส่วนหนึ่งในสถานะ “ข้อกฎหมาย” (Matter of Law) โดยเมื่อรัฐเอาบรรทัดฐานอื่นเข้ามาเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายแห่งรัฐแล้วบรรทัดฐานนั้น ๆจะเข้ามาสู่ระบบศาลของรัฐอย่างเป็นทางการ ซึ่งอาจผ่านกระบวนการตรากฎหมายเป็นลายลักษณ์อักษรอย่างชัดเจน หรือตีความตัวบทกฎหมายขยายความให้ครอบคลุมไปถึงในเรื่องที่มีการปฏิบัติตามบรรทัดฐานอื่นของศาลแห่งรัฐในระบบกฎหมายแบบประมวล หรือ Civil Law System หรือการที่ศาลในระบบกฎหมายอังกฤษหรือ Common Law นำหลักการปฏิบัติทางบรรทัดฐานอื่นนั้นเข้ามาใช้เพื่อตัดสินคดีจนเกิดเป็นการสร้างบรรทัดฐานทางคำพิพากษาขึ้น เช่นการ

---

[70] Gordon R. Woodman, “The Development “Problem” of Legal Pluralism: An Analysis and Steps Towards Solutions,” In **Legal Pluralism and Development Policy: Scholars and Practitioners in Dialogue,** p. 137.

[71] *Ibid.,* p. 135.

ยอมรับหลัก กฎหมายพ่อค้า (lex mercatoria) เข้ามาเป็นส่วนหนึ่งในหลักกฎหมายว่าด้วยสัญญาของระบบกฎหมายอังกฤษ ซึ่งการนำเข้าบรรทัดฐานอื่นในลักษณะการเอาเข้ามาเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายแห่งรัฐนี้ทำให้รัฐมีอำนาจในการสร้างกรอบกฎหมายอย่างที่รัฐมุ่งหวังและมีแบบแผนการใช้กฎหมายลักษณะพหุนิยมที่ชัดเจน

(2) การยอมรับเนื้อหาบรรทัดฐานอื่นเข้าสู่ระบบศาลแห่งรัฐในสถานะ “ข้อเท็จจริง” (Matter of Fact) ที่แตกต่างจากกฎหมายแห่งรัฐที่ใช้อยู่ ทั้งนี้เนื่องจากกฎหมายแห่งรัฐไม่อาจนำบรรทัดฐานอื่นให้เข้ามามีสถานะเป็นกฎหมายแห่งรัฐได้ทุกกรณี แต่ศาลมีการยอมรับการปฏิบัติตามบรรทัดฐานอื่นของคู่กรณี ทั้งนี้โดยที่คู่กรณีต้องเป็นฝ่ายนำเข้าบรรทัดฐานนั้นขึ้นสู่ศาล อาทิ ลักษณะที่คู่กรณีต้องนำสืบเนื้อหาของสัญญาที่แตกต่างจากกฎหมายแห่งรัฐ หรือบรรทัดฐานอื่นที่คู่กรณียึดถือปฏิบัติ โดยที่การนำเข้าบรรทัดฐานในฐานะข้อเท็จจริงนี้การที่ศาลจะยอมรับบรรทัดฐานใดนั้นขึ้นอยู่กับแนวนโยบายแห่งรัฐในด้านต่าง ๆ ที่รวมถึงความสงบและเรียบร้อยของประชาชนโดยทั่วไปด้วย

2) การยอมรับองค์กรหรือสถาบันของระบบบรรทัดฐานอื่น (Institutional Recognition) เป็นลักษณะที่มีกฎหมายแห่งรัฐยอมรับให้คำชี้ขาดหรือคำตัดสินโดยองค์กรหรือสถาบันของระบบบรรทัดฐานอื่นมีผลสมบูรณ์ตามกฎหมาย เช่นในกรณีของกฎหมายรัฐยอมรับให้คำตัดสินชี้ขาดของกลไกกระบวนการระงับข้อพิพาทโดยระบบที่ไม่ใช่กฎหมายแห่งรัฐ (Non-State Tribunal) ไม่ว่าจะเป็นอนุญาโตตุลาการทางการค้า หรือ อนุญาโตตุลาการทางศาสนา (Religious Arbitration) บังคับกันได้ หรือมีคำตัดสินตามคำชี้ขาดโดยที่องค์กรทางกฎหมายแห่งรัฐเช่นศาล ไม่เข้าไปพิจารณาในเนื้อหาของระบบบรรทัดฐานเว้นแต่เป็นข้อที่ว่าด้วยลักษณะความสงบเรียบร้อยของประชาชน ซึ่งรูปแบบองค์กรอาจเกิดขึ้นจากการกระจายอำนาจ (Decentralization) ในการระงับข้อพิพาทสู่องค์กรของชุมชน โดยใช้หลักบรรทัดฐานตามความเชื่อของชุมชนหรือกลุ่มชนนั้นเอง โดยองค์กรศาลแห่งรัฐมีอำนาจเข้าไปสอดแทรกได้ในขอบเขตจำกัด หรือเกิดจากการมอบอำนาจ (Delegation) ในการตัดสินคดีบางลักษณะโดยยังคงมีศาลแห่งรัฐเป็นผู้มีอำนาจตรวจทานหรือทบทวนเฉพาะหลักการสำคัญเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของรัฐ (Public Order)[72]

แนวคิดการยอมรับระบบบรรทัดฐานอื่นโดยระบบกฎหมายแห่งรัฐมีการใช้อันยาวนานในกฎหมายเอกชนระหว่างประเทศ ในลักษณะการสร้างกฎหมายว่าด้วยการขัดกันของกฎหมายและการใช้หลักการการเลือกกฎหมาย[73] อย่างไรก็ตามการยอมรับกฎหมายของรัฐอื่นตามลักษณะดังกล่าวเป็นเรื่องที่รัฐยอมรับในความเสมอค่าและเท่าเทียมกันของความเป็นรัฐที่การเลือกใช้กฎหมายมักเกิดจากเงื่อนไขที่เกี่ยวกับสัญชาติของคู่กรณีหรือพื้นที่ที่มูลคดีเกิดมีความสัมพันธ์กันระหว่างประเทศ ในขณะที่การศึกษาพหุนิยมทางกฎหมายนั้นการยอมรับ (Recognition) จะมุ่งเน้นไปที่กฎหมายแห่งรัฐยอมรับกฎเกณฑ์หรือบรรทัดฐานอื่นที่ไม่ใช่ของรัฐเข้ามาเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายแห่งรัฐ ซึ่งเป็นหัวใจสำคัญในการนำหลักการแนวคิดพหุนิยมทางกฎหมายไปเครื่องมือในทางปฏิบัติ ซึ่งมักจะมีคำถามว่าบรรทัดฐานต้องมีลักษณะเช่นใดที่รัฐหรือศาลแห่งรัฐสามารถนำเข้าสู่ระบบ

---

[72] International Council on Human Rights Policy (ICHRP), **When Legal Worlds Overlap Human Rights, State and Non-State Law** (Vernier, Switzerland: ATAR Roto Press, 2009), p. 92.

[73] Ralf Michaels, *op. cit.,* p. 1245.

กฎหมายแห่งรัฐได้ ดังนั้นการพิจารณาลักษณะการใช้กฎหมายพหุนิยมนอกจากจะพิจารณาในแง่ของการที่รัฐยอมรับกฎเกณฑ์อื่นแล้วยังต้องคำนึงถึง มูลฐานแห่งการเรียกร้องจากชุมชน กลุ่มชน หรือแม้กระทั่งปัจเจกชนว่าเรียกร้องให้รัฐยอมรับสิ่งใด โดยที่ในบางครั้งการที่กฎหมายแห่งรัฐยอมรับระบบบรรทัดฐานอื่นนั้นอาจจะไม่ใช่เป็นสิ่งที่กลุ่มชนดังกล่าวนั้นต้องการอย่างแท้จริง หรือในบางกรณีการร้องขอให้ยอมรับระบบบรรทัดฐานอื่นอาจสร้างความขัดแย้งขึ้นในกลุ่มชนที่กฎหมายแห่งรัฐยอมรับบรรทัดฐานนั้น เช่นกรณีการยอมรับหลักการในการสมรสหรือการหย่า ตลอดจนมรดกของกฎหมายอิสลามอาจสร้างข้อโต้เถียงของประเด็นสิทธิความเท่าเทียมของสตรีมุสลิมขึ้นในสังคมได้ อย่างไรก็ดีการยอมรับระบบบรรทัดฐานอื่นโดยกฎหมายแห่งรัฐนั้น มูลเหตุส่วนใหญ่มาจากเหตุผลทางการเมืองในลักษณะการจัดการลักษณะพหุนิยมทางการเมืองหรือวัฒนธรรม[74] แต่ทั้งนี้การยอมรับระบบบรรทัดฐานอื่นของกฎหมายแห่งรัฐเป็นการสร้างความเชื่อขึ้นใหม่จากความเชื่อเดิมที่ว่า กฎหมายต้องมาจากรัฐหรือรัฐเป็นผู้สร้างกฎหมาย (State Made Laws) เป็นรัฐต้องเป็นผู้ยอมรับกฎหมาย (State Accepts Laws) ที่สร้างจากสังคมด้วยในเวลาเดียวกัน ซึ่งเป็นหลักการที่แนวคิดพหุนิยมทางกฎหมายมีการชี้ประเด็นไปถึงการให้รัฐยอมรับสิทธิเชิงซ้อน เช่นระหว่างสิทธิหน้าที่ตามกฎหมายแห่งรัฐ และสิทธิหน้าที่ตามระบบบรรทัดฐานอื่น เพื่อใช้ในเรื่องการบริหารจัดการและใช้ประโยชน์จากทรัพยากร สิทธิชุมชน สิทธิกลุ่มชน ตลอดจนสิทธิในการปฏิบัติตามหลักความเชื่อ และใช้กฎหมายของกลุ่มชนส่วนน้อยลักษณะเชิงซ้อน (Plural Legal Order) แต่กระนั้นก็ตามยังคงมีเรื่องของ สิทธิของบุคคลหรือปัจเจก (Individual Rights) ที่ต้องพิจารณาควบคู่กันด้วย[75]

2.2.2.5 ระบบกฎหมายและศาลในลักษณะพหุนิยมทางกฎหมาย

Werner Menski ได้แสดงรูปแบบทางระบบกฎหมายในโลกปัจจุบันที่มีลักษณะของพหุนิยมออกเป็น 3 รูปแบบ[76] คือ

รูปแบบที่ 1 กฎหมายแห่งรัฐมีรูปแบบเป็นหนึ่งเดียวแต่อาจมีข้อยกเว้นบางประการในการนำหลักการทางกฎหมายหรือจารีตประเพณีอื่นมาใช้

รูปแบบที่ 2 กฎหมายแห่งรัฐมีรูปแบบลักษณะกฎหมายหลักที่เป็นกฎหมายทั่วไปและมีบทยกเว้นเป็นพิเศษเพื่อนำมาบังคับใช้เฉพาะเรื่องที่เกี่ยวกับพลเมืองที่รัฐจัดว่าเป็นชนเผ่าพื้นเมืองหรือกลุ่มชนพิเศษ

รูปแบบที่ 3 กฎหมายแห่งรัฐมีรูปแบบลักษณกฎหมายตามสถานะบุคคลบังคับใช้กับบุคคลตามสถานะความเชื่อทางศาสนา เชื้อชาติหรือกลุ่มชนเผ่า

โดยที่รัฐต้องนำระบบบรรทัดฐานนั้น ๆ เข้าสู่กระบวนการการใช้กฎหมายโดยศาลแห่งรัฐซึ่งมีลักษณะดังนี้

1. มีการตั้งศาลเฉพาะขึ้นเพื่อนำระบบกฎหมายศาสนาหรือกฎหมายพื้นเมืองมาใช้ในศาลโดยมีเขตอำนาจศาลที่ชัดเจนทั้งในเรื่องเนื้อหาและบุคคลที่อยู่ในเขตอำนาจศาลเช่นศาลศาสนาในมาเลเซีย อินโดนีเซีย ฟิลิปปินส์ และอิสราเอล

---

[74] ICHRP, *op. cit.,* p. 86.

[75] *Ibid.,* p. 106.

[76] Werner Menski, “Law as a Kite: Managing Legal Pluralism in the Context of Islamic Finance,” In **Islamic Finance in Europe: Towards a Plural Financial System**, Valentino Cattelan, ed. (Cheltenham, UK: Edward Elgar, 2013), p. 22.

2. ไม่มีการตั้งศาลเฉพาะขึ้นแต่มีกฎหมายกำหนดให้ศาลหรือผู้พิพากษาในศาลแห่งรัฐนำระบบกฎหมายศาสนาหรือกฎหมายจารีตประเพณีมาใช้กับกรณีที่คดีมีข้อพิพาทตามที่กฎหมายกำหนดและกับพลเมืองในลักษณะตามกฎหมายกำหนด ทั้งนี้อาจมีการนำผู้เชี่ยวชาญหรือบุคคลในท้องถิ่น (Lay Assessor) เข้ามาทำหน้าที่พิเศษในศาลแห่งรัฐร่วมกับผู้พิพากษาด้วยหรือไม่ก็ได้

3. กลุ่มชนที่ปฏิบัติตามบรรทัดฐานนั้น ๆ เช่น กฎหมายพื้นเมือง หรือกฎหมายศาสนา ตลอดจนข้อตกลงทางการค้า มีระบบกลไกกระบวนการระงับข้อพิพาทของตนเอง แต่รัฐยอมรับให้คำตัดสินชี้ขาดมีผลตามกฎหมาย ซึ่งในลักษณะนี้ถือว่ารัฐยอมรับระบบบรรทัดฐานอื่นในรูปแบบการยอมรับองค์กรหรือสถาบันของระบบบรรทัดฐานอื่น (Institutional Recognition)

ในขณะที่อีกรูปแบบหนึ่งคือพหุนิยมทางกฎหมายทางสังคมวิทยา (Socio-Legal Pluralism) ซึ่งพลเมืองมิได้ใช้แต่กฎหมายของรัฐเพียงอย่างเดียวเป็นแบบแผนปฏิบัติหรือในการระงับข้อพิพาทโดยรัฐจะยอมรับมันเป็นกฎหมายของรัฐหรือไม่ก็ตาม ซึ่งในพหุนิยมทางกฎหมายในลักษณะนี้อาจมีการสร้างรูปแบบกระบวนการยุติธรรมที่ไม่ใช่ของรัฐ (Non-State Justice System) ขึ้นเองซึ่งอาจทำให้เกิดลักษณะกระบวนการยุติธรรมคู่ขนานกับกลไกของรัฐขึ้นได้ นำมาซึ่งคำถามว่าด้วยเรื่องความสอดคล้องกับหลักการสิทธิมนุษยชน ความเสมอภาค และหลักกระบวนการอันชอบธรรม (Due Process) ในกระบวนการยุติธรรมลักษณะที่ไม่พึ่งพารัฐนี้ เนื่องจากไม่มีมาตรการของรัฐเข้าไปเกี่ยวข้องทั้งในการทบทวน ตรวจทานเพื่อการคุ้มกันสิทธิของบุคคลที่เกี่ยวข้องในกระบวนการ[77]

โดยที่ในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะทำการศึกษาลักษณะการใช้กฎหมายอิสลามในรัฐที่มีมุสลิมเป็นพลเมืองส่วนน้อยซึ่งอาจจัดแบ่งรูปแบบระบบการใช้กฎหมายลักษณะพหุนิยมได้เป็น 2 ลักษณะ คือ (1) ระบบศาลและกฎหมายตามสถานะบุคคล (Personal Status System) และ (2) ระบบศาลชุมชน (Community Court Model)

1) ระบบศาลและกฎหมายตามสถานะบุคคล (Personal Status System)

ในกรอบสังคมที่ศึกษาเมื่อมีลักษณะพหุนิยมทางกฎหมายปรากฏขึ้นที่มีระบบบรรทัดฐานมากกว่าหนึ่งระบบอยู่ในสังคม ซึ่งการใช้ระบบกฎหมายหรือระบบศาลกับบุคคลในลักษณะที่แตกต่างตามแต่ความเชื่อในลักษณะพหุกฎหมายนิยมดังที่ได้กล่าวมาแล้ว เป็นลักษณะของพหุนิยมทางกฎหมายของรัฐ (State Legal Pluralism) ที่อำนาจในการจำแนกหรือการบังคับใช้กับพลเมืองที่แตกต่างกันเกิดขึ้นจากรัฐ[78] ซึ่งระบบศาลและกฎหมายตามสถานะบุคคลในที่นี้หมายความถึง ระบบที่พลเมืองที่มีความหลากหลายใน ชาติพันธ์ หรือความเชื่อทางศาสนา ได้รับการยอมรับโดยอำนาจส่วนกลางหรือรัฐให้อยู่ภายใต้เขตอำนาจศาลหรือกฎหมายที่เป็นการเฉพาะตามแต่หลักจารีตประเพณี หลักศาสนา หรือสถาบันของชุมชนนั้น ๆ ในเรื่องเกี่ยวกับบุคคล เช่น การสมรส การหย่า มรดก เป็นต้น ซึ่งในระบบเช่นนี้จะไม่เป็นระบบกฎหมายที่เป็นเอกภาพหรือเป็นหนึ่งเดียวใช้กับพลเมืองทุกคน แต่ขึ้นอยู่กับชาติพันธุ์หรือความเชื่อตามหลักศาสนา ตัวอย่างเช่นในรัฐหนึ่ง พลเมืองที่

---

[77] ICHRP, *op. cit.,* p. 4.

[78] Adam S. Hofri-Winogradow, “A Plurality of Discontent: Legal Pluralism, Religious Adjudication and the State,” **Journal of Law & Religion** 26 (2010): 104.

เป็นมุสลิมอยู่ภายใต้กฎหมายชารีอะห์อิสลาม Sharia Islamic Law พลเมืองที่เป็นยิวอยู่ภายใต้กฎหมาย Rabbinical Law คริสเตียนอยู่ภายใต้ Canon Law และฮินดูอยู่ภายใต้ธรรมศาสตร์ เป็นต้น[79]

ในทางประวัติศาสตร์จากยุคอดีตจนถึงยุคก่อนอาณานิคมพบว่า บุคคลไม่ว่าจะอยู่ในดินแดนใดหรือภายใต้การปกครองของผู้ใด ยังคงยึดติดกับการปฏิบัติตามกฎหมายบุคคล (Personal Law) ของตนซึ่งโดยส่วนใหญ่จะประกอบขึ้นจากจารีตประเพณีและศาสนา การบังคับใช้กฎหมายในลักษณะตามแต่ละบุคคลกับข้อเท็จจริงในอดีตมีมาช้านานไม่ว่าในเรื่องสัญญา สมรส หรือมรดก ตลอดจนความรับผิดที่นอกเหนือจากสัญญาเช่น ละเมิดก็ยังอยู่ภายใต้กฎหมายบุคคล ซึ่งเป็นหลักการเดียวกับหลักการในวิธีกระบวนพิจารณาคดีทั้งทางแพ่งและอาญาในยุคก่อน ที่ว่าบุคคลทุกคนย่อมมีสิทธิที่จะได้รับการตัดสินภายใต้กฎหมายของตนเอง ในช่วงยุคกลางของยุโรป กฎหมายศาสนา (Canon Law) ของศาสนจักรคาทอริก ได้ถูกนำมาใช้กับข้อเท็จจริงที่ไม่เฉพาะแต่เรื่องกิจการทางศาสนาร่วมกับกฎหมายโรมันที่ใช้กับพลเมือง (Civil Law) กฎหมายทั้งสองรูปแบบนี้มีใช้อยู่ทั่วทวีปยุโรปอยู่เป็นเวลาเกือบศตวรรษ ในระหว่างศตวรรษที่ 10 กฎหมายศาสนาและกฎหมายโรมันสำหรับพลเมืองมีเขตอำนาจทั่วทั้งยุโรป แต่เมื่อเข้าสู่ยุคแห่งการปฏิรูปซึ่งทำให้ศาสนาคริสต์นิยายโรมันคาทอริกเสื่อมอำนาจลง เป็นผลให้กฎหมายของฝ่ายนิกายโปเตสแตนท์อยู่คู่กับกฎหมายของฝ่ายคาทอริก และเมื่อเริ่มต้นของยุครัฐชาติสมัยใหม่ในยุโรป ได้มีการสร้างระบบกฎหมายสำหรับพลเมืองทั่วไปขึ้นใช้[80]

ถึงแม้จะมีการสร้างระบบกฎหมายที่เป็นของรัฐเข้ามาแทนที่กฎหมายจากฝ่ายศาสนจักรแล้วก็ตาม กฎหมายเกี่ยวกับการสมรสและการหย่ายังคงใช้ระบบกฎหมายของศาสนามาเป็นระยะเวลาอีกยาวนาน เช่นในอังกฤษ กฎหมายว่าด้วยการสมรสและการหย่าเพิ่งมีขึ้นใน ปี ค.ศ. 1857 ซึ่งก่อนหน้าที่จะมีกฎหมายแห่งรัฐในเรื่องดังกล่าว บุคคลยังคงนำกฎหมายศาสนาตามแต่สถานะและความเชื่อความศรัทธาของตนมาใช้ในเรื่องครอบครัว อาจกล่าวได้ว่าหากมีการขัดกันของกฎหมายแห่งรัฐและกฎหมายศาสนาในเรื่องครอบครัวแล้ว กฎหมายแห่งรัฐเป็นผู้มาทีหลังระบบกฎหมายศาสนา[81]

รูปแบบที่ความหลากหลายของศาสนาได้เข้ามาควบคุมระบบกฎหมายบุคคลยังมีใช้ในดินแดนอื่น เช่นในอาณาจักรออตโตมาน (The Ottoman Empire) ช่วงศตวรรษที่ 19 ซึ่งมีรูปแบบของพหุนิยมทางศาสนาภายในรัฐ ซึ่งได้ใช้กฎหมายบุคคลแตกต่างกันตามแต่ศาสนาชาวเติร์กซึ่งเป็นมุสลิมอยู่ภายใต้กฎหมายอิสลาม โดยที่สุลต่านแห่งอาณาจักรออตโตมานอนุญาตให้ชาวคริสเตียน และชาวยิวอยู่ภายใต้กฎหมายของพวกเขาเอง และให้อำนาจแก่ชุมชนคนต่างศาสนามีเขตอำนาจศาลตัดสินคดีกันเองโดยใช้กฎหมายของตนที่เรียกว่า “Ottoman Millet system”[82]

---

[79] Yuksel Sezgin, “How to Integrate Universal Human Rights into Customary and Religious System?,” **Journal of Legal Pluralism** 60 (2010): 6.

[80] Brian Z. Tamanaha, “Understanding Legal Pluralism: Past to Present, Local to Global,” **Sydney Law Review,** p. 377.

[81] Marion Boyd, **Dispute Resolution in Family Law: Protecting Choice, Promoting Inclusion**, p. 79, Retrieved December 15, 2015 from https://www.attorneygeneral.jus.gov.on.ca/english/about/pubs/boyd/fullreport.pdf

[82] ดู “Ottoman’s Millet System” ในส่วนการใช้กฎหมายอิสลาม

ระบบพหุกฎหมายสถานะบุคคลได้ถูกใช้ในยุคอาณานิคม โดยที่เจ้าอาณานิคมใช้ระบบกฎหมายที่แตกต่างกันกันในดินแดนใต้อาณัติเพื่อแบ่งแยกลักษณะพลเมืองตามเชื้อชาติ ศาสนา ตลอดจนชนชั้น แต่อย่างไรก็ตามระบบกฎหมายสถานะบุคคลแบบพหุนิยมยังมิได้ล้าสมัย มีความเชื่อว่าประชากรโดยส่วนใหญ่ในประเทศกำลังพัฒนาโดยเฉพาะในเอเชีย หรือแอฟริกา มีการใช้ระบบกฎหมายที่ไม่เป็นทางการอาทิเช่น จารีตประเพณี ขนบธรรมเนียมชนเผ่า ตลอดจนกฎหมายศาสนาควบคู่กับกฎหมายแห่งรัฐ โดยที่กฎหมายศาสนาหรือกฎหมายจารีตประเพณีมีหลายรูปแบบขึ้นอยู่กับพื้นที่ วัฒนธรรม และเงื่อนไขทางสังคมวิทยาการเมืองของแต่ละท้องถิ่น ระบบกฎหมายดังกล่าวในอดีตได้ช่วยส่งเสริมรูปแบบการจัดระเบียบแบบแผนทางสังคมในหลายประการ ไม่ว่าจะเป็นการคุ้มกันและป้องปรามสังคมในด้านอาชญากรรม การจัดระบบรูปแบบการดำรงชีวิตทั้งในด้านความสัมพันธ์ทางสังคมและทางเศรษฐกิจ แต่อย่างไรก็ตามในโลกปัจจุบัน ระบบกฎหมายศาสนาและจารีตประเพณีมักถูกนำมาใช้แต่กับเรื่องสถานะของบุคคลทางครอบครัวเป็นส่วนใหญ่[83]

แม้จะผ่านยุคอาณานิคมแต่รัฐในดินแดนอาณานิคมภายหลังจากได้รับเอกราชยังคงใช้ระบบกฎหมายสถานะบุคคลในลักษณะนี้ เช่น อินโดนีเซีย มาเลเซีย อินเดีย จนถึง โมรอคโค แม้ว่าการใช้กฎหมายสถานะบุคคลในลักษณะดังกล่าวจะมีรากฐานมาจากการจัดระบบกฎหมายในสมัยอาณานิคม แต่เมื่อได้รับเอกราชรัฐเหล่านี้ยังคงใช้ระบบกฎหมายดังกล่าวอยู่ ทั้งยังมีการยอมรับเข้ามาอยู่ในระบบกฎหมายแห่งรัฐที่ยึดมั่นอยู่บนความหลากหลายในความแตกต่างของพลเมือง โดยที่บางรัฐยังบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญให้ปฏิบัติกับพลเมืองอย่างแตกต่างตามหลักความเชื่อศาสนาหรือแม้แต่เชื้อชาติเช่นในฟิลิปปินส์และสิงคโปร์

อย่างไรก็ตามการกล่าวถึงระบบกฎหมายสถานะบุคคลจากเฉพาะแต่มุมมองของตัวระบบกฎหมายหรือลักษณะที่มาอย่างเดียวคงไม่เพียงพอนัก เมื่อการมีระบบกฎหมายสถานะบุคคลที่แตกต่างกันนี้ไม่ว่าระบบกฎหมายจะมีรูปแบบใดหรือระดับความหลากหลายในระบบกฎหมายสถานะบุคคลจะมีเพียงใด ย่อมมีผลต่อสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกชนที่อยู่ภายใต้ระบบกฎหมายเช่นนี้ไม่มากก็น้อย เนื่องจากกฎหมายสถานะบุคคลในโครงสร้างโดยส่วนใหญ่เป็นลักษณะกฎหมายศาสนาหรือจารีตประเพณีซึ่งอาจมีการปฏิบัติต่อบุคคลโดยไม่เสมอภาคกัน ในกรณีที่รัฐใช้ระบบกฎหมายบุคคลเช่นนี้ในลักษณะการบังคับให้ต้องใช้โดยไม่มีทางเลือกให้กับผู้อยู่ภายใต้กฎหมายหรือมิได้นำมาใช้อยู่บนพื้นฐานของความยินยอมอย่างชัดเจน อาจเกิดปัญหาเรื่องการบังคับใช้กฎหมายไม่เป็นไปตามหลักการสากลทางสิทธิมนุษยชน

2) ระบบศาลชุมชน Community Court Model

ในขณะที่พหุนิยมทางกฎหมายแบบเข็มข้น (Deep Legal Pluralism) นั้นเป็นการที่บุคคลหรือกลุ่มชนมีระบบกฎเกณฑ์ที่นำมาใช้กับข้อเท็จจริงมากกว่าหนึ่งเดียวโดยที่รัฐจะยอมรับมันเป็นกฎหมายแห่งรัฐหรือไม่ก็ตาม โดยที่กลุ่มชนอาจนำระบบบรรทัดฐานที่ตนถือปฏิบัติมาบังคับใช้ หรือสร้างกระบวนการตัดสินคดีหรือระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นโดยใช้บรรทัดฐานนั้น ๆ จากการจัดตั้งหรือแต่งตั้งบุคคลที่สามารถนำบรรทัดฐานที่ตนยึดถือมาใช้ตัดสินข้อขัดแย้ง หลักการในการ

---

[83] Sally E. Merry, “Legal Pluralism and Legal Culture: Mapping the Terrain,” In **Legal Pluralism and Development Policy: Scholars and Practitioners in Dialogue,** pp. 69-70.

นำบุคคลที่สามเข้าตัดสินข้อขัดแย้งหรือข้อพิพาทของตนโดยที่ไม่พึ่งพารัฐนี้ อาจสร้างระบบยุติธรรมคู่ขนานให้เกิดขึ้นกับกระบวนการยุติธรรมของรัฐได้[84]

ในปัจจุบันรัฐมีการยอมรับระบบบรรทัดฐานอื่นในลักษณะการยอมรับทางระบบสถาบันหรือองค์กรของระบบบรรทัดฐานอื่น ที่เป็นการทำให้กระบวนการระงับข้อพิพาทเป็นเรื่องทางเอกชน Privatization of Dispute Resolution เช่นรูปแบบของการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการ (Arbitration) โดยที่ในหลายประเทศได้มีกฎหมายว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการใช้อยู่ ซึ่งเป็นกฎหมายที่ให้เอกชนสามารถระงับข้อพิพาทโดยไม่ต้องใช้ระบบศาลของรัฐ ระบบศาลของรัฐเป็นเพียงทำหน้าที่ใช้อำนาจแห่งรัฐในการบังคับตามคำตัดสิน ซึ่งคู่พิพาทอาจทำข้อโต้แย้งให้ศาลแห่งรัฐไม่ยอมรับคำตัดสินของอนุญาโตตุลาการได้ตามที่กฎหมายแต่ละรัฐกำหนด ทำให้เกิดการนำระบบกฎเกณฑ์ หรือ หลักระบบบรรทัดฐานทางศาสนา หรือกฎหมายศาสนาเข้ามาใช้ในการระงับข้อพิพาทที่คู่พิพาทยึดมั่นในหลักศาสนาเดียวกัน เช่น กฎหมายอิสลาม กฎหมายของชาวยิว กฎหมายศาสนาคริสต์ ที่เรียกว่า อนุญาโตตุลาการศาสนา (Religious Arbitration) ซึ่งมีอยู่มากมายในดินแดนต่าง ๆ ทั้งนี้สาเหตุมาจากผู้อพยพหรือผู้ย้ายถิ่นฐานจากดินแดนอื่น หรือการที่มีความหลากหลายทางเชื้อชาติและศาสนาในดินแดนของตนอยู่ก่อนแล้วอันเป็นลักษณะของพหุนิยมทางศาสนาและวัฒนธรรม และก่อให้เกิดลักษณะของการใช้กฎหมายแบบผสมผสานขึ้น (Interlegality) โดยอาจเรียกรูปแบบลักษณะกระบวนการเช่นนี้ว่า “Community Court Model”[85] อย่างไรก็ตามการนำกฎหมายศาสนาหรือหลักศาสนามาใช้ในกระบวนการระงับข้อพิพาทในรูปแบบอนุญาโตตุลาการนี้ ได้สร้างข้อถกเถียงและประเด็นทางกฎหมาย เนื่องจากระบบกฎหมายศาสนา โดยส่วนใหญ่อาจมีลักษณะการปฏิบัติที่ไม่เท่าเทียมกันระหว่างเพศ หรือ ลักษณะการขัดกับกฎหมายแห่งรัฐในสาระสำคัญที่ศาลแห่งรัฐไม่อาจออกคำบังคับให้ได้ หรือในข้อพิพาทบางประเภทเช่น ข้อพิพาทเกี่ยวกับความสัมพันธ์ทางครอบครัวที่ยังคงมีประเด็นถกเถียงว่าควรจะเข้ายอมรับให้เข้าสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการได้หรือไม่

2.2.3 ฆราวาสนิยมหรือโลกียนิยม Secularism

“ฆราวาสนิยมหรือโลกียนิยม” เป็นหลักการในการแยกสถาบันทางการปกครององค์กรของรัฐตลอดจนเจ้าหน้าที่รัฐ ออกจากศาสนา สถาบันทางศาสนาและบุคคลผู้เป็นใหญ่ทางศาสนา ลักษณะสำคัญของแนวคิดฆราวาสนิยมคือ การยึดมั่นในสิทธิในการเป็นอิสระปราศจากการครอบงำจากหลักการหรือกฎเกณฑ์ทางศาสนา หรือ ในรัฐที่ประกาศตนว่าเป็นกลางทางความเชื่อทางศาสนาไม่โน้มเอียงหรือยึดติดกับหลักปฏิบัติของศาสนาใดศาสนาหนึ่งแล้วนำหลักการหรือกฎเกณฑ์ทางศาสนาดังกล่าวมาบังคับใช้กับพลเมืองให้ต้องปฏิบัติตาม ซึ่งแนวคิดฆราวาสนิยมมีรากทางปัญญาจากนักปรัชญาชาวกรีกและโรมันจนมาถึงยุคเรืองปัญญาในยุโรป (Enlightenment) มีผู้ให้การสนับสนุนแนวคิดฆราวาสนิยมเนื่องด้วยเหตุผลหลายประการ เช่นในยุโรปมีความเชื่อว่าการแยกรัฐออกจากศาสนาเป็นการเสริมสร้างความเป็นรัฐสมัยใหม่ (Modernization) หรือในสหรัฐอเมริกามีความเชื่อว่าการแยกสถาบันหรือองค์กรของรัฐออกจากศาสนาเป็นการปกป้องศาสนาจากการเข้าแทรกแซงของรัฐ

---

[84] ICHRP, *op. cit.,* p. 4.

[85] Adam S. Hofri-Winogradow, *op. cit*., p. 104.

รัฐหลายรัฐแม้มิใช่รัฐศาสนา (Religion State) แต่ยังคงปรากฏลักษณะการมีศาสนาประจำรัฐหรือรัฐให้การสนับสนุนสถาบันทางศาสนาที่เป็นทางการ[86]

การแยกศาสนจักรออกจากอาณาจักรเป็นแนวคิดในการสร้างระยะห่างและความสัมพันธ์ระหว่างองค์กรศาสนาและรัฐชาติ ซึ่งอาจหมายความถึงแนวคิดในการสร้าง "รัฐฆราวาส" (Secular State) โดยที่รัฐจะเป็นรัฐฆราวาสได้นั้นอาจเริ่มจากเมื่อก่อตั้งรัฐเช่น สหรัฐอเมริกา หรือ สาธารณรัฐประชาชนจีน หรือผ่านการทำให้เป็นรัฐฆราวาส (Secularization) เช่นในฝรั่งเศสหรือเนปาลที่ครั้งหนึ่งเคยเป็นรัฐศาสนา (Religion State) มาก่อน ซึ่งกระบวนการทำให้เป็นรัฐฆราวาสอาจโดยเริ่มจากการให้มีเสรีภาพทางศาสนา การยกเลิกศาสนาประจำรัฐ (State Religion) การหยุดให้การสนับสนุนทางการเงินแก่องค์กรศาสนาหรือใช้ในกิจการทางศาสนา ทำให้กฎหมายปราศจากการครอบงำจากการควบคุมของศาสนา การยอมรับให้พลเมืองเปลี่ยนแปลงศาสนาได้อย่างเสรี หรือแม้แต่การไม่เข้าไปยุ่งเกี่ยวกับการนับถือศาสนาหรือไม่นับถือศาสนาของพลเมือง ตลอดจนอนุญาตให้บุคคลเข้ามามีอำนาจทางการเมืองหรือเป็นประมุขแห่งรัฐโดยไม่คำนึงถึงศาสนาที่เขานับถือ ในทางการเมืองการทำให้เป็นรัฐฆราวาสอาจทำได้โดยการเปลี่ยนแปลงระบบกฎหมายเช่นจากนำกฎหมายทางแพ่งทั่วไปมาแทนกฎหมายศาสนา[87]

ในแนวคิดแห่งการสร้างรัฐฆราวาส (Secular State) ที่เป็นกลางทางศาสนาอย่างแท้จริงนั้นจะไม่มีการสนับสนุนทั้งศาสนาและกลุ่มผู้ไม่นับถือศาสนา (Irreligion) โดยยึดหลักการปฏิบัติต่อพลเมืองทุกคนอย่างเท่าเทียมโดยไม่โอนเอียงเนื่องด้วยความเชื่อทางศาสนา และในความเชื่อของการแยกศาสนจักรออกจากอาณาจักรอย่างชัดเจนในบางครั้ง การออกนโยบายทางการเมืองหรือทิศทางการออกกฎหมายอาจไม่อิงกับเนื้อหาทางศาสนามากนัก เช่นกรณี การทำแท้ง การวิจัยทางวิศวพันธุกรรมของมนุษย์และสัตว์ การสมรสของเพศเดียวกัน ตลอดจนเรื่องการุณยฆาต (Euthanasia) เป็นต้น[88]

ถึงแม้จะมีการนำแนวคิดการแยกศาสนจักรออกจากอาณาจักรไปใช้ในหลายประเทศ แต่ลักษณะความเป็นอิสระจากกันของทั้งสองสถาบันขึ้นอยู่กับโครงสร้างของระบบกฎหมายในแต่ละประเทศ และมุมมองที่หลากหลายในเรื่องความสัมพันธ์ที่เหมาะสมระหว่างรัฐและศาสนา ในบางประเทศแม้มีการแยกออกจากกันอย่างชัดเจนระหว่างองค์กรทางศาสนาและองค์กรของรัฐ แต่ยังคงปรากฏความสัมพันธ์ระหว่างองค์กรทั้งสองในลักษณะที่อยู่ในระดับที่เสมอกัน

หากพิจารณาเริ่มต้นจากการที่รัฐเป็นรัฐศาสนาคือรัฐที่ระบบการเมืองการปกครอง ระบบกฎหมายและศาสนาผสมกลมกลืนกันเป็นเนื้อเดียวกัน ซึ่งในกรณีนี้กฎหมายศาสนาถือเป็นกฎหมายแห่งรัฐด้วยเช่นใน สาธารณรัฐอิสลามอิหร่าน มายังการแยกออกจากกันระหว่างรัฐและศาสนาซึ่งอาจมีได้หลายระดับ ตั้งแต่ในระดับต้นคือการบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญของรัฐให้มีศาสนาประจำรัฐ (State Religion) แต่ยอมรับการที่พลเมืองสามารถมีเสรีภาพในความเชื่อตามศาสนาอื่นได้ เช่นในประเทศอังกฤษได้มีการสถาปนาศาสนาประจำรัฐโดยที่กษัตริย์หรือราชินีของอังกฤษมีตำแหน่งเป็นประมุข

---

[86] Johannes A. van der Ven, "Religious Rights for Minorities in a Policy of Recognition," **Religion & Human Rights** 3, 2 (2008): 163-164.

[87] *Ibid.,* p. 165.

[88] Concordat Watch, **What is Secularism?**, Retrieved October 15, 2015 from http://www.concordatwatch.eu/showtopic.php?org_id=1551&kb_header_id=15791

สูงสุดของศาสนจักรอังกฤษ (Church of England) เช่นเดียวกับในราชอาณาจักรอื่นที่ประมุขแห่งรัฐอาจต้องมีความผูกพันทางกฎหมายที่จะต้องนับถือศาสนาใดศาสนาหนึ่งเท่านั้น มาในระดับที่รัฐแค่ให้ความช่วยเหลือในด้านต่าง ๆ แก่องค์กรศาสนาอาทิเช่น ให้การสนับสนุนทางการเงิน การยกเว้นภาษี การสนับสนุนด้านการศึกษาแก่องค์กรทางศาสนาเช่นในประเทศเยอรมัน จนถึงระดับที่รัฐและศาสนาแยกออกจากกันอย่างเด็ดขาด โดยที่รัฐถือว่าศาสนาเป็นเรื่องส่วนตัวของพลเมือง ไม่มีการสนับสนุนทางด้านการเงินหรือด้านใด ๆ ทั้งสิ้น ทั้งยังห้ามมิให้มีการสอนวิชาเกี่ยวกับศาสนาในโรงเรียนหรือสถาบันการศึกษาของรัฐยกเว้นแต่เป็นการศึกษาในทางประวัติศาสตร์หรือวัฒนธรรม ซึ่งเป็นลักษณะการปรากฏอยู่ร่วมกันแต่ไม่ข้องเกี่ยวกันระว่างรัฐและศาสนาเช่นในสหรัฐอเมริกา[89] ซึ่งหากนำระดับการแยกศาสนาจากรัฐแล้วอาจแบ่งรูปแบบออกได้เป็น 2 รูปแบบใหญ่ ๆ[90] คือ

รูปแบบที่ 1 มีการแยกออกจากกันอย่างเป็นอิสระเด็ดขาด โดยที่รัฐไม่เข้าไปยุ่งเกี่ยวใด ๆ ในกิจการของศาสนา และศาสนาก็ไม่เข้าไปยุ่งเกี่ยวใด ๆ กับกิจการของรัฐ หรือ ที่เรียกว่ามีกำแพงกั้นรัฐกับศาสนา (Impassable Wall Model) แต่อย่างไรก็ตามรัฐยังเข้าไปจัดการในกรณีที่กิจกรรมทางศาสนาละเมิดกฎหมายแห่งรัฐ

รูปแบบที่ 2 รัฐมีความสัมพันธ์กับศาสนาและปฏิบัติต่อทุกศาสนาเท่าเทียมกันโดยไม่มีการเลือกปฏิบัติ (Non-Discriminatory Model) ในกรณีนี้คือรัฐเข้าไปมีสัมพันธ์กับศาสนาบนพื้นฐานของการจัดระเบียบความสงบเรียบร้อยของสังคม การกระจายความยุติธรรมทางสังคม แต่ในลักษณะที่ให้ความสำคัญกับทุกศาสนาเท่าเทียมกัน ซึ่งเป็นลักษณะที่มีศาสนาหลากหลายภายในรัฐ

หากพิจารณารูปแบบทั้ง 2 แล้วองค์ประกอบของรัฐฆราวาสในเรื่องความสัมพันธ์กับศาสนาต้องประกอบด้วยด้วยหลักการ 3 ประการซึ่งมีความสัมพันธ์เป็นสามเหลี่ยม[91] ดังนี้

1. เสรีภาพของพลเมืองในการนับถือศาสนาใดหรือแม้แต่ไม่นับถือศาสนา ตลอดจนสิทธิในการเปลี่ยนศาสนา ซึ่งเป็นความสัมพันธ์ระหว่าง ปัจเจกชนกับศาสนาโดยที่รัฐต้องให้การคุ้มครองสิทธิดังกล่าวว่าจะไม่ถูกละเมิด

2. ความเป็นกลางของรัฐต่อศาสนา ในการที่จะไม่โอนเอียงหรือให้น้ำหนักศาสนาใดศาสนาหนึ่งเป็นพิเศษ ซึ่งเป็นลักษณะความสัมพันธ์ของรัฐต่อศาสนาทุกศาสนาอันเป็นการแยกศาสนจักรออกจากอาณาจักร หรือแยกรัฐออกจากศาสนา

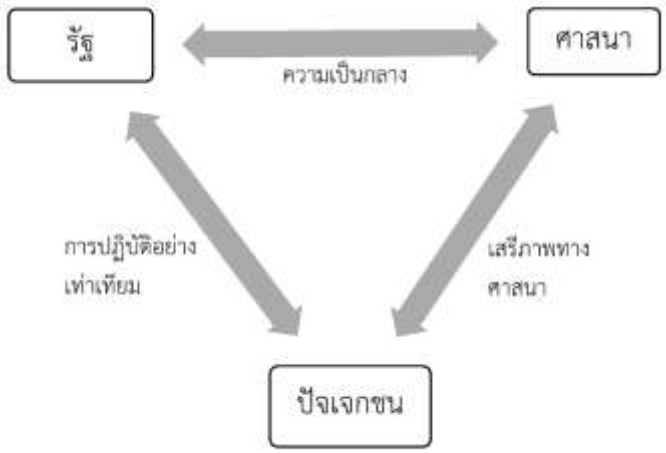
3. การปฏิบัติอย่างเท่าเทียมต่อผู้นับถือศาสนา โดยจะไม่ถูกเลือกปฏิบัติโดยรัฐเพราะเหตุแห่งการนับถือศาสนาใดหรือไม่นับถือศาสนาใด

---

[89] Johannes A. van der Ven, *op. cit.*, p. 165.

[90] Rajeev Bhargava, "Political Secularism," In **A Handbook of Political Theory**, John Dryzek, B. Honnig and Anne Philips, eds. (Oxford: Oxford University Press, 2006), pp. 636-655, Retrieved October 20, 2015 from http://www.law.uvic.ca/demcon/Victoria_colloquium/documents/PoliticalSecularismPreseminarReading.pdf

[91] Darez Ahmed, "Secularism and the Law - Options Ahead," In **Secularism and the Law** (New Delhi: National Foundation for Communal Harmony, 2010), p. 37.



ภาพที่ 2.1 ความสัมพันธ์ระหว่าง รัฐ ศาสนา และปัจเจกชน

2.2.4 เสรีภาพทางศาสนา Freedom of Religion

เสรีภาพทางศาสนายังได้รับการยอมรับในกฎหมายระหว่างประเทศและบัญญัติไว้ในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติ (Universal Human Right) ว่าบุคคลทุกคนมีสิทธิเสรีภาพในความคิด มโนธรรม และศาสนา ซึ่งสิทธินี้รวมถึงเสรีภาพในการที่เปลี่ยนศาสนาหรือความเชื่อ เสรีภาพในการที่แสดงออกซึ่งศาสนาหรือความเชื่อของตน โดยการสอน การปฏิบัติ การสักการบูชา หรือทำพิธีกรรม โดยเป็นการส่วนตัว ในชุมชนร่วมกับผู้อื่น ทั้งในที่ส่วนบุคคลหรือในที่สาธารณะ[92]

คำว่า “ศาสนา” โดยปกติแล้วมักจะสัมพันธ์กับความเชื่อที่เป็นคตินิยมเหนือเหตุผลในพระผู้เป็นเจ้าหรือพลังเหนือธรรมชาติซึ่งเกี่ยวพันกับโชคชะตาของมนุษย์ แต่คำว่า “ความเชื่อ” มักไม่ได้มีความหมายในลักษณะเกี่ยวกับพระเจ้าแต่เป็นความเชื่อที่มีระดับความน่าเชื่อถือ มีความจริงจัง มีลักษณะที่ถูกผูกมัดให้ยึดติดได้ และมีความสำคัญ ดังนั้นความเชื่อจึงไม่ได้รับการคุ้มครองทุกความเชื่อ เช่น ความเชื่อเรื่องดวงจันทร์ทำด้วยน้ำตาล อาจไม่ได้รับความคุ้มครองเพราะไม่ได้มีความจริงจังน่าเชื่อถือ แต่ความเชื่อในหลายรูปแบบในปัจจุบันที่ได้รับความคุ้มครองในเรื่องเสรีภาพ เช่น ความเป็นมังสวิรัติ (Veganism) สันตินิยม (Pacifism) มนุษยนิยม (Humanism) อเทวนิยม (Atheism) เป็นต้น[93] ในปี ค.ศ.1993 คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งองค์การสหประชาชาติได้ให้ความหมายของสิทธิในศาสนาหรือความเชื่อว่า คือสิทธิในความเชื่อและศาสนาทั้งที่เป็นเทวนิยมและอเทวนิยม

---

[92] Article 18 of the Universal Declaration of Human Rights, adopted by the United Nations in 1948

[93] Jim Murdoch, **Protecting the Right to Freedom of thought, Conscience and Religion under the European Convention on Human Rights** (Strasbourg: Council of Europe, 2012), p. 16.

ตลอดจนสิทธิที่จะแสดงออกว่าไม่นับถือศาสนาหรือความเชื่อใด ๆ ด้วย[94] อย่างไรก็ตามเรื่องศาสนาเป็นเรื่องที่ซับซ้อนและละเอียดอ่อนซึ่งไม่ใช่ทุกรัฐที่จะนิยามศาสนาตามแบบอย่างสหประชาชาติ เช่น อาจมีการนิยามความแตกต่างระหว่าง ศาสนา ปรัชญา ลัทธิ และยอมรับเฉพาะศาสนาที่มีพระเจ้าเท่านั้น หรือบางรัฐอาจมีมุมมองเกี่ยวกับศาสนาบนพื้นฐานของศาสนาประจำรัฐ

สิทธิของปัจเจกชนในการที่จะยึดถือศาสนาหรือมีความเชื่ออื่นใดเป็นสิทธิขั้นพื้นฐาน โดยที่ทุกคนมีความเสมอภาคเท่าเทียมกันและปราศจากการเลือกปฏิบัติ เป็นหัวใจสำคัญของหลักสิทธิมนุษยชน รัฐจึงมีหน้าที่ในการเคารพสิทธิดังกล่าวของพลเมืองในรัฐ ตลอดจนกลุ่มชนพิเศษ เช่น ผู้อพยพ ผู้อยู่ในเรือนจำ คนงานต่างชาติ ชาติพันธุ์ หรือกลุ่มชนต่างภาษา เช่นเดียวกับ สตรีที่ต้องได้รับการปฏิบัติเยี่ยงบุคคลอย่างเท่าเทียมกันทางกฎหมาย และต้องไม่ได้รับการปฏิบัติดุจดังทรัพย์สินของคู่สมรส หรือได้รับการปฏิบัติอย่างไม่เป็นธรรมตามหลักศาสนาหรือหลักประเพณีความเชื่อ[95]

ในบางประเทศได้กำหนดกรอบของเสรีภาพทางศาสนาโดยจุดประสงค์เพื่อปกป้องสิทธิของบุคคลอื่นในสังคม โดยที่รัฐมีหน้าที่รักษาสิทธิของบุคคลทุกคนในเขตอำนาจของตนซึ่งในบางครั้งอาจมีการจำกัดสิทธิเพื่อรักษาความสงบโดยรวม ซึ่งตามหลักมนุษยชนสากลนั้น การจำกัดสิทธิการแสดงออกทางศาสนาของบุคคลจะกระทำได้ ถ้าการจำกัดสิทธินั้นเป็นไปตามกรอบแบบแผน กล่าวคือการจำกัดสิทธิต้องออกเป็นกฎหมายอย่างชัดเจนโดยที่การจำกัดสิทธินั้นต้องประกอบไปด้วยหลักเหตุผลในการจำกัดสิทธิ คือ

1. เป็นการจำเป็นเพื่อเป็นปกป้องความปลอดภัยของสาธารณชน เช่นการบังคับให้ผู้ขับขี่รถจักรยานยนต์ต้องใส่หมวกนิรภัยอันอาจจำกัดสิทธิในการแต่งกายตามหลักศาสนา
2. เป็นการจำเป็นเพื่อความสงบเรียบร้อยของสังคม ซึ่งให้ความสำคัญกับความสงบสุขในรัฐมิใช่เป็นการจำกัดสิทธิเพราะนโยบายบางประการของรัฐ
3. เป็นการจำเป็นเพื่อสุขอนามัย เช่นการห้ามทำพิธีกรรมความเชื่อบางอย่างเนื่องจากอาจเป็นสาเหตุของโรคระบาด หรือ สุขภาพของผู้ทำพิธีกรรมนั้นเอง
4. เป็นการจำเป็นเพื่อศีลธรรม ซึ่งต้องเป็นหลักศีลธรรมโดยทั่วไป มิใช่หลักศีลธรรมตามหลักความเชื่อศาสนาใดศาสนาหนึ่ง
5. เป็นการจำเป็นเพื่อปกป้องสิทธิขั้นพื้นฐานหรือเสรีภาพของบุคคลอื่น หากการประกอบกิจกรรมตามหลักศาสนาใดศาสนาหนึ่งได้ละเมิดสิทธิมนุษยชน เช่นการปฏิบัติอย่างไม่เท่าเทียมหรือเลือกปฏิบัติในทางเพศหรือจำกัดสิทธิเสรีภาพเนื่องด้วยคำสอนหรือหลักปฏิบัติของศาสนา[96]

ในขณะที่การจำกัดสิทธิด้วยเหตุผลอื่นจะกระทำไม่ได้ภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิมนุษยชน แต่อย่างไรก็ตามในช่วงหลายปีที่ผ่านมาได้มีการวิพากษ์วิจารณ์ในเรื่องหลักการทางศาสนาและพิธีปฏิบัติตามหลักความเชื่อได้ถูกดูหมิ่นหรือถูกเหยียดหยาม ซึ่งนำไปสู่การประท้วงอย่างกว้างขวาง เช่นกรณีภาพล้อเลียนศาสดาของศาสนาอิสลาม นำมาสู่ข้อถกเถียงเรื่องเสรีภาพในสิทธิ

---

[94] University of Minnesota Human Rights Center, **Freedom of Religion or Belief,** Retrieved October 20, 2015 from http://www.umn.edu/humanrts/edumat/studyguides/ religion.html

[95] Heiner Bielefeldt, “Misperceptions of Freedom of Religion or Belief,” **Human Rights Quarterly** 35, 1 (February 2013): 38.

[96] Jim Murdoch, *op. cit.,* p. 35.

มนุษยชนหนึ่งจะอยู่เหนือกว่าสิทธิมนุษยชนหนึ่งหรือไม่ กล่าวคือสิทธิเสรีภาพในการแสดงออก (Freedom of Expression) กับเสรีภาพในทางศาสนา สิทธิใดจะมีค่าอยู่เหนือกว่ากัน ซึ่งตามหลักสิทธิมนุษยชนแล้วไม่มีสิทธิใดอยู่เหนือกว่าสิทธิใด แต่สามารถถูกใช้ร่วมกันได้ เช่นการแสดงออกในการวิจารณ์ศาสนาอย่างสุจริตอาจกระทำได้ แต่ไม่ใช่ในลักษณะดูหมิ่นหรือเหยียดหยาม ซึ่งการดูหมิ่นหรือเหยียดหยามศาสนาในหลายประเทศได้บัญญัติห้ามเป็นกฎหมาย[97]

แต่กระนั้นก็ตามยังไม่มีข้อตกลงในกฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับเรื่องความผิดฐานเหยียดหยามศาสนา (Blasphemy) ซึ่งการเหยียดหยามศาสนาอาจเริ่มจากการดูหมิ่น หรือการใช้วาจาในเชิงสร้างความเกลียดชัง (Hate Speech) โดยหากรัฐใดมีการใช้กฎหมายดังกล่าวยังถือว่าไม่เป็นการละเมิดกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิมนุษยชน หากอยู่บนเงื่อนไขการลงโทษที่เหมาะสมและความผิดฐานเหยียดหยามศาสนาต้องมีความสมดุลกับคุ้มครองสิทธิเสรีภาพในการแสดงออก (Freedom of Expression)[98]

ในปัจจุบันนี้มีประเด็นเกี่ยวกับเสรีภาพทางศาสนาเกิดขึ้นในหลายพื้นที่ทั่วโลก อาทิเช่น การละทิ้งศาสนาหรือการเปลี่ยนศาสนา (Apostasy) ในบางประเทศจะกระทำไม่ได้หรือมีความผิดตามกฎหมายหรือผู้เปลี่ยนศาสนาอาจถูกลงโทษ ปัญหาเรื่องการห้ามแสดงสัญลักษณ์หรือแสดงออกทางศาสนา ปัญหาเรื่องการยอมรับศาสนาของชนกลุ่มน้อยของรัฐ หรือปัญหาที่รัฐไม่อนุญาตให้ชนกลุ่มน้อยได้ปฏิบัติตามความเชื่อของตน ตลอดจนการมีที่ดินเพื่อสร้างสถานที่สักการะหรือเป็นที่ศึกษาและปฏิบัติตามความเชื่อทางศาสนา ปัญหาความรุนแรงจากการนับถือศาสนาที่แตกต่างกันที่กระทำโดยรัฐและบุคคลต่างศาสนาเป็นต้น

2.3 กฎหมายอิสลามและการใช้กฎหมายอิสลาม

ในปัจจุบันนี้มีผู้นับถือศาสนาอิสลามทั่วทั้งโลกแล้วประมาณ 1.6 พันล้านคน และคาดว่าจะเพิ่มจำนวนเป็น 2.8 พันล้านคนในปี ค.ศ.2050[99] เด่น โต๊ะมีนา และบุคอรี บินรามัญ ได้บรรยายลักษณะศาสนาอิสลามโดยทั่วไปไว้ว่า ศาสนาอิสลามเป็นศาสนาที่ยึดมั่นในเอกเทวนิยม (monotheism) โดยมีพระเจ้าในศาสนาอิสลามทรงพระนามว่า “อัลเลาะห์” โดยในภาษาอาหรับแปลว่า “หนึ่งเดียวและเป็นเพียงพระเจ้าที่แท้จริงเพียงหนึ่งเดียว” คำว่า “อิสลาม” เป็นภาษาอาหรับที่แปลว่า การมอบ การยอมจำนน การยอมแพ้ และการยอมตาม ซึ่งหมายถึงการยอมจำนนต่ออัลเลาะห์[100]

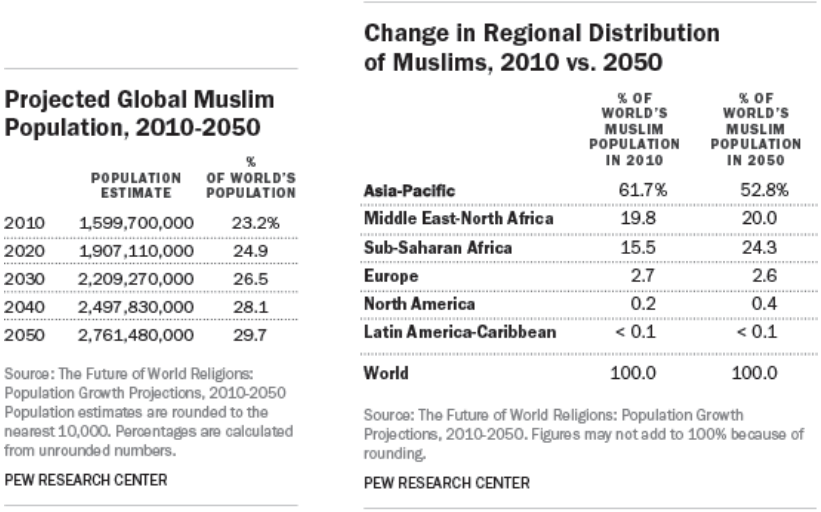
---

[97] Heiner Bielefeldt, *op. cit.,* pp. 41-43.

[98] *Ibid.,* p. 45.

[99] PEW Research Center, **Muslims,** Retrieved December 15, 2015 from http:// www.pewforum.org/2015/04/02/muslims/

[100] เด่น โต๊ะมีนา และบุคอรี บินรามัญ, *เรื่องเดิม*, หน้า 3-7.



Projected Global Muslim Population, 2010-2050

	POPULATION ESTIMATE	% OF WORLD'S POPULATION
2010	1,599,700,000	23.2%
2020	1,907,110,000	24.9
2030	2,209,270,000	26.5
2040	2,497,830,000	28.1
2050	2,761,480,000	29.7

Source: The Future of World Religions: Population Growth Projections, 2010-2050 Population estimates are rounded to the nearest 10,000. Percentages are calculated from unrounded numbers.

PEW RESEARCH CENTER

Change in Regional Distribution of Muslims, 2010 vs. 2050

	% OF WORLD'S MUSLIM POPULATION IN 2010	% OF WORLD'S MUSLIM POPULATION IN 2050
Asia-Pacific	61.7%	52.8%
Middle East-North Africa	19.8	20.0
Sub-Saharan Africa	15.5	24.3
Europe	2.7	2.6
North America	0.2	0.4
Latin America-Caribbean	< 0.1	< 0.1
World	100.0	100.0

Source: The Future of World Religions: Population Growth Projections, 2010-2050. Figures may not add to 100% because of rounding.

PEW RESEARCH CENTER

ภาพที่ 2.2 การคาดการณ์จำนวนประชากรผู้นับถือศาสนาอิสลาม[101]

ศาสนาอิสลามถือกำเนิดราวช่วงคริสศตวรรษที่ 7 ณ นครมักกะฮ์ ในคาบสมุทรอาระเบีย ปัจจุบันตั้งอยู่ในราชอาณาจักรซาอุดิอาระเบีย โดยที่ศาสนาอิสลามเริ่มต้นนั้นเป็นศาสนาของคนอาหรับเผ่า “กุเรช” (Quraysh) โดยมีมุฮัมมัดเป็นศาสดาของศาสนา แต่ผู้นับถือศาสนาอิสลามเชื่อว่ามุฮัมมัดมิใช่เป็นคนก่อตั้งศาสนาอิสลาม แต่มุฮัมมัดเป็นเพียงศาสนทูต (รอซูล) ของอัลเลาะห์ในการเผยแผ่คำสั่งสอนของอัลเลาะห์เท่านั้น ตามความเชื่อของมุสลิมศาสนาอิสลามจึงเป็นศาสนาของพระเจ้า แต่อย่างไรก็ตามศาสนาอิสลามไม่มีรูปเคารพซึ่งใช้แทนอัลเลาะห์หรือศาสนทูตเพื่อให้มุสลิมเคารพบูชา และการสร้างรูปเคารพบูชาถือว่าเป็นการผิดหลักศาสนาอิสลามเนื่องจากมุสลิมเชื่อว่าอัลเลาะห์ทรงไม่มีผู้ใดหรือสิ่งใดเทียบเท่าได้ การกระทำสิ่งใดเทียบเคียงอัลเลาะห์แล้วเคารพบูชาตามหลักศาสนาอิสลามถือว่าเป็นการ “ชิริก” ซึ่งศาสนาอิสลามมีคัมภีร์อัลกุรอานซึ่งมุสลิมเชื่อว่าเป็นสิ่งที่อัลเลาะห์ได้เปิดเผยและประทานมาเพื่อใช้ยึดถือ ในศาสนาอิสลามนั้นจะไม่มีนักบวชเช่นดั่งศาสนาพุทธหรือศาสนาคริสต์ ในการประกอบพิธีกรรมนั้นจะกระทำ ณ มัสยิด ซึ่งไม่ได้มีฐานะดั่งเช่นวัด และผู้นำพิธีการคือ “อีหม่าม” ซึ่งมิได้มีฐานะเช่นนักบวรแต่เป็นบุคคลธรรมดาที่ประกอบกิจอาชีพทั่วไปที่มีความรู้พิเศษเกี่ยวกับพิธีการของศาสนกิจเท่านั้น[102]

หลักการของศาสนาอิสลามแบ่งออกเป็น 2 ประการคือหลักทฤษฎีหรือหลักศรัทธาเรียกเป็นภาษาอาหรับว่า “อีมาน” หมายถึงการเลื่อมใสและพร้อมจะปฏิบัติตามหลักนั้น ๆ และหลักปฏิบัติเรียกภาษาอาหรับว่า “อมัล” ซึ่งแปลว่าการกระทำ ซึ่งผู้นับถือศาสนาอิสลามต้องยึดมั่นและประพฤติปฏิบัติในหลักการทั้งสองนั้นจึงถือว่าเป็นผู้นับถือศาสนาอิสลามโดยแท้จริง

หลักทฤษฎีหรือศรัทธาในศาสนาอิสลามประกอบด้วย 6 ประการ คือ

1. ศรัทธาว่าอัลเลาะห์เป็นพระเจ้า โดยที่อิสลามถือว่ามีพระเจ้าเพียงหนึ่งเดียวและมีความเป็นเอกภาพเป็นผู้สร้างสรรพสิ่งทั้งปวง

---

[101] PEW Research Center, *op. cit.*

[102] *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 3-4.

2. ศรัทธาในบรรดามลาอิกะห์ของอัลเลาะห์ ซึ่ง “มลาอิกะห์”หมายถึง ทูตสวรรค์หรือเทวทูตซึ่งไม่มีเพศ ในอัลกุรอานกล่าวว่ามลาอิกะห์เป็นสื่อซึ่งชักนำไปในทางที่ดี ในขณะที่สื่อชักนำไปในทางที่ชั่วเรียกว่า “ชัยฏอน” ในอิสลามไม่ถือว่าพระเจ้าทรงบังคับมนุษย์ได้ทรงแต่แนะนำให้กระทำความดี การทำความชั่วเกิดจากพฤติการณ์จากมนุษย์เอง

3. ศรัทธาในบรรดาคัมภีร์ของอัลเลาะห์ ในศาสนาอิสลามมีคัมภีร์อัลกุรอานอันเป็นคัมภีร์ที่มุสลิมถือว่าเป็นคัมภีร์สุดท้ายจากพระเจ้าถึงโลก โดยที่ก่อนหน้านั้นอาจมีคัมภีร์จากพระเจ้าถึงโลกเช่น Scrolls มีอับราฮัมเป็นศาสนทูต Torah มีโมเสสเป็นศาสนทูต เป็นต้น แต่อิสลามเชื่อว่าหากจะศรัทธาในคัมภีร์ของพระเจ้าต้องศรัทธาในคัมภีร์ที่เป็นต้นฉบับ ซึ่งคัมภีร์อัลกุรอานอิสลามถือว่าเป็นต้นฉบับจากพระเจ้าถึงโลกมิได้มีการปรุงแต่งหรือประพันธ์จากน้ำมือมนุษย์

4. ศรัทธาในบรรดานบีหรือศาสนทูต (รอซูล) ของพระองค์ โดยที่เชื่อว่าคัมภีร์อัลกุรอานเป็นคัมภีร์จากพระเจ้า มุฮัมมัดมิใช่ผู้เขียนขึ้นเองแต่เป็นเพียงศาสนาทูตหรือผู้นำสารจากพระเจ้ามาสู่มนุษย์ เมื่อพระเจ้ากำหนดให้มุฮัมมัดเป็นศาสนทูตดังนั้นจึงต้องศรัทธาในมุฮัมมัดด้วยแต่อย่างไรก็ตามอิสลามเชื่อว่าก่อนมุฮัมมัดได้ปรากฏศาสนทูตท่านอื่น เช่นโมเสส หรือ จีสัส (Jesus)

5. ศรัทธาในวันสิ้นโลก (อาคิเราะฮ์) หรือวันพิพากษา การศรัทธาในข้อนี้เป็นหลักศรัทธาที่สำคัญว่าวันสุดท้ายหรือวันสิ้นโลกจะมีขึ้น และเป็นข้อเตือนใจเพื่อให้มนุษย์กระทำความดี เพราะเมื่อวันสิ้นโลกมาถึงมนุษย์ทุกคนจะถูกพิพากษาตามความดีความชั่วที่ตนได้ทำมาในวัน “กิยามะฮ์” หรือ “วันพิพากษา” ซึ่งหากมีความดีก็จะได้ไปสู่ชีวิตในโลกหน้าหรือ “อาคิเราะฮ์”

6. ศรัทธาในกฎแห่งการกำหนดสภาวการณ์ กฎแห่งการกำหนดสภาวะคือการที่สรรพสิ่งถูกกำหนดแต่เฉพาะสภาวะ เช่น พระเจ้ากำหนดเชื้อกำเนิดมนุษย์ให้เกิดมาเป็นมนุษย์ หรือเมล็ดพันธ์พืชให้เกิดมาเป็นพืชชนิดใด เท่านั้นแต่ พระเจ้าไม่ได้เป็นผู้บังคับหรือกำหนดให้มนุษย์กระทำหรือไม่กระทำการใดเป็นแต่ตัวมนุษย์เองที่จะเลือกกระทำการนั้น ดังนั้นมนุษย์ต้องรับผิดชอบในการกระทำจะความดีหรือความชั่วของตนเอง แม้อิสลามจะเชื่อว่าพระเจ้าสามารถมองเห็นทุกอย่างทั้งในปัจจุบันหรืออนาคต แต่พระเจ้าไม่ได้บันดาลความดีหรือความชั่วให้มนุษย์[103]

หลักภาคปฏิบัติของศาสนาอิสลามมี 5 ประการ คือ

1. การกล่าวคำปฏิญาณว่า “ลาอิลาฮะ อิลลัลลอฮ์ มุฮัมมัด รอซูลุลลอฮ์” ซึ่งแปลว่า “ไม่มีพระเจ้าผู้อื่นใดที่ถูกเคารพภักดีอย่างเที่ยงแท้นอกจากอัลเลาะห์และมุฮัมมัดเป็นศาสนทูต”

2. การนมาซ หรือ ละหมาดวันละ 5 เวลา เป็นการที่มุสลิมต้องทำการนมัสการหรือแสดงความนอบน้อมเคารพภักดีต่อพระเจ้า 5 เวลา คือ เช้ามืด เที่ยงวัน บ่าย เวลาพระอาทิตย์ตก และเวลาค่ำ โดยต้องหันไปทางทิศแห่งนครมักกะฮ์

3. การถือศีลอดในเดือนรอมฎอน เป็นหลักปฏิบัติที่เป็นการละเว้นการกินดื่ม การพูดจาเหลวไหล การประพฤติชั่วทั้งในที่ลับและที่เปิดเผย ในเดือนรอมฎอน

4. การจ่ายซะกาตหรือทานบังคับ การบริจาคทานในอิสลามแบ่งเป็นสองประเภทคือทานอาสาและทานบังคับ ซะกาต คือ ทานภาคบังคับที่คิดเป็นส่วนบริจาคของรายได้ที่เหลือใช้ซึ่งคำนวณในหนึ่งปี ที่ต้องบริจาคให้กับส่วนกลางหรือคนยากจน

5. การประกอบพิธีหัจญ์ ณ นครมักกะห์ อย่างน้อยครั้งหนึ่งในชีวิตหากสามารถกระทำได้[104]

---

[103] *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 9-25.

[104] *เรื่องเดียวกัน,* หน้า 26-34.

หากนิยามความเป็นศาสนาตามองค์ประกอบต่าง ๆ แล้ว องค์ประกอบต่าง ๆ ที่ประกอบกันเป็นศาสนาอิสลาม 6 ประการอันได้แก่ มีความเชื่อในพระผู้เป็นเจ้า มีศาสดาคือ นบีมุฮัมมัด มีคำสอนคือคัมภีร์อัลกุรอาน มีสาวกผู้สืบทอดคือมุสลิม มีศาสนสถานคือมัสยิด และมีพิธีกรรมเช่นละหมาดและพิธีฮัจญ์ แต่ในความเชื่อของผู้นับถือศาสนาอิสลามแล้วอิสลามมิใช่เพียงแค่ศาสนา แต่อิสลามเป็นระบอบการดำเนินชีวิต (Way of Life) ซึ่งมุสลิมทุกคนต้องปฏิบัติตาม ศาสนาอิสลามในสายตามุสลิมไม่ใช่เพียงแค่คำแนะนำ แต่เป็นธรรมนูญชีวิตที่อยู่คู่มุสลิมทุกคนตั้งแต่ถือกำเนิดจนถึงหมดสิ้นชีวิตในโลกนี้และโลกหน้า[105]

2.3.1 กฎหมายอิสลาม

คำว่ากฎหมายอิสลามในทางวิชาการแล้วอาจมีลักษณะความหมายเทียบได้จากภาษาอาหรับซึ่งมี 2 คำที่แสดงถึงความเป็นกฎหมายอิสลามคือ “ชารีอะห์” (Shariah) และ “ฟิกฮ์” (Figh) โดยที่ชารีอะห์หมายถึงโครงสร้างทางกฎหมายที่ครอบคลุมวิถีการดำรงชีวิตของบุคคลและสาธารณชนซึ่งถูกบัญญัติไว้ชัดเจนในคัมภีร์อัลกุรอาน และรวมถึงวัจนะและการดำเนินชีวิตของศาสดามุฮัมมัดซึ่งเป็นสิ่งแน่นอนและชัดเจนไม่สามารถเปลี่ยนแปลงได้ ในขณะที่ ฟิกฮ์คือการนำหลักชารีอะห์ไปใช้เพื่อปรับกับข้อเท็จจริงต่าง ๆ โดยที่อาจมีการผสมผสานจากแหล่งที่มาได้หลายทางประกอบกันเข้าเพื่อปรับใช้กับข้อเท็จจริงดังนั้นอาจกล่าวได้ว่าฟิกฮ์เป็นผลผลิตของชารีอะห์[106]

โดยที่ศาสนาอิสลามเป็นศาสนาที่เชื่อมั่นในความมีอยู่ของพระเจ้าเป็นผลให้ในหลักกฎหมายอิสลามสามารถแบ่งออกเป็นสองลักษณะในการแสดงความสัมพันธ์[107]

1. ลักษณะกฎหมายที่แสดงถึงความสัมพันธ์ระหว่างมนุษย์กับพระเจ้า (อัลอิบาดาต) เช่น การละหมาด การถือศีลอด หรือการประกอบพิธีฮัจญ์ เป็นต้น เนื่องจากในความสัมพันธ์ระหว่างมนุษย์กับพระเจ้านี้เป็นหลักแห่งศรัทธาที่ไม่ต้องหาเหตุผลแห่งการกระทำ ดังนั้นมุสลิมจึงปฏิบัติกิจตามกรอบแห่งกฎบัญญัติโดยถือเป็นกิจที่ต้องกระทำเพื่อแสดงความเคารพต่อพระเจ้า[108]

2. ลักษณะกฎหมายที่แสดงความสัมพันธ์ระหว่างมนุษย์กับมนุษย์ (อัลมุอามะลาต) อาทิ สัญญา ครอบครัว มรดก หรือ การตัดสินคดี เป็นต้น แต่อย่างก็ตามในส่วนที่กฎหมายว่าด้วยความสัมพันธ์ระหว่างมนุษย์นั้นก็มีการแบ่งย่อยออกเป็นหมวดกฎหมายต่าง ๆ อาทิเช่นมีการจัดแบ่งหมวดกฎหมาย เป็น หมวดลักษณะอาญา “อัลญินายาต” หมวดความสัมพันธ์ทางพาณิชย์ หมวดครอบครัวและมรดก และในกฎหมายอิสลามเองยังมีการกล่าวถึง กฎหมายสงคราม ที่เรียกว่า “ญิฮาด” เนื่องจากในสมัยยุคแรกของศาสนาอิสลามนั้น หลักอิสลามมิได้ถูกนำมาใช้เป็นเพียงฐานะของศาสนาเท่านั้นแต่มีฐานะเป็นลักษณะธรรมนูญชองชนเผ่าที่ใช้ปกครองในดินแดนที่มุสลิมอาศัย

---

[105] *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 38.

[106] อับดุลสุโก ดินอะ, **อนาคตกฎหมายอิสลามในประเทศไทย** (สงขลา: แม็กซ์ มีเดีย วาย 2 เค เพรส, 2553), หน้า 25-27.

[107] กิตติศักดิ์ ปรกติ และคณะ, *เรื่องเดิม,* หน้า 50.

[108] อาลี เสือสมิง, **ประวัติการตรากฎหมายอิสลาม,** ค้นวันที่ 1 พฤศจิกายน 2553 จาก http://fws.cc/muslimchaingmai/index.php?topic=1438 อ้างถึงใน อับดุลสุโก ดินอะ, *เรื่องเดิม* , หน้า 29.

อยู่[109] ดังนั้นกฎหมายอิสลามจึงครอบคลุมพื้นที่ทั้งหมดในระบบกฎหมายหากเทียบกับระบบกฎหมายสมัยใหม่ เช่นมีกฎหมายปกครอง กฎหมายการคลัง ตลอดจนกฎหมายระหว่างประเทศ อย่างไรก็ตามยังได้มีการแบ่งหมวดหมู่ของกฎหมายอิสลามอออกเป็นหลายรูปแบบ เช่นการแบ่งเป็นกฎหมายเอกชน (หักกุลอาดัม) ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่ว่าด้วยการกระทำที่เป็นสิทธิของมนุษย์โดยส่วนตัว และ กฎหมายมหาชน (หักกุลลอฮ์) ที่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการกระทำที่เป็นสิทธิของสังคมโดยรวม หรือแม้แต่การแบ่งประเภทเป็นกฎหมายสารบัญญัติและกฎหมายวิธีสบัญญัติเป็นต้น[110]

บทบัญญัติกฎหมายอิสลามดังกล่าวได้ครอบคลุมทั้งหลักการทางศาสนาและหลักการที่มีลักษณะเป็นกฎหมายซึ่งแบ่งได้เป็นการบัญญัติถึงการกระทำ 5 ลักษณะอัน ได้แก่

1. การบัญญัติเกี่ยวกับหน้าที่ที่ต้องกระทำ เรียกว่า “วาญิบ”
2. การบัญญัติเกี่ยวกับสิ่งที่ต้องงดเว้นการกระทำ เรียกว่า “หะรอม”
3. การบัญญัติเกี่ยวกับหน้าที่ที่ควรปฏิบัติ เรียกว่า “มันดูบ”
4. การบัญญัติเกี่ยวกับสิ่งที่ควรงดเว้นการกระทำ เรียกว่า “มักรูฮ์”
5. การบัญญัติเกี่ยวกับเกี่ยวกับการกระทำที่อาจกระทำได้ เรียกว่า “มุบาห์” [111]

ซึ่งเมื่อเทียบกับลักษณะกฎหมายแห่งรัฐในปัจจุบัน บทบัญญัติที่เกี่ยวกับหน้าที่ที่ต้องกระทำ (วาญิบ) และ สิ่งที่ต้องงดเว้นการกระทำ (หะรอม) เท่านั้นที่มีลักษณะเป็นบทบัญญัติทางกฎหมายที่นำมาใช้บังคับ ในขณะที่บทบัญญัติเกี่ยวกับหน้าที่ที่ควรปฏิบัติ (มันดูบ) หน้าที่ที่ควรงดเว้น (มุบาห์) และการกระทำที่อาจกระทำได้ (มุบาห์) มีลักษณะเป็นหลักการทางศาสนาที่เป็นเครื่องชี้นำในการประพฤติปฏิบัติของมนุษย์ให้เหมาะสมเพื่อกุศลตอบแทนตามความเชื่อทางศาสนา

โดยทั่วไปแล้วมีการกล่าวถึงแหล่งที่มา (Sources of Law) ของกฎหมายอิสลามในการนำมาเป็นข้อกฎหมายเพื่อนำปรับใช้กับข้อเท็จจริงนั้นมาจาก 4 แหล่ง[112] ที่สำคัญ คือ

1. คัมภีร์อัลกุรอานซึ่งเป็นแหล่งที่มาทางกฎหมายที่สูงสุดของกฎหมายอิสลามเนื่องจากเป็นคัมภีร์ที่ถือว่าพระเจ้าประทานมาแก่นบีมุฮัมมัด โดยผ่านเทวทูตญิบรีล โดยมีความเชื่อว่าเป็นคัมภีร์เล่มสุดท้ายที่พระเจ้าประทานมาแก่มนุษยชาติเป็นวัจนะแห่งพระเจ้า ซึ่งเป็นภาษาอาหรับโดยมิได้มีการปรับปรุงขึ้นใหม่หรือมีการสังคายนาเลย ซึ่งตามความเชื่อของมุสลิมแล้วคัมภีร์อีลกุรอานมิใช่คัมภีร์ทางไสยศาสตร์ แต่เป็นคัมภีร์ชี้นำทางการดำรงชีวิต คัมภีร์แบ่งออกเป็น 114 บทแต่ละบทเรียกว่า ซูเราะห์ ซึ่งมีความยาวไม่เท่ากัน แต่ละวรรคเรียกว่า อายะห์ซึ่งมีทั้งหมด 6336 วรรค โดยที่แต่ละบทมีเนื้อหามิได้เรียงกัน ซึ่งเป็นเรื่องเกี่ยวกับศรัทธา กฎหมาย การเมือง ประวัติศาสตร์ ตลอดจนวิธีการแก้ปัญหาด้านต่าง ๆ[113]

2. ซุนนะห์หรือวัจนะศาสดา (หะดีษ) ซึ่งเป็นข้อบัญญัติจากการกระทำหรือปฏิบัติการต่าง ๆ ตลอดจนวัจนะของนบีมุฮัมมัด ซึ่งมุสลิมถือว่าการเคารพพระเจ้าต้องเคารพรอซูลหรือศาสนทูตของพระเจ้าด้วย ดังนั้นการอ้างอิงถึงแหล่งที่มาของกฎหมายหากไม่พบในอัลกุรอานแต่เรื่องใดก็จะ

---

[109] ฟิลิป เค. ฮิทติ, **ประวัติศาสตร์อาหรับและกำเนิดอิสลาม,** แปลโดย ทรงยศ แววหงส์ (สมุทรปราการ: มูลนิธิโตโยต้าประเทศไทย, 2551), หน้า 72.

[110] กิตติศักดิ์ ปรกติ และคณะ, *เรื่องเดิม*, หน้า 49.

[111] *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 32.

[112] อับดุลสุโก ดินอะ, *เรื่องเดิม*, หน้า 52.

[113] เด่น โต๊ะมีนา และบุคอรี บินรามัญ, *เรื่องเดิม*, หน้า 6-7.

พิจารณาซุนนะห์เป็นลำดับรองอันเป็นแหล่งที่มาของกฎหมายอิสลามที่สำคัญที่สุดอย่างหนึ่งของกฎหมายอิสลาม

3. อิจญ์มาอ์ คือมติของบรรดานักปราชญ์ที่เกี่ยวกับปัญหาทางกฎหมายในกรณีที่ข้อเท็จจริงไม่มีแหล่งจากอัลกุรอานหรือจากซุนนะห์เพื่อปรับใช้ บรรดานักปราชญ์ทางศาสนาอิสลามจะเรียกประชุมเพื่อหามติที่เป็นเอกฉันท์ร่วมกันในการวินิจฉัยข้อเท็จจริงนั้น ซึ่งการอิจญ์มาอ์ได้มิใช่จะกระทำเมื่อใดก็ได้แต่ต้องเป็นยุคใดยุคหนึ่งภายหลังนบีมุฮัมมัดได้เสียชีวิตลงแล้ว และมีผู้วินิจฉัยซึ่งมีคุณลักษณะหรือตำแหน่งที่สามารถเป็นผู้วินิจฉัยได้ และต่อมาเมื่อมีการลงมติเป็นเอกฉันท์แล้ว มติดังกล่าวจึงนำมาเป็นแหล่งที่มาของกฎหมายอิสลามเพื่อใช้ปรับกับเหตุการณ์หรือข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในลักษณะเดียวกันได้

4. กิยาส คือหลักการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง ซึ่งในกรณีที่มีข้อเท็จจริงใดที่ไม่มีแหล่งที่มาทางกฎหมายจากทั้งสามแหล่งข้างต้นเพื่อปรับใช้ จึงสามารถทำการกิยาส คือการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งเพื่อใช้กับข้อเท็จจริง

ในขณะที่แหล่งที่มาหรือหลักการปรับใช้กฎหมายอิสลามนอกจากทั้ง 4 แหล่งที่กล่าวมาข้างต้นแล้ว การใช้หรือปรับหลักการอื่นยังเป็นข้อถกเถียงของนักวิชาการนิติศาสตร์อิสลามเช่นการนำหลักวิจารณญาณ หลักผลประโยชน์สาธารณะ หลักจารีตประเพณี หรือหลักการยึดถือสภาพเดิม ซึ่งการนำแหล่งทางกฎหมายอิสลามมาปรับใช้กับข้อเท็จจริงที่แตกต่างกันทำให้เกิดสำนักคิดที่แตกต่างกันขึ้นในกฎหมายอิสลาม ซึ่งเกิดจากการพัฒนาการแห่งการใช้กฎหมายอิสลามในแต่ละยุคสมัย อย่างไรก็ตามเนื่องจากกฎหมายอิสลามมีมายาวนานนับตั้งแต่ยุคศตวรรษที่ 7 ถึงยุคปัจจุบัน ประวัติศาสตร์การใช้กฎหมายอิสลามแสดงให้เห็นถึงการใช้และการตีความกฎหมายที่อ้างอิงกับคัมภีร์อัลกุรอานและหะดิษ ซึ่งเป็นแหล่งที่มาของกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษร (Source-Texts) โดยที่อัลกุรอานเป็นสิ่งที่มุสลิมเชื่อว่าเป็นสิ่งที่พระเจ้าประทานมาแก่มนุษย์ เพื่อชี้ทางในการดำเนินชีวิต ในขณะที่หะดิษคือสิ่งที่ศาสดาได้ปฏิบัติ พูด หรือนำมาตัดสินความ แต่อย่างไรก็ตามสิ่งชี้นำทางการดำเนินชีวิตและกฎหมายเป็นสองสิ่งที่แตกต่างกัน กฎหมายอิสลามถูกมองว่าเป็นเสมือนสิ่งที่ถูกสกัดออกมาจากอัลกุรอานและหะดิษ ซึ่งในจำนวนทั้งหมดของอัลกุรอานนั้นมีเพียงส่วนน้อยกลายมาเป็นลักษณะข้อกฎหมาย เช่นเดียวกับที่หะดิษซึ่งได้มาจากคำเล่าและการจดบันทึกซึ่งมีบริบททางประวัติศาสตร์ที่แตกต่างกันโดยที่ได้มีการรวบรวมหะดิษเมื่อกลางศตวรรษที่ 9 ซึ่งเป็นเวลากว่าสองศตวรรษภายหลังจากการสิ้นชีวิตของศาสดา[114]

ดังนั้นนักนิติศาสตร์อิสลามจึงต้องสร้างวิธีการหาความจริงแท้ของหะดิษ บางวิธีเกี่ยวพันกับการวิเคราะห์เชิงประวัติศาสตร์ หรือบางวิธีต้องหาความเกี่ยวเนื่องกับเนื้อหาที่เป็นลายลักษณ์อักษรอื่น ถึงกระนั้นก็ตามนักนิติศาสตร์อิสลามและนักวิชาการอิสลามต่างมีความเห็นว่าหะดิษอาจไม่สามารถเป็นสิ่งทียืนยันถึงความจริงแท้ว่าเป็นสิ่งที่ศาสดาได้ปฏิบัติ พูด หรือตัดสินความได้ทั้งหมด เนื่องจากในอดีตได้มีการอ้างอิงหะดิษเพื่อใช้ในทางสังคมวิทยาการเมือง เช่นความชอบธรรมของผู้ปกครองหรือข้อขัดแย้งทางเทววิทยา ดังนั้นหะดิษในหลายคราในทางประวัติศาสตร์จึงถูกนำมาใช้เพื่อสร้างรูปแบบทางสังคม การเมือง และการปกครอง[115] ทั้งอัลกุรอานและหะดิษเป็นแหล่งที่มาทางกฎหมายที่มีอำนาจเหนือสิ่งอื่นใดในกฎหมายอิสลาม แต่อย่างไรก็ตามเพียงสองสิ่งนี้คงไม่สามารถ

---

[114] กิตติศักดิ์ ปรกติ และคณะ, *เรื่องเดิม*, หน้า 40-43.

[115] Wael B. Hallaq, *op. cit.*, p. 18.

สร้างขอบเขตการใช้กฎหมายอิสลามได้ครอบคลุมในทุกสภาวการณ์และทุกข้อเท็จจริงได้ นักนิติศาสตร์อิสลามในยุคก่อนสมัยใหม่ (Pre-Modern) ได้รับรู้ถึงข้อจำกัดของแหล่งที่มาทางกฎหมายทั้งสองนี้ จึงได้พัฒนาพื้นฐานของนิติวิธีทางกฎหมายอิสลามขึ้น เกิดเป็นรูปแบบหรือแหล่งที่มาทางกฎหมายอิสลามที่เพิ่มเติมขึ้นจากอัลกุรอานและหะดิษ ซึ่งเกิดจากการตีความจากนักปราชญ์หรือนักนิติศาสตร์อิสลาม เนื่องจากปราชญ์แต่ละสำนักต่างมีแนวทางของตนที่ใช้เพื่อขยายความหรืออุดช่องว่างของอัลกุรอานและหะดิษ ที่มิได้ครอบคลุมทุกส่วนของข้อเท็จจริงที่ต้องนำบทกฎหมายมาปรับใช้ การตีความอัลกุรอานและหะดิษตลอดจนการวิเคราะห์ขยายความตามนิติวิธีต่างๆ เป็นบ่อเกิดและแบบแผนของ ฟิกฮ์ หรือ ปรัชญานิติศาสตร์อิสลามขึ้นในช่วงหลายศตวรรษ[116]

การตีความของนักปราชญ์อิสลามดังกล่าวเป็นผลให้เกิดสำนักคิดทางกฎหมายอิสลามขึ้นซึ่งเรียกว่า “มัซฮับ” (Madhhab) อันได้แก่ หะนะฟีย์ มาลีกีย์ ชาฟีอีย์และ ฮัมบาลีย์ซึ่งมัซฮับหะนะฟีย์เป็นที่นิยมแพร่หลายในกลุ่มประเทศที่เคยเป็นส่วนหนึ่งของอาณาจักรอุษมานียะฮ์แห่งตุรกีตลอดจนกลุ่มประเทศมุสลิมในเอเชียกลางและเอเชียใต้ ส่วนมัซฮับมาลีกีย์นั้นเป็นที่นิยมในหมู่พลเมืองในแอฟริกา ทั้งแอฟริกาเหนือ แอฟริกาตะวันออกและตะวันตก ในขณะที่มัซฮับชาฟีอีย์ เป็นที่นิยมของพลเมืองมุสลิมในเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ เยเมน และอียิปต์ เป็นต้น ส่วนมัซฮับฮัมบาลีย์นั้นถือเป็นมัซฮับอย่างเป็นทางการในประเทศซาอุดิอาระเบีย[117]

2.3.2 การใช้กฎหมายอิสลามในยุคต่าง ๆ

กฎหมายอิสลามได้เกิดขึ้นพร้อม ๆ กับการถือกำเนิดของศาสนาอิสลามมาแต่ยุคคริสต์ศตวรรษที่ 7 ผ่านการวิวัฒนาการและเผยแผ่ไปยังดินแดนต่าง ๆ ในโลก โดยมีช่วงยุคสมัยแห่งการใช้กฎหมายอิสลามจากอดีตจนถึงปัจจุบันได้ดังนี้

2.3.2.1 ยุคศาสดา (ค.ศ.610-632)

ในช่วงเวลาที่นบีมุฮัมมัดมีชีวิตและเริ่มเผยแผ่ศาสนาอิสลามโดยยึดถืออัลกุรอานเป็นโองการที่พระเจ้าประทานมาแก่มนุษยชาติ การใช้กฎหมายอิสลามในยุคนี้จึงยึดถือจากอัลกุรอาน และการปฏิบัติตนของนบีมุฮัมมัดเองและการปฏิบัติตนต่อผู้อื่น นบีมุฮัมมัดนำกฎหมายมาปรับใช้โดยการอธิบายความในอัลกุรอาน ซึ่งหากกรณีใดที่ไม่มีในอัลกุรอาน นบีมุฮัมมัดก็จะบัญญัติกฎหมายขึ้นตามเจตนารมณ์ของอัลกุรอานซึ่งเกิดเป็นหะดิษหรือซุนนะห์ขึ้น ในยุคสมัยนี้นบีมุฮัมมัดนอกจากเป็นผู้ปกครองดินแดนแล้วยังมีฐานะเป็นตุลาการตัดสินคดีด้วย โดยนำหลักจากอัลกุรอานมาปรับใช้และหลักเจตนารมณ์ของอัลกุรอานมาร่วมปรับใช้เกิดเป็นแหล่งที่มาของกฎหมาย ในยุคสมัยนี้ลักษณะการใช้กฎหมายจึงมีเอกภาพมาก เพราะมีนบีมุฮัมมัดเป็นผู้ชี้ขาดข้อกฎหมายและผู้ตัดสินคดี แม้เมื่ออาณาจักรอิสลามขยายใหญ่ขึ้นในช่วงนบีมุฮัมมัดยังมีชีวิตได้แต่งตั้งผู้อื่นให้ทำหน้าที่ตุลาการบ้าง แต่

---

[116] *Ibid*., p. 19.

[117] อาลี เสือสมิง, **กฎหมายอิสลามเบื้องต้น: ความเป็นมาและความสำคัญของกฎหมายอิสลาม**, ค้นวันที่ 15 มกราคม 2559 จาก http://www.alisuasaming.com/main/index.php/article/lawofislam/933-2010-05-10-09-18-55

คำตัดสินของตุลาการท่านอื่นที่นบีมุฮัมมัดแต่งตั้งก็ไม่ได้ถูกนำมาใช้เป็นกฎหมายจนกว่านบีมุฮัมมัดจะให้การรับรอง อาจกล่าวได้ว่าทั้งอำนาจบริหาร อำนาจนิติบัญญัติ และอำนาจตุลาการรวมกันอยู่เป็นหนึ่งเดียวในการปกครองดินแดนอิสลามในยุคสมัยดังกล่าว แต่อิสลามเชื่อว่าการนิติบัญญัติก็อิงจากอัลกุรอานซึ่งเป็นโองการของอัลเลาะห์โดยตรง[118]

2.3.2.2 ยุคเคาะห์ลีฟะฮ์ทั้ง 4 (ค.ศ.632-661)

ภายหลังจากนบีมุฮัมมัดเสียชีวิตเป็นยุคต่อมาซึ่งเรียกว่ายุคคุละฟาอ์รอชิดูนที่มีการปกครองอาณาจักรอิสลามโดยเคาะห์ลีฟะฮ์ (Caliph) ซึ่งประกอบด้วยเคาะห์ลีฟะฮ์ สี่ท่านตามลำดับ คือ (1) อบูบักร (2) อุมัระ (3) อุษมาน (4) อะลี ตั้งแต่ปี ค.ศ.632-661[119]

ในสมัยของเคาะห์ลีฟะฮ์อบูบักร การใช้กฎหมายอิสลามยังคงเป็นลักษณะเดียวกับในสมัยนบีมุฮัมมัดแต่โดยที่ไม่มีการบัญญัติกฎหมายขึ้นมาใหม่ แต่มีการแต่งตั้งบุคคลทำหน้าที่เฉพาะในการพิพากษาคดีแต่ไม่มีหน้าที่ในการปกครอง แม้จะมีการแต่งตั้งหรือมอบอำนาจในการพิพากษาคดีให้บุคคลใดแล้วก็ตาม แต่เคาะห์ลีฟะฮ์ยังมีอำนาจหน้าที่ในการตัดสินคดีอยู่ซึ่งในการตัดสินคดีบางครั้งเคาะห์ลีฟะฮ์อาจตัดสินคดีเองหรือเข้าร่วมในการตัดสินคดี แนวทางในการใช้กฎหมายสมัยอบูบักรนี้มีการใช้กฎหมายจากแหล่งที่มาทางกฎหมายเป็นลำดับ คือ ยึดถืออัลกุรอานเป็นบรรทัดฐานหลัก หากเรื่องใดไม่มีบัญญัติไว้ในอัลกุรอานก็ให้นำซุนนะห์ขึ้นมาปรับใช้ และหากไม่มีซุนนะห์ขึ้นมาปรับใช้ จึงจะนำวิธีการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งหรือกิยาส และหากไม่พบบทใกล้เคียงมาปรับใช้กับคดีก็ต้องทำการเรียกผู้ที่เคยอยู่ร่วมกับนบีมุฮัมมัดในขณะมีชีวิตอยู่ (เศาะหาบะฮ์) “Heirs of the Prophet” เข้ามาปรึกษาประชุมเพื่อหามติเมื่อได้มติเป็นเอกฉันท์จึงนำไปปรับใช้กับคดี[120]

ต่อมาในสมัยของเคาะห์ลีฟะฮ์อุมัร ได้มีการแยกฝ่ายตุลาการออกจากฝ่ายปกครองอย่างชัดเจนขึ้น โดยมีการแต่งตั้งผู้ตัดสินคดีเรียกว่า “กอฎี” ซึ่งไม่ใช่ผู้ปกครองเมืองเช่นในอดีตแต่มีหน้าที่พิพากษาคดีเท่านั้นอยู่ประจำตามเมืองสำคัญ ในสมัยของอุมรได้ให้ความสำคัญแก่ผู้ทำหน้าที่พิพากษาคดีโดยมีการคัดเลือกและฝึกอบรม เพื่อให้เกิดความยุติธรรม ในสมัยของอุมัรอาณาจักรอิสลามได้แผ่ขยายออกไป เป็นผลให้เกิดข้อพิพาทที่ต้องทำการตัดสินซึ่งมิได้ปรากฏอยู่ในอัลกุรอานและซุนนะห์จึงต้องทำการลงมติโดยปวงนักปราชญ์ (อิจญ์มาอ์) ขึ้น เช่นเรื่องการจ่ายสวัสดิการให้กับมุสลิมที่แตกต่างกัน คือจ่ายให้กับผู้ที่เคยต่อต้านนบีมุฮัมมัดน้อยกว่าผู้ที่ไม่เคยต่อต้านนบีมุฮัมมัดซึ่งเป็นหลักการที่แตกต่างจากสมัยของบูบักรที่จ่ายให้กับมุสลิมทุกคนเท่ากัน[121]

เมื่อเคาะห์ลีฟะฮ์อุมัรเสียชีวิตลงอุษมานได้ขึ้นเป็นเคาะห์ลีฟะฮ์โดยที่ยังคงลักษณะของการมีผู้พิพากษาประจำเมืองและอุษมานได้รวบรวมอัลกุรอานตั้งแต่สมัยเคาะห์ลีฟะฮ์อบูบักรเป็นอัลกุรอานฉบับอุษมานีย์ และแจกจ่ายไปทั่วดินแดนอาณาจักรอิสลาม โดยทำลายฉบับอื่น ๆ และให้ยึดถืออัลกุรอานฉบับอุษมานีย์ฉบับเดียวเพื่อให้มุสลิมได้มีคัมภีร์อัลกุรอานที่ตรงกันเพียงฉบับเดียวและจนปัจจุบันนี้ เมื่อเคาะห์ลีฟะฮ์อุษมานเสียชีวิตลงจากสาเหตุการถูกลอบสังหารอะลีได้ขึ้นมาเป็น

---

[118] กิตติศักดิ์ ปรกติ และคณะ, *เรื่องเดิม*, หน้า 74-82.

[119] *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 83.

[120] *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 85.

[121] *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 89.

เคาะห์ลีฟะฮ์และต้องแก้ปัญหาทางการปกครอง โดยที่อะลีเป็นเคาะห์ลีฟะฮ์อยู่เป็นเวลาเพียงไม่นานนัก[122]

ซึ่งในยุคคุละฟาอ์รอชิดูนนี้อาจกล่าวได้ว่าเป็นยุคแรกของการใช้กฎหมายอิสลามในการปกครองดินแดนอาณาจักรอิสลามซึ่งเริ่มแผ่ขยายอิทธิพลในดินแดนคาบสมุทรอาระเบียที่กว้างใหญ่ การใช้กฎหมายอิสลามยังมีรูปแบบใกล้เคียงกับสมัยนบีมุฮัมมัดยังมีชีวิตอยู่ แหล่งที่มาของกฎหมายมาจากอัลกุรอาน และซุนนะห์ โดยที่มีการรวบรวมโองการจากอัลกุรอานจัดทำเป็นคัมภีร์เพียงฉบับเดียวขึ้นใช้ในสมัยอุษมาน ในขณะที่ซุนนะห์ยังมีลักษณะที่ใช้อ้างถึงจากผู้ที่เคยอยู่ใกล้ชิดนบีมุฮัมมัดสมัยยังมีชีวิต (เศาะหาบะฮ์) โดยที่ไม่ได้มีการบันทึกรวบรวมซุนนะห์เป็นฉบับเดียวเช่นดั่งอัลกุรอาน อย่างไรก็ตามในการใช้กฎหมายหรือพัฒนากฎหมายในยุคนี้ได้มีการยอมรับบุคคลผู้ที่จะทำการวิเคราะห์หรือให้คำปรึกษาทางกฎหมายจากผู้ที่เคยอยู่ใกล้ชิดนบีมุฮัมมัดสมัยยังมีชีวิต (เศาะหาบะฮ์) เป็นพิเศษเฉพาะเรียกว่า “มุฟตีย์” (Muftis) เพื่อเป็นแนวทางการตัดสินคดี ประกอบกับการกิยาสและรับมติเอกฉันท์จากปวงปราชญ์เพื่อใช้ในการตัดสินคดีหรือประกอบการวินิจฉัยเรื่องใด ๆ ที่แตกต่างจากสมัยนบีมุฮัมมัดยังมีชีวิตหรือในอัลกุรอานมิได้บัญญัติไว้และไม่มีซุนนะห์ประกอบ[123]

2.3.2.3 ยุคสกุลอุมัยยะฮ์ (ค.ศ.661-680)

ภายหลังจากหมดสมัยของเคาะห์ลีฟะฮ์อะลี วิธีการเข้ารับตำแหน่งเคาะห์ลีฟะฮ์ได้เปลี่ยนแปลงไป จากการเลือกจากผู้มีอาวุโสหรือตามความสามารถเปลี่ยนมาเป็นการสืบทอดตามสายโลหิตอันเป็นระบบรัชทายาทแบบกษัตริย์ซึ่งผู้ที่เคยอยู่ใกล้ชิดนบีมุฮัมมัดสมัยยังมีชีวิต (เศาะหาบะฮ์) และนักปราชญ์หลายท่านไม่เห็นด้วยและไม่เข้ามามีส่วนร่วมกับการปกครองมากนักและแยกย้ายไปอยู่ตามเมืองต่าง ๆ การใช้กฎหมายอิสลามในยุคนี้ยังคงมีแหล่งที่มาทางกฎหมายเช่นเดียวกับยุคสมัยคุละฟาอ์รอชิดูนแต่เกิดปัญหาในการอ้างอิงซุนนะห์ขึ้นเนื่องจากการกระจัดกระจายของเศาะหาบะฮ์ ซุนนะห์จึงไม่เป็นเอกภาพ และปรากฏหะดิษที่แต่งขึ้นเอง จึงต้องมีการตรวจสอบหะดิษอย่างจริงจัง การขอมติจากปวงปราชญ์ (อิจญ์มาอ์) กระทำได้ยากขึ้นเนื่องจากการกระจัดกระจายของนักปราชญ์ ในยุคนี้จึงเกิดการวิเคราะห์วินิจฉัยกฎหมายโดยใช้หลักการอื่นเข้ามาประกอบเช่น หลักประโยชน์สาธารณะ หรือการใช้หลักเจตนารมณ์ของกฎหมายแทนการยึดตามตัวบทอย่างเคร่งครัด เนื่องจากอาณาจักรอิสลามในยุคสมัยนี้ได้แผ่ขยายใหญ่ขึ้นเป็นอาณาบริเวณกว้างไกลทั่วคาบสมุทรอาระเบีย กฎหมายที่ใช้จึงต้องนำวิทยาการการสร้างระบบกฎหมายที่มีลักษณะการสร้างหลักบรรทัดฐานไว้ล่วงหน้าหรือบนพื้นฐานสมมุติฐานของเรื่องที่ยังไม่เกิดขึ้น ซึ่งแตกต่างจากในยุคสมัยก่อนหน้าที่การใช้กฎหมายเมื่อมีการตัดสินคดีหรือมีข้อเท็จจริงเกิดขึ้นแล้วจึงหาแหล่งทางกฎหมายมาตัดสินคดี ในยุคนี้ได้เกิดการสร้างองค์ความรู้ทางกฎหมายที่ชัดเจนขึ้นกว่ายุคก่อนโดยกฎหมายเกิดเป็นสาขาหนึ่งเฉพาะที่นักปราชญ์และผู้ทำการศึกษาสร้างกรอบขึ้นมาอย่างชัดเจน[124]

2.3.2.4 ยุคสกุลอับบาส (ค.ศ.660-1258)

เมื่ออาณาจักรอิสลามได้แผ่ขยายไปและระบบการเมืองการปกครองได้เปลี่ยนแปลงไปจากยุคสมัยนบีมุฮัมมัด และเริ่มมีการปกครองเป็นรัฐเล็กรัฐน้อยต่าง ๆ และมีผู้นำทางการปกครองในแต่ละรัฐซึ่งในแต่ละรัฐมีความเกี่ยวโยงสัมพันธ์กันโดยศาสนาอิสลามที่มีพระเจ้าองค์เดียวกัน จึงเกิด

---

[122] *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 90.

[123] *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 96.

[124] *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 98-101.

การปกครองในสายสกุลต่าง ๆ แยกตามอาณาเขตแดน ซึ่งในสมัยนั้นนครแบกแดดปกครองโดยสายสกุลอับบาส โดยที่การใช้กฎหมายอิสลามในนครแบกแดดมีลักษณะที่แตกต่างจากเดิมแม้แหล่งทีมาทางกฎหมายจะยังคงยึดตามอัลกุรอานและซุนนะห์เป็นเบื้องต้น เริ่มมีการจัดทำการรวบรวมซุนนะห์ไว้โดยนักปราชญ์อีกหลายท่าน และได้มีความพยายามที่จะจัดทำซุนนะห์ไว้เพียงเล่มเดียวโดยใช้ฉบับของอิหม่ามมาลิกที่ชื่อว่า “มุวัฏเฏาะห์” แต่กระทำไม่ได้เนื่องจากมีความหลากหลายของซุนนะห์ที่แต่ละเศาะหาบะฮ์ยึดถือ แต่อย่างไรก็ได้ได้มีการขยายลักษณะหรือการวิเคราะห์กฎหมายสร้างรูปแบบกฎหมายขึ้นบังคับใช้เพื่อเป็นเครื่องมือทางการปกครองเพิ่มมากขึ้น มีการสร้างระบบกฎหมายในการเก็บภาษีอากร ด้านการคลัง และเกิดสำนักคิดทางกฎหมายที่มีแนวคิดที่แตกต่างกันขึ้นอย่างชัดเจน บรรดานักปราชญ์มีสังกัดสำนักคิดของตนตามที่ร่ำเรียนมาเป็นผลให้การตัดสินคดีหรือการใช้กฎหมายอิสลามในยุคนี้อิงกับแนวคิดทางนิติศาสตร์ตามแต่ละสำนักคิด (Madhhab)[125] โดยมี 2 แนวทางหลักที่มุสลิมยังคงยึดถือต่อมาคือ แนวซุนนีย์ มีสำนักคิดทางกฎหมาย 4 สำนัก คือ หะนะฟีย์ มาลีกีย์ ชาฟีอีย์ และฮัมบาลีย์ และแนวชีอะห์ มีสำนักคิดทางกฎหมาย 2 สำนัก คือ ซัยดีย์และอิมามีย์[126]

อาณาจักรอิสลามในห้วงเวลาต่อมาแม้มีอิทธิพลขยายกว้างไกลแต่เกิดความระส่ำระสายไร้เสถียรภาพขึ้น เนื่องจากการแย่งชิงอำนาจระหว่างรัฐนำไปสู่การล่มสลายของนครแบกแดดซึ่งเป็นศูนย์กลางการปกครองของอาณาจักรอิสลามในสมัยนั้นใน ค.ศ.1258

2.3.2.5 ยุคออตโตมาน (ค.ศ.1299-1923)

อาณาจักรออตโตมานเป็นอาณาจักรที่มีการสืบทอดอำนาจยาวนานสุดในประวัติศาสตร์อิสลาม มีอาณาดินแดนจากคาบสมุทรอาระเบียไปจนถึงยุโรปตะวันออก และตอนเหนือของแอฟริกา ซึ่งอาณาจักรออตโตมานได้นำกฎหมายอิสลามมาใช้ในลักษณะการพัฒนาแนวคิดทางการใช้กฎหมายในช่วงยุคศตวรรษที่ 16 และ17 ซึ่งเป็นต้นแบบในการใช้กฎหมายในยุคศตวรรษที่19 เป็นต้นมา[127]

โดยที่อาณาจักรออตโตมานมีอายุราว 600 ปี โดยเริ่มจากพวกเติร์กกลุ่มหนึ่งในแถบเอเชียใต้ได้อพยพจากเมืองเตอร์กิสตานภายใต้การนำของออสมาน ผู้นำชาวเติร์กเผ่าคายี (Kayi) ซึ่งเป็นสายย่อยของเติร์กเผ่าโอกูซ (Oghuz) เพื่อหลบหนีการโจมตีจากพวกมองโกล และได้ถือโอกาสประกาศตนเป็นเอกราชและได้สถาปนาอาณาจักรของตนเองขึ้นเรียกว่า ออตโตมาน (Ottoman) ในช่วงเวลาต่อมาราวสองศตวรรษอาณาจักรเล็ก ๆ แห่งนี้กลายเป็นอาณาจักรอันยิ่งใหญ่ กว้างไกล และยังสามารถพิชิตกรุงคอนสแตนติโนเปิลและอาณาจักรไบแซนไทน์ และเข้ายึดกลุ่มดินแดนอาหรับได้เกือบทั้งหมด รวมทั้งหัวใจและศูนย์กลางแห่งอิสลามคือ มักกะฮ์ มะดีนะห์ และเยรูซาเลม ซึ่งได้ทำให้อิสลามกลับมาเป็นปึกแผ่นอีกครั้งภายใต้การปกครองของอาณาจักรออตโตมาน

เนื่องจากการปกครองในสมัยออตโตมานเป็นการปกครองในรูปแบบกษัตริย์ที่มีฐานะการปกครองสูงสุดซึ่งมีอำนาจออกกฎหมายและบทบัญญัติต่าง ๆ เพื่อบังคับใช้ในดินแดน ทำให้

---

[125] *เรื่องเดียวกัน,* หน้า 104-115.

[126] ปัจจุบันทั่วโลกมีผู้นับถือศาสนาอิสลาม ประมาณ 1,600 ล้านคน ในจำนวนนี้ 940 ล้านคน หรือประมาณ 90 เปอร์เซ็นต์ นับถือนิกายซุนนีย์ ในขณะที่อีก 120 ล้านคน หรือประมาณ 10 เปอร์เซ็นต์นับถือนิกายชีอะห์ ประเทศที่ประชากรส่วนใหญ่นับถือนิกายชีอะห์ ได้แก่ อิหร่าน อิรัก อาเซอร์ไบจาน และบาห์เรน

[127] กิตติศักดิ์ ปรกติ และคณะ, *เรื่องเดิม*, หน้า 116-122.

เกิดเป็นกฎหมายสองลักษณะ คือกฎหมายที่ออกโดยผู้นำทางการปกครองที่เรียกว่า “กฎหมายสุลต่าน” หรือ “Qanun” เพื่อใช้ในกิจการแห่งรัฐในกรณีที่กฎหมายอิสลามไม่มีบทบัญญัติ และยังคงมีกฎหมายศาสนาที่เรียกว่า “กฎหมายชารีอะห์อิสลาม” ซึ่งกฎหมายสุลต่านเปรียบได้ดั่งกฎหมายของรัฐ และ กฎหมายชารีอะห์เป็นดั่งกฎหมายศาสนาที่มีค่าสูงกว่ากฎหมายแห่งรัฐ ซึ่งกฎหมายสุลต่านจะขัดแย้งกับกฎหมายชารีอะห์มิได้และอาจถูกยกเลิก ซึ่งเป็นไปตามความเชื่อหรือความเห็นของบรรดานักปราชญ์ทางนิติศาสตร์อิสลามที่เห็นว่า มุสลิมต้องมีความเชื่อฟังในผู้นำแต่ขณะเดียวกันความเชื่อฟังดังกล่าวต้องอยู่ในเงื่อนไขว่าสิ่งนั้นไม่เป็นการขัดกับบทบัญญัติของอัลเลาะห์ในอัลกุรอาน และซุนนะห์หรืออิจญ์มาอ์ที่เคยมีมาในอดีต ในยุคนี้อำนาจการบัญญัติกฎหมายหรือหาแหล่งที่มาของกฎหมายจึงมิใช่เป็นเรื่องของบรรดาปวงปราชญ์ที่ต้องมีมติเอกฉันท์เช่นในอดีต แต่เป็นอำนาจของผู้ปกครองคือสุลต่าน การใช้กฎหมายอิสลามในยุคนี้มีลักษณะเด่นคือ มีการจัดทำบันทึกรวบรวมคำวินิจฉัยข้อบัญญัติทางกฎหมายอย่างเป็นระบบ ซึ่งในบางแหล่งยังคงมีการอ้างอิงมาจนถึงปัจจุบัน เช่น ฟัตวาอัลตะตาคอนียะฮ์ ฟัตวาอัลคอนียะฮ์ เป็นต้น และเริ่มมีการทำกฎหมายในลักษณะเป็นประมวลกฎหมายขึ้นบังคับใช้ในตอนปลายยุคสมัยออตโตมาน

สิ่งหนึ่งที่เป็นผลผลิตทางความรู้ของระบบกฎหมายที่นักวิชาการกล่าวถึงระบบหนึ่งที่เกิดขึ้นในยุคของอาณาจักรออตโตมานคือ “Ottoman Millet System” เมื่ออาณาจักรออตโตมานสามารถยึดอาณาจักรไบแซนไทน์ตะวันออกได้ใน ค.ศ.1453 และก้าวสู่ความยิ่งใหญ่ในการครอบครองดินแดนอันกว้างใหญ่จนถึงยุคของสุลต่านสุไลมานที่ 1 (Sultan Suleiman I) อาณาจักรได้เข้าไปยังดินแดนในยุโรป เป็นผลให้อาณาจักรออตโตมานต้องเข้าไปปกครองดินแดนหรือพลเมืองที่ไม่ใช่เป็นผู้นับถือศาสนาอิสลามเพิ่มมากขึ้นเรื่อย ๆ เช่นในคริสต์ทศวรรษที่ 1530 พลเมืองกว่า 80% ในอาณาจักรออตโตมานมิใช่ผู้นับถือศาสนาอิสลาม เพื่อจัดการกับปัญหาดังกล่าวที่ผู้ปกครองของอาณาจักรเป็นมุสลิมในขณะที่ผู้อยู่ใต้อำนาจปกครองนับถือศาสนาอื่น อาณาจักรออตโตมานได้สร้างระบบกฎหมายแบบใหม่ขึ้น โดยที่ให้กลุ่มชนแต่ละศาสนาจัดการปกครองตนเองจัดเป็นกลุ่ม ๆ ตามแต่ละศาสนา ซึ่งคำว่า Millet เป็นภาษาอาหรับมีความหมายว่าชาติ (Nation) โดยที่อาณาจักรออตโตมานปฏิบัติตนเป็นผู้ดูแลกลุ่ม Millet ต่าง ๆ ซึ่งประกอบด้วย คริสเตียนนิกายออร์ธอด็อกซ์ (Orthodox Christian) ยิว (Jewish) และ อาร์มีเนีย (Armenian) ภายใต้การปกครองของตน โดยที่กลุ่มชนที่นับถือศาสนาอิสลามมีสิทธิพิเศษเนื่องจากเป็นกลุ่มชนผู้นับถือศาสนาเดียวกับผู้ปกครอง อาทิเช่น Millet อื่นนอกจากมุสลิมต้องจ่ายภาษีพิเศษ ที่เรียกว่า “Cizye” โดยที่กลุ่มชนศาสนาอื่นสามารถปฏิบัติกิจตามความเชื่อของตนเท่าที่ยังจงรักภักดีต่อสุลต่าน และกลุ่มชนแต่ละศาสนาก็สามารถเลือกผู้นำของตนและใช้กฎหมายตามหลักความเชื่อทางศาสนาของตนมาตัดสินคดีได้ โดยที่กฎหมายชารีอะห์อิสลามไม่มีอำนาจไปตัดสินคดีกับกลุ่มชนผู้นับถือศาสนาอื่น ดังนั้นแต่ละกลุ่มชนศาสนาจึงมีระบบกฎหมาย ระบบสังคมตลอดจนระบบการศึกษาเป็นของตนเอง เช่นหากคริสเตียนขโมยของแล้วถูกจับได้ก็จะตัดสินลงโทษตามหลักกฎหมายของคริสเตียน ซึ่งหากยิวกระทำผิดลักษณะเดียวกันก็จะใช้กฎหมายของยิวมาตัดสินคดีเพื่อทำการลงโทษ โดยมิได้นำกฎหมายอิสลามมาใช้ กฎหมายอิสลามจะนำมาใช้เมื่อมีปัญหาข้อเท็จจริงเกี่ยวข้องกับมุสลิม หรือกรณีที่คู่ขัดแย้งคนใดคนหนึ่งเป็นมุสลิมจึงจะนำกฎหมายอิสลามมาปรับใช้ ซึ่งผู้พิพากษาชาวมุสลิมจะนำหลักวิจารณญาณปรับใช้ ระบบ Millet System ถูกใช้อยู่จนอาณาจักรออตโตมานเริ่มอ่อนแอลงในคริสต์ทศวรรษที่ 1700 -1800 และถูก

ยกเลิกไปในคริสต์ทศวรรษที่ 1800 เนื่องจากการเข้ามาของระบบกฎหมายแบบยุโรปที่ต้องการสร้างระบบกฎหมายแบบรัฐฆราวาส (Secular Law) และใช้ระบบกฎหมายเดียวบังคับกับคนทุกศาสนา[128]

การศาลในยุคออตโตมานมีการพัฒนาเป็นระบบที่ชัดเจน มีการจัดระบบศาลที่แยกออกเป็นศาลคดีทั่วไปหรือศาลแพ่งและศาลศาสนาหรือศาลชารีอะห์ที่พิจารณาคดีมรดกและครอบครัวตามหลักศาสนาอิสลามและขยายอำนาจพิจารณาคดีทางธุรกรรมต่าง ๆ ตามหลักศาสนาอิสลามด้วยโดยแยกเป็นศาลเฉพาะแต่อยู่ภายใต้ศาลชารีอะห์ ซึ่งต่อมาได้มีการตราประมวลกฎหมายอิสลามลักษณะพาณิชย์ขึ้นเป็นบทและมาตรา เรียกว่า “มะญัลละฮ์ อัล อะห์กาม อัลอัดลียะฮ์” (Majallah Code Law) ซึ่งเป็นการพยายามที่จะสร้างประมวลกฎหมายอิสลามขึ้นใช้ในทางแพ่งและพาณิชย์ซึ่งรวมถึง หลักสัญญา ละเมิด และหลักการวิธีพิจารณาทางแพ่ง[129] โดยมีที่มาจากสำนักคิดหะนะฟีย์ มีผลบังคับใช้ในอาณาจักรออตโตมานตั้งแต่ ค.ศ.1869

2.3.2.6 ยุคอาณานิคม

ยุคสมัยอาณานิคมของยุโรปเริ่มเมื่อราวปลายศตวรรษที่ 15 และเป็นช่วงเวลาที่มีความสำคัญสูงในทางประวัติศาสตร์ของโลก จนในศตวรรษที่ 19 ชาติมหาอำนาจจากยุโรปได้มีอิทธิพลเหนือดินแดนทั้งในทวีปแอฟริกา เอเชีย ตลอดจนดินแดนในทวีปอเมริกา โดยก่อนยุคอาณานิคมศาสนาอิสลามได้เข้าไปเผยแผ่ยังดินแดนต่าง ๆ ในเอเชียและแอฟริกาบางส่วนอยู่ก่อนแล้ว แต่ที่จะกล่าวต่อไปนี้เป็นการใช้กฎหมายอิสลามในยุคอาณานิคมเฉพาะแต่ในอินเดีย และเอเชียอาคเนย์

1) อินเดีย

ศาสนาอิสลามเข้ามาในอินเดียตั้งแต่ศตวรรษที่ 7 เป็นต้นมาซึ่งเป็นสมัยของนบีมุฮัมมัดโดยทางพ่อค้าชาวอาหรับ อย่างไรก็ตามศาสนาอิสลามมิได้มีการเผยแผ่มากนักในยุคเริ่มต้นเนื่องจากไม่ใช่เป็นศาสนาที่ผู้ปกครองดินแดนจะนับถืออย่างเป็นทางการ และบรรดาพ่อค้าชาวอาหรับหรือผู้ที่ติดต่อการค้าเพียงหวังมุ่งผลการทำธุรกิจการค้าเท่านั้นมิได้มีจุดประสงค์ที่จะทำการเผยแผ่ศาสนา ต่อมาเมื่อชาวเติร์กและมุสลิมจากเอเชียกลางได้รุกรานอาณาจักรในอินเดียเหนือจนกระทั่งสามารถสถาปนารัฐสุลต่านแห่งเดลีได้ในปี ค.ศ.1206 โดยมีสุลต่านนามว่า Qutbuddin Aibak แม้รัฐสุลต่านเดลีจะมีที่มั่นทางภาคเหนือของอินเดียเสียเป็นส่วนใหญ่ แต่สุลต่านองค์ต่อ ๆ มา ก็พยายามที่จะขยายอิทธิพลลงไปทางใต้ของอินเดีย และเมื่อราชวงศ์โมกุลเข้ามามีอำนาจปกครองก็ได้ขยายอำนาจออกไปทั่วทุกสารทิศของอนุทวีปจนมีอาณาเขตเหนือสุดจดแคชเมียร์ ใต้สุดที่จดราบลุ่มแม่น้ำกาเวรีในรัฐทมิฬนาฑู ตะวันออกสุดจดบังคลาเทศ และตะวันตกสุดจดคาบูลในอัฟกานิสถาน การขยายอำนาจของกษัตริย์มุสลิมเหล่านี้มีส่วนสำคัญในการที่ศาสนาอิสลามได้แผ่กระจายไปตามส่วนต่างๆของอินเดีย จนกระทั่งกฎหมายอิสลามและจารีตประเพณีท้องถิ่นได้กลมกลืนและใช้ร่วมกันอย่างแพร่หลายในอินเดีย[130]

---

[128] Andrea Carey, **Millet System of the Ottoman Empire,** Retrieved December 15, 2015 from http://courses.washington.edu/disisme/Our Encyclopaedia/84135754-B01E-4A3A-BBA4-8BD129E3C331.html

[129] **Mecelle: The Mecelle-i Ahkam-i Adliye**, Retrieved December 20, 2015 from http://www.oxfordislamicstudies.com/article/opr/t125/e1492

[130] ปวินท์ มินทอง, **สาระน่ารู้เกี่ยวกับโลกมุสลิม**, ค้นวันที่ 22 ธันวาคม 2558 จาก http://sameaf.mfa.go.th/th/muslim_world/detail.php?ID=2253

ในช่วงยุคปี ค.ศ.1600 อังกฤษเริ่มที่จะเข้ามายังอินเดียผ่านตัวแทนคือบริษัทอินเดียตะวันออกแห่งอังกฤษ (East India Company) ซึ่งมีจุดประสงค์หลักทางการค้า จนกระทั่งปี ค.ศ.1757 อังกฤษจึงได้มีอำนาจและอิทธิพลสูงสุดทั้งทางการเมืองและทางการทหารในอินเดีย อังกฤษได้สร้างความเป็นอาณานิคมในอินเดียทั้งทางพาณิชย์และทางกฎหมาย เพราะในสายตาของอังกฤษแล้วเศรษฐกิจและการค้าจะเกี่ยวโยงกับโครงสร้างทางกฎหมายในการจะเปิดตลาดทางการค้าและเพื่อลดค่าใช้จ่ายทางเศรษฐกิจในการควบคุมดินแดนภายในอาณานิคม นำมาซึ่งการเพิ่มบทบาทในระบบกฎหมายอังกฤษในอินเดีย ในปี ค.ศ.1772 เมื่อมีการแต่งตั้ง Warren Hastings เป็นผู้ปกครองเบงกอล (Bengal) การสร้างรูปแบบระบบกฎหมายและระบบศาลในอินเดียจึงเกิดขึ้น โดยที่มีโครงสร้างที่ใช้ระบบกฎหมายอังกฤษเป็นชั้นสูงสุดโดยมีผู้พิพากษาชาวอังกฤษเป็นผู้ตัดสินคดี และอาจปรึกษา “กอฎี” หรือ “มุฟตีย์” ในปัญหาข้อกฎหมายที่เกี่ยวกับกฎหมายอิสลาม ในขณะที่ระดับล่าง อังกฤษได้ให้ผู้พิพากษาที่เป็นมุสลิมตัดสินคดีในศาลแพ่งตามเมืองต่าง ๆ ใน Bengal, Madras และ Bombay โดยใช้กฎหมายอิสลาม โดยหวังว่าบรรทัดฐานและจารีตประเพณีท้องถิ่นจะสามารถถูกรวมเข้ามาเป็นส่วนหนึ่งของระบบยุติธรรมตามแบบอย่างกฎหมายอังกฤษได้[131]

แต่ด้วยการตัดสินคดีโดยใช้กฎหมายอิสลามในระดับล่างในหลายครั้งเกิดความไม่แน่นอนในการตัดสินคดี ประกอบกับผู้พิพากษาของอังกฤษก็ไม่ค่อยไว้ใจในตัวผู้พิพากษาท้องถิ่นที่เป็นชาวมุสลิมมากนัก Sir William Jones นักนิติศาสตร์ผู้มีชื่อเสียงของอังกฤษในขณะนั้นจึงเสนอให้ W. Hasting จัดทำประมวลกฎหมายอิสลามขึ้น เรียกว่า “Mussulman Law” และได้เริ่มมีการแปลบรรดาตำราเกี่ยวกับกฎหมายอิสลามต่าง ๆ เป็นภาษาอังกฤษ เพื่อให้ผู้พิพากษาชาวอังกฤษสามารถนำมาใช้ได้และมีการทำกฎหมายอิสลามเป็นลักษณะประมวลขึ้นเป็นครั้งแรกในประวัติศาสตร์ โดยการแปลและรวบรวมความเห็นทางกฎหมายต่างๆในอดีต ทำให้อังกฤษค่อย ๆ ลดเลิกการพึ่งพานักนิติศาสตร์อิสลามหรือปราชญ์อิสลามและมุฟตีฟ์ ซึ่งเคยเป็นผู้ที่มีหน้าที่สำคัญในการใช้กฎหมายอิสลามตามรูปแบบในอดีต กฎหมายอิสลามค่อย ๆ เปลี่ยนไปเป็นกฎหมายแห่งรัฐ ที่ทั้งระบบกฎหมายและกระบวนการยุติธรรมต่างเป็นเรื่องของรัฐเท่านั้น และระบบกฎหมายอิสลามเริ่มถูกปรับแต่งให้มีลักษณะคล้ายกฎหมายอังกฤษ ผลของการแปลกฎหมายอิสลามให้เป็นภาษาอังกฤษดังกล่าวยังทำให้กฎหมายจารีตประเพณีท้องถิ่นซึ่งในขณะนั้นยังผสมกลมกลืนอยู่ในสังคมอินเดียถูกทำให้เป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายอิสลาม และการแปลทำให้ได้ความหมายที่แตกต่างจากที่มาของหลักกฎหมายอิสลามในภาษาอาหรับเดิมเป็นต้น[132]

โดยที่กฎหมายอิสลามที่ถูกใช้โดยผู้พิพากษาชาวอังกฤษจะถูกเรียกว่า “กฎหมายแองโกล-มุฮัมมาดัน” (Anglo-Muhammadan Law) เพื่อสื่อถึงการที่หลักการอิสลามถูกครอบงำโดยแนวทางกฎหมายของอังกฤษ การใช้กฎหมายแองโกล-มุฮัมมาดันในอินเดียยังทำให้การใช้กฎหมายอิสลามไม่มีความยืดหยุ่นเช่นในอดีตที่การใช้กฎหมายอิสลามมีลักษณะอยู่บนพื้นฐานวิธีการของชุมชนในการบังคับใช้กฎหมายและจุดมุ่งหมายเพื่อการสร้างความปรองดองในสังคม เนื่องจากการใช้กฎหมายอิสลามของอังกฤษมีเป้าหมายเพื่อปกป้องรักษาผลประโยชน์ของตน และยิ่งทำให้ความเข้มงวดยิ่งเพิ่มความรุนแรงขึ้นเมื่ออังกฤษใช้ระบบ Common Law ซึ่งมีหลักการที่ศาลมีความผูกพันต้องพิพากษาคดีตามที่ศาลสูงเคยมีคำพิพากษามาแล้ว (Doctrine of Stare Decisis) เมื่อ

---

[131] Wael B. Hallaq. *op. cit.,* p. 85.

[132] *Ibid*., p. 87.

ศาลล่างที่มีผู้พิพากษาเป็นชาวมุสลิมต้องพิพากษาตัดสินคดีตามที่ศาลสูงซึ่งมีผู้พิพากษาเป็นชาวอังกฤษเคยตัดสินไว้ เพราะจากหลักการการใช้กฎหมายอิสลามนั้นมีแหล่งที่มามิใช่จากผู้พิพากษาเป็นผู้สร้างกฎหมายแต่จากนักปราชญ์ทางนิติศาสตร์ หรือมุฟตีย์ เมื่อใช้หลักการผู้พิพากษาสร้างกฎหมายแบบอังกฤษ จึงทำให้ลักษณะการใช้กฎหมายอิสลามผิดเพี้ยนไปเนื่องจากศาลสูงที่ตัดสินคดีนั้นยึดถือตามตำราโดยไม่ค่อยใส่ใจรายละเอียดสภาพตามความเป็นจริงของมุสลิมในดินแดนท้องถิ่นมากนัก และการใช้กฎหมายแองโกล-มุฮัมมาดันได้มีลักษณะเหมือนเป็นเพียงตัวกลางที่อังกฤษได้พยายามสอดแทรกลักษณะระบบกฎหมายของตนลงไปภายในระบบกฎหมายอิสลามเพื่อใช้ในการปกครองและเพื่อผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจ ซึ่งอังกฤษใช้ได้ผลเพราะในช่วงปลายศตวรรษที่ 19 กฎหมายของอังกฤษได้เข้ามาแทนที่กฎหมายพื้นเมืองของอินเดียจนแทบหมดสิ้นยกเว้นเฉพาะกฎหมายเกี่ยวกับบุคคลที่ยังคงใช้กฎหมายศาสนาตามแต่ละศาสนาอยู่เท่านั้น ในขณะที่การใช้กฎหมายอิสลามในคดีอาญาได้ถูกเลิกใช้ แต่นำกฎหมายอังกฤษมาใช้แทนทั้งหมดในปี ค.ศ.1861[133]

2) เอเชียอาคเนย์

ศาสนาอิสลามเข้าสู่ดินแดนในเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ก่อนคริสต์ศตวรรษที่ 13 โดยที่มีความเห็นว่าการเข้ามาของศาสนาอิสลามยังเอเชียตะวันออกเฉียงใต้โดย 2 ทาง โดยทางหนึ่งเข้ามาทางพ่อค้าชาวอาหรับและอีกทางหนึ่งเข้ามาทางพ่อค้าชาวอินเดีย ในขณะที่การเข้ามาของศาสนาอิสลามโดยพ่อค้าชาวอาหรับนั้นอิสลามมิได้แพร่ขยายมากนักเนื่องจากพ่อค้าชาวอาหรับมิได้ตั้งถิ่นฐานปะปนอยู่กับชาวท้องถิ่นแต่มุ่งเน้นทำธุรกิจทางการค้า ซึ่งแตกต่างจากการเข้ามาของอิสลามโดยพ่อค้าชาวอินเดียที่มีการตั้งถิ่นฐานและมุ่งเน้นเผยแผ่ศาสนาอิสลามในดินแดนเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ มีหลักฐานบันทึกโดย มาร์โคโปโล (Marco Polo) ว่าในปี ค.ศ.1292 แถบช่องแคบมะละกามีพ่อค้าชาวอินเดียที่นับถือศาสนาอิสลามอาศัยอยู่เป็นจำนวนมาก พร้อมกับการเผยแพร่ศาสนาอิสลามไปยังดินแดนในหมู่เกาะต่าง ๆ ซึ่งเป็นดินแดนของประเทศอินโดนีเซียในปัจจุบัน ประกอบกับจากหลักฐานทางโบราณคดีที่ค้นพบจารึกหลุมฝังศพของสุลต่านของเมือง Samudra ซึ่งปัจจุบันเป็นเมืองหนึ่งใน อาเจะห์ ประเทศอินโดนีเซียว่าเป็นกษัตริย์ในดินแดนเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ที่นับถือศาสนาอิสลามตามแบบอย่างสุลต่านของอาณาจักรอินเดีย ซึ่งในระยะแรกศาสนาอิสลามขยายตัวอย่างช้า ๆ จนดินแดนในแหลมมะละกาเริ่มมีความเจริญเป็นศูนย์กลางทางการค้าและกษัตริย์มะละกาเริ่มมานับถือศาสนาอิสลาม เป็นผลให้ศาสนาอิสลามจึงเจริญขึ้นอย่างรวดเร็วในดินแดนแถบนี้ ในการนับถือศาสนาอิสลามนี้ บรรดาเจ้าผู้ปกครองดินแดนเป็นผู้นับถือก่อนแล้วจึงเผยแพร่ต่อไปยังประชาชน เหตุผลที่เจ้าผู้ครองดินแดนในแหลมมะละกาหันไปนับถือศาสนาอิสลามนั้น เพราะศาสนาอิสลามให้ประโยชน์ในทางเศรษฐกิจ คือ การที่ตนทำการค้ากับชาวต่างชาติอยู่ก่อนแล้วและในขณะนั้นมีบรรดาพ่อค้าชาวอินเดียที่เป็นผู้นับถือศาสนาอิสลามหากเปลี่ยนไปนับถือศาสนาอิสลามด้วยจะทำให้การค้าสะดวกยิ่งขึ้นเพราะในหลักการทางศาสนาอิสลามนั้นถือว่ามุสลิมทุกคนเป็นพี่น้องกัน ส่วนประเด็นทางการเมืองนั้นคือ การให้ประชาชนผู้อยู่ในปกครองหันมารับศาสนาอิสลามเพื่อการสร้างความกลมกลืนภายในและการแยกตัวออกจากอาณาจักรมัชปาหิต[134]ที่มีหลักการความเชื่อทางศาสนาที่

---

[133] *Ibid*., pp. 88-89.

[134] เป็นชื่ออาณาจักรหนึ่งในเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ มีอำนาจอยู่ระหว่างปี พ.ศ.1836-2063 มีศูนย์กลางการปกครองอยู่ที่ชวาภาคตะวันออก (ใกล้เมืองสุราบายาในปัจจุบัน) แผ่อิทธิพลไปครอบครองดินแดนที่เป็นหมู่เกาะอินเดียตะวันออกทั้งหมดยกเว้นเกาะซิลิเบสภาคเหนือ และข้ามฟาก

แตกต่างกันในสมัยคริสต์ศตวรรษที่ 14 ศาสนาอิสลามจึงได้แพร่หลายไปอย่างกว้างขวางตั้งแต่สมัยคริสต์ศตวรรษที่ 15 เป็นต้นไป ทั้งนี้โดยอาศัยการเผยแผ่ของบรรดาพ่อค้าในอาณาจักรมะละกา ซึ่งรุ่งเรืองขึ้นในศตวรรษที่ 15 และได้ทำการค้าขายติดต่อกับเมืองต่าง ๆ ในเอเชียตะวันออกเฉียงใต้อย่างกว้างขวาง พ่อค้าเหล่านี้จะนำศาสนาอิสลามไปเผยแผ่ตามเส้นทางการค้าของตนอีกด้วย[135]

ในช่วงศตวรรษที่ 16 ชาติมหาอำนาจจากยุโรปเริ่มเข้ามาขยายอาณานิคมในดินแดนเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ ในดินแดนแหลมมะละกาซึ่งประชากรในพื้นที่ส่วนใหญ่นับถือศาสนาอิสลาม จนต่อมาในท้ายสุดชาติยุโรปที่มีอิทธิพลเหนือดินแดนดังกล่าวประกอบด้วยสองชาติคือ อังกฤษ และ เนเธอร์แลนด์ โดยที่อังกฤษเข้ามีอำนาจปกครองดินแดนในคาบสมุทรมะละกาและมีการตั้งอาณานิคมขึ้นเรียกว่าอาณานิคมช่องแคบ (Straits Settlements) ซึ่งปัจจุบันนี้เป็นดินแดนของประเทศมาเลเซีย สิงคโปร์ ในขณะที่เนเธอร์แลนด์เข้าปกครองดินแดนของประเทศอินโดนีเซียในปัจจุบัน ซึ่งประเทศเจ้าอาณานิคมทั้งสองนี้ใช้มาตรการการใช้ระบบกฎหมายในดินแดนอาณานิคมที่แตกต่างกันกล่าวคือ ในดินแดนอาณานิคมของอังกฤษนั้น อังกฤษได้นำหลักการการใช้กฎหมายอิสลามที่มีการแปลและใช้ระบบศาลที่มีผู้พิพากษาชาวอังกฤษเช่นเดียวกับที่ใช้ในอินเดีย ในขณะที่เนเธอร์แลนด์ยังมิได้มีความคุ้นเคยกับระบบกฎหมายท้องถิ่นหรือกฎหมายศาสนาอิสลามในดินแดนอาณานิคมของตนมากนักและยังคงใช้ระบบกฎหมายที่เป็นกฎหมายจารีตประเพณีท้องถิ่น (Custom Law) ร่วมกับกฎหมายอิสลาม โดยใช้นักปราชญ์หรือผู้รู้ในหลักศาสนามาเป็นส่วนหนึ่งในการหาแหล่งกฎหมายมาพิพากษาคดีและใช้ศาลของชนท้องถิ่นแยกตามชนเผ่าในการตัดสินคดี ซึ่งในดินแดนอาณานิคมของเนเธอร์แลนด์นั้นมิได้แยกใช้กฎหมายตามแต่ละศาสนาดั่งอาณานิคมของอังกฤษแต่แยกการใช้กฎหมายยึดถือตามเชื้อชาติ (Ethnicity) เช่นแยกเป็นคนจีน คนญี่ปุ่น หรือคนอาหรับและสร้างระบบศาลท้องถิ่นที่ใช้กฎหมายหมายพื้นเมืองที่เรียกว่า Adat[136]

แม้อังกฤษและเนเธอร์แลนด์จะมีโครงสร้างทางการใช้ระบบกฎหมายในดินแดนอาณานิคมในเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ของตนแตกต่างกันแต่ก็มีความคล้ายคลึงกันตรงที่มีการใช้กฎหมายอิสลามเฉพาะแต่ในเรื่องสถานะบุคคลซึ่งมีขอบเขตในเรื่องการสมรส การหย่า มรดก และการปกครองบุตร และทั้งสองชาติก็มีแนวทางในการที่จะแปลกฎหมายอิสลามเพื่อใช้ในดินแดนอาณานิคมของตนโดยยึดถือตำราที่นำมาใช้จากแหล่งเดียวกัน โดยส่วนใหญ่ใช้หลักคิดทางกฎหมายอิสลามของสำนักคิดซาฟีอีย์ และการใช้กฎหมายอิสลามของชาติเจ้าอาณานิคมทั้งสองก็มีจุดประสงค์ในการปกครองดินแดนซึ่งกฎหมายอิสลามที่นำมาใช้จะขัดกับหลักการสำคัญของกฎหมายของตนไม่ได้ และการใช้กฎหมายอิสลามกับพลเมืองดังกล่าวก็มิได้มีความเป็นอิสระอย่างเด็ดขาดจากอำนาจปกครองของตน และทั้งสองชาติเจ้าอาณานิคมก็มิได้ใช้ปราชญ์ที่มีความชำนาญในภาษาอาหรับในการทำการแปลหรือตีความกฎหมายอิสลามที่ใช้ในดินแดนอาณานิคม แต่ยึดถือตามคำพิพากษาหรือตำรากฎหมายอิสลามที่ใช้ในอินเดีย[137]

มาครอบงำรัฐต่าง ๆ ในแหลมและคาบสมุทรมลายู รวมทั้งปัตตานี ซึ่งขณะนั้นเรียกว่าลังกาสุกะ และกลันตัน นับถือศาสนาฮินดูเป็นศาสนาประจำอาณาจักร

[135] โชติรัตน์ โกมารทัต, **การเข้ามาของศาสนาอิสลามสู่ตะวันออกไกล**, ค้นวันที่ 22 ธันวาคม 2558 จาก http://sameaf.mfa.go.th/th/muslim_world/detail.php?ID=1998

[136] Wael B. Hallaq, *op. cit.,* p. 89.

[137] Barry M. Hooker, "Islamic Law in South-east Asia," **Asian Law** 4 (2002): 218.

2.3.2.7 ยุคการสร้างรัฐชาติสมัยใหม่

จากยุคอาณานิคมที่เริ่มเข้าสู่ยุครัฐชาติสมัยใหม่ช่วงปี ค.ศ.1900 กฎหมายอิสลามในดินแดนมุสลิมส่วนใหญ่ถูกนำมาใช้เฉพาะแต่กฎหมายที่เกี่ยวกับสถานะบุคคลเช่น เรื่องครอบครัว มรดก เนื่องจากการใช้กฎหมายในยุคอาณานิคมได้นำระบบกฎหมายยุโรปเข้ามาแทนที่ในส่วนของกฎหมายในบทอื่นทั่วไป จนถึงยุคศตวรรษที่ 21 กฎหมายอิสลามว่าด้วยสถานะบุคคลดังกล่าวไม่ได้ถูกทำให้กลืนหายไปแต่ยังคงใช้อยู่จากยุคสร้างรัฐชาติสมัยใหม่ เนื่องจากในยุคอาณานิคมการใช้กฎหมายสถานะบุคคลตามระบบกฎหมายยุโรปไม่ได้ถูกนำมาใช้ในการขยายอำนาจทาง อาณานิคมมากนัก แต่อย่างไรก็ตามรูปแบบลักษณะการใช้กฎหมายอิสลามก็ได้เปลี่ยนแปลงจากในอดีตโดยอิทธิพลจากยุคอาณานิคม ประกอบกับแนวทางการสร้างรัฐชาติสมัยใหม่ในแต่ละพื้นที่ที่มีประชากรนับถือศาสนาที่แตกต่างกัน การสร้างรัฐชาติสมัยใหม่จึงต้องสร้างระบบกฎหมายที่มีจุดศูนย์กลางอยู่ที่รัฐและเกิดการสร้างระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่ชัดเจน (Codification) เพื่อนำมาใช้ ซึ่งกฎหมายอิสลามนั้นมีหลายสำนักคิดที่มีแตกต่างกัน เมื่อมีการบัญญัติกฎหมายอิสลามเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรจึงต้องมีกระบวนการเลือกสรรว่าจะนำหลักการของสำนักคิดใดมาบัญญัติเป็นกฎหมาย[138] และมีการจำกัดการใช้กฎหมายอิสลามเฉพาะแต่เรื่องสถานะบุคคลเกิดเป็นระบบศาลศาสนาขึ้นในแต่ละรัฐ ซึ่งในที่นี้จะกล่าวถึงอินเดีย และ ประเทศในเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ซึ่งเคยอยู่ภายใต้อาณานิคมมาก่อนคือมาเลเซียและอินโดนีเซีย

1) อินเดีย

ในอินเดียการใช้กฎหมายสถานะบุคคลในศาสนาอิสลามได้ถูกนำมาใช้ตั้งแต่อยู่ภายใต้อาณานิคมของอังกฤษ โดยศาลและผู้พิพากษาชาวอังกฤษผ่านการใช้กฎหมายที่ถูกแปลเป็นภาษาอังกฤษและใช้ระบบกฎหมาย Common Law ที่ยึดหลักศาลมีความผูกพันต้องพิพากษาคดีตามที่ศาลสูงเคยมีคำพิพากษามาแล้ว (Doctrine of Stare Decisis) ซึ่งมีลักษณะเป็น Case Laws เป็นผลให้เกิดการแยกระหว่าง Anglo-Hindu Case Law และ Anglo-Muslim Case Law ที่ศาลจะนำมาใช้กับคดีที่เกี่ยวกับสถานะบุคคลตามความเชื่อในแต่ละศาสนา จนกระทั่งอินเดียได้รับเอกราชจากอังกฤษ ในรัฐธรรมนูญของอินเดีย ค.ศ.1950 ได้มีความพยายามที่จะยกเลิกระบบกฎหมายตามสถานะบุคคลดังกล่าวเพื่อสร้างความเป็นเอกภาพในกฎหมาย โดยมีแนวคิดจะทำประมวลกฎหมายแพ่งที่จะใช้กับพลเมืองทุกคนในอินเดียโดยไม่มีการแยกศาสนา แต่ศาลอินเดียยังคงยืนยันที่จะใช้ระบบกฎหมายตามแต่สถานะบุคคลต่อไปในอินเดียและถือว่าการใช้กฎหมายแยกตามสถานะบุคคลตามความเชื่อทางศาสนาเป็นสิ่งที่ชอบโดยรัฐธรรมนูญ ประกอบกับกลุ่มชนชาวฮินดูและอิสลามไม่มีความประสงค์ที่จะให้มีประมวลกฎหมายแพ่งเพียงหนึ่งเดียวใช้ในอินเดียเนื่องจากอาจทำให้กฎหมายศาสนาของตนที่เคยใช้อยู่ถูกทำให้กลืนหายไป และได้ทำการปฏิรูประบบกฎหมายของตนและสร้างเป็นประมวลกฎหมายเฉพาะศาสนาขึ้นใช้แทนเช่นการสร้างประมวลกฎหมายฮินดูขึ้น ในขณะที่อินเดียยังคงใช้ระบบกฎหมายตามสถานะบุคคลดังกล่าวนั้นอินเดียก็เริ่มการใช้กฎหมายในลักษณะ

---

[138] Najmaldeen K. Kareem Zanki, “Codification of Islamic Law Premises of History and Debates of Contemporary Muslim Scholars,” **International Journal of Humanities and Social Science** 4, 9 (1) (July 2014): 134.

ตามความสมัครใจเพิ่มมากขึ้น โดยที่มีระบบกฎหมายศาสนาครอบคลุมในเรื่อง ครอบครัว มรดก องค์กรทางศาสนา ซึ่งในเรื่องการสมรสและการหย่าเป็นประเด็นที่ได้รับความสนใจจากสาธารณชน และได้มีการออกกฎหมายเกี่ยวกับเรื่องดังกล่าวกว่าสิบฉบับโดยอิงตามหลักการของแต่ละศาสนา การใช้กฎหมายตามแต่ละสถานะบุคคลของอินเดียมิได้เกิดปัญหามากนักระหว่างกลุ่มชน แต่มักจะเป็นปัญหาภายในคนของกลุ่มชนนั้นเองในเรื่องการใช้กฎหมายศาสนานั้น ๆ เช่นเรื่องสิทธิสตรีว่าด้วยเรื่องการหย่าในกฎหมายฮินดู กฎหมายอิสลาม หรือกฎหมายคริสเตียน แต่อย่างไรก็ตามการใช้ระบบกฎหมายตามแต่สถานะบุคคลในอินเดียยังคงเป็นประเด็นถกถียง เนื่องจากยังคงมีความต้องการที่จะสร้างระบบกฎหมายที่เป็นหนึ่งเดียวให้เกิดขึ้นเพื่อสร้างรัฐฆราวาสอย่างแท้จริงในอินเดีย[139]

2) มาเลเซีย

ในมาเลเซียสมัยภายใต้อาณานิคมอังกฤษนั้นได้มีการแต่งตั้งชาวอังกฤษขึ้นเพื่อดำเนินงานทางปกครองในพื้นที่ต่าง ๆ โดยมีการจัดทำระบบศาลตามแบบกฎหมายอังกฤษ ซึ่งก่อนหน้านั้นมีสุลต่านเป็นผู้ดูแลในเรื่องทางศาสนาและวัฒนธรรมของชนชาวมาเลย์ แต่เมื่ออังกฤษเข้าปกครองได้พยายามลดบทบาทของสุลต่านโดยที่ให้ศาลที่มีผู้พิพากษาชาวอังกฤษเป็นศาลสูง (The British Magistrate Court Judge) ที่มีอำนาจพิจารณาคดีเหนือศาลชารีอะห์และศาลท้องถิ่น ใน ค.ศ. 1948 ศาลชารีอะห์ได้ถูกขีดกรอบจำกัดไว้เป็นเพียงศาลในระดับมลรัฐเช่นใน ซารังงอ Selangor ได้มีกฎหมายว่าด้วยการใช้กฎหมายของชาวมุสลิมที่ให้อำนาจสุลต่านในการแต่งตั้งศาลกอฎี หรือศาลที่มีผู้พิพากษาเป็นชาวมุสลิม และในกลันตัน Kelantan ได้มีการตั้งศาลของมุฟตีย์เพื่อรับพิจารณาคดีอุทธรณ์ของศาลกอฎี และในปีนังได้มีศาลชารีอะห์ในลักษณะเช่นเดียวกัน แต่การใช้กฎหมายอิสลามในรูปแบบดังกล่าวล้วนแต่เป็นการใช้กฎหมายอิสลามจำกัดขอบเขตอำนาจศาลแต่เฉพาะเรื่องครอบครัวและมรดก ซึ่งศาลในรูปแบบดังกล่าวในช่วงอาณานิคมอังกฤษไม่ค่อยจะมีประสิทธิภาพเนื่องจากขาดแคลนผู้มีความรู้ทางหลักกฎหมายอิสลามประจำศาลและชาวอังกฤษมองว่าศาลชารีอะห์ไม่ได้สร้างความพึงพอใจแก่ประชาชนชาวมุสลิมมากนัก[140]

ภายหลังจากมาเลเซียได้รับเอกราชใน ปี ค.ศ.1957 โครงสร้างระบบศาลในประเทศมาเลเซียได้ถูกจัดรูปแบบตามระบบการปกครองที่เป็นระบบสหพันธรัฐ ศาลสูงสุดของประเทศที่เคยมีอยู่ในสมัยอาณานิคมยังคงมีอยู่เช่นเดิมแต่ได้เปลี่ยนเป็น ศาลสหพันธรัฐ Federal Court ซึ่งมีอำนาจพิจารณาคดีเหนือศาลอื่นโดยที่มีศาลอื่นเช่นศาลแพ่ง ศาล Magistrate, High Court อยู่ภายใต้ศาลสหพันธรัฐยกเว้นศาลชารีอะห์ที่ยังคงเป็นศาลภายใต้กฎหมายของแต่ละมลรัฐอยู่เช่นเดิม[141] ระบบศาลชารีอะห์ในประเทศมาเลเซียที่ใช้ภายหลังจากเมื่อได้รับเอกราชยังมีความสับสนและมีความซ้อนทับในการดำเนินการระหว่างหน่วยงานเช่นสำนักงานกิจการศาสนา สำนักงานมุฟตีย์

---

[139] Marc Galanter and Jayanth Krishnan, “Personal Law Systems and Religious Conflict a Comparison of India and Israel,” In **Religion and Personal Law in Secular India a Call to Judgment**, Gerald J. Larson, ed. (Bloomington, IN.: Indiana University Press, 2001), pp. 273-274.

[140] Ramizah Wan Muhammad, “The Administration of Syariah Courts in Malaysia, 1957-2009,” **Journal of Islamic Law and Culture** 13, 2-3 (2011): 242-243.

[141] Farid S. Shuaib, “The Islamic Legal System in Malaysia,” **Pacific Rim Law & Policy Journal** 21, 1 (2012): 90-92.

และสำนักงานอื่น ทำให้การดำเนินการของศาลชารีอะห์ในช่วงเวลาดังกล่าวไม่เป็นที่น่าพอใจมากนัก และการที่มีกฎหมายว่าด้วยการพิพากษาคดีในปี ค.ศ. 1964 (The Court of Judicature Act 1964) ที่ให้อำนาจศาลแพ่งสามารถจะกลับคำตัดสินต่าง ๆ ของศาลชารีอะห์ที่ตัดสินคดีเกี่ยวกับข้อพิพาทระหว่างมุสลิมได้ ซึ่งในศาลแพ่ง Civil Court นั้นผู้พิพากษาไม่จำเป็นต้องเป็นชาวมุสลิม ทำให้เกิดการตีความหรือการใช้กฎหมายอิสลามในช่วงเวลาดังกล่าวเกิดความไม่แน่นอนและชาวมุสลิมเองก็ไม่ได้ใช้บริการของศาลชารีอะห์เนื่องจากขาดความเชื่อมั่นในศาลดังกล่าว จนกระทั่งในปี ค.ศ.1988 ได้มีการแก้ไขรัฐธรรมนูญฉบับปี 1957 โดยการจัดโครงสร้างของศาลใหม่เพื่อไม่ให้ศาลชารีอะห์และศาลแพ่งมีเขตอำนาจทับซ้อนกัน โดยจำกัดเขตอำนาจของศาลแพ่งไม่ให้มีอำนาจในการพิจารณาคดีที่อยู่ในเขตอำนาจของศาลชารีอะห์ แต่อย่างไรก็ตามปัญหาความซ้อนทับของเขตอำนาจศาลก็ไม่ได้ถูกแก้ไขให้หมดไปเสียทั้งหมด ยังคงมีปัญหาในเรื่องเขตอำนาจศาลเช่นในกรณีการตัดสินคดีที่มีผู้เปลี่ยนศาสนาจากอิสลามมาเป็นคริสเตียน หรือคดีจัดการทรัพย์สินมรดกที่มีผู้เกี่ยวข้องที่ไม่ใช่มุสลิม ตลอดจนถึงคดีครอบครัวในเรื่องการปกครองเด็กหรือการหย่า และคดีที่มีคู่พิพาทฝ่ายหนึ่งไม่ใช่มุสลิม ความไม่เป็นเอกภาพในการใช้กฎหมายอิสลามโดยระบบศาลชารีอะห์ในประเทศมาเลเซียยังคงเป็นปัญหาที่ปรากฏอยู่ เนื่องจากการดำเนินงานและอำนาจการตัดสินใจยังคงอยู่ที่เจ้าหน้าที่ของแต่ละมลรัฐ และยังไม่มีแนวทางในการดำเนินการของศาลชารีอะห์ของแต่ละมลรัฐที่ชัดเจนเพื่อให้ระบบกฎหมายมีแนวทางไปในทางเดียวกัน จนกระทั่งปี ค.ศ.1998 รัฐบาลกลางพยายามแก้ปัญหาดังกล่าวโดยการจัดตั้งหน่วยงานกลางขึ้นเพื่อเข้ามาดูแลคือ Department of Syariah Judiciary Malaysia (JKSM) และมีการสร้างหน่วยงานระดับมลรัฐเพื่อมาประสานงานกับหน่วยงานของรัฐบาลกลางดังกล่าวในการดำเนินการปฏิรูประบบของศาลชารีอะห์ให้ไปในทิศทางเดียวกันเพื่อสร้างเอกภาพในกฎหมายอิสลามและเพิ่มประสิทธิภาพของศาลชารีอะห์ในแต่ละมลรัฐ เช่นการดำเนินการของศาลในการออกคำสั่งใด ๆ ในมลรัฐหนึ่งสามารถนำมาใช้ได้ในอีกมลรัฐหนึ่งได้ การพัฒนาบุคลากรทั้งในส่วนผู้พิพากษาอัยการทางชารีอะห์ และผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาท (Sulh) ตลอดจนการพัฒนาในเรื่องสถานที่และสวัสดิการแก่เจ้าหน้าที่ผู้ปฏิบัติงานในศาลชารีอะห์ตามมลรัฐต่าง ๆ แต่อย่างไรก็ตามการดำเนินการของ JKSM กับแต่ละมลรัฐเป็นการดำเนินการแบบความสมัครใจของแต่ละมลรัฐซึ่งขึ้นอยู่กับสุลต่านของแต่ละมลรัฐ ทั้งนี้เขตอำนาจศาลชารีอะห์ยังคงมีขอบเขตและถือว่าเป็นกฎหมายภายในแต่ละมลรัฐเท่านั้น[142]

[142] Ramizah W. Muhammad, *op. cit.,* pp. 249-253.

3) อินโดนีเซีย

ในอินโดนีเซียภายหลังจากได้รับเอกราชจากการเป็นอาณานิคมของเนเธอร์แลนด์ ในปี ค.ศ.1950 โครงสร้างทางระบบกฎหมายยังคงสืบทอดรูปแบบมาจากยุคอาณานิคม กล่าวคือยังคงมีระบบศาลจารีตประเพณีหรือ Adat และศาลศาสนาอิสลามหรือศาลชารีอะห์ กฎหมายที่ว่าด้วยการพาณิชย์หรือทรัพย์สินอุตสาหกรรมยังคงใช้กฎหมายเดิมก่อนได้รับเอกราชที่เป็นของเนเธอร์แลนด์ ส่วนในเรื่องเกี่ยวกับครอบครัว กฎหมายที่บังคับใช้แยกตามความเชื่อของชนแต่ละศาสนาเช่น คริสเตียนยังคงใช้กฎหมายสมรสของชาวคริสเตียน ในขณะที่กฎหมายที่เคยใช้กับชาวยุโรปในดินแดนอินโดนีเซียสมัยก่อนได้รับเอกราชก็นำมาใช้กับคนจีน หรือนำมาใช้ในลักษณะเป็นกฎหมายทั่วไปกับประชากรชาวอินโดนีเซีย แต่อย่างไรก็ตามกฎหมายอิสลามและศาลชารีอะห์ในอินโดนีเซียได้มีการพัฒนาขึ้นมากกว่าในช่วงอาณานิคม โดยที่สมัยอาณานิคมนั้นเนเธอร์แลนด์ได้ให้การใช้กฎหมายจารีตประเพณีท้องถิ่นมีอำนาจเหนือกว่าการใช้กฎหมายอิสลามและศาลชารีอะห์ ในช่วงปีแรกๆของการได้รับเอกราชศาลชารีอะห์ได้รับผลกระทบหลายประการ อาทิเช่น การจัดการกิจการภายใน ทั้งภาวะขาดแคลนเงินทุนในการพัฒนาบุคลากรและการมีกระบวนการพิจารณาที่ไม่แน่นอน และที่สำคัญศาลชารีอะห์เป็นเพียงส่วนหนึ่งของความหลากหลายทางเชื้อชาติ ศาสนา และระบบกฎหมายในประเทศภายหลังได้รับเอกราช และเมื่อมีการจัดโครงสร้างระบบศาลของประเทศออกเป็น 3 ศาล คือ ศาลชั้นต้น ศาลอุทธรณ์ และศาลฎีกา ก็ยังมิได้จัดรวมทั้งศาลจารีตประเพณี (Adat) และศาลชารีอะห์เข้าไปไว้ในระบบศาลดังกล่าว แต่ได้เริ่มมีการจัดการระบบศาลชารีอะห์และศาล Adat เมื่อปี ค.ศ.1957 โดยที่ทั้งศาลศาสนาและศาลจารีตประเพณีดังกล่าวได้เป็นข้อถกเถียงว่าควรจะถูกยุบเลิกหรือไม่ เพื่อการจัดระบบกฎหมายในประเทศที่ต้องการสร้างระบบกฎหมายในแบบรัฐฆราวาส แต่ในที่สุดแล้วกลุ่มชนอินโดนีเซียส่วนใหญ่ก็ยังคงต้องการศาลในทั้งสองรูปแบบดังกล่าวเป็นเครื่องมือของรัฐ ในพื้นที่ที่ระบบกฎหมายทั่วไปไม่มีประสิทธิภาพในการบังคับใช้หรือจัดการความขัดแย้งในหมู่ชนโดยคงรักษาระบบศาลที่ใช้กฎหมายจารีตประเพณีหรือกฎหมายศาสนาไว้ ต่อมาเมื่อได้รับการพัฒนาการทั้งทางบุคลากรและการศึกษาทางกฎหมายอิสลาม ก็ได้ทำให้การใช้กฎหมายอิสลามในอินโดนีเซียขยายเพิ่มมากขึ้น ทั้งกลายมาเป็นอัตลักษณ์ทางชนชาติในการสร้างรัฐชาติสมัยใหม่ของการเป็นมุสลิม แต่อย่างไรก็ตามการบังคับคดีที่ใช้กฎหมายอิสลามในศาลชารีอะห์ก็ยังคงต้องได้รับการรับรองจากศาลแห่งรัฐ (Executoire Verklaring) จนกระทั่งเกิดกระบวนการเคลื่อนไหวเพื่อทำให้เป็นอิสลาม (Islamization) ขึ้นในอินโดนีเซียและการสร้างเอกภาพในกฎหมายอิสลามและศาลชารีอะห์ขึ้นในประเทศ ในปี ค.ศ.1989 คำตัดสินจากศาลชารีอะห์จึงมีผลบังคับได้โดยตรงโดยไม่ต้องมีการรับรองจากศาลทั่วไปแห่งรัฐอีก จนได้มีศาลชารีอะห์ในหลายพื้นที่ในเกาะต่าง ๆ ของอินโดนีเซีย ในขณะที่เขตอำนาจศาลชารีอะห์จะมีเขตอำนาจในเรื่องใดบ้างนั้นแตกต่างกันตามแต่ละพื้น บางพื้นที่จำกัดไว้แต่เฉพาะเรื่องครอบครัวหรือมรดก บางพื้นที่ขยายไปในเรื่องเกี่ยวกับการละเมิดหลักการทางศาสนาที่มีลักษณะเป็นกฎหมายอาญา[143]

2.3.2.8 การใช้กฎหมายอิสลามในปัจจุบัน

---

[143] Wael B. Hallaq, *op. cit.,* pp. 158-159.

จากจุดกำเนิดของศาสนาอิสลาม ณ ดินแดนในคาบสมุทรอาระเบียในศตวรรษที่ 7 ที่มีการเริ่มใช้กฎหมายอิสลามจนมาสู่ปัจจุบันในศตวรรษที่ 21 ผู้นับถือศาสนาอิสลามได้กระจายตัวออกไปครอบคลุมเกือบทั่วทุกภูมิภาคของโลก พร้อมกับการกระจายตัวของผู้นับถือศาสนาอิสลามนี้ กฎหมายอิสลามได้ถูกนำมาใช้ควบคู่กัน แต่อย่างไรก็ตามการใช้กฎหมายอิสลามในแต่ละรัฐหรือแต่ละพื้นที่ของโลกก็มีความแตกต่างกันตามลักษณะรูปแบบทางโครงสร้างประชากรและโครงสร้างทางกฎหมายภายในของรัฐนั้น ๆ ในที่นี้อาจแบ่งจากโครงสร้างประชากรที่มีผลต่อรูปแบบทางการใช้กฎหมายอิสลามออกเป็น 2 ลักษณะ คือ การใช้กฎหมายอิสลามในรัฐที่มีพลเมืองส่วนใหญ่เป็นมุสลิมและในรัฐที่มีพลเมืองส่วนน้อยเป็นมุสลิม

1) การใช้กฎหมายอิสลามในรัฐที่มีพลเมืองส่วนใหญ่เป็นผู้นับถือศาสนาอิสลามในโลกปัจจุบันที่กฎหมายอิสลามได้มีการพัฒนาเผยแผ่จากจุดเริ่มต้นในดินแดนคาบสมุทรอาระเบียไปสู่ส่วนต่าง ๆ ของโลก ศาสนาอิสลามได้เข้ามาเป็นส่วนหนึ่งในการสร้างรูปแบบการเมืองการปกครองในหลายๆรัฐ เนื่องจากศาสนาอิสลามมิได้เป็นเพียงหลักธรรมหรือคำสอน แต่หากเป็นดั่งเช่นธรรมนูญชีวิตและธรรมนูญการปกครอง เป็นผลให้ในบางพื้นที่ศาสนาอิสลามและกฎหมายอิสลามได้ถูกรวมเข้ากับความเป็นรัฐและกฎหมายแห่งรัฐอย่างแยกจากกันมิได้ แต่อย่างไรก็ตามในรัฐที่มีประชากรส่วนใหญ่ของประเทศนับถือศาสนาอิสลามก็ยังมีรูปแบบการใช้กฎหมายอิสลามที่แตกต่างกันโดยอาจจัดแบ่งลักษณะการใช้กฎหมายอิสลามในรัฐที่มีพลเมืองส่วนใหญ่เป็นผู้นับถือศาสนาอิสลามได้ออกเป็น 3 กลุ่ม ดังนี้

(1) กลุ่มที่หนึ่งคือรัฐที่ประกาศตนเป็นรัฐอิสลามและมิได้มีการแยกระหว่างกฎหมายศาสนาและกฎหมายแห่งรัฐ โดยนำกฎหมายอิสลามมาใช้แบบดั่งเดิมที่ยึดถืออัลกุรอาน และหะดิษ เป็นแหล่งที่มาของการใช้กฎหมายแห่งรัฐโดยตรง และบังคับใช้กับบุคคลทั้งหมดในรัฐทั้งที่เป็นบทบัญญัติทางอาญา ทางแพ่งตลอดจนนำในทางปกครองอัน ได้แก่ ราชอาณาจักรซาอุดิอาระเบีย[144]

(2) กลุ่มที่สองคือรัฐที่กฎหมายแห่งรัฐมีอิทธิพลส่วนใหญ่มาจากหลักการและบัญญัติทางศาสนาอิสลาม โดยนำหลักศาสนาอิสลามมาเป็นแหล่งที่มาของกฎหมาย (Sources of Law) โดยที่กฎหมายแห่งรัฐจะขัดกับหลักศาสนาอิสลามไม่ได้ แต่การตรากฎหมายและการใช้กฎหมายจะแตกต่างจากระบบกฎหมายอิสลามแบบดั่งเดิม โดยมีสภานิติบัญญัติเพื่อออกกฎหมาย โดยจะมีการนำบทบัญญัติทางศาสนาอิสลามมาบัญญัติเป็นกฎหมายแห่งรัฐทั้งในทางแพ่ง

---

[144] Esther van Eijk, “Sharia and National Law in Saudi Arabia,” In **Sharia Incorporated a Comparative Overview of the Legal Systems of Twelve Muslim Countries in Past and Present**, Jan Michiel Otto, ed. (The Netherlands: Leiden University Press, 2010), p. 156.

และทางอาญา ประเทศในกลุ่มนี้ได้แก่ ปากีสถาน[145] อียิปต์[146] อัฟกานิสถาน[147] แต่อย่างไรก็ตามในบางรัฐอาจบังคับใช้กฎหมายอิสลามทั้งทางแพ่งและทางอาญากับผู้นับถือศาสนาอิสลามในบางพื้นที่เท่านั้นเช่นใน มาเลเซีย และอินโดนีเซีย

(3) กลุ่มที่สามคือรัฐที่แม้จะมีประชากรส่วนใหญ่เป็นมุสลิมแต่ประกาศตนว่าเป็นรัฐฆราวาส (Secular State) โดยที่รัฐค่อนข้างจะให้เสรีภาพทางศาสนา และมีการแยกระบบกฎหมายแห่งรัฐที่มีที่มาจากหลักการกฎหมายทั่วไป (Secular Law) และ กฎหมายศาสนา (Religious Law) อย่างชัดเจนเช่นเดียวกับประเทศที่เป็นรัฐฆราวาสอื่นที่การตรากฎหมายหรือการใช้กฎหมายทั่วไปไม่อาจอ้างอิงกับศาสนาใดศาสนาหนึ่งได้ เนื่องจากมีข้อจำกัดของรัฐธรรมนูญหรือระบบกฎหมายที่ต้องสร้างความเป็นรัฐฆราวาส ในกลุ่มนี้พลเมืองจึงได้รับหลักประกันในเรื่องเสรีภาพในการนับถือศาสนาไว้ในรัฐธรรมนูญ กฎหมายทั่วไปที่ใช้โดยส่วนใหญ่จะเป็นระบบกฎหมายแบบตะวันตกซึ่งได้อิทธิพลมาจากช่วงยุคอาณานิคม เช่นระบบกฎหมาย Common Law แบบอย่างอังกฤษ หรือระบบกฎหมายประมวลที่ได้รับแบบอย่างจากฝรั่งเศส หรือระบบกฎหมายเนเธอร์แลนด์ แต่ยังคงมีการนำกฎหมายอิสลามมาบังคับใช้แต่เฉพาะเรื่องเช่นเรื่องครอบครัวและมรดกกับหมู่ชนมุสลิม ประเทศที่อยู่ในกลุ่มนี้ได้แก่ ตุรกี มาลี[148] เป็นต้น

2) การใช้กฎหมายอิสลามในรัฐที่มีพลเมืองส่วนน้อยเป็นผู้นับถือศาสนาอิสลามในขณะที่รัฐที่มีผู้นับถือศาสนาอิสลามเป็นพลเมืองส่วนน้อยของรัฐนั้น ก็ปรากฏการใช้กฎหมายอิสลามในรูปแบบแตกต่างกันอันเนื่องมาจากเหตุผลทางประวัติศาสตร์การเมืองและประชากรที่รัฐอาจผ่านช่วงยุคอาณานิคมที่ชาติมหาอำนาจได้นำระบบกฎหมายยุโรปมาใช้ในดินแดนเหล่านี้ และเมื่อได้รับเอกราชแล้วพลเมืองในรัฐที่มีความหลากหลายยังคงได้รับความคุ้มครองในการที่จะได้นำรูปแบบกฎหมายตามความเชื่อหรือสถานะบุคคลของตนมาใช้ หรือในรัฐที่แม้มีผู้นับถือศาสนาอิสลามเป็นพลเมืองส่วนน้อยแต่มีชนชาวมุสลิมอาศัยอยู่ในบางพื้นที่อย่างหนาแน่นแล้วมีการใช้กฎหมายอิสลามในพื้นที่ในลักษณะกฎหมายเฉพาะ ซึ่งการใช้กฎหมายอิสลามในรัฐที่มีพลเมืองส่วนน้อยที่เป็นมุสลิมนี้

---

[145] Martin Lau “Sharia and National Law in Pakistan,” In **Sharia Incorporated a Comparative Overview of the Legal Systems of Twelve Muslim Countries in Past and Present**, Jan Michiel Otto, ed. (The Netherlands: Leiden University Press, 2010), p. 410.

[146] Maurits Berger and Nadia Sonneveld, “Sharia and National Law in Egypt,” In **Sharia Incorporated a Comparative Overview of the Legal Systems of Twelve Muslim Countries in Past and Present**, Jan Michiel Otto, ed. (The Netherlands: Leiden University Press, 2010), p. 73.

[147] Nadjma Yassari and Mohammad Hamid Saboory, “Sharia and National Law in Afghanistan,” In **Sharia Incorporated a Comparative Overview of the Legal Systems of Twelve Muslim Countries in Past and Present**, Jan Michiel Otto, ed. (The Netherlands: Leiden University Press, 2010), p. 298.

[148] Jan Michiel Otto, “Towards Comparative Conclusions on the Role of Sharia in National Law,” ın **Sharia Incorporated a Comparative Overview of the Legal Systems of Twelve Muslim Countries in Past and Present,** Jan Michiel Otto, ed. (The Netherlands: Leiden University Press, 2010), p. 643.

รัฐอาจออกกฎหมายให้มีการนำกฎหมายอิสลามมาบังคับใช้หรือยอมรับสถานะทางกฎหมายอิสลามอย่างชัดเจน ในลักษณะกฎหมายสถานะบุคคลที่ใช้กับแต่พลเมืองที่เป็นชาวมุสลิมและจำกัดเฉพาะแต่ในเรื่องความสัมพันธ์ทางครอบครัวและมรดก ซึ่งในกลุ่มประเทศเหล่านี้ก็ยังมีความแตกต่างกันในรูปแบบเฉพาะทั้งในกระบวนการทางศาลและขอบเขตของพื้นที่ที่นำกฎหมายอิสลามมาใช้ ซึ่งในบางรัฐอาจมีการจัดตั้งศาลศาสนาอิสลามขึ้นโดยเฉพาะเพื่อพิจารณาคดีโดยใช้กฎหมายอิสลาม (Sharia Courts) หรืออาจมีการจัดตั้งองค์กรกึ่งตุลาการ (Quasi-Judicial Body) ที่อยู่ภายใต้องค์กรตามกฎหมายบริหารศาสนาอิสลามที่มิได้อยู่ภายใต้องค์กรของศาลแห่งรัฐโดยตรง หรือแม้แต่ในรูปแบบที่ไม่มีศาลหรือองค์กรเฉพาะแต่ศาลแห่งรัฐ (Civil Courts) โดยผู้พิพากษาของศาลเป็นผู้นำกฎหมายอิสลามมาใช้โดยถือว่ากฎหมายอิสลามเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายแห่งรัฐ

นอกจากนี้ยังปรากฏรูปแบบการใช้กฎหมายอิสลามในประเทศที่รัฐมิได้มีกฎหมายเฉพาะหรือบทบัญญัติใดกล่าวถึงกฎหมายอิสลาม แต่มีการนำกฎหมายอิสลามมาใช้โดยการจัดตั้งกระบวนการระงับข้อพิพาทโดยเอกชนที่นำกฎหมายอิสลามมาใช้กันเองระหว่างหมู่ชนมุสลิมในลักษณะ Community Courts โดยที่กฎหมายแห่งรัฐอาจเปิดช่องให้ศาลแห่งรัฐรับเอาคำชี้ขาดหรือการใช้กฎหมายอิสลามผ่านกฎหมายว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของแต่ละรัฐ

ทั้งนี้อาจจัดรูปแบบการใช้กฎหมายอิสลามในรัฐที่พลเมืองส่วนน้อยเป็นผู้นับถือศาสนาอิสลามได้ดังนี้คือ

รูปแบบที่ 1 มีกฎหมายสถานะบุคคลแยกตามศาสนาหรือกลุ่มชนหลายกลุ่ม (Personal Status System) ซึ่งกฎหมายอิสลามเป็นกฎหมายหนึ่งเป็นนำมาใช้กับนิติสัมพันธ์ทางครอบครัวและมรดกของชนชาวมุสลิมในรัฐ (Muslim Personal Law) โดยที่ในบางรัฐอาจมีการจัดตั้งศาลศาสนาตามแต่ละศาสนาขึ้น โดยที่พลเมืองในรัฐอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายศาสนานั้น ๆ ตามสถานะของบุคคลและเมื่อมีข้อพิพาทเกี่ยวกับครอบครัวและมรดก คดีจะเข้าสู่ศาลตามศาสนาที่บุคคลนั้นนับถือ แต่อย่างไรก็ตามศาลศาสนาที่ตั้งขึ้นยังอยู่ภายใต้ระบบศาลของรัฐที่ไม่ได้เป็นเอกเทศ ศาลสูงยังสามารถตรวจทานหรือกลับคำพิพากษาของศาลศาสนาได้ พบรูปแบบนี้ในระบบกฎหมายสถานะบุคคลของอิสราเอล[149] เคนยา[150] หรือในบางรัฐอาจไม่มีการตั้งศาลศาสนาอิสลามขึ้นเพื่อเป็นศาลพิจารณาคดีเฉพาะ ทั้งนี้กระบวนการทางกฎหมายยังคงต้องเข้าสู่ศาลทั่วไปของรัฐ (Civil Courts) แต่มีกฎหมายบัญญัติให้ศาลแห่งรัฐต้องยอมรับการนำกฎหมายอิสลามหรือการปฏิบัติตามหลักศาสนาอิสลามให้มีผลทางกฎหมาย ซึ่งผู้ใช้หรือตีความกฎหมายอิสลามจะเป็นผู้พิพากษาในศาลของรัฐ พบ

---

[149] Yuksel Sezgin, “A Political Account for Legal Confrontation between State and Society: The Case of Israeli Legal Pluralism,” **Studies in Law, Politics and Society,** p. 198.

[150] Kenya มีประชากรมุสลิมประมาณร้อยละ 11.1 หรือราว ๆ 4.3 ล้านคน มีระบบกฎหมายสถานะบุคคลที่ใช้อยู่ 4 ระบบ คือ กฎหมายสถานะบุคคลสำหรับชาวแอฟริกา ชาวฮินดู ชาวมุสลิม และชาวยุโรป แต่มีศาล Kadhi's Courts ที่เป็นศาลเฉพาะที่มีเขตอำนาจศาลพิจารณาคดีครอบครัวและมรดกของชาวมุสลิมโดยนำกฎหมายอิสลามมาใช้; Kenya Legal Resources, **History of the Law of Succession in Kenya,** Retrieved May 22, 2017 from http://www. kenyalawresource center.org/2011/07/history-of-law-of-succession-in-kenya .html

รูปแบบนี้ในระบบกฎหมายสถานะบุคคลของอินเดีย[151] นอกจากนี้ในบางรัฐยังมีการจัดตั้งองค์กรหรือหน่วยงานที่นำกฎหมายอิสลามมาใช้ในการจดทะเบียนรับรองทั้งด้านการสมรส การหย่า ที่สามารถออกคำสั่งหรือชี้ขาดเบื้องต้นได้ภายใต้องค์กรทางศาสนาเป็นรูปแบบองค์กรกึ่งตุลาการ (Quasi-Judicial Body) แต่ในส่วนของข้อพิพาทเกี่ยวด้วยมรดกยังคงเข้าสู่ศาลแห่งรัฐโดยนำกฎหมายอิสลามมาใช้โดยผู้พิพากษาในศาลแห่งรัฐ พบรูปแบบนี้ในระบบกฎหมายสถานะบุคคลของศรีลังกา[152]

รูปแบบที่ 2 มีกฎหมายที่ใช้กับพลเมืองทั่วไปของรัฐ และมีกฎหมายบัญญัติเฉพาะให้ใช้กฎหมายอิสลามแต่กับหมู่ชนที่เป็นมุสลิมในรัฐเฉพาะแต่เรื่องสถานะบุคคล ความสัมพันธ์ทางครอบครัวและมรดก อาจมีการจัดตั้งศาลศาสนาอิสลาม องค์กรกึ่งตุลาการ หรือมีรูปแบบให้ศาลของรัฐนำกฎหมายอิสลามมาใช้เป็นการเฉพาะในศาล ดั่งเช่นที่ปรากฏในประเทศสิงคโปร์ ฟิลิปปินส์ กรีซ และประเทศไทย ทั้งนี้อาจมีการกำหนดอาณาเขตการใช้กฎหมายเป็นบางพื้นที่ของรัฐเท่านั้นไม่ครอบคลุมพื้นที่ทั้งหมดของรัฐเช่นในประเทศไทย และกรีซ โดยในบางรัฐอาจมีการจัดตั้งศาลศาสนาอิสลามขึ้นเป็นพิเศษมีเขตอำนาจศาลเฉพาะเพื่อพิจารณาคดีที่ใช้กฎหมายอิสลาม แต่ศาลศาสนาอิสลามยังคงอยู่ภายใต้ระบบศาลของรัฐที่ไม่ได้เป็นเอกเทศ ศาลสูงยังสามารถตรวจทานหรือกลับคำพิพากษาของศาลศาสนาอิสลามได้ และอาจมีกฎหมายจัดตั้งองค์กรหรือหน่วยงานที่นำกฎหมายอิสลามมาใช้ในการจดทะเบียนรับรองทั้งด้านการสมรส การหย่า หรือสามารถออกคำสั่งหรือชี้ขาดตัดสินคดีความที่เกี่ยวกับครอบครัว หรือการสมรสที่เกิดขึ้นตามหลักศาสนาอิสลาม ซึ่งองค์กรดังกล่าวภายใต้องค์กรทางศาสนาเป็นรูปแบบองค์กรกึ่งตุลาการ (Quasi-Judicial Body) แต่ในส่วนของข้อพิพาทเกี่ยวด้วยมรดกยังคงเข้าสู่ศาลแห่งรัฐโดยนำกฎหมายอิสลามมาใช้โดยผู้พิพากษาในศาลแห่งรัฐ หรือในบางรัฐอาจไม่มีการตั้งศาลศาสนาอิสลามขึ้นเพื่อเป็นศาลพิจารณาคดีเฉพาะ ทั้งนี้กระบวนการทางกฎหมายยังคงต้องเข้าสู่ศาลทั่วไปของรัฐ (Civil Courts) แต่มีกฎหมายบัญญัติให้ศาลแห่งรัฐต้องยอมรับการนำกฎหมายอิสลามหรือการปฏิบัติตามหลักศาสนาอิสลามให้มีผลทางกฎหมายในเฉพาะบางพื้นที่ ซึ่งผู้ใช้หรือตีความกฎหมายอิสลามในศาลจะถือว่าเป็นผู้พิพากษาในศาลของรัฐ ทั้งนี้อาจมีเจ้าหน้าที่พิเศษนั่งพิจารณาคดีสมทบ (Lay Assessor) กับผู้พิพากษา พบรูปแบบนี้ในลักษณะการใช้

---

[151] Jayanth K. Krishnan and Marc Galanter, **Personal Law and Human Rights in India and Israel,** Retrieved December 12, 2018 from http://www.repository.law.indiana.edu/facpub/419

[152] Aquinas V. Tambimuttu, **Sri Lanka: Legal Research and Legal System,** Retrieved December 12, 2018 from http://www.nyulawglobal.org/globalex/Sri_Lanka.html#PersonalLaws

กฎหมายอิสลามใน ประเทศแทนซาเนีย (Mainland Tanzania)[153] ในพื้นที่ Western Thrace Region ของประเทศกรีซ[154] ในพื้นที่ 4 จังหวัดภาคใต้ของประเทศไทย

รูปแบบที่ 3 ไม่มีกฎหมายที่บัญญัติถึงการให้นำกฎหมายอิสลามมาใช้ในฐานะกฎหมายบ้านเมืองของรัฐ แต่มีรูปแบบการนำกฎหมายอิสลามมาใช้ในการระงับข้อพิพาทระหว่างผู้นับถือศาสนาอิสลามด้วยกันเอง เป็นลักษณะศาลชุมชน (Community Courts) ที่จัดตั้งขึ้นโดยเอกชนภายใต้หลักการของบทบัญญัติของกฎหมายว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของรัฐนั้น ๆ เช่นในสหราชอาณาจักร สหรัฐอเมริกา[155] ซึ่งการใช้กฎหมายอิสลามรูปแบบนี้เกิดจากการที่มีการย้ายถิ่นฐานของชาวมุสลิมเข้าสู่ดินแดนตะวันตก ทั้งในยุโรป และอเมริกาเป็นจำนวนมาก โดยชนชาวมุสลิมอพยพเหล่านี้ยังคงมีการสร้างชุมชนของตนที่คงอัตลักษณ์หรือการยึดมั่นกับการใช้กฎหมายอิสลามในชุมชนของตน แม้ในบางประเทศจะยังเป็นข้อถกเถียงเรื่องการนำกฎหมายอิสลามมาใช้ในฐานะกฎหมาย

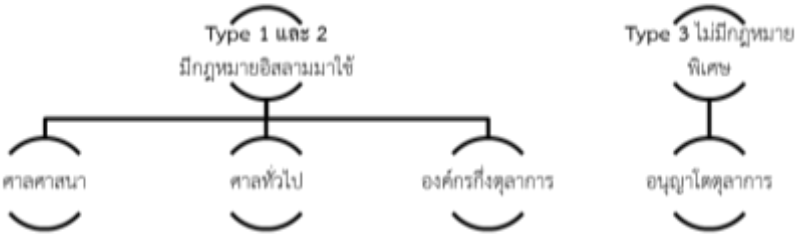
---

[153] แทนซาเนียเป็นสหสาธารณรัฐที่มีการแยกระบบการใช้กฎหมายออกเป็น 2 พื้นที่คือ Mainland Tanzania และ the Revolutionary Government of Zanzibar โดยที่ Mainland Tanzania มีประชากรมุสลิมประมาณร้อยละ 15 ไม่มีศาลศาสนาอิสลาม แต่คดีที่เกี่ยวกับครอบครัวหรือมรดกที่จะนำกฎหมายอิสลามหรือกฎหมายพื้นเมืองมาใช้จะเข้าสู่ศาล Primary Courts ซึ่งมี Magistrates นั่งพิจารณาคดีควบคู่กับผู้เชี่ยวชาญสมทบ (Lay Assessors) ในขณะที่ในพื้นที่ของ the Revolutionary Government of Zanzibar ซึ่งเป็นเขตปกครองตนเองมีประชากรมุสลิมประมาณร้อยละ 99 และมีการจัดตั้งศาล Kadhi's Courts แยกขึ้นมาเฉพาะเพื่อพิจารณาคดีครอบครัวและมรดกของมุสลิม; Bahame Tom Nyanduga and Christabel Manning, **Guide to Tanzanian Legal System and Legal Research,** Retrieved May 22, 2017 from http://www.nyulawglobal.org/globalex/ Tanzania.html

[154] ประชากรมุสลิมใน Western Thrace จัดว่าเป็นชนกลุ่มน้อยที่เกิดขึ้นจากสนธิสัญญา The Treaty of Lausanne ค.ศ.1923 ระหว่างตุรกีฝ่ายหนึ่ง กับหลายประเทศประกอบด้วย กรีซ อิตาลี ญี่ปุ่น ฝรั่งเศส โรมาเนีย และ สหราชอาณาจักร อันเนื่องมาจากการจบสงครามระหว่างอาณาจักรออตโตมานและอาณาจักรต่าง ๆ ของยุโรป เป็นผลให้มีการกำหนดเขตแดนขึ้นกันใหม่ระหว่างประเทศตุรกีและประเทศกรีซในพื้นที่ Western Thrace Region และนำไปสู่การแลกเปลี่ยนประชากรระหว่าง 2 ประเทศ คือชาวเติร์กที่อยู่ใน Western Thrace Region และชาวกรีกที่อยู่ในดินแดนประเทศตุรกี แต่อย่างไรก็ตามยังมีชนชาวมุสลิมในพื้นที่ดังกล่าวที่มิได้ทำการย้ายถิ่นในการแลกเปลี่ยนประชากรดังกล่าว ทั้งนี้สนธิสัญญาจึงได้มีบทคุ้มกันชนกลุ่มน้อยชาวมุสลิมเหล่านี้ไว้ให้รัฐบาลกรีซยังคงต้องยอมรับสิทธิของชนกลุ่นน้อยและการปฏิบัติตามหลักศาสนาอิสลามของชนกลุ่มน้อยมุสลิมเหล่านี้ในการนำกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดกมาใช้ ซึ่งปัจจุบันมีการแต่งตั้งมุฟตีย์ (Mufti) ใน 3 เมืองใน Western Thrace Region เพื่อทำหน้าที่ทั้งด้านการบริหารกิจการศาสนา และตัดสินคดีที่เกี่ยวกับมรดกและครอบครัวของชนมุสลิม แต่อย่างไรก็ตามคำตัดสินชี้ขาดของมุฟตีย์ในเรื่องความสัมพันธ์ทางครอบครัวและมรดกยังต้องได้รับการรับรองจากศาลแห่งรัฐของกรีซก่อนจึงจะมีผลทางกฎหมาย ทั้งนี้ตามหลักการแล้วมุสลิมในพื้นที่สามารถเลือกว่าจะนำข้อพิพาทของตนสู่ศาลแห่งรัฐหรือสู่การพิจารณาของมุฟตีย์ได้ โดยมิได้เป็นบทบังคับให้มุสลิมทุกคนในพื้นที่ต้องอยู่ภายใต้อำนาจตัดสินคดีของมุฟตีย์แต่อย่างใด

[155] Adam S. Hofri-Winogradow, *op. cit.,* p. 104.

คู่ขนานกับระบบกฎหมายของรัฐ ซึ่งอาจเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐานในเรื่องความเท่าเทียมกันระหว่างเพศ จนมีออกกฎหมายห้ามการนำกฎหมายศาสนามาใช้ในข้อพิพาทเกี่ยวกับครอบครัวผ่านกลไกอนุญาโตตุลาการในบางประเทศเช่นในแคนาดา



ภาพที่ 2.3 แสดงลักษณะการนำกฎหมายอิสลามมาใช้ในแต่ละรูปแบบ Judicial Systems

บทที่ 3

การบริหารงานยุติธรรมอิสลามในประเทศที่มีมุสลิมเป็นพลเมืองส่วนน้อย

ในบทนี้จะกล่าวถึงการบริหารงานยุติธรรมอิสลามในประเทศที่มีมุสลิมเป็นประชากรส่วนน้อย 4 ประเทศ ได้แก่ สิงคโปร์ ศรีลังกา ฟิลิปปินส์ และสหราชอาณาจักร เนื่องจากในแต่ละประเทศมีโครงสร้างการใช้กฎหมายทั้งในทางเนื้อหา ระบบศาลและองค์กรที่ใช้กฎหมายแตกต่างกัน ซึ่งมีรูปแบบองค์กรตัดสินคดีทั้ง 4 รูปแบบ คือ ศาลทั่วไป ศาลศาสนาอิสลามที่จัดตั้งขึ้นโดยเฉพาะ องค์กรกึ่งตุลาการ และกระบวนการอนุญาโตตุลาการที่มีศาลแห่งรัฐเป็นผู้ออกคำบังคับให้ ซึ่งนอกจากการใช้กฎหมายอิสลามใน 4 ประเทศดังกล่าวจะมีรูปแบบองค์การใช้กฎหมายที่ครอบคลุมในทั้ง 4 รูปแบบที่สามารถศึกษาและอาจนำมาปรับใช้กับประเทศไทยได้แล้ว ในประเทศทั้ง 4 ยังมีจำนวนประชากรมุสลิมที่แม้จะเป็นประชากรส่วนน้อยแต่ก็มีจำนวนเป็นอันดับสองรองจากจำนวนประชากรที่นับถือศาสนาหลักของประเทศนั้น ๆ ซึ่งมีลักษณะที่ใกล้เคียงกับประเทศไทย

นอกจากนี้เนื่องจากสิงคโปร์ และศรีลังกา ได้ถูกวางรากฐานทางโครงสร้างในระบบการให้ใช้กฎหมายอิสลามโดยอังกฤษผู้เคยเป็นเจ้าอาณานิคมของทั้ง 2 ประเทศ แม้ต่อมาสิงคโปร์ได้มีการพัฒนารูปแบบระบบการใช้กฎหมายอิสลามอย่างต่อเนื่องมาจนถึงปัจจุบัน เป็นผลให้โครงสร้างระบบการใช้กฎหมายอิสลามของทั้ง 2 ประเทศมีลักษณะแตกต่างกัน แต่ทั้งนี้ยังมีข้อพิจารณาในเรื่องรากฐานโครงสร้างในการใช้กฎหมายอิสลามแบบพหุนิยมทางกฎหมายแห่งรัฐของประเทศไทยด้วยว่าเมื่อมีการให้ใช้กฎหมายอิสลามในบริเวณเจ็ดหัวเมืองในสมัยรัชกาลที่ 5 ซึ่งปัจจุบันคือพื้นที่ จังหวัดปัตตานี ยะลา นราธิวาส ก็ได้มีการรับเอารูปแบบการให้ใช้กฎหมายอิสลามในลักษณะพหุนิยมทางกฎหมายเช่นนี้มาจากอังกฤษที่นำระบบการใช้กฎหมายอิสลามกับชนพื้นถิ่นในดินแดนรัฐมลายูข้างเคียงของไทยมาปรับใช้ แต่ต่อมาได้มีการเปลี่ยนแปลงรูปแบบระบบการใช้กฎหมายอิสลามนี้ เมื่อมีการนำแนวนโยบายรัฐนิยมมาใช้ในสมัยรัฐบาล จอมพล ป. พิบูลสงคราม และแม้ต่อมาได้บัญญัติให้นำกฎมายอิสลามกลับมาใช้อีกครั้งในปี พ.ศ.2489 จึงทำให้ระบบการใช้กฎหมายอิสลามของประเทศไทยมีความแตกต่างอย่างชัดเจนจากระบบการใช้กฎหมายอิสลามของรัฐอื่นที่มีจุดเริ่มต้นในการใช้ระบบกฎหมายแบบพหุนิยมนี้ ซึ่งข้อสังเกตดังกล่าวข้างต้นอาจทำให้สามารถมองย้อนพิเคราะห์กลับไปได้ว่า เมล็ดพันธุ์แบบเดียวกันแต่บำรุงรักษาตัดแต่งกิ่งก้านโดยคนที่แตกต่างกันอาจได้ผลผลิตที่แตกต่างกัน ในขณะที่รูปแบบการใช้ฎหมายอิสลามของฟิลิปปินส์เป็นกฎหมายที่มีผลจากความขัดแย้งอย่างรุนแรงของคนในชาติที่มี วัฒนธรรม ชาติพันธุ์ และศาสนาที่แตกต่างกัน จนเกิดเป็นสงครามกลางเมืองในดินแดนทางตอนใต้ของฟิลิปปินส์ จนเป็นเหตุให้รัฐบาลของฟิลิปปินส์ในขณะนั้นต้องออกกฎหมายเพื่อบรรเทาความขัดแย้ง โดยจะเห็นว่ากฎหมายของประเทศฟิลิปปินส์มีลักษณะที่รัฐสร้างระบบกฎหมายมาตอบสนองตามข้อเรียกร้องของกลุ่มชนมุสลิมทางตอนใต้ แต่เมื่อกฎหมายได้ออกใช้แล้วก็ยังคงประสบปัญหาในทางปฏิบัติและความขัดแย้งในพื้นที่ดังกล่าวยังคงดำเนินอยู่ต่อมาจวบจนปัจจุบัน ซึ่งรูปแบบการใช้กฎหมายอิสลามของแต่ละประเทศที่มีรูปแบบที่แตกต่างกันนี้สามารถนำมา

ศึกษาวิเคราะห์หาข้อดีข้อด้อยของแต่ละรูปแบบตามที่ปรากฏอยู่เพื่อนำมาปรับใช้กับประเทศไทยได้ต่อไป

โดยในบทนี้จะเริ่มจากการกล่าวถึงการบริหารงานยุติธรรมอิสลามในสิงคโปร์ ที่ได้พัฒนาระบบการใช้กฎหมายอิสลามมาตั้งแต่สมัยอยู่ภายใต้อาณานิคมของอังกฤษ และเมื่อได้รับเอกราช สิงคโปร์ยังคงรูปแบบการใช้กฎหมายอิสลามในลักษณะพหุนิยมทางกฎหมายไว้ ที่ให้นำกฎหมายอิสลามเรื่องครอบครัวและมรดกมาใช้กับพลเมืองที่เป็นมุสลิมที่แตกต่างจากพลเมืองอื่นที่มิได้เป็นผู้นับถือศาสนาอิสลาม โดยที่ได้มีการบัญญัติองค์กรต่าง ๆ เพื่อบริหารจัดการการใช้กฎหมายอิสลามอย่างเป็นระบบทั้งที่เป็นองค์กรรับรองทางทะเบียน และองค์กรตัดสินคดีอันได้แก่ ศาลชารีอะห์ (Syariah Court) แต่กระนั้นการใช้กฎหมายอิสลามในส่วนคดีมรดกแม้สิงคโปร์จะบัญญัติให้นำกฎหมายอิสลามมาใช้กับพลเมืองที่เป็นมุสลิม แต่คดีก็เข้าสู่ระบบศาลทั่วไปแห่งรัฐมิได้เข้าสู่ศาลชารีอะห์แต่อย่างใด

จากนั้นจะกล่าวถึงการบริหารงานยุติธรรมอิสลามในฟิลิปปินส์ ซึ่งได้บัญญัติให้นำกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดกเข้ามาเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายแห่งรัฐ โดยที่รูปแบบการใช้กฎหมายอิสลามในฟิลิปปินส์ นอกจากจะมีการจัดทำประมวลกฎหมายสถานะบุคคลมุสลิมเพื่อใช้กับชนชาวมุสลิมโดยเฉพาะแล้ว ยังได้มีการบัญญัติจัดตั้งศาลศาสนาอิสลามขึ้น ให้อยู่ภายใต้โครงสร้างระบบศาลของรัฐ อันเป็นการเชื่อมกฎหมายศาสนาอิสลามเข้าสู่ระบบการใช้กฎหมายของรัฐให้เป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน ทั้งนี้แม้การบริหารงานยุติธรรมอิสลามในประเทศฟิลิปปินส์จะยังคงประสบปัญหาทั้งในด้านบุคลากร และด้านความไม่เป็นเอกภาพในดินแดนที่ยังคงมีความไม่สงบเกิดขึ้นอยู่ซึ่งมีเหตุเชื่อมโยงกับชนมุสลิมในประเทศ แต่โครงสร้างการบริหารงานยุติธรรมอิสลามของประเทศฟิลิปปินส์ก็สมควรนำมาศึกษาและใช้เพื่อเป็นบทเรียนและแนวทางแก่ประเทศไทย

ต่อมาจะกล่าวถึงการบริหารงานยุติธรรมอิสลามในศรีลังกา ซึ่งเป็นประเทศที่ได้รับรูปแบบการใช้กฎหมายเชิงซ้อนหรือพหุนิยมทางกฎหมายมาตั้งแต่ยุคอาณานิคมเช่นเดียวกับสิงคโปร์ ทั้งนี้ศรีลังกาเป็นประเทศหนึ่งที่ยังคงลักษณะการใช้กฎหมายตามสถานะบุคคล ซึ่งมิใช่แต่ชนมุสลิมเท่านั้นที่มีกฎหมายเฉพาะใช้อยู่ ในศรีลังกามีระบบกฎหมายสถานะบุคคลถึง 4 ระบบ ทั้งนี้แม้การใช้กฎหมายอิสลามในประเทศศรีลังกาจะดูเหมือนว่ามีรูปแบบที่คล้ายกับประเทศสิงคโปร์ หากแต่โครงสร้างในกลไกการใช้กฎหมายอิสลามของประเทศศรีลังกาก็มีความแตกต่างจากทั้งสิงคโปร์และฟิลิปปินส์ เนื่องจากมีการสร้างระบบการใช้กฎหมายอิสลามโดยผ่านองค์กรกึ่งตุลาการที่เรียกว่า “ระบบกอฎี” ซึ่งจะนำมาศึกษาเปรียบเทียบเพื่อหาข้อดีข้อด้อยเพื่อนำมาปรับใช้กับประเทศไทยต่อไป

นอกจากการใช้กฎหมายอิสลามในรูปแบบที่รัฐยอมรับให้มีการใช้กฎหมายอิลสามโดยการออกกฎหมายเฉพาะและถือว่ากฎหมายอิสลามเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายภายในของรัฐ ยังปรากฏการใช้กฎหมายอิสลามในดินแดนยุโรป ที่ครั้งหนึ่งประเทศมหาอำนาจยุโรปเหล่านี้ได้เคยนำลักษณะการใช้กฎหมายเชิงซ้อนไปใช้ในดินแดนอาณานิคมที่ตนปกครอง แต่ในปัจจุบันกลับเกิดปรากฏการณ์ลักษณะตรงข้าม เนื่องจากการอพยพและการเข้ามาตั้งถิ่นฐานของชนชาวมุสลิมอย่างมากมายในหลายประเทศในยุโรป การนำกฎหมายอิสลามมาใช้ในลักษณะเป็นกฎหมายของหมู่ชนที่บังคับใช้กันเอง ได้สร้างลักษณะการใช้กฎหมายเชิงซ้อนรูปแบบใหม่ขึ้น ที่พหุนิยมทางกฎหมายมิได้ถูกกำหนดขึ้นจากอำนาจด้านบนแต่เกิดจากการที่ชนชาวมุสลิมจัดตั้งศาลของชุมชน (Community Court) เพื่อนำกฎหมายอิสลามมาใช้ผ่านช่องทางกฎหมายว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการ ซึ่งในที่นี้จะกล่าวถึงลักษณะการใช้กฎหมายอิสลามโดยผ่านช่องทางกฎหมายว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการในสหราชอาณาจักร

3.1 สิงคโปร์

3.1.1 ที่มาการใช้กฎหมายอิสลามในสิงคโปร์

ประเทศสิงคโปร์มีประชากรเป็นมุสลิมร้อยละ 15 ของประชากรทั้งหมดในสิงคโปร์ที่มีจำนวน 5.08 ล้านคน[156] หรือมีมุสลิมอยู่ราว ๆ 7.7 แสนคน แม้มุสลิมในประเทศสิงคโปร์จะเป็นประชากรส่วนน้อย แต่รัฐบาลสิงคโปร์ได้มีนโยบายปฏิบัติต่อประชากรชาวมุสลิมชนชาติมาเลย์ดั่งพลเมืองพื้นถิ่นดั้งเดิมของประเทศ ทั้งได้มีการยอมรับสิทธิและบัญญัติให้เป็นหน้าที่ของรัฐบาลในการส่งเสริมชาวมาเลย์ในด้านต่าง ๆ[157] ตลอดจนถึงการใช้กฎหมายอิสลาม และได้นำระบบกฎหมายอิสลามมาใช้กับพลเมืองที่เป็นมุสลิม คือ รัฐบัญญัติการบริหารกฎหมายมุสลิม ค.ศ.1966, Act No. 27 of 1966 (AMLA) การใช้กฎหมายอิสลามดังกล่าวก็อยู่ภายใต้กรอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยเรื่องการใช้กฎหมายบุคคลเท่าที่ไม่ขัดกับหลักกฎหมายทั่วไปในเรื่องความสงบเรียบร้อยแห่งรัฐ[158] การใช้กฎหมายอิสลามโดยผ่านกฎหมายว่าด้วยสถานะบุคคลดังกล่าวของสิงคโปร์สร้างรูปแบบระบบกฎหมายลักษณะพหุนิยมทางกฎหมายแห่งรัฐขึ้น โดยที่ระบบกฎหมายหลักของสิงคโปร์นั้นเป็นระบบกฎหมายที่มีพื้นฐานจากกฎหมายอังกฤษ ทั้งนี้ในปัจจุบันสิงคโปร์ยังคงรับเอาระบบกฎหมายอังกฤษมาใช้ในการพิจารณาคดีในศาลของตนตาม the Application of English Law Act 1993[159]

การใช้กฎหมายลักษณะพหุนิยมในสิงคโปร์มิใช่เป็นสิ่งใหม่หากแต่มีการใช้มาตั้งแต่สมัยที่สิงคโปร์ยังเป็นดินแดนภายใต้อาณานิคมของอังกฤษ ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของอาณานิคมช่องแคบ (Straits Settlements) โดยที่ก่อนหน้า ค.ศ.1880 อังกฤษก็ได้ยอมรับให้นำจารีตประเพณีท้องถิ่นและศาสนาในเรื่องพิธีกรรมทางศาสนา สมรส และมรดกอันเป็นความเชื่อทางศาสนาและจารีตประเพณีของชาวมาเลย์ในดินแดนอาณานิคมมาปรับเปลี่ยนใช้กับกฎหมายอังกฤษได้เท่าที่ไม่ขัดหลักการทางเหตุผล หลักความยุติธรรม และ หลักมนุษยชน ดังปรากฏใน the Second Charter of Justice of 1826[160] ซึ่งเป็นธรรมนูญที่บัญญัติให้มีการก่อตั้งศาลของอังกฤษ the Court of Judicature of Prince of Wales' Island, Singapore and Malacca ที่มีเขตอำนาจพิจารณาคดีในสิงคโปร์ และมะละกา อันเป็นการเริ่มต้นในการนำกฎหมายอังกฤษมาใช้ในดินแดนอาณานิคมช่องแคบอย่างเป็น

---

[156] Department of Statistics, Ministry of Trade & Industry, Republic of Singapore, **Census of Population 2010 Statistical Release 1 Demographic Characteristics, Education, Language and Religion, (January 2011),** Retrieved December 5, 2015 from http://www.singstat.gov.sg/publications/publications-and-papers/cop2010/census10_stat_release1

[157] มาตรา 152 ของรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐสิงคโปร์

[158] มาตรา 15 ของรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐสิงคโปร์

[159] Goh Yihan and Paul Tan, “Empirical Study on Development of Singapore Law,” **Singapore Academy of Law Journal** 23 (2011): 185.

[160] ธรรมนูญของอังกฤษที่ให้มีศาลที่มีเขตอำนาจในการใช้กฎหมายอังกฤษในอาณานิคมช่องแคบโดยเพิ่มดินแดนที่เป็นสิงคโปร์และมะละกา

ทางการ[161] การมีเงื่อนไขให้นำกฎหมายอังกฤษมาใช้ในการตัดสินพิพากษาคดี โดยที่สามารถปรับให้เข้ากับจารีตประเพณีและความเชื่อทางศาสนาของคนในท้องถิ่นดังกล่าวทำให้ผู้พิพากษาชาวอังกฤษได้สามารถนำหลักการที่เชื่อว่าเป็นหลักการทางศาสนาอิสลามมาอ้างเพื่อใช้ในการตัดสินคดี

ในปี ค.ศ.1880 อังกฤษได้ออกบทบัญญัติ The Straits Settlements Mahomedan Marriage Ordinance ซึ่งถือว่าเป็นกฎหมายที่ให้ใช้หลักการอิสลามฉบับแรกที่มีลักษณะกฎหมายตามสถานะบุคคลที่บังคับใช้ในสิงคโปร์ ซึ่งในบทบัญญัติดังกล่าวได้สร้างกลไกการจดทะเบียนสมรสและการหย่าตามหลักการศาสนาอิสลามแก่พลเมืองมุสลิม และในบทบัญญัติดังกล่าวยังให้อำนาจผู้ว่าการของสิงคโปร์ (Governor of Singapore) ในสมัยนั้นแต่งตั้ง “กอฎี” หรือผู้พิพากษาอิสลามมาบริหารจัดการกิจการที่เกี่ยวข้องกับศาสนาอิสลาม ต่อมาได้มีการแก้ไขบทบัญญัติดังกล่าวในปี ค.ศ.1908, 1923 และได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติให้มีการจัดตั้งศาลชารีอะห์ที่มีเขตอำนาจพิพากษาคดีเฉพาะพลเมืองที่เป็นมุสลิมขึ้นในสิงคโปร์ ในปี ค.ศ.1957[162]

ภายหลังจากที่ได้รับเอกราชในปี ค.ศ.1965 ประเทศสิงคโปร์ยังคงสืบทอดระบบกฎหมายในลักษณะพหุนิยมทางกฎหมายที่มีกฎหมายอิสลามบังคับใช้แต่เฉพาะกับพลเมืองมุสลิมซึ่งแม้ว่าจะเป็นพลเมืองส่วนน้อยของประเทศก็ตาม โดยมีการพัฒนาและปรับปรุงระบบการใช้กฎหมายอิสลามในลักษณะกฎหมายตามสถานะบุคคลมาจนถึงปัจจุบันคือ “รัฐบัญญัติการบริหารกฎหมายมุสลิม ค.ศ. 1966”

3.1.2 รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐสิงคโปร์

ภายใต้รัฐธรรมนูญของสิงคโปร์ได้มีบทบัญญัติในลักษณะส่งเสริมรูปแบบระบบกฎหมายที่เป็นพหุนิยมทางกฎหมายในการใช้กฎหมายอิสลาม ซึ่งแม้สิงคโปร์จะเป็นรัฐฆราวาส (Secular State) ซึ่งรัฐธรรมนูญสิงคโปร์ มาตรา 15 ได้บัญญัติให้พลเมืองมีสิทธิเสรีภาพในการนับถือศาสนา ประกอบพิธีกรรม และเผยแผ่ศาสนาของตน และจะไม่มีการบังคับให้บุคคลใดต้องเสียภาษีที่มีจุดประสงค์ไม่ว่าทั้งหมดหรือแต่บางส่วนเพื่อกิจการของศาสนาอื่นที่ตนมิได้นับถือ ศาสนาทุกศาสนามีสิทธิในการที่จะจัดการกิจการทางศาสนาของตน จัดตั้งองค์กรเพื่อการกุศล มีการได้มาซึ่งทรัพย์สินและใช้สอยซึ่งทรัพย์สินในกรอบของกฎหมายแห่งรัฐ ซึ่งในบทบัญญัตินี้ไม่ได้ให้อำนาจหรือสิทธิพิเศษแก่ศาสนาใดศาสนาหนึ่งที่จะกระทำการขัดกับบทบัญญัติกฎหมายทั่วไปที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย สุขอนามัยสาธารณะ หรือศีลธรรมอันดีของบ้านเมือง[163] ดังนั้นแม้จะมีระบบกฎหมายตามสถานะบุคคลขึ้นการนำกฎหมายอิสลามมาใช้ก็แต่เฉพาะที่ไม่ขัดกับรัฐธรรมนูญในบทดังกล่าว

แต่อย่างไรก็ตามรัฐธรรมนูญได้รับรองสิทธิความเป็นชนพื้นเมืองของชาวมาเลย์ไว้ ในมาตรา 152 ที่ให้เป็นความรับผิดชอบของรัฐบาลที่จะต้องรักษาผลประโยชน์ของชนกลุ่มน้อยทางศาสนาและชาติพันธุ์ในรัฐ และรัฐบาลต้องตระหนักถึงสถานะอันเป็นพิเศษของชาวมาเลย์ที่เป็นชนพื้นเมืองของชาติ ทั้งนี้ยังเป็นหน้าที่ของรัฐบาลสิงคโปร์ที่จะคุ้มครอง ปกป้อง และส่งเสริมผลประโยชน์ของชาวมาเลย์ทั้งในด้านการศึกษา การเมือง เศรษฐกิจ ศาสนา สังคมและวัฒนธรรม ตลอดจนภาษาของ

---

[161] Ahmad Nizam bin Abbas, “The Islamic Legal System in Singapore,” **Pacific Rim Law & Policy Journal** 21, 1 (January 2012): 164.

[162] *Ibid.,* p. 165.

[163] มาตรา 15 ของรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐสิงคโปร์

ชาวมาเลย์[164] ประกอบกับรัฐธรรมนูญ มาตรา 153 ได้มีบทบัญญัติเกี่ยวกับศาสนาอิสลามไว้ว่าให้มีการออกกฎหมายที่ใช้กำกับกิจการที่เกี่ยวเนื่องกับศาสนาอิสลามและมีการสร้างองค์กรหรือสถาบันที่ให้คำปรึกษาแก่ประธานาธิบดีสิงคโปร์ในเรื่องเกี่ยวกับศาสนาอิสลาม[165]

และเมื่อพิจารณาในมาตรา 12 แม้รัฐธรรมนูญจะได้บัญญัติให้คนทุกคนมีความเสมอภาคกันภายใต้กฎหมาย และจะต้องได้รับการปกป้องอย่างเท่าเทียมกันภายใต้กฎหมาย การปฏิบัติต่อพลเมืองของสิงคโปร์อย่างแตกต่างกันในทางกฎหมายในการแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งหรือในการจ้างงานในองค์กรของรัฐ ด้วยเหตุเพราะความเชื่อทางศาสนา ชาติพันธุ์ หรือถิ่นกำเนิดจะกระทำไม่ได้ ยกเว้นแต่ได้มีการบัญญัติไว้อย่างชัดแจ้งในรัฐธรรมนูญ แต่ในรัฐธรรมนูญของสิงคโปร์เองก็ได้มีบทยกเว้นไว้ถึงการมีระบบกฎหมายตามสถานะบุคคล (Personal Law) และการจ้างงานตลอดจนการมีองค์กรเฉพาะที่เกี่ยวเนื่องกับศาสนาใดศาสนาหนึ่ง ว่าไม่เป็นการขัดกับรัฐธรรมนูญ โดยที่องค์กรนั้นจะมีการจ้างงานหรือบริหารงานโดยเฉพาะแต่บุคคลในศาสนานั่น ๆ ก็ได้[166] อันเป็นการสร้างกรอบรัฐธรรมนูญขึ้นมารองรับระบบการใช้กฎหมายอิสลามในลักษณะพิเศษที่เป็นกฎหมายตามสถานะบุคคลที่มิได้ใช้บังคับเป็นการทั่วไปกับพลเมืองทุกคนในรัฐ แต่ใช้เฉพาะกับผู้นับถือศาสนาอิสลามหรือกิจการที่เกี่ยวเนื่องกับศาสนาอิสลามเท่านั้น

3.1.3 องค์กรบริหารงานยุติธรรมอิสลาม

รัฐบัญญัติการบริหารกฎหมายมุสลิม ค.ศ.1966 (Administration of Muslim Law Act, 1966) เป็นกฎหมายหลักที่ครอบคลุมการกำหนดแบบแผนและรูปแบบในการบริหารและจัดการกิจการที่เกี่ยวเนื่องกับศาสนาอิสลามและกฎหมายอิสลามในสิงคโปร์ทั้งหมด ซึ่งกฎหมายดังกล่าวได้บัญญัติให้มีสถาบันหลักขึ้น 3 สถาบัน อันประกอบไปด้วย

1. สภาศาสนาอิสลาม (Majlis Ugama Islam Singapura)
2. สำนักทะเบียนสมรสอิสลาม (Registry of Muslim Marriages)
3. ศาลชารีอะห์ (Syariah Court)

ซึ่งทั้ง 3 สถาบันดังกล่าวมีโครงสร้างและหน้าที่ที่แตกต่างกัน แต่สอดประสานรับกันครอบคลุมทุกส่วนในการบริหารและจัดการกิจการทางศาสนาอิสลามและการใช้กฎหมายอิสลามในประเทศสิงคโปร์

รัฐบัญญัติการบริหารกฎหมายมุสลิมบัญญัติให้ใช้กฎหมายอิสลามกับมุสลิมในประเทศสิงคโปร์โดยไม่ได้เป็นทางเลือกแต่เป็นการบังคับกับมุสลิมทุกคนที่จะปฏิเสธไม่ยอมรับกฎหมายอิสลามมิได้ ซึ่งรัฐบัญญัติการบริหารกฎหมายมุสลิม ได้ให้นิยามของ “มุสลิม” ไว้ว่าคือ บุคคลที่นับถือศาสนาอิสลาม และเขตอำนาจศาลชารีอะห์ที่จะนำกฎหมายอิสลามมาใช้ในคดีที่คู่กรณีเป็นมุสลิม หรือในกรณีที่การสมรสมีขึ้นภายใต้กฎหมายของมุสลิม[167] และเป็นการยอมรับกันว่าเด็กที่เกิดมาภายใต้ครอบครัวที่มีบิดามารดาที่เป็นมุสลิมจะถือว่าเป็นมุสลิมโดยกำเนิด เช่นเดียวกับผู้ที่เปลี่ยนแปลงมารับศาสนาอิสลาม

---

[164] มาตรา 152 ของรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐสิงคโปร์

[165] มาตรา 153 ของรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐสิงคโปร์

[166] มาตรา 12 ของรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐสิงคโปร์

[167] มาตรา 2 แห่งรัฐบัญญัติการบริหารกฎหมายมุสลิม ค.ศ.1966

ในขณะที่การเปลี่ยนศาสนา (Apostasy) ในประเทศสิงคโปร์เป็นสิ่งที่กระทำได้ตามกฎหมาย และมิได้เป็นเรื่องที่ผิดกฎหมายดั่งเช่นประเทศเพื่อนบ้านมาเลเซีย อย่างไรก็ตามการเปลี่ยนแปลงศาสนาเพื่อหลบเลี่ยงเขตอำนาจศาลหรือหวังผลทางคดีก็เป็นเรื่องที่ศาลไม่อนุญาตให้กระทำได้ เนื่องจากในบางครั้งการชี้ว่าบุคคลใดเป็นมุสลิมหรือไม่ต้องผ่านการพิจารณาจากศาลหรือกระบวนการลงมติความเห็นทางกฎหมาย (Fatwa) จากคณะกรรมาธิการทางกฎหมายอิสลามของสภาศาสนาอิสลาม

3.1.3.1 สภาศาสนาอิสลาม (Majlis Ugama Islam Singapura)

สภาศาสนาอิสลามแห่งสิงคโปร์ Majlis Ugama Islam Singapura (MUIS) เป็นองค์กรตั้งขึ้นตามรัฐบัญญัติการบริหารกฎหมายมุสลิม มีวัตถุประสงค์เพื่อจัดการบริหารกิจการที่เกี่ยวกับศาสนาอิสลามในสิงคโปร์ โดยมีประธาน รองประธาน มุฟตีย์ซึ่งถือว่าเป็นนักวิชาการหรือนักนิติศาสตร์อิสลาม และสมาชิกอื่นที่แต่งตั้งจากการเสนอของรัฐมนตรีและชุมชมมุสลิมและได้รับการแต่งตั้งโดยประธานาธิบดี

รัฐบัญญัติการบริหารกฎหมายมุสลิม ได้บัญญัติหน้าที่ของสภาศาสนาอิสลามแห่งสิงคโปร์ไว้ดังนี้[168]

1) ให้คำปรึกษาแก่ประธานาธิบดีในเรื่องเกี่ยวกับศาสนาอิสลามในสิงคโปร์

2) บริหารจัดการกิจการต่าง ๆ ที่เกี่ยวกับศาสนาอิสลามและมุสลิมในประเทศสิงคโปร์รวมถึงกิจการฮัจญ์ และการรับรองฮาลาล

3) บริหารจัดการกองทุนและการบริจาคของมุสลิมภายใต้กฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษร หรือ ทรัสต์ตามหลักการอิสลาม

4) จัดการบริหารและจัดเก็บ ซะกาต และ ฟิตเราะห์ และการบริจาคอื่น ๆ เพื่อช่วยเหลือและสนับสนุนศาสนาอิสลามและเพื่อประโยชน์ของมุสลิม

5) บริหารจัดการมัสยิดทั้งหมด และโรงเรียนสอนศาสนาอิสลามในสิงคโปร์

6) ปฏิบัติหน้าที่ที่สภาศาสนาอิสลามแห่งสิงคโปร์ได้รับมอบหมายตามกฎหมายรัฐบัญญัติการบริหารกฎหมายมุสลิม หรือกฎหมายลายลักษณ์อักษรอื่น

นอกเหนือจากหน้าที่ที่บัญญัติไว้ดังกล่าวแล้วสภาศาสนาอิสลามยังมีหน้าที่ที่สำคัญคือการให้คำปรึกษาชาวสิงคโปร์ในเรื่องเกี่ยวกับศาสนาอิสลาม ซึ่งในมาตรา 31 แห่งรัฐบัญญัติการบริหารกฎหมายมุสลิมได้บัญญัติให้มีการฟัตวา (Fatwa) หรือการประชุมเพื่อชี้คำตอบในปัญหาบทบัญญัติข้อกฎหมายทางศาสนาที่สามารถนำไปใช้ได้ทั้งในศาลแพ่งและศาลชารีอะห์โดยคณะกรรมาธิการทางกฎหมาย (Legal Committee) ซึ่งประกอบไปด้วย มุฟตีย์ (นักวิชาการผู้มีความรู้ความชำนาญเกี่ยวกับกฎหมายอิสลาม) หนึ่งคนเป็นประธาน สมาชิกของสภาศาสนาอิสลามอีกสองคน และผู้ที่ไม่ได้เป็นสมาชิกของสภาศาสนาอิสลามอีกไม่เกินสองคน[169] ซึ่งโดยทั่วไปแล้วการฟัตวาจะใช้หลักการอิสลามของสำนักคิดซาฟีอีย์มาใช้ในการออกคำชี้ขาด[170] แต่ในบางกรณีคณะกรรมการฟัตวาอาจใช้หลักกฎหมายอิสลามของสำนักคิดอื่นได้หากหลักการอิสลามนั้น ๆ ของ

---

[168] มาตรา 3 แห่งรัฐบัญญัติการบริหารกฎหมายมุสลิม ค.ศ.1966

[169] มาตรา 31 แห่งรัฐบัญญัติการบริหารกฎหมายมุสลิม ค.ศ.1966

[170] มาตรา 33 แห่งรัฐบัญญัติการบริหารกฎหมายมุสลิม ค.ศ.1966

สำนักคิดชาฟีอีย์เป็นการละเมิดต่อประโยชน์สาธารณะ มีการคาดหวังว่าสมาชิกในการฟัตวาควรจะมีความหลากหลายของสำนักคิดทางกฎหมายอิสลาม และผลของการฟัตวาจะมีปรากฏใน Website ของทางสภาศาสนาอิสลาม

ในกระบวนการฟัตวานั้นบุคคลใดก็ตามสามารถขอความเห็นในทางกฎหมายจากกรรมาธิการทางกฎหมายให้มีการฟัตวาในประเด็นเกี่ยวกับกฎหมายอิสลามได้ แต่ไม่ได้ผูกมัดให้กรรมาธิการทางกฎหมายต้องทำการฟัตวาทุกเรื่อง ซึ่งโดยส่วนใหญ่จะเป็นเรื่องที่เกี่ยวกับประโยชน์สาธารณะจะได้รับความสำคัญในการฟัตวา ในขณะที่ทนายความอาจขอความเห็นในนามของลูกความเพื่อให้คณะกรรมาธิการกฎหมายทำการฟัตวาในเรื่องเกี่ยวกับข้อกฎหมายอิสลามเพื่อประโยชน์ของลูกความตนก็ได้ และคณะกรรมาธิการกฎหมายอาจทำการฟัตวาขึ้นเองโดยไม่มีผู้ใดร้องขอก็ได้ หากมีเหตุที่คณะกรรมาธิการกฎหมายเห็นว่าเป็นการสมควรให้มีความกระจ่างหรือชัดเจนในประเด็นข้อกฎหมายอิสลามข้อใดในสังคมขึ้น[171]

ศาลแห่งรัฐอาจขอความเห็นทางกฎหมายอิสลามจากคณะกรรมาธิการเพื่อประกอบการพิจารณาในชั้นศาลของตนก็ได้ แต่การชี้ขาดข้อกฎหมายอิสลามโดยคณะกรรมาธิการกฎหมายมิได้ผูกพันให้ศาลอื่นต้องยอมรับหรือพิจารณาคดีไปตามที่ฟัตวาเท่านั้น อาจมีการตัดสินคดีที่แตกต่างหากเห็นว่าหลักการทางกฎหมายที่จะปรับใช้คดีในทางแพ่งแตกต่างจากหลักการของกฎหมายอิสลาม แต่ในกรณีที่ผู้พิพากษาในศาลชารีอะห์ร้องขอให้มีการฟัตวา แม้คำชี้ขาดข้อกฎหมายจะไม่ผูกพันผู้พิพากษาให้ต้องตัดสินตามข้อชี้ขาดของการฟัตวา แต่หากผู้พิพากษาในศาลชารีอะห์ตัดสินแตกต่างไปจากข้อชี้ขาดจากการฟัตวา ก็มักจะถูกกลับคำตัดสินในชั้นอุทธรณ์เนื่องจากคณะกรรมาธิการพิจารณาอุทธรณ์ถูกแต่งตั้งโดยสภาศาสนาอิสลาม[172] ซึ่งประธานสมาชิกของสภาศาสนาอิสลามมีอำนาจในการแต่งตั้งคณะกรรมาธิการพิจารณาอุทธรณ์ (Appeal Board) ที่มีหน้าที่พิจารณาอุทธรณ์ในคดีจากศาลชารีอะห์และสำนักทะเบียนสมรสอิสลามซึ่งจะกล่าวต่อไปในส่วนที่ว่าด้วยศาลชารีอะห์

ในการกำกับดูแลทรัพย์สินกองทุนที่บริจาคเพื่อการศาสนา ซึ่งการวะกัฟคือการบริจาคทานเพื่อประโยชน์สาธารณะตามหลักการอิสลาม ซึ่งสภาศาสนาอิสลามมีหน้าที่ที่ต้องกำกับดูแลทรัพย์สินที่ถือว่าเป็นสาธารณะสมบัติเพื่อการศาสนาอิสลามดังกล่าว ทั้งที่เป็นที่ดิน กองทุนทรัสต์ ซึ่งทรัพย์สินดังกล่าวจะถูกโอนให้มาเป็นของสภาศาสนาอิสลามโดยที่ไม่สามารถเปลี่ยนมือ หรือทำการโอนต่อไปให้แก่ผู้อื่นได้ ซึ่งที่ดินที่ได้รับจากการบริจาควะกัฟจะต้องทำการจดทะเบียนต่อ สภาศาสนาอิสลามเพื่อเข้ามาจัดการ ดูแล โดยอาจตั้งผู้ดูแลและบริหารทรัพย์สินหรือที่ดินเพื่อประโยชน์ทางศาสนาต่อไป[173] ในขณะเดียวกันสภาศาสนาอิสลามก็มีอำนาจที่จะถอนถอนผู้ดูแลหรือบริหารทรัพย์สินวะกัฟได้โดยไม่ต้องขออำนาจจากศาลก่อน แต่อย่างไรก็ตามหากมีข้อพิพาทกรณีที่ดินหรือทรัพย์สินวะกัฟขึ้น ศาลที่มีเขตอำนาจกลับมิใช่ศาลชารีอะห์แต่เป็นเขตอำนาจของศาลแพ่ง ซึ่งศาลอาจขอความเห็นทางกฎหมายอิสลามจากคณะกรรมาธิการกฎหมายของสภาศาสนาอิสลามเพื่อประกอบการตัดสินชี้ขาดคดีด้วยหรือไม่ก็ได้ดังที่ได้กล่าวมาแล้วในตอนต้น

---

[171] Ahmad Nizam bin Abbas, *op. cit.,* p. 170.

[172] *Ibid.,* p. 171.

[173] มาตรา 64 แห่งรัฐบัญญัติการบริหารกฎหมายมุสลิม ค.ศ.1966

3.1.3.2 สำนักทะเบียนสมรสอิสลาม (Registry of Muslim Marriages)

รัฐบัญญัติการบริหารกฎหมายมุสลิม ได้บัญญัติให้มีหน่วยงานที่รับจดทะเบียนสมรสของมุสลิมขึ้นควบคู่กับสภาศาสนาอิสลาม โดยหัวหน้าสำนักงานคือนายทะเบียนสมรสอิสลามซึ่งได้รับการแต่งตั้งจากประธานาธิบดี สำนักทะเบียนสมรสอิสลามมีหน้าที่ทั้งรับจดทะเบียนสมรสรวมทั้งการหย่า โดยที่มีการแต่งตั้ง Kadis และ Naib Kadis ซึ่งเป็นผู้มีหน้าที่โดยตรงในการทำการสมรสให้ถูกต้องตามหลักอิสลาม[174] ซึ่งในอดีตสำนักทะเบียนสมรสอิสลามสามารถรับจดทะเบียนสมรสระหว่างชายมุสลิมและสตรีซึ่งมิใช่มุสลิมแต่เป็นสตรีที่มีข้อยกเว้นตามหลักศาสนา แต่ต่อมามีการแก้ไขกฎหมายให้สำนักงานรับจดทะเบียนสมรสได้เฉพาะแต่คู่สมรสที่เป็นมุสลิมเท่านั้น ดังนั้นในกรณีที่มุสลิมจะทำการสมรสกับบุคคลที่ไม่ใช่มุสลิมจึงต้องทำการจดทะเบียนที่สำนักทะเบียนสมรสแห่งรัฐซึ่งมีอำนาจหน้าที่รับจดทะเบียนสมรสสำหรับบุคคลทุกคน ภายใต้กฎหมาย The Women's Charter ซึ่งไม่ใช่ภายใต้รัฐบัญญัติการบริหารกฎหมายมุสลิม เนื่องจากเมื่อจดทะเบียนสมรสภายใต้รัฐบัญญัติการบริหารกฎหมายมุสลิมแล้วแม้ต่อมาบุคคลดังกล่าวจะประกาศตนว่าไม่นับถือศาสนาอิสลามต่อไป แต่หากมีข้อพิพาทขึ้นในเรื่องที่เกี่ยวเนื่องกับการสมรส ศาลชารีอะห์คงเป็นศาลที่มีเขตอำนาจในการพิพากษาคดี อย่างไรก็ตามการสมรสที่ไม่ได้จดทะเบียน แต่ถ้าหากได้ทำถูกต้องตามหลักการอิสลามโดยชอบแล้วทุกประการ ตามกฎหมายรัฐบัญญัติการบริหารกฎหมายมุสลิมจะไม่ถือว่าการสมรสนั้นเป็นโมฆะแต่อย่างใด[175] การรับจดทะเบียนสมรสหรือการหย่าใด ๆ หากมีข้อโต้แย้งในการจดทะเบียน บุคคลสามารถอุทธรณ์การพิจารณาใด ๆ ของสำนักทะเบียนสมรสอิสลามไปยังคณะกรรมาธิการพิจารณาอุทธรณ์ (Appeal Board) ของสภาศาสนาอิสลามได้

3.1.3.3 ศาลชารีอะห์ (Syariah Court)

ในรัฐบัญญัติการบริหารกฎหมายมุสลิมได้มีบทบัญญัติให้จัดตั้งศาลชารีอะห์ขึ้นตลอดจนถึงกระบวนการพิจารณาในศาลและหลักการต่าง ๆ โดยที่ศาลชารีอะห์มีหน้าที่หลักในการตัดสินคดีข้อพิพาทที่เกี่ยวกับเรื่องการสมรสและการหย่า ศาลชารีอะห์นั้นยังคงใช้กระบวนพิจารณาและการรับฟังพยานหลักฐานเช่นเดียวกับกระบวนพิจารณาในศาลแพ่งแห่งรัฐ ศาลชารีอะห์มีระบบศาลเป็นเอกเทศจากศาลแพ่งของรัฐ และได้สร้างระบบการศาลที่เป็นลักษณะพหุนิยมทางกฎหมายขึ้นเนื่องจากการใช้กฎหมายในศาลชารีอะห์เป็นการนำเอาหลักกฎหมายอิสลามซึ่งมิใช่ระบบกฎหมายหลักแห่งรัฐมาใช้ และใช้กับบุคคลเฉพาะกลุ่มคือมุสลิมในประเทศสิงคโปร์ โดยที่การใช้ระบบกฎหมายตามสถานะบุคคลดังกล่าวเป็นไปในลักษณะบังคับโดยที่พลเมืองมุสลิมไม่สามารถเลือกได้

คำพิพากษาหรือคำชี้ขาดของศาลชารีอะห์สามารถอุทธรณ์ไปยังคณะกรรมาธิการพิจารณาอุทธรณ์ (Appeal Board) แห่งสภาศาสนาอิสลามและคำชี้ขาดของคณะกรรมาธิการพิจารณาอุทธรณ์ (Appeal Board) ถือเป็นที่สุดมิสามารถนำไปอุทธรณ์หรือโต้แย้งในศาลอื่นแห่งรัฐได้อีก[176]

1) บุคลากรในศาลชารีอะห์

---

[174] มาตรา 91 แห่งรัฐบัญญัติการบริหารกฎหมายมุสลิม ค.ศ.1966

[175] มาตรา 109 แห่งรัฐบัญญัติการบริหารกฎหมายมุสลิม ค.ศ.1966

[176] มาตรา 56a. แห่งรัฐบัญญัติการบริหารกฎหมายมุสลิม ค.ศ.1966

ศาลชารีอะห์ในสิงคโปร์แม้ในทางการจะมีชื่อเรียกว่า ศาล หรือ Court แต่เป็นองค์กรที่มิได้อยู่ภายใต้การบริหารงานของสำนักตุลาการของสิงคโปร์ ทั้งนี้ผู้ทำหน้าที่ตัดสินคดีในศาลชารีอะห์มิได้มีฐานะการดำรงตำแหน่งเป็นผู้พิพากษา (Judge) ดั่งเช่นผู้พิพากษาในศาลอื่นทั่วไปของรัฐ ซึ่งในศาลชารีอะห์มีบุคลากรอันประกอบไปด้วย

(1) ประธานศาลชารีอะห์ซึ่งทำหน้าที่เป็นผู้พิพากษาคดีในศาลชารีอะห์ ซึ่งได้รับการแต่งตั้งจากประธานาธิบดี ซึ่งพิจารณาจากบุคคลที่มีความรู้ทางหลักการและกฎหมายอิสลาม เป็นที่ยอมรับจากชาวมุสลิมในเรื่องจริยธรรม และมีความเข้าใจในนโยบายของชาติ ดังนั้นประธานศาลชารีอะห์จึงถือว่าเป็นบุคคลสำคัญทางการพัฒนากฎหมายอิสลามในสิงคโปร์ ซึ่งประธานศาลชารีอะห์มีทั้งที่เป็นประธานอาวุโสซึ่งมีตำแหน่งประจำมีอำนาจพิพากษาในศาลชารีอะห์ และมีตำแหน่งประธานชั่วคราว Ad Hoc ที่ไม่ได้มีตำแหน่งประจำแต่มีอำนาจพิพากษาคดีในศาลชารีอะห์ซึ่งอาจเป็นผู้พิพากษาจากศาลแพ่งหรือเจ้าหน้าที่ทางกฎหมายอาวุโสที่เป็นมุสลิม ในอดีตนั้นผู้ที่จะประธานศาลชารีอะห์จะเน้นไปที่ผู้ได้รับการศึกษามาทางสายศาสนา แต่ต่อมาได้มีการแต่งตั้งบุคคลที่มีความชำนาญในระบบศาลแห่งรัฐหรือทนายความที่มีประสบการณ์ในศาลแห่งรัฐขึ้นเป็นประธานศาลชารีอะห์ เป็นผลให้การแต่งตั้งประธานศาลชารีอะห์พยายามที่จะเลือกบุคคลผู้ที่มีความรู้ทั้งในหลักการและกฎหมายอิสลามประกอบกับนโยบายแห่งชาติและกฎหมายแห่งรัฐเป็นอย่างดี อย่างไรก็ตามพลเมืองมุสลิมในสิงคโปร์มีความคุ้นเคยกับการที่มีประธานศาลชารีอะห์ซึ่งไม่ได้มีพื้นฐานทางการศึกษามาทางศาสนาโดยตรง[177]

(2) เสมียนศาล มีหน้าที่ในศาลชารีอะห์เช่นเดียวกับศาลแพ่ง คือเป็นบุคคลที่ทำดำเนินงานด้านเอกสารต่าง ๆ การนัดความ การทำเอกสารต่าง ๆ ของผู้มายื่นคำร้องหรือคำฟ้องในศาล ตลอดจนถึงกระบวนการก่อนและหลังการพิจารณาคดี

(3) ผู้ไกล่เกลี่ยคดี และ อนุญาโตตุลาการ (Hakams) กระบวนการพิจารณาคดีในศาลชารีอะห์โดยส่วนใหญ่แล้วจะเน้นในการที่ให้คู่กรณีได้ตกลงกันโดยไม่ต้องมีการฟ้องคดี ในส่วนที่เกี่ยวกับการฟ้องหย่า ดังนั้นในกระบวนการพิจารณาคดีของศาลชารีอะห์จะให้คู่กรณีได้เข้าเจรจาโดยมีผู้ไกล่เกลี่ยก่อนมีการดำเนินคดีเสมอ ซึ่งหากเจรจาไกล่เกลี่ยกันไม่ได้ ก็จะเริ่มกระบวนการทางการพิจารณาคดีต่อไป ซึ่งผู้ไกล่เกลี่ยในศาลชารีอะห์จะเป็นผู้ที่อย่างน้อยจบทางด้านกฎหมายหรือปริญญาตรีจากมหาวิทยาลัยที่มุสลิมให้การยอมรับ ผู้ไกล่เกลี่ยถือเป็นส่วนสำคัญในกิจการของศาลชารีอะห์เนื่องจากมีหลายคดีที่สามารถจบได้ในชั้นกระบวนการไกล่เกลี่ยและคู่กรณีได้ทำสัญญาหรือข้อตกลงกันไว้โดยมิต้องมีการพิจารณา ในกรณีที่ไม่สามารถไกล่เกลี่ยกันได้ในกรณีการฟ้องหย่า และในบางครั้งหากฝ่ายภรรยาไม่สามารถอ้างหลักฐานอย่างเพียงพอในการขอหย่า ศาลอาจให้คู่กรณีแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการเพื่อมาตัดสินคดี เนื่องจากกระบวนการตัดสินโดยอนุญาโตตุลาการในศาลชารีอะห์อาจมีผลที่เป็นประโยชน์ต่อคู่กรณี และคู่กรณีอาจแต่งตั้งบุคคลที่เข้าใจสถานการณ์หรือใกล้ชิดกับคู่กรณีมาเป็นอนุญาโตตุลาการได้ มีรายชื่ออนุญาโตตุลาการในศาลชารีอะห์ที่คู่กรณีสามารถเลือกเพื่อตัดสินคดีของตนได้

---

[177] Ahmad Nizam bin Abbas, *op. cit.,* pp. 178-179.

(4) ทนายความในศาลชารีอะห์ คู่ความในกระบวนการทางศาลชารีอะห์อาจดำเนินการด้วยตนเองหรือมีทนายความดำเนินการให้ ซึ่งทนายความที่มีสิทธิว่าความในศาลแห่งรัฐทั่วไปมีสิทธิว่าความในศาลชารีอะห์ โดยทนายความที่ไม่จำเป็นต้องเป็นมุสลิมหรือจบการศึกษาทางกฎหมายอิสลาม แต่โดยส่วนใหญ่แล้วทนายความที่ว่าความหรือดำเนินคดีในศาลชารีอะห์ต้องหาความรู้ด้วยตนเองหรือมีใบประกาศทางด้านกฎหมายอิสลามในเรื่องสมรสและการหย่า และทนายความก็เป็นผู้ร่วมพัฒนาหรือแก้ไขปรับปรุงกฎหมาย รัฐบัญญัติการบริหารกฎหมายมุสลิมให้ใช้ได้ในทางปฏิบัติให้มีอุปสรรคน้อยที่สุด

2) เขตอำนาจศาลชารีอะห์

ศาลชารีอะห์มีเขตอำนาจพิจารณาคดีในสิงคโปร์[178]ที่คู่ความเป็นมุสลิม หรือคู่ความได้สมรสกันภายใต้กฎหมายอิสลามซึ่งมีประเด็นข้อพิพาทเกี่ยวกับ

(1) การสมรส

(2) การหย่า (Talak)[179] ในกฎหมายอิสลามซึ่งรวมถึงการฟ้องหย่าโดยภรรยาที่เรียกว่า ฟะซัค Faskh[180] การหย่าโดยมีสินจ้าง คุลอ์ Khul การหย่าเพราะผิดสัญญา ตัฏลีก Cerai Taklik

(3) การหมั้น การสมรสเป็นโมฆะหรือการแยกทางกันตามกฎหมาย

(4) การจัดการหรือการแบ่งทรัพย์สินจากการหย่า

(5) การจ่าย “Emas Kahwin”[181] การจ่ายค่าใช้จ่ายในการสมรส การจ่ายค่าอุปการะเลี้ยงดู การจ่ายค่าขาดจากการสมรสที่สามีต้องจ่ายหรือมุตอะฮ์ Mutaah

ศาลชารีอะห์ยังมีอำนาจพิจารณาคำร้องในคดีที่ไม่มีข้อพิพาท คือการพิจารณาเพื่อออกใบรับรองการสันนิษฐานว่าสามีได้เสียชีวิตแล้ว Certificate of Presumption of

---

[178] ในการพิจารณาคดีของศาลชารีอะห์เรื่องการสมรสหรือการหย่าในบางกรณีการสมรสแม้มิได้กระทำขึ้นในสิงคโปร์ แต่อยู่ภายใต้หลักการหรือกฎหมายอิสลาม ศาลชารีอะห์ก็มีเขตอำนาจในการพิจารณาคดี คดี Othman bin Abdul Rahman v. Norsiah bte Abdul Latip มีการจดทะเบียนสมรสที่ประเทศไทย, คดี Kenyo Timur Ery Respati v. Mohamed Jamalludin bin Mohamed Shariff การสมรสตามหลักอิสลามมีขึ้นที่ประเทศอินโดนีเซีย

[179] เฎาะล๊าก กฎหมายอิสลามให้สิทธิสามีทำการคลายหรือบอกเลิกนิติสัมพันธ์ของการสมรสได้โดยไม่ต้องได้รับความยินยอมจากภรรยาอันเป็นเอกสิทธิ์ของฝ่ายชายในการหย่าตามกฎหมายอิสลาม

[180] เป็นการหย่าโดยภรรยาร้องขอหย่าจากเหตุที่สามีได้กระทำผิดต่อภรรยา คือ 1. สามีละเลยเรื่องการใช้จ่ายเลี้ยงดู 2. เมื่อสามีทำร้ายภรรยาจนไม่สามารถใช้ชีวิตอยู่รวมกันอย่างปกติสุขได้ 3. เมื่อสามีถูกกักขังหรือจำคุกเป็นเวลานานและนางได้รับความเดือดร้อนจากการอยู่โดดเดี่ยว 4. การหายตัวไปของสามี 5. สามีมีความผิดปกติทางด้านกายภาพหรือเป็นโรคร้ายแรงที่ไม่สามารถใช้ชีวิตสมรสร่วมกันได้ แต่อย่างไรก็ตามอาจมีสาเหตุอื่นที่ภรรยามาฟ้องหย่าได้

[181] มาตรา 2 แห่งรัฐบัญญัติบริหารกฎหมายมุสลิมให้นิยาม “Emas Kahwin” ว่าคือ ความรับผิดที่สามีต้องจ่ายให้แก่ภรรยาตามหลักกฎหมายอิสลามในเวลาที่ทำพิธีสมรสไม่ว่าจะชำระเป็นเงินสดหรือทรัพย์สินหรือเป็นหนี้ค้างชำระไว้โดยมีประกันหรือไม่มีประกันก็ตาม

Death ในกรณีที่สตรีมุสลิมได้สมรสตามกฎหมายอิสลามและมีคำร้องต่อศาลเพื่อเป็นอิสระในการที่จะสมรสใหม่'[182]

ในกรณีที่คู่ความทำการสมรสตามกฎหมายอิสลามแม้ต่อมาคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือทั้งสองฝ่ายจะเปลี่ยนศาสนามิใช่มุสลิมแล้วก็ตามศาลชารีอะห์ก็ยังคงมีเขตอำนาจในการพิพากษาคดีเกี่ยวกับการสมรส การหย่านั้น และในกรณีที่คู่กรณีได้ทำการสมรสทั้งตามกฎหมายอิสลามและสมรสตามกฎหมายแพ่ง (Civil Marriage) ศาลแพ่งของสิงคโปร์ก็ได้ชี้ชัดว่าศาลแพ่งไม่มีเขตอำนาจพิพากษาคดีในการหย่าในกรณีที่คู่กรณีได้สมรสตามกฎหมายอิสลาม แม้คู่สมรสจะได้เคยจดทะเบียนสมรส ณ สำนักทะเบียนสมรสแห่งรัฐตามกฎหมายแพ่งมาก่อนก็ตาม

ในเรื่องเขตอำนาจศาลเนื่องจากคู่ความเป็นมุสลิมหรือไม่ศาลชารีอะห์อาจจะต้องมีการพิจารณาอย่างละเอียดมิใช่เพียงแต่ที่คู่ความอ้างว่าตนเป็นมุสลิมเท่านั้น ซึ่งในบางกรณีอาจมีการฟัตวาความเป็นมุสลิมหรือการสมรสนั้น ๆ ว่าเป็นไปตามกฎหมายอิสลามหรือไม่ เช่น กรณีที่การสมรสระหว่างมุสลิมและคนศาสนาอื่นแม้จะทำตามหลักการทางศาสนาอิสลามทุกประการแต่หากฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งยังมิได้รับศาสนาอิสลามก็ยังไม่ถือว่าเป็นการสมรสตามกฎหมายอิสลาม

ในการใช้อำนาจทางศาลในคดีเกี่ยวกับการสมรส และการหย่านั้น ศาลชารีอะห์มีอำนาจเช่นเดียวกับศาลที่พิจารณาคดีครอบครัวของสิงคโปร์ตลอดจนถึงการออกหมายเรียกพยานทั้งที่เป็นพยานบุคคลหรือพยานหลักฐานหรือออกหมายจับในกรณีพยานไม่มาศาลโดยไม่มีเหตุอันสมควร[183]ในอดีตศาลชารีอะห์ไม่มีอำนาจบังคับในเรื่องเกี่ยวกับการจ่าย “Emas Kahwin” การจ่ายค่าแต่งงาน การจ่ายค่าอุปการะเลี้ยงดู การจ่ายค่าขาดจากการสมรสที่สามีต้องจ่ายหรือมุตอะฮ์ (Mutaah) และการจัดการหรือการแบ่งทรัพย์สินจากการหย่าได้แต่ต้องให้ศาลเขต (District Court) เป็นศาลที่ออกคำบังคับให้[184] จนในปี ค.ศ.2008 ได้มีการปรับแก้กฎหมายให้ศาลชารีอะห์มีอำนาจออกคำบังคับในเรื่องดังกล่าวได้เอง[185] โดยคำสั่งหรือคำบังคับของศาลชารีอะห์ในเรื่องดังกล่าวมีผลเช่นเดียวกับคำบังคับของศาลครอบครัวตามกฎหมายครอบครัวและการสมรส หรือ The Women’s Charter ที่ใช้ในศาลแพ่งแห่งรัฐ (Civil Court)

3) กระบวนการในศาลชารีอะห์

กระบวนการในการหย่าตามหลักศาสนาอิสลามภายใต้รัฐบัญญัติการบริหารกฎหมายมุสลิมฯมีความแตกต่างกับการหย่าที่การสมรสทำขึ้นตามกฎหมายทั่วไปของรัฐ (Civil Marriage) ซึ่งศาลชารีอะห์เป็นศาลที่มีอำนาจพิจารณาคดีเกี่ยวกับการสมรสและการหย่าของมุสลิมหรือแม้คู่กรณีบางฝ่ายมิได้เป็นมุสลิมแล้วแต่ได้สมรสกันตามหลักศาสนาอิสลามมาก่อน

การหย่าตามหลักศาสนาอิสลามที่ยอมรับให้มีกระบวนการในศาลชารีอะห์อาจแยกได้เป็น การหย่าโดยการเฏาะล๊าก ซึ่งตามหลักศาสนาอิสลามให้เอกสิทธิ์ของฝ่ายสามีที่จะหย่า

---

[182] มาตรา 54 แห่งรัฐบัญญัติการบริหารกฎหมายมุสลิม ค.ศ.1966

[183] มาตรา 43 แห่งรัฐบัญญัติการบริหารกฎหมายมุสลิม ค.ศ.1966

[184] เหตุผลท้ายร่างรัฐบัญญัติ Bill of Administration of Muslim Law (Amendment) Act 2008 Section 12

[185] มาตรา 53 แห่งรัฐบัญญัติการบริหารกฎหมายมุสลิม ค.ศ.1966 Enforcement of order แก้ไขโดย Act 29 of 2008—Administration of Muslim Law (Amendment) Act 2008 Amendment of section 53

ภรรยาได้โดยไม่ต้องได้รับความยินยอมหรือมีเหตุในการหย่า ซึ่งการหย่าโดยสามีในรูปแบบนี้มิต้องมีการนำพยานหลักฐาน หรือต้องมีกระบวนการวินิจฉัยของศาลแต่อย่างใด ซึ่งแตกต่างจากการหย่าโดยฝ่ายภรรยาที่ต้องนำคดีขึ้นสู่กระบวนการพิจารณาของศาลชารีอะห์ ซึ่งในรัฐบัญญัติการบริหารกฎหมายมุสลิมฯ กำหนดไว้ให้มีการหย่าโดยภรรยา 3 ลักษณะคือ

(1) การฟ้องหย่าที่เรียกว่า “ฟะซัค” (Fasakh) ซึ่งต้องมีเหตุที่การสมรสบกพร่องที่เกิดจากฝ่ายชายจากสาเหตุใดสาเหตุหนึ่งที่บัญญัติไว้ อาทิเช่น ความรุนแรงในครอบครัว ความเจ็บป่วยที่มีผลต่อการมีชีวิตคู่ การทิ้งร้างเป็นระยะเวลาหนึ่ง และรวมถึงการที่สามีไม่ชำระค่าอุปการะเลี้ยงดู ภรรยาจึงนำเหตุนั้นมาฟ้องหย่าสามีได้ ฝ่ายภรรยาจึงต้องนำหลักฐานเข้าพิสูจน์เพื่อให้ศาลมีคำพิพากษาให้หย่า[186]

(2) การหย่าโดยมีสินจ้าง “คุลอ์” (Khul) เป็นรูปแบบการหย่าที่ฝ่ายภรรยาไม่อาจมีชีวิตสมรสต่อกับฝ่ายสามีได้ด้วยเหตุอื่นอันอาจมิใช่เหตุที่จะทำการฟะซัคได้ แต่ภรรยาขอให้สามีกล่าวคำเฏาะล๊ากกับตนโดยมีสินจ้างหรือเงินจำนวนหนึ่งมอบให้สามีซึ่งศาลต้องทำการพิจารณาถึงเหตุและสถานะทางการสมรสของคู่กรณีที่นำมาขอฟ้องหย่าแบบคุลอ์นี้ด้วย[187]

(3) การหย่าเพราะผิดสัญญา “ตัฏลีก” (Cerai Taklik) เป็นรูปแบบการฟ้องหย่าที่ในกรณีเมื่อได้มีการสมรสหรือระหว่างสมรสฝ่ายชายได้ทำข้อตกลงเป็นสัญญาไว้ซึ่งได้บันทึกไว้ในใบรับรองการสมรส (The Marriage Certificate) ว่าจะไม่ทำสิ่งใดหรือหากตนกระทำสิ่งใดให้ภรรยามีสิทธิมาฟ้องหย่าตนได้ และเมื่อฝ่ายสามีผิดสัญญาหรือกระทำสิ่งที่ระบุไว้ ภรรยาจึงมาฟ้องหย่าสามี ในการหย่ารูปแบบนี้ศาลต้องพิจารณาในสัญญาและการกระทำที่ฝ่ายภรรยาอ้างว่าสามีกระทำผิดสัญญาและวินิจฉัยให้เป็นไปตามหลักการในกฎหมายอิสลาม[188]

แต่อย่างไรก็ตามเมื่อมีการยื่นคำร้องหรือคำฟ้องหย่าเข้าสู่ศาลชารีอะห์ทุกประเภท ทางศาลจะต้องให้คู่กรณีเข้าสู่กระบวนการให้คำปรึกษาในการใช้ชีวิตคู่และพยายามให้คู่กรณีได้ปรองดองกันซึ่งอาจใช้ช่วงเวลาได้ถึง 2-4 เดือน หากคู่กรณีฝ่ายใดยังคงต้องการหย่าผู้นั้นต้องยื่นคำฟ้องต่อศาล ซึ่งศาลจะยังคงต้องจัดให้มี ผู้ไกล่เกลี่ย เข้ามาเจรจาในเรื่องต่าง ๆ ที่จะเกิดจากการหย่าเช่นการแบ่งปันทรัพย์สิน การดูแลบุตร เงื่อนไขการจ่ายค่าอุปการะเลี้ยงดู จำนวนเงินหรือทรัพย์สินต่าง ๆ ที่สามีต้องชำระแก่ภรรยาที่หย่าตามหลักศาสนาอิสลาม ซึ่งหากสามารถตกลงกันได้คู่กรณีจึงสามาถทำข้อตกลงในการหย่า และศาลจะมีคำพิพากษาให้หย่าตามข้อตกลงที่ทำขึ้น ในกรณีที่ไม่สามารถเจรจาไกล่เกลี่ยหรือตกลงกันได้ ศาลจึงจะได้นัดให้มีการประชุมคดี (Pre-Trial) และกำหนดนัดพิจารณา ประเด็นพิจารณาต่าง ๆ เพื่อนำพยานหลักฐานต่าง ๆ เข้าสู่กระบวนการพิจารณา ซึ่งการพิจารณาในศาลชารีอะห์ยังคงมีรูปแบบการรับฟังพยานหลักฐานเช่นเดียวกับกระบวนการในศาลแพ่งอื่น ทั้งนี้ศาลอาจให้มีการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ (Hakams) ให้เข้ามาเป็นผู้ชี้ขาดได้ตามที่คู่กรณีตกลงร่วมกัน[189]

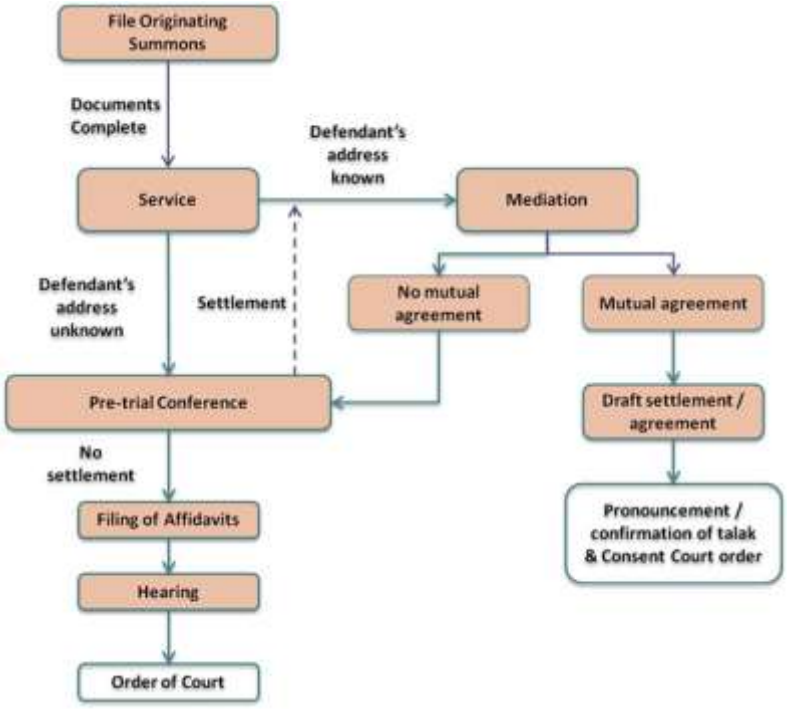
---

[186] มาตรา 49 แห่งรัฐบัญญัติการบริหารกฎหมายมุสลิม ค.ศ.1966

[187] มาตรา 47 แห่งรัฐบัญญัติการบริหารกฎหมายมุสลิม ค.ศ.1966

[188] มาตรา 48 แห่งรัฐบัญญัติการบริหารกฎหมายมุสลิม ค.ศ.1966

[189] Syariah Court Singapore, **Process and Procedures: For Litigants**, Retrieved December 17, 2015 from https://www.syariahcourt.gov.sg/syariah/front-end/Default.aspx?pid=M13



ภาพที่ 3.1 กระบวนการพิจารณาของศาลชารีอะห์สิงคโปร์[190]

4) การอุทธรณ์คำตัดสินของศาลชารีอะห์

การอุทธรณ์คำตัดสินของศาลชารีอะห์ต้องอุทธรณ์ต่อคณะกรรมาธิการพิจารณาอุทธรณ์ (Appeal Board) ซึ่งตั้งขึ้นโดยสภาศาสนาอิสลาม โดยที่คณะกรรมาธิการอุทธรณ์มีอำนาจสั่งให้ศาลชารีอะห์พิจารณาคดีใหม่ แก้คำตัดสิน ยืนตามคำตัดสินเดิมหรือแม้แต่กลับคำตัดสินของศาลชารีอะห์ได้ยกเว้นแต่เป็นคำสั่งระหว่างพิจารณาของศาลชารีอะห์[191] คำตัดสินของคณะกรรมาธิการอุทธรณ์ถือเป็นที่สุดไม่สามารถโต้แย้งหรืออุทธรณ์ไปยังศาลแห่งรัฐอื่นได้อีก ซึ่งได้มีการปรับแก้กฎหมายให้คำตัดสินของคณะกรรมาธิการอุทธรณ์เป็นที่สุดดังกล่าวในปี ค.ศ.1999 ซึ่งก่อนหน้าที่จะมีการแก้ไขกฎหมายนั้น เมื่อคณะกรรมาธิการอุทธรณ์หรือศาลชารีอะห์มีคำตัดสินใด ๆ ก็จะต้องนำคำตัดสินดังกล่าวเพื่อให้ศาล High Court ออกคำบังคับ ทำให้ศาล High Court สามารถพิจารณาคำตัดสินของคณะกรรมาธิการอุทธรณ์ได้อีก

ผู้เป็นคณะกรรมาธิการอุทธรณ์จะได้รับการแต่งตั้งจากประธานาธิบดีโดยคำแนะนำของสภาศาสนาอิสลามตามมาตรา 55 แห่งรัฐบัญญัติการบริหารกฎหมายมุสลิม ซึ่งคณะกรรมาธิการอุทธรณ์จะประกอบไปด้วย เจ้าหน้าที่ทางกฎหมาย ผู้พิพากษาในศาล District Court ทนายความอาวุโส และผู้นำหรือนักวิชาการทางศาสนาอิสลาม ในปัจจุบันนี้มีกรรมาธิการ

---

[190] *Ibid.*

[191] มาตรา 55 แห่งรัฐบัญญัติการบริหารกฎหมายมุสลิม ค.ศ.1966

ทั้งหมด 23 คน[192] ซึ่งเป็นคณะกรรมาธิการชุดปัจจุบันเป็นสตรีถึง 5 คน[193] โดยที่การพิจารณาอุทธรณ์ใด ๆ จะมีองค์คณะ 3 คน โดยหนึ่งในนั้นจะเป็นประธานในการพิจารณาอุทธรณ์

3.1.3.4 คดีมรดกของมุสลิม

ในกฎหมายรัฐบัญญัติการบริหารกฎหมายมุสลิมได้บัญญัติหลักการในการจัดการมรดกของเจ้ามรดกที่เป็นมุสลิมไว้ โดยที่ให้มุสลิมทั้งหมดในสิงคโปร์เมื่อเสียชีวิตลง การจัดการทรัพย์มรดกต้องเป็นไปตามหลักกฎหมายอิสลาม ซึ่งตามหลักกฎหมายอิสลามนั้นอนุญาตให้มุสลิมสามารถทำพินัยกรรมยกมรดกของตนได้บางส่วนเท่านั้นแต่ไม่ใช่ทรัพย์ทั้งหมด และในกรณีที่เจ้ามรดกไม่ได้ทำพินัยกรรมไว้กฎหมายอิสลามก็ได้มีการบัญญัติถึงสัดส่วนที่ทายาทจะได้รับมรดกในอัตราส่วนที่แตกต่างกัน ในกระบวนการจัดการทรัพย์มรดกของมุสลิมตามกฎหมายของสิงคโปร์นั้น ศาลชารีอะห์มิใช่เป็นศาลที่มีเขตอำนาจตัดสินคดีทั้งที่เป็นคดีที่มีข้อพิพาทหรือไม่มีข้อพิพาทก็ตาม แต่กระนั้นก็ตามกระบวนการทางกฎหมายอาจต้องกระทำควบคู่กันทั้งในศาลชารีอะห์และศาลแพ่งแห่งรัฐ

โดยที่ตามกฎหมาย Probate and Administration Act ของสิงคโปร์นั้นเมื่อเจ้ามรดกตายลง ในกรณีที่มีการทำพินัยกรรมไว้ และในพินัยกรรมได้แต่งตั้งหรือกำหนดผู้ที่มีหน้าที่จัดการมรดกไว้ (Executer) ผู้จัดการมรดกก็จะต้องนำพินัยกรรมดังกล่าวมาให้ศาลที่มีเขตอำนาจซึ่งอาจเป็นศาล High Court หรือ District Court แล้วแต่มูลค่าของทรัพย์มรดกเพื่อออกใบรับรองความสมบูรณ์และจริงแท้ของพินัยกรรม (Probate) เพื่อจัดการทรัพย์มรดกตามพินัยกรรมต่อไป[194] ในกรณีที่เจ้ามรดกไม่ได้ทำพินัยกรรมไว้หรือพินัยกรรมเป็นโมฆะด้วยประการใด ๆ ทายาทต้องยื่นคำร้องเพื่อให้ศาลออกใบรับรองการจัดการมรดก (Letter of Administration) เพื่อตั้งผู้จัดการมรดกและจัดการแบ่งปันทรัพย์มรดกแก่ทายาทตามกฎหมายต่อไป ในกรณีมีคำร้องขอให้ศาลออกใบรับรองความสมบูรณ์และจริงแท้ของพินัยกรรม หากมีผู้คัดค้านความสมบูรณ์หรือจริงแท้ของพินัยกรรมนั้น ศาลก็จะมีกระบวนการพิจารณาคดีเป็นคดีมีข้อพิพาทต่อไป หรือในกรณีที่ทายาทมีคำร้องเพื่อให้ศาลออกใบรับรองการจัดการมรดกหากมีผู้คัดค้านศาลก็จะมีการพิจารณาคดีแบบมีข้อพิพาทต่อไป[195]

ในขณะที่หากเจ้ามรดกเป็นมุสลิมที่มีภูมิลำเนาในสิงคโปร์ ภายใต้บทบัญญัติของรัฐบัญญัติการบริหารกฎหมายมุสลิมให้นำกฎหมายอิสลามมาปรับใช้กับการจัดการทรัพย์มรดกมุสลิม ซึ่งในกรณีที่เจ้ามรดกมุสลิมได้ทำพินัยกรรมไว้ ศาลแพ่งแห่งรัฐ (High Court หรือ District Court แล้วแต่มูลค่าของทรัพย์มรดก) จะมีอำนาจพิจารณาความสมบูรณ์ของพินัยกรรมซึ่งต้องเป็นไปตามหลักกฎหมายอิสลาม ดังนั้นศาลแพ่งแห่งรัฐอาจมีคำร้องขอความเห็นจากคณะกรรมาธิการทางกฎหมาย (Legal Committee) สภาศาสนาอิสลาม เพื่อฟัตวาหรือให้ความเห็นทางกฎหมายว่า

---

[192] Majlis Ugama Islam Singapura (MUIS), **Appeal Board,** Retrieved March 20, 2016 from http://www.muis.gov.sg/Services/Appeal-Board/index.html

[193] Calvin Yang, **The Straits Times, More Women on Muis Board of Appeal,** Retrieved March 20, 2016 from http://www.straitstimes.com/singapore/more-women-on-muis-board-of-appeal

[194] มาตรา 8 แห่ง Probate and Administration Act (Chapter 251) (Original Enactment: Ordinance 24 of 1934) Revised Edition 1985 (30th March 1987)

[195] มาตรา 13 แห่ง Probate and Administration Act (Chapter 251) (Original Enactment: Ordinance 24 of 1934) Revised Edition 1985 (30th March 1987)

พินัยกรรมเป็นไปตามหลักกฎหมายอิสลามหรือไม่ และแม้เจ้ามรดกมุสลิมจะทำพินัยกรรมไว้หรือไม่ก็ตาม ในการพิจารณาว่าใครจะเป็นทายาทผู้ได้รับมรดกหรือมีสิทธิได้รับมรดกเป็นสัดส่วนเท่าใด ศาลแพ่งที่มีเขตอำนาจพิจารณาคดีทรัพย์มรดกมุสลิมจะต้องมีคำพิพากษาหรือชี้ขาดในการแบ่งปันทรัพย์มรดกตาม ใบรับรองการได้รับมรดก Inheritance Certificate ที่ออกโดยประธานศาลชารีอะห์ก่อนที่ศาลแพ่งจะมีคำสั่งออกใบรับรองความสมบูรณ์และจริงแท้ของพินัยกรรม (Probate) หรือใบรับรองการจัดการมรดก (Letter of Administration) ในคดีมรดกมุสลิม[196]

3.1.4 กฎหมายอิสลามที่นำมาใช้ในสิงคโปร์

ในส่วนกฎหมายอิสลามสารบัญญัตินั้น รัฐบัญญัติการบริหารกฎหมายมุสลิม มิได้ให้คำนิยาม “กฎหมายมุสลิม”ไว้และมิได้มีการบัญญัติในส่วนกฎหมายอิสลามที่มีลักษณะสารบัญญัติโดยทำเป็นประมวลกฎหมายไว้อย่างชัดเจนแต่อย่างใด เพียงแต่ให้ใช้กฎหมายอิสลามในส่วนการสมรส การหย่าตามจารีตประเพณีของชาวมาเลย์[197] ซึ่งชาวมุสลิมในสิงคโปร์ส่วนใหญ่เป็นมุสลิมซุนนีย์ ที่ยึดถือแนวทางตามสำนักคิดซาฟีอีย์ ดังนั้นจึงมีความเชื่อโดยส่วนใหญ่ว่า รัฐบัญญัติการบริหารกฎหมายมุสลิม มุ่งให้นำหลักการของสำนักคิดซาฟีอีย์มาใช้ ในขณะที่หากหลักการของสำนักคิดซาฟีอีย์ขัดต่อกฎหมายทั่วไปแห่งรัฐตามที่บัญญัติไว้ตามรัฐธรรมนูญ ก็เป็นการเปิดช่องให้ศาลชารีอะห์หรือสถาบันทางศาสนาอิสลามที่ตั้งขึ้น สามารถนำหลักการของสำนักคิดอื่นมาปรับใช้ได้

อย่างไรก็ดีในรัฐบัญญัติการบริหารกฎหมายมุสลิม ได้บัญญัติหลักเกณฑ์เนื้อหาในเรื่องความสมบูรณ์ของการสมรส[198] การให้สิทธิสตรีในการฟ้องหย่าสามี (Divorce at Wife’s Request) การฟ้องเรียกค่าอุปการะเลี้ยงดู (Maintenance of Wife) กระบวนการสมรส (Matrimonial Proceeding) ตลอดจนสิทธิในทรัพย์สิน สิทธิเรียกร้องและความรับผิดภายหลังการสมรสสิ้นสุดไว้ในรัฐบัญญัติฉบับดังกล่าวด้วย[199]

ในส่วนของหลักกฎหมายอิสลามว่าด้วยมรดกนั้น รัฐบัญญัติการบริหารกฎหมายมุสลิม ได้กำหนดบทบัญญัติว่าด้วยทรัพย์มรดกไว้ว่าให้นำกฎหมายอิสลาม[200]มาบังคับใช้กับเฉพาะผู้ตายหรือเจ้ามรดกที่เป็นมุสลิมแทนกฎหมายที่เกี่ยวกับมรดกตามกฎหมายอังกฤษหรือกฎหมายอื่นที่ใช้กับพลเมืองทั่วไปในสิงคโปร์ที่บังคับใช้อยู่ แต่อย่างไรก็ตามศาลชารีอะห์มิได้มีเขตอำนาจในการพิจารณาคดีมรดก

---

[196] มาตรา 115 แห่งรัฐบัญญัติการบริหารกฎหมายมุสลิม ค.ศ.1966

[197] มาตรา 35 (3) แห่งรัฐบัญญัติการบริหารกฎหมายมุสลิม ค.ศ.1966

[198] มาตรา 96-97 แห่งรัฐบัญญัติการบริหารกฎหมายมุสลิม ค.ศ.1966

[199] มาตรา 119-125 แห่งรัฐบัญญัติการบริหารกฎหมายมุสลิม ค.ศ.1966

[200] มาตรา 114 แห่งรัฐบัญญัติการบริหารกฎหมายมุสลิม ค.ศ.1966 ให้สามารถพิสูจน์หลักเกณฑ์ทางกฎหมายอิสลามได้จากตำรากฎหมายที่ใช้มาอ้างอิงได้ 7 ตำรา คือ (1) The English translation of the Quaran, by A. Yusuf Ali or Marmaduke Pickthall (2) Mohammedan Law, by Syed Ameer Ali (3) Minhaj et Talibin by Nawawi, translated by E. C. Howard from the French translation of Van den Berg; (4) Digest of Moohummudan Law, by Neil B. E. Baillie (5) Anglo-Muhammadan Law, by Sir Roland KnyvetWilson, 6th Edition Revised by A. Yusuf Ali (6) Outlines of Muhammadan Law, by A. A. Fyzee (7) Muhammadan Law, by F. B. Tyabji.

ที่เกิดขึ้นในสิงคโปร์ กระบวนการทางศาลในคดีเกี่ยวกับทรัพย์มรดกคงดำเนินการในศาลแพ่งแห่งรัฐ (Civil Court) ศาลชารีอะห์มีอำนาจเพียงออกความเห็นในเรื่องสัดส่วนการแบ่งมรดกหรือความเห็นอื่นที่เกี่ยวกับคดีมรดกเท่าที่ศาลอื่นหรือบุคคลอื่นร้องขอแต่ไม่มีอำนาจตัดสินชี้ขาดคดี[201]

รัฐบัญญัติการบริหารกฎหมายมุสลิม ยังได้มีบทบัญญัติทางอาญาที่กำหนดความผิดและโทษไว้ แต่เฉพาะที่ผู้กระทำความผิดมีสถานภาพเป็นมุสลิมเท่านั้น อันเป็นกฎหมายอาญาที่ใช้หลักการทางศาสนาเฉพาะมาเป็นบรรทัดฐานในความผิด อาทิ ความผิดของการอยู่ร่วมกันโดยมิได้สมรสของชายหญิงที่เป็นมุสลิม[202] การล่อลวงสตรีที่ยังมิได้สมรสจากผู้ปกครองหรือวาลี การไม่จ่ายซะกาตหรือเงินภาษีบริจาค การไม่แจ้งนายทะเบียนเมื่อมีการเปลี่ยนแปลงศาสนาหรือเข้ารับศาสนาอิสลาม การเผยแพร่หลักการทางศาสนาอิสลามอันเป็นเท็จ[203] เป็นต้น แต่อย่างไรก็ดีศาลที่มีเขตอำนาจในการพิจารณาคดีอาญาดังกล่าวกลับมิใช่ศาลชารีอะห์แต่เป็นศาลอาญา ซึ่งใช้หลักการพิจารณาคดีเช่นเดียวกับคดีอาญาทั่วไปในประเทศสิงคโปร์

3.2 ฟิลิปปินส์

3.2.1 ที่มาการใช้กฎหมายอิสลามในฟิลิปปินส์

ตามรายงานของ The National Commission on Muslim Filipinos (NCMF) ซึ่งเป็นหน่วยงานภายใต้สังกัดของสำนักงานประธานาธิบดี ได้รายงานว่าฟิลิปปินส์มีประชากรของประเทศที่เป็นมุสลิมในปี ค.ศ.2012 อยู่ประมาณร้อยละ 11 ของประชากรทั้งหมดของประเทศเพิ่มขึ้นจากในปี ค.ศ.2000 ที่มีอยู่ประมาณร้อยละ 5 ของประชากรทั้งหมดของประเทศ ที่มีอยู่ประมาณราว ๆ 100 ล้านคน[204] หรือมีประชากรมุสลิมประมาณกว่า 10 ล้านคน โดยที่ประชากรที่เป็นมุสลิมอาศัยกระจายตามพื้นที่ต่าง ๆ ในประเทศฟิลิปปินส์ แต่อาศัยหนาแน่นในมินดาเนา Mindanao ซึ่งเป็นพื้นที่ทางตอนใต้ของฟิลิปปินส์ ฟิลิปปินส์แม้เป็นประเทศถือว่าเป็นรัฐฆราวาส Secular State[205] มีรัฐธรรมนูญที่บัญญัติในเรื่องเสรีภาพทางศาสนาแต่ได้มีระบบกฎหมายสถานะบุคคลเพื่อใช้กับประชากรที่เป็นมุสลิมผ่านกฤษฎีกาประธานาธิบดีที่ 1083 (Presidential Decree No. 1083) ซึ่งบัญญัติขึ้นในปี ค.ศ. 1977 กฤษฎีกาประธานาธิบดีฉบับดังกล่าวยังถือว่าเป็นประมวลกฎหมายบุคคลอิสลามบังคับแก่พลเมืองมุสลิม (Code of Muslim Personal Law) เนื่องจากในกฤษฎีกาฉบับดังกล่าวมีบทบัญญัติทั้งที่เป็นลักษณะเนื้อหาสาระบัญญัติและมีบทบัญญัติในการจัดตั้งศาลชารีอะห์และองค์กรทางศาสนาอิสลามเพื่อบริหารและจัดการเกี่ยวกับศาสนาอิสลามในประเทศฟิลิปปินส์ แม้ในอดีตฟิลิปปินส์ได้มีปัญหาความขัดแย้งในเรื่องดินแดนและการขอแยกตัวออกเป็นอิสระของพื้นที่ในทางตอนใต้อันเป็น

---

[201] มาตรา 110-118 แห่งรัฐบัญญัติการบริหารกฎหมายมุสลิม ค.ศ.1966

[202] มาตรา 134 แห่งรัฐบัญญัติการบริหารกฎหมายมุสลิม ค.ศ.1966

[203] มาตรา 135-140 แห่งรัฐบัญญัติการบริหารกฎหมายมุสลิม ค.ศ.1966

[204] United States Department of State Bureau of Democracy, **Human Rights, and Labor, International Religious Freedom Report for 2014: Philippines**, Retrieved May 18, 2016 from https://www.state.gov/documents/organization/171666.pdf

[205] Section 6, Article II ของรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฟิลิปปินส์

พื้นที่ที่ประชากรส่วนใหญ่นับถือศาสนาอิสลามจนเป็นแรงผลักให้มีการออกกฤษฎีกาประธานาธิบดีดังกล่าว ตลอดจนทำให้มีระบบการปกครองพื้นที่จัดการตนเองขึ้น The Autonomous Region In Muslim Mindanao (ARMM) ในปี ค.ศ.1990 เพื่อแก้ปัญหาขัดแย้งทางการเมืองในพื้นที่ทางตอนใต้ของประเทศ แต่การจัดตั้งศาลชารีอะห์และการมีประมวลกฎหมายอิสลามเฉพาะเพื่อบังคับใช้กับมุสลิมแทนการใช้กฎหมายแพ่งในเรื่องที่ได้บัญญัติไว้ในกฎหมายดังกล่าว ก็มีขอบเขตพื้นที่การใช้ครอบคลุมทั้งประเทศ ไม่ได้จำเพาะแต่พื้นที่ใด ๆ พื้นที่หนึ่งเท่านั้น อันเป็นการสร้างรูปแบบระบบพหุนิยมทางกฎหมายแห่งรัฐขึ้น ซึ่งการใช้กฎหมายอิสลามในพื้นที่ปกครองตนเอง ARMM นั้นอาจมีการใช้กฎหมายอิสลามครอบคลุมในเรื่องอื่น ๆ มากกว่าในพื้นที่การปกครองปกติอื่นของรัฐ

ศาสนาอิสลามเข้ามาสู่ดินแดนฟิลิปปินส์โดยผ่านทางพ่อค้าและนักเดินเรือชาวอาหรับในช่วงต้นศตวรรษที่ 14 ยังดินแดน Tawi-Tawi ซึ่งอยู่ในหมู่เกาะซูลูทางตอนใต้ของฟิลิปปินส์จนในศตวรรษที่ 15 พ่อค้าและนักเผยแผ่ศาสนาอิสลามชาวอาหรับก็กระจายไปทั่วเกาะมินดาเนาซึ่งเป็นเกาะที่ใหญ่ที่สุดในทะเลซูลู การเผยแผ่ศาสนาอิสลามของชาวอาหรับก็มีในลักษณะของการค้าและการสมรสกับชนพื้นเมือง ซึ่งก่อนหน้านั้นฟิลิปปินส์ซึ่งเป็นหมู่เกาะกว่าเจ็ดพันเกาะได้มีการตั้งถิ่นฐานตามเกาะต่าง ๆ เป็นชุมชนโดยเป็นอิสระต่อกัน หรือ เป็นแว่นแคว้น ซึ่งในแต่ละชุมชนก็มีหัวหน้าชุมชนเป็นผู้มีหน้าที่ในทางปกครองรวมทั้งการตัดสินคดี ซึ่งในสมัยนั้นยังไม่ได้กฎหมายเป็นลายลักษณ์อักษรแต่ตัดสินคดีกันตามจารีตประเพณีปฏิบัติ หรือที่เรียกว่า Adat เมื่ออิสลามเข้ามาในดินแดนดังกล่าวก็ก่อให้เกิดการผสมผสานระหว่างกฎหมายจารีตประเพณีของชนท้องถิ่นและกฎหมายอิสลามขึ้น ในขณะที่ทางตอนเหนือของฟิลิปปินส์ศาสนาอิสลามไม่ได้เข้าถึงมะนิลาจนกระทั้ง ปี ค.ศ.1565 ซึ่งเป็นเวลาภายหลังจากการเข้ามาของชาวสเปนที่มีจุดมุ่งหมายเพื่อล่าอาณานิคม ด้วยเหตุดังกล่าวการเข้าไปเผยแผ่ของศาสนาอิสลามในทางตอนเหนือของฟิลิปปินส์จึงต้องหยุดชะงัก ทำให้เกิดการแบ่งแยกอย่างชัดเจนระหว่างประชาชนทางตอนเหนือของฟิลิปปินส์ที่โดยส่วนใหญ่จะเป็นคริสเตียนในขณะที่ทางตอนใต้ของประเทศจะเป็นมุสลิม ซึ่งต่อมาการอพยพและการมาตั้งถิ่นฐานของชาวยุโรปในดินแดนทางตอนเหนือก็เป็นสาเหตุสำคัญที่ก่อให้เกิดระบบการใช้กฎหมายเชิงซ้อนหรือพหุนิยมทางกฎหมายในฟิลิปปินส์[206]

ในปี ค.ศ.1521 เมื่อ Ferdinard Magellan ได้มาถึงยังหมู่เกาะฟิลิปปินส์ และได้อ้างความเป็นเจ้าของหมู่เกาะฟิลิปปินส์ตามหลักการผู้ใดค้นพบผู้นั้นเป็นเจ้าของในยุคล่าอาณานิคมของชาวยุโรป สเปนเริ่มตั้งอาณานิคมในดินแดนฟิลิปปินส์ตอนเหนือ ในปี ค.ศ.1565 และตั้งชื่อหมู่เกาะนี้ว่า “Filipinas” ในปี ค.ศ.1571 เพื่อกษัตริย์ฟิลิปที่ 2 แห่งสเปน (King Philip II of Spain) การทำให้ดินแดนอาณานิคมของสเปนแห่งนี้เป็นคริสเตียนจึงมีขึ้นอย่างจริงจัง แต่อย่างไรก็ตามในทางตอนใต้ของฟิลิปปินส์การเผยแผ่คริสตศาสนากลับไม่ค่อยได้ผล เนื่องจากมีการต่อต้านของชนชาวพื้นเมืองที่นับถือศาสนาอิสลามอยู่ก่อนแล้ว ซึ่งการต่อต้านของชนพื้นเมืองทางตอนใต้ต่อสเปนคล้ายดั่งเป็นจุดแบ่งแยกความแตกต่างระหว่างฟิลิปปินส์ภายใต้อาณานิคมสเปน และดินแดนทางตอนใต้ที่ยังคงมีอำนาจของผู้ปกครองเมืองหรือที่เรียกว่าสุลต่านตามหลักการอิสลามอยู่

---

[206] Justin G. Holbrook, **Legal Hybridity in the Philippines: Lessons in Legal Pluralism from Mindanao and the Sulu Archipelago**, p. 416, Retrieved December 12, 2018 from https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1486169

เมื่อสเปนยกฟิลิปปินส์ให้สหรัฐอเมริกาเนื่องจากแพ้สงคราม Spanish-American ในปี ค.ศ. 1898 ดินแดนทางตอนใต้ฟิลิปปินส์ที่ยังคงปกครองโดยสุลต่าน จึงได้มีการทำข้อตกลงระหว่างดินแดนหมู่เกาะซูลูกับสหรัฐอเมริกาในการที่ดินแดนหมู่เกาะซูลูจะยังคงมีสิทธิในการใช้กฎหมายและศาสนาอิสลามและสหรัฐอเมริกาจะไม่เข้าไปยุ่งเกี่ยวกับศาสนาในดินแดนหมู่เกาะซูลู โดยที่ให้หมู่เกาะซูลูยอมรับอำนาจอธิปไตยของสหรัฐอเมริกาเหนือดินแดนของตน การทำสนธิสัญญาในลักษณะเดียวกันนี้กับสหรัฐอเมริกาเกิดขึ้นกับดินแดนอิสลามทางตอนใต้ของฟิลิปปินส์อื่น ซึ่งเป็นการสร้างระบบกฎหมายพหุนิยมทางกฎหมายในรูปแบบเดียวกับดินแดนในอาณานิคมเพื่อนบ้าน ภายใต้การปกครองของอังกฤษ และ เนเธอร์แลนด์ แต่อย่างไรก็ตามในอีกไม่กี่ปีต่อมาสหรัฐอเมริกาก็ได้ยกเลิกนโยบายการใช้ระบบกฎหมายพหุนิยมกับดินแดนทางตอนใต้และหันมาใช้ระบบกฎหมายเดียวแทนระบบกฎหมายจารีตประเพณีที่เป็นอิสลามหรือกฎหมายจารีตประเพณีท้องถิ่น Adat เพื่อสร้างความเป็นเอกภาพในระบบกฎหมายและพัฒนาระบบกฎหมายแบบตะวันตกเพื่อรองรับการเป็นเอกราชของดินแดนฟิลิปปินส์ทั้งหมด แต่กระนั้นก็ตามในการสร้างความเป็นเอกภาพในระบบกฎหมายสหรัฐอเมริกาก็ยังเปิดช่องให้สามารถนำกฎหมายจารีตประเพณีของชนพื้นถิ่นมาใช้ในศาลแห่งรัฐได้เท่าที่ไม่ขัดกับกับหลักการทางกฎหมายของสหรัฐอเมริกา[207] ซึ่งก็มิได้ให้มีการใช้ในลักษณะที่มีศาลเฉพาะในการตัดสินคดีกับมุสลิม หรือ ชนพื้นเมืองที่มีความเชื่อเฉพาะกลุ่มดั่งเช่นที่มีในอินโดนีเซียซึ่งเป็นอาณานิคมของเนเธอร์แลนด์ และในดินแดนอาณานิคมช่องแคบของอังกฤษ และในช่วงเปลี่ยนผ่านสู่การเป็นเอกราช ฟิลิปปินส์ได้รับรูปแบบรัฐธรรมนูญที่ยอมรับเสรีภาพในการนับถือศาสนาแต่มิได้ยอมรับอัตลักษณ์หรือเอกลักษณ์ของชนพื้นถิ่นชาวมุสลิมทางตอนใต้ตลอดจนกฎหมายอิสลาม จนกระทั้งปี ค.ศ.1946 ฟิลิปปินส์ได้รับเอกราชแต่ยังคงต้องพึ่งพาสหรัฐอเมริกาโดยที่โครงสร้างทางอำนาจทางการเมืองและการปกครองยังคงไม่มีการเปลี่ยนแปลงมากนัก

จาก ปี ค.ศ.1946 ถึง ค.ศ.1968 ความสัมพันธ์ระหว่างรัฐบาลฟิลิปปินส์กับชนกลุ่มน้อยชาวมุสลิมในดินแดนทางตอนใต้เป็นไปอย่างไม่ค่อยจะดีนัก นักการเมืองที่เป็นคริสเตียนในเมืองหลวงกรุงมะนิลาไม่ค่อยให้ความสนใจกับความต้องการของประชากรในดินแดนทางตอนใต้เนื่องด้วยความแตกต่างทางศาสนา และรัฐบาลได้พยายามขยายนโยบายการย้ายถิ่นฐานและการทำประโยชน์ทางเศรษฐกิจของประชาชนที่เป็นคริสเตียนโดยการส่งเสริมการย้ายถิ่นฐานของประชากรชาวคริสเตียนมายังดินแดนทางใต้เพิ่มมากขึ้น แต่อย่างไรก็ตามการเปิดช่องให้นำกฎหมายของชาวมุสลิมมาใช้ในเรื่องสถานะทางการสมรสยังคงมีใช้อยู่ในดินแดนทางตอนใต้ และมีการขยายระยะเวลาให้ใช้ต่อไปได้อีกช่วงระยะเวลาหนึ่ง[208]ก่อนที่จะเปลี่ยนไปใช้ระบบกฎหมายแพ่งแห่งรัฐทั้งหมด ซึ่งเป็นความมุ่งหวังของรัฐบาลที่จะทำการสร้างกรอบกฎหมายที่เป็นเอกภาพตามแนวทางสังคมชาวคริสเตียนมากกว่าการยอมรับรูปแบบกฎหมายของชาวมุสลิม

จนกระทั้งความตึงเครียดที่สะสมมานานได้ปะทุขึ้นเกิดเป็นสงครามแบ่งแยกดินแดนทางตอนใต้ของฟิลิปปินส์ที่เป็นมุสลิม โดยการตั้งกองกำลังติดอาวุธที่ชื่อว่า Moro National Liberation Front หรือ MNLF และได้ทำการสู้รบกับกองกำลังของรัฐบาลกลางฟิลิปปินส์เพื่อประกาศตัวออกเป็นเอกราชจากฟิลิปปินส์ ในปีค.ศ.1972 ประธานาธิบดี Ferdinard Marcos จึงประกาศ

---

[207] *Ibid.,* p. 420.

[208] มีการขยายระยะเวลาเพิ่มในการใช้สถานะบุคคลเรื่องการสมรสและการหย่าของมุสลิมอีก 10 ปี ก่อนเปลี่ยนไปใช้กฎหมายแพ่งเดียวกันทั้งหมด

กฎอัยการศึกในพื้นที่ทางตอนใต้ของฟิลิปปินส์และเกิดเป็นสงครามกลางเมืองในดินแดนทางตอนใต้ มีการสูญเสียทั้งชีวิตของประชาชนและสูญเสียทางเศรษฐกิจอย่างมากมาย จนในปี ค.ศ.1976 จึงได้มีการเจรจาหยุดยิงขึ้น ณ กรุงทริโปลี ประเทศลิเบียซึ่งเชื่อว่าเป็นผู้ให้การสนับสนุนทางอาวุธแก่ MNLF และเกิดเป็นข้อตกลงทริโปลี (The Tripoli Agreement) ซึ่งมีเงื่อนไขให้มีการปกครองตนเองขึ้นในดินแดนทางตอนใต้ รวมทั้งการจัดตั้งศาลศาสนาอิสลามขึ้นในมินดาเนา ช่วงเวลาหลังจากมีข้อตกลงทริโปลี รัฐบาลประธานาธิบดี Ferdinard Marcos จึงให้มีการปฏิรูปการใช้กฎหมายอิสลามในพื้นที่ทางตอนใต้ของประเทศ ทั้งทางการศึกษาและการตั้งมัสยิดขึ้นในกรุงมะนิลา ในการนี้ประธานาธิบดี Ferdinard Marcos ได้ตั้งหน่วยงานขึ้นเพื่อทำการร่างประมวลกฎหมายอิสลามสำหรับชาวมุสลิมขึ้นใช้ ซึ่งต่อมาจึงเกิดเป็นกฤษฎีกาประธานาธิบดีที่ 1083 อันถือว่าเป็นประมวลกฎหมายสถานะบุคคลของชาวมุสลิมในฟิลิปปินส์ที่บังคับใช้ทั้งประเทศ และต่อมาได้มีการสถาปนาพื้นที่การปกครองตนเอง The Autonomous Region In Muslim Mindanao (ARMM) ในปี ค.ศ.1990 แม้ว่าภายหลังแนวคิดในการจัดตั้งรูปแบบการปกครองตนเองในดินแดนทางตอนใต้จะไม่เป็นไปอย่างที่คาดหวัง เนื่องจากรัฐบาลกลางไม่ได้ให้การสนับสนุนทางงบประมาณหรือบุคคลากรอย่างจริงจัง การสู้รบในทางตอนใต้จึงมีขึ้นอีกครั้งหากแต่กองกำลังได้เปลี่ยนชื่อเป็น The Moro Islamic Liberation Front หรือ MILF ซึ่งปัจจุบันนี้ยังมีการจัดตั้งการปกครองตนเองในพื้นที่ทางตอนใต้ และกระบวนการการเจรจาเพื่อสันติภาพระหว่างรัฐบาลและแนวร่วม MILF ยังคงดำเนินการอยู่โดยมีมาเลเซียเป็นประเทศผู้ให้การอำนวยความสะดวก[209] (Facilitator)

3.2.2 ประมวลกฎหมายสถานะบุคคลมุสลิมฟิลิปปินส์

กฤษฎีกาประธานาธิบดีที่ 1083 (P.D. 1083) หรือที่เรียกว่าประมวลกฎหมายสถานะบุคคลมุสลิมฟิลิปปินส์ (Code of Muslim Personal Laws of the Philippines) มีผลบังคับใช้ตั้งแต่วันที่ 4 กุมภาพันธ์ ค.ศ.1977 จนถึงปัจจุบัน กฎหมายฉบับนี้ถูกบัญญัติขึ้นในสมัยประธานาธิบดี Ferdinard Marcos มีวัตถุประสงค์ที่จะสร้างความปรองดองร่วมกันระหว่างประชากรมุสลิมและคนในชาติ โดยการสร้างรูปแบบกฎหมายอิสลามขึ้นใช้กับพลเมืองที่เป็นมุสลิมโดยที่ไม่ไปกระทบกับระบบกฎหมายแพ่งทั่วไปของฟิลิปปินส์ อันเป็นผลมาจากความพยายามของชาวมุสลิมในฟิลิปปินส์ที่จะให้รัฐบาลกลางยอมรับในจารีตประเพณีและความเชื่อของตนเข้าเป็นส่วนหนึ่งของนโยบายแห่งรัฐในการปรับปรุงแก้ไขรัฐธรรมนูญในปี ค.ศ.1971[210] การจัดทำกฎหมายลักษณะสถานะบุคคลที่บังคับใช้แต่เฉพาะพลเมืองที่เป็นมุสลิมนี้เริ่มขึ้นจากการจัดตั้งคณะทำงานพิเศษเพื่อร่างประมวลกฎหมายอิสลามและคณะทำงานดังกล่าวดังกล่าวได้นำเสนอร่างประมวลกฎหมายให้แก่ประธานาธิบดี Ferdinard Marcos ในปี ค.ศ.1975 แต่มีการประกาศใช้จริงเป็นกฤษฎีประธานาธิบดีลงนามโดยประธานาธิบดี Marcos ในปี ค.ศ.1977 การมีกฤษฎีกาฉบับนี้ถือเป็นก้าวสำคัญในการสร้างรูปแบบกฎหมายอิสลามสถานะบุคคลขึ้นเนื่องจากในกฤษฎีกาฉบับดังกล่าวได้เป็นกฎหมายที่กำหนดทั้งส่วนที่เป็นเนื้อหากฎหมายสาระบัญญัติและการจัดตั้งองค์กรศาลและองค์กรต่าง ๆ ที่เกี่ยวเนื่องกับการใช้กฎหมาย

---

[209] Charmaine Deogracias, **New Malaysian Facilitator in GPH-MILF Peace Talks Named**, Retrieved May 28, 2017 fromhttps://www.rappler.com/nation/164866-malaysian-facilitator-bangsamoro-talks

[210] The Constitutional Convention of 1971

อิสลามในประเทศฟิลิปปินส์ กฤษฎีกาประธานาธิบดีเลขที่ 1083 แบ่งออกเป็น 5 บรรพ (Books) ครอบคลุมเนื้อหาทางกฎหมายอันได้แก่

บรรพ 1 เป็นบททั่วไป อันประกอบไปด้วย วัตถุประสงค์ของกฎหมาย การขัดกันกับกฎหมายอื่น คำบัญญัติศัพท์

บรรพ 2 ว่าด้วยเรื่องบุคคลและครอบครัว อันประกอบไปด้วย สถานะและความสามารถของบุคคล การสมรส ทรัพย์สินระหว่างสามีภรรยา การหย่า ความเป็นบิดาและบุตรโดยชอบด้วยกฎหมาย สิทธิหน้าที่บิดามารดาและบุตร อำนาจปกครองบุตร การจดทะเบียนสมรส การจดทะเบียนหย่าและการจดทะเบียนการเข้ารับอิสลาม

บรรพ 3 ว่าด้วยเรื่องมรดก พินัยกรรม ทายาทโดยชอบด้วยกฎหมายที่มีสิทธิในมรดก การจัดการมรดก

บรรพ 4 ว่าด้วยการพิพากษา การระงับข้อพิพาท และการลงความเห็นทางกฎหมาย ซึ่งประกอบไปด้วยการจัดตั้งศาลชารีอะห์ สภาอนุญาโตตุลาการศาสนาอิสลาม (The Agama Arbitration Council) และสำนักคณะที่ปรึกษากฎหมายอิสลาม (Jurisconsult in Islamic Law)

บรรพ 5 เป็นบทบัญญัติอื่น ๆ และบทเฉพาะกาล อันประกอบไปด้วยวันหยุดตามหลักศาสนาอิสลาม ทรัพย์สินส่วนกลาง สัญญาตามจารีตประเพณี การเข้ารับอิสลาม การยกเว้นโทษอาญาแก่มุสลิมในความผิดเนื่องจากมีคู่สมรสหลายคนในเวลาเดียวกัน (Bigamy) ความผิดทางอาญาอันเกิดจากการฝ่าฝืนบทบัญญัติตามประมวลกฎหมายนี้และบทเฉพาะกาล

ในกฤษฎีกาประธานาธิบดีที่ 1083 ได้บัญญัติวัตถุประสงค์ของการออกกฎหมายไว้หลัก ๆ สามประการ[211] คือ

1. เพื่อยอมรับระบบกฎหมายของมุสลิมในฟิลิปปินส์ให้เป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายแห่งฟิลิปปินส์และเพื่อเสริมสร้างความมีประสิทธิภาพของสถาบันทางศาสนาอิสลาม
2. เพื่อจัดทำประมวลกฎหมายสถานะบุคคลมุสลิมขึ้น และ
3. เพื่อให้มีการบริหารจัดการและการบังคับใช้กฎหมายสถานะบุคคลมุสลิมในฟิลิปปินส์อย่างมีประสิทธิภาพ

จากวัตถุประสงค์ของการออกกฎหมายดังกล่าวทั้งสามประการเป็นการเน้นย้ำในเรื่องการที่รัฐบาลกลางได้ยอมรับระบบกฎหมายอิสลามมาบังคับใช้ โดยที่นอกเหนือจากกฎหมายที่ได้บัญญัติไว้เป็นประมวลในกฤษฎีกาดังกล่าวแล้ว ยังได้มีขยายขอบเขตในการใช้กฎหมายอิสลามที่ศาลสามารถนำหลักกฎหมายอิสลามอื่นที่ไม่ได้บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายสถานะบุคคลมุสลิมฉบับนี้มาใช้ได้ โดยยึดแหล่งที่มาหลักแห่งกฎหมายอิสลามคือ คัมภีร์อัลกุรอานและหะดิษ ตลอดจนถึงงานการตีความและการใช้กฎหมายผ่านตำรานิติศาสตร์อิสลามที่มีมาตรฐานอื่นได้ อันเป็นการอุดช่องว่างของประมวลกฎหมายนี้ เนื่องจากในกฤษฎีกาประธานาธิบดีดังกล่าวได้ให้นิยามคำว่า “มุสลิม” ไว้ว่าคือบุคคลที่ยอมรับพระเจ้าองค์เดียวและยอมรับมุฮัมมัดเป็นศาสนทูตและนับถือศาสนาอิสลาม ซึ่งกฎหมายมุสลิมหรือชารีอะห์ตามกฤษฎีกาดังกล่าวมีความหมายแบบกว้างที่กล่าวถึงข้อบัญญัติที่ใช้กับมุสลิมตามหลักการในคัมภีร์อัลกุรอานและหะดิษ ในขณะที่นิยาม “กฎหมายสถานะบุคคลมุสลิม” ไว้ว่ากฎหมายที่รวมถึงกฎหมายที่เกี่ยวกับสถานภาพบุคคล การสมรส การหย่า ความสัมพันธ์ทางครอบครัว มรดกและการสืบมรดก ทรัพย์สินระหว่างคู่สมรส ที่มิได้บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมาย

---

[211] มาตรา 2 แห่งกฤษฎีกาประธานาธิบดีที่ 1083

กฤษฎีกาฉบับนี้ อันเป็นแสดงถึงการให้ขอบเขตแบบกว้างที่แม้กฎหมายฉบับนี้มิได้กำหนดไว้แต่คู่กรณีหรือศาลอาจยกขึ้นกล่าวอ้างได้[212] แต่อย่างไรก็ตามในกฤษฎีฉบับนี้ได้เน้นย้ำถึงการใช้กฎหมายอิสลามตามแนวคิดของซุนนีย์อย่างชัดเจน และการกำหนดสำนักคิดทางกฎหมายอิสลาม (Madhhab) ที่จะนำมาใช้ได้คือ หะนะฟีย์ มาลีกีย์ ชาฟีอีย์ และ ฮัมบาลีย์ หากมีการขัดกันแห่งสำนักคิดทางกฎหมายต่าง ๆ ที่กล่าวแล้ว การใช้กฎหมายต้องเป็นไปตามแนวทางแห่งรัฐธรรมนูญของฟิลิปปินส์และเพื่อความสงบเรียบร้อย นโยบายของรัฐและตลอดจนผลประโยชน์ของสาธารณะเป็นสำคัญ[213]

ถึงแม้ว่าในกฎหมายดังกล่าวจะได้บัญญัติให้การมีประมวลกฎหมายสถานะบุคคลมุสลิมขึ้นใช้ในฟิลิปปินส์จะไม่ไปบั่นทอนสิทธิของบุคคลที่นับถือศาสนาอื่น และกฎหมายสถานะบุคคลมุสลิมมีวัตถุประสงค์เพื่อใช้ในหมู่ชนมุสลิมในฟิลิปปินส์เท่านั้น แต่ในกรณีการสมรสนั้น ศาลชารีอะห์มีเขตอำนาจในการพิจารณาคดีที่การสมรสเกิดขึ้นตามกฎหมายอิสลามและคู่สมรสฝ่ายชายเป็นมุสลิม ดังนั้นในกรณีนี้กฎหมายสถานะบุคคลมุสลิมจึงสามารถนำมาบังคับใช้กับสตรีที่มิใช่มุสลิมหากได้สมรสกับชายมุสลิมตามหลักกฎหมายอิสลาม ทั้งนี้การสมรสตามหลักกฎหมายอิสลามนั้นมิได้จำเพราะแต่ต้องเป็นการสมรสตามกฎหมายสถานะบุคคลมุสลิมฟิลิปปินส์เท่านั้นแต่รวมถึงการสมรสตามหลักกฎหมายอิสลามที่มิได้บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายสถานะบุคคลมุสลิมด้วย อนึ่ง การสมรสที่คู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นมุสลิมแต่มิได้มีการสมรสตามหลักการอิสลามกฤษฎีกาฉบับดังกล่าวได้บัญญัติให้นำประมวลกฎหมายแพ่งขึ้นมาบังคับใช้[214]

ประการต่อมากฤษฎีกาประธานาธิบดีที่ 1083 ได้สร้างขอบเขตอำนาจศาลในการพิจารณาคดีในปัญหาข้อพิพาททั้งประเด็นแห่งคดีที่เป็นการเฉพาะในศาลชารีอะห์และประเด็นแห่งคดีที่ศาลชารีอะห์มีอำนาจพิจารณาเช่นเดียวกับศาลแพ่งแห่งรัฐอื่น ซึ่งประเด็นแห่งคดีที่เป็นอำนาจเฉพาะแต่ศาลชารีอะห์อันได้แก่คดีที่เกี่ยวกับการสมรสตามหลักอิสลาม การหย่า การปกครองบุตรผู้เยาว์ การจัดการทรัพย์สินส่วนกลาง การตรวจสอบความจริงแท้ของพินัยกรรม ตลอดจนการทำสัญญาตามจารีตประเพณีระหว่างมุสลิม[215] และประเด็นแห่งคดีที่ศาลชารีอะห์มีเขตอำนาจซ้อนกันกับศาลแพ่งแห่งรัฐได้แก่ คดีที่เกี่ยวเนื่องกับการที่มุสลิมมีคำร้องหรือคำฟ้องเกี่ยวกับการขอให้ตั้งสถานที่ใดเป็นแหล่งที่อยู่อาศัยของครอบครัว การเปลี่ยนชื่อ และการขอคำสั่งศาลให้นำผู้ป่วยโรคจิตเข้ารับการรักษาในโรงพยาบาลหรือสถานพยาบาล ในคดีแพ่งที่เกี่ยวกับบุคคลและทรัพย์สินที่คู่กรณีเป็นมุสลิมและข้อพิพาทนั้นไม่อยู่ในเขตอำนาจเฉพาะของศาลอื่นตามที่กฎหมายกำหนด

ในประเด็นการขัดกันกับกฎหมายอื่นเช่น การสมรสโดยมีภรรยาได้มากกว่าหนึ่งคนซึ่งกฎหมายทั่วไปของฟิลิปปินส์มีข้อห้ามไว้ หรือการหย่าที่ในกฎหมายอิสลามอนุญาตให้เป็นสิทธิของฝ่ายชายที่จะหย่าโดยไม่ต้องมีสาเหตุได้ซึ่งขัดกับหลักการทางกฎหมายแพ่งทั่วไปของฟิลิปปินส์ กฤษฎีกาประธานาธิบดีที่ 1083 ได้กำหนดแนวทางการแก้ปัญหาไว้โดยแบ่งแยกประเภทกฎหมาย ไว้เป็นกฎหมายทั่วไป กฎหมายพิเศษและกฎหมายเฉพาะท้องถิ่น หากกฎหมายสถานะบุคคลมุสลิมที่จะใช้ขัดกันกับกฎหมายทั่วไปให้นำบทบัญญัติของกฎหมายสถานะบุคคลมุสลิมขึ้นบังคับใช้ แต่ในกรณีที่กฎหมายสถานะบุคคลมุสลิมขัดกับกฎหมายพิเศษหรือกฎหมายเฉพาะท้องถิ่นต้องตีความกฎหมาย

---

[212] มาตรา 4-7 แห่งกฤษฎีกาประธานาธิบดีที่ 1083

[213] มาตรา 6 แห่งกฤษฎีกาประธานาธิบดีที่ 1083

[214] มาตรา 13 แห่งกฤษฎีกาประธานาธิบดีที่ 1083

[215] มาตรา 143 แห่งกฤษฎีกาประธานาธิบดีที่ 1083

พิเศษหรือกฎหมายเฉพาะท้องถิ่นอย่างกว้างเพื่อให้สอดคล้องกับกฎหมายสถานะบุคคลมุสลิม[216] ทั้งนี้ในกฤษฎีกาประธานาธิบดีที่ 1083 ยังได้บัญญัติให้มีการยกเว้นความผิดทางอาญาแก่ชายที่มีการสมรสกับภรรยาหลายคนในเวลาเดียวกันตามกฎหมายสถานะบุคคลมุสลิมอีกด้วย[217] ในขณะที่การจดทะเบียนสมรสมากกว่าหนึ่งครั้งของชายจะไม่เป็นความผิดตามบทยกเว้นที่ประมวลกฎหมายนี้ได้บัญญัติขึ้นแต่ต้องมีหนังสือยินยอมอย่างชัดเจนจากภรรยาหรือสตรีที่ได้จดทะเบียนสมรสไว้ก่อน

แต่อย่างไรก็ดีการเปลี่ยนศาสนาจากอิสลามสามารถกระทำได้ในฟิลิปปินส์ โดยไม่เป็นความผิดตามกฎหมาย แต่การเปลี่ยนศาสนาดังกล่าวไม่ทำให้ความผูกพันหรือความรับผิดตามประมวลกฎหมายสถานะบุคคลมุสลิมที่มีอยู่ก่อนในขณะที่บุคคลผู้นั้นเป็นมุสลิมสิ้นสุดลง[218]

3.2.3 องค์กรบริหารงานยุติธรรมอิสลาม

นอกจากกฤษฎีกาประธานาธิบดีที่ 1083 ได้จัดทำประมวลกฎหมายสถานะบุคคลมุสลิมของฟิลิปปินส์แล้ว ในกฎหมายนี้ในการบัญญัติได้บัญญัติให้มีการจัดตั้งองค์กรขึ้นเพื่อบริหารจัดการและระงับข้อพิพาทและบังคับใช้กฎหมายอิสลามอันประกอบไปด้วย ศาลชารีอะห์ (Shari'a Court) คณะอนุญาโตตุลาการศาสนาอิสลาม (Agama Arbitration Council) คณะที่ปรึกษากฎหมายอิสลาม (Jurisconsult in Islamic Law) งานจดทะเบียนสมรส หย่า และการเข้ารับศาสนาอิสลาม (Civil Registry)

3.2.3.1 คณะที่ปรึกษากฎหมายอิสลาม (Jurisconsult in Islamic Law)

กฤษฎีกาประธานาธิบดีที่ 1083 ได้บัญญัติให้มีการจัดตั้งองค์กรที่ให้คำปรึกษาในเรื่องกฎหมายอิสลามคือคณะที่ปรึกษากฎหมายอิสลาม หรือ Jurisconsult in Islamic Law โดยองค์กรดังกล่าวมีสำนักงานภายใต้การบริหารของศาลฎีกาของฟิลิปปินส์ มีสำนักงานถาวรตั้งอยู่ที่เมือง Zamboanga[219]

ที่ปรึกษากฎหมายอิสลามจะได้รับการแต่งตั้งโดยประธานาธิบดี มีวาระการดำรงตำแหน่ง 7 ปี และสามารถแต่งตั้งให้กลับเข้ามารับตำแหน่งได้อีกหากหมดวาระลง ที่ปรึกษากฎหมายอิสลามมีคุณสมบัติคือ ต้องมีสัญชาติฟิลิปปินส์ อายุ 40 ขึ้นไปเป็นบุคคลอันทรงเกียรติที่ได้รับการยอมรับ มีความรู้ความชำนาญในคัมภีร์อัลกุรอาน หะดิษ และนิติศาสตร์อิสลาม ตลอดจนเชี่ยวชาญในภาษาอาหรับ[220]

ที่ปรึกษากฎหมายมีหน้าที่ทำความเห็นทางกฎหมายอิสลามตามที่บุคคลหรือหน่วยงานใด ๆ ร้องขอเป็นลายลักษณ์อักษรเกี่ยวกับปัญหาที่เกี่ยวกับกฎหมายอิสลาม ในการนี้หากที่ปรึกษากฎหมายอิสลามเห็นเป็นการจำเป็นอาจทำการขอความเห็นพ้องร่วมจากนักปราชญ์หรือผู้ทรงความรู้เกี่ยวกับกฎหมายอิสลามที่ได้รับการยอมรับ (Ulama) เพื่อหาข้อสรุปแห่งปัญหาทางกฎหมาย

---

[216] มาตรา 3 แห่งกฤษฎีกาประธานาธิบดีที่ 1083

[217] มาตรา 180 แห่งกฤษฎีกาประธานาธิบดีที่ 1083

[218] มาตรา 178 แห่งกฤษฎีกาประธานาธิบดีที่ 1083

[219] มาตรา 164 แห่งกฤษฎีกาประธานาธิบดีที่ 1083

[220] มาตรา 165 แห่งกฤษฎีกาประธานาธิบดีที่ 1083

อิสลามปัญหาใดปัญหาหนึ่งก็ได้ อย่างไรก็ตามที่ปรึกษากฎหมายอิสลามมีสิทธิจะไม่ตอบปัญหาใดก็ได้หากเห็นว่าปัญหาดังกล่าวไม่จำเป็นหรือไม่สมควรต้องตอบ[221]

3.2.3.2 หน่วยงานจดทะเบียน (Civil Registry)

กฤษฎีกาประธานาธิบดีที่ 1083 ในบรรพ 2 นอกจากจะได้บัญญัติในเนื้อหากฎหมายสาระบัญญัติว่าด้วยเรื่องสถานะบุคคลมุสลิม ความสัมพันธ์ในครอบครัวแล้ว ยังได้บัญญัติให้มีหน่วยงานรับจดทะเบียนอันเกี่ยวเนื่องด้วยประมวลกฎหมายดังกล่าวด้วย[222] โดยมีนายทะเบียนเขต (District Registrar) และนายทะเบียนแขวง (Circuit Registrar) ซึ่งสำนักจดทะเบียนดังกล่าวเป็นส่วนหนึ่งของศาลชารีอะห์ โดยที่เสมียนศาลชารีอะห์ในแต่ละท้องที่จะมีหน้าที่นายทะเบียนรับจดทะเบียนอันประกอบไปด้วยการรับจดทะเบียน การสมรส การหย่า การเพิกถอนการหย่า และการเข้ารับศาสนาอิสลามตามพื้นที่ที่ศาลชารีอะห์ตั้งอยู่ การจดทะเบียนต่าง ๆ ดังที่ได้กล่าวมาถือว่าเป็นเอกสารมหาชนที่ใช้เป็นหลักฐานได้เช่นเดียวกับการจดทะเบียนสมรส หรือหย่าตามกฎหมายแพ่งแห่งรัฐ ในการขอจดทะเบียนการสมรสเพิ่ม (Subsequent Marriages) หรือการจดทะเบียนหย่าหรือเพิกถอนการหย่าต้องมีกระบวนการการได้รับความยินยอมจากคู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่ง ดังนั้นนายทะเบียนที่ทำการจดทะเบียนจึงมีหน้าที่ที่จะส่งเรื่องให้กับคู่กรณีให้เข้ามาในกระบวนการดังกล่าวได้และหากเกิดข้อพิพาทขึ้นนายทะเบียนอาจได้รับการแต่งตั้งจากศาลชารีอะห์ให้เป็นผู้ทำการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทที่เกิดขึ้นได้ และนายทะเบียนจะนั่งเป็นประธานในคณะอนุญาโตตุลาการอิสลาม (Agama Arbitration Council) ที่ศาลชารีอะห์ตั้งขึ้น ก่อนนำคดีขึ้นสู่การพิจารณาของศาล

การจดทะเบียนเข้ารับอิสลาม (Conversion to Islam) ถือเป็นหลักฐานสำคัญเบื้องต้นในการพิสูจน์ว่าบุคคลดังกล่าวเป็นมุสลิมแต่หากมีผู้ใดต้องการพิสูจน์ว่าบุคคลใดเป็นมุสลิมหรือไม่ บุคคลนั้นมีภาระการพิสูจน์ต่อศาล อย่างไรก็ดีบุคคลที่จะทำการจดทะเบียนเข้ารับอิสลามได้ต้องมีอายุอย่างต่ำ 18 ปีเว้นแต่ได้รับความยินยอมจากบิดามารดาหรือผู้มีอำนาจปกครอง[223]

ในการไม่ได้ทำการจดทะเบียนตามประมวลกฎหมายนี้บุคคลนั้นอาจมีโทษทางอาญาและในกรณีที่นายทะเบียนได้กระทำการโดยประมาทในการรับจดทะเบียนให้เป็นไปตามประมวลกฎหมายนี้มีความผิดทางอาญาเช่นเดียวกับความผิดของเจ้าหน้าที่รัฐในการปฏิบัติงาน[224]

3.2.3.3 คณะอนุญาโตตุลาการศาสนาอิสลาม (Agama Arbitration Council)

ตามมาตรา 160 แห่งกฤษฎีกาประธานาธิบดีที่ 1083 ได้บัญญัติให้ศาลชารีอะห์สามารถจัดให้มีคณะอนุญาโตตุลาการศาสนาอิสลามขึ้นเพื่อไกล่เกลี่ยและพิจารณาข้อพิพาทดังนี้

1) ข้อพิพาทการหย่าทั้งจากฝ่ายชาย (Talag) และจากฝ่ายหญิงในกรณีที่ฝ่ายชายให้สิทธิไว้ (Tafwid) ซึ่งจะต้องยื่นคำร้องต่อเสมียนศาลชารีอะห์ในฐานะนายทะเบียนในการจดทะเบียนหย่า เสมียนศาลชารีอะห์จะทำสำเนาส่งถึงคู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่ง เพื่อให้มีการตั้งตัวแทนของแต่ละฝ่ายขึ้นและมีเสมียนศาลชารีอะห์นั่งเป็นประธานคณะอนุญาโตตุลาการเพื่อทำการระงับข้อพิพาทแทนการดำเนินคดีขึ้นสู่ศาลก่อน หากได้ผลประการใดจึงแจ้งไปยังศาล[225]

---

[221] มาตรา 166 แห่งกฤษฎีกาประธานาธิบดีที่ 1083

[222] มาตรา 81-88 แห่งกฤษฎีกาประธานาธิบดีที่ 1083

[223] มาตรา 177 แห่งกฤษฎีกาประธานาธิบดีที่ 1083

[224] มาตรา 185 แห่งกฤษฎีกาประธานาธิบดีที่ 1083

[225] มาตรา 161 แห่งกฤษฎีกาประธานาธิบดีที่ 1083

2) การสมรสเพิ่ม Subsequent Marriages ในกรณีที่สามีต้องการสมรสเพิ่มและทำการยื่นคำร้องต่อเสมียนศาลชารีอะห์ในฐานะนายทะเบียน เสมียนศาลจะทำหนังสือส่งถึงภรรยาที่มีอยู่ในปัจจุบันทุกคนเพื่อขอความยินยอม ในกรณีที่ภรรยาคนใดไม่ให้ความยินยอม ศาลอาจให้มีการตั้งคณะอนุญาโตตุลาการศาสนาอิสลามขึ้นเพื่อพิจารณาไกล่เกลี่ย หากไม่สามารถไกล่เกลี่ยกันได้จึงให้ศาลชารีอะห์พิจารณาการจดทะเบียนสมรสเพิ่มดังกล่าว[226]

3) กรณีความผิดต่อกฎหมายจารีตประเพณี ในกรณีที่ศาลแขวงชารีอะห์ได้มีการพิจารณาคดที่เกี่ยวเนื่องกับการละเมิดกฎหมายจารีตประเพณีซึ่งสามารถตกลงไกล่เกลี่ยกันได้โดยไม่ต้องมีการพิจารณาคดีในศาล ศาลชารีอะห์อาจให้มีการตั้งคณะอนุญาโตตุลาการอิสลามขึ้นเพื่อระงับข้อพิพาทดังกล่าวโดยปรองดองกัน[227]

3.2.3.4 ศาลชารีอะห์ (Shari'a Court)

กฤษฎีกาประธานาธิบดีที่ 1083 ได้บัญญัติให้มีการจัดตั้งศาลชารีอะห์ขึ้น โดยประกอบไปด้วยศาลชารีอะห์เขต (Shari'a District Court) และ ศาลชารีอะห์แขวง (Shari's Circuit Court)[228] ซึ่งอยู่ภายใต้การบริหารจัดการของศาลฎีกาแห่งฟิลิปปินส์ ถึงแม้ในกฤษฎีกาเลขที่ 1083 จะกำหนดพื้นที่ในการจัดตั้งศาลชารีอะห์ไว้ในพื้นที่ทางตอนใต้ของประเทศฟิลิปปินส์ แต่ศาลชารีอะห์ก็มีอำนาจพิจารณาคดีตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายสถานะบุคคลมุสลิมที่เกิดขึ้นทั่วทั้งประเทศฟิลิปปินส์แม้มูลคดีเกิดขึ้นในพื้นที่ที่ไม่มีศาลชารีอะห์ตั้งอยู่ก็ตาม[229]

1) บุคลากรในศาลชารีอะห์

ในกฤษฎีกาประธานาธิบดีที่ 1083 ได้บัญญัติให้จัดตั้งศาลชารีอะห์ขึ้นอันเป็นส่วนหนึ่งในระบบกระบวนการยุติธรรมทางศาล ซึ่งศาลชารีอะห์อยู่ภายใต้การบริหารและจัดการของศาลฎีกาของฟิลิปปินส์ที่มีอำนาจหน้าที่ในการสนับสนุนทั้งการจัดการด้านบุคลากรและทางการเงิน อันมีบุคลากรสำคัญประกอบด้วย

(1) ผู้พิพากษาในศาลชารีอะห์

ผู้พิพากษาศาลชารีอะห์จะได้รับการแต่งตั้งจากประธานาธิบดี โดยที่ผู้พิพากษาในศาลชารีอะห์เขตต้องมีคุณสมบัติเช่นเดียวกับผู้ที่จะเป็นผู้พิพากษาในศาลเขต (Regional Trial Court) ตามที่บัญญัติไว้ในรัฐบัญญัติว่าด้วยการตุลาการ (Judiciary Act) ที่ต้องเป็นผู้มีสัญชาติฟิลิปปินส์โดยกำเนิด มีอายุอย่างต่ำ 35 ปี มีประสบการณ์ในงานด้านกฎหมายอย่างน้อย 10 ปี

---

[226] มาตรา 162 แห่งกฤษฎีกาประธานาธิบดีที่ 1083

[227] มาตรา 163 แห่งกฤษฎีกาประธานาธิบดีที่ 1083

[228] มีการบัญญัติให้จัดตั้งศาลชารีอะห์อุทธรณ์ (Shari'a Appellate Court) ขึ้นตามรัฐบัญญัติที่ 9054 หรือ รัฐบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ Organic Act ซึ่งเป็นกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งเขตปกครองตนเองมุสลิมมินดาเนา (Autonomous Region Muslim Mindanao) แต่ปัจจุบันยังไม่ได้มีการจัดตั้งศาลดังกล่าว

[229] ในคดี Bondagjy v. Bondagjy การสมรสตามหลักอิสลามเกิดขึ้นที่กรุงมะนิลาแต่ได้ยื่นฟ้องที่ศาลชารีอะห์เขตที่ 4 เมือง Marawi บนเกาะมินดาเนาแม้ต่อมาทางจำเลยจะมีคำร้องขอย้ายคดีไปยังศาลชารีอะห์เขตที่ 3 เมือง Zamboanga ซึ่งตั้งอยู่บนเกาะมินดาเนาเช่นกัน; ดูประกอบ "Courts for Muslims: A Primer on the Philippine Shari'a Courts" หน้า 8

นอกจากจะต้องเป็นสามัญสมาชิกแห่งเนติบัณฑิตและมีคุณสมบัติเช่นผู้พิพากษาในศาลเขต ทั้งยังต้องเป็นผู้มีความรู้ทั้งกฎหมายอิสลามและนิติศาสตร์อิสลามอย่างลึกซึ้งอีกด้วย[230]

ในขณะที่ผู้พิพากษาศาลชารีอะห์แขวงต้องมีคุณสมบัติคือเป็นผู้มีสัญชาติฟิลิปปินส์โดยกำเนิดและอายุอย่างต่ำ 25 ปี ทั้งนี้ต้องสอบผ่านทางด้านนิติศาสตร์อิสลามที่ทางศาลฎีกาจัดขึ้นเพื่อปฏิบัติงานเป็นผู้พิพากษาในศาลชารีอะห์แขวงโดยเฉพาะ[231] และได้เป็นวิสามัญสมาชิกแห่งเนติบัณฑิตฟิลิปปินส์ ผู้พิพากษาในศาลชารีอะห์แขวงไม่จำเป็นต้องสำเร็จการศึกษาทางนิติศาสตร์หรือเป็นทนายความมาก่อนแต่อย่างใด แต่ต้องสำเร็จการศึกษาปริญญาตรีในสาขานิติศาสตร์อิสลาม (Islamic Law and Jurisprudence) และผ่านหลักสูตรหรือมีประกาศนียบัตรในหลักสูตรที่ศาลฎีกากำหนด อย่างไรก็ตามผู้ที่สอบผ่านการทดสอบที่ศาลฎีกาจัดขึ้นดังกล่าวแต่มิได้เป็นทนายความหรือเป็นสามัญสมาชิกแห่งเนติบัณฑิตฟิลิปปินส์ก็ไม่มีสิทธิในการว่าความในศาลอื่น หรือมีอำนาจกระทำการอื่นดั่งเช่นทนายความทำได้

อนึ่งผู้พิพากษาจะดำรงตำแหน่งได้จนถึงอายุ 70 ปี[232] หากมิได้กระทำการเสื่อมเสียใด ๆ ภายใต้กฎระเบียบตุลาการที่ใช้บังคับแก่ผู้พิพากษา[233]

(2) เสมียนศาล (Clerk of Court)

ตามกฤษฎีกาประธานาธิบดีที่ 1083 ได้กำหนดให้มีตำแหน่งเสมียนศาลในแต่ละศาลชารีอะห์[234] เพื่อทำงานด้านการสนับสนุนกระบวนการศาลและธุรการในศาล โดยที่เสมียนศาลชารีอะห์ในแต่ละท้องที่จะมีหน้าที่เป็นนายทะเบียนรับจดทะเบียนอันประกอบไปด้วยการรับจดทะเบียน การสมรส การหย่า การเพิกถอนการหย่า และการเข้ารับศาสนาอิสลามตามพื้นที่ที่ศาลชารีอะห์ตั้งอยู่ตามประมวลกฎหมายสถานะบุคคลมุสลิมอีกด้วย ในขณะเดียวกันในกรณีที่เกิดข้อโต้แย้งในเรื่องการดำเนินการทางการจดทะเบียน ศาลอาจตั้งเสมียนศาลซึ่งโดยตำแหน่งมีฐานะเป็นนายทะเบียนนั่งเป็นประธานคณะอนุญาโตตุลาการอิสลามได้

(3) ทนายความในศาลชารีอะห์

ทนายความในศาลชารีอะห์ไม่จำเป็นต้องจบนิติศาสตร์และไม่จำเป็นต้องเป็นสามัญสมาชิกแห่งเนติบัณฑิตฟิลิปปินส์ แต่ต้องเข้าอบรมหลักสูตรและผ่านการทดสอบทางด้านนิติศาสตร์อิสลามที่ทางศาลฎีกาจัดขึ้นเช่นเดียวกับผู้พิพากษาในศาลชารีอะห์แขวง ซึ่งผู้มีคุณสมบัติเข้ารับการอบรมที่มิได้จบการศึกษาทางนิติศาสตร์นั้นต้องจบปริญญาในหลักสูตรที่เกี่ยวเนื่องกับกฎหมายอิสลามหรือนิติศาสตร์อิสลาม ซึ่งแตกต่างกับทนายความทั่วไปที่จะว่าความในศาลได้ต้องจบการศึกษาทางนิติศาสตร์และเป็นสามัญสมาชิกแห่งเนติบัณฑิต ดังนั้นทนายความในศาลชารีอะห์จึงว่าความหรือเป็นผู้ให้คำปรึกษาคดีได้แต่เฉพาะคดีในศาลชารีอะห์เท่านั้น ในหลายกรณีจึงเกิดปัญหาขึ้นในการที่ทนายความในศาลชารีอะห์ไม่สามารถดำเนินคดีในศาลอื่นรวมถึงศาลฎีกาได้ ในกรณีที่ต้องมีการดำเนินการเกี่ยวเนื่องกับศาลอื่นหรืออุทธรณ์คดีไปสู่ศาลสูง และในกรณีที่ทนายความ

---

[230] มาตรา 140 แห่งกฤษฎีกาประธานาธิบดีที่ 1083

[231] มาตรา 139-140 และมาตรา 151-152 แห่งกฤษฎีกาประธานาธิบดีที่ 1083

[232] มีการแก้ไขการดำรงตำแหน่งจากจนถึง อายุ 65 ปี เป็นอายุ 70 ตามรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1987

[233] มาตรา 141 และ 153 แห่งกฤษฎีกาประธานาธิบดีที่ 1083

[234] มาตรา 146 และ 156 แห่งกฤษฎีกาประธานาธิบดีที่ 1083

ในศาลชารีอะห์ที่มิได้จบนิติศาสตร์มาโดยตรงและไม่มีคุณสมบัติในการที่จะว่าความในศาลอื่นก็ไม่มีสิทธิกระทำการตามอำนาจหน้าที่ที่ทนายความทั่วไปทำได้ เช่นการรับรองเอกสาร รับรองลายมือชื่อ หรือ Notary Public อันเป็นส่วนหนึ่งในกระบวนการดำเนินคดีทั้งในศาลและนอกศาลได้ แต่อย่างไรก็ตามศาลฎีกาได้ชี้ว่าทนายความชารีอะห์อาจปรากฏตัวและเข้าร่วมกระบวนการในศาลอื่นได้ในฐานะตัวแทนของโจทก์หรือจำเลยได้ หากได้รับการแต่งตั้งโดยถูกต้องตามกฎหมาย[235]

2) เขตอำนาจศาลชารีอะห์

ศาลชารีอะห์ประกอบไปด้วยศาลชารีอะห์เขต (Shari'a District Court) และศาลชารีอะห์แขวง (Shari's Circuit Court) มีเขตอำนาจศาลดังนี้

(1) เขตอำนาจศาลชารีอะห์แขวง (Shari's Circuit Court)

ตามมาตรา 150 แห่งกฤษฎีกาประธานาธิบดีที่ 1083 ได้บัญญัติให้จัดตั้งศาลชารีอะห์แขวงขึ้นจำนวน 51 แห่งอยู่ภายใต้พื้นที่ของศาลชารีอะห์เขตทั้ง 5 เขต โดยศาลชารีอะห์แขวงมีอำนาจเฉพาะ (Exclusive Origin Jurisdiction)[236] ในการพิจารณาคดีดังต่อไปนี้[237]

(1.1) คดีอาญาเฉพาะที่บัญญัติความผิดและโทษไว้ในประมวลกฎหมายสถานะบุคคลมุสลิมหรือกฤษฎีกาประธานาธิบดีที่ 1083

(1.2) คดีแพ่งและกระบวนการทางศาลที่คู่กรณีเป็นมุสลิม หรือคดีแพ่งที่คู่กรณีได้มีการสมรสภายใต้ประมวลกฎหมายสถานะบุคคลมุสลิมหรือหลักการอิสลาม และมีข้อพิพาทเกิดขึ้นเกี่ยวกับ

(1.2.1) การสมรส

(1.2.2) การหย่าตามที่ประมวลกฎหมายสถานะบุคคลมุสลิมกำหนดยอมรับไว้

(1.2.3) การหมั้นหรือการผิดสัญญาว่าจะสมรสด้วย

(1.2.4) มะฮัท (Mahr) ตามหลักการอิสลาม[238]

(1.2.5) การจัดการและการแบ่งทรัพย์สินภายหลังการหย่าหรือการสมรสสิ้นสุด

---

[235] Bar Matter No. 681 วันที่ 5 สิงหาคม 1983 และ No. 702 วันที่ 12 พฤษภาคม 1994

[236] คดีที่ไม่อาจอยู่ในเขตอำนาจของศาลอื่นได้ ต้องดำเนินกระบวนการแต่ในเฉพาะศาลชารีอะห์เท่านั้น

[237] มาตรา 155 แห่งกฤษฎีกาประธานาธิบดีที่ 1083

[238] มะฮัท (Mahr) ตามหลักการอิสลามคือทรัพย์สินที่ฝ่ายชายมอบให้แก่ฝ่ายหญิงในสัญญาสมรสซึ่งต่างจากคำว่า "สินสอด" ตามกฎหมายไทยที่ฝ่ายชายมอบให้แก่ บิดามารดา ผู้ปกครองหรือผู้รับบุตรบุญธรรมของฝ่ายหญิงเป็นการตอบแทนในการสมรสกับหญิงนั้น

(1.2.6) การอุปการะ ค่าอุปการเลี้ยงดูและเงินค่าทำขวัญที่ฝ่ายชายต้องมอบให้ฝ่ายหญิงเนื่องจากการหย่าหรือมุตอะฮ์ (Mutaah)

(1.2.7) การชดใช้ค่าเสียหายตามสิทธิแห่งการสมรส (Restitution of Marital Rights)

(1.3) คดีที่มีข้อพิพาทเกี่ยวกับทรัพย์สินส่วนกลางของมุสลิม (Communal Properties)

(2) เขตอำนาจศาลชารีอะห์เขต (Shari'a District Court)

ตามมาตรา 138 แห่งกฤษฎีกาประธานาธิบดีที่ 1083 ได้บัญญัติให้จัดตั้งศาลชารีอะห์เขตขึ้นจำนวน 5 เขต โดยศาลชารีอะห์เขตอำนาจพิจารณาคดีอยู่ 3 ลักษณะคือ (1) เขตอำนาจเฉพาะ (Exclusive Origin Jurisdiction)[239] (2) เขตอำนาจศาลที่ทับซ้อน (Concurrent Jurisdiction) กับศาลแพ่งทั่วไป[240] และ (3) เขตมีอำนาจในการพิจารณาอุทธรณ์คำตัดสินคดีของศาลชารีอะห์แขวงที่อยู่ภายใต้เขตอำนาจของตน

(2.1) Exclusive Origin Jurisdiction ศาลชารีอะห์เขตมีอำนาจเฉพาะในการพิจารณาคดีดังต่อไปนี้[241]

(2.1.1) ทุกคดีที่เกิดขึ้นภายใต้บทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายสถานะบุคคลมุสลิมที่เกี่ยวเนื่องกับ การดูแลบุตร อำนาจปกครองบุตร ความเป็นบุตรที่ชอบด้วยกฎหมาย ความเป็นบิดาและความสัมพันธ์ระหว่างบิดาและบุตร

(2.1.2) ทุกคดีที่เกี่ยวเนื่องกับ การจัดการมรดก การแบ่งปันทรัพย์มรดกของผู้ตายที่เป็นมุสลิม การพิสูจน์ความจริงแท้ของพินัยกรรม การออกคำสั่งแต่งตั้งผู้จัดการมรดกทั้งที่มีพินัยกรรมและไม่มีพินัยกรรม และไม่จำกัดว่าเป็นทรัพย์สินประเภทใดหรือมีมูลค่าเท่าใด

(2.1.3) คำร้องเพื่อประกาศให้เป็นคนสาบสูญและตาย เพื่อยกเลิกหรือแก้ไขการจดทะเบียนต่าง ๆ ที่กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายสถานะบุคคลมุสลิม

(2.1.4) การดำเนินคดีต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นจากสัญญาตามจารีตประเพณีที่คู่กรณีทุกฝ่ายเป็นมุสลิมโดยที่ในสัญญาดังกล่าวมิได้ระบุไว้ว่าให้นำบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดมาบังคับใช้กับนิติสัมพันธ์นั้น

(2.1.5) คำร้องเพื่อขอให้ศาลออกหมายบังคับให้กระทำการใด (Mandamus) ออกคำสั่งห้าม (Prohibition) คำสั่งชั่วคราวของศาลให้กระทำหรืองดเว้นกระทำการ (Injunction) ออกหมายเรียกสำนวนคดีจากศาลชั้นที่ต่ำกว่า (Certiorari) หมายสั่งให้ส่งตัวผู้ถูกคุมขังมาศาลหรือเรียกตัวผู้ใดมาศาล (Habeas Corpus) และคำสั่งศาลทุกชนิดที่เกี่ยวเนื่องกับกระบวนการอุทธรณ์คดีที่ศาลมีอำนาจพิจารณา

---

[239] ศาลชารีอะห์เขตเป็นศาลที่มีเขตอำนาจพิจารณาคดีเหล่านี้เท่านั้น ไม่อาจเริ่มต้นคดีที่ศาลอื่นได้ แต่อาจอุทธรณ์คำตัดสินของศาลชารีอะห์เขตยังศาลสูงของรัฐต่อไปได้

[240] คู่กรณีมีสิทธิที่จะเลือกยื่นคำร้องของตนต่อศาลชารีอะห์หรือศาลแพ่งทั่วไปได้และศาลจะนำหลักการตามประมวลกฎหมายแพ่งมาใช้ในการพิจารณาคำร้อง

[241] มาตรา 143 (1) แห่งกฤษฎีกาประธานาธิบดีที่ 1083

(2) Concurrent Jurisdiction ศาลชารีอะห์เขตมีอำนาจพิจารณาคดีอื่นดังต่อไปนี้เช่นเดียวกับศาลแพ่งอื่นแห่งรัฐ อันเป็นอำนาจทับซ้อนกับศาลแพ่งอื่น[242] โดยที่คู่กรณีหรือผู้ร้องสามารถเลือกได้ว่าจะยื่นคำฟ้องหรือคำร้องของตนขึ้นสู่ศาลใดเพื่อพิจารณา โดยที่มีจุดเกาะเกี่ยวด้วยเรื่องเขตอำนาจศาลตามพื้นที่ที่ศาลชารีอะห์เขตตั้งอยู่เช่นเดียวกับเขตอำนาจศาลแพ่งทั่วไป แต่อย่างไรก็ตามเมื่อยื่นคดีสู่ศาลใดศาลหนึ่งแล้วจะยื่นสู่ศาลอื่นอีกไม่ได้ อนึ่งในคดีที่กล่าวต่อไปนี้ศาลชารีอะห์มิได้นำประมวลกฎหมายสถานะบุคคลมุสลิมมาบังคับใช้ เนื่องจากประมวลกฎหมายดังกล่าวมิได้บัญญัติไว้ แต่นำประมวลกฎหมายแพ่งมาใช้กับคดีหรือคำร้องเช่นเดียวกับการดำเนินคดีในศาลแพ่งอื่นทั่วไป

(2.1) คำร้องโดยมุสลิมเพื่อให้ศาลมีคำสั่งว่าที่ใดเป็นแหล่งอาศัยของครอบครัว (Constitution of a Family Home) คำร้องขอเปลี่ยนชื่อ และ การขอคำสั่งศาลให้นำผู้ป่วยโรคจิตเข้ารับการรักษาในโรงพยาบาลหรือสถานพยาบาล

(2.2) การดำเนินคดีเกี่ยวกับบุคคลและทรัพย์สินอื่นที่มิได้ระบุไว้ใน 1(ง) ที่คู่กรณีทุกฝ่ายเป็นมุสลิม ยกเว้นคดีการบุกรุกที่ดิน (Forcible Entry) และการถือครองโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย (Unlawful Detainer) ที่อยู่ในอำนาจเฉพาะของศาลแขวงท้องถิ่น (Municipal Circuit Court)

(2.3) การดำเนินคดีแพ่งพิเศษเพื่อการร้องสอด (Interpleader) หรือให้ศาลมีคำสั่งเพื่อปลดเปลื้องทุกข์อื่น (Declaratory Relief) ที่คู่กรณีทุกฝ่ายเป็นมุสลิมหรือทรัพย์สินที่พิพาทมีเฉพาะแต่มุสลิมเท่านั้นที่เป็นเจ้าของ

(3) ศาลชารีอะห์เขตมีอำนาจในการพิจารณาการอุทธรณ์คำตัดสินคดีของศาลชารีอะห์แขวงที่อยู่ภายใต้เขตพื้นที่รับผิดชอบของตน โดยที่ศาลชารีอะห์เขตต้องพิจารณาตัดสินคดีอุทธรณ์ทุกคดีโดยอยู่บนพื้นฐานของพยานหลักฐาน การบันทึกต่าง ๆ ที่ได้ทำขึ้นที่คู่กรณีได้ยื่นเสนอมา[243]

3) กระบวนพิจารณาในศาลชารีอะห์

ตามกฤษฎีกาประธานาธิบดีที่ 1083 ได้บัญญัติให้ศาลฎีกามีอำนาจในการออกกฎระเบียบกระบวนการพิจารณาคดีในศาลชารีอะห์ ซึ่งออกเป็นกฎพิเศษว่าด้วยกระบวนการพิจารณาคดีทั้งในศาลชารีอะห์เขต และ ศาลชารีอะห์แขวง[244] (Special Rules of Procedure Governing the Shari'ah Courts) ซึ่งกฎว่าด้วยกระบวนการพิจารณาคดีที่ใช้อยู่มีลักษณะดังนี้

(1) การเริ่มต้นคดี

เริ่มจากการยื่นคำฟ้องหรือคำร้องซึ่งอาจทำขึ้นโดยโจทก์เอง หรือทนายความโจทก์ หรือโดยเสมียนศาลชารีอะห์ ในคำฟ้องต้องประกอบไปด้วยชื่อคดี เลขที่คดี วันที่ทำการฟ้อง ชื่อ ที่อยู่ของโจทก์และทนายความโจทก์ถ้ามี ชื่อและที่อยู่ของจำเลย ข้อประเด็นเนื้อหาแห่งคำฟ้องและคำขอที่ต้องการให้ศาลออกคำตัดสินหรือคำสั่งให้[245]

(2) การยื่นคำให้การ

---

[242] มาตรา 143 (2) แห่งกฤษฎีกาประธานาธิบดีที่ 1083

[243] มาตรา 144 แห่งกฤษฎีกาประธานาธิบดีที่ 1083

[244] มาตรา 148 และ มาตรา 158 แห่งกฤษฎีกาประธานาธิบดีที่ 1083

[245] ข้อ 1-3 Special Rules of Procedure governing the Shari'ah Courts

การส่งคำฟ้องจะส่งถึงจำเลยและจำเลยจะต้องยื่นคำให้การภายใน 10 วันนับจากได้รับคำฟ้องโดยการทำคำให้การอาจกระทำโดยตัวจำเลยเอง ทนายความจำเลย หรือเสมียนศาล ในกรณีที่จำเลยมิได้ยื่นคำให้การภายในกำหนดเวลาเวลาดังกล่าว ศาลจะให้ฝ่ายโจทก์ยื่นพยานหลักฐานและศาลจะสืบพยานเกี่ยวกับข้ออ้างของโจทก์หรือพยานหลักฐานอื่นไปฝ่ายเดียว[246]

(3) กระบวนการก่อนการพิจาณา

ในกรณีที่มีการยื่นคำให้การ ภายในระยะเวลาไม่เกิน 30 วันภายหลังจากการยื่นคำให้การ ศาลจะกำหนดวันที่จะนัดให้มีกระบวนการก่อนการพิจาณาหรือประชุมคดี (Pre-Trial) ในการนี้หากไม่สามารถตกลงไกล่เกลี่ยกันได้ ศาลจะได้ทำการกำหนดประเด็นข้อพิพาทในการพิจารณาคดี และภายใน 10 วันภายหลังจากการกำหนดประเด็นข้อพิพาทคู่ความหรือทนายความทั้งสองฝ่ายต้องยื่นบัญชีระบุพยานบุคคลและพยานเอกสารต่าง ๆ ตามข้ออ้างหรือข้อโต้แย้งของตน ในกรณีที่ศาลมีความเห็นว่าสามารถตัดสินคดีได้โดยไม่จำเป็นต้องการมีการสืบพยานโดยพิจารณาจากคำแถลง พยานหลักฐานต่าง ๆ ที่ยื่นเข้ามา ศาลอาจมีคำพิพากษาได้โดยไม่จำเป็นต้องจัดให้มีกระบวนการพิจารณาคดีต่อไป[247]

(4) กระบวนการพิจารณา

ในกระบวนการพิจารณาคดี ฝ่ายผู้กล่าวอ้างเป็นผู้มีภาระหน้าที่นำสืบให้ได้ดั่งที่ตนกล่าวอ้าง ในกรณีที่โจทก์ไม่สามารถนำพยานหลักฐานต่าง ๆ มาแสดงดั่งที่ตนกล่าวอ้างได้ ศาลมีอำนาจให้ฝ่ายจำเลยทำการสาบานว่าตนมิได้กระทำดั่งเช่นโจทก์ฟ้องและศาลตัดสินคดีไปตามที่จำเลยกล่าวอ้าง ในกรณีที่จำเลยไม่ยอมสาบานศาลจะให้ฝ่ายโจทก์เป็นผู้สาบานหากโจทก์สาบานยืนยันคำกล่าวอ้างหรือคำฟ้องของตนศาลจะตัดสินคดีไปตามที่โจทก์ฟ้องมา แต่หากโจทก์ก็ไม่สามารถสาบานได้เช่นกันศาลต้องจำหน่ายคดีจากศาล[248]

ในกรณีที่จำเลยยอมรับตามคำฟ้องของโจทก์ ศาลไม่จำต้องทำการพิจารณาแต่สามารถตัดสินไปตามคำฟ้องและคำขอของโจทก์ หากในกรณีที่จำเลยต่อสู้คดีก็ให้นำพยานแต่ละฝ่ายเข้าสืบโดยภาระการพิสูจน์เป็นของโจทก์ และจำเลยอาจนำพยานหลักฐานต่าง ๆ เข้าหักล้างพยานฝ่ายโจทก์ได้ แต่อย่างไรก็ตามหลักกฎหมายลักษณะพยานที่นำมาใช้ในศาลชารีอะห์ยังคงเป็นหลักการตามที่ใช้ในศาลทั่วไปแห่งรัฐ โดยให้นำหลักการลักษณะพยานของกฎหมายอิสลามมาใช้เท่าที่ไม่ขัดแย้งหรือเกื้อหนุนกับหลักการสำคัญของหลักการรับฟังพยานในศาลทั่วไปเท่านั้น[249] เช่นในเรื่องการให้น้ำหนักพยานและจำนวนของพยานที่เป็นชายและหญิงที่ศาลจะรับฟังเป็นต้น

(5) การขอฟัตวาและการตั้งคณะอนุญาโตตุลาการอิสลาม

ในขณะก่อนที่ศาลจะมีคำพิพากษา ศาลอาจมีการขอความเห็นทางกฎหมายอิสลามหรือฟัตวา (Fatwa) จากที่ปรึกษากฎหมายอิสลาม (Jurisconsult of Islamic Law) ในประเด็นทางนิติศาสตร์อิสลาม[250] หรือหากศาลเห็นเป็นการสมควรเพื่อประโยชน์แห่งบุตรผู้เยาว์หรือประโยชน์แห่งความยุติธรรมศาลอาจให้มีการระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นโดยคณะอนุญาโตตุลาการ

---

[246] ข้อ 4-5 Special Rules of Procedure governing the Shari'ah Courts

[247] ข้อ 6 Special Rules of Procedure governing the Shari'ah Courts

[248] ข้อ 7 Special Rules of Procedure governing the Shari'ah Courts

[249] มาตรา 149 และ มาตรา 159 แห่งกฤษฎีกาประธานาธิบดีที่ 1083

[250] ข้อ 12 Special Rules of Procedure governing the Shari'ah Courts

ศาสนาอิสลาม (Agama Arbitration Council) ที่บัญญัติขึ้นตามประมวลกฎหมาสถานะบุคคลมุสลิม ก็ได้[251]

(6) คำพิพากษา

คำพิพากษาจะทำขึ้นภายในกำหนด 15 วันนับจากสิ้นสุดกระบวนการพิจารณา คำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลจะเป็นที่สุดเมื่อพ้นกำหนดระยะเวลาการอุทธรณ์ 15 วันนับจากมีคำพิพากษาโดยไม่มีคู่ความฝ่ายใดอุทธรณ์คดี เมื่อคดีถึงที่สุดแล้วศาลจะออกคำบังคับคดีให้เป็นไปตามคำพิพากษา[252]

4) การอุทธรณ์คำตัดสินและความเป็นที่สุดของคำตัดสิน

ในการพิจารณาคดีและมีคำสั่งหรือคำตัดสินของศาลชารีอะห์แขวงคู่ความหรือผู้ร้องอาจยื่นอุทธรณ์คำสั่งหรือคำพิพากษาไปยังศาลชารีอะห์เขตตามพื้นที่ที่ศาลชารีอะห์เขตมีอำนาจรับผิดชอบ และเมื่อศาลชารีอะห์เขตมีคำตัดสินหรือคำสั่งทั้งที่เป็นคดีอุทธรณ์หรือคดีที่เริ่มต้นในศาลชารีอะห์เขต คำตัดสินหรือคำสั่งศาลมิได้เป็นที่สุด แต่คู่ความหรือผู้ร้องสามารถอุทธรณ์คดีไปยังศาลฎีกาของฟิลิปปินส์ได้ตามที่ได้บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งรัฐที่ให้ศาลฎีกาเป็นศาลสูงสุดมีอำนาจพิจารณาทบทวนคำสั่งหรือคำตัดสินของศาลล่างในปัญหาข้อกฎหมาย แม้ได้มีรัฐบัญญัติที่ 6734 และรัฐบัญญัติที่ 9054 ซึ่งเป็นรัฐบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ (Organic Act) ที่บัญญัติขึ้นเพื่อการจัดตั้งเขตปกครองตนเองมุสลิมมินดาเนาได้บัญญัติให้มีการจัดตั้งศาลชารีอะห์อุทธรณ์ (Shari'a Appellate Court) ขึ้นในพื้นที่เขตปกครองตนเองมุสลิมมินดาเนา โดยศาลชารีอะห์อุทธรณ์ตามกฎหมายดังกล่าวมีอำนาจพิจารณาคดีอุทธรณ์ของศาลชารีอะห์เขต แต่อย่างไรก็ตามศาลอุทธรณ์ดังกล่าวยังมิได้มีการตั้งขึ้นอย่างเป็นทางการ ดังนั้นระหว่างนี้การอุทธรณ์คำสั่งหรือคำตัดสินใด ๆ ของศาลชารีอะห์เขตจึงต้องอุทธรณ์โดยตรงยังศาลฎีกา[253]

3.3 ศรีลังกา

3.3.1 ที่มาการใช้กฎหมายอิสลามในศรีลังกา

ประเทศศรีลังกาหรือเดิมเรียกว่า ซีลอน (Ceylon) มีชื่ออย่างเป็นทางการว่า สาธารณรัฐสังคมนิยมประชาธิปไตยศรีลังกา (Democratic Socialist Republic of Sri Lanka)[254] เป็นประเทศที่อยู่ในแถบเอเชียใต้มีลักษณะภูมิประเทศเป็นเกาะอยู่ในมหาสมุทรอินเดีย มีรูปแบบการปกครองแบบรัฐเดี่ยว (Unitary State)[255] ศรีลังการเป็นประเทศที่ประกอบด้วยคนเชื้อชาติต่าง ๆ ซึ่งมีความแตกต่างทางศาสนา ภาษา และวัฒนธรรมหลายกลุ่ม ได้แก่

1. สิงหล (Sinhalese) ซึ่งเป็นชนกลุ่มใหญ่สุดของประเทศ

---

[251] ข้อ 19 Special Rules of Procedure governing the Shari'ah Courts

[252] ข้อ 8-9 Special Rules of Procedure governing the Shari'ah Courts

[253] Supreme Court Republic of the Philippines, **2013 The Judiciary Annual Report Vol. 1**, p. 2, Retrieved May 25, 2016 from http://sc.judiciary.gov.ph/

[254] มาตรา 1 ของรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐสังคมนิยมประชาธิปไตยศรีลังกา

[255] มาตรา 2 ของรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐสังคมนิยมประชาธิปไตยศรีลังกา

2. ทมิฬ (Tamils) ซึ่งมีที่เป็นชาวทมิฬศรีลังกาและทมิฬอินเดีย

3. มุสลิมหรือมัวว์ (Moors) และ

4. ชนกลุ่มน้อยที่ประกอบด้วย เบอร์เกอร์ (Burghus) คือ กลุ่มเลือดผสมของชาวยุโรปที่นับถือศาสนาคริสต์ มาเลย์ (Malays) ซึ่งสืบเชื้อสายจากทหารรับจ้างชาวมาเลย์ที่อังกฤษจ้างมาทำงานในศรีลังกา และชาวพื้นเมืองหรือเวทท์ (Vedda)[256]

โดยที่มีศาสนาพุทธเป็นศาสนาที่คนส่วนใหญ่ในประเทศนับถือ และได้มีการบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญให้เป็นหน้าที่ของรัฐที่จะต้องปกป้องและส่งเสริมศาสนาพุทธในขณะที่รัฐธรรมนูญได้ประกันสิทธิของพลเมืองในเรื่องเสรีภาพทางศาสนาและการปฏิบัติของรัฐต่อศาสนาอื่นอย่างเท่าเทียม[257]

แม้ชนมุสลิมจะเป็นพลเมืองส่วนน้อยในรัฐซึ่งมีจำนวนประชากรมุสลิมอยู่ที่ราว ๆ ร้อยละ 10 ของประชากรทั้งหมดของประเทศ หรือมีประชากรมุสลิมอยู่ราว ๆ 2 ล้านคน[258] แต่อย่างไรก็ตามรัฐยอมรับให้กฎหมายสถานะบุคคลของชาวมุสลิมเป็นกฎหมายพิเศษเฉพาะสำหรับผู้นับถือศาสนาอิสลามในประเทศ ควบคู่กับกฎหมาย Kandyan ที่ใช้กับชนชาวสิงหล กฎหมาย Thesawalamai ใช้กับชนชาวทมิฬ และกฎหมาย Roman-Dutch Law ที่ใช้กับกลุ่มชนอื่นที่ไม่อยู่ภายใต้กฎหมายสถานะบุคคลทั้ง 3 ทั้งนี้กฎหมายสถานะบุคคลที่แตกต่างกันดังกล่าวจะนำมาใช้แต่ในเรื่องที่เกี่ยวครอบครัว การสมรส การหย่า และมรดก เท่านั้น[259]

ศาสนาอิสลามได้เข้ามาสู่ดินแดนประเทศศรีลังกานับแต่ยุคก่อนอาณานิคม โดยเข้ามาทางพ่อค้าชาวอาหรับและเปอร์เซียซึ่งได้มาทำการค้าและตั้งรกรากในดินแดนแห่งนี้ตั้งแต่ยุคก่อนอิสลาม (Pre-Islamic) และเมื่อศาสนาอิสลามถือกำเนิดขึ้นในศตวรรษที่ 7 พ่อค้าชาวอาหรับและเปอร์เซียที่ได้หันมารับศาสนาอิสลามและทำการค้าทางเรือมายังในดินแดนเอเชียใต้ ก็ได้นำศาสนาอิสลามเข้ามาเผยแผ่ การเข้ามาของศาสนาอิสลามในศรีลังกาจึงเป็นเช่นเดียวกับการเข้ามาของศาสนาอิสลามในเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ที่ศาสนาอิสลามเข้ามาทางพ่อค้ามิใช่โดยการใช้กำลังทางทหารดั่งเช่นในอินเดีย[260]

และเมื่อเข้าสู่ยุคอาณานิคมที่ชาติตะวันตกได้เข้ามาในดินแดนศรีลังกา เริ่มจากโปรตุเกสในปี ค.ศ.1505 ที่มีแนวทางการปกครองเพื่อเผยแพร่อิทธพลทางศาสนาคริสต์และปฏิบัติต่อชาวมุสลิมเช่น

---

[256] เชาวลี จงประเสริฐ, “ความรุนแรงในศรีลังกา,” **วารสารประวัติศาสตร์ มหาวิทยาลัยศรีนครินทรวิโรฒ** (2548), ค้นวันที่ 15 มกราคม 2560 จาก http://ejournals.swu.ac.th/index.php/JOH/article/view/1280/1289

[257] มาตรา 9 ของรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐสังคมนิยมประชาธิปไตยศรีลังกา

[258] **The World Factbook: Sri Lanka**, Retrieved February 20, 2017 from https://www.cia.gov/library/publications/ the-world-factbook/geos/ce.html

[259] Hyshayama Hamin and Hasanah Cegu Isadeen, **Unequal Citizens: Muslim Women’s Struggle for Justice and Equality in Sri Lanka**, p. 5, Retrieved March 20, 2017 from https://www.oursplatform.org/wp-content/uploads/Unequal-Citizens-Sri-Lanka-Hamin-and-Isadeen.pdf

[260] Dennis B. McGilvray and Mirak Raheem, **Muslim Perspectives on the Sri Lankan Conflict** (Washington, D.C.: East-West Center Washington, 2007), p. 4.

ดั่งปรปักษ์ แต่ต่อมาแนวทางการปกครองในดินแดนแถบนี้ได้เปลี่ยนแปลงไป เมื่อฮอลันดาได้เข้ามาปกครองศรีลังกาในปี ค.ศ.1650 เนื่องจากฮอลันดาได้มีบทเรียนและเข้าใจถึงการยอมรับลักษณะการนำกฎหมายของชนพื้นเมืองมาใช้ในเรื่องที่จารีตประเพณีที่คนพื้นถิ่นถือปฏิบัติกันมาอย่างช้านาน ดั่งที่ได้ปฏิบัติต่อดินแดนภายใต้อาณานิคมของตนในหมู่เกาะชวา ซึ่งชาวดัชต์ปฏิบัติต่อกฎหมายอิสลามว่ามีสถานะเป็นกฎหมายจารีตประเพณีหนึ่งของชนพื้นเมืองนำมาใช้เช่นเดียวกับกับกฎหมาย Kandyan law ที่ใช้กับชนชาวสิงหล และกฎหมาย Theswalamai Law ใช้กับชนชาวทมิฬ นอกจากนั้นฮอลันดายังได้นำเข้ากฎหมายของตนคือกฎหมายโรมัน-ดัชต์มาใช้เป็นกฎหมายทั่วไป จึงเป็นรากฐานแห่งการเกิดกฎหมายสถานะบุคคลถึง 4 ระบบในศรีลังกา และเมื่ออังกฤษได้เข้ามาปกครองศรีลังกาในปี ค.ศ. 1796 การยอมรับให้มีการใช้หลักการตามศาสนาอิสลามในลักษณะเป็นกฎหมายศาสนาของหมู่ชนพื้นเมืองมุสลิมจึงมีความชัดเจนมากยิ่งขึ้น[261] โดยอังกฤษได้นำลักษณะการใช้กฎหมายอิสลามเช่นเดียวกับที่ได้ใช้ในอินเดียคือ Code of Muhammadan Law มาใช้ในศรีลังกา และต่อมาได้ปรับปรุงลักษณะกฎหมายให้มีความชัดเจนมากยิ่งขึ้น ทั้งได้จำกัดการใช้กฎหมายอิสลามกับชนชาวมุสลิมแต่ในเรื่องที่เกี่ยวกับสถานะบุคคล ครอบครัวและมรดกเท่านั้น จนมีการออกบทบัญญัติว่าด้วยการจดทะเบียนสมรสของมุสลิม ค.ศ.1896 (Registration of Muslim Marriages Ordinance 1896) และปรับปรุงแก้ไขมาเป็นบทบัญญัติการจดทะเบียนสมรสและหย่ามุสลิม ค.ศ.1929 (Muslim Marriages and Divorce Ordinance Registration 1929)[262] ทั้งยังได้ออกบทบัญญัติว่าด้วยมรดกของมุสลิม 1931 (Muslim Intestate Succession Ordinance 1931) เพื่อกำหนดความชัดเจนในเรื่องมรดกของมุสลิมที่เป็นคนศรีลังกา หรือทรัพย์มรดกที่ตั้งอยู่ในประเทศศรีลังกาของชาวมุสลิมไม่ว่าจะเป็นคนชาติใด

จนเมื่อศรีลังกาได้รับเอกราชในปี ค.ศ.1948 บทบัญญัติทั้ง 2 ฉบับยังคงได้ถูกนำมาใช้อยู่ โดยที่บทบัญญัติการจดทะเบียนสมรสและหย่ามุสลิม ค.ศ.1929 ได้รับการแก้ไขและปรับปรุงจนกลายมาเป็น “รัฐบัญญัติการสมรสและการหย่าของมุสลิม ค.ศ.1951”[263] (Muslim Marriage and Divorce Act of 1951) โดยที่บทบัญญัติว่าด้วยมรดกของมุสลิม 1931 ก็ยังใช้อยู่ตราบจนปัจจุบัน นอกจากนั้นยังได้มีการออกรัฐบัญญัติว่าด้วยมัสยิดและกองทุนทรัพย์สินเพื่อสาธารณประโยชน์ทางศาสนาอิสลามหรือวะกัฟ 1956 (Muslim Mosques and Charitable Trusts or Wakfs Act 1956) เพื่อเป็นกฎหมายที่กำหนดองค์กรในการบริหารจัดการมัสยิดต่าง ๆ ที่ตั้งขึ้นในศรีลังกาและการจัดการทรัพย์สินและกองทุนต่าง ๆ ที่เกี่ยวกับศาสนาอิสลาม

ดังนั้นในปัจจุบันนี้จึงมีกฎหมายที่เกี่ยวเนื่องกับชนชาวมุสลิมและศาสนาอิสลามในศรีลังกาอยู่ 3 ฉบับ ได้แก่ รัฐบัญญัติการสมรสและการหย่าของมุสลิม ค.ศ.1951 รัฐบัญญัติว่าด้วยมัสยิด และกองทุนทรัพย์สินเพื่อสาธารณประโยชน์ทางศาสนาอิสลาม ค.ศ.1956 และ บทบัญญัติว่าด้วยมรดกของมุสลิม ค.ศ.1931 แต่ในส่วนต่อไปนี้จะกล่าวถึงแต่รูปแบบการใช้กฎหมายอิสลามในศรีลังกาเฉพาะ

---

[261] Aquinas V. Tambimuttu, *op. cit.*

[262] Muneer Abduroaf and Najma Moosa, “Muslim Marriage and Divorce in Sri Lanka: Aspects of the Relevant Jurisprudence,” **Electronic Journal of Islamic and Middle Eastern Law** 4 (2016): 98.

[263] กฎหมายที่ออกช่วงอยู่ภายใต้อาณานิคมอังกฤษจะมีชื่อว่า Ordinance กฎหมายที่ออกภายหลังได้รับเอกราชจะเรียกว่า Act

แต่ ครอบครัวและมรดก ซึ่งจะกล่าวถึงแต่เนื้อหาสาระทางกฎหมายใน รัฐบัญญัติการสมรสและการหย่าของมุสลิม ค.ศ.1951 และ ข้อบัญญัติว่าด้วยมรดกของมุสลิม 1931 เท่านั้น

3.3.2 องค์กรบริหารงานยุติธรรมอิสลามในศรีลังกา

รัฐบัญญัติการสมรสและการหย่าของมุสลิม ค.ศ.1951 เป็นกฎหมายที่บัญญัติถึงการสมรสและการหย่าที่นำมาใช้กับผู้นับถือศาสนาอิสลามในประเทศศรีลังกาที่ได้รับการแก้ไขและปรับปรุงในหลายโอกาส กฎหมายฉบับนี้มีเนื้อหาสำคัญที่นอกจากจะกำหนดการแต่งตั้งนายทะเบียนสมรสของมุสลิม (Registrar of Muslim Marriages) ไว้เพื่อทำหน้าที่รับจดทะเบียนสมรสของผู้นับถือศาสนาอิสลามในพื้นที่ต่าง ๆ ของศรีลังกาแล้ว ยังมีเนื้อหาที่สำคัญที่บัญญัติเกี่ยวกับ “Quazi” (ต่อไปจะเรียกว่า “กอฎี”) ซึ่งเป็นบุคคลที่ได้รับการแต่งตั้งขึ้นเพื่อทำหน้าที่พิเศษเฉพาะในการใช้กฎหมายอิสลามเกี่ยวกับความสัมพันธ์ในครอบครัวอันได้แก่ การอนุมัติการสมรสของมุสลิมในบางลักษณะ การจดทะเบียนหย่า การให้การสมรสเป็นโมฆะ และการตัดสินคดีในข้อพิพาทเกี่ยวกับความสัมพันธ์ในครอบครัว โดยที่กฎหมายได้บัญญัติกระบวนการที่กระทำโดยกอฎีไว้ อันเป็นรูปแบบโครงสร้างการใช้กฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวในศรีลังกา ทั้งนี้ในกฎหมายฉบับนี้มิได้เรียกกระบวนการที่มีการแต่งตั้งกอฎีเป็นผู้ตัดสินคดีนี้ว่าเป็นศาล แต่เนื่องจากการใช้กฎหมายอิสลามของกอฎีเป็นรูปแบบที่กฎหมายบัญญัติให้บุคคลที่รัฐแต่งตั้งขึ้นใช้อำนาจรัฐในการตัดสินชี้ขาดซึ่งเป็นอำนาจพิเศษทางตุลาการ จึงมักมีผู้เรียกระบบการใช้กฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวในศรีลังกานี้ว่า “ระบบศาลกอฎี” หรือ “Quazi Court System”[264]

3.3.2.1 องค์กรการจดทะเบียนสมรสมุสลิม

การสมรสที่ทำขึ้นตามหลักศาสนาอิสลามในศรีลังกามีผลทางกฎหมายที่ก่อให้เกิดสถานะความเป็นสามีภรรยาโดยชอบด้วยกฎหมาย เช่นเดียวกับการสมรสตามกฎหมายสถานะบุคคลอื่นของรัฐ ดังนั้นในรัฐบัญญัติการสมรสและการหย่าของมุสลิมฯ จึงกำหนดให้ นายทะเบียนสูงสุด Registrar-General สำนักงานทะเบียนของศรีลังกา (Department of Registrar General’s) มีอำนาจแต่งตั้งบุคคลขึ้นตามพื้นที่ต่าง ๆ เพื่อเป็นนายทะเบียนสมรสมุสลิม (Registrar of Muslim Marriages) โดยที่มีคุณสมบัติต้องเป็นชายมุสลิม ซึ่งมีถิ่นอาศัยในพื้นที่ที่ตนจะรับเป็นนายทะเบียน[265] นอกจากนี้อาจมีการแต่งตั้งนายทะเบียนสมรสมุสลิมชั่วคราวหากในพื้นที่ใดไม่มีนายทะเบียน และนายทะเบียนสมรสมุสลิมพิเศษขึ้นได้ตามความเหมาะสม แต่อย่างไรก็ตามนายทะเบียนสมรสมุสลิมนี้มิได้เป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือต้องประจำในสำนักงานของรัฐแต่อย่างใด[266]

โดยที่กฎหมายถือว่าพิธีการสมรสตามหลักศาสนาอิสลามหรือ “นิกะห์” นั้นทำให้การสมรสเกิดขึ้นโดยสมบูรณ์แล้ว หากปฏิบัติถูกต้องตามหลักศาสนาอิสลามแม้มิได้มีการจดทะเบียน แต่ตามกฎหมายนี้ก็ได้บัญญัติให้การนิกะห์ที่มีขึ้นนั้นผู้มีส่วนเกี่ยวข้องไม่ว่าจะเป็นฝ่ายชายหรือหญิงต้องแจ้งให้ทางนายทะเบียนทราบเพื่อเข้าร่วมพิธี เพื่อที่นายทะเบียนจะได้ให้ผู้มีส่วนเกี่ยวข้องแต่ละฝ่าย ตลอดจนพยานลงนามและนายทะเบียนจะออกใบทะเบียนสมรสให้ หรือต้องแจ้งให้นายทะเบียน

---

[264] เพื่อขจัดความสับสนในลักษณะความเป็น “ศาล” ของ “กอฎี” ต่อไปในวิทยานิพนธ์นี้จะเรียกว่า ระบบกอฎี “Quazi system”

[265] มาตรา 8 แห่งรัฐบัญญัติการสมรสและการหย่าของมุสลิม ค.ศ.1951

[266] มาตรา 9-10 แห่งรัฐบัญญัติการสมรสและการหย่าของมุสลิม ค.ศ.1951

ทราบโดยทันทีภายหลังมีการนิกะห์เพื่อการจดทะเบียน ในกรณีที่ผู้ได้รับแต่งตั้งเป็นนายทะเบียนได้รับทราบถึงกำหนดการนิกะห์แล้วแต่ไม่เข้าร่วมโดยไม่มีเหตุอันควร หรือไม่รับจดทะเบียนสมรสให้จะมีความผิดตามกฎหมาย เช่นเดียวกับคู่สมรสที่มิได้นำการนิกะห์มาจดทะเบียนก็จะมีโทษปรับตามกฎหมาย[267] แต่อย่างไรก็ตามดังที่กล่าวไว้ข้างต้นการนิกะห์ที่แม้มิได้จดทะเบียนก็มิได้เสื่อมเสียไปแต่อย่างใด หลักฐานทางทะเบียนถือเป็นหลักฐานสำคัญเบื้องต้นเท่านั้น คู่กรณีหรือผู้มีส่วนได้เสียยังคงสามารถอ้างถึงผลแห่งการสมรสที่เกิดตามความเป็นจริงมิใช่แต่ทางทะเบียนเท่านั้น[268] ทั้งนี้นายทะเบียนสมรสมุสลิมมีหน้าที่เฉพาะรับจดการสมรสเท่านั้น แต่ไม่มีอำนาจในการจดทะเบียนหย่าหรือเข้าไปเกี่ยวเนื่องกับกระบวนการคลายนิติสัมพันธ์ทางการสมรสแต่อย่างใด ซึ่งหน้าที่ดังกล่าวอยู่ในอำนาจของ “กอฎี” ที่แต่งตั้งขึ้นตามกฎหมายนี้เท่านั้น

3.3.2.2 ระบบกอฎี “Quazi System”

ระบบกอฎีในศรีลังกาได้เริ่มต้นในช่วงเวลาที่ศรีลังกายังอยู่ภายใต้อาณานิคมของอังกฤษ เนื่องจากในปี ค.ศ.1925 ศาลฎีกาได้มีคำพิพากษาว่าหญิงที่สมรสแล้วตามหลักศาสนาอิสลามจะทำให้นิติสัมพันธ์การสมรสตามหลักศาสนาอิสลามนั้นสิ้นสุดลงได้ก็แต่โดยคำพิพากษาของศาลเขต (District Court) เท่านั้น การคลายนิติสัมพันธ์ทางการสมรสของหญิงมุสลิมโดยกอฎีหรือบุคคลที่แต่งตั้งกันขึ้นมาเองนั้นไม่มีผลทางกฎหมาย เป็นที่มาให้เกิดการปฏิรูปกฎหมายที่เกี่ยวกับการสมรสชองชาวมุสลิมในศรีลังกาขึ้น โดยที่คณะกรรมการปฏิรูปกฎหมายที่เป็นชาวมุสลิมได้เสนอการมีระบบศาลกอฎีขึ้น โดยให้มีกฎหมายแห่งรัฐแต่งตั้งกอฎีเพื่อตัดสินคดีข้อพิพาทเกี่ยวกับการสมรสระหว่างมุสลิม และมีคณะกรรมการกอฎีเพื่อเป็นคณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์ ซึ่งรัฐบาลอังกฤษในขณะนั้นได้ออกบทบัญญัติการจดทะเบียนสมรสและหย่ามุสลิม ค.ศ.1929 (Muslim Marriages and Divorce Ordinance Registration 1929) ตามข้อเสนอ แต่เมื่อบทบัญญัตินี้ได้ประกาศออกใช้ กลับเป็นไปอย่างไม่ค่อยราบรื่นนัก และยังมีข้อปัญหาเกี่ยวกับการใช้ระบบศาลกอฎีอยู่มาก จนต้องมีการตั้งคณะกรรมการเพื่อแก้ไขกฎหมายอีกครั้งหนึ่งในปี ค.ศ.1939 จนแล้วเสร็จเป็น “รัฐบัญญัติการสมรสและการหย่าของมุสลิม ค.ศ.1951” ซึ่งมีผลบังคับใช้ในปีค.ศ.1954 โดยมีเนื้อหาเกี่ยวกับระบบกอฎีดังนี้

1) กอฎีและคณะกรรมการกอฎี

รัฐบัญญัติการสมรสและการหย่าของมุสลิมฯ ได้กำหนดให้คณะกรรมการตุลาการของศรีลังกา (The Judicial Service Commission) เป็นองค์กรที่แต่งตั้งบุคคลมาทำหน้าที่กอฎีและคณะกรรมการกอฎี (Board of Quazis) ซึ่งก่อนหน้านี้กฎหมายได้กำหนดให้กระทรวงที่เกี่ยวข้องเป็นผู้ทำการแต่งตั้งกอฎีและคณะกรรมการกอฎี ซึ่งในระยะเริ่มที่กฎหมายออกใช้นั้นกอฎีจะถูกแต่งตั้งโดยกระทรวงมหาดไทย (Minister of Home Affairs) แต่ต่อมาได้มีคำพิพากษาของศาลฎีกาชี้ว่าการแต่งตั้งบุคคลผู้ใช้อำนาจชี้ขาดของตุลาการ (Judicial Power) โดยกระทรวง มหาดไทยเป็นการขัดรัฐธรรมนูญของศรีลังกา จึงได้มีการแก้กฎหมายในปี ค.ศ.1965 โอนอำนาจการแต่งตั้งกอฎีและคณะกรรมกอฎีมายังคณะกรรมการตุลาการ ซึ่งเป็นองค์กรที่ดูแลรับผิดชอบในเรื่องการแต่งตั้งบุคลากรต่าง ๆ ในองค์กรตุลาการของประเทศศรีลังกา ทั้งนี้กฎหมายมิได้กำหนดวาระการทำหน้าที่ของกอฎีและคณะกรรมการกอฎีไว้ แต่ให้เป็นอำนาจของคณะกรรมการตุลาการที่จะพิจารณาการ

---

[267] มาตรา 81-82 แห่งรัฐบัญญัติการสมรสและการหย่าของมุสลิม ค.ศ.1951

[268] มาตรา 16 แห่งรัฐบัญญัติการสมรสและการหย่าของมุสลิม ค.ศ.1951

กำหนดวาระการทำหน้าที่ ตลอดจนการให้กอฎีและคณะกรรมกอฎีพ้นจากการเป็นกอฎี โดยที่การแต่งตั้งกอฎีคณะกรรมการกอฎี และการให้กอฎีและคณะกรรมการกอฎีพ้นจากหน้าที่ต้องประกาศลงในราชกิจจา (Gazette) ซึ่งปัจจุบันนี้มีการแต่งตั้งกอฎีอยู่ 65 คนตามพื้นที่ต่าง ๆ ทั่วศรีลังกา[269]

ในกฎหมายนี้ก็มิได้กำหนดคุณสมบัติของผู้ที่จะได้รับการแต่งตั้งเป็นกอฎีไว้อย่างละเอียดนัก ทั้งมิได้กำหนดวุฒิการศึกษาขั้นต่ำหรือลักษณะต้องห้ามอื่นใด คงมีเพียงการกำหนดให้ผู้ที่จะได้รับการแต่งตั้งเป็นกอฎีได้ต้องเป็นมุสลิมเพศชายที่มีบุคลิกดีและมีลักษณะที่เหมาะสมเป็นกอฎี โดยที่ต้องพิจารณาถึงพื้นที่ที่จะมีการแต่งตั้งกอฎีมิให้ทับซ้อนกัน ซึ่งบุคคลหนึ่งจะเป็นกอฎีได้ต้องอาศัยอยู่ในพื้นที่ที่ตนได้รับการแต่งตั้งเท่านั้น ซึ่งนอกจากจะมีการแต่งตั้งบุคคลเป็นกอฎีตามพื้นที่ต่าง ๆ แล้ว กฎหมายยังให้อำนาจคณะกรรมการตุลาการในการแต่งตั้งกอฎีพิเศษ (Special Quazi) เพื่อทำหน้าที่ในบางพื้นที่หรือทั่วประเทศได้ แต่กอฎีพิเศษนี้ก็จะใช้อำนาจเกินกว่าที่กฎหมายนี้บัญญัติไว้มิได้[270]

ในขณะที่บุคคลผู้จะมาเป็นคณะกรรมการกอฎี (Board of Quazis) ก็ได้รับการแต่งตั้งจากคณะกรรมการตุลาการเช่นกัน โดยมีคณะกรรมการกอฎีจำนวน 5 คน ซึ่งคุณสมบัติของผู้จะมาเป็นคณะกรรมการกอฎีก็เช่นเดียวกับกอฎี คือเป็นชายมุสลิมที่มีบุคลิกดีและมีลักษณะที่เหมาะสมกับตำแหน่ง อาศัยอยู่ในประเทศศรีลังกา ซึ่งคณะกรรมการกอฎีมีหน้าที่พิจารณาอุทธรณ์คำตัดสินของกอฎีภายใต้รัฐบัญญัติการสมรสและการหย่าของมุสลิมฯ โดยที่องค์คณะในการพิจารณาอุทธรณ์จะต้องประกอบด้วยคณะกรรมการกอฎี 3 คนซึ่งการตัดสินอุทธรณ์ของคณะกรรมการกอฎีจะพิจารณาตามเสียงข้างมากขององค์คณะที่พิจารณาอุทธรณ์[271]

แม้ผู้มาทำหน้าที่กอฎีและคณะกรรมการกอฎีจะถูกแต่งตั้งโดยคณะกรรมการตุลาการ แต่ทั้งกอฎีและคณะกรรมการกอฎีก็มิได้ถือว่ามีสถานะเทียบเท่ากับผู้พิพากษา (Judge) ภายใต้ระบบของศาลและเป็นข้าราชการตุลาการของศรีลังกาแต่อย่างใด แต่กระนั้นการทำหน้าที่ของกอฎีและคณะกรรมการกอฎีในเรื่องต่าง ๆ ตามกฎหมายนี้ ก็ได้ถูกบัญญัติให้ถือเสมือนว่าเป็นการกระทำของเจ้าหน้าที่ของรัฐ (Public Servant) ตามความหมายลักษณะความผิดของเจ้าหน้าที่รัฐในประมวลกฎหมายอาญา และการพิจารณาตัดสินข้อพิพาทของทั้งกอฎีและคณะกรรมการกอฎีตามกฎหมายนี้ก็ให้ถือเสมือนว่าเป็นกระบวนการยุติธรรม อยู่ภายในฐานความผิดต่อกระบวนการยุติธรรมตามประมวลกฎหมายอาญาเช่นกัน[272]

2) เขตอำนาจของกอฎี

อำนาจการทำหน้าที่ของกอฎีมีทั้งอำนาจฐานะนายทะเบียน (Registration) และอำนาจตัดสินคดี (Adjudication) ซึ่งการใช้อำนาจทั้งสองรูปแบบอาจแยกตามที่กฎหมายนี้กำหนดได้เป็นเขตอำนาจของกอฎีเป็น 3 ลักษณะ[273]ดังนี้

---

[269] Hyshayama Hamin and Hasanah Cegu Isadeen, *op. cit.,* p. 6.

[270] มาตรา 12-14 แห่งรัฐบัญญัติการสมรสและการหย่าของมุสลิม ค.ศ.1951

[271] มาตรา 15 แห่งรัฐบัญญัติการสมรสและการหย่าของมุสลิม ค.ศ.1951

[272] มาตรา 73 แห่งรัฐบัญญัติการสมรสและการหย่าของมุสลิม ค.ศ.1951

[273] Saleem Marsoof, **The Quazi Court System in Sri Lanka and its Impact on Muslim Women** (Colombo: Muslim Women's Research and Action Forum (MWRAF), 2011), p. 8.

(1) การอนุมัติการสมรสที่มีลักษณะพิเศษ

ในการสมรสที่ฝ่ายหญิงมีอายุน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดแต่มีเหตุที่จะอนุญาตให้ทำการสมรสได้ กอฎีจะเป็นผู้มีอำนาจหน้าที่ในการพิจารณาให้มีการสมรสได้ หรือกรณีที่ฝ่ายหญิงไม่มีผู้ปกครองหรือวาลี (Wali) ซึ่งเป็นผู้ที่จะอนุญาตให้หญิงทำการสมรสได้ตามหลักศาสนาอิสลาม กอฎีจะทำหน้าที่เป็นวาลีของฝ่ายหญิงนั้น[274] นอกจากนี้ในกรณีที่ฝ่ายชายมีคู่สมรสอยู่แล้วและต้องการจะทำการสมรสเพิ่ม (Subsequent Marriages) ฝ่ายชายต้องส่งคำร้องขอสมรสเพิ่มมายังกอฎีตามภูมิลำเนาของผู้เกี่ยวข้องทั้ง 3 ฝ่าย คือ (1) ฝ่ายชาย (2) ฝ่ายหญิงคู่สมรสปัจจุบัน และ (3) ฝ่ายหญิงที่มุ่งจะสมรสด้วย ซึ่งจะได้มีการประกาศและอาจมีการพิจารณาไกล่เกลี่ยหรือวินิจฉัยให้มีการสมรสหรือไม่หากฝ่ายหญิงคู่สมรสปัจจุบันไม่ยินยอม[275]

(2) การหย่า การทำให้การสมรสสิ้นสุดหรือเป็นโมฆะ

ภายใต้รัฐบัญญัติการสมรสและการหย่าของมุสลิมฯได้ให้อำนาจหน้าที่แก่กอฎีในเรื่องการหย่าไว้ ทั้งในด้านการจดทะเบียนการหย่า และเป็นผู้ตัดสินการหย่า เนื่องจากหลักการศาสนาอิสลามได้ให้สิทธิของฝ่ายชายที่หย่ากับคู่สมรสของตนได้โดยไม่ต้องได้รับความยินยอมจากฝ่ายหญิงหรือต้องอ้างเหตุในการหย่าแต่อย่างใด คงแต่ต้องทำการกล่าวคำ “เฏาะล๊าก” แต่อย่างไรก็ตามกฎหมายนี้ได้กำหนดให้แม้ฝ่ายชายจะมีเอกสิทธิ์ในการหย่าดังกล่าวแต่ต้องทำการจดทะเบียนการหย่าต่อกอฎี แม้การเฏาะล๊ากจะถือเว่าเป็นการหย่าที่เกิดขึ้นแล้ว กอฎีไม่มีอำนาจตัดสินสถานะสมรสของคู่สมรสในเรื่องดังกล่าวอีก แต่กอฎียังคงทำหน้าที่ในการไกล่เกลี่ยให้คู่กรณีทำการคืนดีกัน ซึ่งหากไม่สามารถทำการไกล่เกลี่ยได้กอฎีต้องจดทะเบียนการหย่านั้น ถึงกระนั้นหลักการศาสนาอิสลามก็บัญญัติให้หากฝ่ายชายกล่าวคำ เฏาะล๊าก แล้วก็ยังอาจคืนดีหรือกลับคืนสภานภาพการสมรสกับภรรยาได้อีกหากการกล่าวคำเฏาะล๊ากนั้นยังไม่ครบ 3 ครั้ง ซึ่งการจดทะเบียนการหย่าจากเฏาะล๊ากนี้ มีผลทางกฎหมายเช่นเดียวกับการจดทะเบียนการสมรสที่แม้ไม่มีการจดทะเบียน การหย่านั้นก็ยังมีผลสมบูรณ์อยู่ เพียงแต่ฝ่ายชายผู้กล่าวคำหย่ามีความผิดฐานที่ไม่นำมาจดทะเบียนเท่านั้น[276]

ในขณะที่ในบางสำนักคิดของกฎหมายอิสลามได้อนุมัติให้มีการทำสัญญาก่อนสมรสที่ฝ่ายชายอาจให้การบันทึกไว้ว่าให้อำนาจในการกล่าวคำเฏาะล๊ากแก่ฝ่ายหญิงในการหย่าได้เช่นเดียวกับตน หรือ “Talag-Itafwid” ซึ่งรัฐบัญญัติการสมรสและการหย่าของมุสลิมฯ ก็ยอมรับให้มุสลิมสามารถนำกฎหมายอิสลามตามแต่ละสำนักคิดความเชื่อของตนมาใช้ได้ ดังนั้นกอฎีจึงมีหน้าที่รับจดทะเบียนการหย่าโดยเฏาะล๊ากในกรณีที่กระทำโดยฝ่ายหญิงเช่นกัน อำนาจการรับจดทะเบียนการหย่าแบบเฏาะล๊ากนี้ทำให้กอฎีไม่อาจใช้อำนาจต้ดสินคดีได้แต่เป็นการทำหน้าที่ “ผู้ไกล่เกลี่ย” เท่านั้น[277]

นอกเหนือการหย่าในลักษณะเฏาะล๊ากซึ่งถือว่าเป็นการหย่าโดยไม่ต้องอ้างเหตุในการหย่าและไม่ต้องได้รับความยินยอมจากคู่สมรสอีกฝ่ายแล้ว การหย่าที่มีขึ้นจากฝ่ายหญิงล้วนแล้วแต่ต้องกระทำโดยให้กอฎีเป็นผู้ตัดสินทั้งสิ้น เนื่องจากตามบทบัญญัติศาสนาอิสลามฝ่ายหญิงจะหย่าได้ต้องมีเหตุที่การสมรสบกพร่องจากการปฏิบัติของฝ่ายชายไม่ว่าเหตุใดเหตุหนึ่งตามหลัก

---

[274] มาตรา 25 แห่งรัฐบัญญัติการสมรสและการหย่าของมุสลิม ค.ศ.1951

[275] มาตรา 24 แห่งรัฐบัญญัติการสมรสและการหย่าของมุสลิม ค.ศ.1951

[276] Saleem Marsoof, *op. cit.*, p. 8.

[277] *Ibid*., p. 9.

ศาสนาอิสลาม และหากฝ่ายชายไม่ยินยอมหย่าหรือไม่ยอมกล่าวคำเฏาะล๊ากให้ ฝ่ายหญิงจึงต้องนำคดีมาให้กอฎีเป็นผู้ตัดสินและทำการหย่าให้โดยคำพิพากษาของกอฎี กอฎีจึงเป็นผู้ทำหน้าที่เรียกทั้งสองฝ่ายเข้ามาเพื่อหาข้อเท็จจริง รับฟังพยานหลักฐานต่าง ๆ ประกอบการพิจารณาและนำข้อกฎหมายอิสลามมาปรับใช้เพื่อวินิจฉัย อันเป็นการใช้อำนาจลักษณะวินิจฉัยคดีเช่นเดียวกับศาลแห่งรัฐ หากกอฎีเห็นว่าคำอ้างของฝ่ายหญิงมีเหตุอันควรให้หย่าได้ก็จะมีคำตัดสินให้การสมรสนั้นสิ้นสุดลง ซึ่งลักษณะเช่นว่านี้ถือเป็นส่วนสำคัญของการที่ต้องมีกอฎีในกลุ่มชนมุสลิม และเป็นการเน้นย้ำในเรื่องการใช้อำนาจตุลาการในการวินิจฉัยคดีของกอฎีในกระบวนการดังกล่าว[278]

ไม่เพียงแต่มีหน้าที่ในการทำให้การสมรสสิ้นสุดลงโดยการตัดสินให้หย่ากันเท่านั้น ในบางโอกาสอาจมีกรณีที่คู่สมรสนำคดีมาให้กอฎีชี้ขาดถึงความสมบูรณ์หรือไม่สมบูรณ์ของการสมรสอันทำให้การสมรสนั้นเสียไป ดังนั้นนอกจากจะเป็นผู้ตัดสินคดีหย่าระหว่างคู่สมรสแล้ว กอฎียังทำหน้าที่ตัดสินชี้ขาดคดีที่เกี่ยวกับการสมรสที่เป็นโมฆะอีกด้วย[279]

(3) การตัดสินชี้ขาดในเรื่องทรัพย์สินที่เกี่ยวกับการสมรสและการหย่า

นอกจากกอฎีจะมีอำนาจหน้าที่ในการทำให้การสมรสสิ้นสุดลงแล้ว กอฎียังมีอำนาจหน้าที่ในการวินิจฉัยชี้ขาดในเรื่องทรัพย์สินที่เกี่ยวกับการสมรสและการหย่าตามหลักศาสนาอิสลาม ซึ่งเป็นการใช้อำนาจทางการตัดสินคดีของตุลาการโดยแท้ โดยที่คดีหรือข้อพิพาทที่กำหนดให้เป็นอำนาจหน้าที่ของกอฎีจะไม่สามารถนำไปฟ้องยังศาลอื่นแห่งรัฐได้อีก อันเป็นเขตอำนาจศาลเฉพาะ (Exclusive Jurisdiction) ของระบบกอฎีที่กฎหมายนี้บัญญัติขึ้นอันประกอบด้วย

(3.1) คำฟ้องของภรรยาขอให้สามีชำระมะฮัทที่ยังค้างอยู่

(3.2) คำฟ้องของภรรยาหรือตัวแทนของภรรยาให้สามีชำระค่าอุปการะเลี้ยงดู

(3.3) คำฟ้องของผู้เยาว์หรือตัวแทนของผู้เยาว์ไม่ว่าจะเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ชอบด้วยกฎหมาย ที่มีมารดาเป็นมุสลิมและผู้ถูกฟ้องเป็นมุสลิม ในเรื่องค่าอุปการะเลี้ยงดูบุตรผู้เยาว์

(3.4) คำฟ้องเรื่องค่าอุปการะเลี้ยงดูในช่วงเวลา “อิดดะห์”[280] ของสตรีที่ถูกหย่า หรือค่าอุปการะเลี้ยงดูจนกว่าหญิงนั้นคลอดบุตรในกรณีที่หญิงที่ถูกหย่านั้นตั้งท้องในช่วงเวลาดังกล่าว

(3.5) คำฟ้องขอเพิ่มหรือลดค่าอุปการะเลี้ยงดูที่ได้เคยถูกกำหนดไว้แล้ว

(3.6) คำฟ้องเกี่ยวกับ “Kaikuli” ซึ่งในกฎหมายฉบับนี้ให้ความหมายว่าคือ จำนวนเงินหรือสังหาริมทรัพย์ ที่ญาติฝ่ายหญิงหรือบุคคลใดได้มอบให้ หรือสัญญาว่าจะมอบให้แก่เจ้าบ่าวก่อนสมรสหรือขณะที่สมรส เพื่อให้เก็บไว้ให้หญิงที่สมรสได้นำไปใช้จ่าย ซึ่งเมื่อ

---

[278] *Ibid*., p. 10.

[279] มาตรา 47 (i) แห่งรัฐบัญญัติการสมรสและการหย่าของมุสลิม ค.ศ.1951

[280] หลักศาสนาอิสลามกำหนดให้ฝ่ายชายมีพันธะต้องชำระค่าอุปการะเลี้ยงดูหญิงที่ตนหย่าต่อไปในช่วงเวลา 3-4 รอบประจำเดือนหรือกำหนด 3 เดือนตามแต่สำนักคิด และหากสตรีตั้งท้องในช่วงเวลาดังกล่าวชายมีหน้าที่ต้องชำระค่าอุปการะเลี้ยงดูแก่หญิงจนกว่าจะคลอดบุตร

สมรสแล้วสามีจะถือครองทรัพย์สินเหล่านี้ในลักษณะผู้ดูแลทรัพย์สิน (Trust) เท่านั้นและเมื่อการสมรสสิ้นสุดลงไม่ว่ากรณีใดชายต้องคืนทรัพย์สินเหล่านี้แก่หญิง[281]

(3.7) คำฟ้องของหญิงที่ถูกหย่า เกี่ยวกับค่าใช้จ่ายต่าง ๆ ค่าอุปการะทั้งในระหว่างการสมรสยังไม่สิ้นสุดและภายหลังการสมรสสิ้นสุดลงแล้ว

ทั้งนี้ไม่ได้มีกฎหมายให้อำนาจกอฎีในการตัดสินคดีในส่วนของการปกครองบุตรผู้เยาว์ (Child's Custody) ในศรีลังกาแต่อย่างใด แต่ในทางปฏิบัติกอฎีก็เข้ามามีส่วนในเรื่องไกล่เกลี่ยในกรณีการดูแลบุตร ซึ่งมีการตั้งข้อเสนอมิให้กอฎีมีอำนาจดังกล่าวเพื่อให้ศาลแห่งรัฐเท่านั้นเป็นผู้ทำหน้าที่นี้หรือเป็นคำสั่งโดยตรงจากศาลแห่งรัฐเท่านั้นในเรื่องเกี่ยวกับบุตรผู้เยาว์[282]

3) กระบวนการพิจารณาของกอฎี

เนื่องจากการพิจารณาคดีของกอฎี มิได้เป็นอย่างระบบศาลทั่วไปแห่งรัฐที่มีที่ตั้ง อาคาร โครงสร้างทางบุคลากร และกระบวนพิจารณาความอย่างชัดเจน ซึ่งกระบวนการทำหน้าที่ของกอฎีมีเพียง รูปแบบลักษณะเชิงกรอบปฏิบัติเท่านั้น กระบวนการพิจารณาความของกอฎีจึงมีความยืนหยุ่นเป็นอย่างสูงหรือในบางครั้งขาดประสิทธิภาพและความน่าเชื่อถือ จนเป็นผลให้มีข้อเรียกร้องในการออกกฎหมายแก้ไขปรับปรุงกระบวนการพิจารณาของกอฎี ซึ่งตามกฎหมายที่บังคับใช้อยู่ในปัจจุบันนี้ มีการกล่าวถึงกระบวนการพิจารณาในเรื่องต่าง ๆ ดังนี้

(1) กระบวนการหย่าโดยการเฎาะล๊าก

ในกรณีที่สามีประสงค์จะกล่าวคำเฎาะล๊ากต่อภรรยาของตน ต้องทำการยื่นความประสงค์ต่อกอฎีในพื้นที่ที่ภรรยาของตนอาศัยอยู่ และเป็นหน้าที่ของกอฎีที่จะไกล่เกลี่ยหรือหาวิธีให้ทั้งคู่ได้คืนดีกันก่อน แต่หากเมื่อครบกำหนด 30 วันจากวันที่ยื่นคำประสงค์ของสามีนั้นแล้วยังมิอาจทำให้ทั้งสองฝ่ายคืนดีกันได้ กอฎีก็จะกำหนดวันที่ให้สามีมากล่าวคำเฎาะล๊ากต่อภรรยาโดยมีกอฎีและพยานอีกสองคน และกอฎีจะทำการบันทึกการหย่านั้น ในกรณีที่ภรรยามิได้มาปรากฏตัวในวันดังกล่าว กอฎีอาจให้สามีมากล่าวเฎาล๊ากโดยไม่มีภรรยาอยู่ด้วยก็ได้ แต่ต้องส่งคำบันทึกการหย่านั้นให้แก่ภรรยา ทั้งนี้ห้ามมิให้กอฎีบันทึกเหตุแห่งการหย่าหรือเหตุที่ทำให้สามีต้องกล่าวเฎาะล๊ากไว้ในบันทึกการหย่า นอกจากนี้ยังเป็นหน้าที่ของกอฎีที่จะไต่สวนและพิจารณาถึง "มะฮัท" ที่สามียังค้างชำระและมีพันธหน้าที่ต้องชำระแก่ภรรยาที่ตนหย่าไม่ว่าจะมีคำฟ้องของฝ่ายภรรยาเกี่ยวมะฮัทหรือไม่ก็ตาม และหากกอฎีพิจารณาได้ว่ามีมะฮัทที่ต้องชำระแก่ภรรยา กอฎีจะต้องมีคำสั่งให้สามีที่หย่านั้นนำเงินมาฝากไว้ที่ Kachcheri ซึ่งเป็นสำนักเก็บทรัพย์สินของรัฐในชื่อภรรยาเป็นผู้รับเงิน ทั้งนี้เงินดังกล่าวจะเบิกถอนออกได้แต่โดยการอนุมัติของกอฎี โดยที่กอฎีต้องทำการบันทึกกระบวนการพิจารณาทั้งหมดไว้ในการจดทะเบียนหย่านี้[283]

---

[281] อย่างไรก็ตามมีบางความเห็นอ้างว่า Kaikuli มิใช่บทบัญญัติตามหลักศาสนาอิสามแต่เป็นประเพณีท้องถิ่นในศรีลังกาที่ถูกนำมาผสมผสานกันเข้ากับหลักการสมรสทางศาสนาอิสลาม; Hyshayama Hamin and Hasanah Cegu Isadeen, *op. cit.*, p. 12.

[282] Saleem Marsoof, *op. cit.*, p. 11.

[283] ภาคผนวก 2 (Second Schedule) ท้ายรัฐบัญญัติการสมรสและการหย่าของมุสลิม ค.ศ. 1951

(2) กระบวนการหย่าโดยฝ่ายหญิง

ในกรณีที่ภรรยาประสงค์จะหย่าสามีนั้น ให้ยื่นคำขอเพื่อหย่าต่อกอฎีที่ตนมีถิ่นอาศัยอยู่ หรือกอฎีพิเศษในกรณีที่มีการแต่งตั้งกอฎีพิเศษไว้ให้มีอำนาจหน้าที่ในพื้นที่ใด เมื่อกอฎีได้รับคำร้องแล้วจะทำการส่งคำแจ้งไปยังสามีให้มายังกอฎีเพื่อการพิจารณาตามวันเวลาที่กอฎีกำหนด ทั้งนี้กอฎีอาจมีการแจ้งให้บุคคลที่เกี่ยวข้องซึ่งอาศัยอยู่ในพื้นที่เข้าร่วมการพิจารณาและไกล่เกลี่ยให้คู่กรณีคืนดีกัน หากไม่สามารถไกล่เกลี่ยได้ก็ให้กอฎีเริ่มกระบวนการพิจารณาพยานบุคคลและพยานหลักฐานต่าง ๆ ตามคำฟ้องขอหย่าของฝ่ายภรรยาต่อไป จนเมื่อกระบวนการพิจารณาสิ้นสุดกอฎีจะออกคำตัดสินพร้อมบันทึกกระบวนการพิจารณาต่าง ๆ ไว้ให้แก่คู่กรณีทั้งสองฝ่าย ในกรณีที่มีคำตัดสินให้หย่ากันนั้น กอฎีต้องรอจนกว่าระยะเวลาที่ให้อุทธรณ์คำตัดสินต่อคณะกรรมการกอฎีครบกำหนด หากมิได้มีการอุทธรณ์ กอฎีจึงทำการจดทะเบียนการหย่านั้น ในกรณีที่มีการอุทธรณ์คำตัดสินต่อคณะกรรมการกอฎีหรืออุทธรณ์คำตัดสินต่อไปยังศาลอุทธรณ์ (Court of Appeal) กอฎีต้องรอให้กระบวนการดังกล่าวสิ้นสุดเสียก่อนและหากได้คำตัดสินสุดท้ายว่าให้หย่ากัน กอฎีจึงสามารถจดทะเบียนการหย่านั้นได้[284]

(3) กระบวนการพิจารณาเกี่ยวกับทรัพย์สินที่เกิดจากการสมรส

ในกรณีมีคำฟ้องเกี่ยวกับทรัพย์สินที่เกิดจากการสมรสนั้น ให้ยื่นต่อกอฎีในพื้นที่ที่ผู้ยื่นฟ้องอาศัยอยู่ หรือต่อกอฎีพิเศษในกรณีที่มีการแต่งตั้งกอฎีพิเศษขึ้นทำหน้าที่ในพื้นที่ใด โดยที่คำฟ้องต้องระบุคู่กรณีที่เกี่ยวข้อง เมื่อกอฎีได้รับคำฟ้องแล้วจึงนัดวันและเวลาในการไต่สวนและพิจารณาคดีโดยส่งหมายไปยังคู่กรณีทุกฝ่าย และเมื่อคู่กรณีมาตามวันเวลาที่นัดแล้ว ก็ให้กอฎีเริ่มกระบวนพิจารณารับฟังพยานหลักฐาน ข้ออ้างและข้อโต้แย้งของทั้งสองฝ่ายต่อไป ในกรณีที่คู่กรณีฝ่ายใดไม่มาปรากฏตัวตามนัด กอฎีอาจมีการพิจารณาไปได้โดยไม่ต้องมีคู่กรณีฝ่ายนั้นและออกคำตัดสินให้ แต่ต้องเป็นที่แน่ใจว่าคู่กรณีฝ่ายนั้นได้รับทราบวันเวลาและคำฟ้องแล้ว เมื่อมีคำตัดสินอย่างไรกอฎีต้องมีการบันทึกกระบวนการพิจารณาพร้อมทั้งคำตัดสินนั้น ทั้งนี้ในกรณีที่คู่กรณีฝ่ายใดไม่มาตามนัดจะไม่มีสิทธิอุทธรณ์คำตัดสินของกอฎี เว้นแต่คู่กรณีฝ่ายนั้นจะมาแสดงตนต่อกอฎีภายในเวลาอันสมควรภายหลังจากมีคำตัดสินและแสดงให้เป็นที่พอใจว่ามีเหตุสำคัญที่ตนไม่สามารถเข้าสู่กระบวนการพิจารณาได้ กอฎีอาจมีคำสั่งให้มีการพิจารณาและไต่สวนใหม่ได้[285]

4) การอุทธรณ์คำตัดสินของกอฎี

คู่กรณีฝ่ายใดได้รับความเสียหายจากคำตัดสินชี้ขาดของกอฎีในเรื่องการขอหย่าโดยฝ่ายหญิงหรือในเรื่องเกี่ยวกับทรัพย์สิน มีสิทธิที่จะอุทธรณ์ไปยังคณะกรรมการกอฎีได้ เว้นแต่มีการตัดสินคดีโดยการขาดนัด คู่กรณีฝ่ายที่ขาดนัดไม่สามารถอุทธรณ์ได้ และหากคณะกรรมการกอฎีมีคำตัดสินอุทธรณ์เช่นใด คู่กรณีฝ่ายที่ได้รับผลร้ายของคำชี้ขาดนั้นยังมีสิทธิยื่นอุทธรณ์ต่อศาลอุทธรณ์ได้ (Court of Appeal) อีก โดยที่ต้องมีคำสั่งอนุญาตให้อุทธรณ์จากศาลอุทธรณ์ด้วย ซึ่งศาลฎีกาอาจออกระเบียบกระบวนการอุทธรณ์ที่เห็นว่าเหมาะสมได้

---

[284] ภาคผนวก 3 (Third Schedule) ท้ายรัฐบัญญัติการสมรสและการหย่าของมุสลิม ค.ศ. 1951

[285] ภาคผนวก 4 (Fourth Schedule) ท้ายรัฐบัญญัติการสมรสและการหย่าของมุสลิม ค.ศ. 1951

โดยมีระเบียบแห่งการอุทธรณ์ตามกฎหมายนี้คือ คำอุทธรณ์คำตัดสินของกอฎีต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษร ส่งถึงคณะกรรมการกอฎีซึ่งมีสำนักงานอยู่ ณ กรุงโคลอมโบ ภายในระยะเวลาดังนี้ ในกรณีคำสั่งของกอฎีเรื่องการอนุญาตให้ฝ่ายหญิงสมรสโดยไม่มีผู้ปกครองฝ่ายหญิงให้มีระยะเวลาไม่เกิน 10 วันจากวันที่กอฎีมีคำชี้ขาด และภายในกำหนด 30 วันในคำตัดสินชี้ขาดข้อเรียกร้องอื่น ๆ ของกอฎี ซึ่งคณะกรรมการกอฎีอาจทำการพิจารณาอุทธรณ์ในสาธารณะหรือทางการสื่อสารทางไกล และอาจรับฟังพยานหลักฐานเพิ่มเติมของคู่กรณีได้ และเมื่อคณะกรรมการกอฎีพิจารณาได้ความประการใดแล้วจึงทำคำตัดสินลงนามโดยองค์คณะที่พิจารณาอุทธรณ์ทุกคน ส่งถึงคู่กรณีทั้งสองฝ่าย ทั้งนี้คู่กรณีฝ่ายใดได้รับความเสียหายจากคำตัดสินอุทธรณ์ของคณะกรรมการกอฎีสามารถยื่นคำร้องขออนุญาตอุทธรณ์ต่อศาลอุทธรณ์ได้ภายใน 30 นับแต่วันออกคำตัดสินของคณะกรรมการกอฎี โดยต้องส่งคำร้องขออนุญาตอุทธรณ์นี้ให้แก่คู่กรณีอีกฝ่ายด้วย และคู่กรณีอีกฝ่ายสามารถยื่นคำร้องคัดค้านการอนุญาตอุทธรณ์ต่อศาลอุทธรณ์ได้ ศาลอุทธรณ์อาจไม่อนุญาตให้มีการอุทธรณ์หากเห็นว่าคำตัดสินของคณะกรรมการกอฎีเหมาะสมแล้ว ทั้งนี้ศาลอุทธรณ์ยังต้องพิจารณาจำนวนเงินตามที่ผู้ร้องขออนุญาตอุทธรณ์ขอมาด้วยเพื่อพิจารณาความเหมาะสมและคุ้มค่าในการให้มีการพิจารณาอุทธรณ์ในศาลอุทธรณ์ต่อไป[286]

เมื่อศาลอุทธรณ์วินิจฉัยแล้วศาลอุทธรณ์อาจสั่งให้กอฎีดำเนินกระบวนการไต่สวนใหม่หรือพิจารณาพยานหลักฐานในเรื่องที่กอฎีหรือคณะกรรมการกอฎีได้พิจารณาไว้แล้วเพิ่มเติมได้ หรือศาลอุทธรณ์มีอำนาจในการเปลี่ยนแปลง แก้ไข กลับ หรือยืนตามคำชี้ขาดของกอฎีและคณะกรรมการกอฎี ทั้งนี้เป็นหน้าที่ของคู่กรณีที่ทำการอุทธรณ์ทั้งการอุทธรณ์ต่อคณะกรรมการกอฎีและต่อศาลอุทธรณ์ที่ต้องแจ้งการอุทธรณ์ไปยังกอฎีที่ทำคำตัดสิน และเมื่อคณะกรรมการกอฎีหรือศาลอุทธรณ์มีคำตัดสินเช่นไรเป็นหน้าที่ของกอฎีที่ต้องปฏิบัติให้เป็นไปตามคำตัดสินนั้น

5) การออกคำบังคับคดีตามคำตัดสินของกอฎี

เมื่อกอฎี คณะกรรมการกอฎี หรือศาลอุทธรณ์มีคำตัดสินหรือคำพิพากษาประการใดแล้ว ฝ่ายสามีที่ต้องชำระเงินใด ๆ ตามคำตัดสินไม่ได้ชำระเงินนั้น คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งต้องนำคำตัดสินนั้น ๆ และหนังสือรับรองที่ออกโดยกอฎีมาให้ศาลแห่งรัฐออกคำบังคับให้ โดยที่มีการแยกศาลที่มีอำนาจออกคำบังคับออกเป็น 2 ศาล คือในส่วนของการออกคำบังคับให้ชำระ มะฮัท และ Kaikuli[287] ต้องยื่นให้ศาลเขต (District Court) ในเขตที่ฝ่ายชายอาศัยอยู่ ในขณะที่การออกคำบังคับเกี่ยวกับค่าอุปการะเลี้ยงดูหรือค่าใช้จ่ายอื่น ๆ นอกเหนือจาก มะฮัท และ Kaikuli ต้องยื่นให้ศาล Magistrate ที่ฝ่ายชายมีถิ่นอาศัยอยู่เป็นศาลที่ออกคำบังคับ ทั้งนี้เมื่อศาลออกคำบังคับให้แล้วกฎหมายให้ถือว่าการชำระเงินตามคำบังคับดังกล่าวมีสถานะทางกฎหมายเช่นเดียวกับคำสั่งให้ชำระค่าปรับของศาล ซึ่งหากผู้ที่ศาลมีคำสั่งให้ต้องชำระไม่ปฏิบัติตามจะมีโทษจำคุกด้วย แต่อย่างไรก็ตามการสั่งจ่ายเงินจำนวนดังกล่าวให้แก่ฝ่ายหญิงต้องได้รับอนุมัติจากกอฎีที่ทำคำตัดสินหรือกอฎีในพื้นที่ที่ฝ่ายหญิงอาศัยอยู่ด้วย[288]

---

[286] ภาคผนวก 5 (Fifth Schedule) ท้ายรัฐบัญญัติการสมรสและการหย่าของมุสลิม ค.ศ. 1951

[287] เนื่องจากจัดเงินส่วนนี้เป็นลักษณะเงินที่ต้องชำระครั้งเดียวเมื่อสมรสหรือ “Dowry”

[288] Saleem Marsoof, *op. cit.*, p. 57.

3.3.3 ปัญหาในรัฐบัญญัติการสมรสและการหย่าของมุสลิมและระบบกอฎี

แม้รัฐบัญญัติการสมรสและการหย่าของมุสลิมฯ ได้มีการประกาศใช้บังคับมาอย่างยาวนาน แต่ยังประสบปัญหาในการใช้กฎหมายและการมีระบบกอฎีที่เป็นประเด็นให้มีการเรียกร้องการปฏิรูปและแก้ไขกฎหมายดังกล่าวที่เกี่ยวกับระบบกอฎีในศรีลังกา ทั้งในประเด็นเรื่องความเสมอภาคเท่าเทียมระหว่างเพศ อายุขั้นต่ำที่กฎหมายอนุญาตให้สมรสกันได้ การนำกฎหมายอิสลามที่แตกต่างกันตามนิกายและสำนักคิดมาใช้ ตลอดจนความไม่มีประสิทธิภาพของระบบกอฎีเนื่องจากการขาดความรู้ความเข้าใจในกฎหมายของกอฎีเอง ซึ่งอาจแยกปัญหาออกเป็นประเด็นปัญหาที่สำคัญดังนี้

3.3.3.1 ปัญหาอายุขั้นต่ำในการสมรส

เนื่องจากในการสมรสตามรัฐบัญญัติการสมรสและการหย่าของมุสลิมฯ มิได้กำหนดอายุขั้นต่ำของการสมรสไว้ในกฎหมายดังกล่าว ทั้งยังมีบทบัญญัติให้กอฎีสามารถอนุมัติการสมรสของสตรีผู้อายุน้อยกว่า 12 ปีไว้ในกฎหมยดังกล่าวได้อันเป็นการขัดหลักพื้นที่เรื่องการสมรสของเด็กซึ่งปัจจุบันศรีลังกาได้เข้าเป็นประเทศสมาชิกตามสนธิสัญญาระหว่างประเทศที่เกี่ยวกับสตรีและเด็ก และในบทบัญญัติทั่วไปว่าด้วยการจดทะเบียนสมรสของศรีลังกา (The Sri Lankan General Marriage Registration Ordinance, No 19 of 1908) ได้มีการแก้ไขโดยกำหนดอายุขั้นต่ำในการสมรสไว้ที่ 18 ปี จึงได้มีข้อเรียกร้องให้มีการกำหนดอายุขั้นต่ำในการสมรสตามหลักศาสนาอิสลามขึ้น โดยมีข้อเสนอทั้งการให้กำหนดบทบัญญัติเรื่องอายุขั้นต่ำในการสมรสไว้ในกฎหมายฉบับนี้ หรือในรูปแบบที่ไม่ได้กำหนดไว้ในกฎหมายฉบับนี้แต่ตัดอำนาจของกอฎีที่จะได้มีการอนุมัติการสมรสแก่บุคคลที่อายุไม่เป็นไปตามเกณฑ์กำหนดของกฎหมายที่ใช้อยู่ทั่วไป[289]

3.3.3.2 ปัญหาความไม่เสมอภาคเท่าเทียมระหว่างเพศ

เนื่องจากหลักการศาสนาอิสลามมีบทบัญญัติที่เกี่ยวกับการสมรสและการหย่าที่ปฏิบัติกับเพศที่แตกต่างกัน ทั้งนี้แม้จะมีกลุ่มสตรีมุสลิมได้ออกมาเรียกร้องในปัญหาเรื่องความไม่เสมอภาคระหว่างเพศแต่ก็มิได้เรียกร้องในส่วนของหลักการศาสนาเพราะเชื่อว่าหลักการทางศาสนาไม่อาจเปลี่ยนแปลงหรือใช้กฎหมายแห่งรัฐเข้าไปเปลี่ยนแปลงหลักการทางศาสนาโดยตรงมิได้ ซึ่งการให้สิทธิแก่ฝ่ายหญิงในการกล่าวเฉาะล๊ากตามสัญญาก่อนการสมรสได้ หรือ Talaq-I-Tafwid ดังที่ได้กล่าวไปแล้วถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของการปรับใช้หลักการศาสนาอิสลามให้สตรีมีสิทธิมากขึ้นในการสมรสและการหย่าในศรีลังกา แต่อย่างไรก็ตามก็ได้มีข้อเรียกร้องในด้านกระบวนการของระบบกอฎีโดยตรง เช่นการให้กระบวนการมีความรวดเร็ว เนื่องจากกระบวนการฟ้องหย่าโดยฝ่ายหญิงมักถูกร้องเรียนว่ามีกระบวนการที่ล่าช้าในหลายพื้นที่และมีแนวโน้มเอียงไปทางเป็นคุณกับฝ่ายชาย หรือการเรียกร้องให้สตรีสามารถได้รับการแต่งตั้งเข้ามาเป็นกอฎีได้ นอกจากนี้ในกรณีที่ฝ่ายชายไม่ชำระเงินตามคำตัดสินของกอฎี สตรียังต้องนำคำตัดสินของกอฎีไปให้ศาลออกคำบังคับ ซึ่งในบางครั้งจำนวนเงินที่ฝ่ายชายต้องชำระเช่นค่าอุปการะเลี้ยงดู มีจำนวนไม่มากเมื่อเทียบกับค่าใช้จ่ายในการเดินทางและการดำเนินกระบวนการในศาลเพื่อออกคำบังคับ อันเป็นอุปสรรคสำคัญในการเข้าถึงความยุติธรรมและเสมอภาคและได้รับความเป็นธรรมของสตรีมุสลิม[290]

3.3.3.3 กฎหมายอิสลามที่กอฎีนำมาใช้

---

[289] Hyshayama Hamin and Hasanah Cegu Isadeen, *op. cit.*, pp. 7-9.

[290] *Ibid*., pp. 14-15.

เนื่องจากในรัฐบัญัติการสมรสและการหย่าของมุสลิมฯ ได้ยอมรับให้นำกฎหมายอิสลามได้ตามนิกาย (Sect) ซึ่งโดยส่วนใหญ่มุสลิมในศรีลังกาจะเป็นมุสลิมนิกายสุนนี่ แต่อย่างไรก็ตามในแต่ละพื้นที่ก็อาจนำกฎหมายอิสลามตามสำนักคิดที่แตกต่างกันมาใช้ และเมื่อเกิดกรณีที่คู่สมรสแม้จะเป็นมุสลิมเช่นเดียวกันแต่มีความเชื่อตามสำนักคิดต่างกัน และเมื่อกฎหมายบัญญัติให้นำกฎหมายตามแต่นิกายความเชื่อของคู่กรณี (The Law of the Sect to Which the Parties Belong)[291] จึงเกิดเป็นปัญหาในการนำหลักกฎหมายอิสลามมาปรับใช้ ทั้งนี้จึงเป็นดุลยพินิจของกอฎีในการปรับใช้กฎหมาย และเมื่อกอฎีไม่ได้เป็นผู้เชี่ยวชาญทางหลักการกฎหมายอิสลามจึงเป็นปัญหาตามมาในการปรับใช้กฎหมาย นอกจากนี้ในรัฐบัญญัติการสมรสและการหย่าของมุสลิมฯ ได้บัญญัติยอมรับ Kaikuli ที่นักวิชาการศาสนาอิสลามมีความเห็นว่า Kaikuli มิได้อยู่ภายใต้หลักการศาสนาอิสลามแต่เป็นประเพณีปฏิบัติของชาวมัวร์พื้นเมืองที่ได้รับอิทธิพลมาจากประเพณีการสมรสของชาวสิงหลและทมิฬ[292] ซึ่งเมื่อมีการหย่ากันแล้วกอฎีมักจะไม่มีคำตัดสินในเรื่องที่เกี่ยวกับ Kaikuli แม้จะมีกฎหมายบัญญัติไว้ก็ตาม

3.3.3.4 ประสิทธิภาพของระบบกอฎี

ปัญหาในระบบกอฎีของศรีลังกาที่เป็นปัญหาประการสำคัญคือ การแต่งตั้งบุคคลผู้จะมาเป็นกอฎี มิได้กำหนดคุณสมบัติในด้านการศึกษาไว้ และผู้มาเป็นกอฎีในแต่ละพื้นที่มักไม่มีความรู้ทางกฎหมายทั้งที่เป็นบทบัญญัติกฎหมายแห่งรัฐในกระบวนการต่าง ๆ ที่กอฎีต้องเข้าไปเกี่ยวข้องเช่นการทำคำชี้ขาดและและการออกใบรับรองในเรื่องเกี่ยวกับทรัพย์สินที่ต้องนำไปให้ศาลแห่งรัฐออกคำบังคับจนเกิดเป็นความบกพร่องในการบังคับได้ตามผลของคำตัดสินและเป็นการทำให้สตรีไม่อาจเข้าถึงความยุติธรรมได้ และในหลายพื้นที่ยังไม่ใคร่มีใครต้องการมาเป็นกอฎีเพราะแม้รัฐจะมีเงินเดือนให้แต่เป็นจำนวนที่น้อย และระบบกอฎีเองก็ถูกมองว่าเป็นระบบที่มีการคอร์รับชั่นค่อนข้างมาก จึงไม่ค่อยมีบุคคลที่มีความรู้ความสามารถสนใจสมัครเข้ารับการแต่งตั้ง หากแต่กอฎีส่วนใหญ่จะเป็นแต่บุคคลในท้องถิ่นที่หวังผลทางการเมือง[293] นอกจากนี้การที่มิได้ที่ตั้งสำนักงานกอฎีหรือเวลทำการของกอฎีอย่างชัดเจนในหลายพื้นที่เป็นเหตุให้กระบวนการทั้งล่าช้า และไม่มีระบบแบบแผนที่ชัดเจน ในบางท้องที่มีรายงานการประพฤติตัวที่ไม่เหมาะสมของผู้ที่เป็นกอฎีเสียเองในเรื่องการปฏิบัติต่อสตรีที่เข้าสู่กระบวนการพิจารณาของตน หรือแม้แต่การเข้าไปมีคำตัดสินและกระบวนการเกี่ยวกับความรุนแรงในครอบครัวซึ่งกฎหมายมิได้ให้อำนาจกอฎีในการตัดสินกรณีมีการกระทำความรุนแรงในครอบครัว ทั้งนี้เนื่องจากระบบกอฎีมิได้อยู่ภายใต้ระบบการจัดการและบริหารโดยระบบศาลแห่งรัฐ โดยมีสำนักงานคณะกรรมการตุลาการของศรีลังกา (The Judicial Service Commission) ที่เป็นผู้แต่งตั้งและหากได้รับเรื่องร้องเรียนใด ๆ เกี่ยวกับการประพฤติหรือปฏิบัติที่ไม่เหมาะสมทางคณะกรรมการตุลาการอาจมีคำสั่งปลดกอฎีได้หากมีการไต่สวนความผิดแล้ว[294]

---

[291] Saleem Marsoof, *op. cit.*, p. 57.

[292] ในรัฐบัญญัติการสมรสและการหย่าของมุสลิมฯ ได้ให้กอฎีมีคำตัดสินเกี่ยวกับ Kaikuli แต่ทรัพย์สินที่เป็นตัวเงินและสังหาริมทรัพย์เท่านั้น ในขณะที่ทรัพย์สินที่อาจเป็น Kaikuli ได้ในปัจจุบันอาจรวมถึงอสังหาริมทรัพย์ เช่น บ้าน ที่ดิน คอนโดมิเนียม เป็นต้น; Hyshayama Hamin and Hasanah Cegu Isadeen, *op. cit.*, p. 12.

[293] *Ibid.,* p. 23.; มีประกาศรับสมัครกอฎีที่ว่างในหลายพื้นที่

[294] *Ibid*., p. 24.

นอกเหนือจากนั้นยังมีประเด็นในการโต้แย้งคำตัดสินของกอฎีทั้งในส่วนของกระบวนการและการใช้กฎหมาย แม้จะมีช่องทางการยื่นอุทธรณ์คำตัดสินไปยังคณะกรรมการกอฎีและอาจอุทธรณ์คำตัดสินของคณะกรรมการกอฎีไปยังศาลอุทธรณ์ในกรณีที่ศาลอุทธรณ์มีคำสั่งอนุญาตให้อุทธรณ์ได้ แต่อย่างไรก็ตามผู้พิพากษาในศาลอุทธรณ์ก็มิจำเป็นต้องเป็นผู้เชี่ยวชาญในกฎหมายอิสลามหรือเป็นผู้นับถือศาสนาอิสลาม ประกอบกับรัฐบัญญัติการสมรสและการหย่าของมุสลิมฯได้ห้ามมิให้มีการแต่งตั้งทนายความเข้ามาในคดีหรือเข้าร่วมกระบวนการพิจารณาของกอฎีแต่อย่างใด[295] ซึ่งเมื่อมีกระบวนการพิจารณาแต่เริ่มของกอฎีนั้นกฎหมายได้บัญญัติมิให้มีทนายความเข้ามาร่วมด้วย ดังนั้นเมื่อมีการอุทธรณ์ไปยังระบบศาลแห่งรัฐที่ต้องใช้ทนายความที่มีความชำนาญในระบบศาลและกฎหมายว่าด้วยการพิจารณาความที่ใช้อยู่ การได้รับความเป็นธรรมหรือการเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมของรัฐจึงเกิดช่องว่างต่อสตรีเป็นอย่างยิ่ง และในปัจจุบันนี้มีการแต่งตั้งคณะกรรมการกอฎีโดยมีที่ตั้งไว้ 2 แห่งเท่านั้น[296]

ดังนั้นจึงได้มีข้อเรียกร้องในการแก้ไขคุณสมบัติของผู้ที่จะได้รับการแต่งตั้งให้เป็นกอฎี โดยต้องมีการกำหนดการศึกษาขั้นต่ำที่สูงขึ้น และมีกระบวนการอบรมกอฎีเช่นเดียวกับผู้ทำหน้าที่ในผู้พิพากษาในศาลแห่งรัฐ และการกำหนดค่าตอบแทนและสวัสดิการของกอฎีให้เหมาะสม ตลอดจนการเปิดให้บุคคลอื่นเข้ามามีส่วนร่วมในการตรวจสอบการใช้กฎหมายและเข้าช่วยเหลือบุคคลในกระบวนการพิจารณาของกอฎี ที่ปัจจุบันในกฎหมายนี้ห้ามมิให้คู่กรณีมีทนายความเข้าช่วยเหลือคดีของตน และการเปิดโอกาสให้มีความเท่าเทียมทางเพศในการได้รับการแต่งตั้งบุคคลมาเป็นกอฎีเพิ่มมากขึ้น[297]

3.3.4 บทบัญญัติกฎหมายเกี่ยวด้วยมรดกของมุสลิม

ในส่วนของการใช้กฎหมายอิสลามเกี่ยวกับมรดกของมุสลิมในประเทศศรีลังกา มีบทบัญญัติให้นำกฎหมายอิสลามมาใช้แต่ในกรณีที่เกี่ยวกับมรดกที่ไม่มีพินัยกรรมเท่านั้น ซึงอยู่ภายใต้บทบัญญัติกฎหมายที่ชื่อว่า Muslim Intestate Succession Ordinance No.10 of 1931 อันมีบทบัญญัติในมาตรา 2 ว่า ให้ประกาศในที่นี้ว่าให้นำกฎหมายอิสลามมาใช้กับมรดกที่ไม่ได้ทำพินัยกรรม (Intestate) ของมุสลิมที่มีภูมิลำเนาอยู่ในศรีลังกาขณะที่ตาย หรือกับทรัพย์มรดกที่เป็นอสังหาริมทรัพย์ของมุสลิมที่ตั้งอยู่ในศรีลังกา และให้ใช้กฎหมายอิสลามตามนิกายที่มุสลิมผู้ตายนั้นนับถือสังกัดอยู่[298] ทั้งนี้นอกจากบทบัญญัติกฎหมายดังกล่าวจะกล่าวถึงมรดกที่ไม่มีพินัยกรรมแล้ว ยังกล่าวถึงให้นำกฎหมายอิสลามมาใช้กับการให้และการบริจาค (Donation) ที่ไม่รวมถึงการตั้งทรัสต์ (Trusts) หรือ สิทธิเก็บกินในทรัพย์สิน (Usufruct) ที่กระทำโดยมุสลิมซึ่งมีภูมิลำเนาในศรีลังกาหรือมีอสังหาริมทรัพย์ในศรีลังกา ตามนิกายที่มุสลิมผู้ให้หรือบริจาคนับถือหรือสังกัดอยู่อีกด้วย[299]

บทบัญญัติที่ให้ใช้กฎหมายอิสลามกับมรดกของผู้ตายที่เป็นมุสลิมโดยมิได้ทำพินัยกรรมฉบับดังกล่าวนั้นเป็นบทบัญญัติที่ออกบังคับใช้ตั้งแต่สมัยศรีลังกายังคงอยู่ภายใต้อาณานิคมของอังกฤษ ซึ่ง

---

[295] มาตรา 74 แห่งรัฐบัญญัติการสมรสและการหย่าของมุสลิม ค.ศ.1951

[296] Hyshayama Hamin and Hasanah Cegu Isadeen, *op. cit.*, p. 23.

[297] Saleem Marsoof, *op. cit.*, p. 66.

[298] มาตรา 2 Muslim Intestate Succession Ordinance No.10 of 1931

[299] มาตรา 3 Muslim Intestate Succession Ordinance No.10 of 1931

ได้ออกมาบังคับใช้ควบคู่กับกฎหมายสถานะบุคคลอีก 2 รูปแบบ คือ Kandyan Law ที่ใช้กับกลุ่มชนชาวสิงหล และ Thesawalamai Law ซึ่งใช้กับชนชาวทมิฬ ซึ่งกฎหมายสถานะบุคคลแต่ละรูปแบบกฎหมายก็มิได้มีการกล่าวถึงมรดกที่มีการทำพินัยกรรมไว้[300]

ในขณะที่กฎหมายในศรีลังกากำหนดให้นำกฎหมายอิสลามมาใช้แต่กับมรดกของมุสลิมที่ไม่มีพินัยกรรมเท่านั้น ในส่วนของมรดกที่ได้มีการทำพินัยกรรมที่จะให้ทรัพย์สินมีผลเช่นไรหลังการตายของผู้ทำพินัยกรรมนั้น มีบทบัญญัติว่าด้วยพินัยกรรม หรือ Wills Ordinance ใช้อยู่เป็นการทั่วไปในศรีลังกา ที่บัญญัติให้สิทธิอย่างเต็มที่ที่บุคคลจะทำพินัยกรรมให้ทรัพย์สินของตนมีผลเช่นไรหลังความตายของตนก็ได้ และผู้ได้รับมรดกตามพินัยกรรมจะไม่ถูกจำกัดสิทธิการได้รับมรดกโดยเพราะเหตุที่หลักการทางศาสนา หลักประเพณีปฏิบัติห้ามไว้ได้[301]

ในด้านกระบวนการทางศาลหากมีข้อพิพาทเกี่ยวด้วยมรดกนั้น มิได้มีกฎหมายบัญญัติรูปแบบแยกกระบวนการทางศาลเป็นพิเศษสำหรับการใช้กฎหมายอิสลามสำหรับมรดกของมุสลิมที่ไม่มีพินัยกรรมแต่อย่างใด คงเข้าสู่กระบวนการทางศาลแพ่งปกติ และผู้พิพากษาในคดีมรดกที่ไม่มีพินัยกรรมของมุสลิมไม่จำเป็นต้องเป็นมุสลิม ทั้งนี้รูปแบบระบบศาลและกระบวนการพิจารณาจึงเป็นไปตามกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง (Civil Procedure Code) ฉบับที่ใชอยู่ปัจจุบันของศรีลังกา

3.4 สหราชอาณาจักร

3.4.1 ที่มาการใช้กฎหมายอิสลามในสหราชอาณาจักร

ตามสำมะโนประชากรปี ค.ศ.2011 ในสหราชอาณาจักรมีประชากรที่เป็นมุสลิมอยู่ประมาณร้อยละ 4.8 ของประชากรทั้งหมดหรือมีประมาณ 2.7 ล้านคน โดยที่มีประชากรชาวมุสลิมอาศัยอยู่มากในอังกฤษราว 2.6 ล้านคน อาศัยในสก็อตแลนด์ประมาณ 80,000 คน ในเวลส์ราว ๆ 45,000 คน และเกือบ 4,000 คนในไอร์แลนด์เหนือ โดยเป็นประชากรมุสลิมที่เกิดในสหราชอาณาจักรประมาณร้อยละ 47 ของประชากรมุสลิมทั้งหมด[302] และคาดว่าจะมีประชากรมุสลิมอาศัยในสหราชอาณาจักรจำนวนกว่า 3 ล้านคนในปี ค.ศ.2016[303]

สหราชอาณาจักรมีประวัติศาสตร์เกี่ยวพันกับชนชาวมุสลิมผ่านยุคอาณานิคมในอินเดีย กระนั้นก็ตามมีการอพยพของมุสลิมเป็นจำนวนไม่มากในช่วงกลางถึงปลายศตวรรษที่ 19 ซึ่งผู้อพยพ

---

[300] Sri Lanka, Centre on Housing Rights and Evictions (COHRE), **Inheritance Rights of Children in Sri Lanka** (Colombo: Wits Associates (Pvt), 2008), p. 25.

[301] *Ibid*., p. 28.

[302] British Muslims in Numbers, A report prepared by the Muslim Council of Britain's Research & Documentation Committee. 2015

[303] Jess McHugh, "In 2016, UK Muslim Population is More Than 3M, Expected to rise with More Asylum-Seeker," **International Business Time** (2 January 2016), Retrieved February 20, 2017 from http://www.ibtimes.com/2016-uk-muslim-population-more-3m-expected-rise-more-asylum-seekers-2288027

ชาวมุสลิมส่วนใหญ่เข้ามาในสหราชอาณาจักรเพื่อเป็นแรงงานในช่วงสงครามโลกครั้งที่ 2 แต่การมาใช้แรงงานของชาวมุสลิมในช่วงเวลาดังกล่าวก็ไม่ได้มีผลกระทบต่อระบบโครงสร้างทางสังคมของสหราชอาณาจักรมากนักเนื่องจากผู้อพยพมาใช้แรงงานชาวมุสลิมส่วนใหญ่มิได้หวังจะตั้งรกรากในสหราชอาณาจักร ดังนั้นการสมรส หรือการหย่าจึงกระทำขึ้นในดินแดนบ้านเกิดโดยไม่ได้มีส่วนเกี่ยวข้องกับระบบศาลในสหราชอาณาจักรมากนัก ต่อมาเมื่อสหราชอาณาจักรมีนโยบายในการอนุญาตให้เข้าประเทศและย้ายถิ่นฐานอย่างเสรีของพลเมืองที่อยู่ภายใต้อาณานิคม ผู้อพยพที่เป็นแรงงานชาวมุสลิมจึงเริ่มตั้งรกรากในสหราชอาณาจักรจนทำให้ต้องมีการจำกัดการตั้งถิ่นฐานของผู้อพยพในสหราชอาณาจักรขึ้น แต่รัฐบาลยังคงอนุญาตให้ญาติของผู้อพยพเหล่านั้นย้ายตามมาอยู่ได้ เมื่อเป็นดังนั้นบรรดาผู้อพยพชาวมุสลิมจึงได้เร่งโยกย้ายญาติและครอบครัวมายังสหราชอาณาจักรด้วยความกลัวว่าจะถูกระงับการย้ายถิ่นฐานเข้ามาในประเทศในอนาคต เป็นผลให้เกิดการเพิ่มจำนวนประชากรชาวมุสลิมในสหราชอาณาจักรอย่างรวดเร็วในช่วงปี ค.ศ.1970 เป็นต้นมา การขยายตัวของจำนวนประชากรมุสลิมจากจำนวนราว ๆ 1 ล้านคน ในปี ค.ศ.1968 เพิ่มขึ้นเป็นเกือบ 3 ล้านคนในปัจจุบันซึ่งอาศัยอยู่ทั้งในสก็อตแลนด์ อังกฤษและเวลส์ โดยที่มุสลิมส่วนใหญ่อพยพมาจากประเทศแถบเอเชียใต้โดยเฉพาะอย่างยิ่งจาก ปากีสถาน อินเดีย และบังคลาเทศ[304]

ภายใต้นโยบายที่ต้องการให้พลเมืองมุสลิมเป็นส่วนหนึ่งของพลเมืองในชาติ รัฐบาลแห่งสหราชอาณาจักรได้ให้การสนับสนุนความช่วยเหลือแก่ชุมชมชาวมุสลิมทั้งด้านโรงเรียน อาหารฮาลาล และการประกอบกิจทางศาสนา และกลุ่มชาวมุสลิมได้ตั้งองค์กรทางศาสนาขึ้นที่ชื่อว่า คณะกรรมการมุสลิมแห่งสหราชอาณาจักร หรือ Muslim Council of Britain (MCB) ในปี ค.ศ.1997 คณะกรรมการมุสลิมแห่งสหราชอาณาจักรได้ทำหน้าที่เป็นตัวกลางหลักระหว่างรัฐบาลกับพลเมืองชาวมุสลิม และในขณะเดียวกันทั้งสององค์กรได้ผลประโยชน์ร่วมกัน กล่าวคือคณะกรรมการมุสลิมสามารถสร้างตนเป็นกลุ่มก้อนที่มีพลังทางการเมือง (Political Power) ในขณะที่รัฐบาลก็สามารถใช้คณะกรรมการมุสลิมเพื่อเป็นฐานในการกำหนดนโยบายต่อกลุ่มชนมุสลิมได้ในเวลาเดียวกัน[305]

การที่มีประชากรมุสลิมอาศัยอยู่เป็นจำนวนมากในสหราชอาณาจักรก่อให้เกิดสภาวการณ์ที่กฎหมายแห่งรัฐไม่สามารถตอบสนองหรือเป็นไปทิศทางเดียวกับหลักการทางศาสนา ทำให้เกิดความต้องการนำหลักการทางศาสนาอิสลามมาใช้ในการระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นในหมู่ชนมุสลิม และเนื่องจากสหราชอาณาจักรมีพระราชบัญญัติการอนุญาโตตุลาการ ค.ศ.1996 (Arbitration Act 1996) ที่เป็นบทบัญญัติให้เกิดกระบวนการระงับข้อพิพาทโดยบุคคลอื่นที่มิใช่ศาลแห่งรัฐ อันเป็นช่องทางในการที่ชุมชนมุสลิมสามารถจัดตั้งระบบการตัดสินคดีแบบสร้างระเบียบข้อบังคับขึ้นใช้เอง (Self-Regulation) เป็นผลให้มีการนำกฎหมายอิสลามมาใช้ในระบบการตัดสินคดีในลักษณะสถาบันการอนุญาโตตุลาการ (Institutional-Arbitration) ที่มีชื่อว่า Muslim Arbitration Tribunal (MAT) ทั้งนี้พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการดังกล่าวได้เปิดช่องให้มุสลิมที่มีความสมัครใจจะนำกฎหมายอิสลามมาใช้ในการตัดสินข้อพิพาทของตนผ่านกระบวนการอนุญาโตตุลาการอันเป็นกระบวนการระงับข้อ

---

[304] Christopher R. Lepore, "Asserting State Sovereignty over National Communities of Islam in the United States and Britain: Sharia Courts as a Tool of Muslim Accomodation and Integration," **Washington University Global Studies Law Review** 11, 3 (2012): 676-677.

[305] *Ibid*., p. 679.

พิพาททางเลือก (Alternative Dispute Resolution) โดยมีศาลแห่งรัฐเป็นศาลทำคำรับรองคำชี้ขาดของสถาบันอนุญาโตตุลาการดังกล่าว เช่นเดียวกับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการที่ทำขึ้นในข้อพิพาทอื่นตามที่กฎหมายอนุญาโตตุลาการแห่งสหราชอาณาจักรบัญญัติ[306]

3.4.2 พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ ค.ศ.1996 (Arbitration Act 1996)

การใช้กระบวนการอนุญาโตตุลาการเพื่อระงับข้อพิพาทแทนการใช้กระบวนการทางศาลแห่งรัฐมีประวัติศาสตร์มาช้านานในอังกฤษ เพื่อใช้ในการระงับข้อพิพาททางการค้าและการพาณิชย์ เนื่องจากเป็นกระบวนการที่รวดเร็วไม่มีพิธีการยุ่งยากมากนักและมีค่าใช้น้อยกว่าเมื่อเทียบกับกระบวนการทางศาล โดยที่กระบวนการอนุญาโตตุลาการยังอยู่ภายใต้ระบบกฎหมายศาลแพ่งแห่งอังกฤษ มีการออกพระราชบัญญัติเกี่ยวกับการพิจารณาข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการในปี ค.ศ.1698 ที่ให้อำนาจศาลในการบังคับตามคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการในกรณีที่คู่กรณีมีข้อตกลงกันก่อนล่วงหน้าว่าคำชี้ขาดใด ๆ จะมีผลเช่นเดียวกับคำตัดสินของศาล (Agreed in Advance that any Award Shall be Made a Rule of Court) พระราชบัญญัติฉบับดังกล่าวมีจุดประสงค์เพื่อให้อำนาจพ่อค้าในการตัดสินข้อพิพาททางพาณิชย์ ทั้งยังเป็นการแบ่งเบางานศาลและลดค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดีทางศาล จนมีการออกกฎหมายที่กำหนดรายละเอียดเพิ่มขึ้นในกระบวนการทางอนุญาโตตุลาการในพระราชบัญญัติว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการในหลายฉบับในปีต่อ ๆ มาคือ ในปี ค.ศ.1889, 1934, 1950, และ 1979[307] ทั้งยังเป็นการกำหนดกรอบของการที่ศาลเข้าสอดแทรกกระบวนการอนุญาโตตุลาการในเรื่องต่าง ๆ เช่นการเข้าไปควบคุมกระบวนการอนุญาโตตุลาการ การรับอุทธรณ์คำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการ เป็นต้น

จนถึงปัจจุบันกฎหมายอนุญาโตตุลาการที่บังคับใช้อยู่คือ พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ ค.ศ.1996 (Arbitration Act 1996) [308] ซึ่งได้รวบรวมหลักการทางกฎหมายและคำพิพากษาของศาลที่เคยตัดสินในอังกฤษออกมาเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรโดยที่พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการฯ ประกอบไปด้วย 4 ส่วน คือส่วนแรกจะกล่าวถึงเนื้อหาสาระสำคัญของการอนุญาโตตุลาการ ข้อตกลงการอนุญาโตตุลาการ กระบวนการอนุญาโตตุลาการตั้งแต่เริ่มต้นจนมีคำชี้ขาด ได้มีการบัญญัติถึงอำนาจหน้าที่ของศาลแห่งรัฐที่สามารถเข้ามาเกี่ยวพันในแต่ละขั้นตอนของกระบวนการอนุญาโตตุลาการได้อย่างละเอียด และยังได้มีการบัญญัติถึงอำนาจของอนุญาโตตุลาการที่จะวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจพิจารณาคดีโดยตนเองได้ตามหลักการ Competence-Competence ไว้ในพระราชบัญญัติฉบับนี้[309] นอกจากนี้ยังได้คุ้มกันความรับผิดของผู้เป็นอนุญาโตตุลาการในการทำ

---

[306] Maria Reiss, “The Materialization of Legal Pluralism in Britain: why Shari'a Council Decisions Should Be Non-Binding,” **Arizona Journal of International and Comparative Law** 26 (2009): 760.

[307] Rebecca E. Maret, “Mind the Gap: The Equality Bill and Sharia Arbitration in the United Kingdom,” **Boston College International and Comparative Law Review** 36, 1 (2013): 262.

[308] สหราชอาณาจักรเป็นหนึ่งในไม่กี่ประเทศที่มีกฎหมายอนุญาโตตุลาการที่ไม่ใช้กฎหมายแม่แบบของ UNCITRAL

[309] มาตรา 30 แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ ค.ศ.1996 (สหราชอาณาจักร)

หน้าที่ตัดสินคดีเว้นการกระทำนั้นเป็นไปโดยไม่สุจริต[310] ในส่วนที่สองจะกล่าวถึงสัญญาอนุญาโตตุลาการภายใน (Domestic Arbitration) แบบต่าง ๆ สัญญาอนุญาโตตุลาการคดีผู้บริโภคและข้อขัดแย้งเล็กน้อย และการแต่งตั้งผู้พิพากษาในศาลทำหน้าที่อนุญาโตตุลาการ ส่วนที่สามกล่าวถึงการยอมรับและการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ การปรับใช้ New York Convention on the Recognition and Enforcement of Arbitral Awards และส่วนสุดท้ายเป็นบททั่วไป

3.4.3 สถาบันอนุญาโตตุลาการมุสลิม (Muslim Arbitration Tribunal)

สถาบันอนุญาโตตุลาการมุสลิมได้ถูกจัดตั้งขึ้นในปี ค.ศ.2007 ซึ่งตั้งอยู่ใน Hijaz College of Islamic University ใน Nuneaton ของอังกฤษ[311] แม้ก่อนหน้าพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการจะออกบังคับใช้ได้มีการใช้กระบวนการระงับข้อพิพาทโดยการใช้กฎหมายอิสลามมาก่อนแต่เป็นลักษณะที่เป็นการไกล่เกลี่ยหรือประนีประนอมข้อพิพาทกันอันไม่มีผลผูกพันตามกฎหมาย แต่เมื่อมีพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ 1996 ที่เปิดช่องให้คู่กรณีมีอิสระในการที่นำข้อพิพาทของตนเข้าสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการ และอยู่ภายใต้กรอบจำกัดการเข้าสอดแทรกของศาลแห่งรัฐเฉพาะที่ได้บัญญัติไว้ในกฎหมายเท่านั้น ทั้งนี้พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ 1996 ยังให้สิทธิในการเลือกกฎหมายที่จะใช้บังคับกับข้อพิพาท (Choice of Law Provision) ที่ไม่จำเป็นต้องเป็นแต่กฎหมายของอังกฤษและเวลส์ ซึ่งคู่กรณีมีอิสระในการที่จะเลือกทั้งผู้ที่จะมาตัดสินข้อพิพาทของตนและหลักการที่จะมาใช้ตัดสินข้อพิพาทตลอดจนกระบวนการที่จะมาใช้ในการตัดสินข้อพิพาทของตนได้[312] การจัดตั้งสถาบันอนุญาโตตุลาการมุสลิมที่คำตัดสินมีผลผูกพันคู่กรณีจึงมีการสร้างรูปแบบองค์กรอย่างชัดเจนโดยเป็นการระงับข้อพิพาททางเลือกที่นำหลักการกฎหมายอิสลามที่อยู่ในบริบทของระบบกฎหมายอังกฤษมาปรับใช้ (Alternate Dispute Resolution Organisation which Deals with Islamic Sacred Law within the Context of the English Legal System)

แนวคิดการจัดตั้งสถาบันอนุญาโตตุลาการมุสลิมดังกล่าวได้รับการสนับสนุนจากบุคคลสำคัญอาทิ Archbishop of Canterbury, Dr. Rowan William เห็นว่า

> การนำกฎหมายชารีอะห์มาใช้ร่วมกันในระบบกฎหมายของสหราชอาณาจักรเป็นสิ่งที่เลี่ยงไม่ได้ และควรจะจัดให้มีพื้นที่เพื่อให้ปัจเจกบุคคลได้มีเสรีภาพในการเลือกเขตอำนาจของกฎหมายที่จะนำมาใช้กับประเด็นเฉพาะเรื่อง

---

[310] มาตรา 29 แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ ค.ศ.1996 (สหราชอาณาจักร)

[311] Mona Rafeeq, “Rethinking Islamic Law Arbitration Tribunals: Are They Compatible with Traditional American Notions of Justice?,” **Wisconsin International Law Journal** 28, 1 (2010): 124.

[312] Bilal M. Choksi, “Religious Arbitration in Ontario: Making the Case Based on the British Example of the Muslim Arbitration Tribunal,” **University of Pennsylvania Journal of International Law** 33 (2012): 812.

> โดยในที่นี้อาจหมายรวมถึงกฎหมายสถานะสมรส กฎระเบียบทางด้านธุรกรรมทางการเงิน และโครงสร้างในการไกล่เกลี่ยและระงับข้อพิพาท[313]

และ Lord Phillips, Lord Chief Justice ได้ให้ความเห็นไปในทิศทางเดียวกันว่า

> ในประเทศนี้มันเป็นไปได้ที่บุคคลจะเข้าทำสัญญากันแล้วจะตกลงกันว่าจะให้กฎหมายอื่นที่ไม่ใช่กฎหมายอังกฤษมาบังคับใช้กับสัญญาของตน มันไม่มีเหตุผลว่าทำไมหลักการทางกฎหมายชารีอะห์หรือกฎหมายศาสนาใด ๆ จะไม่ควรนำมาใช้เป็นหลักการพื้นฐานในการไกล่เกลี่ยหรือระงับข้อพิพาทในรูปแบบใด ๆ แต่อย่างไรก็ตามต้องยอมรับว่าในการบังคับให้การไกล่เกลี่ยหรือระงับข้อพิพาทเป็นไปตามข้อตกลงหรือสัญญานั้นต้องเกิดจากกรอบกฎหมายของอังกฤษและเวลส์[314]

ทั้งสองความเห็นจากบุคคลสำคัญแสดงออกถึงความเชื่อที่กฎหมายชารีอะห์สามารถเข้ามาเป็นส่วนหนึ่งในระบบทางกฎหมายของสหราชอาณาจักรที่สะท้อนคุณค่าของกลุ่มสังคมเฉพาะเช่นมุสลิม ทั้งยังสามารถนำกฎหมายชารีอะห์มาใช้กับกลุ่มชนผ่านกระบวนการระงับข้อพิพาททางเลือก

นอกจากนั้นในคำพิพากษาของศาลฎีกาที่มีคำตัดสินในคดี Jivrai vs. Haswani (2011) ได้ชี้ถึงการอนุญาโตตุลาการที่ระบุให้อนุญาโตตุลาการต้องมีความรู้ทั้งทางศาสนาและมีความชำนาญในกฎหมายอังกฤษมาใช้ว่า

> หนึ่งในลักษณะสำคัญของกระบวนการอนุญาโตตุลาการที่มีความแตกต่างจากกระบวนการในศาลแห่งรัฐคือการให้พื้นที่แก่คู่กรณีและอนุญาโตตุลาการในการตัดสินใจกำหนดโครงสร้างของกระบวนการระงับข้อพิพาท ซึ่งสะท้อนจากบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ 1996 ที่บัญญัติว่า คู่กรณีต้องเป็นอิสระที่จะตกลงกันได้ว่าข้อพิพาทของตนจะได้รับการจัดการเช่นไร โดยอยู่ภายใต้เพียงกรอบความคุ้มกันที่จำเป็นเพื่อประโยชน์สาธารณะ การกำหนดว่าจะให้อนุญาโตตุลาการเป็นบุคคลในเฉพาะศาสนาหรือความเชื่อใดความเชื่อหนึ่งสามารถทำได้ตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการที่กล่าวมานั้น[315]

---

[313] Rowan Williams, **Archbishop of Canterbury, Archbishop's Lecture – Civil and Religious Law in England: A Religious Perspective**, Retrieved December 12, 2018 from http://aoc2013.brix.fatbeehive.com/articles.php/1137/archbishops-lecture-civil-and-religious-law-in-england-a-religious-perspective

[314] Lord Phillips, **Equality Before the Law**, Retrieved December 12, 2018 from http://archive.eastlondonmosque.org.uk/archive/uploadedImage/pdf/LMC/Lord Chief Justice booklet.pdf

[315] Jivraj v. Haswani (Supreme Court of the United Kingdom, 2011)

และในคดี Halpern v. Halpern ที่ศาลอุทธรณ์ได้มีคำตัดสินเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการที่ตัดสินตามหลักการความเชื่อทางศาสนา (Faith-Based Arbitral Tribunal) ว่า “กระบวนการอนุญาโตตุลาการสามารถและควรที่จะตัดสินข้อพิพาทไปตามกฎหมายที่คู่กรณีได้เลือกไว้”[316]

แม้จะมีการยอมรับทั้งในระบบศาลและบุคคลที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการยุติธรรมของสหราชอาณาจักรว่าการอนุญาโตตุลาการสามารถนำหลักกฎหมายศาสนามาใช้เป็นหลักการในการระงับข้อพิพาทได้ก็ตาม แต่ได้เกิดข้อถกเถียงขึ้นในการนำกฎหมายอิสลามมาใช้ที่ถูกมองว่ามีหลักการที่ไม่เป็นไปตามหลักความเสมอภาคโดยเฉพาะอย่างยิ่งเรื่องสิทธิสตรีในกฎหมายอิสลาม ทั้งในเรื่องเขตอำนาจของสถาบันอนุญาโตตุลาการมุสลิมที่จะพิจารณาข้อพิพาทที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ในครอบครัว หรือ ข้อพิพาทที่อาจมีความเกี่ยวเนื่องกับคดีอาญาในเรื่องความรุนแรงในครอบครัวเป็นต้น

สถาบันอนุญาโตตุลาการมุสลิมได้ทำหน้าในการระงับข้อพิพาททางเลือกเพื่อตอบสนองความต้องการของประชากรมุสลิมในสหราชอาณาจักรอย่างได้ผลในห้วงเวลาที่สถาบันอนุญาโตตุลาการมุสลิมแห่งนี้ได้ถูกจัดตั้งขึ้น มีการเพิ่มที่ตั้งเป็น 7 แห่งกระจายอยู่ในสหราชอาณาจักรได้แก่ใน London, Bradford, Manchester, Birmingham, Nuneaton, Glasgow และ Edinburgh และมีการนำคดีมาสู่สถาบันกว่าร้อยคดี และมีอัตราการเพิ่มขึ้นของการเข้าใช้บริการอย่างมีนัยสำคัญ โดยที่ผู้เข้าใช้บริการได้ขยายไปถึงบุคคลที่มิได้เป็นมุสลิมแต่มีนิติสัมพันธ์ทางพาณิชย์ร่วมกับมุสลิมและมีข้อตกลงอนุญาโตตุลาการว่าให้ใช้หลักการอิสลามมาใช้ในการระงับข้อพิพาทด้วย[317]

3.4.3.1 ข้อพิพาทที่สถาบันอนุญาโตตุลาการมุสลิมให้บริการ

ภายใต้กรอบกฎหมายว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของสหราชอาณาจักร สถาบันอนุญาโตตุลาการมุสลิมได้สร้างกลไกการระงับข้อพิพาททั้งรูปแบบการไกล่เกลี่ย (Mediation) และการอนุญาโตตุลาการทางแพ่งและทางพาณิชย์ในลักษณะสถาบัน (Institutional-Arbitration) สถาบันอนุญาโตตุลาการมุสลิมได้ให้การบริการระงับข้อพิพาทในเรื่องต่าง ๆ ดังนี้คือ

1) การหย่าตามหลักอิสลามและข้อพิพาทเรื่องครอบครัว แม้กฎหมายอังกฤษมิได้ยอมรับการสมรสตามหลักอิสลามว่าเป็นการสมรสที่ชอบด้วยกฎหมาย แต่อย่างไรก็ตามเมื่อบุคคลใดก็ตามโดยเฉพาะสตรีได้ทำการสมรสทั้งตามกฎหมายแห่งรัฐและตามหลักศาสนาอิสลามด้วยแล้ว แม้ได้มีการหย่าโดยชอบตามกฎหมายแห่งรัฐ แต่ตามหลักศาสนายังถือว่าบุคคลผู้นั้นยังคงอยู่ในสถานะสมรสจนกว่าจะได้มีการหย่าตามหลักกฎหมายอิสลามด้วย เรียกสถานะเช่นนี้ว่า “Limping Marriages” ที่เทียบเคียงจากปัญหาในกฎหมายเอกชนระหว่างประเทศที่การสมรสและการหย่ามีหลักการที่แตกต่างกันในกฎหมายแห่งรัฐแต่ละรัฐ ซึ่งเมื่อการสมรสเกิดขึ้นในรัฐหนึ่งแล้วคู่กรณีนำการสมรสมาหย่าในรัฐอื่น จึงเกิดเป็นปัญหาความสมบูรณ์และสิ้นสุดของการสมรสที่แตกต่างกันตามกฎหมายแห่งรัฐแต่ละรัฐ แต่ในบริบทนี้จะหมายถึงการเกิดขึ้นของสถานภาพการหย่าที่สมบูรณ์ในสายตากฎหมายแห่งรัฐแต่ยังไม่สมบูรณ์ภายใต้หลักกฎหมายศาสนา ดังนั้นหญิงที่มิได้ทำการหย่าตามหลักศาสนาจึงมิอาจสมรสใหม่ตามหลักศาสนาอิสลามได้เพราะการสมรสเดิมยังไม่สิ้นสุด สถาบันอนุญาโตตุลาการมุสลิมจึงดำเนินการคลายนิติสัมพันธ์ทางการสมรสตามหลักการศาสนาอิสลามให้แก่ฝ่ายสตรี[318]

---

[316] Halpern v. Halpern (England and Wales Court of Appeal, 2007)

[317] Bilal M. Choksi, *op. cit.,* p. 817.

[318] Bilal M. Choksi, *op. cit.,* p. 816.

2) การบังคับสมรส (Forced Marriages) การบังคับสมรสหมายถึงการสมรสที่มิได้เป็นไปตามความสมัครใจอย่างแท้จริงของคู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง แต่ต้องสมรสด้วยเหตุอื่น เช่น เป็นข้อตกลงระหว่างครอบครัวหรือวงศ์ตระกูลแต่ดั่งเดิม ข้อตกลงระหว่างบิดามารดาตั้งแต่กำเนิดบุตร การสมรสที่คู่สมรสฝ่ายหนึ่งมีอิทธิพลเหนือครอบครัวของคู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่ง เป็นต้น ซึ่งการบังคับสมรสเกิดขึ้นมากในสังคมชุมชนมุสลิมจากเอเชีย ดังนั้นสถาบันอนุญาโตตุลาการมุสลิมจึงเข้าช่วยเหลือเพื่อแก้ปัญหาดังกล่าวที่เกิดขึ้นในสหราชอาณาจักร[319]

3) อนุญาโตตุลาการทางแพ่งและพาณิชย์ สถาบันให้บริการกลไกการระงับข้อพิพาททางแพ่งและทางพาณิชย์ตามที่พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ 1996 ซึ่งอาจรวมถึงข้อพิพาทที่เกิดจากสัญญาทางธุรกิจ ข้อพิพาทตามสัญญาที่อ้างอิงจากหลักการศาสนาอิสลามในเรื่องการสมรส ทรัพย์สิน หรือแม้แต่ข้อพิพาทที่เกิดจากการละเมิดหากคู่กรณีตกลงกันให้สถาบันเข้าเป็นผู้ชี้ขาดตัดสินข้อพิพาทของตน

4) มรดกและพินัยกรรมตามหลักการอิสลาม การระงับข้อพิพาททางมรดกของผู้ตายที่เป็นมุสลิม โดยการตกลงกันของผู้มีสิทธิในการได้รับมรดกในเรื่องการแบ่งปันทรัพย์มรดกให้เป็นไปตามกฎหมายอิสลาม สถาบันฯอาจเข้ามาเป็นผู้ไกล่เกลี่ย หรือชี้สิทธิในการได้รับมรดกตามหลักกฎหมายอิสลาม ทั้งนี้สถาบันฯยังให้บริการเกี่ยวกับการจัดทำพินัยกรรมให้เป็นไปตามกฎหมายอิสลามตามเจตนารมณ์ของมุสลิมที่ยังมีชีวิตอยู่

5) ข้อพิพาทของมัสยิด สถาบันอนุญาโตตุลาการมุสลิมเข้ามาดูแลให้กิจการของมัสยิดเป็นไปตามกฎหมาย และหากมัสยิดเกิดข้อพิพาทขึ้น ไม่ว่าจะเป็นข้อพิพาทจากสัญญากับบุคคลภายนอก หรือการจ้างงานในมัสยิด ตลอดจนการจัดการทรัพย์สินของมัสยิดเป็นต้น[320]

3.4.3.2 ข้อบังคับกระบวนการอนุญาโตตุลาการของสถาบันอนุญาโตตุลาการมุสลิม

สถาบันอนุญาโตตุลาการมุสลิมได้จัดทำข้อบังคับกระบวนการอนุญาโตตุลาการเพื่อเป็นกรอบแนวทางการดำเนินกระบวนพิจารณาอันประกอบด้วยสาระสำคัญ ๆ ดังนี้

1) วัตถุประสงค์หลักของข้อบังคับ

ข้อบังคับมีวัตถุประสงค์หลักเพื่อเป็นแนวทางให้กระบวนอนุญาโตตุลาการเป็นไปตามหลักการในคัมภีร์อัลกุรอานและหะดิษซึ่งเป็นที่ยอมรับของสำนักคิดทางกฎหมายต่าง ๆ ของอิสลาม และสามารถระงับข้อพิพาทใด ๆ ที่นำมาสู่กระบวนการได้อย่างเที่ยงตรงและมีประสิทธิภาพในเวลาอันรวดเร็ว ทั้งนี้สมาชิกของสถาบันอนุญาโตตุลาการมุสลิมมีความรับผิดชอบที่จะรักษาผลประโยชน์ของคู่กรณีและผลประโยชน์สาธารณะ

2) จำนวนอนุญาโตตุลาการ

ตามข้อบังคับของกระบวนการอนุญาโตตุลาการมุสลิมที่กำหนดให้คณะผู้ตัดสินหรืออนุญาโตตุลาการต้องประกอบด้วยบุคคลอย่างน้อย 2 คน โดยที่อย่างน้อยหนึ่งคนต้องเป็นนักวิชาการที่ความรู้ทางกฎหมายอิสลาม และอย่างน้อยอีกหนึ่งคนเป็นนักกฎหมายหรือเนติบัณฑิตแห่งอังกฤษและเวลส์

---

[319] *Ibid.,* p. 818.

[320] Muslim Arbitration Tribunal, **Services We Offer**, Retrieved June 20, 2018 from http://www.matribunal.com/services.php

3) กระบวนการพิจารณาโดยทั่วไป

กระบวนการอนุญาโตตุลาการเริ่มขึ้นเมื่อผู้ยื่นคำขอให้มีการอนุญาโตตุลาการต่อสถาบันฯ โดยลงชื่อและที่อยู่ของผู้ยื่นคำขอและคู่กรณีอีกฝ่ายที่ถูกกล่าวหา ระบุเนื้อหาของข้อเท็จจริงที่พิพาทรวมถึงเหตุผลที่สนับสนุนข้ออ้างของตน ซึ่งอาจจะระบุพยานทั้งที่เป็นพยานเอกสารและบุคคลที่จะนำมาใช้เพื่อพิสูจน์ข้ออ้างของตน ทั้งนี้ผู้ยื่นคำขอต้องระบุว่าตนเองได้ตั้งผู้มีอำนาจทำการแทนตนในกระบวนการอนุญาโตตุลาการไว้ด้วยหรือไม่ เมื่อผู้ถูกกล่าวหารับสำเนาคำขอเพื่อให้มีการอนุญาโตตุลาการ ผู้ถูกกล่าวหาต้องยื่นรายการพยานหลักฐานที่อยู่ในความครอบครองของตนหรือที่ตนจะนำมาใช้กล่าวอ้างหรือเอกสารอื่นตามที่คณะอนุญาโตตุลาการกำหนด ซึ่งคณะอนุญาโตตุลาการอาจมีคำสั่งให้คู่กรณีกระทำการใดในเรื่องกระบวนการพิจารณา อาทิเช่นการกำหนดเวลาในการจัดส่งเอกสาร วันและระยะเวลาของการพิจารณาคดี พยานบุคคลต่าง ๆ ที่จะนำมาเพื่อสืบพยานหรือทำคำให้การของพยานเป็นลายลักษณ์อักษร ตลอดจนการให้การของพยานบุคคลผ่านวิดีโอลิงค์หรือทางอิเลคทรอนิกส์อื่น เอกสารต่าง ๆ ที่จะนำเข้าใช้ในกระบวนการ การจัดหาล่ามหรือการใช้ภาษาอื่นใดในกระบวนการ

ทั้งนี้กระบวนการพิจารณาจะกระทำโดยลับและเป็นการส่วนตัวไม่เปิดให้ผู้ไม่มีความเกี่ยวข้องเข้ารับฟังการพิจารณา เว้นแต่คู่กรณีตกลงกันไว้ให้การพิจารณาเป็นการเปิดเผย (Public Hearing) แต่คณะอนุญาโตตุลาการสามารถมีคำสั่งห้ามบุคคลใดเข้ารับฟังการพิจารณาทั้งหมดหรือบางส่วนได้ หากเห็นว่าเป็นการเหมาะสมเพื่อประโยชน์ของความมั่นคงของชาติหรือความสงบเรียบร้อย หรือเพื่อปกป้องความเป็นส่วนตัวของคู่กรณีหรือประโยชน์ของผู้เยาว์

4) การรับฟังพยานหลักฐานและภาระการพิสูจน์

การรับฟังพยานหลักฐานนั้นใช้รูปแบบที่ผู้ใดกล่าวอ้างข้อเท็จจริงใดผู้นั้นมีภาระการพิสูจน์ว่าข้อเท็จจริงนั้นเป็นความจริง ซึ่งมาตรฐานการพิสูจน์ต้องอยู่บนพื้นฐานความสมดุลของความเป็นไปได้ (Balance of Probabilities) โดยที่พยานหลักฐานต่าง ๆ อาจอยู่ในรูปแบบการให้การโดยวาจา เอกสารหรือหลักฐานรูปแบบอื่นใดที่เกี่ยวข้องกับข้อพิพาท ซึ่งคณะอนุญาโตตุลาการไม่มีอำนาจบังคับให้คู่กรณีหรือประจักษ์พยานผู้ใดให้การหรือยื่นพยานหลักฐานใด ๆ ได้ และไม่มีอำนาจพิจารณาพยานหลักฐานที่ไม่ได้นำเสนอต่อคู่กรณีทุกฝ่าย ทั้งนี้พยานบุคคลต้องให้การตามรูปแบบที่กำหนดในกฎหมายอิสลาม

5) การทำคำตัดสินชี้ขาด

การทำคำชี้ขาดคณะอนุญาโตตุลาการไม่จำเป็นต้องผูกพันกับคำตัดสินชี้ขาดของการอนุญาโตตุลาการที่มีก่อนหน้า ซึ่งการทำคำตัดสินชี้ขาดคณะอนุญาโตตุลาการต้องพิจารณาข้อพิพาทตามกฎหมายอังกฤษและเวลส์และหลักการของกฎหมายอิสลามที่อาจอ้างอิงจากสำนักคิดที่เป็นที่ยอมรับตามหลักการอิสลามได้ (Recognized School of Islamic Sacred Law) และคณะอนุญาโตตุลาการต้องทำคำตัดสินชี้ขาดที่ระบุเหตุผลแห่งคำชี้ขาดเป็นลายลักษณ์อักษรส่งถึงคู่กรณีทุกฝ่ายภายในระยะเวลาไม่เกิน 14 วันหลังการการพิจารณาสิ้นสุดลง[321]

6) การอุทธรณ์คำชี้ขาด

---

[321] Muslim Arbitration Tribunal, **Procedure Rules of Muslim Arbitration Tribunal**, Retrieved June 20, 2018 from http://www.matribunal.com/rules.php

สถาบันอนุญาโตตุลาการมุสลิมได้กำหนดให้คำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการมุสลิมไม่สามารถอุทธรณ์หรือโต้แย้งผ่านกระบวนการอนุญาโตตุลาการของสถาบันได้อีก แต่อย่างไรก็ตามคู่กรณีก็สามารถดำเนินการคัดค้านโต้แย้งหรืออุทธรณ์คำชี้ขาดต่อศาลตามกระบวนการที่พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ 1996 บัญญัติไว้ อันประกอบไปด้วยการโต้แย้งคัดค้านในเรื่องเขตอำนาจของอนุญาโตตุลาการ การโต้แย้งคัดค้านกระบวนการอนุญาโตตุลาการที่มิชอบและอุทธรณ์ในเรื่องปัญหาข้อกฎหมายต่อศาลแห่งรัฐให้ทำการทบทวนหรือมีคำสั่งให้คำชี้ขาดมีผลหรือไม่ต่อไปได้[322]

3.4.4 ข้อโต้แย้งว่าด้วยการใช้กฎหมายอิสลามผ่านช่องทางกฎหมายอนุญาโตตุลาการ

ภายหลังจากได้มีการจัดตั้งสถาบันอนุญาโตตุลาการมุสลิมดังกล่าวได้เกิดข้อโต้แย้งในหลายประเด็น อาทิ การใช้กฎหมายอิสลามในรูปแบบนี้อาจขัดหลักการและคุณค่าในระบบกฎหมาย Common Law หรืออาจก่อให้เกิดการปฏิบัติต่อสตรีที่ละเมิดสิทธิความเท่าเทียม ตลอดจนอาจขัดต่อหลักนิติธรรม

3.4.4.1 ประเด็นปัญหาด้านหลักการในคุณค่าประชาธิปไตยที่การนำกฎหมายอิสลามหรือกฎหมายชารีอะห์มาใช้ในลักษณะการเป็นระบบกฎหมายคู่ขนาน (Parallel Legal System) อาจเป็นปรปักษ์กับแนวคิดทางประชาธิปไตยเรื่องความเสมอภาคและเท่าเทียม ตลอดจนการไม่เลือกปฏิบัติเนื่องจากเหตุแห่งเพศสภาพและความเชื่อทางศาสนา เนื่องจากเข้าใจว่าจะมีการสร้างระบบกฎหมายคู่ขนานขึ้นในสหราชอาณาจักรโดยนำกฎหมายอิสลามเข้ามาบังคับใช้ให้เป็นส่วนหนึ่งของระบบกฎหมายอังกฤษสร้างรูปแบบพหุนิยมทางกฎหมายขึ้นในระบบกฎหมายอังกฤษ ที่กฎหมายอิสลามจะนำมาใช้กับข้อพิพาทลักษณะอยู่ในระนาบเดียวกันกับกฎหมายอังกฤษที่คู่กรณีสามารถเลือกกฎหมายมาปรับใช้กับข้อพิพาทของตน อันอาจสร้างความขัดแย้งกับหลักนิติธรรมในระบบกฎหมายหรือขัดกับหลักการระบบกฎหมาย Common Law ที่เชื่อว่ากฎหมายต้องเป็นหนึ่งเดียวบังคับใช้กับทุกคนเสมอภาคกัน[323]

3.4.4.2 ประเด็นปัญหาความแตกต่างของหลักการทางกฎหมายอิสลามและหลักการทางกฎหมายอังกฤษที่จะนำมาปรับใช้กับข้อพิพาทในเรื่องละเอียดอ่อนเช่นในกรณีข้อพิพาทเรื่องครอบครัว สิทธิการหย่า อำนาจการปกครองบุตรผู้เยาว์ ลักษณะสัญญาและทรัพย์สินที่เกี่ยวกับการสมรสและการสิ้นสุดแห่งการสมรส รวมถึงสิทธิการได้รับมรดก ซึ่งแม้ทางสถาบันอนุญาโตตุลาการมุสลิมจะอ้างว่าการให้บริการระงับข้อพิพาทโดยทางสถาบันฯอยู่ภายใต้กรอบกฎหมายอังกฤษและเวลส์ แต่ในขณะเดียวกันก็มีความกังวลในเรื่องการนำหลักการทางศาสนาอิสลามมาใช้ในการระงับข้อพิพาทที่เนื้อหาทางกฎหมายอิสลามและระบบกฎหมายอังกฤษมีความแตกต่างกัน แม้ในหลายกรณีกฎหมายอิสลามจะไม่สามารถบังคับใช้ได้ตามกฎหมายอังกฤษ แต่เมื่อสถาบันอนุญาโตตุลาการมุสลิมมีคำชี้ขาดในคดีใด ในคดีนั้นอาจมิได้มีการยื่นคำคัดค้านต่อศาลแห่งรัฐเพื่อทบทวนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการมุสลิมเป็นผลให้สิทธิของคู่กรณีไม่เป็นไปตามหลักการกฎหมายอังกฤษ[324]

3.4.4.3 ประเด็นปัญหาที่ในสายตาของหลักประชาธิปไตยหรือกฎหมายอังกฤษมองว่า หลักการทางกฎหมายอิสลามละเมิดสิทธิสตรีหรือปฏิบัติต่อสตรีอย่างไม่เท่าเทียม ตามหลัก

---

[322] มาตรา 66-68 แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ ค.ศ.1996 (สหราชอาณาจักร)

[323] Maria Reiss, *op. cit.,* p. 760.

[324] *Ibid.,* p. 765.

กฎหมายอิสลามนั้นยอมรับในการที่ฝ่ายชายมีสิทธิมีภรรยาได้มากกว่าหนึ่งคนในเวลาเดียวกัน และฝ่ายชายยังมีสิทธิในการหย่าได้โดยไม่ต้องได้รับความยินยอมจากฝ่ายหญิง ในขณะที่ฝ่ายหญิงหากต้องการหย่าตามหลักการศาสนาต้องผ่านขั้นตอนที่ยุ่งยากตามหลักศาสนา ถึงแม้ว่าการยื่นข้อพิพาทหรือการขอหย่าตามหลักการศาสนาอิสลามต่อสถาบันอนุญาโตตุลาการมุสลิมจะมีวัตถุประสงค์เพื่อให้การหย่าตามหลักศาสนาอิสลามเกิดขึ้นโดยชอบกับสตรีเพื่อแก้ปัญหา Limping Marriages ก็ตาม การระงับข้อพิพาทโดยสถาบันอนุญาโตตุลาการมุสลิมอาจมิได้มีระบบการคุ้มครองสิทธิสตรีอย่างเพียงพอในเรื่องดังกล่าว และอีกกรณีหนึ่งนั้นคือปัญหาความรุนแรงในครอบครัวที่เมื่อเกิดการละเมิดข่มเหงขึ้นในความสัมพันธ์ทางครอบครัวหากนำข้อพิพาทดังกล่าวเข้าสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการตามหลักศาสนาอิสลาม คำชี้ขาดหรือตัดสินในข้อพิพาทอาจไม่ได้คุ้มกันความปลอดภัยของสตรีที่ต้องอยู่ร่วมกับชายที่ใช้ความรุนแรงในครอบครัวโดยการอ้างสิทธิตามหลักการทางศาสนา ซึ่งแตกต่างจากการนำคดีขึ้นสู่ศาลแห่งรัฐที่ใช้บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่มีความเสมอภาคปกป้องสตรี หรือมีโทษตามกฎหมายที่ชัดเจนต่อบุคคลที่สร้างความรุนแรงในครอบครัว[325]

ในขณะที่ทางสถาบันอนุญาโตตุลาการมุสลิมยังคงยืนยันในประเด็นเรื่องการใช้กระบวนการระงับข้อพิพาทโดยสถาบันเป็นไปตามความสมัครใจของคู่กรณีมิได้เกิดจากการบังคับและคู่กรณียังมีอิสระในการเลือกผู้ตัดสินคดีของตน นอกจากนั้นสตรีที่เข้าสู่กระบวนการระงับข้อพิพาทโดยสถาบันแทนที่จะได้รับการปฏิบัติอย่างไม่เท่าเทียมดังที่กล่าวอ้างนั้นกลับมีความพึงพอใจในการได้รับการตัดสินคดีโดยบุคคลที่ตนเชื่อถือและสามารถชี้นำทางจิตวิญญาณในหลักการทางศาสนาอิสลาม ทั้งกันนี้สถาบันอนุญาโตตุลาการมุสลิมยังถือว่าเป็นองค์กรที่เชื่อมประสานระหว่างความเป็นประชากรพลเมืองอังกฤษและประเทศบ้านเกิดที่ตนย้ายถิ่นฐานมา และที่สำคัญการอนุญาโตตุลาการโดยใช้กฎหมายศาสนามิได้มีแต่เฉพาะในหมู่ชนมุสลิม มีการใช้การอนุญาโตตุลาการทางศาสนาในหมู่ชนชาวยิวมากว่า 100 ปีในสหราชอาณาจักร[326]

แม้จะมีข้อโต้แย้งและถกเถียงในเรื่องการนำกฎหมายอิสลามมาใช้เพื่อการระงับข้อพิพาทดังที่ได้กล่าวมา สถาบันอนุญาโตตุลาการมุสลิมก็ยังคงดำเนินการตัดสินชี้ขาดคดีต่าง ๆ เรื่อยมาจนกระทั้งปัจจุบัน โดยได้มีความพยายามที่จะออกกฎหมายเพื่อแก้ไขหลักการในความเสมอภาคในกระบวนการอนุญาโตตุลาการ (Equality Bill) ที่มีจุดประสงค์หลักเพื่อแก้ปัญหาความไม่เสมอภาคทางเพศในการอนุญาโตตุลาการหรือไกล่เกลี่ยข้อพิพาทโดยใช้หลักการทางศาสนา ทั้งยังจะเป็นการสร้างกรอบการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการไว้แต่เฉพาะข้อพิพาททางธุรกิจ โดยห้ามการอนุญาโตตุลาการข้อพิพาทในเรื่องที่เกี่ยวกับกฎหมายครอบครัวและที่เกี่ยวเนื่องกับทางอาญา เพื่อให้กระบวนการทางศาลแห่งรัฐเท่านั้นที่จะใช้เป็นช่องทางเพื่อระงับข้อพิพาททางครอบครัวและข้อพิพาทที่มีความเกี่ยวเนื่องกับความผิดทางอาญา ในร่างพระราชบัญญัตินี้ได้มีการบัญญัติให้การรับฟังพยานตลอดจนการแบ่งปันทรัพย์สินจะกระทำโดยปฏิบัติแตกต่างกันเนื่องจากเหตุแห่งเพศไม่ได้โดยบัญญัติว่าในการให้บริการทางอนุญาโตตุลาการ ห้ามบุคคลกระทำการใดที่ก่อให้เกิดขึ้นซึ่งการเลือกปฏิบัติการคุกคามทางเพศ หรือ การทำให้ผู้ใดตกเป็นเหยื่อด้วยเหตุแห่งเพศมิได้ ซึ่งการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเพศสภาพหมายความรวมถึง การปฏิบัติต่อพยานหลักฐานของผู้ชายมีคุณค่ามากกว่าพยานหลักฐานจากผู้หญิงหรือในทางกลับกัน กระบวนการที่มีหลักการในการแบ่งปันทรัพย์สิน

---

[325] Rebecca E. Maret, *op. cit*., p. 267.

[326] Christopher R. Lepore, *op. cit*., p. 680.

ระหว่างชายหญิงและเด็กในทรัพย์มรดกโดยไม่เท่าเทียมกัน หรือ กระบวนการที่มีหลักการว่าผู้หญิงมีสิทธิในทรัพย์สินน้อยกว่าผู้ชายหรือในทางกลับกัน และร่างพระราชบัญญัติฉบับดังกล่าวยังกำหนดโทษทางอาญาแก่บุคคลหรือนิติบุคคลใดที่อ้างว่าตนมีอำนาจในการพิจารณาคดีทั้งที่ได้มีกฎหมายบัญญัติห้ามไว้แล้ว ซึ่งหากร่างกฎหมายดังกล่าวผ่านเป็นพระราชบัญญัติบังคับใช้อาจเกิดการเปลี่ยนแปลงในการใช้กระบวนการอนุญาโตตุลาการเพื่อระงับข้อพิพาทโดยการใช้กฎหมายอิสลามต่อไป[327]

[327] Rebecca E. Maret, *op. cit*., pp. 269-270.

บทที่ 4

การใช้กฎหมายอิสลามในประเทศไทย

ในบทนี้จะเป็นเนื้อหาที่ว่าด้วยการใช้กฎหมายอิสลามในประเทศไทย โดยเริ่มจากการกล่าวถึงศาสนาอิสลามและมุสลิมในประเทศไทยเพื่อทำความเข้าใจกับลักษณะภูมิหลังทางศาสนาอิสลามและเชื้อสายของมุสลิมในประเทศไทย ต่อจากนั้นจะกล่าวถึงการใช้กฎหมายอิสลามในประเทศไทยโดยแบ่งเนื้อหาออกเป็น 2 พื้นที่ คือ การใช้กฎหมายอิสลามในพื้นที่ 4 จังหวัดภาคใต้ที่อยู่ภายใต้พระราชบัญญัติว่าด้วยการใช้กฎหมายอิสลามในเขตจังหวัดปัตตานี นราธิวาส ยะลา และสตูล พ.ศ.2489 อันมีลักษณะรูปแบบการใช้กฎหมายที่รัฐมีกฎหมายทั่วไปใช้อยู่กับพลเมืองของรัฐแต่มีกฎหมายเฉพาะที่ให้นำกฎหมายอิสลามใช้กับเฉพาะมุสลิมที่อยู่ในพื้นที่ดังกล่าว และการใช้กฎหมายอิสลามในพื้นที่อื่นนอกเขต 4 จังหวัดที่มิได้มีกฎหมายเฉพาะใดให้นำกฎหมายอิสลามมาปรับใช้ แต่เป็นรูปการใช้กฎหมายผ่านกระบวนการตามโครงสร้างพระราชบัญญัติการบริหารองค์กรศาสนาอิสลาม พ.ศ.2540

4.1 ศาสนาอิสลามและมุสลิมในประเทศไทย

ได้มีการคาดประมาณกันว่ามีผู้นับถือศาสนาอิสลามในประเทศไทยเป็นจำนวนราวร้อยละ 5 ของประชากรทั้งหมดของประเทศไทย ซึ่งจำนวนประชากรที่นับถือศาสนาอิสลามมีจำนวนเป็นลำดับที่สองรองจากศาสนาพุทธ โดยเมื่อเทียบจำนวนประชากรทั้งหมดของประเทศที่มีอยู่ราว 65-70 ล้านคน สัดส่วนประชากรที่นับถือศาสนาอิสลามในประเทศไทยมีความเป็นไปได้ที่จะอยู่ที่กว่า 3 ล้านคน[328] โดยที่มีประชากรชาวมุสลิมอาศัยอยู่ในภูมิภาคต่างๆในประเทศไทยแต่มีการกระจุกตัวในบางพื้นที่ เมื่อแยกเป็นรายจังหวัดแล้วจังหวัดที่มีประชากรมุสลิมมากที่สุดเป็น 10 ลำดับได้ดังนี้คือ[329]

---

[328] สำนักงานสถิติแห่งชาติ, **สำมะโนประชากรและเคหะ ตัวชี้วัดที่สำคัญของประชากรและที่อยู่อาศัย พ.ศ.2533-2553 : ทั่วราชอาณาจักร**, ค้นวันที่ 7 มกราคม 2560 จาก http://popcensus.nso.go.th/quick_stat/WholeKingdom_T.pdf

[329] สำนักงานสถิติแห่งชาติ, **สำมะโนประชากรและเคหะ พ.ศ.2533-2553: รายงานฉบับสมบูรณ์แยกตามรายจังหวัด**, ค้นวันที่ 7 มกราคม 2560 จากhttp://popcensus.nso.go.th/report.php

ลำดับ	จังหวัด	คน
1	นราธิวาส*	575,585
2	ปัตตานี*	513,841
3	กรุงเทพมหานคร	382,385
4	สงขลา	374,728
5	ยะลา*	331,747
6	สตูล*	184,552
7	กระบี่	125,476
8	นครศรีธรรมราช	94,914
9	ตรัง	85,609
10	ภูเก็ต	83,969
	จำนวนมุสลิมร้อยละ 4.9 ของประชากรทั้งประเทศ	**3,259,340**

ตารางที่ 4.1 จำนวนประชากรมุสลิมแต่ละจังหวัดในประเทศไทย 10 ลำดับแรก[330]

โดยกว่าร้อยละ 80 ของมุสลิมทั้งหมดอาศัยอยู่ทางภาคใต้ เป็นเหตุให้เมื่อกล่าวถึงมุสลิมหรือผู้นับถือศาสนาอิสลามแล้วคนส่วนใหญ่มักจะมองภาพถึงมุสลิมที่อาศัยอยู่ทางภาคใต้ของไทยหรือมุสลิมมลายู ซึ่งประชากรชาวมุสลิมในประเทศไทยนั้นความจริงแล้วมิได้มีเพียงแต่มุสลิมที่มีเชื้อสายจากชาวมลายูเท่านั้น แต่ยังมีมุสลิมที่สืบเชื้อสายจากบรรพบุรุษกลุ่มอื่นอีกด้วย

ซึ่งหากจะถือเอาอาณาจักรสุโขทัยเป็นจุดเริ่มต้นของประวัติศาสตร์ชาติไทย ศาสนาอิสลามได้เข้ามาสู่ดินแดนที่เป็นราชอาณาจักรไทยในปัจจุบันนี้มาช้านานก่อนที่จะได้ตั้งกรุงสุโขทัยเป็นราชธานี มีแนวคิดแบ่งออกเป็นสองแนวทางคือศาสนาอิสลามเผยแผ่เข้ามาโดยพ่อค้าชาวอาหรับและจากพ่อค้าชาวอินเดียมายังดินแดนอาเจะห์ มะละกา และแหลมมลายู ซึ่งรวมถึงดินแดนทางตอนใต้ของไทยในปัจจุบันก่อนพุทธศตวรรษที่ 18 ซึ่งก่อนหน้าการรับศาสนาอิสลามนั้น ชนพื้นถิ่นได้นับถือศาสนาฮินดู-พราหมณ์และพุทธอยู่ก่อน การหันมานับ

[330] *เรื่องเดียวกัน.*

ถือศาสนาอิสลามในดินแดนแถบนี้จึงดำเนินไปอย่างช้า ๆ แต่ต่อมาเมื่ออาณาจักรที่นับถือศาสนาฮินดู-พุทธเสื่อมอำนาจลง การขยายอิทธิพลของศาสนาอิสลามจึงมีมากขึ้นจนรัฐในดินแดนแหลมมลายู และดินแดนที่เป็นประเทศอินโดนีเซียในปัจจุบันส่วนใหญ่กลายมาเป็นรัฐที่นับถือศาสนาอิสลาม แต่อย่างไรก็ตามศาสนาอิสลามก็มิได้เข้ามาลบร้างความเชื่อหรือแนวปฏิบัติในทางฮินดู-พุทธที่พลเมืองเคยยึดถืออย่างสิ้นเชิง แต่กลับเป็นไปในลักษณะการผสมผสานกับความเชื่อดั่งเดิม[331]

แม้ศาสนาอิสลามได้แผ่ขยายอิทธิพลในดินแดนแหลมมะลายูและทางตอนใต้ของประเทศไทยในปัจจุบันอันได้แก่ ดินแดนที่เคยเป็นรัฐปัตตานี แต่ความสัมพันธ์ทางการเมืองและการปกครองระหว่างรัฐปัตตานีและอาณาจักรสยามก็ยังคงมีข้อถกเถียงในเรื่องการที่รัฐปัตตานีเป็นส่วนหนึ่งของสยามเมื่อใดและอย่างไร ในขณะที่ดินแดนที่ถูกวางแนวคิดในการศึกษาทางประวัติศาสตร์ในห้องเรียนว่าเป็นต้นกำเนิดของรัฐไทยทั้ง อาณาจักรสุโขทัย อาณาจักรอยุธยา จนถึงการตั้งกรุงเทพเป็นราชธานี ก็ปรากฏการเข้ามาของกลุ่มคนที่มีเชื้อชาติต่าง ๆ ที่เป็นผู้นับถือศาสนาอิสลาม อาทิเช่น ชาวอาหรับเปอร์เซีย ชาวจามหรือแม้แต่ชาวจีน เป็นต้น ทั้งกันนี้กลุ่มคนเหล่านี้ยังมีความสัมพันธ์กับชาวสยามและการเข้ามาเกี่ยวพันในโครงสร้างเชิงอำนาจกับทางราชสำนักสยามในแง่มุมต่าง ๆ[332] ดังนั้นหากจะกล่าวถึงมุสลิมหรือคนที่นับถือศาสนาอิสลามในประเทศไทยในปัจจุบัน จึงมีที่มาหรือบรรพบุรุษที่สืบเชื้อสายมาจากหลายแห่งซึ่งอาจจำแนกออกได้เป็น 6 กลุ่มใหญ่ ๆ[333] ดังนี้

กลุ่มที่ 1 มุสลิมที่สืบเชื้อสายมาจากชาวมลายูซึ่งเป็นมุสลิมกลุ่มที่ใหญ่ที่สุดในประเทศไทย โดยที่ชาวมลายูถือเป็นชาติพันธุ์หนึ่งที่มีถิ่นฐานในดินแดนทางตอนใต้ของไทยหรือดินแดนแหลมทองในทวีปเอเชีย ที่มีพื้นที่ครอบคลุมทั้งประเทศมาเลเซีย สิงคโปร์ และหมู่เกาะสุมาตราซึ่งเป็นดินแดนบางส่วนของประเทศอินโดนีเซียในปัจจุบัน ชาวมลายูที่อาศัยทางตอนใต้ของแหลมทองนี้ได้รับศาสนาอิสลามมาตั้งแต่ก่อนสมัยสุโขทัย และต่อมาเมื่ออาณาจักรสุโขทัยเรืองอำนาจขึ้น อาณาจักรทางตอนใต้ของแหลมทองจึงมีความสัมพันธ์เชิงอำนาจกับอาณาจักรสุโขทัยและมาถึงสมัยอาณาจักรอยุธยา จนเข้าสู่ยุครัตนโกสินทร์ที่มีกรุงเทพเป็นราชธานีที่อาณาจักรทางตอนใต้ของสยามในขณะนั้นมีความสัมพันธ์ในลักษณะเป็นประเทศราช ทั้งยังได้มีการกวาดต้อนเชลยชาวมลายูที่นับถือศาสนาอิสลามจากดินแดนทางตอนใต้เข้ามาอยู่ในกรุงเทพมหานคร และหัวเมืองในบริเวณภาคกลาง ในขณะที่ชาว

---

[331] สายชล สัตยานุรักษ์, *เรื่องเดิม,* หน้า 54.

[332] จุฬิศพงศ์ จุฬารัตน์, **ขุนนางกรมท่าขวา การศึกษาบทบาทและหน้าที่ในสมัยอยุธยาถึงสมัยรัตนโกสินทร์ พ.ศ.2153-2435** (กรุงเทพมหานคร: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2546), หน้า 56-66.

[333] จรัญ มะลูลีม, อิสลามศึกษา, ใน **เอกสารประกอบการบรรยายนักศึกษาหลักสูตรปลัดอำเภอประจำตำบล**, รุ่นที่ 1 ระหว่างวันที่ 13-25 พฤษภาคม 2547 รุ่นที่ 2, 3 ระหว่างวันที่ 1-8 มิถุนายน 2547, ณ วิทยาลัยการปกครอง กรมการปกครอง กระทรวงมหาดไทย.

มลายูที่อาศัยในถิ่นฐานของตนเองทางตอนใต้ของสยามยังคงดำรงความเป็นรัฐของตนอยู่จนเข้าสู่ยุคการปฏิรูปการปกครองในสมัยรัชกาลที่ 5 ที่เริ่มการผนวกดินแดนและการปกครองที่ให้รัฐปัตตานีเข้ามาเป็นส่วนหนึ่งของอาณาจักรสยามอย่างจริงจัง ดังนั้นจึงปรากฏกลุ่มมุสลิมที่มีเชื้อสายชาวมลายูออกเป็น 2 ส่วน คือ ส่วนที่ยังอาศัยอยู่ในดินแดนทางตอนใต้ของราชอาณาจักรไทยในปัจจุบันและชาวมลายูที่ถูกย้ายถิ่นฐานมาอาศัยอยู่ทางภาคกลางของราชอาณาจักรไทย[334]

กลุ่มที่ 2 มุสลิมที่สืบเชื้อสายมาจากชาวอาหรับเปอร์เซียหรืออิหร่าน มุสลิมกลุ่มนี้มีที่มาจากกลุ่มพ่อค้าชาวอาหรับที่เข้ามาทำการค้าขายและตั้งหลักแหล่งในดินแดนของราชอาณาจักรไทย ตั้งแต่สมัยอยุธยา จนเข้าสู่สมัยรัตนโกสินทร์ ซึ่งมุสลิมกลุ่มนี้มีความสัมพันธ์อันดีกับราชสำนักไทย และในบางสมัยก็ได้เข้าเป็นผู้มีอำนาจในราชสำนักในการดูแลกิจการหลายด้าน ทั้งทางด้านการค้าการพาณิชย์ กิจการระหว่างประเทศ การเก็บภาษี ตลอดจนการดูแลกิจการงานที่เกี่ยวกับศาสนาอิสลามในราชอาณาจักรสยาม โดยที่มุสลิมกลุ่มนี้โดยส่วนเป็นมุสลิมนิกายชีอะห์[335]

กลุ่มที่ 3 มุสลิมที่สืบเชื้อสายมาจากชาวชวา ซึ่งเป็นชนชาติที่อาศัยอยู่ในประเทศอินโดนีเซียในปัจจุบัน แต่ชนชาติชวาก็เป็นอีกกลุ่มหนึ่งต่างจากชนชาวมลายู เนื่องจากความสัมพันธ์ทางอำนาจทางการปกครองที่แตกต่างกันโดยที่อาณาจักรสยามไม่ได้มีอิทธิพลทางการปกครองเหนือดินแดนที่เป็นถิ่นฐานของชาวชวา ชาวชวาโดยส่วนใหญ่จึงเข้ามาและตั้งถิ่นฐานในราชอาณาจักรไทยเพื่อทำมาหากินใช้แรงงานหรือทำการค้าขายโดยความสมัครใจ ทั้งนี้ในสมัยรัชกาลที่ 5 ค่าแรงงานของชาวชวาเป็นค่าแรงงานที่มีราคาถูกกว่าแรงงานชาวไทยจึงได้เกิดการอพยพของแรงงานชาวชวาเข้าสู่อาณาจักรสยามเป็นจำนวนมาก ประกอบกับได้มีการเสด็จประพาสชวาของรัชกาลที่ 5 ในสมัยนั้นด้วย

กลุ่มที่ 4 มุสลิมที่สืบเชื้อสายมาจากชาวจาม-เขมร ซึ่งในอดีตชาวจามเป็นชาติพันธุ์หนึ่งที่มีการรวมกลุ่มของตนในดินแดนที่เป็นประเทศกัมพูชาในปัจจุบัน ในอดีตเมื่อชาวจามถูกอาณาจักรเวียดนามรุกรานและพ่ายแพ้จึงได้อพยพมาตั้งถิ่นฐานในอยุธยาซึ่งเรืองอำนาจในสมัยนั้น ทั้งนี้ชาวจามส่วนหนึ่งเป็นผู้นับถือศาสนาอิสลาม และเมื่อกรุงศรีอยุธยาเสื่อมอำนาจลงชาวจามบางส่วนยังได้ถูกจับเป็นเชลย ต่อมาในสมัยรัชกาลที่ 5 ยังได้มีชาวจามส่วนหนึ่งอพยพเข้ามาสู่สยามเพิ่มเติม

กลุ่มที่ 5 มุสลิมที่สืบเชื้อสายมาจากชาวเอเชียใต้อันได้แก่จาก อินเดีย ปากีสถาน อัฟการนิสถาน ซึ่งมีหลักฐานการเข้ามาค้าขายของพ่อค้าชาวอินเดียตั้งแต่สมัยอยุธยา และยิ่งมีเพิ่มมากขึ้นเมื่อดินแดนในแถบเอเชียใต้ตกเป็นเมืองขึ้นและอยู่ภายใต้อาณานิคมของชาติ

---

[334] ธเนศ อาภรณ์สุวรรณ, *เรื่องเดิม*, หน้า 38.

[335] จุฬิศพงศ์ จุฬารัตน์, *เรื่องเดิม*, หน้า 70.

ตะวันตก ผู้นับถือศาสนาอิสลามจากเอเชียใต้ที่เป็นคนในบังคับของชาติตะวันตกจึงได้เข้ามาทำการค้าขายในสมัยรัตนโกสินทร์ ช่วงรัชกาลที่ 4 ที่สยามมีสนธิสัญญาทางการค้ากับชาติมหาอำนาจตะวันตก เนื่องจากเมื่อเป็นคนในบังคับของชาติตะวันตกแล้วสามารถทำการค้าในสยามได้สะดวกเนื่องจากผลของสนธิสัญญา ที่คนในบังคับของชาติตะวันตกมิต้องตกอยู่ภายใต้อำนาจของศาลไทยในขณะนั้น

กลุ่มที่ 6 มุสลิมที่สืบเชื้อสายมาจากชาวจีน ซึ่งชาวจีนได้อพยพเข้าสู่ดินแดนไทยจากหลายแหล่งกำเนิด ทั้งนี้ชาวจีนบางส่วนที่เป็นผู้นับถือศาสนาอิสลามซึ่งมักเรียกชาวจีนมุสลิมว่า “มุสลิมจีนฮ่อ” ซึ่งอพยพมาจากจีนทางตอนใต้หรือยูนาน ประกอบกับต่อมาเมื่อมีการเปลี่ยนแปลงรูปแบบ
การปกครองในจีนไปสู่ระบอบคอมมิวนิสต์ที่ไม่อนุญาตให้มีการนับถือศาสนา ก็ได้มีชาวจีนที่นับถือศาสนาอิสลามได้อพยพเข้าสู่ประเทศไทย ทั้งนี้ชาวจีนมุสลิมมักตั้งถิ่นฐานอยู่ในจังหวัดทางตอนเหนือของประเทศไทย[336]

ดังนั้นเมื่อพิจารณาจากที่มาของผู้นับถือศาสนาอิสลามในประเทศไทยแล้วอาจจัดแบ่งความเป็นอิสลามที่เกิดขึ้นในดินแดนที่เป็นประเทศไทยออกได้เป็น 2 กลุ่ม คือ

1. ชาวมุสลิมที่เป็นชนพื้นเมืองซึ่งมีถิ่นฐานอยู่ ณ ดินแดนที่เป็นราชอาณาจักรไทยในปัจจุบันมาก่อนแล้ว และได้มีการเปลี่ยนแปลงด้านความเชื่อโดยรับศาสนาอิสลามเข้าเป็นศาสนาของตน ซึ่งส่วนใหญ่เป็นชาวมลายูซึ่งเป็นประชากรที่อยู่ทางตอนใต้ของราชอาณาจักรไทยในปัจจุบัน ซึ่งในอดีตดินแดนส่วนนี้มีรูปแบบความเป็นรัฐและรูปแบบการปกครองของตน ที่มีชื่อเรียกว่า รัฐปาตานี หรือปัตตานี ซึ่งในบางช่วงเวลาในอดีตดินแดนแถบนี้อาจตกอยู่ในอิทธิพลหรือเป็นประเทศราชของกรุงสยามจวบจนมีการปฏิรูปการปกครองในสมัยรัชกาลที่ 5 ที่ได้มีการจัดรูปแบบการปกครองท้องที่ให้อยู่ภายใต้การปกครองโดยตรงของสยาม และกลายมาเป็นพื้นที่จังหวัดชายแดนภาคใต้ของราชอาณาจักรไทยในปัจจุบัน เป็นผลให้มุสลิมกลุ่มนี้ยังคงอัตลักษณ์วัฒนธรรมและความเป็นชาติพันธุ์ของตน และเมื่อเกิดการเปลี่ยนแปลงทางด้านนโยบายในด้านการปกครองจากศูนย์กลางแห่งอำนาจของรัฐไทยจึงมักเกิดเป็นปัญหาข้อพิพาทหรือความไม่สงบในพื้นที่ขึ้น[337]

2. ชาวมุสลิมที่เป็นผู้อพยพหรือย้ายถิ่นฐานมาจากดินแดนอื่น อันได้แก่ผู้อพยพมาจากเปอร์เซีย เอเชียใต้ เขมร จีนและรวมถึงชาวมลายูที่ถูกกวาดต้อนมาจากดินแดนทางตอนใต้ ที่เข้ามาตั้งรกรากในดินแดนที่เป็นศูนย์กลางแห่งอำนาจของราชอาณาจักรไทยในอดีต ไม่ว่าจะเป็น สุโขทัย อยุธยาหรือกรุงเทพ และเมื่อมีการก่อร่างสร้างรัฐไทยให้เป็นรัฐชาติสมัยใหม่ (Modern State) จนมีรูปแบบการเมืองการปกครองในปัจจุบัน ชาวมุสลิมกลุ่มนี้ได้มีการผสมผสานทางวัฒนธรรมและความเป็นอยู่กับกลุ่มชนอื่นที่อาศัยในประเทศไทยได้ดีกว่ามุสลิมกลุ่มแรก แม้มีความเชื่อทางศาสนาที่

---

[336] จรัญ มะลูลีม, *เรื่องเดิม*, หน้า 2-3.

[337] ธเนศ อาภรณ์สุวรรณ, *เรื่องเดิม*, หน้า 47.

แตกต่างจากคนส่วนใหญ่ของประเทศ เนื่องจากมีความรู้สึกว่าเป็นประชากรส่วนหนึ่งของราชอาณาจักรไทยมาแต่ต้น[338]

แต่อย่างไรก็ตามในแต่ละยุคสมัย การเปลี่ยนแปลงในด้านรูปแบบโครงสร้างทางการปกครองและนโยบายทางการเมืองการปกครองของไทยในด้านการสร้างความเป็นอันหนึ่งอันเดียวของคนในชาติ ตลอดจนอิทธิพลของการขับเคลื่อนความเป็นอิสลาม (Islamization) ในพื้นที่ต่าง ๆ ของโลกรวมถึงในประเทศไทยได้ทำให้เกิดผลกระทบในหลายด้านเกี่ยวกับผู้ที่นับถือศาสนาอิสลามในประเทศไทย ทั้งในมิติของการสร้างอัตลักษณ์ของกลุ่มชน มิติการแสดงออกทางศาสนา ตลอดจนถึงการอยู่ร่วมกันในสังคมลักษณะพหุวัฒนธรรม ทั้งนี้กรณีหนึ่งที่เป็นประเด็นนำมาสู่การศึกษาในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้คือการใช้กฎหมายอิสลามในประเทศไทย เนื่องจากตามความเชื่อและศรัทธาของอิสลามศาสนิกแล้ว แม้จะอยู่ที่ใดก็ตามหากแต่ต้องดำรงชีวิตตามบัญญัติแห่งศาสนาที่คลอบคลุมไปในทุกส่วนของการดำรงชีวิต และเมื่อบทบัญญัติตามหลักอิสลามเรื่องใดไม่เป็นไปตามที่กฎหมายแห่งรัฐกำหนด ก็จะเกิดรูปแบบการใช้กฎหมายอิสลามในลักษณะที่เป็นเพียงกฎหมายของกลุ่มชน หรือรูปแบบการใช้กฎหมายแบบพหุนิยมทางกฎหมาย ซึ่งในปัจจุบันประเทศไทยได้มีกฎหมายในลักษณะที่ให้ใช้กฎหมายอิสลามในเรื่องครอบครัวและมรดกแต่กับเฉพาะพื้นที่จังหวัดปัตตานี นราธิวาส ยะลา และสตูล และเป็นแต่ในเฉพาะกรณีที่คู่ความทุกฝ่ายหรือผู้ร้องในคดีในกรณีเป็นคดีไม่มีข้อพิพาทเป็นมุสลิม ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการใช้กฎหมายอิสลามในเขตจังหวัดปัตตานี นราธิวาส ยะลา และสตูล พ.ศ.2489 ทั้งนี้แม้ในความเป็นจริงแล้วผู้นับถือศาสนาอิสลามในประเทศไทยมิได้จำกัดหรืออาศัยอยู่แต่ในพื้นที่ดังกล่าว เป็นผลให้เกิดการแบ่งพื้นที่การใช้กฎหมายกับมุสลิมในประเทศไทยโดยแตกต่างกันดังนั้นในส่วนถัดไปจึงจะกล่าวถึงการใช้กฎหมายอิสลามในประเทศไทย โดยมุ่งเน้นไปยังการศึกษาถึงปัญหาว่าด้วยโครงสร้างของรูปแบบการใช้กฎหมายอิสลามในประเทศไทยเป็นสำคัญ ที่มีความเกี่ยวเนื่องกับประเด็นการใช้กฎหมายอิสลามในมิติทางโครงสร้างของระบบกฎหมายไทยที่มีระบบการใช้กฎหมายอิสลามปรากฏอยู่เป็นส่วนหนึ่งในโครงสร้างของระบบ และกระบวนการใช้กฎหมายโดยศาลและองค์กรหรือหน่วยงานอื่น

ดั่งที่ได้กล่าวไปแล้วในเนื้อหาที่ว่ากฎหมายอิสลามว่ากฎหมายอิสลามอาจมีลักษณะความหมายเทียบได้จากภาษาอาหรับคือ “ชารีอะห์” (Shariah) และ “ฟิกฮ์” (Figh) โดยที่ชารีอะห์หมายถึงโครงสร้างทางกฎหมายที่ครอบคลุมวิถีการดำรงชีวิตของบุคคลและสาธารณชนซึ่งถูกบัญญัติไว้ชัดเจนในคัมภีร์อัลกุรอาน และรวมถึงวัจนะและการดำเนินชีวิตของศาสดามุฮัมมัดซึ่งเป็นสิ่งแน่นอนและชัดเจนไม่สามารถเปลี่ยนแปลงได้ ในขณะที่ฟิกฮ์คือ

---

[338] ประยูรศักดิ์ ชลายนเดชะ, **มุสลิมในประเทศไทย**, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: อัมรินทนทร์ปริ้นติ้ง, 2539), หน้า 23.

การนำหลักชารีอะห์ไปใช้เพื่อปรับกับข้อเท็จจริงต่าง ๆ โดยที่อาจมีการผสมผสานจากแหล่งที่มาได้หลายทางประกอบกันเข้าเพื่อปรับใช้กับข้อเท็จจริง ดังนั้นอาจกล่าวได้ว่าฟิกฮ์เป็นผลผลิตของชารีอะห์ ทั้งนี้ยังได้มีการแบ่งหมวดหมู่ของกฎหมายอิสลามออกเป็นหลายลักษณะ เช่นการแบ่งเป็นกฎหมายเอกชน (หักกุลอาดัม) ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่ว่าด้วยการกระทำที่เป็นสิทธิของมนุษย์โดยส่วนตัว และกฎหมายมหาชน (หักกุลลอฮ์) ที่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการกระทำที่เป็นสิทธิของสังคมโดยรวม หรือแม้แต่การแบ่งประเภทเป็นกฎหมายสารบัญญัติและกฎหมายวิธีสบัญญัติ ทั้งนี้กฎหมายอิสลามจึงครอบคลุมพื้นที่ทั้งหมดในระบบกฎหมายหากเทียบกับระบบกฎหมายสมัยใหม่ เช่นมีกฎหมายปกครอง กฎหมายการคลัง ตลอดจนกฎหมายระหว่างประเทศ[339]

แต่อย่างไรก็ตามเมื่อกล่าวถึงการใช้กฎหมายอิสลามในประเทศไทยแล้ว ลักษณะของกฎหมายประเภทอื่นนอกจากกฎหมายเอกชนอันเป็นกฎหมายที่เกี่ยวกับการดำรงชีวิตแล้ว สภาพการนำมาใช้บังคับย่อมมิอาจกระทำได้โดยชอบ เช่นเดียวกับรัฐต่าง ๆ ในโลกที่มิได้เป็นรัฐอิสลาม ที่จะนำหลักศาสนาอิสลามมาบัญญัติเป็นกฎหมายเพื่อบังคับใช้กับพลเมืองหรือประชากรทั้งประเทศ ทั้งกันนี้ด้วยว่าในความสัมพันธ์ระหว่างความเป็นรัฐของไทยกับชนชาวมุสลิมที่มีรูปแบบทางการเมืองเข้ามาเกี่ยวข้องใน 2 รูปแบบ คือ มุสลิมในกลุ่มที่อพยพหรือเข้ามาในดินแดนที่ถือว่าเป็นอาณาจักรสยามแต่โบราณ และมุสลิมที่อาศัยอยู่ในจังหวัดทางตอนใต้ของประเทศไทยในปัจจุบัน ที่ในอดีตเคยมีดินแดนและการปกครองของตนเองอยู่ก่อน แต่ได้เข้ามาเป็นส่วนหนึ่งของราชอาณาจักรไทยดังที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น เป็นผลให้มีการสร้างรูปแบบกระบวนการใช้กฎหมายอิสลามที่แตกต่างกันในพื้นที่ทั้งสองของประเทศไทย ซึ่งในปัจจุบันได้มีการบัญญัติให้ใช้กฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดกในศาลที่อยู่ในเขตพื้นที่จังหวัดปัตตานี นราธิวาส ยะลา และสตูล ในขณะที่พื้นที่อื่นของประเทศไทยนอกจากเขตจังหวัดทั้ง 4 ในปัจจุบันมิได้มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดที่กล่าวถึงการนำกฎหมายอิสลามมาใช้โดยตรง ทั้งนี้แม้ในอดีตก่อนมีการปฏิรูประบบศาลของไทยในสมัยรัชกาลที่ 5 จะมีความเชื่อว่ากฎหมายอิสลามก็เคยได้ถูกนำมาใช้เพื่อระงับข้อพิพาทระหว่างหมู่ชนมุสลิมมาก่อนในศาลที่เรียกว่า “กรมท่าขวา”[340] แต่เมื่อมีการปฏิรูประบบศาลและระบบกฎหมายให้มีรูปแบบระบบกฎหมายแบบประมวลกฎหมาย (Civil Law System) แล้ว เมื่อมีการร่างประมวลกฎหมายขึ้นใช้ทั้งที่เป็นกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ก็มิได้มีการบัญญัติให้นำกฎหมายศาสนาหรือหลักการทางศาสนาอิสลามมาใช้บังคับเป็นกฎหมายอย่างเป็นทางการกับพื้นที่อื่นนอกเขต 4 จังหวัดตอนใต้จนถึง

---

[339] กิตติศักดิ์ ปรกติ และคณะ, *เรื่องเดิม,* หน้า 50.

[340] สำนักงานศาลยุติธรรม, **คู่มือหลักกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดก (ฉบับศาลยุติธรรม)** (กรุงเทพมหานคร: สำนักงานศาลยุติธรรม, 2554), หน้า 114.

ปัจจุบัน ดังนั้นในส่วนต่อไปจะกล่าวถึงการใช้กฎหมายอิสลามในประเทศไทยโดยจัดแบ่งกลุ่มพื้นที่ออกเป็น 2 กลุ่ม คือ (1) ในพื้นที่จังหวัดปัตตานี นราธิวาส ยะลา และสตูล (2) พื้นที่อื่นนอกเขตจังหวัดปัตตานี นราธิวาส ยะลา และสตูล

4.2 การใช้กฎหมายอิสลามในพื้นที่จังหวัดปัตตานี นราธิวาส ยะลา และสตูล

เนื่องจากในปัจจุบันประเทศไทยได้มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยการใช้กฎหมายอิสลามในเขตจังหวัดปัตตานี นราธิวาส ยะลา และสตูล พ.ศ.2489 โดยกฎหมายกำหนดให้ใช้กฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดกบังคับในคดีแพ่งซึ่งอิสลามศาสนิกเป็นทั้งโจทก์จำเลย หรือเป็นผู้เสนอคำขอในคดีที่ไม่มีข้อพิพาทในเขตจังหวัดปัตตานี นราธิวาส ยะลา และสตูล แทนบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งเป็นการบัญญัติให้นำกฎหมายอิสลามมาใช้เฉพาะแต่ในเขตพื้นที่ 4 จังหวัดดังกล่าวเท่านั้น โดยที่กฎหมายฉบับนี้ได้ประกาศใช้มาอย่างยาวนานกว่า 70 ปี และมีบทบัญญัติเพียง 7 มาตรา ประกอบกับความเป็นมาของกฎหมายจากอดีตมีเหตุผลทางด้านการเมืองการปกครองเข้ามาเกี่ยวข้อง ทั้งนี้ในหลายยุคหลายสมัยเมื่อกล่าวถึงดินแดนของเขตจังหวัดทั้ง 4 ก็มีประวัติศาสตร์ในเรื่องการเมืองการปกครอง ชาติพันธุ์ และศาสนาที่เป็นปัจจัยหนุนสำคัญในเรื่องการใช้กฎหมายอิสลาม ดังนั้นในที่นี้จะเริ่มจากการกล่าวถึงพื้นที่จังหวัดภาคใต้ทั้ง 4 นี้ในด้านภูมิศาสตร์ และประวัติศาสตร์ด้านความสัมพันธ์ทางการเมืองการปกครองกับอำนาจส่วนกลางจนดินแดนดังกล่าวประกอบเข้าเป็นส่วนหนึ่งของราชอาณาจักรไทยในปัจจุบัน เพื่อนำมาเชื่อมโยงกับพัฒนาการของ
การใช้กฎหมายอิสลามในพื้นที่จากอดีตจนถึงปัจจุบัน

4.2.1 ภูมิศาสตร์และจำนวนประชากร

จังหวัดปัตตานี ยะลา นราธิวาส และสตูลเป็นจังหวัดที่อยู่ทางภาคใต้ตอนล่างของประเทศไทย โดยที่จังหวัดยะลา นราธิวาสและสตูลเป็นจังหวัดที่มีพรมแดนติดต่อกับประเทศมาเลเซีย ในขณะที่จังหวัดปัตตานีมิได้มีเขตแดนทางบกที่ติดกับประเทศเพื่อนบ้านแต่อย่างใด ทั้งนี้ จังหวัดปัตตานี ยะลา นราธิวาสมีอาณาเขตติดต่อกัน ซึ่งเป็นพื้นที่ตั้งอยู่ทางชายฝั่งด้านตะวันออกของประเทศไทย ในขณะที่จังหวัดสตูลเป็นพื้นที่ตั้งอยู่ชายฝั่งตะวันตกติดกับทะเลอันดามันและมหาสมุทรอินเดีย โดยมีจังหวัดสงขลาขั้นกลางระหว่างพื้นที่จังหวัดปัตตานี

ยะลา นราธิวาส และจังหวัดสตูลอยู่ โดยในแต่ละจังหวัดมีที่ตั้งอาณาเขตและจำนวนประชากรในปี พ.ศ.2559[341] ดังนี้

1. จังหวัดปัตตานีมีพื้นที่ประมาณ 1,940.356 ตารางกิโลเมตร มีอาณาเขตดังนี้คือ ทิศเหนือและทิศตะวันออกติดกับอ่าวไทย ทิศใต้ติดต่อกับจังหวัดยะลา และทิศตะวันตกติดต่อกับจังหวัดสงขลา จังหวัดปัตตานีมีประชากรที่เป็นผู้นับถือศาสนาอิสลามร้อยละ 84.4 หรือประมาณ 513,841 คน

2. จังหวัดยะลามีพื้นที่ประมาณ 4,521.077 ตารางกิโลเมตร มีอาณาเขตดังนี้คือ ทิศเหนือติดต่อกับจังหวัดสงขลาและจังหวัดปัตตานี ทิศใต้ติดต่อกับรัฐเปรัคประเทศมาเลเซีย ทิศตะวันออกติดต่อกับจังหวัดนราธิวาส และทิศตะวันตกติดต่อกับจังหวัดสงขลาและรัฐเคดาร์ (ไทรบุรี) ประเทศมาเลเซีย จังหวัดยะลามีประชากรที่เป็นผู้นับถือศาสนาอิสลามร้อยละ 76.6 หรือประมาณ 331,747 คน

3. จังหวัดนราธิวาสมีพื้นที่ประมาณ 4,475.430 ตารางกิโลเมตร มีอาณาเขตดังนี้คือ ทิศเหนือติดต่อกับจังหวัดปัตตานี ทิศใต้ติดต่อกับรัฐเปรัคประเทศมาเลเซีย ทิศตะวันออกติดต่อรัฐกลันตันประเทศมาเลเซีย และทิศตะวันตกติดต่อกับจังหวัดยะลา จังหวัดนราธิวาสมีประชากรที่เป็นผู้นับถือศาสนาอิสลามร้อยละ 85.9 หรือประมาณ 575,585 คน

4. จังหวัดสตูลมีพื้นที่ประมาณ 2,478.977 ตารางกิโลเมตร มีอาณาเขตดังนี้คือ ทิศเหนือติดต่อกับจังหวัดสงขลา จังหวัดพัทลุงและจังหวัดตรัง ทิศใต้ติดต่อกับรัฐเปอร์ลิสและรัฐเคดาห์ (ไทรบุรี) ประเทศมาเลเซีย ทิศตะวันออกติดต่อรัฐกลันตันประเทศมาเลเซีย และทิศตะวันตกติดทะเลอันดามัน มหาสมุทรอินเดีย จังหวัดสตูลมีประชากรที่เป็นผู้นับถือศาสนาอิสลามร้อยละ 67.1 หรือประมาณ 184,522 คน

ทั้งนี้จากการสำรวจสำมะโนประชากรและเคหะจากสำนักงานสถิติแห่งชาติ ที่รายงานว่ามีผู้นับถือศาสนาอิสลามในประเทศไทยในปี พ.ศ.2553 ทั้งหมดประมาณ 3,259,340 คน ซึ่งมีอัตราส่วนเป็นร้อยละ 4.9 ของประชากรทั้งประเทศ ในขณะที่มีผู้นับถือศาสนาอิสลามในพื้นที่ 4 จังหวัดซึ่งอยู่ที่ราว ๆ 1,605,725 คน ซึ่งมีอัตราส่วนเป็นร้อยละ 49.27 ของประชากรผู้นับถือศาสนาอิสลามทั้งหมดในประเทศไทย[342]

4.2.2 ประวัติศาสตร์การเมืองการปกครอง

---

[341] กระทรวงมหาดไทย, กรมการปกครอง, **ประกาศสำนักทะเบียนกลาง กรมการปกครอง เรื่องจำนวนราษฎรทั่วราชอาณาจักรแยกเป็นกรุงเทพมหานครและจังหวัดต่าง ๆ ตามหลักฐานการทะเบียนราษฎร ณ วันที่ 31 ธันวาคม 2559,** ค้นวันที่ 3 มีนาคม 2560 จาก http://stat.bora.dopa.go.th/stat/y_stat59.htm 2560

[342] สำนักงานสถิติแห่งชาติ, **สำมะโนประชากรและเคหะ พ.ศ.2533-2553: รายงานฉบับสมบูรณ์แยกตามรายจังหวัด.**

เนื่องจากจังหวัดปัตตานี จังหวัดยะลาและจังหวัดนราธวาสนั้น ครั้งหนึ่งเคยรวมกันเป็นอาณาจักรเดียวกันมาก่อนที่เรียกว่าปัตตานี หรือ ปาตอนี ผ่านช่วงเวลาแห่งประวัติศาสตร์อันยาวนานในความสัมพันธ์ทางการเมืองการปกครองกับสยาม ในขณะที่จังหวัดสตูลครั้งหนึ่งเคยเป็นส่วนหนึ่งของเมืองไทรบุรีซึ่งคือรัฐเคดาร์ของมาเลเซียในปัจจุบัน ดังนั้นในส่วนต่อไปจึงจะขอกล่าวถึงประวัติศาตร์ทางการเมืองการปกครองของพื้นที่โดยแยกออกเป็น 2 ส่วนคือ (1) จังหวัดปัตตานี จังหวัดยะลาและจังหวัดนราธิวาส (2) จังหวัดสตูล

4.2.2.1 จังหวัดปัตตานี จังหวัดยะลา และจังหวัดนราธิวาส

หลักฐานทางประวัติศาสตร์ชี้ว่าพื้นที่จังหวัดปัตตานี จังหวัดยะลาและจังหวัดนราธิวาส เคยเป็นที่ตั้งของอาณาจักรโบราณชื่อว่า “ลังกาสุกะ” ซึ่งเป็นอาณาจักรที่เก่าแก่ในแหลมมลายูในราวพุทธศตวรรษที่ 11 โดยมีกษัตริย์ปกครองรัฐและมีความสัมพันธ์กับอาณาจักรอื่น ๆ ที่ตั้งอยู่ในหมู่เกาะชวา และอาณาจักรต่าง ๆ ในดินแดนแหลมทอง นักประวัติศาสตร์เชื่อว่าศูนย์กลางชุมชนของอาณาจักรลังกาสุกะน่าจะเคยตั้งอยู่ที่พื้นที่อำเภอยะรัง จังหวัดปัตตานีในปัจจุบัน เนื่องจากพบหลักฐานที่เป็นทั้งโบราณสถานและโบราณวัตถุจำนวนมากบริเวณนี้ ซึ่งจากหลักฐานแสดงให้เห็นว่าชุมชนดังกล่าวนับถือศาสนาฮินดู-พราหมณ์ และพุทธศาสนานิกายมหายานมาก่อนที่ศาสนาอิสลามจะเข้ามาสู่ดินแดนแถบนี้ในพุทธศตวรรษที่ 18[343] ทั้งนี้อาณาจักรลังกาสุกะเคยเป็นแหล่งค้าขายที่สำคัญและเจริญรุ่งเรืองในคาบสมุทรมลายู แต่ในราวพุทธศตวรรษที่ 16 ก็ได้อยู่ภายใต้อิทธิพลของอาณาจักรศรีวิชัย และต่อมาเมื่ออาณาจักรศรีวิชัยเสื่อมอำนาจลง อาณาจักรลังกาสุกะจึงตกอยู่ภายใต้อำนาจของทั้งอาณาจักรเขมรโบราณ และสุโขทัยตามลำดับ ซึ่งตามหลักฐานโบราณแล้วเชื่อว่า สุโขทัยอาจแผ่อำนาจลงมาทางตอนใต้ในแหลมมลายูผ่านเมืองนครศรีธรรมราช โดยที่อาณาจักรลังกาสุกะได้มีการส่งเครื่องบรรณาการให้สุโขทัยทุก 3 ปี จนกระทั่งเข้าสู่อยุธยาตอนต้น อาณาจักรลังกาสุกะเริ่มลดระดับความสำคัญทางการค้าเนื่องจากแม่น้ำปัตตานีตื้นเขิน และแผ่นดินริมทะเลทับถมเป็นจำนวนมากทำให้เกิดแผ่นดินใหม่เป็นเหตุให้ทะเลห่างออกไปจากตัวเมือง ประกอบกับการย้ายถิ่นฐานของพ่อค้าและชาวบ้านออกจากพื้นที่เป็นจำนวนมากทำให้ชื่อของอาณาจักรลังกาสุกะค่อยๆ เลือนหายไป จนกระทั่งในราวพุทธศตวรรษที่ 20 ศูนย์กลางความเจริญได้ย้ายจากยะรังมาสู่พื้นที่ที่เรียกว่าปัตตานีซึ่งอยู่ใกล้แม่น้ำมากขึ้นจึงปรากฏชื่อรัฐว่า “ปัตตานี”[344] หรือ “ปาตอนี”[345]

ในพุทธศตวรรษที่ 21 ปาตอนีได้กลายมาเป็นเมืองท่าที่มีความสำคัญในแหลมมลายูในช่วงเวลานั้นเหตุจากโปรตุเกสเข้ายึดครองมะละกา ทำให้พ่อค้าหลายชาติทั้งอาหรับ จีน ญี่ปุ่น และมลายู พากันย้ายออกจากมะละกามาทำการค้ายังเมืองอื่นแทน และด้วยลักษณะทางภูมิศาสตร์และภูมิประเทศ ที่ปาตอนีอยู่ติดปากแม่น้ำ แต่ไม่ติดกับชายฝั่งทะเลจนเกิดไปที่อาจจะล่อแหลมต่อการปล้นสะดมภ์จากโจรสลัด ทั้งมีภูมิประเทศช่วยกำบังคลื่นลมมรสุม ปาตอนีจึงมีลักษณะเป็น “รัฐเมืองท่า” (Port State) ที่เป็นจุดศูนย์กลางทางการค้าที่มีพ่อค้าจากหลายชาติเข้ามาทำการค้าขาย เป็นผลให้ประชากรในปาตอนีมีความหลากหลายทางชาติพันธุ์ ทั้งนี้ผู้ปกครองรัฐในสมัยก่อนรวมทั้งผู้ปกครอง

---

[343] รัตติยา สาและ, **การปฏิสัมพันธ์ระหว่างศาสนิกที่ปรากฏในจังหวัดปัตตานี ยะลา และนราธิวาส** (กรุงเทพมหานคร: สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย (สกว.), 2544), หน้า 37.

[344] สายชล สัตยานุรักษ์, *เรื่องเดิม*, หน้า 43.

[345] ต่อไปนี้จะใช้คำว่า “ปาตอนี” เรียกชื่ออาณาจักรในอดีตเพื่อไม่ให้เกิดความสับสนกับชื่อเรียก “จังหวัดปัตตานี”

ปาตอนีต่างทำการค้าเช่นเดียวกับพ่อค้าทั่วไปด้วย โดยที่ผู้ปกครองรัฐอาจมีอภิสิทธิ์หรืออำนาจในการออกกฎเกณฑ์ต่าง ๆ ในทางการค้าที่เป็นประโยชน์กับตน เช่นการผูกขาดทางการค้าหรือการเลือกเก็บภาษี แต่ยังคงต้องรักษาความสมดุลในการออกกฎเกณฑ์ที่ไม่ให้พ่อค้ารายอื่นเสียผลประโยชน์มากเกินไปจนไม่เข้ามาทำการค้า และผู้ปกครองรัฐยังต้องมีหน้าที่สร้างความมั่นใจในเรื่องความปลอดภัยเพื่อดึงดูดความสนใจให้พ่อค้ามาทำการค้าขาย โดยมีกองกำลังเป็นของตนเองอีกด้วย ซึ่งปาตอนีในขณะนั้นมีชนชั้นปกครองคือ “รายา” เป็นประมุขของรัฐ แต่อย่างไรก็ตามรายาก็มิได้มีอำนาจโดยเด็ดขาดแต่ยังมีกลุ่มบุคคลอื่นทำหน้าที่ดั่งขุนนางที่เข้ามาคานอำนาจ ซึ่งรัฐในแหลมมะลายูเรียกกลุ่มขุนนางเหล่านี้ว่า “โอรัง กายา”[346]

จนกระทั่งถึงต้นพุทธศตวรรษที่ 23 ความรุ่งเรืองของปาตอนีได้เสื่อมถอยลง ทั้งนี้เนื่องจากการสืบทอดตำแหน่ง “รายา” หรือประมุขของรัฐมิได้มีแบบแผนชัดเจน จึงมักเกิดการแย่งชิงอำนาจและราชสมบัติกันขึ้น และในบางครั้งผู้ที่เสียอำนาจก็ได้ไปขอความช่วยเหลือจากผู้ปกครองเมืองอื่นจนเกิดการแทรกแซงจากรัฐภายนอก ความขัดแย้งและแย่งชิงอำนาจดังกล่าวรวมทั้งมีการแทรกแซงทางการเมืองจากภายนอก ทำให้ปาตอนีขาดเสถียรภาพทางการเมืองเป็นผลให้พ่อค้าต่างชาติไม่ได้รับความสะดวกในการทำการค้า ประกอบกับในช่วงเวลาดังกล่าวฮอลันดาได้ตั้งสถานีการค้าที่ปัตตาเวีย (เมืองจากาตาร์ในประเทศอินโดนีเซียในปัจจุบัน) ซึ่งเป็นที่รวบรวมสินค้าต่าง ๆ จากดินแดนแถบหมู่เกาะ ทำให้ปริมาณการค้าและประชากรที่อาศัยในปาตอนีลดน้อยลง[347]

ในขณะที่ความสัมพันธ์ทางด้านการเมืองการปกครองระหว่างปาตอนีและสยามมีมาตั้งแต่สมัยอยุธยา โดยที่ปาตอนีมีสถานะเป็นหัวเมืองมลายูหนึ่งทางตอนใต้ของสยามซึ่งในขณะนั้นมีอยู่หลายหัวเมืองเช่น ไทรบุรี มะละกา กลันตัน และตรังกานู ที่ต้องส่งเครื่องบรรณาการแก่สยามทุก 3 ปี ชาวมลายูเรียกว่า “บุหงามาศ” (Bunga Mas) ซึ่งเป็นต้นไม้ที่ประดับด้วยเงินและทอง ในกรณีที่สยามมีศึกสงครามปาตอนีก็จะต้องจัดส่งกำลังคน อาวุธและเสบียงอาหารมาช่วยเหลือ แต่เนื่องจากหัวเมืองทางตอนใต้ตั้งอยู่ห่างไกลจากอยุธยา การคมนาคมในสมัยนั้นไม่สะดวกนัก บรรดาหัวเมืองมลายูจึงค่อนข้างมีอิสระในการปกครองตนเองทั้งในด้านกฎหมาย ประเพณีและศาสนา[348] แต่อย่างไรก็ตามความสัมพันธ์ระหว่างปาตอนีและสยามในสมัยอยุธยาก็มิได้ราบรื่นนัก ดั่งปรากฏเหตุการณ์ในสมัยแผ่นดินสมเด็จพระมหาจักรพรรดิที่เกิดสงครามระหว่างสยามกับพม่า ใน พ.ศ.2106 แม้รายาจากปาตอนีจะได้ยกทัพเรือถึง 200 ลำ เพื่อมาช่วยศึกถึงกรุงศรีอยุธยา แต่เมื่อรายาจากปาตอนีเห็นว่าสยามเสียทีแก่พม่า ทัพจากปาตอนีกลับยกเข้าโจมตีพระบรมมหาราชวังและเกิดการต่อสู้กับสยาม แต่ในท้ายสุดแล้วทางสยามสามารถควบคุมสถานการณ์ไว้ได้รายาปาตอนีจึงต้องถอนทัพและหลบหนีมาได้ และเมื่อใดที่สยามอ่อนอำนาจลงหรือมีเหตุแห่งความเปลี่ยนแปลงทางการเมืองในอยุธยา ปาตอนีก็มิได้ยอมตนอยู่ภายใต้อำนาจของสยาม เป็นเหตุให้ทางสยามต้องส่งกองทัพลงมาปราบอยู่หลายครั้ง เช่นดั่งเหตุการณ์ตอนต้นรัชสมัยของพระเจ้าปราสาททองที่สยามยกทัพมาตีปาตอนี ในปี พ.ศ.2177 แต่ไม่สำเร็จ สยามได้ให้กองกำลังอาสาของชาวฮอลันดาเตรียมเข้าช่วยรบ แต่เจ้าเมืองไทรบุรีเข้าไกล่เกลี่ย ปาตอนีจึงยอมอยู่ภายใต้อำนาจสยามอีกครั้งในปี พ.ศ.2178 โดยขึ้นกับเมืองนครศรีธรรมราช แต่ในท้ายที่สุดแล้วเมื่ออยุธยาล่มสลายลงเนื่องจากถูกทัพพม่าตีแตกในปี พ.ศ.2310 หัวเมืองทางตอน

---

[346] สายชล สัตยานุรักษ์, *เรื่องเดิม*, หน้า 47-49.

[347] *เรื่องเดียวกัน,* หน้า 53.

[348] ชวลีย์ ณ ถลาง, *เรื่องเดิม,* หน้า 56.

ใต้ทั้งหลายรวมถึงปาตอนีต่างตั้งตัวเป็นอิสระ และเมื่อสมเด็จพระเจ้าตากสินได้สถาปนากรุงธนบุรีขึ้นเป็นราชธานีใหม่ของสยาม ปาตอนีก็ยังคงเป็นอิสระจากสยามอยู่เพราะแม้พม่าจะยกทัพมารุกรานสยามในสมัยกรุงธนบุรีในปี พ.ศ.2319 ปาตอนีก็ปฏิเสธที่จะยกทัพไปช่วยศึกสยาม[349]

ปาตอนีตกเป็นประเทศราชของสยามอีกครั้งในสมัยพระบาทสมเด็จพระพุทธยอดฟ้าจุฬาโลก ทั้งนี้เนื่องจากในปี พ.ศ.2328 พม่าได้ยกทัพมาตีสยามในสงครามเก้าทัพ กรมพระราชวังบวรมหาสุรสิงหนาทได้ยกทัพไปต้านทัพหลวงของพม่าที่ทุ่งลาดหญ้า กาญจนบุรี และได้ตีทัพพม่าตลอดแนวทางปักษ์ใต้แตกพ่ายไป จึงเสด็จมาประทับอยู่ที่เมืองนครศรีธรรมราช และเมื่อเห็นว่าทรงมีกำลังกองทัพอยู่ในมือเพียงพอที่จะปราบปรามหัวเมืองมลายูทางใต้ได้ จึงให้ข้าหลวงส่งหนังสือไปยังเจ้าเมืองปาตอนีและเจ้าเมืองไทรบุรีให้จัดส่งต้นไม้เงินต้นไม้ทองมาถวายแก่สยามดังเก่า แต่เจ้าเมืองปาตอนีและเจ้าเมืองไทรบุรีก็มิได้ทำตาม กรมพระราชวังบวรฯ จึงได้ยกทัพไปตีปาตอนี และกวาดต้อนเชลยศึก รวมทั้งอาวุธจากปาตอนีมายังกรุงเทพฯ และยังได้แต่งตั้งตวนกูระมีดินที่มีเชื้อสายรายาปาตอนีเดิม เป็นผู้ว่าราชการเมืองปาตอนี เมื่อหัวเมืองมลายูอีก 3 เมืองคือ กลันตัน ตรังกานู และไทรบุรีทราบข่าวว่าสยามตีปาตอนีได้ต่างยอมแต่งทูตและจัดส่งต้นไม้เงินต้นไม้ทองให้แก่สยาม กรมพระราชวังบวรฯ จึงโปรดให้หัวเมืองมลายูทั้ง 3 นั้นเป็นประเทศราชของสยามโดยอยู่ภายใต้การปกครองดูแลของเจ้าเมืองนครศรีธรรมราช[350]

แต่ภายหลังจากนั้นก็ได้เกิดการกบฏแข็งข้อของปาตอนีขึ้นอีก และเมื่อสยามปราบปรามกบฏลงได้ พระบาทสมเด็จพระพุทธยอดฟ้าจุฬาโลกจึงทรงปรับปรุงรูปแบบการปกครองปาตอนีหลายประการเพื่อให้การปกครองเป็นไปโดยสะดวกขึ้นคือ ให้ปาตอนีมาขึ้นตรงกับเจ้าเมืองสงขลาแทนเจ้าเมืองนครศรีธรรมราช เนื่องจากสงขลาอยู่ใกล้ชิดเขตแดนปาตอนีมากกว่า และได้ทรงแต่งตั้งคนของสยามไปเป็นเจ้าเมืองปาตอนีแทนคนเดิมที่มีเชื้อสายของรายาปาตอนีเดิม ทั้งยังได้ให้คนของสยามไปเป็นกองกำลังอยู่ในปาตอนีอันเป็นการผสมกลมกลืนระหว่างคนจากสยามกับชาวมลายูเพื่อประโยชน์ทางด้านการปกครอง และประการสำคัญได้แบ่งแยกปาตอนีที่เคยเป็นเมืองใหญ่มีกำลังมากออกเป็น 7 หัวเมือง ได้แก่ (1) ปัตตานี (2) ยะลา (3) ยะหริ่ง (4) รามัน (5) ระแงะ (6) สายบุรี และ (7) หนองจิก มีผู้สำเร็จราชการเมืองและปกครองเมืองทั้งเจ็ด อย่างเป็นอิสระแยกออกจากกันและขึ้นต่อเจ้าเมืองสงขลาโดยตรง อันเป็นการตัดกำลังปาตอนีที่เคยเป็นเมืองใหญ่ให้กลายเป็นเมืองเล็ก ๆ เพื่อให้อ่อนแอลงจะได้ไม่สามารถก่อความวุ่นวายได้อีก แต่กระนั้นก็ตามก็ยังคงมีเหตุการณ์กบฏจากหัวเมืองทั้งเจ็ด ที่เกิดจากการแทรกแซงของหัวเมืองใกล้เคียงเกิดขึ้นอยู่บ้าง แต่ทั้งนี้สยามก็มีนโยบายที่ควบคุมปาตอนีเดิมหรือหัวเมืองทั้งเจ็ดอย่างเข้มข้น และสยามยังเป็นผู้เลือกสรรแต่งตั้งและถอดถอนบุคคลที่จะมาเป็นเจ้าเมืองทั้งเจ็ดเอง ประกอบกับการใช้นโยบายผสมกลมกลืนทางเชื้อชาติและวัฒนธรรม โดยการอพยพคนสยามเข้าไปยังดินแดนหัวเมืองทั้งเจ็ด ซึ่งเป็นนโยบายที่สยามใช้ค่อนข้างจะได้ผลในช่วงเวลานั้นจนผ่านรัชสมัยของรัชกาลที่ 2 จนถึงสมัยรัชกาลที่ 4[351]

จนกระทั่งมาถึงรัชสมัยของพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว การแผ่ขยายอิทธิพลของชาติมหาอำนาจจากตะวันตกเข้ามาสู่ดินแดนในแถบเอเชียอาคเนย์เป็นภัยคุกคามต่อความมั่นคงของสยามอย่างเห็นได้ชัด ประกอบกับความอ่อนแอและล้าหลังของสยามเองในการปกครองหัว

---

[349] *เรื่องเดียวกัน,* หน้า 59.

[350] *เรื่องเดียวกัน,* หน้า 64.

[351] *เรื่องเดียวกัน,* หน้า 67.

เมืองและประเทศราชต่าง ๆ เป็นเหตุให้เกิดความความพยายามของสยามในการปฏิรูปการปกครองเพื่อรวมอำนาจเข้าสู่ศูนย์กลางในปี พ.ศ.2435 เพื่อสร้างระเบียบแบบแผนรูปแบบทางการปกครองและอำนาจที่เป็นเอกภาพเหนือดินแดนในราชอาณาเขต ในการปฏิรูปการปกครองดังกล่าวพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวได้ทรงเริ่มด้วยการปรับปรุงระเบียบบริหารราชการแผ่นดินโดยให้กระทรวงมหาดไทยมีหน้าที่รับผิดชอบในการบังคับบัญชาปกครองหัวเมืองในรูปแบบ “เทศาภิบาล” ที่มีการแต่งตั้ง “ข้าหลวงเทศาภิบาล” ไปประจำและมีอำนาจบังคับบัญชาการปกครอง “มณฑล” ให้เป็นไปตามคำสั่งหรือนโยบายของเสนาบดีกระทรวงมหาดไทยที่กรุงเทพฯ ทั้งนี้มณฑลเกิดจากการรวบรวมหัวเมืองจำนวนหนึ่งเข้าด้วยกัน แบ่งเขตการปกครองออกเป็น เมือง อำเภอ ตำบล และหมู่บ้าน ทั้งยังให้ข้าราชการตั้งแต่ตำแหน่งข้าหลวงเทศาภิบาล เจ้าเมือง ลงไปจนถึงเจ้าหน้าที่แผนกต่าง ๆ ได้รับเงินเดือนจากรัฐบาลส่วนกลางแทนการอาศัยตำแหน่งในการหารายได้เช่นเก่าที่เรียกว่าการ “กินเมือง” การมีข้าหลวงเทศาภิบาลทำให้การปฏิบัติราชการในหัวเมืองเป็นไปอย่างรวดเร็วขึ้นโดยไม่ต้องคอยคำสั่งจากส่วนกลาง เว้นแต่ในกรณีพิเศษที่ต้องแจ้งมายังกรุงเทพฯ[352]

ส่วนดินแดนประเทศราชทางตอนใต้ของสยามนั้น ในต้นรัชสมัยของพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวก่อนการนำรูปแบบการปฏิรูปการปกครองมาใช้ ปาตอนีในขณะนั้นที่ได้กลายมาเป็นหัวเมืองทั้งเจ็ดยังอยู่ภายใต้การควบคุมดูแลของเจ้าเมืองสงขลา คำสั่งราชการจากกรุงเทพฯจะถูกจัดส่งมายังสงขลาก่อน หลังจากนั้นเจ้าเมืองสงขลาจึงจะมีใบบอกไปยังหัวเมืองทั้งเจ็ด และในทำนองเดียวกันหากหัวเมืองทั้งเจ็ดมีข้อราชการใดกับอำนาจส่วนกลางที่กรุงเทพฯก็ต้องผ่านไปทางสงขลา รวมถึงการจัดเก็บเครื่องบรรณาการที่หัวเมืองทั้งเจ็ดต้องจัดส่งไปยังกรุงเทพฯ ต้องมีเจ้าเมืองสงขลาเป็นผู้ควบคุมดูแล นอกจากนั้นแล้วเจ้าเมืองสงขลายังมีส่วนแบ่งรายได้จากภาษีอากรรวมทั้งผลประโยชน์ต่าง ๆ ที่เก็บได้จากหัวเมืองทั้งเจ็ด และอำนาจที่สำคัญอีกประการหนึ่งของสงขลาคือการรับเรื่องอุทธรณ์ของราษฎรในหัวเมืองทั้งเจ็ด ที่มีข้อพิพาทหรือฟ้องร้องในเรื่องที่ผู้ว่าราชการเมืองหรือกรมการเมืองประพฤติปฏิบัติโดยมิชอบ ซึ่งทางสงขลาจะเป็นตัวกลางส่งต่อให้ทางกรุงเทพฯเพื่อขอคำปรึกษาหรือวินิจฉัยต่อไป การที่สงขลาเข้าไปเกี่ยวข้องในส่วนแบ่งของการจัดเก็บอากรและผลประโยชน์ต่าง ๆ ซึ่งเป็นการตัดเอาส่วนแบ่งของบรรดาเจ้าเมืองหัวเมืองทั้งเจ็ดไป ทำให้เจ้าเมืองเหล่านี้ไม่พอใจ ในขณะที่ราษฎรในพื้นที่เองก็รู้สึกไม่ค่อยได้รับความเป็นธรรมในการร้องเรียนหรือมีเรื่องที่ต้องฟ้องร้องกับทางเจ้าเมืองของตน เมื่อราษฎรประสบความเดือดร้อนจากการปกครองที่กดขี่ข่มเหงของเจ้าเมือง แต่กลับต้องส่งเรื่องผ่านทางเมืองสงขลาซึ่งเป็นเวลาเนิ่นนานกว่าเรื่องจะถูกนำส่งเข้าสู่ส่วนกลางในกรุงเทพฯ ประกอบกับในขณะนั้นอังกฤษที่ได้แผ่ขยายอิทธิพลมาในดินแดนแหลมมลายูเป็นอย่างมาก และได้ทำการปกครองดินแดนในแหลมมลายูที่ใกล้เคียงในลักษณะที่แตกต่างจากสยาม จนเกิดข้อวิพากษ์วิจารณ์การปกครองที่ล้าหลังของสยามในประเทศราชมลายูทั้งหลายของตนรวมถึงดินแดนในหัวเมืองทั้งเจ็ด[353]

ดังนั้นพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวทรงโปรดให้กรมหมื่นดำรงราชานุภาพทำการวางนโยบายในการปฏิรูปการปกครองในดินแดนหัวเมืองประเทศราชมลายูของสยาม โดยที่กรมหมื่นดำรงฯเลือกที่จะจัดระเบียบการปกครองในหัวเมืองทั้งเจ็ดก่อนหัวเมืองมลายูอื่น (กลันตัน ตรังกานูและไทรบุรี) เพราะถือว่าหัวเมืองทั้งเจ็ด มีความสัมพันธ์ทางการเมืองและวัฒนธรรมกับสยาม

---

[352] ธเนศ อาภรณ์สุวรรณ, *เรื่องเดิม*, หน้า 84.

[353] ชวลีย์ ณ ถลาง, *เรื่องเดิม*, หน้า 201-203.

ที่ใกล้ชิดกว่าหัวเมืองอื่น และจะไม่เป็นท้าทายอำนาจของอังกฤษเนื่องจากอังกฤษไม่ได้เข้ามามีบทบาทและให้ความสนใจกับหัวเมืองทั้งเจ็ดมากนัก จึงได้เกิดการวาง “แนวนโยบายการปฏิรูปการปกครอง ร.ศ.114” (พ.ศ.2438) เพื่อนำมาใช้ในการจัดการปกครองหัวเมืองทั้งเจ็ด โดยมีแนวนโยบายที่สำคัญคือ การลดอำนาจเจ้าเมืองเหล่านั้นให้น้อยลงแต่เพิ่มอำนาจของรัฐบาลส่วนกลางในการเข้าควบคุมปกครองเมืองเหล่านั้นให้มากขึ้น เลิกการที่ให้เมืองเหล่านั้นขึ้นต่อเมืองสงขลาแต่ให้ขึ้นตรงต่ออำนาจส่วนกลางโดยการตั้งสถาบันข้าหลวงขึ้นในดินแดนหัวเมืองทั้งเจ็ด แล้วส่งบุคคลจากส่วนกลางมาเป็นผู้มีอำนาจในการบังคับบัญชาและกำกับดูแลทั้งเจ็ดเมืองในกิจการภายในและกิจการระหว่างประเทศ[354]

พระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวได้ทรงตระหนักถึงการใช้แนวนโยบายดังกล่าวที่ต้องกระทำด้วยความระมัดระวัง เพื่อไม่ให้เกิดการกระทบกระทั่งกับอำนาจเจ้าเมืองเดิมทั้งสงขลาและหัวเมืองทั้งเจ็ด จนจะก่อให้เกิดการต่อต้านอย่างรุนแรงอันเป็นผลเสียต่อการปกครอง และต้องเอาใจใส่ต่อลักษณะความเป็นอยู่ จารีตประเพณีปฏิบัติของคนในท้องถิ่น ส่วนในเรื่องการนำรูปแบบระบบกฎหมายจากส่วนกลางไปใช้ในพื้นที่นั้นได้ทรงแนะนำให้ศึกษารูปแบบการใช้กฎหมายที่อังกฤษนำมาใช้กับหัวเมืองมลายูที่อยู่ในบังคับของอังกฤษ เพื่อเป็นแนวทางในการนำระบบกฎหมายของสยามไปใช้ในดินแดนหัวเมืองทั้งเจ็ด ทั้งนี้ยังทรงได้กำชับถึงผู้มีหน้าที่ที่เกี่ยวข้องในการจัดรูปแบบการปกครองนี้ว่า การจัดระเบียบรูปแบบการปกครองในเจ็ดหัวเมืองมีผลเช่นไรย่อมจะส่งผลต่อปฏิกิริยาของเจ้าเมืองในหัวเมืองประเทศราชมลายูอื่นของสยามด้วย

ถึงกระนั้นแนวนโยบายการปฏิรูปการปกครอง ร.ศ.114 ก็สร้างความไม่พอใจแก่บรรดาเจ้าเมืองหัวเมืองทั้งเจ็ดอยู่นั่นเองที่อำนาจของตนจะต้องถูกตัดทอนลง และเกิดความไม่เข้าใจในแนวทางปฏิบัติที่เกี่ยวกับอำนาจทางการศาลที่จะต้องนำกฎหมายของสยามมาใช้บังคับ ทั้งผลประโยชน์ของเจ้าเมืองเดิมที่ถูกจัดเก็บเข้าสู่ส่วนกลาง ทำให้เกิดปฏิกิริยาต่อต้านอย่างรุนแรงของบรรดาเจ้าเมืองที่ต้องสูญเสียทั้งอำนาจและผลประโยชน์ จนมีการเคลื่อนไหวทางการเมืองของเจ้าเมืองเหล่านี้ที่ไปพึ่งพึงอำนาจของอังกฤษ ซึ่งเป็นอำนาจจากภายนอกให้เข้าแทรกแซงการปกครองในพื้นที่ รัฐบาลสยามจึงเร่งปรับปรุงพัฒนาพื้นที่เจ็ดหัวเมืองอย่างเร่งด่วนและได้ออก “พระราชบัญญัติปกครองท้องที่ ร.ศ.116” (พ.ศ.2442) เพื่อสร้างความชัดเจนในการใช้อำนาจปกครองในดินแดนหัวเมืองทั้งเจ็ด และอีกสองปีต่อมาเมื่อยังมีการต่อต้านจากเจ้าเมืองหัวเมืองดังกล่าวอยู่รัฐบาลสยามจึงได้จัดให้มีแก้ไขปรับปรุงลักษณะการปกครองในท้องที่ดังกล่าวให้มีความรัดกุมชัดเจนและมีประสิทธิภาพยิ่งขึ้นโดยออกเป็น “กฎข้อบังคับสำหรับปกครองบริเวณเจ็ดหัวเมือง ร.ศ.120” (พ.ศ.2444) [355] ซึ่งกฎข้อบังคับนี้มีเนื้อหาสาระสำคัญทั้งในเรื่องรูปแบบการปกครองท้องที่ การคลัง ตลอดจนการศาลและการใช้กฎหมายที่ถือว่าเป็นผลให้มีการนำกฎหมายอิสลามมาใช้ในระบบกฎหมายของไทยอย่างเป็นทางการเป็นครั้งแรกในพื้นที่ 3 จังหวัดภาคใต้ของไทยในปัจจุบัน คือ ปัตตานี ยะลา และนราธิวาส

แต่ถึงอย่างไรเจ้าเมืองปัตตานี เจ้าเมืองระแงะ และเจ้าเมืองสายบุรีได้ยืนยันที่จะไม่ปฏิบัติตามข้อบังคับ ร.ศ. 120 เนื่องจากไม่พอใจในการที่พวกตนต้องสูญเสียอำนาจและผลประโยชน์และได้เรียกร้องให้มีการเปลี่ยนแปลงข้อบังคับ ร.ศ.120 หลายประการ ทั้งยังได้ทำหนังสือร้องเรียนและขอความช่วยเหลือจากเซอร์แฟรงค์ สวิทเท่นแฮม (Frank Swettenham) ผู้แทนอังกฤษที่สิงคโปร์

---

[354] *เรื่องเดียวกัน,* หน้า 235.

[355] *เรื่องเดียวกัน,* หน้า 242-248.

แต่ข้อเรียกร้องส่วนใหญ่ของเจ้าเมืองเหล่านั้นขัดเป้าประสงค์ในการปฏิรูปการปกครองพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวจึงไม่โปรดให้มีการแก้ไขข้อบังคับฯ แต่ประการใด เจ้าเมืองเหล่านั้นยังคงแสดงการต่อต้านและมีคำสั่งไม่ให้กำนันและผู้ใหญ่บ้านเชื่อฟังเจ้าหน้าที่ที่เป็นคนสยาม รวมถึงให้ชาวบ้านกระด้างกระเดื่องต่อการปฏิบัติงานของข้าราชการสยาม รัฐบาลสยามจึงใช้นโยบายเด็ดขาดโดยประกาศถอดเจ้าเมืองปัตตานีและแต่งตั้งเจ้าเมืองคนใหม่ พร้อมทั้งทำการจับกุมตัวเจ้าเมืองปัตตานีไปไว้ที่สงขลาและนำตัวส่งไปยังกรุงเทพฯ และไม่กี่วันหลังจากนั้น เจ้าเมืองระแงะและเจ้าเมืองสายบุรีก็ถูกจับด้วยเพื่อให้ราชการแผ่นดินในพื้นที่ดำเนินต่อไปได้ เจ้าเมืองอื่นจึงไม่กล้าแสดงปฏิกิริยาต่อต้านออกมาอย่างชัดแจ้ง[356] แต่ยังคงมีการเคลื่อนไหวต่อนโยบายการปฏิรูปการปกครองของสยามอยู่ รัฐบาลสยามจึงต้องพยายามจัดระเบียบการปกครองในหัวเมืองทั้งเจ็ดใหม่ในรูปแบบ “มณฑลเทศาภิบาล” จนจัดตั้งเป็น “มณฑลปัตตานี” ในปี พ.ศ.2449 และยุบหัวเมืองทั้งเจ็ดเหลือเพียง 4 เมืองให้อยู่ภายใต้มณฑลปัตตานี คือ (1) ปัตตานี โดยรวมเมืองปัตตานี หนองจิก และยะหริ่งเข้าไว้ด้วยกัน (2) ยะลา โดยรวมยะลาและรามันเข้าไว้ด้วยกัน (3) สายบุรี (4) ระแงะ ต่อมาได้ย้ายจากเมืองระแงะมาตั้งที่บางนรา และรวมสายบุรีให้เป็นส่วนหนึ่งของปัตตานี ในปี พ.ศ.2458 จึงได้เหลือเพียง 3 เมืองคือปัตตานี ยะลา และบางนราซึ่งบางนราได้เปลี่ยนชื่อมาเป็นนราธิวาสในเวลาต่อมาในสมัยรัชกาลที่ 6

ต่อมาเมื่อมีการเปลี่ยนแปลงการปกครองจากระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์เป็นระบอบประชาธิปไตยในปี พ.ศ.2475 ได้มีการจัดการรูปแบบการปกครองทั้งในส่วนกลางและส่วนภูมิภาคตามพระราชบัญญัติว่าด้วยระเบียบราชการบริหารแห่งราชอาณาจักรสยามพุทธศักราช 2476 ที่ได้เปลี่ยนรูปแบบการปกครองส่วนภูมิภาค ที่มิได้กำหนดให้มีมณฑลอีกต่อไป เหลือเพียงจังหวัดและอำเภออันเป็นการยกเลิกมณฑลปัตตานีให้เหลือเพียงการปกครองส่วนภูมิภาคที่เป็นจังหวัดปัตตานี จังหวัดยะลา และจังหวัดนราธิวาส จวบจนปัจจุบัน

4.2.2.2 จังหวัดสตูล

ในขณะที่จังหวัดสตูลนั้นแต่เดิมเป็นเพียงตำบลหนึ่งของไทรบุรีซึ่งเป็นหัวเมืองมลายูทางตอนใต้ของสยาม ที่มีความสัมพันธ์ทางการเมืองกับอาณาจักรสยามมาตั้งแต่ในสมัยอยุธยา ในฐานะประเทศราชที่ต้องส่งเครื่องบรรณาการแก่สยามเช่นเดียวกับปาตอนี ซึ่งสยามมิได้เข้าแทรกแซงการปกครองหรือกิจการภายในมากนักด้วยว่าเป็นพื้นที่อยู่ห่างไกลจากอยุธยา แต่ก็เฉกเช่นกับหัวเมืองประเทศราชมลายูอื่นของสยาม ที่ความสัมพันธ์ทางการเมืองก็มิได้เป็นไปอย่างราบรื่น เพราะเมื่อใดที่สยามเสื่อมอำนาจหรืออ่อนแอลง หัวเมืองเหล่านี้ก็จะตั้งตนเป็นอิสระและไม่จัดส่งเครื่องบรรณาการแก่สยาม ครั้นในรัชสมัยพระบามสมเด็จพระพุทธยอดฟ้าจุฬาโลก กรมพระราชวังบวรมหาสุรสิงหนาทได้ตีเมืองปาตานีและกวาดต้อนผู้คนจากปาตอนีกลับไปยังสยาม เจ้าเมืองไทรบุรียอมตนขอถวายเครื่องบรรณาการเพื่อเข้ามาเป็นส่วนหนึ่งของสยาม กรมพระราชวังบวรฯ ก็ให้เมืองไทรบุรีตกเป็นประเทศราชของสยามอยู่ภายใต้ความดูแลของเมืองนครศรีธรรมราช[357] แต่ต่อมาได้เกิดการกบฏแข็งข้อขึ้นหลายครั้งและเจ้าเมืองไทรบุรีเริ่มเอาใจออกห่างจากสยามโดยลอบส่งเครื่องบรรณาการไปถวาย

---

[356] ชัยวัฒน์ สถาอานันท์, **ความรุนแรงกับการจัดการ “ความจริง”: ปัตตานีในรอบกึ่งศตวรรษ** (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551), หน้า 87-90.

[357] ชวลีย์ ณ ถลาง, *เรื่องเดิม*, หน้า 64.

แก่พม่า ทั้งยังพยายามเข้าไปขอความอารักขาจากอังกฤษที่เริ่มแผ่อิทธิพลเข้าในดินแดนแหลมมลายู เป็นเหตุให้สยามต้องยกทัพมาตีเมืองไทรบุรีจนเจ้าเมืองต้องหนีไปพึ่งพาอังกฤษที่เกาะปีนัง เป็นเหตุให้ในสมัยรัชกาลที่ 3 พระบาทสมเด็จพระนั่งเกล้าเจ้าอยู่หัวจึงโปรดให้แยกเมืองไทรบุรีออกเป็น 4 เมือง คือ ไทรบุรี ปะลิส กะปังปาสู และสตูลแล้วตั้งบุคคลที่ราษฎรท้องถิ่นนับถือขึ้นเป็นผู้ว่าราชการเมือง มีการปกครองที่เป็นอิสระต่อกันและอยู่ภายใต้การบังคับบัญชาของเมืองนครศรีธรรมราช[358] ต่อมาในสมัยรัชกาลที่ 4 พระยาไทรบุรี (มหมัด) ได้ขอให้เมืองกะปังปาสูรวมเข้ากับเมืองไทรบุรีตามเดิม พระบาทสมเด็จพระจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวมีความคุ้นเคยกับพระยาไทรบุรี (มหมัด) จึงโปรดเกล้าให้เมืองกะปังปาสูรวมเข้ากับเมืองไทรบุรี จึงเหลือเมืองที่มีผู้ว่าราชการเมืองเพียง 3 เมืองคือ เมืองไทรบุรี เมืองปะลิส และเมืองสตูล[359]

ในรัชสมัยของพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวที่นำการปฏิรูปการปกครองเพื่อรวมอำนาจเข้าสู่ศูนย์กลาง และได้ทรงตั้งมณฑลไทรบุรีขึ้นโดยรวมเมืองไทรบุรี เมืองปะลิส และเมืองสตูลเข้าด้วยกันในปี พ.ศ.2440 และโปรดเกล้าให้เจ้าพระยาฤทธิสงครามรามภักดี เจ้าพระยาไทรบุรี (อับดุลรามัด) เป็นข้าหลวงเทศาภิบาลมณฑลไทรบุรี[360] ต่อมาในปี พ.ศ.2448 ทางเมืองไทรบุรีได้ขอกู้ยืมเงินจากสยามเนื่องจากฐานะทางการเงินของไทรบุรีตกต่ำลงไปมาก รัฐบาลสยามจึงเสนอเงื่อนไขการให้กู้ยืมเงินโดยทางไทรบุรีต้องยอมรับที่ปรึกษาทางการเงินซึ่งรัฐบาลสยามเป็นคนแต่งตั้งขึ้นเพื่อมาควบคุมดูแลระเบียบการคลังของไทรบุรี ซึ่งข้อเสนอดังกล่าวได้รับการตอบรับจากไทรบุรีเป็นอย่างดี แต่กลับสร้างปฏิกิริยาความไม่พอใจจากอังกฤษเนื่องจากเกรงว่าสยามจะเข้ามามีอิทธิพลในไทรบุรีมากยิ่งขึ้น สยามและอังกฤษจึงตกลงกันว่าการแต่งตั้งที่ปรึกษาทางการเงินจะไม่ให้มีผลกระทบใด ๆ ในทางการเมืองการปกครองของไทรบุรี[361]

จนในปี พ.ศ.2451 สยามก็ได้มีการเจรจาทำสนธิสัญญาเพื่อโอนสิทธิของสยามในประเทศราชมลายูให้แก่อังกฤษ ที่ประกอบไปด้วย มณฑลไทรบุรี กลันตัน และตรังกานู ด้วยเหตุปัจจัยหลายประการอาทิเช่น ความต้องการที่จะยกเลิกอนุสัญญาลับที่สยามทำไว้กับอังกฤษในเรื่องดินแดนทางตอนใต้ของสยาม ความต้องการของสยามที่จะขจัดสิทธิสภาพนอกอาณาเขตหรืออำนาจศาลกงศุลของอังกฤษที่เกิดจากสนธิสัญญาเบาว์ริ่ง ทั้งนี้เมื่อข้อเสนอการโอนสิทธิของสยามในประเทศราชมลายูไปยังกระทรวงการต่างประเทศอังกฤษ รัฐบาลอังกฤษได้ขอให้รวมเมืองสตูลและเมืองปะลิสเข้าไว้ในสนธิสัญญาแลกเปลี่ยนครั้งนี้ด้วย แต่รัฐบาลสยามปฏิเสธที่จะผนวกเมืองสตูลเข้าไว้ด้วยเพราะถือว่าสตูลเป็นเมืองที่อยู่ภายใต้การปกครองดูแลของเมืองภูเก็ตเป็นอย่างดีมาช้านาน และมีคนสยามอาศัยอยู่เป็นจำนวนมาก คงเพียงแต่ยินยอมผนวกเมืองปะลิสเข้าไว้กับไทรบุรี เมืองสตูลจึงไม่ถูกโอนสิทธิการปกครองให้แก่อังกฤษในสนธิสัญญานี้ด้วย สนธิสัญญาโอนสิทธิของสยามในประเทศราชมลายูให้แก่อังกฤษได้รับการลงนามเมื่อวันที่ 10 มีนาคม พ.ศ.2451 เป็นผลให้กลันตัน ตรังกานู ไทรบุรี และปะลิสตกอยู่ภายใต้การปกครองของอังกฤษนับแต่นั้น[362] ซึ่งปัจจุบัน คือ รัฐกลันตัน รัฐตรังกานู รัฐเคดาห์ (ไทรบุรี) และรัฐปะลิส ซึ่งทั้งหมดเป็นส่วนหนึ่งของสหพันธรัฐมาเลเซีย เมื่อโอนไทรบุรีและปะลิส

---

[358] *เรื่องเดียวกัน,* หน้า 76.

[359] *เรื่องเดียวกัน,* หน้า 84.

[360] *เรื่องเดียวกัน,* หน้า 256.

[361] *เรื่องเดียวกัน,* หน้า 271.

[362] *เรื่องเดียวกัน,* หน้า 272-280.

ให้แก่อังกฤษแล้ว เมืองสตูลจึงมาขึ้นกับมณฑลภูเก็ตระหว่าง พ.ศ.2452-2468 และได้มาขึ้นต่อมณฑลนครศรีธรรมราชจนกระทั้งเปลี่ยนแปลงการปกครองในปี พ.ศ.2475 เมื่อมีการจัดระเบียบบริหารราชการส่วนภูมิภาคใหม่ ในปี พ.ศ.2476 สตูลจึงมีฐานะเป็นจังหวัดหนึ่งของประเทศไทยนับแต่นั้นมา

4.2.3 การใช้กฎหมายอิสลามในพื้นที่จังหวัดปัตตานี นราธิวาส ยะลา และสตูล ก่อนสู่ยุคปัจจุบัน

จากประวัติศาสตร์ด้านการเมืองการปกครองจะเห็นว่า จังหวัดปัตตานี ยะลา นราธิวาส และสตูล เคยเป็นส่วนหนึ่งในหัวเมืองประเทศราชมลายูของสยามมาก่อนที่จะได้มีการปฏิรูปการปกครองรวมอำนาจเข้าสู่ศูนย์กลางในรัชสมัยของพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว ดังนั้นในยุคก่อนที่จะมีการจัดระบบแบบแผนการปกครอง และการศาลจากสยาม ดินแดนแถบนี้จึงมีรูปแบบการปกครองและการศาลที่มีลักษณะเฉพาะประจำท้องถิ่น ที่อำนาจจากสยามไม่เข้ามาแทรกแซงในระบบการใช้กฎหมายและการศาลมากนัก โดยถือว่าอำนาจทางการปกครอง การจัดเก็บรายได้และอำนาจทางตุลาการเป็นเรื่องของกิจการภายในของเมืองนั้น ๆ ประกอบกับหัวเมืองประเทศราชฝ่ายใต้ของสยาย เจ้าเมืองส่วนใหญ่มีเชื้อสายเป็นชนชาวมลายู แม้จะมีชนกลุ่มอื่นมาอาศัยอยู่ในดินแดนแถบนี้อย่างหลากหลายเพื่อทำการค้าก็ตาม แต่มีศาสนาอิสลามเป็นศาสนาประจำรัฐ ที่มีผลต่อแบบแผนการดำรงชีวิตและจารีตประเพณีท้องถิ่นอันแตกต่างจากหัวเมืองของสยามส่วนอื่น อันอาจกล่าวได้ว่าในยุคก่อนที่สยามจะรวมอำนาจเข้าสู่ศูนย์กลางนั้นกฎหมายอิสลามเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายประจำถิ่นหรือกฎหมายพื้นเมืองของดินแดนแถบนี้ และเมื่อกล่าวถึงพัฒนาการของการใช้กฎหมายอิสลามในพื้นที่จังหวัดปัตตานี นราธิวาส ยะลา และสตูล จากอดีตจนถึงปัจจุบัน ในที่นี้จึงอาจแบ่งยุคสมัยได้ตามลักษณะการขยายอาณาเขตสภาพบังคับทางกฎหมายแห่งสยามมายังดินแดนส่วนนี้ พร้อม ๆ กับลักษณะการเมืองการปกครองที่รวมอำนาจเข้าสู่ศูนย์กลางอย่างจริงจังในช่วงปี พ.ศ.2444 จนมาสู่ยุคการเปลี่ยนแปลงการปกครองจากระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์มาเป็นระบอบประชาธิปไตยในปี พ.ศ.2475 ที่นับว่าเป็นยุคต่อจากการสร้างแผนความเป็นรัฐชาติสมัยใหม่ของไทยจนถึงทุกวันนี้ โดยที่มีสาระสำคัญในการใช้กฎหมายอิสลามในพื้นที่ก่อนเข้าสู่ยุคปัจจุบันออกเป็น 4 ช่วงเวลาสำคัญดังนี้ คือ (1) ยุคก่อนการเข้ามาจัดการระบบศาลโดยสยาม (2) การจัดการระบบศาลในสมัยรัชกาลที่ 5 (3) การขยายขอบเขตการใช้กฎหมายอิสลามมาในพื้นที่สตูล (4) นโยบายรัฐนิยมและการยกเลิกการใช้กฎหมายอิสลาม

4.2.3.1 ยุคก่อนการเข้ามาจัดการระบบศาลโดยสยาม

หัวเมืองประเทศประเทศราชฝ่ายใต้ของสยามมีพลเมืองส่วนใหญ่ที่มีเชื้อสายมลายู มีศาสนาอิสลามเป็นศาสนาประจำรัฐซึ่งทำให้มีขนบธรรมเนียมประเพณี และจารีตปฏิบัติที่แตกต่างจากหัวเมืองอื่นของสยาม และในด้านการปกครองก็มีความเป็นอิสระจากการเข้าครอบงำของสยาม แม้มีพันธะที่ต้องส่งเครื่องบรรณาการให้แก่สยามทุก ๆ 3 ปีในฐานะเมืองประเทศราช การปกครองภายในของหัวเมืองประเทศราชมลายูเหล่านี้มีการแบ่งเขตการปกครองออกเป็น แขวงและตำบล โดยมีผู้มีอำนาจปกครองตามลำดับชั้นและหน้าที่ดังนี้คือ[363]

---

[363] *เรื่องเดียวกัน,* หน้า 28-29.

รายา (Raja) มีฐานะเป็นเจ้าเมืองมีอำนาจบังคับบัญชาสูงสุดในฐานะที่เป็นประมุขแห่งรัฐ โดยที่รายา อาจมีการตั้งผู้สำเร็จราชการมีตำแหน่งเป็นรายามุดา (Raja Muda) ซึ่งมีหน้าที่ดูแลกิจการบ้านเมืองแทนรายาในยามจำเป็น ทั้งนี้ในกลุ่มผู้ปกครองยังมีบรรดาขุนนางที่เข้ามาทำหน้าที่ต่าง ๆ ทั้งเข้ามาคานอำนาจซึ่งรัฐในแหลมมลายูเรียกกลุ่มขุนนางเหล่านี้ว่า “โอรัง กายา”

ดะโต๊ะ (Dato) มีหน้าที่ในการพิจารณาความที่เกิดขึ้นในเขตเมืองทั้งหมด ทั้งที่เป็นข้อพิพาทระหว่างชาวบ้านด้วยกันเองและความผิดที่เป็นอาญาบ้านเมือง นอกจากดะโต๊ะจะมีหน้าที่ในการพิจารณาความแล้ว ดะโต๊ะยังมีหน้าที่ในการบังคับบัญชาเจ้าหน้าที่ระดับรองลงไป และเก็บส่วยจากระดับล่างส่งให้รายา

โต๊ะแขวง ทำหน้าที่ดูแลราษฎรในเขตแขวงทั้งหมด ทั้งเรื่องการเกณฑ์ราษฎรไปทำงานตามกำหนดต่าง ๆ รับเรื่องร้องทุกข์ของราษฎรและการตัดสินคดีความในเขตแขวงที่ตนรับผิดชอบ โดยมีอำนาจตัดสินคดีที่มีการกำหนดโทษปรับไหมไม่มากนักหากเกินอำนาจของตนก็ต้องส่งเรื่องให้กับทางดะโต๊ะ ทั้งนี้โต๊ะแขวงยังมีหน้าที่เก็บเงินส่วยจากไพร่ในแขวงทีตนรับผิดชอบส่งให้ดะโต๊ะอีกด้วย

บังอุลู (Penghulu) มีหน้าที่ดูแลรับผิดชอบราษฎรในระดับตำบล ที่ทั้งรับเรื่องร้องทุกข์ พิจารณาความ และเก็บส่วย รวมถึงเกณฑ์ราษฎรเมื่อถึงกำหนด ในกรณีที่ราษฎรในเขตรับผิดชอบของตนเป็นคดีความต้องหาว่ากระทำผิด บังอุลูมีหน้าที่ต้องจัดการควบคุมตัวราษฎรผู้นั้นส่งแก่ดะโต๊ะ

ในขณะที่บรรดาผู้มีหน้าที่สำคัญ ๆ เหล่านี้ก็จะมีคนรับใช้และราษฎรในบังคับบัญชาของตนทำหน้าที่เป็นผู้ช่วย เช่น “แขวง” ทำหน้าที่ตรวจเก็บภาษีที่นา ค่าสวน และสอบสวนคดีวิวาทเกี่ยวกับการทำนาทำสวน “โต๊ะจ่า” คือ ราษฎรที่ถูกเกณฑ์มาแต่มีหน้าที่พิเศษในการทำงานช่วยเหลือและรับใช้เจ้านายต่าง ๆ และ “นายด่าน” ที่มีหน้าที่เก็บอากรขาเข้าขาออกส่งให้รายา โดยที่เจ้าหน้าที่ทั้งหมดในลำดับชั้นต่าง ๆ ไม่ได้รับผลตอบแทนเป็นเงินเดือนประจำแต่อย่างใด แต่หากได้รับส่วนแบ่งจากการเก็บอากร ส่วย และภาษีและอาจได้รับสิทธิพิเศษไม่ต้องถูกเกณฑ์เพื่อทำงานต่าง ๆ รวมถึงได้รับคนงานไว้ใช้สอยเป็นคนรับใช้จำนวนหนึ่ง

จากโครงสร้างหน้าที่ดังที่กล่าวมาข้างต้นแล้ว จะเห็นว่าผู้มีตำแหน่งหน้าที่ดูแลราษฎรระดับใดก็จะมีทั้งอำนาจในการปกครองและการพิจารณาตัดสินคดีความในระดับชั้นบังคับบัญชาของตนรวมอยู่ด้วย เช่น บังอุลูมีอำนาจปกครองและพิจารณาความในระดับตำบล หากเกินอำนาจของตนก็ต้องจัดส่งให้แก่ ดะโต๊ะเป็นผู้พิจารณาความ ทั้งนี้ดะโต๊ะเองก็มีอำนาจตัดสินคดีของตนโดยไม่จำต้องปรึกษารายา เว้นแต่กรณีเป็นโทษถึงขั้นประหารชีวิต แต่อย่างไรก็ตามในการพิจารณาความใดที่มีส่วนเกี่ยวกับหลักการทางศาสนา ดะโต๊ะอาจต้องให้ผู้มีความรู้เชี่ยวชาญทางการศาสนาเข้ามาเป็นผู้ตัดสินคดีซึ่งตำแหน่งดังกล่าวมีชื่อว่า “โต๊ะกาลี”[364]

ในขณะที่พื้นที่ในดินแดนหัวเมืองประเทศราชมลายูของสยาม ก็ยังมีกลุ่มชนอื่นนอกจากชาวมลายูเข้ามาทำการค้าในพื้นที่ โดยเฉพาะอย่างยิ่งคือชาวจีน ที่เดินทางเข้ามาอาศัยอยู่ในปาตอนีเป็นจำนวนมาก โดยที่ชาวจีนที่เข้ามาไม่ได้อยู่ภายใต้อำนาจของเจ้าเมือง แต่มีผู้ทำหน้าที่ปกครองบังคับบัญชาคนจีนเป็นเอกเทศต่างหากเรียกว่า “กัปตันจีน” ซึ่งกัปตันจีนก็จะมีหน้าที่รักษาความสงบและพิจารณาความที่เกิดขึ้นในหมู่คนจีนด้วยกันเองอีกด้วย ทั้งนี้กัปตันจีนอาจได้รับมอบ

---

[364] *เรื่องเดียวกัน,* หน้า 31.

ตำแหน่งหน้าที่ในการจัดเก็บภาษีในสินค้าเป็นพิเศษหรือเป็น “เจ้าภาษี” จากเจ้าเมืองโดยตรงด้วยก็ได้[365]

ส่วนในด้านกฎหมายที่นำมาใช้นั้น ไม่ได้ปรากฏหลักกฎหมายใดหลักกฎหมายหนึ่งแน่ชัดที่นำมาใช้กับคดีที่มีโทษทางอาญาบ้านเมือง ทั้งนี้รายาหรือดะโต๊ะมีอำนาจในการตัดสินคดีอย่างเต็มที่ แม้จะได้มีการอ้างว่าในสมัยรัชกาลที่ 3 ในช่วงปี พ.ศ.2374-2375 เมื่อมีการจัดการปกครองพื้นที่ประเทศราชมลายูตอนใต้ให้รัดกุมยิ่งขึ้นในปัตตานีและไทรบุรีและมีคนของสยามเป็นเจ้าเมืองบางแห่งเช่นในเมืองหนองจิกที่ได้นำกฎหมายของสยามมาใช้แล้วก็ตาม[366] แต่ในขณะเดียวกันเนื่องจากศาสนาอิสลามได้เข้ามาเป็นศาสนาประจำถิ่น ชาวบ้านรวมถึงเจ้าเมืองต่างเลื่อมใสและศรัทธาในศาสนาอิสลาม การตัดสินคดีที่เกี่ยวด้วยเรื่องที่มีหลักการทางศาสนากำหนดไว้จึงมักต้องอ้างอิงจากคัมภีร์ทางศาสนา ดั่งเช่นกรณีคดีที่เกี่ยวกับเรื่องความสัมพันธ์ในครอบครัว หรือมรดกที่เมื่อมีเจ้าของทรัพย์ใดตายลงสมบัติจะตกสู่ผู้ใดเป็นต้น ดังนั้นจึงต้องมีผู้รอบรู้ในด้านคัมภีร์ทางศาสนามาเป็นผู้ตัดสินคดีหรือชี้แนวทางคือโต๊ะกาลี แต่กระนั้นก็ตามในสมัยนั้นก็ไม่ใคร่จะมีผู้รู้หนังสือมากนักการตัดสินคดีโดยส่วนใหญ่จะมักมีผลไปในทางที่เจ้าเมืองจะได้รับผลประโยชน์ เช่นกรณีของความมรดกที่เมื่อทั้งสามีภรรยาตายลงโดยไม่มีบุตร ทรัพย์สมบัติจะตกเป็นของเจ้าเมือง ญาติพี่น้องของผู้ตายไม่มีสิทธิในทรัพย์สินส่วนนั้นแต่อย่างใด[367]

4.2.3.2 การเข้ามาจัดการระบบศาลในบริเวณเจ็ดหัวเมืองในสมัยรัชกาลที่ 5

การปฏิรูปการปกครองในรัชสมัยของพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวมีเป้าประสงค์ที่จะทำการสร้างระเบียบแบบแผนทางการปกครองให้เป็นเอกภาพเหนือดินแดนต่าง ๆในราชอาณาเขต จึงได้ทรงโปรดให้กรมหมื่นดำรงราชานุภาพในฐานะเสนาบดีกระทรวงมหาดไทยทำการวางนโยบายในการปฏิรูปการปกครองในดินแดนหัวเมืองประเทศราชมลายูรวมถึงหัวเมืองทั้งเจ็ด ในระยะแรกเมื่อเริ่มการปฏิรูปนั้นหัวเมืองทั้งเจ็ดยังคงอยู่ในการกำกับดูแลของมณฑลนครศรีธรรมราชซึ่งตั้งขึ้นในปี พ.ศ.2439 มีอำนาจกำกับดูแลเมืองนครศรีธรรมราช สงขลาและพัทลุง โดยพระยาสุขุมนัยวินิต (ปั้น สุขุม) เป็นข้าหลวงมณฑลนครศรีธรรมราชคนแรก ทั้งนี้เมื่อพระยาสุขุมเดินทางไปตรวจราชการยังหัวเมืองทั้งเจ็ดในปี พ.ศ.2439 แล้วพบว่ามีปัญหาอยู่หลายประการอาทิเช่น การพิพากษาคดีความในหัวเมืองทั้งเจ็ดไม่มีระบบแบบแผนที่ชัดเจนว่าคดีใดจะต้องฟ้องที่ศาลใด และกฎหมายที่นำมาใช้ก็ไม่แน่ชัดว่าจะนำกฎหมายใดมาใช้ ซึ่งบางพื้นที่ก็ใช้กฎหมายของสยาม แต่บางพื้นที่หรือบางเรื่องก็นำธรรมเนียมประเพณี หรือตามศาสนาอิสลามมาปรับใช้ เป็นปัญหาสร้างความยากลำบากแก่ผู้พิพากษาเองและเดือดร้อนต่อราษฎรผู้มีคดีความเป็นอย่างมาก อีกทั้งกฎหมายที่ใช้อยู่ในขณะนั้น พระยาสุขุมเห็นว่าไม่มีความเป็นธรรมและขัดกับกฎหมายของสยามอยู่มาก วิธีพิจารณาความที่ยังคงรูปแบบโบราณทั้งในด้านการสืบพยานและการลงโทษ ซึ่งบางครั้งเป็นไปตามอำเภอใจของเจ้าเมือง ซึ่งการศาลในหัวเมืองทั้งเจ็ดในขณะนั้นก็มีลักษณะเช่นเดียวกับหัวเมืองมลายูอื่นอย่างกลันตัน ที่นายดับบลิว. เอ. เกรแฮม ชาวอังกฤษซึ่งสยามส่งไปเป็นที่ปรึกษาเจ้าเมืองกลันตันในปี พ.ศ.2445 ก็มี

---

[365] *เรื่องเดียวกัน,* หน้า 30.

[366] พิพัฒน์ จักรางกูร, “ระบบศาลในสี่จังหวัดภาคใต้,” **ดุลพาห** 22, 3 (พฤษภาคม-มิถุนายน 2518): 44.

[367] ชวลีย์ ณ ถลาง, *เรื่องเดิม*, หน้า 32.

ความเห็นว่าที่นั่นมักตัดสินคดีความตาม “ธรรมเนียมปฏิบัติแบบมลายู” ซึ่งไม่เป็นแบบแผนและไม่มีความยุติธรรม ทั้งนี้ยังคงมีการตัดสินโทษประหารชีวิตในความผิดฐานชายชู้บังคับใช้อยู่[368]

จากปัญหาดังกล่าวในระบบศาลและการใช้กฎหมาย จึงเป็นที่มาของแนวทางการจัดระเบียบแบบแผนการใช้กฎหมายและการศาลในพื้นที่เจ็ดหัวเมือง และกลายมาเป็นส่วนหนึ่งในกฎข้อบังคับสำหรับปกครองบริเวณเจ็ดหัวเมือง ร.ศ.120 ที่ว่าด้วยการศาล ซึ่งข้อบังคับดังกล่าวที่ได้สร้างรูปแบบระบบการใช้กฎหมายและการศาลในเจ็ดหัวเมืองขึ้นใหม่อันเป็นผลให้เกิดรูปแบบศาล 2 ประเภท[369] คือ

1) ศาลฝ่ายการใช้กฎหมายของสยามซึ่งเป็นไปตามพระราชกำหนดธรรมนูญศาลหัวเมือง ร.ศ.114 มีอำนาจพิจารณาความแพ่งและอาญาทั้งหมดโดยใช้กฎหมายของสยาม เว้นแต่จะเข้าลักษณะคดีความของศาลประเภทที่สอง ซึ่งศาลฝ่ายสยามนี้ได้กำหนดชั้นศาลออกเป็น 3 ชั้นคือ

(1) ศาลบริเวณ ซึ่งมีฐานะเทียบเท่าศาลมณฑล

(2) ศาลเมือง

(3) ศาลแขวง

2) ศาลศาสนา หรือ ศาลโต๊ะกาฎีซึ่งให้ใช้หลักการทางศาสนาอิสลามมาตัดสินคดีในความแพ่งที่เกี่ยวกับศาสนาอิสลามเรื่องผัวเมียและเรื่องมรดก ซึ่งคนนับถือศาสนาอิสลามเป็นทั้งโจทก์ จำเลย หรือเป็นแต่จำเลย โดยมีโต๊ะกาฎี[370]เป็นผู้พิพากษา

ทั้งนี้เมื่อได้นำระบบศาลดังกล่าวมาใช้ในทางปฏิบัติแล้วก็กลับพบข้อบกพร่องและปัญหาอยู่ค่อนข้างมากในระยะแรกในระบบการศาลทั้ง 2 ประเภท กล่าวคือในส่วนของศาลที่ใช้กฎหมายของสยามได้ถูกจัดตั้งศาลขึ้น 6 แห่ง คือ ศาลบริเวณปัตตานี ศาลเมืองสายบุรี ศาลเมืองยะลา ศาลแขวงรามัน ศาลแขวงเมืองระแงะ และศาลแขวงอำเภอเบตง ในช่วงปี พ.ศ. 2444-2445 กระบวนการทางศาลยังไม่ค่อยเข้มแข็งมากนักเนื่องจากเมื่อมีการเรียกพยานหรือจำเลยมาศาลมักจะไม่ค่อยได้ผล เพราะยังมีอิทธิพลของเจ้าเมืองเก่าที่ทำให้ทั้งจำเลยหรือพยานไม่มาศาล ต่อมาศาลได้ใช้อำนาจตามพระราชบัญญัติลักษณะพิจารณา ร.ศ.115 และวิธีขาดนัดลักษณะพยาน ร.ศ.113 ที่ให้อำนาจศาลที่จะออกหมายจับพยานได้ในกรณีที่พยานขัดคำสั่งของศาล อำนาจของศาลจึงเข้มแข็งขึ้น แต่อย่างไรก็ตามปัญหาที่สยามต้องประสบคือการขาดแคลนผู้พิพากษามาประจำยังศาล ซึ่งเป็นปัญหาที่ได้พยายามแก้ไขในเวลาต่อมา โดยการเร่งผลิตนักกฎหมายและผู้พิพากษามาจากส่วนกลาง[371]

ในขณะที่ศาลศาสนาหรือศาลโต๊ะกาฎีนั้นในทางปฏิบัติกลับพบปัญหาที่สำคัญคือเมื่อให้มีโต๊ะกาฎีเป็นผู้พิพากษาคดีโดยใช้หลักศาสนาอิสลามเมืองละหนึ่งนายบ้างสองนายบ้างแล้ว

---

[368] ปิยดา ชลวร, “การปฏิรูปกฎหมายและการศาลในเจ็ดหัวเมืองมลายูในช่วงปลายคริสต์ศตวรรษที่ 19 ถึงต้นศตวรรษที่ 20,” ใน **มนุษยศาสตร์ที่แปรเปลี่ยนในโลกที่เปลี่ยนแปลง**, อรรถจักร์ สัตยานุรักษ์ บรรณาธิการ (กรุงเทพมหานคร: สยามปริทัศน์, 2559), หน้า 43.

[369] ข้อ 30-32 กฎข้อบังคับสำหรับปกครองบริเวณเจ็ดหัวเมือง ร.ศ.120; **ประเทศราชของสยามในรัชสมัยพระบาทสมเด็จพระจุลตจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว** (กรุงเทพมหานคร: สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย, 2541), หน้า 337.

[370] อาจเรียกว่า “โต๊ะกาลี” “โต๊กาฎี” “โต๊ะกาซี” ในที่นี้ต่อไปเรียกว่าโต๊ะกาฎี

[371] ชวลีย์ ณ ถลาง, *เรื่องเดิม*, หน้า 262.

ปรากฏว่าตามกฎหมายเมื่อโต๊ะกาฎีตัดสินคดีแล้วถือเป็นเด็ดขาดไม่สามารถอุทธรณ์หรือฎีกาได้ ซึ่งในการตัดสินของโต๊ะกาฎีแต่ละคนอาจมีการนำหลักการทางศาสนาที่แตกต่างกันมาปรับใช้ไม่มีความเป็นเอกภาพ ก่อให้เกิดความไม่ยุติธรรมกับผู้มีคดีความ ซึ่งในช่วงเวลาดังกล่าวยังไม่ได้มีการจัดทำหลักกฎหมายศาสนาอิสลามที่ใช้ร่วมกันกับโต๊ะกาฎีทุกคน ทั้งนี้เมื่อไม่สามารถอุทธรณ์หรือฎีกาได้ทำให้เกิดการร้องเรียนไปยังโต๊ะกาฎีชั้นสูงกว่าประจำบริเวณนั้นหรือโต๊ะกาฎีประจำเมืองอื่น ตลอดจนร้องเรียนไปยังพระยาเมืองหรือข้าหลวง ก่อให้เกิดความยุ่งยากและไม่เป็นระเบียบแบบแผนที่ชัดเจนในการใช้กฎหมายศาสนา รัฐบาลสยามจึงแก้ไขปัญหาโดยนำระบบการอนุญาโตตุลาการมาใช้ กล่าวคือในแต่ละเมืองให้มีโต๊ะฎีกาที่ชาวบ้านนับถือไม่น้อยกว่าเมืองละ 6 คน โดยที่ไม่จำเป็นต้องให้ทุกคนต้องมาประจำที่ศาล หากแต่ให้คู่ความในคดีความที่ต้องใช้หลักการทางศาสนาอิสลามเป็นผู้เลือกโต๊ะกาฎีที่จะมาตัดสินคดีของตน ซึ่งจำนวนโต๊ะกาฎีเป็นเท่าใดในคดีความหนึ่งขึ้นอยู่กับข้อตกลง เมื่อโต๊ะกาฎีที่ได้รับเลือกทำการตัดสินหรือลงความเห็นในคดีเป็นเช่นไรแล้ว ผู้พิพากษาต้องตัดสินตามความเห็นของที่ประชุมโต๊ะกาฎี คำพิพากษานี้ถือเป็นที่สุดจะอุทธรณ์หรือฎีกาอีกมิได้ เว้นแต่คำพิพากษานั้นไม่เป็นไปตามความเห็นของที่ประชุมของโต๊ะกาฎีจึงสามารถอุทธรณ์ไปยังข้าหลวงพิเศษได้ ทั้งนี้แต่เดิมนั้นการพิจารณาคดีที่เกี่ยวกับศาสนาอิสลามนั้นจะไม่มีการเก็บค่าธรรมเนียมศาล ซึ่งโต๊ะกาฎีจะไม่ได้รับค่าตอบแทน จึงได้มีเปลี่ยนแปลงให้มีการเก็บค่าธรรมเนียมศาลเช่นเดียวกับศาลที่ใช้กฎหมายของสยามทั่วไปอีกด้วย เพื่อเป็นค่าตอบแทนแก่โต๊ะกาฎีตามแต่คดีไม่ได้ให้เป็นเงินเดือนแต่อย่างใด และรวมถึงการให้ค่าป่วยการแก่พยานที่มาให้การยังศาลตามพระราชบัญญัติพยาน ร.ศ. 113 ซึ่งนับว่าวิธีการที่ใช้เพื่อแก้ปัญหาดังกล่าวได้ผลดีเป็นที่พอใจแก่ราษฎรโดยทั่วไปที่มีคดีความ[372]

4.2.3.3 การขยายขอบเขตการใช้กฎหมายอิสลามมายังจังหวัดสตูล

ในปี พ.ศ.2451 สยามก็ได้มีการเจรจาทำสนธิสัญญาเพื่อโอนสิทธิของสยามในประเทศราชมลายูให้แก่อังกฤษ ที่ประกอบไปด้วย มณฑลไทรบุรี กลันตัน และตรังกานู แต่มิได้รวมเมืองสตูลเข้าเป็นส่วนหนึ่งในสนธิสัญญาดังกล่าว เป็นผลให้สตูลมาขึ้นกับมณฑลภูเก็ตในระหว่าง พ.ศ. 2452-2468 โดยที่สตูลมิได้อยู่ภายใต้กฎข้อบังคับสำหรับปกครองบริเวณเจ็ดหัวเมือง ร.ศ.120 ที่จะให้นำกฎหมายอิสลามมาใช้แต่อย่างใด ทั้งที่ในอดีตก่อนจะมีสนธิสัญญาโอนสิทธิในดินแดนดังกล่าวสตูลเคยมีระบบการนำกฎหมายอิสลามมาใช้อยู่ก่อนแล้วในลักษณะการมีศาลโต๊ะกาลีเช่นเดียวกับบริเวณเจ็ดหัวเมือง และเมื่อไม่มีการจัดการระบบศาลให้มีการใช้กฎหมายอิสลามในพื้นที่ ทั้งที่ในเมืองสตูลในขณะนั้นมีผู้นับถือศาสนาอิสลามเป็นจำนวนมาก พลเมืองชาวมุสลิมในเมืองสตูลจึงปฏิเสธที่จะขึ้นศาลของสยามที่นำกฎหมายของสยามมาใช้กับข้อพิพาทของตนที่เกี่ยวเนื่องกับข้อบัญญัติทางศาสนาจนก่อให้เกิดเป็นปัญหาในพื้นที่ ชาวมุสลิมจึงได้เรียกร้องให้นำระบบศาลที่ใช้กฎหมายอิสลามมาใช้กับพื้นที่สตูลด้วย[373] จนในปี พ.ศ.2460 ในรัชสมัยของพระบาทสมเด็จพระมงกุฎเกล้าเจ้าอยู่หัวรัชกาลที่ 6 จึงได้มีสารตราของกระทรวงยุติธรรมที่ 30/4353 ลงวันที่ 24 กันยายน พ.ศ.2460 มายังนายพลโท พระยาสุรินทราชา สมุหเทศาภิบาลสำเร็จราชการมณฑลภูเก็ตในขณะนั้น ให้ดำเนินการขยายขอบเขต

---

[372] *เรื่องเดียวกัน,* หน้า 260.

[373] พิพัฒน์ จักรางกูร, *เรื่องเดิม*, หน้า 47.

การใช้กฎหมายอิสลามมายังพื้นที่สตูล ในสารตราดังกล่าวยังได้กล่าวถึงการเรียกชื่อและการกำหนดตำแหน่งโต๊ะกาฎีหรือโต๊ะกาซิเสียใหม่เป็น “ดะโต๊ะยุติธรรม” โดยมีสาระสำคัญดังนี้[374]

1) ได้กำหนดตำแหน่งตุลาการขึ้นคือ “ดะโต๊ะยุติธรรม” มีหน้าที่ปรับบทกฎหมายอิสลาม มีอำนาจเป็นตุลาการบังคับตามประเพณีอิสลามเทียบเท่าอำนาจศาลแขวงในพระธรรมนูญศาลยุติธรรม มาตรา 25 ซึ่งอยู่ในบังคับของศาลมณฑลภูเก็ต

2) อำนาจดะโต๊ะยุติธรรมจำกัดแต่เฉพาะในคดีที่ ผู้นับถือศาสนาอิสลามมีข้อพิพาทกันในความแพ่งลักษณะผัวเมียและทรัพย์มรดก ซึ่งต้องมีดะโต๊ะยุติธรรม 2 นายลงชื่อทำคำตัดสิน หรือดะโต๊ะยุติธรรมลงชื่อหนึ่งนายและผู้พิพากษาศาลจังหวัดลงชื่ออีกหนึ่งนายรวมเป็น 2 นาย จึงบังคับเป็นคำพากษาคดีแห่งประเพณีอิสลามได้ และคู่ความจะอุทธรณ์คดีเป็นไปตามลำดับในพระราชกำหนดกฎหมาย

3) ได้กำหนดคุณสมบัติของผู้ที่จะมาเป็นดะโต๊ะยุติธรรมที่ต้องประกอบด้วยความรู้ในหลักกฎหมายอิสลาม เป็นที่เคารพนับถือของประชาชนผู้นับถือศาสนาอิสลาม และต้องมีความจงรักภักดีต่อแผ่นดินสยาม

ตราสารดังกล่าวนอกจากเป็นการขยายขอบเขตการใช้กฎหมายอิสลามมายังพื้นที่สตูลแล้วยังเป็นการสร้างแนวทางแห่งการใช้กฎหมายอิสลามในประเทศไทยเพิ่มขึ้น ทั้งนี้เนื่องจากในข้อบังคับสำหรับปกครองบริเวณเจ็ดหัวเมือง ร.ศ.120 ที่นำมาใช้ตั้งแต่ปี พ.ศ.2444 นั้นมิได้กำหนดคุณสมบัติของผู้มาเป็นโต๊ะกาฎีที่ต้องมีความจงรักภักดีต่อแผ่นดิน และเป็นที่เลื่อมใสของประชาชนชาวมุสลิม แต่หากเป็นเพียงมุสลิมผู้มีความรู้ในกฎหมายอิสลามเท่านั้น แต่อย่างไรก็ตามตราสารดังกล่าวได้สร้างตำแหน่งดะโต๊ะยุติธรรมผู้ปรับบทกฎหมายอิสลามไว้ให้เป็นตำแหน่งทางตุลาการ มีอำนาจเทียบเท่าศาลแขวง โดยที่ดะโต๊ะยุติธรรม 2 นายก็ประกอบเป็นองค์คณะในการวินิจฉัยข้อพิพาทเกี่ยวกับครอบครัวและมรดกอิสลามศาสนิกได้ และยังเปิดโอกาสให้คู่ความอุทธรณ์คดีได้โดยไม่จำกัดให้คำพิพากษาในส่วนกฎหมายอิสลามเปนที่สุด แม้ในเวลาต่อมามีการเปลี่ยนแปลงลักษณะการใช้กฎหมายอิสลาม แต่ตำแหน่งดะโต๊ะยุติธรรมยังคงปรากฏในกฎหมายว่าด้วยการใช้กฎหมายอิสลามในพื้นที่ 4 จังหวัดภาคใต้

และมีข้อน่าสังเกตอีกประการหนึ่งของตราสารฉบับนี้คือยังได้มีการกำหนดลักษณะคดีที่จะนำกฎหมายอิสลามมาใช้ได้ว่าเป็นคดีเกี่ยวกับครอบครัวและมรดกที่คู่ความทุกฝ่ายเป็นผู้นับถือศาสนาอิสลามซึ่งแตกต่างจากเดิมที่กำหนดไว้ให้ โจทก์และจำเลย หรือเพียงแต่จำเลยเท่านั้นเป็นผู้นับถือศาสนาอิสลามก็สามารถนำกฎหมายอิสลามมาปรับใช้ได้

4.2.3.4 นโยบายรัฐนิยมและการยกเลิกการใช้กฎหมายอิสลาม

---

[374] กำธร พันธุลาภ, “ดะโต๊ะยุติธรรม,” **ดุลพาห** 5, 10 (ตุลาคม 2501) อ้างใน กิตติศักดิ์ ปรกติ และคณะ, *เรื่องเดิม,* หน้า 148.

การใช้กฎหมายอิสลามในพื้นที่ ปัตตานี ยะลา นราธิวาสและสตูล นับแต่ปี พ.ศ.2460 เป็นไปอย่างค่อนข้างราบรื่นแม้จะมีปัญหาในเรื่องความเป็นเอกภาพของกฎหมายอิสลามที่นำมาใช้ และเมื่อมีการจัดทำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 และ 6 ที่ว่าด้วยครอบครัวและมรดกประกาศใช้ในปี พ.ศ.2477 ก็ได้มีการยกเว้นการใช้กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในส่วนที่ว่าด้วยครอบครัวและมรดกนั้นมาบังคับใช้ในพื้นที่ที่ใช้กฎหมายอิสลามในเรื่องครอบครัวและมรดกอยู่ก่อน ดังที่ปรากฏในมาตรา 6 ในพระราชบัญญัติให้ใช้บทบัญญัติบรรพ 5 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พุทธศักราช 2477 ความว่า “บทบัญญัติแห่งบรรพนี้ไม่กระทบกระเทือนถึงกฎข้อบังคับสำหรับปกครองบริเวณ 7 หัวเมือง ร.ศ. 120 ในส่วนที่เกี่ยวด้วยครอบครัว”[375] และในพระราชบัญญัติให้ใช้บทบัญญัติบรรพ 6 ที่มีข้อความในลักษณะเดียวกันที่ว่าด้วยเรื่องมรดก[376] นอกจากนี้เมื่อมีการประกาศใช้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเมื่อปี พ.ศ.2478 ก็ยังคงมีการบัญญัติถึงการยกเว้นการใช้กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งที่ตราขึ้นนี้ในศาลที่มีกฎหมายให้ใช้ธรรมเนียมประเพณีหรือกฎหมายทางศาสนา ที่ให้ศาลยกธรรมเนียมประเพณีหรือกฎหมายศาสนามาใช้แทนบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งแทน เว้นแต่คู่ความจะตกลงกันให้ใช้วิธีพิจารณาคดีตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง[377] ซึ่งในขณะที่มีการออกกฎหมายให้ใช้ประมวลวิธีพิจารณาความ มีเพียงธรรมเนียมประเพณีหรือกฎหมายศาสนาอิสลามเท่านั้นที่มีการใช้อยู่ในศาลในพื้นที่ตาม ข้อบังคับสำหรับปกครอง 7 หัวเมือง ร.ศ.120 ประกอบสารตราของกระทรวงยุติธรรมที่ 30/4353

ต่อมาภายใต้การปกครองในสมัยของ จอมพล ป.พิบูลสงครามเป็นนายกรัฐมนตรีตั้งแต่ธันวาคม พ.ศ.2481 เป็นช่วงเวลาแห่งการก้าวเข้าสู่ภาวะสงคราม นโยบายการสร้างชาติของจอมพล ป. พิบูลสงคราม จึงพุ่งเป้าไปยังการปฏิรูปและปรับโครงสร้างในมิติทาง

---

[375] มาตรา 6 แห่งพระราชบัญญัติให้ใช้บทบัญญัติบรรพ 5 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พุทธศักราช 2477 ประกาศใน ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 52/หน้า 474/29 พฤษภาคม พ.ศ. 2478

[376] มาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติให้ใช้บทบัญญัติบรรพ 6 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พุทธศักราช 2477 ประกาศใน ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 52/หน้า 529/7 มิถุนายน พ.ศ.2478

[377] มาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง พุทธศักราช 2477 บัญญัติว่า “ให้ใช้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งตามที่ได้ตราไว้ต่อท้ายพระราชบัญญัตินี้ตั้งแต่วันที่ 1 ตุลาคม พุทธศักราช 2478 เป็นต้นไป

บทบัญญัติในประมวลกฎหมายนี้ให้ใช้ในศาลทั่วไปตลอดราชอาณาจักร ยกเว้นแต่ในศาลพิเศษที่มีข้อบังคับสำหรับศาลนั้น และถ้ามีกฎหมายให้ใช้ธรรมเนียมประเพณีหรือกฎหมายทางศาสนาในศาลใด ให้ศาลนั้นยกธรรมเนียมประเพณีหรือกฎหมายนั้น ๆ มาใช้แทนบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายนี้ เว้นแต่คู่ความจะได้ตกลงกันไว้ให้ใช้ประมวลกฎหมายนี้

วัฒนธรรมและสังคมด้านต่าง ๆ ของคนในประเทศเสียใหม่ภายหลังการเปลี่ยนแปลงการปกครองในปี พ.ศ.2475 เป็นต้นมาด้วยนโยบายรัฐนิยม[378] อาทิการเปลี่ยนชื่อประเทศจากสยามมาเป็นประเทศไทยในปี พ.ศ.2482 และการสร้างอัตลักษณ์ความเป็น “ไทย” และ “คนไทย” ขึ้น ในกรณีของชาวมุสลิมทางตอนใต้คำที่มาแทนที่ชาวมุสลิมมลายูและมุสลิมทั้งหมดของประเทศคือ "ไทยอิสลาม" ที่ถูกสร้างขึ้นเพื่อแสดงถึงความเป็นไทยของชนชาวมุสลิม ทั้งเพื่อแสดงให้เห็นว่าทางการยอมรับความแตกต่างในศาสนาแต่ไม่ยอมรับเรื่องความแตกต่างในความเป็นชาติ รัฐได้เข้ามาจัดระเบียบทางวัฒนธรรมตามที่รัฐเห็นว่าเหมาะสม[379] การเปลี่ยนแปลงที่มีผลกระทบต่อชนชาวมุสลิมในพื้นที่ 4 จังหวัดอย่างมาก ได้แก่ การประกาศยกเลิกไม่ให้ใช้กฎหมายอิสลามในพื้นที่จังหวัดภาคใต้และมีผลเป็นการยกเลิกการมีดะโต๊ะยุติธรรมที่ตัดสินคดีมรดกและครอบครัวของคนมุสลิมไปด้วย เมื่อรัฐบาลจอมพล ป. ประกาศให้ใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 และ 6 ว่าด้วยครอบครัวและมรดก แทนที่การใช้กฎหมายอิสลามที่เคยใช้ใน 4 จังหวัดภาคใต้มาก่อน โดยในปี พ.ศ.2486 รัฐบาลจอมพล ป. พิบูลสงครามได้ประกาศพระราชกำหนดแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติให้ใช้บทบัญญัติบรรพ 5 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์พุทธศักราช 2477 พุทธศักราช 2486 โดยให้เหตุผลว่า "โดยที่เห็นเป็นการสมควรขยายการใช้บทบัญญัติบรรพ 5 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ให้ทั่วถึง เพื่อความมั่นคงและวัฒนธรรมแห่งชาติ" ที่สำคัญคือในมาตรา 3 ให้ยกเลิกมาตรา 6 แห่งพระราชบัญญัติบรรพ 5 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พุทธศักราช 2477[380] เป็นผลให้ในช่วงเวลาตั้งแต่นั้นพลเมืองทั้งหมดไม่ว่านับถือศาสนาใด หรืออยู่ที่ใดของประเทศต้องอยู่ภายใต้บทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยครอบครัวและมรดก รวมถึงผู้นับถือศาสนาอิสลามที่อาศัยในพื้นที่ 4 จังหวัดที่เคยมีการใช้กฎหมายอิสลามเพื่อตัดสินคดีเกี่ยวกับครอบครัวและมรดกของตน ในช่วงเวลาดังกล่าวได้สร้างความยากลำบากให้แก่ผู้นับถือศานาอิสลามที่มีความยึดมั่นอยู่ในแบบแผนการดำรงชีวิตตามหลักศาสนา ในขณะที่บางส่วนเมื่อมีคดีความก็หันไปพึ่งพาศาลศาสนาอิสลามยังประเทศเพื่อนบ้านที่มีศาลศาสนาอิสลามใช้อยู่เช่นในรัฐไทรบุรีหรือกลันตัน ในบางพื้นที่ก็ได้มีการตั้ง “กอฎี” หรือผู้พิพากษาจากบุคคลที่คนในชุมชนมุสลิมนั้น ๆ เคารพ

---

[378] พระราชบัญญัติ “รัฐนิยม” ทั้งหมดมี 12 ประกาศ ให้ใช้ทั่วประเทศตั้งแต่มิถุนายน 2482-มกราคม 2485 รวม 12 ฉบับ

[379] ธเนศ อาภรณ์สุวรรณ, *เรื่องเดิม*, หน้า 74.

[380] พระราชกำหนดแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติให้ใช้บทบัญญัติบรรพ 5 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พุทธศักราช 2477 พุทธศักราช 2486 ประกาศใน ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 60/ตอนที่ 32/หน้า 1089/19 มิถุนายน พ.ศ.2486 และพระราชกำหนดแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติให้ใช้บทบัญญัติบรรพ 6 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พุทธศักราช 2477 พุทธศักราช 2486 ประกาศใน ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 60/ตอนที่ 32/หน้า 1092/19 มิถุนายน พ.ศ.2486

นับถือและมีความรู้ในหลักกฎหมายอิสลามเพื่อพิจารณาคดีความกันเองในหมู่ชนมุสลิมแทนการไปใช้ระบบศาลและกฎหมายของรัฐ[381]

ในช่วงเวลาสงครามโลกครั้งที่ 2 นั้นรัฐบาลไทยในขณะนั้นได้เลือกที่จะร่วมกับกองทัพญี่ปุ่นเข้าทำสงครามกับฝ่ายสัมพันธมิตรอันมีอังกฤษและสหรัฐอเมริกาเป็นผู้นำ ในระยะต้นแห่งสงคราม รัฐบาลไทยโดยความช่วยเหลือของกองทัพญี่ปุ่นได้เรียกร้องดินแดนหลายส่วนที่ครั้งหนึ่งต้องเสียไปให้แก่ชาติมหาอำนาจจากยุโรป รวมถึงดินแดนทางตอนใต้ที่เคยโอนสิทธิให้แก่อังกฤษไปในปีพ.ศ.2451 อันได้แก่ กลันตัน ตรังกานู ไทรบุรีและปะลิสคืนมาได้แต่เป็นช่วงระยะเวลาไม่นานนัก เพราะต่อมาเมื่อสงครามโลกครั้งที่ 2 สิ้นสุดลงอังกฤษในฐานะประเทศผู้ชนะสงครามก็กลับเข้ามามีบทบาทสำคัญในดินแดนทั้งหมดดังกล่าวอีกครั้ง รวมถึงการเกิดประเด็นความขัดแย้งทางการเมืองในการที่กลุ่มชนบางส่วนในพื้นที่ปัตตานี ยะลา และนราธิวาสต้องการประกาศตนเป็นอิสระจากรัฐไทยและนำไปสู่ความขัดแย้งในพื้นที่สามจังหวัดเพิ่มมากขึ้นเรื่อย ๆ[382] ประกอบกับในช่วงเวลานั้นจอมพล ป. พิบูลสงครามได้ลาออกจากตำแหน่งนายกรัฐมนตรี และนายควง อภัยวงศ์ ได้ขึ้นเป็นนายกรัฐมนตรีคนต่อมา นโยบายฟื้นฟูและปรับความสัมพันธ์ระหว่างชนชาวมุสลิมภาคใต้และรัฐบาลไทยได้ถูกประกาศใช้แทนนโยบายรัฐนิยมของจอมพล ป. พิบูลสงคราม ได้มีการออกกฎหมายหลายฉบับที่หันมาส่งเสริมสนับสนุนกิจการศาสนาอิสลามในประเทศไทย อาทิ เช่น พระราชกฤษฎีกาว่าด้วยการศาสนูปถัมภ์ฝ่ายอิสลาม พ.ศ.2488 และรวมถึงการนำการใช้กฎหมายอิสลามในพื้นที่ 4 จังหวัดกลับมาใช้อีกครั้งในปี พ.ศ.2489 โดยรัฐบาลที่มีหลวงธำรงนาวาสวัสดิ์เป็นนายกรัฐมนตรี ได้ออกพระราชบัญญัติว่าด้วยการใช้กฎหมายอิสลามในเขตจังหวัดปัตตานี นราธิวาส ยะลา และสตูล พ.ศ.2489 เป็นผลให้กฎหมายอิสลามถูกนำกลับมาใช้แทนประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 5 และ 6 ในการวินิจฉัยคดีเกี่ยวด้วยครอบครัวและมรดกของอิสลามศาสนิกในพื้นที่จังหวัดดังกล่าวและตำแหน่งดะโต๊ะยุติธรรมก็ได้ถูกนำกลับมาใช้ใหม่อีกครั้งหนึ่ง[383] แต่อย่างไรก็ตามรูปแบบการใช้กฎหมายอิสลามที่กลับนำมาใช้ใหม่ก็มิได้มีลักษณะดั่งเดิม เนื่องจากมีความไม่ชัดเจนและข้อปัญหาในการใช้กฎหมายอยู่หลายประการซึ่งจะกล่าวต่อไปในส่วนที่ว่าด้วยปัญหาการใช้กฎหมายอิสลามในประเทศไทยต่อไป

4.2.4 การใช้กฎหมายอิสลามในพื้นที่จังหวัดปัตตานี นราธิวาส ยะลา และสตูลในปัจจุบัน

---

[381] ธเนศ อาภรณ์สุวรรณ, *เรื่องเดิม*, หน้า 83.

[382] *เรื่องเดียวกัน,* หน้า 87.

[383] กิตติศักดิ์ ปรกติ และคณะ, *เรื่องเดิม*, หน้า 152.

นับแต่การออกพระราชบัญญัติว่าด้วยการใช้กฎหมายอิสลามในเขตจังหวัดปัตตานี นราธิวาส ยะลา และสตูล พ.ศ.2489 มีผลให้มีการนำกฎหมายอิสลามมาใช้ในพื้นที่จังหวัดทั้ง 4 อีกครั้งหนึ่ง กฎหมายฉบับดังกล่าวมีเพียง 7 มาตรา ซึ่งได้ใช้มาจนถึงทุกวันนี้เป็นเวลากว่า 70 ปี แต่อย่างไรก็ตามกฎหมายดังกล่าวก็มิได้เป็นกฎหมายที่ใจความครอบคลุมในทุกส่วนของกระบวนการและวิธีการใช้กฎหมายอิสลาม แต่ยังคงต้องอาศัยความเกี่ยวพันหรืออ้างอิงจากบทบัญญัติแห่งกฎหมายอื่นอาทิเช่น กฎหมายที่ว่าด้วยการศาลและเขตอำนาจศาล ทั้งตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง และกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว กฎหมายที่ว่าด้วยครอบครัวและมรดกตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กฎหมายที่ว่าด้วยการจดทะเบียนครอบครัว เป็นต้น รวมทั้งคำตัดสินของศาลฎีกาเพื่อใช้เป็นแนวทางบรรทัดฐานทางคดี โดยที่มีข้อกำหนดและลักษณะรูปแบบการใช้กฎหมายอิสลามซึ่งเป็นสาระสำคัญในส่วนต่าง ๆ ดังนี้

4.2.4.1 คดีความที่จะนำกฎหมายอิสลามมาปรับใช้

ตามความในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการใช้กฎหมายอิสลามในเขตจังหวัดปัตตานี นราธิวาส ยะลา และสตูล พ.ศ.2489 ที่บัญญัติว่า

> ในการวินิจฉัยชี้ขาดคดีแพ่งเกี่ยวด้วยเรื่องครอบครัวและมรดกอิสลามศาสนิกของศาลชั้นต้นในจังหวัดปัตตานี นราธิวาส ยะลา และสตูล ซึ่งอิสลามศาสนิกเป็นทั้งโจทก์จำเลยหรือเป็นผู้เสนอคำขอในคดีที่ไม่มีข้อพิพาท ให้ใช้กฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดกบังคับแทนบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยการนั้น เว้นแต่บทบัญญัติว่าด้วยอายุความมรดก ทั้งนี้ไม่ว่ามูลคดีเกิดขึ้นก่อนหรือหลังวันใช้พระราชบัญญัตินี้[384]

เมื่อพิจารณาตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าวคดีความที่สามารถนำกฎหมายอิสลามมาใช้ได้ต้องมีองค์ประกอบดังนี้คือ

1) ต้องเป็นคดีแพ่งที่เกี่ยวด้วยครอบครัวและมรดกจึงจะใช้กฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดกมาใช้บังคับแทนบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

โดยที่พระราชบัญญัติว่าด้วยการใช้กฎหมายอิสลามในเขตจังหวัดปัตตานี นราธิวาส ยะลา และสตูล พ.ศ.2489 ได้กำหนดขอบเขตการใช้กฎหมายอิสลามของ

---

[384]มาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการใช้กฎหมายอิสลามในเขตจังหวัดปัตตานี นราธิวาส ยะลา และสตูล พ.ศ.2489

ศาลชั้นต้นในพื้นที่จังหวัดภาคใต้ทั้ง 4 โดยให้ใช้กฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดกมาบังคับแทนบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในการวินิจฉัยชี้ขาด “คดีแพ่งเกี่ยวด้วยเรื่องครอบครัวและมรดกอิสลามศาสนิก”[385] อันเป็นบทกฎหมายที่ก่อให้เกิดการใช้กฎหมายลักษณะพหุนิยมทางกฎหมายของรัฐขึ้น (State Legal Pluralism) กล่าวคือ กฎหมายแห่งรัฐได้สร้างระบบกฎหมายหรือชุดกฎหมายสองชุดที่แตกต่างกันที่จะนำมาปรับใช้กับคดี โดยกฎหมายชุดหนึ่งคือประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ซึ่งเป็นกฎหมายที่ใช้กับพลเมืองโดยทั่วไป และอีกชุดหนึ่งคือกฎหมายอิสลามที่มีขอบเขตเฉพาะที่นำมาปรับใช้กับคดีและต่อคู่ความหรือผู้ร้องในคดีตามที่กฎหมายกำหนด โดยในประเทศไทยมิได้มีการจัดตั้งศาลศาสนาหรือศาลเฉพาะขึ้นแต่คดีเข้าสู่ศาลยุติธรรม ที่อาจเป็นศาลจังหวัดหรือศาลเยาวชนและครอบครัวตามลักษณะเนื้อหาแห่งคดี

ดังนั้นเมื่อมีคดีขึ้นสู่ศาลแต่ละแห่ง ศาลนั้น ๆ จึงต้องเป็นผู้วินิจฉัยเบื้องต้นก่อนว่าคดีนั้นจะนำกฎหมายใดมาปรับใช้ระหว่างกฎหมายอิสลามหรือประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งศาลต้องนำกระบวนการเลือกใช้กฎหมายมาปรับใช้ แต่อย่างไรก็ตามเนื่องจากกฎหมายอิสลามที่ศาลจะนำมาปรับใช้นั้นถือว่าเป็นกฎหมายภายในของรัฐที่ศาลรับรู้เองคู่ความมิต้องนำสืบ ซึ่งแตกต่างจากหลักการเลือกใช้กฎหมายต่างประเทศในหลักกฎหมายขัดกัน (Conflict of Laws) ที่ปรากฏอยู่ในพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ.2481 ที่ผู้กล่าวอ้างกฎหมายต่างประเทศต้องนำสืบถึงกฎหมายนั้นจนเป็นที่พอใจแก่ศาล[386] ในการเลือกใช้กฎหมายโดยศาลยังคงต้องอาศัยรูปแบบการให้ลักษณะทางกฎหมายกับข้อเท็จจริง (Classification or Qualification) ว่าข้อพิพาทหรือข้อเท็จจริงนั้นเข้าลักษณะใด เป็นสัญญา ละเมิด ทรัพย์สิน ครอบครัว หรือมรดก เป็นต้น ทั้งนี้เมื่อมิได้มีนิยามของคำว่า “คดีแพ่งเกี่ยวด้วยเรื่องครอบครัวและมรดกอิสลามศาสนิก” ว่ามีขอบเขตเพียงใด ดังนั้นศาลจึงนำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ใน บรรพ 5 ครอบครัวและ บรรพ 6 มรดก มากำหนดหลักการในการเลือกใช้กฎหมาย กล่าวคือประเด็นใดจะนำกฎหมายอิสลามมาปรับใช้ได้ ต้องเป็นประเด็นที่จะนำบทบัญญัติใน บรรพ 5 และบรรพ 6 มาปรับใช้กับคดี แล้วจึงนำกฎหมายอิสลามมาปรับใช้แทนประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 และ 6 เท่านั้น อันเป็นการสร้างขอบเขตของการเลือกใช้กฎหมายอิสลามของศาลขึ้นแทนความหมายของคำว่า “คดีแพ่งเกี่ยวด้วยเรื่องครอบครัวและมรดกอิสลามศาสนิก” ซึ่งในบางคดีศาลจำต้องใช้ทั้งกฎหมายอิสลามและประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เพื่อมาวินิจฉัยตามแต่ละประเด็นปัญหา จนกว่าจะได้มีคำวินิจฉัยในประเด็นปัญหาหลัก (Main Issue) ของ

---

[385]มาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการใช้กฎหมายอิสลามในเขตจังหวัดปัตตานี นราธิวาส ยะลา และสตูล พ.ศ.2489

[386] มาตรา 8 แห่งพระราชบัญญัติกฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ.2481

ข้อพิพาทได้ ก่อให้เกิดความยุ่งยากและสับสนของคู่ความ หรือทนายความที่เข้าสู่กระบวนการทางศาลจากความไม่แน่นอนว่ากฎหมายใดจะถูกนำมาปรับใช้กับประเด็นใดบ้าง เนื่องจากในหลายลักษณะที่กฎหมายอิสลามและประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มีบทบัญญัติที่ก่อให้เกิดผลอันแตกต่างกันในคดี เช่นในกรณีของคดีที่พิพาทเกี่ยวกับทรัพย์ซึ่งศาลจะต้องวินิจฉัยก่อนว่าทรัพย์นั้นเป็นทรัพย์มรดกหรือไม่ ซึ่งการวินิจฉัยดังกล่าวมิได้นำกฎหมายอิสลามมาใช้ในการวินิจฉัยแต่อย่างใด แต่หากเมื่อศาลวินิจฉัยแล้วว่าทรัพย์นั้นมิใช่ทรัพย์มรดก แม้คู่ความทั้ง 2 ฝ่ายจะเป็นมุสลิมและคดีอยู่ในศาลชั้นต้นในจังหวัดทั้ง 4 ก็ตาม คดีนั้นก็ไม่ถือว่าเป็นคดีมรดกที่จะต้องนำกฎหมายอิสลามมาปรับใช้ ดังคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5210/2545

> โจทก์และจำเลยทั้งสองเป็นอิสลามศาสนิกอยู่ในจังหวัดนราธิวาส โจทก์ฟ้องขอแบ่งที่ดินอ้างว่าเป็นทรัพย์มรดกของ จ. บิดาโจทก์และจำเลยทั้งสอง แต่จำเลยทั้งสองต่อสู้ว่าที่ดินดังกล่าวมิใช่ทรัพย์มรดกของ จ. แต่เป็นของ ต. มารดาจำเลยทั้งสอง ซึ่งในการที่จะวินิจฉัยว่าทรัพย์สินใดเป็นทรัพย์มรดกหรือไม่ จะนำกฎหมายอิสลามมาใช้บังคับไม่ได้ต้องใช้ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เป็นหลักวินิจฉัยก่อน ต่อเมื่อทรัพย์สินนั้นเป็นมรดกแล้วจึงจะใช้กฎหมายอิสลามในการแบ่งปันทรัพย์มรดกให้แก่ทายาทต่อไป . . .[387]

หรือในกรณีของคดีคำร้องขอทำนิติกรรมแทนผู้เยาว์ แม้ผู้ร้องจะร้องขอให้ศาลมีคำสั่งอนุญาตให้ผู้ร้องทำนิติกรรมแทนผู้เยาว์ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1574 ซึ่งอยู่ในส่วนของ บรรพ 5 ครอบครัว แต่การที่ศาลจะวินิจฉัยว่าบุคคลใดยังเป็นผู้เยาว์อยู่หรือไม่ ศาลได้ยกมาตรา 19 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาปรับใช้ โดยมิได้นำหลักกฎหมายอิสลามว่าด้วยการพ้นสภาพความเป็นผู้เยาว์ของบุคคลมาปรับใช้แต่อย่างใด ดังคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1790/2558 “แม้ผู้ร้องและผู้เยาว์เป็นอิสลามศาสนิกซึ่งมาตรา 3 แห่ง พ.ร.บ.ว่าด้วยการใช้กฎหมายอิสลามในเขตปัตตานี นราธิวาส ยะลา และสตูล พ.ศ.2489 บัญญัติให้ใช้กฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดกบังคับแทนประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยการนั้น แต่คดีนี้เป็นกรณีที่ผู้ร้องขออนุญาตศาลทำนิติกรรมแทนผู้เยาว์ตาม ป.พ.พ. มาตรา 1574 การขออนุญาตศาลดังกล่าวเป็นการคุ้มครองผลประโยชน์หรือส่วนได้เสียของผู้เยาว์ อันเป็นการจำกัดสิทธิของผู้ใช้อำนาจปกครอง สภาพ

---

[387] คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5210/2545

แห่งข้อหาจึงไม่ใช่เป็นเรื่องครอบครัวและมรดกโดยตรงที่ให้ใช้กฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดก การบรรลุนิติภาวะของผู้เยาว์อันเป็นเรื่องความสามารถในการทำนิติกรรมได้ด้วยตนเอง จึงต้องบังคับตาม ป.พ.พ. มาตรา 19 ที่บัญญัติว่า บุคคลย่อมพ้นจากภาวะผู้เยาว์และบรรลุนิติภาวะเมื่อมีอายุยี่สิบปีบริบูรณ์ เมื่อผู้เยาว์อายุ 19 ปี จึงยังไม่พ้นจากภาวะผู้เยาว์ ดังนั้น ผู้ร้องจึงมีเหตุต้องขออนุญาตศาลทำนิติกรรมแทนผู้เยาว์ตาม ป.พ.พ. มาตรา 1574 ที่ศาลชั้นต้นใช้หลักกฎหมายอิสลามว่า บุคคลบรรลุนิติภาวะเมื่อมีอายุ 15 ปีบริบูรณ์ มายกคำร้องขอของผู้ร้องจึงไม่ชอบ”[388]

2) ต้องเป็นคดีที่คู่ความทั้งโจทก์และจำเลยเป็นผู้นับถือศาสนาอิสลามหรือผู้เสนอคำขอเป็นผู้นับถือศาสนาอิสลามในคดีไม่มีข้อพิพาท ขณะฟ้องคดีหรือนำคดีมาสู่ศาลจนกระบวนการศาลสิ้นสุด ทั้งนี้หากในกรณีที่เมื่อเริ่มคดีเป็นคดีไม่มีข้อพิพาท หากต่อมามีผู้คัดค้านแล้วทำให้คดีกลายเป็นคดีมีข้อพิพาท คู่ความทั้งสองฝ่ายจะต้องเป็นผู้นับถือศาสนาอิสลามอีกด้วย ดังคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 851/2551 “แม้คดีจะเกิดขึ้นในเขตจังหวัดสตูล และผู้ร้องเป็นอิสลามศาสนิกเริ่มต้นคดีอย่างไม่มีข้อพิพาท โดยยื่นคำร้องขอเป็นผู้จัดการมรดกตามพินัยกรรมของนายทวี ผู้ตาย ซึ่งเป็นอิสลามศาสนิกก็ตาม แต่เมื่อมีการคัดค้านของผู้คัดค้านที่ 1 ก็มีผลทำให้คดีกลายเป็นคดีมีข้อพิพาทตาม ป.วิ.พ. มาตรา 188 (4) โดยผู้ร้องและผู้คัดค้านมีฐานะเป็นคู่ความ เมื่อปรากฏว่าผู้คัดค้านที่ 1 ซึ่งมีฐานะเสมือนจำเลยนับถือศาสนาพุทธ จึงมิใช่อิสลามศาสนิก จึงไม่ต้องด้วยมาตรา 3 ของ พ.ร.บ.ว่าด้วยการใช้กฎหมายอิสลามในเขตจังหวัดปัตตานี นราธิวาส ยะลาและสตูล พ.ศ.2489 ถือไม่ได้ว่าเป็นคดีแพ่งเกี่ยวด้วยเรื่องครอบครัวและมรดกของอิสลามศาสนิกในเขตจังหวัดสตูล ต้องใช้บทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 6 บังคับแก่คดี”[389]

3) ต้องใช้กฎหมายอิสลามในการวินิจฉัยคดีของศาลชั้นต้นในจังหวัดปัตตานี นราธิวาส ยะลาและสตูล ซึ่งในปัจจุบันมีศาลที่เป็นศาลชั้นต้นที่มีเขตอำนาจพิจารณาคดีใน 4 จังหวัดดังกล่าวจำนวน 9 ศาล คือ

(1) ศาลจังหวัดปัตตานี
(2) ศาลเยาวชนและครอบครัวจังหวัดปัตตานี
(3) ศาลจังหวัดยะลา
(4) ศาลเยาวชนและครอบครัวจังหวัดยะลา
(5) ศาลจังหวัดเบตง
(6) ศาลจังหวัดนราธิวาส
(7) ศาลเยาวชนและครอบครัวจังหวัดนราธิวาส

---

[388] คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1790/2558

[389] คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 851/2551

(8) ศาลจังหวัดสตูล

(9) ศาลเยาวชนและครอบครัวจังหวัดสตูล

ซึ่งหากจะพิจารณาว่าคดีใดจะเข้าสู่ศาลใดใน 9 แห่งนี้หรือไม่เพื่อนำกฎหมายอิสลามมาปรับใช้แล้ว เมื่อพิจารณาตามข้อกฎหมายอื่นประกอบแล้วพบว่าคดีครอบครัวที่ต้องนำคดีขึ้นสู่ศาลเยาวชนและครอบครัวนั้น ตามพระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ.2553 “คดีครอบครัว” หมายความว่า “คดีแพ่งที่ฟ้องหรือร้องขอต่อศาลหรือกระทำการใด ๆ ในทางศาลเกี่ยวกับผู้เยาว์หรือครอบครัว ซึ่งจะต้องบังคับตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กฎหมายว่าด้วยการจดทะเบียนครอบครัว หรือกฎหมายอื่นที่เกี่ยวกับครอบครัว”[390] ซึ่งในปัจจุบันนี้ได้มีการแยกคดีที่จะนำกฎหมายอิสลามมาปรับใช้โดยแยกออกเป็น ศาลจังหวัดซึ่งจะรับฟ้องหรือคำร้องในคดีเกี่ยวกับมรดก และศาลเยาวชนและครอบครัวในแต่ละจังหวัดจะเป็นศาลที่รับฟ้องหรือคำร้องในคดีเกี่ยวกับครอบครัว โดยมีดะโต๊ะยุติธรรมประจำศาลทั้งสองประเภทในแต่ละจังหวัด[391]

ในขณะที่ศาลใดจะมีเขตอำนาจพิจารณาคดีใดนั้นต้องเป็นไปตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งในเรื่องเขตอำนาจศาล ซึ่งบัญญัติให้ คำฟ้องต้องเสนอต่อศาลที่จำเลยมีภูมิลำเนาอยู่ในเขตศาล หรือต่อศาลที่มูลคดีเกิดขึ้นในเขตศาลไม่ว่าจำเลยจะมีภูมิลำเนาอยู่ในราชอาณาจักรหรือไม่ ส่วนคำร้องขอนั้นกฎหมายได้บัญญัติให้เสนอต่อศาลที่มูลคดีเกิดขึ้นในเขตศาล หรือต่อศาลที่ผู้ร้องมีภูมิลำเนาอยู่ในเขตศาล แต่ในคำฟ้องเกี่ยวด้วยอสังหาริมทรัพย์ หรือสิทธิหรือ ประโยชน์อันเกี่ยวด้วยอสังหาริมทรัพย์ให้เสนอต่อศาลที่อสังหาริมทรัพย์นั้นตั้งอยู่ในเขตศาล ไม่ว่าจำเลยจะมีภูมิลำเนาในราชอาณาจักรหรือไม่ หรือต่อศาลที่จำเลยมีภูมิลำเนาอยู่เขตศาล[392] และคำร้องขอแต่งตั้งผู้จัดการมรดก ให้เสนอต่อศาลที่เจ้ามรดกมีภูมิลำเนาอยู่ในเขตศาลในขณะถึงแก่ความตาย ในกรณีที่เจ้ามรดกไม่มีภูมิลำเนาอยู่ในราชอาณาจักร ให้เสนอต่อศาลที่ทรัพย์มรดกอยู่ในเขตศาล[393]

ดังนั้นหากพิจารณาความเชื่อมโยงของคู่ความและคดีที่จะเข้าสู่ศาลทั้ง 9 แห่งในพื้นที่ 4 จังหวัดเพื่อใช้กฎหมายอิสลามได้นั้นต้องเป็นคดีหรือคำร้องที่มีลักษณะอย่างใดอย่างหนึ่งดังต่อไปนี้

1. จำเลยหรือผู้ร้องมีภูมิลำเนาอยู่ในพื้นที่เขตศาล

---

[390] มาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ.2553

[391] หมัดอูเส็น หมัดหมัน, ดะโต๊ะยุติธรรมประจำศาลจังหวัดสตูล, ศาลจังหวัดสตูล, 13 มิถุนายน 2560, การสัมภาษณ์.

[392] มาตรา 4 ทวิ แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง

[393] มาตรา 4 จัตวา แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง

2. มูลคดีเกิดขึ้นในพื้นที่เขตศาล

3. ทรัพย์มรดกตั้งอยู่ในพื้นที่เขตศาล

4. เจ้ามรดกมีภูมิลำเนาอยู่ในพื้นที่เขตศาลในขณะถึงแก่ความตายในกรณีคำร้องขอตั้งผู้จัดการมรดก

แต่อย่างไรก็ตามแม้การสมรสหรือการหย่าตามหลักศาสนาอิสลามจะได้มีขึ้นนอกพื้นที่เขตอำนาจศาลชั้นต้นใน 4 จังหวัดดังกล่าว แต่หากมีคดีขึ้นสู่ศาลชั้นต้นที่มีบทบัญญัติให้นำกฎหมายอิสลามมาปรับใช้กับคดี ศาลยังได้ยอมรับการสมรสหรือการหย่าตามหลักศาสนาอิสลามที่มีขึ้นในพื้นที่อื่นของบุคคลว่าเป็นการสมรสโดยชอบด้วยกฎหมายก่อให้เกิดนิติสัมพันธ์ทางครอบครัวระหว่างบุคคลขึ้นนำมาอ้างในศาลได้ นอกจากนี้เมื่อคดีขึ้นสู่ศาลที่ต้องนำกฎหมายอิสลามมาใช้ ศาลก็มิได้พิจารณาหรือยอมรับแต่เฉพาะหนังสือรับรองการสมรสหรือการหย่าที่ทำขึ้นโดยคณะกรรมการอิสลามประจำจังหวัดเท่านั้น แต่คู่ความหรือผู้ยื่นคดีสามารถนำหนังสือหรือหลักฐานการสมรสหรือการหย่าที่ทำขึ้นโดยโต๊ะอิหม่ามประจำมัสยิดมาแสดงได้[394]

4) มีข้อยกเว้นในเรื่องบทบัญญัติว่าด้วยอายุความมรดกที่มิให้นำเรื่องอายุความในเรื่องมรดกตามกฎหมายอิสลามมาปรับใช้ แต่ใช้อายุความตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

4.2.4.2 การยอมรับสถานะของการใช้กฎหมายอิสลามในพื้นที่ 4 จังหวัดในคดีที่ไม่ใช่ข้อพิพาทเกี่ยวกับครอบครัวและมรดก หรือในคดีที่อยู่ในศาลอื่นนอกเขต 4 จังหวัด

แม้จะมีบทบัญญัติให้นำกฎหมายอิสลามมาใช้เฉพาะแต่เรื่องครอบครัวและมรดกในศาลชั้นต้นในพื้นที่ 4 จังหวัดเท่านั้น แต่อย่างไรก็ตามศาลอื่นนอกเขตจังหวัดทั้ง 4 อาจยอมรับสถานะการมีอยู่และการใช้กฎหมายอิสลามในพื้นที่ 4 จังหวัด ในการตัดสินคดีอื่นที่ไม่เกี่ยวกับคดีครอบครัวและมรดกได้ ทั้งนี้ศาลอื่นนอกเขตพื้นที่ไม่มีอำนาจทำการวินิจฉัยหรือปรับใช้กฎหมายอิสลามได้เอง คงเพียงแต่อ้างความมีอยู่หรือสถานะทางกฎหมายของบุคคลหรือทรัพย์จากผลของกฎหมายอิสลามในเขตพื้นที่ 4 จังหวัด ดังคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2812/2525 ซึ่งในคดีนี้เป็นคดีความแพ่งในเรื่องความรับผิดจากการละเมิด จำเลยได้ต่อสู้ถึงอำนาจฟ้องของโจทก์ในเรื่องความสัมพันธ์การเป็นบิดามารดาและบุตรระหว่างโจทก์และผู้เสียหาย แม้คดีนี้จะมีมูลคดีเกิดขึ้นในเขตอำนาจศาลจังหวัดสงขลา และมิได้เป็นคดีข้อ

---

[394] อิสมาแอ เจ๊ะ, ดะโต๊ะยุติธรรมประจำศาลจังหวัดปัตตานี, ศาลจังหวัดปัตตานี, 15 มิถุนายน 2560, การสัมภาษณ์.; มะดารี โตะ, ดะโต๊ะยุติธรรมประจำศาลเยาวชนและครอบครัวจังหวัดยะลา, ศาลเยาวชนและครอบครัวจังหวัดยะลา, 14 มิถุนายน 2560, การสัมภาษณ์.; หมัดอูเส็น หมัดหมัน, *เรื่องเดิม.*

พิพาทเกี่ยวด้วยครอบครัวและมรดก แต่ศาลยอมรับผลทางกฎหมายอิสลามที่ใช้ในจังหวัดยะลาซึ่งได้สร้างสถานะความเป็นบิดามารดาและบุตร ที่สามารถนำไปใช้อ้างยังศาลอื่นได้นอกเหนือจากศาลใน 4 จังหวัด แต่อย่างไรก็ตาม ประเด็นการสมรสเป็นสามีภรรยาโดยถูกต้องตามกฎหมายอิสลามนั้นเป็นประเด็น “ข้อเท็จจริง” ที่เป็นภาระการพิสูจน์ของคู่ความในคดี ที่ฝ่ายกล่าวอ้างเรื่องดังกล่าวต้องเป็นฝ่ายนำสืบต่อศาล โดยที่ศาลจังหวัดสงขลามิได้มีดะโต๊ะยุติธรรมนั่งพิจารณาคดีหรือปรับใช้กฎหมายอิสลามแต่อย่างใด ดังปรากฏในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2812/2525

> . . . โจทก์ที่ 2 และโจทก์ที่ 3 เป็นผู้นับถือศาสนาอิสลามมีภูมิลำเนาอยู่ในเขตจังหวัดยะลา ซึ่งได้มีพระราชบัญญัติว่าด้วยการใช้กฎหมายอิสลามในเขตจังหวัดปัตตานีนราธิวาส ยะลา และสตูล พ.ศ.2489 ซึ่งเป็นกฎหมายพิเศษให้ใช้บังคับแก่ผู้นับถือศาสนาอิสลาม อันเกี่ยวด้วยครอบครัวและมรดก เฉพาะในสี่จังหวัดดังกล่าว แทนบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 บรรพ 6 เมื่อโจทก์ที่ 2 ที่ 3 นำสืบว่าได้แต่งงานเป็นสามีภรรยาโดยถูกต้องตามกฎหมายอิสลาม ซึ่งจำเลยมิได้นำสืบหักล้างจึงต้องฟังว่าโจทก์ที่ 2 และโจทก์ที่ 3 เป็นสามีภรรยาและเป็นบิดามารดาของบุตรโดยชอบด้วยกฎหมาย อันเป็นสิทธิเฉพาะตัวที่กฎหมายได้รับรอง โดยมิต้องคำนึงว่าจะเกิดเป็นคดีพิพาทในจังหวัดใด ๆ ก็ตาม และเมื่อมีผู้กระทำละเมิดเป็นเหตุให้บุตรของโจทก์ที่ 2 ที่ 3 ถึงแก่ความตาย โจทก์ที่ 2 ที่ 3 ก็มีอำนาจฟ้องผู้กระทำละเมิดให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่โจทก์ได้[395]

4.2.4.3 อำนาจหน้าที่ของผู้พิพากษาและดะโต๊ะยุติธรรมในคดีความที่ต้องใช้กฎหมายอิสลาม

ในคดีความที่ต้องนำกฎหมายอิสลามมาปรับใช้นั้น กฎหมายได้บัญญัติให้ดะโต๊ะยุติธรรมหนึ่งนายนั่งพิจารณาพร้อมด้วยผู้พิพากษา ให้ดะโต๊ะยุติธรรมมีอำนาจหน้าที่ในการวินิจฉัยชี้ขาดข้อกฎหมายอิสลาม และลงลายมือชื่อในคำพิพากษาที่พิพากษาตามคำวินิจฉัยชี้ขาดนั้นด้วย คำวินิจฉัยของดะโต๊ะยุติธรรมในข้อกฎหมายอิสลามให้เป็นอันเด็ดขาดในคดีนั้น[396]

---

[395] คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2812/2525

[396] มาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการใช้กฎหมายอิสลามในเขตจังหวัดปัตตานี นราธิวาส ยะลา และสตูล พ.ศ.2489

ดังนั้นจะเห็นว่าในคดีความที่ต้องใช้กฎหมายอิสลาม ผู้พิพากษาของศาลในคดีนั้นๆจะไม่เป็นผู้วินิจฉัยในข้อกฎหมายอิสลาม โดยที่มีดะโต๊ะยุติธรรมมาเป็นผู้วินิจฉัยข้อกฎหมายอิสลามในคดี หากแต่ผู้พิพากษาที่เป็นองค์คณะในคดียังคงต้องทำการวินิจฉัยข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายอื่นในคดีและทำคำพิพากษาในคดีทั้งหมด ทั้งนี้เนื่องจากการที่ศาลถือว่ากฎหมายอิสลามนั้นเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายไทยเป็นสิ่งที่ศาลต้องรู้เอง มิใช่ข้อกฎหมายต่างประเทศหรือเป็นข้อเท็จจริงที่ทางคู่ความหรือผู้ร้องต้องนำสืบถึงข้อกฎหมายต่างประเทศหรือข้อเท็จจริงนั้น[397] ทั้งนี้ในคดีความที่มีความซับซ้อนเช่นเป็นคดีที่มีประเด็นที่ต้องวินิจฉัยทั้งข้อเท็จจริงแห่งคดีว่าจะนำทั้งกฎหมายอิสลามหรือกฎหมายอื่นมาปรับใช้กับข้อเท็จจริงใดนั้น การวินิจฉัยในเรื่องดังกล่าวล้วนกระทำโดยผู้พิพากษา ทั้งนี้แม้ในบทบัญญัติแห่งกฎหมายจะให้ดะโต๊ะยุติธรรมมีอำนาจหน้าที่แต่เฉพาะที่จะวินิจฉัยข้อกฎหมายอิสลาม แต่ในทางปฏิบัติดะโต๊ะยุติธรรมก็ร่วมพิจารณาข้อเท็จจริงในคดีที่ต้องใช้กฎหมายอิสลามร่วมกับผู้พิพากษาประจำศาลในคดีด้วย[398] ทั้งนี้ในส่วนขององค์คณะผู้พิพากษาในคดีใดเป็นอย่างไรย่อมเป็นไปตามกฎหมายพระธรรมนูญศาลและพระราชบัญญัติว่าด้วยการศาลและคดีนั้น ๆ

อนึ่งการร้องคัดค้านดะโต๊ะยุติธรรมนั้นกระทำได้แต่เฉพาะในเรื่องการคัดค้านตัวบุคคลที่จะเข้ามาทำหน้าที่ ซึ่งกฎหมายให้นำบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายวิธี

---

[397] คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1355/2479 “คดีนี้โจทก์ฟ้องว่าพระยาภูมินาถภักดีซึ่งเป็นผู้ถือสาสนาอิสลามได้ทำพินัยกรรม์ยกทรัพย์ให้ภริยาและบุตร์หลาน โจทก์มีสิทธิ์ได้รับตามพินัยกรรม์ จึงฟ้องเรียกทรัพย์จากจำเลยชั้นพิจารณาโจทก์จะขอนำพยานมาสืบ 3 ข้อ คือ 1. สืบลัทธิประเพณีสาสนาอิสลามเพราะโจทก์ถือว่าลัทธิประเพณีสาสนาอิสลามไม่ใช่กฎหมายของประเทศสยาม 2. สืบพิธีการให้ทรัพย์มฤดกซึ่งโจทก์ยังไม่ทราบว่าพระยาภูมินาถได้กระทำหรือไม่และ 3 ฯลฯ ศาลจังหวัดสตูลเห็นว่าไม่ควรสืบพยานโจทก์ทั้ง 3 ข้อจึงสั่งให้งดเสีย แล้วยกบทกฎหมายอิสลามขึ้นวินิจฉัยรวมความว่าพินัยกรรม์ที่โจทก์อ้างขัดต่อกฎหมายอิสลามเป็นโมฆะ โจทก์ไม่มีสิทธิได้รับทรัพย์ตามพินัยกรรม์ พิพากษาให้ยกฟ้อง

ศาลอุทธรณ์ตัดสินยืน

ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า ปัญหาข้อแรกมีว่ากฎหมายจารีตแห่งประเพณีอิสลามนั้นเป็นหน้าที่ของศาลจะต้องรู้เองหรือว่าจะต้องให้คู่ความนำสืบ เห็นว่าตามตราสารกระทรวงยุตติธรรมที่ 30/4353 ลงวันที่ 24 กันยายน พ.ศ.2460 ประกอบด้วยกฎข้อบังคับปกครองบริเวณเจ็ดหัวเมือง ร.ศ.120 ข้อ 32 บังคับให้ใช้กฎหมายอิสลามและให้โต๊ะกาลีเป็นผู้พิพากษา คดีเรื่องนี้ก็มีโต๊ะยุติธรรม (โต๊ะกาลี) เป็นผู้พิพากษาพิจารณาคดีอยู่แล้วซึ่งเป็นหน้าที่ต้องนำบทกฎหมายอิสลามมาบังคับคดี หาใช่หน้าที่ของคู่ความจะต้องนำสืบไม่ ทั้งมิได้มีกฎหมายบังคับให้คู่ความต้องนำสืบในเรื่องเช่นนี้ จึงพิพากษายืนตามศาลล่าง”

[398] อิสมาแอ เจ๊ะ, *เรื่องเดิม.*; มะดารี โตะ, *เรื่องเดิม.*; หมัดอูเส็น หมัดหมัน, *เรื่องเดิม.*

พิจารณาความแพ่งว่าด้วยการคัดค้านผู้พิพากษามาใช้บังคับแก่การคัดค้านดะโต๊ะยุติธรรม[399] แต่คู่ความมิอาจอุทธรณ์คำชี้ขาดในข้อกฎหมายของดะโต๊ะยุติธรรมได้ ดังปรากฏในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2029/2552

> ในการพิจารณาพิพากษาของศาลชั้นต้น ปรากฏตามคำพิพากษาของศาลชั้นต้นว่า ดะโต๊ะยุติธรรมชี้ขาดข้อกฎหมายอิสลามว่าผู้คัดค้านเป็นบุตรชายของบุตรชายผู้ตาย ซึ่งถึงแก่ความตายไปก่อนผู้ตาย ดังนี้ ผู้คัดค้านจึงเป็นทายาทผู้มีสิทธิได้รับมรดกของผู้ตายในลำดับชั้นเดียวกับผู้ร้อง และไม่เป็นบุคคลต้องห้ามในการเป็นผู้จัดการมรดก ซึ่งการแต่งตั้งผู้จัดการมรดกก็เพื่อจะให้ผู้นั้นเข้าไปมีอำนาจหน้าที่จัดการรวบรวมและแบ่งทรัพย์สินของผู้ตายซึ่งเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับเรื่องมรดก เมื่อคดีเกิดในจังหวัดปัตตานี ทั้งผู้ร้องและผู้คัดค้านเป็นอิสลามศาสนิกจึงตกอยู่ภายใต้บังคับแห่ง พ.ร.บ.ว่าด้วยการใช้กฎหมายอิสลามในเขตจังหวัดปัตตานี นราธิวาส ยะลา และสตูลฯ มาตรา 3 และ 4 ซึ่งบัญญัติให้ดะโต๊ะยุติธรรมมีอำนาจหน้าที่ในการวินิจฉัยชี้ขาดข้อกฎหมายอิสลามและคำวินิจฉัยชี้ขาดดะโต๊ะยุติธรรมในข้อกฎหมายอิสลามนั้นให้เป็นอันเด็ดขาดในคดีนั้น[400]

4.2.4.4 การอุทธรณ์คำตัดสินของศาล

แม้ในพระราชบัญญัติว่าด้วยการใช้กฎหมายอิสลามในเขตจังหวัดปัตตานี นราธิวาส ยะลา และสตูลฯ จะบัญญัติให้คำวินิจฉัยชี้ขาดข้อกฎหมายอิสลามของดะโต๊ะยุติธรรมเป็นอันเด็ดขาด เป็นผลให้คู่ความไม่อาจอุทธรณ์หรือฎีกาคำชี้ขาดดังกล่าวของดะโต๊ะยุติธรรมได้ แต่คู่ความหรือผู้ร้องในคดียังคงมีสิทธิอุทธรณ์หรือฎีกาในส่วนอื่นของคดีที่ไม่เกี่ยวกับคำชี้ขาดข้อกฎหมายอิสลามของดะโต๊ะยุติธรรม ซึ่งการอุทธรณ์หรือฎีกาในคดีก็เป็นไปตามบทบัญญัติว่าด้วยการอุทธรณ์และฎีกาตามกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ที่อาจอุทธรณ์หรือฎีกาได้ทั้งปัญหาข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายหรือเฉพาะแต่ข้อกฎหมาย แต่หากศาลสูงมีข้อวินิจฉัยในคดีใดว่าต้องใช้กฎหมายอิสลามต่อประเด็นใดแล้ว และศาลชั้นต้นยังมิได้มีข้อวินิจฉัยโดยใช้กฎหมายอิสลามในประเด็นนั้น ๆ ศาลสูงไม่มีอำนาจในการวินิจฉัยโดยใช้กฎหมายอิสลามเอง หากแต่ต้องย้อนส่งสำนวนให้ดะโต๊ะยุติธรรมในศาลชั้นต้นในคดีนั้น ๆ วินิจฉัยข้อกฎหมายอิสลามเสียก่อน ดังคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1029/2511

> . . . การพิจารณาคดีในศาลชั้นต้นซึ่งต้องให้ดะโต๊ะยุติธรรมหนึ่งนายนั่งพิจารณาพร้อมด้วยผู้พิพากษา และดะโต๊ะยุติธรรมมีอำนาจหน้าที่

---

[399] มาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการใช้กฎหมายอิสลามในเขตจังหวัดปัตตานี นราธิวาส ยะลา และสตูล พ.ศ.2489

[400] คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2029/2552

> ในการวินิจฉัยชี้ขาดข้อกฎหมายอิสลามและลงลายมือชื่อในคำพิพากษาด้วยนั้น หมายถึงเฉพาะลงลายมือชื่อในคำพิพากษาที่พิพากษาตามคำวินิจฉัยชี้ขาดข้อกฎหมายอิสลาม คดีมีประเด็นข้อพิพาททั้งที่เกี่ยวกับข้อกฎหมายอิสลามและไม่เกี่ยวปะปนกัน เมื่อศาลชั้นต้นพิจารณาพิพากษามาโดยไม่มีดะโต๊ะยุติธรรมร่วม ย่อมไม่ชอบเฉพาะแต่ข้อพิพาทที่ต้องใช้กฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดกเท่านั้น ศาลอุทธรณ์ชอบที่จะวินิจฉัยประเด็นข้อพิพาทอื่น ซึ่งมิใช่ข้อกฎหมายอิสลาม เพราะกระบวนพิจารณาและคำพิพากษาของศาลชั้นต้นในประเด็นข้ออื่นหาเสื่อมเสียไม่ ต่อเมื่อศาลอุทธรณ์วินิจฉัยประเด็นข้ออื่นแล้วคดียังไม่ยุติ ยังมีประเด็นที่จะต้องวินิจฉัยตามกฎหมายอิสลามต่อไป จึงจำเป็นที่การพิจารณาพิพากษาคดีของศาลชั้นต้นในประเด็นดังกล่าวต้องดำเนินตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการใช้กฎหมายอิสลามฯ . . .[401]

โดยที่ในระบบศาลและการใช้กฎหมายอิสลามของไทยภายใต้พระราชบัญญัติว่าด้วยการใช้กฎหมายอิสลามฯ มิได้มีการจัดตั้งศาลศาสนาอิสลามหรือศาลเฉพาะขึ้น แต่ยังคงใช้ศาลชั้นต้นของศาลยุติธรรมในการดำเนินการพิจารณาคดีที่ต้องใช้กฎหมายอิสลาม และได้บัญญัติให้มีดะโต๊ะยุติธรรมเข้ามาทำหน้าที่เป็นผู้ชี้ขาดข้อกฎหมายอิสลาม ที่ศาลถือว่ากฎหมายอิสลามที่ศาลจะนำมาใช้เป็นกฎหมายภายในที่คู่ความมิต้องนำสืบแต่ศาลรับรู้เอง อันแตกต่างจากการอ้างกฎหมายต่างประเทศในการดำเนินคดีแพ่งที่มีลักษณะระหว่างประเทศตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายฯ ที่คู่ความผู้กล่าวอ้างถึงกฎหมายต่างประเทศต้องนำสืบถึงข้อกฎหมายต่างประเทศนั้น ทั้งนี้นอกจากจะมีดะโต๊ะยุติธรรมนั่งพิจารณาและวินิจฉัยข้อกฎหมายอิสลามแล้ว ศาลยังได้จัดทำ “คู่มือหลักกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดก (ฉบับศาลยุติธรรม)” มาเป็นตัวบทกฎหมายอิสลามเพื่อที่ใช้อ้างอิงในศาล[402]

จากข้อเท็จจริงดังกล่าวข้างต้นจะเห็นว่า การที่กฎหมายไม่เปิดโอกาสให้มีการอุทธรณ์คำตัดสินชี้ขาดของดะโต๊ะยุติธรรมในข้อกฎหมายอิสลามก่อให้เกิดประเด็นปัญหาทางการใช้กฎหมายกล่าวคือ การใช้กฎหมายอิสลามในศาลพื้นที่ 4 จังหวัดภาคใต้มีลักษณะเป็นการนำกฎหมายอิสลามเข้ามาสู่คดีในฐานะเป็น “ข้อกฎหมาย” (Matter of Law) มิใช่ “ข้อเท็จจริง” (Matter of Fact) โดยมี “ดะโต๊ะยุติธรรม” และ “คู่มือหลักกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดก (ฉบับศาลยุติธรรม)” เป็นองค์ประกอบในการใช้กฎหมายอิสลามในศาล แต่อย่างไรก็ตามภายใต้พระราชบัญญัติการใช้กฎหมายอิสลามฯ ก็มิได้บัญญัติถึงความหมายของ “กฎหมายอิสลาม” ที่ศาลจะนำมาใช้โดยดะโต๊ะยุติธรรมว่ามีขอบเขตหรือแหล่งที่มาจากทางใดบ้าง คงปรากฏแต่ในคู่มือหลักกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดกฯ ที่เปิดช่องขยายความของกฎหมายอิสลามให้รวมถึงหลักการที่มิได้บัญญัติไว้ในคู่มือดังกล่าว โดยให้ความหมาย “กฎหมายอิสลาม” ว่าคือ “กฎหมายที่ได้จากบทบัญญัติของอิสลามทั้งหมด ไม่ว่าจะอยู่ในรูปใดและภาษาใด ทั้งที่เป็นข้อบังคับและ

---

[401] คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1029/2511

[402] คำปรารภ ประธานศาลฎีกา; สำนักงานศาลยุติธรรม, *เรื่องเดิม.*

ข้อสนับสนุน”[403] และในหลายโอกาสที่บทบัญญัติกฎหมายอิสลามที่จะนำมาปรับใช้กับคดีมิได้ถูกจัดทำไว้ในคู่มือหลักกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดกฯ ของศาลยุติธรรมอันเป็นเหตุให้ดะโต๊ะยุติธรรมต้องนำบทบัญญัติของหลักศาสนาอิสลามที่ไม่ปรากฏอยู่ในคู่มือฯมาปรับใช้กับคดี เมื่อมีความจำเป็นต้องวินิจฉัยข้อกฎหมายอิสลามที่มิได้มีการบรรจุไว้ในคู่มือฯ แต่อย่างไรก็ตามแม้ดะโต๊ะยุติธรรมจะถือว่าเป็นผู้รอบรู้หรือมีความสามารถทางกฎหมายอิสลามเพียงใดก็ตาม ย่อมอาจเกิดข้อผิดพลาดขึ้นได้ในการนำข้อกฎหมายอิสลามมาปรับใช้กับคดีได้[404] และเมื่อการใช้กฎหมายอิสลามเป็นลักษณะการนำเข้าสู่คดีในฐานะ “ข้อกฎหมาย” คู่ความหรือผู้ร้องจึงมิได้อยู่ในฐานะที่จะทำการโต้แย้งหรือคัดค้านได้ระหว่างกระบวนการพิจารณา ซึ่งแตกต่างจากการนำสืบประเด็นต่าง ๆ เข้าสู่คดีในลักษณะ “ข้อเท็จจริง” ในคดีที่คู่ความย่อมมีโอกาสในการนำสืบแสดงเหตุผลทั้งในการสนับสนุนหรือหักล้างอย่างเพียงพอแล้วในกระบวนการทางศาล อนึ่งการปรับใช้ข้อกฎหมายของกระบวนการศาลของรัฐในขณะนี้โดยส่วนใหญ่แล้ว มักยังคงเปิดช่องให้คู่ความในคดีสามารถโต้แย้งหรือคัดค้านโดยให้ศาลสูงทำการตรวจทานการวินิจฉัย “ข้อกฎหมาย” ของศาลล่างได้ แม้จะมีบทบัญญัติห้ามมิให้อุทธรณ์คำตัดสินในส่วนของข้อเท็จจริงก็ตาม[405] ในทางตรงข้ามขณะที่การใช้กฎหมายอิสลามในศาลที่แม้แต่ความชัดเจนในตัวบทกฎหมายอิสลามที่ถูกนำมาใช้ยังคงมีความคลุมเครืออยู่มาก แต่กลับถูกบัญญัติห้ามการอุทธรณ์คำวินิจฉัยในข้อกฎหมายอิสลามของศาล ซึ่งเท่ากับเป็นการกำหนดให้องค์กรศาลและดะโต๊ะยุติธรรมเป็นผู้กำหนดหลักการกฎหมายอิสลามขึ้นแต่โดยลำพัง ไม่เปิดโอกาสให้เกิดกระบวนการโต้แย้งทางศาลได้ อันเป็นการปิดกั้นการพัฒนากฎหมายอิสลามและประสิทธิภาพการอำนวยความยุติธรรมในศาลภายใต้พระราชบัญญัติว่าด้วยการการใช้กฎหมายอิสลามฯ แต่อย่างไรก็ตามการมีองค์กรที่สามารถสร้างความมั่นคงชัดเจนในตัวกฎหมายอิสลามในประเทศไทยยังคงเป็นสิ่งที่ต้องได้รับการพัฒนา เพื่อให้ได้ความมีเสถียรภาพและให้เกิดเอกภาพในการใช้กฎหมายอิสลามในประเทศไทย

จากที่กล่าวมาข้างต้นเป็นประเด็นปัญหาการใช้กฎหมายอิสลามที่เกิดขึ้นในศาล หรือกระบวนการที่คดีจะขึ้นสู่ศาล ซึ่งปัญหาโดยส่วนใหญ่เกิดจากความไม่ชัดเจนของตัวบทกฎหมายเป็นเหตุให้ศาลต้องนำหลักการทางกฎหมายมาปรับใช้กับกระบวนการพิจารณา ซึ่งทั้งนี้การใช้กฎหมายอิสลามในพื้นที่ 4 จังหวัดภาคใต้มีลักษณะพหุนิยมทางกฎหมายของรัฐ ที่ปรากฏสภาวการณ์ชุดกฎหมายที่รัฐต่างถือว่าเป็นกฎหมายภายในของรัฐวางอยู่ร่วมกัน และมีปฏิสัมพันธ์กันขึ้นในการที่ศาลจะนำมาใช้ได้กับข้อเท็จจริงเดียวกัน ซึ่งหลักการหรือแนวคิดที่ศาลจะนำกฎหมายใดมาใช้ในบางลักษณะอาจนำหลักการการเลือกกฎหมายตามหลักการขัดกันแห่งกฎหมายได้ แต่ในขณะที่การใช้กฎหมายอิสลามนั้นมีความแตกต่างจากการเลือกใช้กฎหมายตามหลักการแห่งการขัดกันแห่งกฎหมายที่ค่อนข้างมีความชัดเจนทั้งในทางแนวคิดทฤษฎี และหลักปฏิบัติทางศาลที่มีมาอย่างยาวนาน ดังนั้นการกำหนดความชัดเจนของหลักการเลือกใช้กฎหมายทั้งจากโดยศาลและจากบุคคลผู้เข้ามาสู่กระบวนการทางศาลจึงควรได้รับการศึกษาและพัฒนาเพื่อหารูปแบบการใช้ที่ชัดเจนเพื่ออำนวยความยุติธรรมอย่างมีประสิทธิภาพต่อไป

4.2.4.5 กฎหมายอิสลามที่นำมาใช้ในศาล

---

[403] ข้อ 1 (1) คู่มือหลักกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดก (ฉบับศาลยุติธรรม)

[404] อิสมาแอ เจ๊ะ, *เรื่องเดิม.*

[405] มาตรา 224 และมาตรา 230 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง

ในเรื่องกฎหมายอิสลามที่จะนำมาใช้ในศาลนั้นประสบปัญหาตั้งแต่สมัยที่มีการให้ใช้กฎหมายอิสลามในพื้นที่เจ็ดหัวเมืองที่ไม่เป็นเอกภาพ ซึ่งกฎหมายอิสลามที่จะนำมาปรับใช้แต่เดิมใช้คัมภีร์หรือตำราโบราณที่อยู่ในรูปแบบภาษามลายู และภาษาอาหรับ ทำให้ไม่สะดวกในการนำมาใช้เพื่อวินิจฉัยคดีให้เป็นไปในแนวทางเดียวกัน ทั้งนี้เนื่องจากดะโต๊ะยุติธรรม อาจอ้างแหล่งที่มาในการตีความใช้กฎหมายอิสลามที่อาจแตกต่างกันได้ ดังนั้นในปี พ.ศ.2472 กระทรวงยุติธรรมจึงเริ่มโครงการจัดทำ “หลักกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดก” ที่เป็นภาษาไทยเพื่อให้ดะโต๊ะยุติธรรมนำมาใช้ในศาลทุกศาลที่ต้องใช้กฎหมายอิสลาม เพื่อให้มีกรอบของกฎหมายที่ไปในทิศทางเดียวกันและมีความชัดเจนในการใช้กฎหมาย แต่การจัดทำหลักกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดกได้ตรวจชำระและจัดพิมพ์แล้วเสร็จในปี พ.ศ.2484 ซึ่งเป็นช่วงเวลาแห่งการยกเลิกการใช้กฎหมายอิสลามในพื้นที่ในสมัยของจอมพล ป.พิบูลสงคราม เป็นผลให้หลักกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดกดังกล่าวไม่ได้นำออกใช้ จนมีการให้นำกฎหมายอิสลามกลับมาใช้ใหม่ในปี พ.ศ. 2489 คู่มือดังกล่าวจึงถูกนำมาใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดีในสถานะเป็นกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดกแทนประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 5 และ 6 ในเขตจังหวัดปัตตานี ยะลา นราธิวาสและสตูล เรื่อยมาโดยมิได้มีการแก้ไขปรับปรุงแต่ประการใด[406]

ต่อมาในปี พ.ศ.2550 ศูนย์อำนวยการจังหวัดชายแดนภาคใต้ (ศอ.บต.) ร่วมกับกระทรวงยุติธรรมได้จัดตั้งคณะทำงานเพื่อพัฒนาการใช้กฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดกที่เหมาะสมในจังหวัดชายแดนภาคใต้ อันนำไปสู่การจัดทำร่างข้อบัญญัติกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดก ที่มีคณะกรรมการที่ได้รับการแต่งตั้งจากนายสบโชค สุขารมณ์ ประธานศาลฎีกาในขณะนั้น ในฐานะประธานคณะกรรมการบริหารศาลยุติธรรม จนกระทั้งแล้วเสร็จและนำไปใช้ในการวินิจฉัยอรรถคดีเกี่ยวกับครอบครัวและมรดกในเขต ปัตตานี ยะลา นราธิวาส และสตูล ในปี พ.ศ.2554 โดยมีชื่อว่า “คู่มือหลักกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดก (ฉบับศาลยุติธรรม)” เป็นตัวบทกฎหมายอิสลามที่ใช้อ้างอิงในศาลฉบับปัจจุบัน[407]

ในการยกร่างคู่มือหลักกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดก (ฉบับศาลยุติธรรม) นี้ได้นำหนังสือ ตำราทางหลักการอิสลามของมัซฮับซาฟิอีย์ และหนังสืออ้างอิงรวมมัซฮับมาใช้ในการยกร่างมากกว่า 10 เล่ม เพื่อให้มีความครบถ้วนสมบูรณ์และเป็นปัจจุบันกว่าคู่มือหลักกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดกฉบับของกระทรวงยุติธรรมฉบับเก่า โดยมีการแบ่งเนื้อหาออกเป็น 2 ส่วนคือ ส่วนเนื้อหาว่าด้วยครอบครัวที่มีการ

---

[406] สำนักงานศาลยุติธรรม, *เรื่องเดิม,* หน้า 126.

[407] กิตติศักดิ์ ปรกติ และคณะ, *เรื่องเดิม*, หน้า 208.

แบ่งย่อยออกเป็น 5 ลักษณะ คือ (1) การสมรส (2) ความสัมพันธ์ระหว่างสามีภริยา (3) การขาดจากการสมรส (4) มะฮัดร์ และ (5) ผู้บุพการีและผู้สืบสันดาน และในส่วนเนื้อหาว่าด้วยมรดกมีการแบ่งออกเป็น 2 ลักษณะคือ (1) พินัยกรรม และ (2) การแบ่งปันมรดก โดยมีเนื้อหารวมทั้งหมด 462 ข้อ[408]

ทั้งนี้ในการยกร่างคู่มือหลักกฎหมายอิสลามฯ ฉบับของศาลยุติธรรมนั้น คณะกรรมการผู้ยกร่างได้พยายามอุดช่องว่างในการใช้กฎหมายอิสลาม โดยได้ให้นิยามความหมาย “กฎหมายอิสลาม” แบบกว้างที่กฎหมายอิสลามหมายถึง กฎหมายที่ได้จากบทบัญญัติของอิสลามทั้งหมด ไม่ว่าจะอยู่ในรูปแบบใด ทั้งที่เป็นข้อบังคับหรือข้อสนับสนุนมาปรับแก่กรณีที่จะนำกฎหมายอิสลามาใช้[409] เพื่อจะได้ไม่ต้องนำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้แทนในกรณีที่คู่มือหลักกฎหมายอิสลามฯไม่ได้บัญญัติไว้ หรือในกรณีที่จะใช้กฎหมายอิสลามมาปรับใช้ในเรื่องครอบครัวหรือมรดกแต่ต้องใช้บทบัญญัติในส่วนอื่นเข้ามาวินิจฉัยเสียก่อน อย่างไรก็ตามแม้เมื่อคู่มือดังกล่าวจัดทำแล้วเสร็จและนำออกใช้แล้วในศาลชั้นต้น คำพิพากษาศาลฎีกาในเรื่องเกี่ยวกับการเลือกระหว่างกฎหมายอิสลามและประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาปรับใช้ในคดีของศาลยังคงออกมาในแนวทางลักษณะเดิม ที่ในคดีซึ่งแม้จะเป็นเรื่องเกี่ยวกับครอบครัว แต่ศาลจะยังคงนำข้อกฎหมายในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในส่วนอื่นที่ไม่ได้อยู่ในบรรพ 5 และ บรรพ 6 มาใช้วินิจฉัยคดีเสียก่อนแล้วจึงจะนำกฎหมายอิสลามมาปรับใช้เฉพาะแต่ประเด็นที่อยู่ในบรรพ 5 หรือ บรรพ 6 ดังคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1790/2558 ที่ยกขึ้นมาในตอนต้นแล้วนั้น

4.2.4.6 คณะกรรมการอิสลามประจำจังหวัดในฐานะองค์กรที่มีส่วนในการใช้
กฎหมายอิสลามในพื้นที่

นอกจากองค์กรศาลชั้นต้นในเขตพื้นที่ทั้ง 4 จังหวัด ที่เป็นองค์กรในการปรับใช้กฎหมายอิสลามตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการใช้กฎหมายอิสลามในเขตจังหวัดปัตตานี นราธิวาส ยะลา และสตูล พ.ศ.2489 ดังที่ได้กล่าวไปแล้วนั้น ยังมีองค์กรหรือหน่วยงานอื่นที่เข้ามามีส่วนเป็นผู้ใช้กฎหมายอิสลามในพื้นที่นอกจากศาลที่สำคัญคือ “คณะกรรมการอิสลามประจำจังหวัด” โดยเหตุที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยครอบครัวนั้นได้บัญญัติว่าการสมรสที่ชอบด้วยกฎหมายมีได้แต่การจดทะเบียน ตลอดจนการสิ้นสุดแห่งการสมรสที่มีได้ 3 กรณี คือ 1. ความตายของคู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง 2. การหย่า หรือ 3. ศาลพิพากษาให้เพิกถอน โดยที่การหย่านั้นเกิดขึ้นได้ทั้ง

---

[408] ในคู่มือฯ ใช้คำว่า “ข้อ” แทนคำว่า “มาตรา”

[409] สำนักงานศาลยุติธรรม, *เรื่องเดิม,* หน้า 1.

จากความยินยอมและโดยผลจากคำพิพากษาของศาล[410] แต่อย่างไรก็ตามการหย่านั้นต้องดำเนินการจดทะเบียนหย่าต่อหน่วยงานหรือองค์กรตามที่กฎหมายบัญญัติจึงจะมีผลสมบูรณ์ตามกฎหมาย[411] นอกจากนั้นในบทบัญญัติเรื่องอื่น ๆ ที่ว่าด้วยความสัมพันธ์ทางครอบครัวที่ต้องมีการจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ของรัฐผู้มีอำนาจตามกฎหมาย ผู้มีส่วนเกี่ยวข้องในกรณีดังกล่าวอาจไม่จำเป็นต้องใช้กระบวนการทางศาลก่อน แต่เป็นอำนาจหน้าที่ของหน่วยงานที่กฎหมายกำหนดในการพิจารณารับจดทะเบียนให้ ซึ่งได้มีการประกาศใช้กฎหมายที่ว่าด้วยการจดทะเบียนในเรื่องความสัมพันธ์ทางครอบครัวโดยเฉพาะแล้วตามพระราชบัญญัติจดทะเบียนครอบครัว พุทธศักราช 2478 โดยกฎหมายฉบับดังกล่าวได้บัญญัติถึงทั้งหน่วยงานที่มีอำนาจหน้าที่ในการรับจดทะเบียน และหลักเกณฑ์สำคัญในการรับจดทะเบียนในเรื่องต่าง ๆ เกี่ยวกับความสัมพันธ์ในครอบครัว คือ การสมรส การหย่า การรับรองบุตรและการจดทะเบียนรับบุตรบุญธรรม[412]

แต่เนื่องจากพระราชบัญญัติว่าด้วยการใช้กฎหมายอิสลามในเขตจังหวัดปัตตานี นราธิวาส ยะลา และสตูลฯ ที่ให้ใช้กฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดกแทนประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แต่เฉพาะในศาลชั้นต้น มิได้มีบทบัญญัติใดกล่าวถึงหน่วยงานหรือองค์กรอื่นที่มีอำนาจหน้าที่เพื่อรับรองสถานะต่าง ๆ ของบุคคลตามกฎหมายอิสลามไว้อย่างชัดเจน คงมีเพียงบทบัญญัติในมาตรา 26 (10) แห่งพระราชบัญญัติการบริหารองค์กรศาสนาอิสลาม พ.ศ.2540[413] ที่บัญญัติให้คณะกรรมการอิสลามประจำจังหวัดมีอำนาจหน้าที่ ออกหนังสือรับรองการสมรสและการหย่าตามบัญญัติแห่งศาสนาอิสลาม แต่ทั้งนี้ก็มิได้มีบทบัญญัติกฎหมายข้อใด รวมถึงในคู่มือหลักกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดก (ฉบับศาลยุติธรรม) ที่จะกล่าวถึงสถานะทางกฎหมายของหนังสือรับรองการสมรสและการหย่าของคณะกรรมการอิสลามประจำจังหวัดว่ามีผลทางกฎหมายเช่นใด ตลอดจนหลักเกณฑ์ในการออกหนังสือรับรองการสมรสและการหย่าของคณะกรรมการอิสลามประจำจังหวัดก็เป็นระเบียบภายในที่คณะกรรมการอิสลามแต่ละจังหวัดเป็นผู้จัดทำขึ้น โดยที่ในแต่ละสำนักงานคณะกรรมการอิสลามประจำจังหวัดก็มีแบบที่ใช้ในการรับรองทางทะเบียนที่แตกต่างกัน โดยที่บางสำนักงานก็มิได้ทำหนังสือรับรองเป็นภาษาไทยแต่ใช้เป็นภาษามลายู

---

[410] มาตรา 1457 และ มาตรา 1501 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

[411] มาตรา 1531 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติว่า “การสมรสที่จดทะเบียนตามกฎหมายนั้น การหย่าโดยความยินยอมของคู่สมรสทั้งสองฝ่ายมีผลนับแต่เวลาจดทะเบียนการหย่าเป็นต้นไป”

การหย่าโดยคำพิพากษามีผลแต่เวลาที่คำพิพากษาถึงที่สุด แต่จะอ้างเป็นเหตุเสื่อมสิทธิของบุคคลภายนอกผู้ทำการโดยสุจริตไม่ได้เว้นแต่จะได้จดทะเบียนการหย่านั้นแล้ว”

[412] พระราชบัญญัติจดทะเบียนครอบครัวพุทธศักราช 2478

[413] มาตรา 26 แห่งพระราชบัญญัติการบริหารองค์กรศาสนาอิสลาม พ.ศ.2540

ซึ่งเมื่อหากคู่กรณีหรือบุคคลผู้มีส่วนเกี่ยวข้องต้องนำหลักฐานไปแสดงต่อศาลต้องทำการแปลเอกสารดังกล่าวเป็นภาษาไทย[414] นอกจากนี้คณะกรรมการอิสลามประจำจังหวัดแต่ละจังหวัดก็มิได้จำกัดหน้าที่ในการออกหนังสือรับรองการหย่าหรือทำการหย่าให้แต่เฉพาะการสมรสที่ได้มีหนังสือรับรองจากสำนักงานของตนเท่านั้น แต่คณะกรรมการอิสลามประจำจังหวัดยังทำการหย่าหรือออกหนังสือรับรองการหย่าแก่ผู้ที่มีหนังสือรับรองการสมรสที่ทำขึ้นโดยคณะกรรมการอิสลามประจำจังหวัดอื่นหรือโดยโต๊ะอิหม่ามประจำมัสยิดในพื้นที่จังหวัดอื่นอีกด้วย[415]

นอกเหนือจากการทำหนังสือรับรองการสมรสและการหย่าแล้ว คณะกรรมการอิสลามประจำจังหวัดยังทำหน้าที่เป็นผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเกี่ยวด้วยครอบครัวและมรดก ทั้งนี้เนื่องจากในกรณีที่ฝ่ายหญิงมาขอให้ทางคณะกรรมการอิสลามประจำจังหวัดออกหนังสือรับรองการหย่านั้น จะต้องได้รับการวินิจฉัยหรือชี้ขาดในการคลายนิติสัมพันธ์ทางการสมรสจากบุคคลที่คณะกรรมการอิสลามประจำจังหวัดแต่งตั้งให้เป็นกอฎีอีกด้วย ซึ่งทางกอฎีจะเป็นผู้ไต่สวนและออกหนังสือรับรองการหย่าให้เมื่อไต่สวนได้ความว่ามีเหตุต้องด้วยหลักการทางศาสนาอิสลามว่าด้วยการหย่า โดยที่คณะกรรมการอิสลามประจำจังหวัดอาจทำการเรียกฝ่ายสามีเข้ามาเพื่อไต่สวนหาข้อเท็จจริง และอาจมีคำชี้ขาดในส่วนของเรื่องว่าด้วยทรัพย์สินที่เกี่ยวกับการสมรสและการหย่า แต่อย่างไรก็ตามคำตัดสินในเรื่องเกี่ยวกับทรัพย์สินของกอฎีหรือคณะกรรมการอิสลามประจำจังหวัดไม่มีผลบังคับในทางกฎหมาย ซึ่งหากฝ่ายชายมิได้ปฏิบัติตามคำตัดสินในเรื่องทรัพย์สินนั้นจึงมักไม่ได้ก่อสิทธิให้แก่ฝ่ายหญิงในการเรียกร้องเอาได้ ซึ่งแตกต่างจากการมีคำพิพากษาจากศาลชั้นต้นในพื้นที่ 4 จังหวัดที่มีดะโต๊ะยุติธรรมพิจารณาตัดสินคดีในเรื่องการหย่า ซึ่งมีสภาพบังคับทางกฎหมายตามคำพิพากษาในเรื่องทรัพย์สินด้วย แต่อย่างไรก็ตามประชาชนในพื้นที่โดยเฉพาะสตรีผู้ได้รับความเดือดร้อนที่ต้องการหย่าหรือทำให้นิติสัมพันธ์ทางการสมรสของตนสิ้นสุด มีแนวโน้มจะนำคดีมายังคณะกรรมการอิสลามประจำจังหวัดมากกว่านำคดีขึ้นสู่ศาล เนื่องจากมองว่าการเข้าสู่กระบวนการของศาลเป็นเรื่องยุ่งยากซับซ้อน และต้องมีค่าใช้จ่ายที่ต้องมีทนายความประกอบกับการไม่เข้าใจภาษาไทยและรับรู้ถึงข้อกฎหมายตลอดจนสิทธิของตนในเรื่องเกี่ยวกับครอบครัวอย่างเพียงพอ[416]

---

[414] ภาคผนวก ค แบบฟอร์มหนังสือรับรองการสมรสและการหย่าของคณะกรรมการอิสลามประจังหวัด

[415] อับดุลเลาะ อาบูบากา, กรรมการอิสลามประจำจังหวัดยะลา, สำนักงานคณะกรรมการอิสลามประจำจังหวัดยะลา, 14 มิถุนายน 2560, การสัมภาษณ์

[416] *เรื่องเดียวกัน.*; มะดารี โตะ, *เรื่องเดิม.*

ดังนั้นจะเห็นได้ว่าคณะกรรมการอิสลามประจำจังหวัดถือว่าเป็นองค์กรที่มีส่วนในการใช้กฎหมายอิสลามในพื้นที่ ซึ่งเป็นองค์กรที่ใกล้ชิดกับประชาชนในพื้นที่ ที่สามารถเลือกนำ

ข้อพิพาทของตนในเรื่องเกี่ยวกับครอบครัวและมรดกเข้าสู่การพิจารณา แต่กระนั้นโดยกฎหมายแล้วคณะกรรมการอิสลามประจำจังหวัดมีอำนาจหน้าที่แต่เฉพาะการไกล่เกลี่ยตามที่มีผู้ร้องขอเท่านั้น เว้นแต่จะได้มีการทำข้อตกลงลักษณะอนุญาโตตุลาการกันไว้อย่างชัดแจ้งก่อนเริ่มกระบวนการตัดสินชี้ขาดว่าให้บุคคลหรือคณะบุคคลที่มาทำคำตัดสินชี้ขาดนั้นมีสถานะเป็นอนุญาโตตุลาการ แต่อย่างไรก็ตามบุคลากร องค์กรคณะกรรมการอิสลามประจำจังหวัด หรือผู้มีส่วนเกี่ยวข้องต่าง ๆ ในกระบวนการระงับข้อพิพาทมักไม่มีความรู้และความเข้าใจถึงลักษณะรูปแบบและสถานะทางกฎหมายของการอนุญาโตตุลาการ[417]

4.2.4.7 การยอมรับสถานะการใช้กฎหมายอิสลามโดยองค์กรอื่นนอกจากศาล

ทั้งนี้ในอดีตได้เคยมีการส่งเรื่องให้คณะกรรมการกฤษฎีกาเพื่อขอหารือในแนวทางการปรับใช้กฎหมายอิสลามว่าควรมีรูปแบบการใช้นอกศาลอย่างไรในปี พ.ศ. 2525 ซึ่งคณะกรรมการกฤษฎีกาเสียงข้างมากได้ให้ความเห็นว่า พระราชบัญญัติว่าด้วยการใช้กฎหมายอิสลามฯ เป็นกฎหมายพิเศษที่ยกเว้นการบังคับใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ จึงต้องตีความโดยเคร่งครัด ซึ่งกฎหมายประสงค์ให้ศาลเป็นผู้ใช้กฎหมายอิสลามวินิจฉัยคดีแพ่งที่ได้ฟ้องเป็นคดีหรือร้องต่อศาลตามกระบวนการทางกฎหมายแล้วเท่านั้น และเมื่อมีการตัดสินพิพากษาคดีแล้วคำพิพากษาจึงมีผลผูกพันต่อเจ้าหน้าที่ของรัฐตามคำพิพากษาหรือคำสั่งเฉพาะในเรื่องดังกล่าวเท่านั้น เจ้าหน้าที่ของรัฐอื่นที่มิใช่ศาลจึงไม่อาจนำกฎหมายอิสลามมาใช้ได้เอง ซึ่งหมายถึงการที่เจ้าหน้าที่จะรับรองสิทธิของผู้นับถือศาสนาอิสลามให้เป็นไปตามกฎหมายอิสลามมิได้ เว้นแต่จะมีคำพิพากษาหรือคำสั่งจากศาลแล้วเท่านั้น ซึ่งทางคณะกรรมการกฤษฎีกายังได้มีความเห็นเพิ่มเติมว่า หากรัฐมีความประสงค์จะให้กฎหมายอิสลามมีผลบังคับใช้นอกศาลก็ควรมีการแก้ไขหรือตรากฎหมายในเรื่องดังกล่าวออกมาอย่างชัดเจน[418]

แต่กระนั้นคณะกรรมการกฤษฎีกาเสียงข้างน้อยในการวินิจฉัยข้อหารือปัญหาการใช้กฎหมายอิสลามดังกล่าวมีความเห็นแย้งว่า กฎหมายอิสลามไม่ควรมีผลบังคับใช้แต่เฉพาะในศาลหรือใช้โดยแต่ในการตัดสินคดีของศาลเท่านั้น เนื่องจากพระราชบัญญัติว่าด้วยการใช้กฎหมายอิสลามฯนั้นมิใช่เพียงแต่มุ่งหมายให้ใช้กฎหมายอิสลามในศาลเท่านั้น แต่เพื่อให้ศาลวินิจฉัยคดีให้ถูกต้องตรงตามมูลคดีที่มาสู่ศาล และพระราชบัญญัติว่าด้วยการใช้กฎหมายอิสลามฯเป็นดั่งกฎหมายวิธีพิจารณา

---

[417] มะรอนิง สาแลมิง, ผู้ทรงคุณวุฒิจุฬาราชมนตรี, มหาวิทยาลัยสงขลานครินทร์ วิทยาเขตปัตตานี, 15 มิถุนายน 2560, การสัมภาษณ์.; ฆอซาลี เบ็ญหมัด, คณบดีคณะอิสลามศึกษาและนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยฟาฏอนี, มหาวิทยาลัยฟาฏอนี จังหวัดยะลา, 14 มิถุนายน 2560, การสัมภาษณ์.

[418] กิตติศักดิ์ ปรกติ และคณะ, *เรื่องเดิม*, หน้า 190.

ความ ดังนั้นกฎหมายอิสลามย่อมมีผลใช้บังคับทั่วไปได้ตลอดเขตแดน 4 จังหวัดภาคใต้ไม่เฉพาะแต่ในศาล เพราะกรณีที่จะมีคดีขึ้นสู่ศาลย่อมเกิดกรณีเป็นมูลคดีขึ้นก่อน การที่จะนำกฎหมายอิสลามมาใช้แต่ในศาล ในขณะที่นอกศาลใช้กฎหมายทั่วไปคือประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บังคับนั้นก่อให้เกิดผลประหลาดทางการใช้กฎหมาย กล่าวคือเมื่อบุคคลหรือคู่กรณีที่เป็นมุสลิมมีนิติสัมพันธ์กันในการดำเนินชีวิตแต่จะต้องปฏิบัติตามกฎหมายทั่วไป แต่เมื่อใดก็ตามที่มีคดีขึ้นสู่ศาลศาลกลับนำกฎหมายอิสลามมาพิจารณาตัดสินคดี ซึ่งอาจเป็นผลให้การปฏิบัติตามกฎหมายทั่วไปของบุคคลหรือคู่กรณีที่กระทำขึ้นนอกศาล ไม่ถูกต้องหรือไม่เป็นไปตามกฎหมายอิสลามที่ใช้ในศาล และเป็นผลให้การกระทำหรือนิติสัมพันธ์นั้นใช้ไม่ได้เลยในสายตาศาลแห่งรัฐ[419]

โดยที่ความเห็นทั้งสองฝ่ายในคณะกรรมการกฤษฎีกาต่างเป็นความเห็นที่มีประเด็นสำคัญในแนวทางการใช้กฎหมายอิสลามนอกศาล สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาจึงได้ทำความเห็นสรุปกรณีการตีความกฎหมายดังกล่าวว่าอาจตีความได้สองนัย คือคณะกรรมการฯเสียงข้างมากตีความโดยเคร่งครัดตามถ้อยคำในกฎหมาย ในขณะที่กรรมการฯเสียงข้างน้อยตีความแบบขยายโดยมองปัญหาตามความเป็นจริง ทั้งนี้สำนักงานกฤษฎีกาได้ชี้ให้คณะรัฐมนตรีเห็นว่า การใช้กฎหมายอิสลามในเรื่องความสัมพันธ์ทางแพ่งที่เกี่ยวด้วยครอบครัวและมรดก เป็นเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนกับเอกชน มีค่าบังคับในทางกฎหมายเอกชนเป็นสำคัญ แต่ไม่อาจนำมาใช้อ้างสิทธิทางกฎหมายปกครองหรือกฎหมายมหาชนที่มีความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับเอกชนได้ กล่าวคือ นิติสัมพันธ์ที่เกิดขึ้นตามหลักกฎหมายอิสลามในพื้นที่มิอาจนำมาอ้างสิทธิดังกล่าวต่อรัฐหรือหน่วยงานของรัฐได้ เว้นแต่กรณีที่มีคำพิพากษาของศาลที่เป็นผลให้รัฐมีความผูกพันต่อคำพิพากษานั้น ดังนั้นการใช้กฎหมายอิสลามในพื้นที่ 4 จังหวัดภาคใต้จึงมีลักษณะเป็นการใช้กฎหมายเชิงซ้อนที่หน่วยงานรัฐยึดถือกฎหมายที่บังคับใช้อยู่กับพลเมืองโดยทั่วไป ในขณะที่ชนมุสลิมหากจะปฏิบัติหรือมีนิติสัมพันธ์กันในเรื่องเกี่ยวกับครอบครัวและมรดกตามหลักศาสนาอิสลามก็จะมีผลผูกพันกันแต่ระหว่างคู่กรณีและกลุ่มชนที่ยอมรับหลักศาสนบัญญัติอิสลามเท่านั้น หากจะให้รัฐหรือหน่วยงานของรัฐยอมรับสิทธิหรือสถานะบุคคลตามกฎหมาย บุคคลหรือคู่กรณียังต้องปฏิบัติให้เป็นไปตามกฎหมายทั่วไปที่รัฐประกาศใช้อยู่เท่านั้น

ปัญหาการใช้กฎหมายลักษณะพหุนิยมทางกฎหมายในพื้นที่ 4 จังหวัดได้ก่อให้เกิดภาระและความยุ่งยากแก่ผู้นับถือศาสนาอิสลาม เนื่องจากหน่วยงานของรัฐได้ยึดถือแนวทางความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกาเสียงข้างมากที่ถือว่าอำนาจการวินิจฉัยสิทธิและหน้าที่เกี่ยวกับเรื่องครอบครัวและมรดกเป็นอำนาจของศาลเท่านั้น องค์กรหรือหน่วยงานของรัฐอื่นไม่มีอำนาจในการยอมรับหรือใช้กฎหมายอิสลามได้เองเว้นแต่จะมีคำพิพากษาจากศาล ดังนั้นเมื่อมีกรณีที่ผู้นับถือศาสนาอิสลามต้องการยืนยันสิทธิหรือหน้าที่ที่เกี่ยวเนื่องกับครอบครัวหรือมรดก จึงต้องนำคดีหรือมีคำร้องต่อศาลก่อนเพื่อนำคำพิพากษามาใช้อ้างสิทธิของตนต่อหน่วยงานของรัฐ ซึ่งต่อมาได้มีคำวินิจฉัยข้อหารือของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาที่ยังยืนยันการใช้กฎหมายในลักษณะเชิงซ้อนที่ผู้นับถือศาสนาอิสลามยังต้องปฏิบัติตามกฎหมายที่ใช้เป็นการทั่วไปจึงจะมีสิทธิตามที่รัฐกำหนด โดยรัฐมิได้เข้าไปยอมรับสิทธิที่เกิดจากนิติสัมพันธ์ตามกฎหมายอิสลามของบุคคล

ดังเช่นความเห็นสำนักคณะกรรมการกฤษฎีกาตามบันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง สิทธิในการได้รับบำเหน็จตกทอดและบำนาญพิเศษในฐานะภรรยาและบุตรตามมาตรา

---

[419] *เรื่องเดียวกัน,* หน้า 192.

48 แห่งพระราชบัญญัติบำเหน็จบำนาญข้าราชการ พ.ศ.2494 (กรณีจดทะเบียนสมรสตามกฎหมายอิสลาม) เรื่องเสร็จที่ 120/2551 ที่มีความเห็นว่า หนังสือรับรองการสมรสตามมาตรา 26 (10) แห่งพระราชบัญญัติการบริหารองค์กรศาสนาอิสลาม พ.ศ.2540 ย่อมถือว่าเป็นการสมรสที่ชอบด้วยบัญญัติแห่งศาสนาอิสลาม (ในกรณีนี้แม้ฝ่ายชายมิได้มีภูมิลำเนาอยู่ในเขตพื้นที่ 4 จังหวัดภาคใต้ก็สามารถทำการสมรสตามหลักศาสนาอิสลาม) แต่หนังสือรับรองการสมรสดังกล่าวยังไม่ถือว่าเป็นการจดทะเบียนสมรสตามมาตรา 1457 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และพระราชบัญญัติจดทะเบียนครอบครัว พุทธศักราช 2478 ดังนั้นแม้มีหนังสือรับรองการสมรสตามหลักอิสลามแต่หากบุคคลมิได้ปฏิบัติตามเงื่อนไขการสมรสประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1457 ก็ยังถือมิได้ว่าเป็นการสมรสที่ชอบด้วยประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์[420] แม้ในความเห็นดังกล่าวจะมิได้กล่าวโดยชัดแจ้งว่า การสมรสตามหลักศาสนาอิสลามที่มีหนังสือรับรองจากคณะกรรมการอิสลามประจำจังหวัดนั้น นำมาใช้เพื่ออ้างสิทธิกับหน่วยงานรัฐมิได้ แต่คณะกรรมการกฤษฎีกาชุดดังกล่าวได้ให้ความเห็นว่า คำว่า “ภริยา” ตามพระราชบัญญัติบำเหน็จบำนาญข้าราชการ พ.ศ.2494 มาตรา 48 (2) มีความหมายว่า ภริยาที่จดทะเบียนสมรสโดยชอบด้วยประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เท่านั้น

แต่ต่อมาในปีพ.ศ.2555 ได้มีคำวินิจฉัยข้อหารือของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาที่ยอมรับสิทธิที่เกิดขึ้นจากนิติสัมพันธ์ตามกฎหมายอิสลาม โดยมิต้องให้ศาลมีคำพิพากษาหรือคำสั่งก่อน ตามบันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่องการเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายตามกฎหมายอิสลามเลขเสร็จที่ 687/2555 ซึ่งเป็นกรณีที่กรมบัญชีกลางได้มีหนังสือถึงสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาในเรื่องที่กองทัพบกได้ส่งเรื่องขอรับบำนาญพิเศษของอาสาสมัครทหารพราน (อส.ทพ.) ซึ่งถึงแก่ความตายเนื่องจากการปฏิบัติหน้าที่ โดยที่ผู้ตายได้สมรสกับภรรยาตามหลักศาสนาอิสลามและมีบุตรสาว 2 คน แต่มิได้จดทะเบียนสมรสตามมาตรา 1457 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กรมบัญชีกลางจึงได้จ่ายบำนาญพิเศษให้แก่เฉพาะมารดาของผู้ตายไปก่อนแล้วเท่านั้น แต่สำหรับส่วนของบุตรสาวทั้งสองคนยังมิได้มีการจ่ายบำนาญพิเศษให้แต่อย่างใด (กรณีนี้ภรรยาไม่มีสิทธิเนื่องจากยึดตามความเห็นเดิมตามเลขเสร็จที่ 120/2551 ที่ว่าต้องเป็นภรรยาที่ชอบตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เท่านั้น) บุตรทั้งสองจึงได้ยื่นคำร้องต่อศาลจังหวัดนราธิวาส ขอให้ศาลมีคำสั่งให้เป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของผู้ตาย แต่ศาลจังหวัดนราธิวาสมีคำสั่งไม่รับคำร้องเนื่องจากเห็นว่าบุคคลทั้งสองเป็นบุตรซึ่งเกิดจากผู้ตายกับภรรยา ซึ่งได้สมรสกันโดยชอบตามหลักกฎหมายอิสลาม ดังนั้นบุตรทั้งสองที่เกิดระหว่างสมรสจึงเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายตามหลักศาสนาอิสลามของผู้ตายและภรรยาโดยไม่ต้องมีการรับรองบุตรอีก ซึ่งจากการยกคำร้องของศาลดังกล่าวนำมาซึ่งข้อหารือกับสำนักคณะกรรมการกฤษฎีกา เนื่องจากในความเห็นเดิมตามเลขเสร็จที่ 120/2551 นั้น ยังถือว่าการที่ผู้ตายมิได้จดทะเบียนสมรสตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ การสมรสตามหลักศาสนาอิสลามก็ไม่ถือว่าเป็นเป็นการสมรสตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แต่ในกรณีนี้เมื่อศาลไม่รับคำร้องจึงเกิดเป็นประเด็นว่า บุตรทั้งสองจะเป็นบุตรที่ชอบด้วยประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์หรือไม่

---

[420] สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, เลขเสร็จที่ 120/2551, เรื่อง สิทธิในการได้รับบำเหน็จตกทอดและบำเบ็ญพิเศษในฐานะภรรยาและบุตรตามมาตรา 48 แห่งพระราชบัญญัติบำเหน็จบำนาญข้าราชการ พ.ศ.2494 (กรณีจดทะเบียนสมรสตมกฎหมายอิสลาม).

คณะกรรมการกฤษฎีกาได้มีความเห็นในประเด็นดังกล่าวว่า แม้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้กำหนดเงื่อนไขแห่งการสมรสและได้กำหนดเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดากับบุตร แต่สำหรับเรื่องครอบครัวหรือมรดกที่ผู้เสนอคำขอเป็นอิสลามศาสนิกและเป็นกรณีที่อยู่ในเขตอำนาจของศาลชั้นต้นในจังหวัดปัตตานี นราธิวาส ยะลา และสตูล จะต้องนำพระราชบัญญัติว่าด้วยการใช้กฎหมายอิสลามในเขตจังหวัดปัตตานี นราธิวาส ยะลา และสตูล พ.ศ.2489 มาปรับใช้ กรณีที่หารือปรากฏข้อเท็จจริงว่าผู้ตายและภรรยาเป็นอิสลามศาสนิกมีภูมิลำเนาอยู่ในจังหวัดนราธิวาส ได้ทำการสมรสกันถูกต้องตามกฎหมายอิสลามแล้วจึงถือได้ว่าเป็นสามีภรรยาโดยชอบด้วยกฎหมายตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการใช้กฎหมายอิสลามในเขตจังหวัดปัตตานี นราธิวาส ยะลา และสตูล พ.ศ.2489 ถึงแม้จะไม่ได้จดทะเบียนสมรสกันตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ก็ตาม ดังนั้นบุตรทั้งสองซึ่งเป็นบุตรที่เกิดจากการสมรสดังกล่าวย่อมเป็นบุตรที่ชอบด้วยกฎหมายโดยมิต้องขอให้ศาลมีคำสั่งว่าเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายอีก[421] ซึ่งจากความเห็นดังกล่าวเป็นการแสดงออกชัดถึงการยอมรับสิทธิที่เกิดจากการสมรสตามหลักศาสนาอิสลามว่ามีผลเช่นเดียวกับการสมรสตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยที่มิต้องนำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาบังคับใช้ควบคู่กับนิติสัมพันธ์ของบุคคลอีก แต่อย่างไรก็ตามกรณีดังกล่าวก็เป็นการที่สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกากล่าวถึงแต่การเป็น “ทายาทผู้มีสิทธิ” ตามมาตรา 4 และมาตรา 48 (1) แห่งพระราชบัญญัติบำเหน็จบำนาญข้าราชการฯ ว่าครอบคลุมไปถึงบุตรที่เกิดจากภริยาที่ได้ทำการสมรสตามกฎหมายอิสลามแต่มิได้จดทะเบียนสมรสตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เท่านั้น ยังมิได้เป็นการกลับหลักการในการในเรื่องเก่าแต่อย่างใด ซึ่งแม้แนวคำวินิจฉัยนี้จะเป็นสิ่งยืนยันถึงการยอมรับสภาพบังคับของกฎหมายอิสลามนอกศาลของหน่วยงานของรัฐ แต่ก็ยังมิได้ปรากฏเป็นที่รับรู้แก่บุคคลทั่วไปมากนัก ทั้งนี้จากคำวินิจฉัยดังกล่าวก็เป็นเพียงการให้หน่วยงานของรัฐด้วยกันยอมรับสิทธิที่เกิดจากการสมรสตามหลักศาสนาอิสลาม แต่ก็มิได้มีบทกฎหมายใดที่ยอมรับสถานะทางกฎหมายของบุคคลที่เกิดจากการสมรสตามหลักอิสลามให้เป็นสถานะบุคคลที่ชอบด้วยกฎหมายใช้ยันกับบุคคลโดยทั่วไปได้เช่นดั่งสถานะที่เกิดขึ้นตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งปัญหาดังกล่าวยังคงต้องนำมาวิเคราะห์และสร้างความชัดเจนในหลักการและรูปแบบการใช้กฎหมายอิสลามต่อไป

4.2.4.8 การปฏิบัติตามกฎหมายทั่วไปหรือกฎหมายอิสลาม

การใช้กฎหมายอิสลามของศาลในพื้นที่เป็นลักษณะบทบังคับ กล่าวคือหากคู่กรณีหรือบุคคลเป็นมุสลิมแม้จะไม่ประสงค์จะนำกฎหมายอิสลามมาปรับใช้กับคดีของตนเมื่อคดีขึ้นสู่ศาลแล้วก็กระทำไม่ได้ หากกรณีต้องด้วยหลักเกณฑ์ที่ศาลจะต้องนำกฎหมายอิสลามมาปรับใช้ก็ต้องนำกฎหมายอิสลามมาปรับใช้ เช่นกรณีที่คู่สมรสที่เป็นมุสลิมแม้มีการจดทะเบียนสมรสถูกต้องตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แต่มิได้มีการสมรสที่ถูกต้องตามหลักศาสนาอิสลามหากมีคดีขึ้นสู่ศาลศาลจึงต้องนำแต่บทกฎหมายอิสลามในเรื่องการสมรสมาปรับใช้เท่านั้น ดังนั้นจึงยังต้องถือว่าการสมรสมิได้กระทำขึ้นในสายตาศาล ประกอบกับที่แม้มีกฎหมายกำหนดให้คณะกรรมการอิสลามประจำจังหวัดมีอำนาจหน้าที่ในการออกหนังสือรับรองการสมรสการหย่าตามหลักศาสนาอิสลามไว้แล้วในมาตรา 26 (10) แห่งพระราชบัญญัติการบริหารองค์กรศาสนาอิสลาม พ.ศ.2540 แต่ก็มิได้เป็นบทบังคับว่าการสมรสหรือการหย่าตามหลักศาสนาอิสลามต้องมีการจดทะเบียนหรือออกหนังสือรับรอง

---

[421] สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, เลขเสร็จที่ 687/2555, เรื่อง การเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายตามกฎหมายอิสลาม.

โดยคณะกรรมการอิสลามประจำจังหวัด เหมือนดั่งเช่นการสมรสหรือการหย่าตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่กฎหมายกำหนดไว้ว่าต้องมีการจดทะเบียนต่อเจ้าหน้าที่ แต่อย่างไรก็ตามหากเกิดกรณีที่มุสลิมได้ปฏิบัติตามทั้งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์และทั้งกฎหมายอิสลาม โดยได้มีการออกหนังสือรับรองจากทั้งคณะกรรมการอิสลามประจำจังหวัด และจดทะเบียนสมรสตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ต่อมาหากต้องการหย่าจะนำกฎหมายใดมาปรับใช้

ทั้งนี้ในเรื่องดังกล่าวศาลได้วินิจฉัยถึงสถานะและผลทางกฎหมายของคำชี้ขาดของคณะกรรมการอิสลามประจำจังหวัดที่ให้มีผลใช้บังคับได้เช่นเดียวกับการหย่าตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ดังคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4230/2558 “โจทก์และจำเลยเป็นอิสลามศาสนิก มีภูมิลำเนาในจังหวัดนราธิวาส สมรสกันถูกต้องตามหลักกฎหมายอิสลามและจดทะเบียนสมรสตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โจทก์มาฟ้องหย่าจำเลยโดยบรรยายเหตุแห่งการหย่าตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ สภาพแห่งข้อหาจึงเป็นเรื่องครอบครัว ย่อมตกอยู่ภายใต้บังคับแห่ง พ.ร.บ. ว่าด้วยการใช้กฎหมายอิสลามในเขตจังหวัดปัตตานี นราธิวาส ยะลา และสตูล พ.ศ.2489 มาตรา 3 ที่ให้ใช้กฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดกบังคับแทนบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ จึงต้องใช้เหตุฟ้องหย่าตามหลักกฎหมายอิสลามมาบังคับใช้แทน ป.พ.พ. มาตรา 1516 เมื่อโจทก์ได้ถูกตัดสินให้หย่าขาดจากการเป็นภริยาจำเลยโดยคณะกรรมการอิสลามประจำจังหวัดนราธิวาส โดยระบุไว้ในหนังสือการหย่าร้างว่า คำตัดสินนี้เป็นคำชี้ขาดตามหลักศาสนาและกฎระเบียบทุกประการ จึงเป็นการหย่ากันโดยชอบตามหลักกฎหมายอิสลาม มีผลสมบูรณ์ใช้บังคับได้เช่นเดียวกับการหย่าตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และสามารถนำไปใช้เพื่อจดทะเบียนหย่าตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้เลย โดยโจทก์ไม่จำต้องนำคดีมาฟ้องต่อศาล ที่ศาลชั้นต้นพิพากษายกฟ้องโจทก์จึงชอบแล้ว”[422]

จากคำพิพากษาศาลฎีกาดังกล่าวได้แสดงให้เห็นว่า การที่คู่สมรสที่เป็นมุสลิมได้ทำการจดทะเบียนสมรสตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์โดยได้จดทะเบียนสมรสต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ตามพระราชบัญญัติจดทะเบียนครอบครัว พุทธศักราช 2478 แต่หากมีการสมรสที่ถูกต้องตามหลักศาสนาอิสลามด้วยแล้ว ศาลก็จะไม่นำบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาปรับใช้ในการหย่า และศาลได้ยอมรับถึงอำนาจและสถานะในการปรับใช้กฎหมายอิสลามของคณะกรรมการอิสลามประจำจังหวัดในการตัดสินชี้ขาดในเรื่องการหย่าให้มีผลทางกฎหมายเช่นเดียวกับการหย่าตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และสามารถนำไปใช้อ้างอิงเพื่อจดทะเบียนหย่าต่อเจ้าหน้าที่ตามพระราชบัญญัติจดทะเบียนครอบครัว พุทธศักราช 2478 ได้ โดยคู่กรณีไม่จำเป็นต้องนำคดีมาฟ้องให้ศาลมีคำพิพากษาอีก ซึ่งการจดทะเบียนหย่าต่อเจ้าหน้าที่ดังกล่าวย่อมมิใช่การหย่าโดยคำพิพากษาของศาลแต่อาจถือว่าเป็นลักษณะการหย่าตามความยินยอมที่มีข้อตกลงหรือมีบันทึกการหย่าหรือลักษณะใดนั้นคงต้องหาคำอธิบายต่อลักษณะการหย่าดังกล่าว[423] แต่ทั้งนี้ในปัจจุบันก็มิได้มีบทกฎหมายเฉพาะใดที่กล่าวถึงสถานะทางกฎหมายของคำรับรองในเรื่องสมรสและการหย่าของคณะกรรมการอิสลามประจำจังหวัดว่ามีผลเช่นไรในทางกฎหมาย อาทิเช่นสถานะระหว่างคู่สมรสหรือต่อบุคคลที่สาม

---

[422] คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4230/2558

[423] ภาคผนวก ง จดหมายกรมการปกครองถึงผู้ว่าราชการจังหวัดปัตตานี ยะลา นราธิวาส และสตูล ลงวันที่ 4 กรกฎาคม 2560

อนึ่งความสมบูรณ์หรือสถานะทางกฎหมายของการสมรสหรือการหย่าตามหลักอิสลามนั้น มิได้มีผลสมบูรณ์หรือเสียไปโดยขึ้นอยู่กับการรับรองทางทะเบียนของคณะกรรมการอิสลามประจำจังหวัดแต่อย่างใด แต่จะยึดถือตามการได้สมรสหรือการหย่าที่เป็นไปตามหลักศาสนาตามความเป็นจริงที่ได้มีขึ้นเท่านั้น การสมรสหรือการหย่าที่แม้ไม่มีหนังสือรับรองจากคณะกรรมการอิสลามประจำจังหวัดแต่มีกระบวนการที่ถูกต้องตามหลักศาสนาอิสลามแล้ว หากคดีขึ้นสู่ศาลคู่ความสามารถนำสืบถึงการสมรสหรือการหย่าที่ชอบด้วยหลักการศาสนาอิสลามนั้นต่อศาลได้แม้ไม่มีหนังสือรับรองจากคณะกรรมการอิสลามประจำจังหวัด[424] ดังนั้นปัญหาการจะเลือกปฏิบัติตามกฎหมายใดจึงเกิดขึ้นหากขาดความชัดเจนในเรื่องผลบังคับนอกศาลของกฎหมายอิสลาม ทั้งนี้เนื่องจากไม่มีบทบังคับที่จะห้ามคู่สมรสชาวมุสลิมจะทำการจดทะเบียนสมรสตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แต่ก็มิได้บังคับให้คู่สมรสชาวมุสลิมต้องมีหนังสือรับรองการสมรสหรือการหย่าจากคณะกรรมการอิสลามประจำจังหวัด เมื่อไม่มีความชัดเจนถึงระเบียบลักษณะการยอมรับนิติสัมพันธ์ทางครอบครัวที่เป็นเชิงซ้อนว่าควรมี รูปแบบโครงสร้างที่รัฐยอมรับหรือให้ชนมุสลิมปฏิบัติได้อย่างไร จึงเป็นผลให้เกิดภาระของชนมุสลิมในพื้นที่ที่ต้องปฏิบัติตามกฎหมายหลายรูปแบบเพื่อให้สิทธิหรือสถานะของตนได้รับการรับรองโดยชอบด้วยกฎหมาย

แม้จะมีคำพิพากษาของศาลและคำวินิจฉัยของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาที่มุ่งหมายให้หน่วยงานอื่นนอกจากศาลยอมรับสถานะการใช้กฎหมายอิสลามนอกศาลมากขึ้น และให้กฎหมายอิสลามที่นำมาใช้ในพื้นที่ 4 จังหวัดว่ามีค่าเทียบเท่ากับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ดังที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น แต่กระนั้นก็ยังคงมีประเด็นปัญหาตามมาว่า สถานะบุคคลหรือนิติสัมพันธ์ของบุคคลที่เกิดขึ้นโดยชอบด้วยกฎหมายอิสลามในเขตพื้นที่ 4 จังหวัดภาคใต้มีขอบเขตพื้นที่สภาพบังคับเพียงใดนอกศาล ทั้งนี้แม้ได้เคยมีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ยอมรับสถานะของบุคคลที่เกิดจากการสมรสตามหลักศาสนาอิสลามในพื้นที่ 4 จังหวัดว่ามีผลผูกพันหรือเกิดสิทธิที่ใช้ยันบุคคลอื่นได้ไม่จำกัดแต่ภายในเขตพื้นที่ 4 จังหวัดภาคใต้ และไม่จำกัดไว้แต่ข้อพิพาทในเรื่องครอบครัวและมรดกเท่านั้นตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2812/2525[425] ที่ศาลจังหวัดสงขลายอมรับสถานะนิติสัมพันธ์ของบุคคลที่เกิดจากการสมรสตามหลักศาสนาอิสลามที่มีขึ้นในจังหวัดยะลา แต่อย่างไรก็ตามกรณีดังกล่าวก็เป็นเรื่องที่เกิดขึ้นเมื่อมีคดีขึ้นสู่ศาลและคู่ความได้นำสืบถึงสถานะทางกฎหมายหรือความสัมพันธ์ทางครอบครัวของตนต่อศาลในลักษณะการนำเข้าสู่ศาลในลักษณะ“ข้อเท็จจริง”ในคดี ประกอบกับข้อเท็จจริงในคดีนี้ผู้อ้างนิติสัมพันธ์ที่เกิดจากการใช้กฎหมายอิสลามยังคงมีภูมิลำเนาอยู่ในพื้นที่ 4 จังหวัดภาคใต้และประการสำคัญผู้อ้างยังคงเป็นผู้นับถือศาสนาอิสลาม[426] ดังนั้นจึงยังคงมีปัญหาอยู่ว่าสถานะบุคคลในเรื่องต่าง ๆที่เกิดจากการสมรสตามหลักศาสนาอิสลามในพื้นที่ 4 จังหวัดภาคใต้ เช่นความเป็นสามีภรรยาโดยชอบด้วยกฎหมาย การเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมาย หากเกิดกรณีที่บุคคลดังกล่าวย้ายภูมิลำเนาออกจากเขตพื้นที่ 4 จังหวัด หรือมีที่อยู่หลายพื้นที่ สถานะทางกฎหมายดังกล่าวจะยังคงติดตัวบุคคลนั้น ๆ และใช้ยันบุคคลอื่นทั่วไปนอกเขตพื้นที่ได้หรือไม่เพียงใด

---

[424] อิสมาแอ เจ๊ะ, *เรื่องเดิม.*

[425] คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2812/2525

[426] การตกศาสนาหรือการออกจากการเป็นผู้นับถือศาสนาอิสลามเป็นเหตุแห่งการสิ้นสุดการสมรสตามหลักกฎหมายอิสลาม ตามข้อ 141 (4) คู่มือหลักกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดก (ฉบับศาลยุติธรรม) หน้า 45

ทั้งนี้ในหลักการกฎหมายในเรื่องสถานะบุคคลตามกฎหมายเอกชนระหว่างประเทศแล้ว สถานะทางกฎหมายของบุคคลย่อมถูกยอมรับและติดตัวไปแม้การสมรสจะได้ทำขึ้นในเขตอำนาจกฎหมายของรัฐอื่น หากการสมรสนั้นได้กระทำโดยชอบด้วยกฎหมายในรัฐที่ทำการสมรสนั้น ซึ่งเป็นหลักการรับรองสิทธิซึ่งได้เกิดขึ้นแล้วโดยชอบธรรม (Droits Acquis)[427] ในขณะที่การใช้กฎหมายอิสลามในประเทศไทยนั้นมิได้มีลักษณะเป็นการใช้กฎหมายเอกชนระหว่างประเทศ หากแต่เป็นเรื่องของกฎหมายภายในที่ใช้บังคับโดยแตกต่างกัน โดยมีการกำหนดพื้นที่การใช้กฎหมายอิสลามขึ้นกับกลุ่มชนเฉพาะตามศาสนา โดยที่ในพื้นที่อื่นนอกเขต 4 จังหวัดภาคใต้มิได้มีการยอมรับสถานะทางการใช้กฎหมายอิสลามแต่อย่างใด จึงเกิดเป็นลักษณะการสร้างเขตแดนทางกฎหมายที่แตกต่างกันภายในรัฐ ซึ่งหากผู้นับถือศาสนาอิสลามต้องการให้กฎหมายยอมรับสถานะภาพทางครอบครัวของตนก็ต้องจดทะเบียนสมรสตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ควบคู่กันด้วย แต่อย่างไรก็ตามยังคงมีปัญหาในเรื่องความแตกต่างกันของกฎหมายอิสลามและประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เช่นการสมรสหรือการหย่าที่มีเงื่อนไขที่แตกต่างกัน ซึ่งทั้งนี้จึงก่อให้เกิดนิติสัมพันธ์ทางครอบครัวขึ้นสองลักษณะคือ นิติสัมพันธ์ทางครอบครัวตามกฎหมายอิสลามที่ยอมรับแต่ในพื้นที่ 4 จังหวัด และนิติสัมพันธ์ทางครอบครัวตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่ใช้บังคับนอกเขตพื้นที่ โดยที่นิติสัมพันธ์ทางครอบครัวตามกฎหมายแต่ละชุดไม่จำต้องมีความเกี่ยวพันกัน ทั้งนี้ยังไม่รวมถึงปัญหาที่อาจเกิดขึ้นในกรณีที่ต้องสิ้นสุดการสมรสหรือการหย่าหากมีการสมรสทั้งตามกฎหมายอิสลามและตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เกิดขึ้นในต่างพื้นที่การใช้กฎหมาย อันเป็นเหตุให้เกิดปัญหาที่มีลักษณะคล้ายดั่งปัญหาในกฎหมายเอกชนระหว่างประเทศ ที่เงื่อนไขการสมรสหรือการหย่าที่แตกต่างกันตามกฎหมายแต่ละรัฐ เป็นผลให้การหย่าอาจสมบูรณ์ถูกต้องในรัฐหนึ่งแต่กลับไม่ถูกต้องสมบูรณ์และไม่อาจกระทำได้ตามกฎหมายอีกรัฐหนึ่ง ซึ่งเป็นเรื่องของกฎหมายเอกชนระหว่างประเทศขัดกันในเรื่องการสมรสและการหย่า แต่ในกรณีที่เกิดขึ้นในประเทศไทยนี้คือการสมรสหรือการหย่าถูกต้องสมบูรณ์ตามกฎหมายอิสลามในพื้นที่หนึ่งแต่ไม่ถูกต้องสมบูรณ์ตามกฎหมายทั่วไปแห่งรัฐที่นำมาใช้อีกพื้นที่หนึ่งของประเทศที่เกิดการปรากฏของเขตแดนทางกฎหมายภายในรัฐขึ้น

4.3 การใช้กฎหมายอิสลามนอกพื้นที่จังหวัดปัตตานี นราธิวาส ยะลา และสตูล

ในพื้นที่อื่นของประเทศไทยนอกเขตจังหวัดทั้ง 4 ที่มิได้มีกฎหมายใดโดยเฉพาะที่บัญญัติให้ใช้กฎหมายอิสลามกับผู้นับถือศาสนาอิสลาม คงมีเพียงบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ให้อำนาจหน้าที่หน่วยงานหรือองค์กรบางองค์กรทำหน้าที่ระงับข้อพิพาทหรือออกหนังสือรับรองในเรื่องที่ต้องปฏิบัติตามหลักศาสนา รวมถึงการวินิจฉัยบทบัญญัติหลักการทางศาสนา

---

[427] มาตรา 20 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 ประกอบคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 45/2524 “โจทก์สมรสในประเทศจีนเมื่ออายุ 10 ปี กับหญิงอายุ 12 ปี ซึ่งถูกต้องไม่มีกฎหมายห้ามในประเทศจีนในขณะนั้น เป็นการสมรสที่ชอบด้วย พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ.2481 มาตรา 20 บุตรของโจทก์เป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมาย ไม่ขัดต่อ ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน”

ในขณะที่กฎหมายแห่งรัฐได้มีบทบัญญัติเกี่ยวกับครอบครัวและมรดก เป็นการทั่วไปใช้อยู่กับพลเมืองทั้งชาติโดยไม่จำกัดว่าจะเป็นผู้นับถือศาสนาใด อาทิเช่น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง หรือกฎหมายเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทโดยศาลชำนาญพิเศษในคดีเกี่ยวกับครอบครัว ตลอดจนกฎหมายที่ว่าด้วยการจดทะเบียนเกี่ยวกับครอบครัว แต่อย่างไรก็ตามยังมีประชากรชาวมุสลิมอาศัยอยู่ในส่วนอื่นของประเทศไทยนอกเขต 4 จังหวัดเป็นจำนวนมากหรือคิดเป็นร้อยละ 51 ของประชากรชาวมุสลิมทั้งหมดในประเทศไทย[428]

ทั้งนี้ชนชาวมุสลิมเหล่านี้หากเป็นเป็นผู้ศรัทธาศาสนาอิสลามแล้ว มักต้องนำบทบัญญัติตามหลักศาสนาอิสลามมาใช้ในการดำรงชีวิต แม้จะไม่มีบทบัญญัติกฎหมายแห่งรัฐรับรองการใช้หลักการอิสลามดังกล่าวออกมาอย่างชัดแจ้ง ซึ่งในสถานะของหลักการทางศาสนาอิสลามแล้วมีบทบัญญัติในลักษณะที่ต้องถูกนำไปใช้เยี่ยงกฎหมายแห่งรัฐอยู่หลายลักษณะ อาทิเช่นความสัมพันธ์ที่เกิดจากการสมรส การหย่า ผลแห่งการหย่า ตลอดจนการแบ่งทรัพย์สินที่เกิดจากการหย่าและการตายของบุคคล นอกจากนั้นการที่กฎหมายแห่งรัฐที่ใช้กับพลเมืองทั่วไปมีความแตกต่างจากหลักการศาสนาที่พลเมืองมุสลิมยึดถือปฏิบัติ นำมาซึ่งสภาพแห่งการใช้กฎหมายที่เป็นกระบวนการใช้กฎหมายหรือการระงับข้อพิพาทของเอกชนหรือของหมู่ชนเฉพาะกลุ่ม ที่ในหลายโอกาสเกิดสภาพเป็นกระบวนการยุติธรรมคู่ขนานกับกระบวนการยุติธรรมของรัฐ (Parallel Justice System) ที่อาจไม่มีการทบทวนหรือกำกับตรวจสอบกระบวนการใช้กฎหมายโดยองค์กรทางกฎหมายของรัฐหรือโดยศาลแห่งรัฐ ดังนั้นในส่วนต่อไปนี้จะกล่าวถึงการใช้กฎหมายอิสลามในพื้นที่อื่นนอกเขตจังหวัดปัตตานี นราธิวาส ยะลา และสตูล โดยจะกล่าวถึงความเป็นมาของมุสลิมในสยามและการใช้กฎหมายอิสลามตั้งแต่สมัยอยุธยาจนถึงปัจจุบันที่มีพระราชบัญญัติการบริหารองค์กรศาสนาอิสลาม พ.ศ.2540 เป็นกฎหมายที่ประกาศใช้อยู่ในปัจจุบัน ซึ่งกล่าวถึงอำนาจหน้าที่ระงับข้อพิพาทและออกหนังสือรับรองที่เกี่ยวกับศาสนาอิสลามขององค์กรต่าง ๆ และในตอนท้ายของส่วนนี้จะกล่าวถึงการใช้กฎหมายอิสลามที่เกิดขึ้นตามความเป็นจริงในพื้นที่อื่นนอกเขตพื้นที่ 4 จังหวัดภาคใต้ ตลอดจนปัญหาจากการใช้กฎหมายอิสลามโดยมิได้มีกฎหมายรองรับอย่างชัดแจ้ง

4.3.1 มุสลิมและการใช้กฎหมายอิสลามในสยามสมัยอยุธยาและรัตนโกสินทร์ตอนต้นก่อนมีการปฏิรูปการศาลในรัชกาลที่ 5

---

[428] สำนักงานสถิติแห่งชาติ, **สำมะโนประชากรและเคหะ พ.ศ.2533-2553: รายงานฉบับสมบูรณ์แยกตามรายจังหวัด.**

จากที่ได้กล่าวไปแล้วถึงการเข้ามาของศาสนาอิสลามในดินแดนทางตอนใต้ของสยามก่อนสมัยสุโขทัยประกอบกับมีบันทึกถึงการเข้ามาทำการค้าขายของชาวเปอร์เซียและอาหรับในสุโขทัย จนมาสู่สมัยที่อยุธยาเป็นศูนย์กลางทางการค้าในดินแดนแถบนี้จำนวนชาวต่างชาติที่เข้ามาทำการค้าและเข้ามาตั้งหลักแหล่งในอยุธยาจึงมีมากขึ้นและมีความหลากหลาย ทั้งที่มาจากฝั่งตะวันออกซึ่งเป็น
ชาวจีน ญี่ปุ่นและเวียดนาม และจากทางฝั่งตะวันตกที่มีทั้งชาวอาหรับ เปอร์เซีย อินเดียและยุโรป เมื่อการค้าทางฝั่งตะวันตกของสยามเข้าสู่ยุครุ่งเรืองในราวพุทธศตวรรษที่ 21-22 เป็นผลให้มีชาวต่างชาติจากฝั่งตะวันตกเข้ามาทำการค้าขายและตั้งถิ่นฐานในสยามเพิ่มมากขึ้น โดยอาจแบ่งกลุ่มออกเป็น 3 กลุ่มคือ ชนชาวมุสลิม กลุ่มชาวตะวันตก และกลุ่มอื่น ๆ เช่น แขกพราหมณ์จากอินเดียที่นับถือศาสนาฮินดู หรือกลุ่มชาวเอเชียที่เข้ารีตนับถือศาสนาคริสต์[429] ทั้งนี้ชาวสยามมักจะเรียกชนชาวมุสลิมรวม ๆ ว่า “แขก” แต่ขณะเดียวกันก็มีแขกที่เป็นมุสลิมอยู่หลายเชื้อชาติอาทิเช่น แขกจาม แขกมลายู แขกชวา แขกเทศ และแขกมัวร์ เป็นต้น แต่ชาวสยามก็ยังใช้คำว่าแขกกับชาวต่างชาติที่ไม่ได้นับถือศาสนาอิสลามอีกด้วยเช่น “แขกฮินดู” เพื่อให้มีความหมายแตกต่างจาก “ฝรั่ง” ที่มักจะหมายถึงชนชาติชาวตะวันตกที่มาจากทางยุโรป[430]

ชาวต่างชาติที่มาจากภูมิภาคฝั่งตะวันตกของสยามจะมีสถานภาพที่แตกต่างไปจากชาวจีน ลาว มอญ พม่าที่มีความใกล้ชิดกับชาวสยามมาช้านานกว่า ดังที่ได้มีพระราชกำหนดเก่าในสมัยอยุธยาที่ห้ามมิให้ชาวสยาม มอญ ลาว ลักลอบไปซ่องเสพเมถุนด้วยแขก ฝรั่ง อังกฤษ วิลันดา กุลา และมลายู[431] ซึ่งราชสำนักสยามถือว่าชาวต่างชาติที่มาจากฝั่งตะวันตกของสยามเป็นพวกนอกศาสนาเนื่องจากมิได้นับถือศาสนาพุทธ แต่อย่างไรก็ตามราชสำนักสยามก็ขาดแคลนบุคลากรในด้านต่าง ๆ ที่คนต่างชาติเหล่านี้มีความชำนาญเป็นพิเศษกว่าชนกลุ่มอื่น ดังนั้นราชสำนักสยามจึงจำเป็นต้องพึ่งพาชาวต่างชาติเหล่านี้ แต่ยังคงต้องมีกลไกควบคุมชาวต่างชาติเหล่านี้อย่างใกล้ชิด ซึ่งในระยะแรกการควบคุมชาวต่างชาติเหล่านี้จะให้มีการควบคุมปกครองกันโดยมีผู้นำกลุ่มหรือชุมชนปกครองกันเอง โดยแบ่งการอยู่อาศัยออกเป็นบ้านหรือค่าย เป็นประชาคมตั้งอยู่ในพระนครและปริมณฑลโดยรอบ นอกจากนี้ในชุมชนก็จะมีการตั้งศาสนสถานหรือสถานที่ต่าง ๆ ของชุมชนตามพื้นฐานทางสังคมวัฒนธรรมกลุ่มชนเช่นอาจมี โบสถ์ สุเหร่า ตลาด ในย่านชุมชนนั้น ๆ ซึ่งแหล่งที่ตั้งของชุมชนก็จะขึ้นอยู่

---

[429] จุฬิศพงศ์ จุฬารัตน์, *เรื่องเดิม*, หน้า 52.

[430] **สารานุกรมไทย ฉบับราชบัณฑิตยสถาน เล่ม 4 (2512-2513)** (กรุงเทพมหานคร: ราชบัณฑิตยสถาน, 2513), หน้า 2273 อ้างถึงใน จุฬิศพงศ์ จุฬารัตน์, *เรื่องเดิม*, หน้า 53.

[431] **กฎหมายตราสามดวง เล่ม 5** (กรุงเทพมหานคร: องค์การค้าของคุรุสภา, 2508), หน้า 98, 177 อ้างถึงใน จุฬิศพงศ์ จุฬารัตน์, *เรื่องเดิม*, หน้า 85.

กับความสำคัญของกลุ่มชนเหล่านี้ต่อราชสำนักสยาม ทั้งนี้ราชสำนักสยามอาจมอบยศหรือตำแหน่งขุนนางแก่ผู้นำชุมชนเหล่านี้เพื่อให้เกิดความสัมพันธ์เชิงโครงสร้างแห่งอำนาจกับราชสำนัก และพื่อเป็นหลักประกันว่าชาวต่างชาติเหล่านั้นจะจงรักภักดีต่อราชสำนักสยามด้วย

ดังนั้นในสมัยอยุธยาได้มีชาวต่างชาติเข้ามามีบทบาทในด้านทางการค้าในราชสำนักสยามในฐานะขุนนางเพื่อประกอบภารกิจเฉพาะบางอย่างทั้งที่เป็น “ขุนนางจีน” และ “ขุนนางแขก” และได้มีการจัดระบบบริหารงานด้านการค้าต่างประเทศคือ “กรมท่า” ที่ได้จำแนกเป็น “กรมท่าซ้าย” และ “กรมท่าขวา”[432] โดยยึดเอาตามภูมิศาสตร์กายภาพของอาณาจักรสยามเป็นแกนกลาง[433] กรมท่าซ้ายจึงหมายถึงกิจการเกี่ยวกับฝั่งตะวันออกของสยาม ในขณะที่กรมท่าขวาคือกิจการที่เกี่ยวกับฝั่งตะวันตกของสยาม ซึ่งเป็นกิจการที่เชื่อมโยงกับภูมิภาคตั้งแต่ คาบสมุทรมลายู อ่าวเบงกอล
อ่าวเปอร์เซีย ไปจนถึงทะเลเมดิเตอร์เรเนียนและชายฝั่งตะวันออกของทวีปแอฟริกา พื้นที่การค้าฝั่งตะวันตกจึงกินอาณาบริเวณกว้างมีผู้คนหลากหลายต่างเชื้อชาติ ศาสนา ภาษาและวัฒนธรรม ซึ่งส่วนใหญ่ในขณะนั้นเป็นชนชาวมุสลิม เป็นเหตุให้กรมท่าขวามีขุนนางมุสลิมอยู่ในตำแหน่งที่เรียกว่า
“พระยาจุฬาราชมนตรี” เป็นเจ้ากรม ทั้งนี้นอกจากจะบริหารกิจการด้านการค้าต่างประเทศที่รวมถึงหน้าที่การจัดเก็บภาษีอากรแล้ว กรมท่ายังต้องมีหน้าที่บริหารกำลังพลชาวต่างชาติที่อาศัยอยู่ในสยามอีกด้วย[434]

บทบาทการควบคุมกำลังพลมุสลิมของกรมท่าขวาในสมัยอยุธยา นอกจากจะต้องจัดการกำลังรบแล้ว ยังต้องมีหน้าที่เป็นตุลาการตัดสินคดีความ และเป็นตัวแทนของประชาคมโดยมีหน้าที่รับเรื่องราวร้องทุกข์ของคนมุสลิมในบังคับ ซึ่งอาจได้มีการนำหลักการตามบทบัญญัติอิสลามมาใช้เพื่อระงับข้อพิพาทของชาวมุสลิม นอกจากนี้ขุนนางในกรมท่าขวาจะเป็นเจ้าพนักงานใน “ศาลกรมท่า” ซึ่งเป็นศาลที่มีหน้าที่พิจารณาคดีของชาวต่างชาติตามขนบธรรมเนียมของชาติต่าง ๆ หรือในกรณีที่แขกเป็นจำเลยหรือโจทก์ ไม่ว่าคู่ความจะเป็นชนชาติใด พระยาจุฬาราชมนตรีก็จะทำหน้าที่รับคำอุทธรณ์ ซึ่งกรมท่าขวามีอำนาจในการพิจารณาคดีให้ลุล่วงไปได้โดยไม่จำต้องส่งเรื่องให้กับเสนาบดี[435] ขุนนางกรมท่าขวาจึงมีบทบาทสูงในการควบคุมชนชาวมุสลิมในสยามสมัยอยุธยา แต่อย่างไรก็ตามในสมัยดังกล่าว

---

[432] กรมท่ากลางน่าจะถูกจัดตั้งขึ้นสมัยอยุธยาตอนปลายหรือต้นรัตนโกสินทร์, กรมท่ากลาง ซ้าย ขวา ถูกยกเลิกไปในสมัย ร.5 ปฏิรูประเบียบการปกครองช่วงปี พ.ศ.2435; จุฬิศพงศ์ จุฬารัตน์, *เรื่องเดิม*, หน้า 312, 381.

[433] บางทัศนะเชื่อว่าอาจยึดตามที่นั่งหรือตำแหน่งในท้องพระโรงของขุนนางในการเข้าเฝ้าพระมหากษัตริย์ในสมัยอยุธยา

[434] จุฬิศพงศ์ จุฬารัตน์, *เรื่องเดิม*, หน้า 104.

[435] *เรื่องเดียวกัน,* หน้า 133.

จุฬาราชมนตรีและมุสลิมในสยามส่วนใหญ่จะนับถือศาสนาอิสลามนิกายชีอะฮ์ ซึ่งเป็นผลมาจากมุสลิมโดยส่วนใหญ่ในขณะนั้นมาจากดินแดนทางเปอร์เซียหรืออิหร่าน แต่ต่อมาการล่มสลายของอยุธยาในปี พ.ศ.2310 ทำให้ขุนนางและหน่วยงานกรมท่าขวาและประชาคมชาวมุสลิมในสยามต้องสลายตัวตามไปด้วย

จนสมเด็จพระเจ้าตากสินได้ทรงสถาปนากรุงธนบุรีเป็นราชธานี จึงได้มีการรวบรวมกลุ่มชนชาวมุสลิมขึ้นเป็นประชาคมอีกครั้ง มุสลิมจากดินแดนทางใต้ของสยามคือกลุ่มสายสุลต่านสุไลมาน และกลุ่มจาม-มลายู ซึ่งเป็นมุสลิมนิกายสุหนี่จึงเริ่มที่เข้ามามีบทบาทและอิทธิพลในราชสำนักสยาม แต่อย่างไรก็ตามในปลายสมัยกรุงธนบรีก็ได้มีมาตรการห้ามไม่ให้ชาวไทย มอญเข้ารีตหรือเข้ารับศาสนาอิสลาม ทั้งมิให้เข้าร่วมในพิธีกรรมใด ๆ ของชาวมุสลิมและคริสเตียนโดยเด็ดขาด[436] เป็นผลให้ขุนนางมุสลิมไม่มีอำนาจใด ๆ มากนักในราชสำนักสยามสมัยกรุงธนบุรี ซึ่งแตกต่างจากขุนนางจีนในสมัยนั้น

ต่อมาเมื่อพระบาทสมเด็จพระพุทธยอดฟ้าจุฬาโลกขึ้นครองราชย์ได้แต่งตั้งตำแหน่งต่าง ๆ ในกรมท่าขวาขึ้นอีกครั้งหนึ่งเพื่อเข้ามาดูแลควบคุมประชาคมของชาวต่างชาติที่รวมถึงชนชาวมุสลิมจากหัวเมืองมลายู ซึ่งมีเพิ่มมากขึ้นเนื่องจากสยามได้ยกไปตีหัวเมืองมลายูทางตอนใต้ในสมัยรัชกาลที่ 1 และได้กวาดต้อนเชลยชาวมลายูมุสลิมมาอยู่ในสยามเป็นจำนวนมาก ซึ่งมลายูมุสลิมเป็นมุสลิม
นิกายสุหนี่ในขณะที่พระยาจุฬาราชมนตรีเป็นขุนนางมุสลิมนิกายชีอะห์ ทำให้ในสมัยรัตนโกสินทร์นั้น
พระยาจุฬาราชมนตรีซึ่งเป็นหัวหน้าประชาคมมุสลิมต้องกำกับดูแลและควบคุมมุสลิมต่างนิกายผ่านทาง “หะยี” หรือ “โต๊ะครู” ที่เป็นผู้นำทางศาสนาและผู้นำทางการปกครองของชนมุสลิมมลายู หะยีหรือโต๊ะครูจึงเข้ามามีบทบาทในประชาคมมุสลิมมลายูทั้งในเรื่องการกำหนดแบบแผนในการดำรงชีวิตตามจารีตประเพณีหรือหลักการอิสลามและการระงับข้อพิพาทของชนชาวมุสลิมมลายู โดยมีพระยาจุฬาราชมนตรีเป็นตัวเชื่อมประสานอำนาจจากราชสำนักสยามผ่านหน่วยงานกรมท่าขวาอีกต่อหนึ่ง ดังนั้นเพื่อสร้างความชอบธรรมในการควบคุมชนชาวมุสลิมทั้งหมด พระยาจุฬาราชมนตรีจึงต้องอยู่ในฐานะที่ต้องเป็นที่ยอมรับจากมุสลิมทั้งนิกายชีอะห์ และมุสลิมนิกายสุหนี่ในสยาม[437]

จนเมื่อเข้าสู่รัชสมัยของพระบาทสมเด็จพระนั่งเกล้าเจ้าอยู่หัว ชาติมหาอำนาจตะวันตกได้มีการขยายอิทธิพลเข้ามาสู่ดินแดนแถบนี้เป็นอย่างมาก กลายเป็นภัยคุกคามความมั่นคงของสยามอย่างใหญ่หลวง จนในที่สุดสยามจำต้องทำสนธิสัญญาเบาวริ่งที่

---

[436] **ประชุมพงศาวดารภาคที่ 39 จดหมายเหตุบากหลวงฝรั่งเศส ภาคที่ 6** (กรุงเทพมหานคร: ม.ป.พ., ม.ป.ป.), หน้า 465-466 อ้างถึงใน จุฬิศพงศ์ จุฬารัตน์, *เรื่องเดิม*, หน้า 272.

[437] จุฬิศพงศ์ จุฬารัตน์, *เรื่องเดิม*, หน้า 359.

เสียเปรียบต่อชาติมหาอำนาจตะวันตกในสมัยรัชกาลที่ 4 เป็นเหตุให้บทบาทของกรมท่าขวาในกิจการต่างประเทศเริ่มลดน้อยลง เนื่องจากเรื่องต่างประเทศส่วนใหญ่ในขณะนั้นมักจะเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับชาติมหาอำนาจตะวันตกที่มิได้นับถือศาสนาอิสลาม แต่กรมท่าขวายังคงมีบทบาทในการควบคุมชนชาวมุสลิมอยู่ แต่ทั้งนี้อำนาจการศาลเกี่ยวกับคนต่างชาติหรือคนในบังคับของต่างชาติ ต้องไปอยู่ภายใต้ศาลกงสุลหรือศาลต่างประเทศ ประกอบกับจากผลของสนธิสัญญาเบาวริ่ง ทำให้มีชาวมุสลิมเป็นจำนวนมากที่เข้ามาในสยามในฐานะคนในบังคับของอังกฤษ ฝรั่งเศส และฮอลันดา ไม่จำต้องอยู่ภายใต้อำนาจบังคับของศาลสยามหรือกฎหมายแห่งสยาม มุสลิมกลุ่มนี้ยังได้นำแนวคิดทางศาสนาอิสลามที่มีการฟื้นฟูขึ้นใหม่ใน ดินแดนอาหรับ อียิปต์ ตุรกี และอิหร่านเข้ามาเผยแพร่ให้กับมุสลิมในสยาม เป็นผลให้อำนาจหรือบทบาทของกรมท่าขวาต่อชนมุสลิมยิ่งลดน้อยลง และเมื่อชนชาวมุสลิมได้เดินทางไปศึกษาแนวทางศาสนาอิสลามในต่างประเทศหรือไปทำพิธีฮัจย์เพิ่มมากยิ่งขึ้น จนต้องการความเปลี่ยนแปลงให้เกิดขึ้นในหมู่ชนมุสลิมในสยามพร้อม ๆ กับการต่อต้านอำนาจการปกครองมุสลิมของขุนนางกรมท่าขวาดั่งมีกรณีมุสลิมในบังคับของอังกฤษ ฝรั่งเศส ฮอลันดา มุสลิมมลายู และมุสลิมสายจาม ซึ่งทั้งหมดมีอาชีพเป็นพ่อค้า คหบดีและผู้นำทางศาสนาของชุมชน ได้ทูลเกล้าถวายฎีกาต่อรัชกาลที่ 5 ใน ร.ศ.117 (พ.ศ.2440) เพื่อขอพระราชทานพระบรมราชนุญาตให้ทรงจัดตั้งระบบศาลศาสนาอิสลามและนำกฎหมายอิสลามมาใช้บังคับกับมุสลิมในสยาม ทั้งยังขอพระราชทานให้จัดตั้งเจ้าพนักงานศาลอิสลามที่ประกอบไปด้วย “ไชนุ้ลอิสลาม” หรือผู้บังคับวินัยอิสลาม “กอฎี” หรือผู้พิพากษาคดี และ “อิหม่าม”คือผู้นำในการปฏิบัติตามบทบัญญัติอิสลาม[438] เมื่อทรงได้รับฎีกาเรื่องราวร้องเรียนของมุสลิมกลุ่มนี้ พระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าได้ทรงมีพระบรมราชวินิจฉัยให้ สมเด็จกรมพระยาดำรงราชานุภาพซึ่งขณะนั้นทรงดำรงตำแหน่งเสนาบดีกระทรวงมหาดไทยได้พิจารณาข้อร้องเรียนดังกล่าวซึ่งสมเด็จกรมพระยาดำรงราชานุภาพมีความเห็นว่า

> . . . ถ้าโปรดเกล้าฯ ตั้งธรรมเนียมขึ้นตามที่ขอจะเป็นการยุ่งยากขึ้นในบ้านเมือง แท้จริงแขกพวกนี้ควรเรียกว่าไทยอิสลามเคยอยู่ในกฎหมายไทยมาหลายชั่วคนไม่มีความขัดข้องเดือดร้อนอย่างใด ในเรื่องกฎหมายซึ่งเกี่ยวกับอิสลามที่จริงน้อยคนทีเดียวจะรู้ว่ากฎหมายอิสลามเป็นอย่างใด แม้จะมีความขัดข้องอย่างใด

[438] *เรื่องเดียวกัน,* หน้า 361-363.

กฎหมายทางพิจารณาทุกวันนี้ก็เปิดช่องไว้พอแก่การโดยลักษณะอนุญาโตตุลาการเป็นต้นเป็นการพออยู่แล้ว[439]

ความพยายามขอพระราชทานการศาลและการใช้กฎหมายอิสลามดังกล่าวไม่ประสบความสำเร็จเนื่องจากที่ประชุมเสนาบดีไม่เห็นด้วย นอกจากเหตุผลเรื่องที่จะสร้างความยุ่งยากขึ้นในบ้านเมืองแล้ว ยังมีเหตุผลว่าแต่โบราณมานั้นพระยาจุฬาราชมนตรีเป็นผู้มีหน้าที่พิพากษาคดีของชนชาวมุสลิมในสยามอยู่แล้ว แม้ทางกลุ่มชาวมุสลิมที่ยื่นฎีกาจะทักท้วงเรื่องความรอบรู้ในทางศาสนาของพระยาจุฬาราชมนตรีที่จะทำหน้าที่พิพากษาคดีตามหลักการศาสนาได้ เนื่องจากจุฬาราชมนตรีไม่ใช่มุสลิมในนิกายสุหนี่ก็ตาม ซึ่งเป็นความพยายามในการท้าทายและต่อต้านอำนาจของขุนนางกรมท่าขวาในการปกครองชนชาวมุสลิมในสยาม ทั้งนี้กระแสต่อต้านอำนาจของขุนนางกรมท่าขวายังคงมีเรื่อยมาจนถึงสมัยการเปลี่ยนแปลงการปกครองในปี พ.ศ.2475 ที่ขุนนางกรมท่าขวาต้องหมดอำนาจในการปกครองมุสลิมลงพร้อม ๆ กับระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ที่สิ้นสุดไป

4.3.2 การปฏิรูปการศาลและปฏิรูปการบริหารราชการแผ่นดินในสมัยรัชกาลที่ 5

จากยุคอยุธยาจนถึงรัตนโกสินทร์ตอนต้นจะเห็นได้ว่า การระงับข้อพิพาทหรือการใช้กฎหมายในหมู่ชนมุสลิมในสยามจะอยู่ในรูปแบบของการใช้กฎหมายเฉพาะกับกลุ่มชน โดยผู้มีอำนาจปกครองกลุ่มคือขุนนางแขกในตำแหน่งพระยาจุฬาราชมนตรีจะเป็นผู้ทำหน้าที่ทั้งด้านการปกครอง และตุลาการพิจารณาพิพากษาคดี แต่ทั้งนี้ก็ไม่ปรากฏหลักฐานแน่ชัดว่าการระงับข้อพิพาทหรือพิพากษาคดีในหมู่ชนมุสลิมได้นำหลักการศาสนาอิสลามส่วนใดหรืออย่างไรมาใช้ แม้ต่อมาในตอนต้นสมัยรัตนโกสินทร์ที่มีชนชาวมุสลิมมลายูหรือมุสลิมที่มีความเชื่อทางศาสนาอิสลามต่างนิกายจากจุฬาราชมนตรี เป็นผลให้บทบาทการทำหน้าที่ผู้นำกลุ่มชนหรือผู้ตัดสินคดีระงับข้อพิพาทตกสู่ผู้นำกลุ่มชนย่อยคือ หะยีและโต๊ะครูอีกทอดหนึ่ง การนำหลักการทางศาสนามาปรับใช้เพื่อระงับข้อพิพาทจึงเป็นลักษณะที่ใช้กับกลุ่มชนเฉพาะกลุ่มของตน แม้ในขณะนั้นจะมีศาลกรมท่าขวาที่จะเป็นศาลพิจารณาคดีของบุคคลต่างชาติที่อยู่ในความควบคุมก็ตาม ซึ่งระบบศาลในสมัยรัตนโกสินทร์ตอนต้นยังคงมีรูปแบบเช่นเดียวกับระบบศาลในสมัยอยุธยาที่มีศาลเพื่อชำระความแยกอยู่ตามกลุ่มคนสังกัดต่าง ๆ โดยที่

---

[439] หนังสือกราบทูลพระเจ้าน้องยาเธอกรมหมื่นสมมตอมรพันธุ์ (20 กุมภาพันธ์ ร.ศ.117), หอจดหมายเหตุแห่งชาติ, ร. 5, ม.ร. 9ย./6, เลขที่ 180 อ้างถึงใน จุฬิศพงศ์ จุฬารัตน์, *เรื่องเดิม*, หน้า 362.

ประเภทของศาลก่อนมีการปฏิรูประบบกฎหมายและศาลในสมัยรัชกาลที่ 5 นั้นอาจแบ่งได้ออกถึง 16 ศาลเฉพาะในเมืองหลวง[440]

การปฏิรูประบบกฎหมายและการศาลได้เกิดขึ้นอย่างเต็มรูปแบบในสมัยรัชกาลที่ 5 ด้วยเหตุปัจจัยที่สำคัญจากการที่สยามเสียสิทธิสภาพนอกอาณาเขตแก่ชาติมหาอำนาจตะวันตก ซึ่งอ้างความไม่สมประกอบของระบบกฎหมายและศาลไทย การจะทำให้ราชอาณาจักรสยามในขณะนั้นหลุดพ้นจากการเสียอธิปไตยทางศาลคือการเร่งปรับปรุงและปฏิรูประบบการศาลของไทย ที่ในขณะนั้นมีลักษณะตั้งอยู่บนความสับสนและยุ่งยาก ซึ่งจากเดิมที่มีศาลอยู่มากมายเช่นในกรุงเทพมีศาลในขณะนั้นถึง 16 ศาลและใช้หลักการในเรื่องเขตอำนาจศาลในการพิจารณาคดีที่ขึ้นอยู่กับสถานะของคู่ความว่าอยู่ในสังกัดกระทรวงใดหรือกรมใด จนได้มีการจัดตั้งกระทรวงยุติธรรมขึ้นในปี พ.ศ.2434 และได้โอนศาลมาสังกัดอยู่ในกระทรวงยุติธรรมโดยยุบรวมลงเหลือเพียง 7 ศาล[441] โดยที่ศาลกรมท่าขวาได้ถูกยุบรวมเข้ากับศาลอื่นอันประกอบด้วย ศาลกรมท่ากลาง ศาลกรมท่าซ้าย ศาลธรรมการ ศาลราชตระกูล เป็น “ศาลแพ่งกลาง” เพียงศาลเดียว[442] ซึ่งมีการปรับเปลี่ยนระบบเขตอำนาจศาลมาเป็นการใช้ระบบศาลที่หลักการพิจารณาคดีอยู่บนเนื้อหาแห่งคดีมากขึ้นแทนสถานะของคู่ความว่าสังกัดอยู่ภายใต้หน่วยงานใด นอกจากการยุบรวมศาลกรมท่าขวาเป็นศาลแพ่งกลางแล้ว พระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวหัวได้ทรงปฏิรูประเบียบบริหารราชการแผ่นดินในปี พ.ศ.2435 เป็นผลให้ทั้งกรมท่ากลาง กรมท่าซ้าย และกรมท่าขวาเป็นหน่วยงานที่ต้องถูกยุบเลิกไป ซึ่งในระยะแรกพระยาจุฬาราชมนตรี รวมถึงขุนนางในกรมท่าขวาได้ถูกโอนย้ายไปประจำอยู่ในหน่วยงาน “ศาลต่างประเทศ” ที่ขึ้นอยู่กับกระทรวงยุติธรรม แต่เมื่อมีการปรับปรุงระเบียบราชการด้านศาลต่างประเทศแล้ว ขุนนางกลุ่มนี้จึงไม่มีบทบาทในด้านการศาล แต่ยังคงมีบทบาทเป็นผู้นำของกลุ่มชนมุสลิมในสยามอยู่ต่อไป[443]

เมื่อได้มีการปฏิรูประบบกฎหมายและการศาล โดยที่สยามได้หันมาใช้ระบบกฎหมายแบบประมวลกฎหมายหรือ Civil Law System ที่ศาลต้องอ้างอิงกฎหมายจากตัวบทกฎหมายที่มีการตราเป็นลายลักษณ์อักษรเป็นหลัก กฎหมายบ้านเมืองหรือกฎหมายที่ศาลนำมาใช้จึงได้รับแนวคิดในแนวทางปฏิฐานนิยมทางกฎหมาย มีการตั้งโรงเรียนกฎหมายเพื่อ

---

[440] จารุณี ฐานรตาภรณ์, “ระบบกฎหมายและการศาลในสมัยกรุงศรีอยุธยาที่ตกทอดมาถึงกรุงรัตนโกสินทร์ช่วงก่อนการปฏิรูประบบกฎหมายและการศาล,” **วารสารศาลยุติธรรม,** หน้า 35, ค้นวันที่ 12 ธันวาคม 2561 จาก http://www.library.coj.go.th/Openmedia/index?f=../file_upload/module/manage_digital_file/digital_file/5efa0b16.pdf

[441] พัชรินทร์ เปี่ยมสมบูรณ์, **การปฏิรูปกฎหมายของประเทศไทยตั้ง พ.ศ. 2411-2478** (วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต คณะอักษรศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2517), หน้า 11.

[442] *เรื่องเดียวกัน,* หน้า 12.

[443] จุฬิศพงศ์ จุฬารัตน์, *เรื่องเดิม*, หน้า 370.

ผลิตบุคลากรที่ทำหน้าที่ทั้งเป็นผู้พิพากษา ทนายความหรือเจ้าหน้าที่ในองค์กรอื่นที่ใช้กฎหมาย[444] แต่กฎหมายหรือหลักการที่ใช้อยู่ของหมู่ชนบางกลุ่มเช่นบทบัญญัติหลักการศาสนาอิสลาม ก็มิได้ถูกนำรวมเข้ามาทำเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษร แม้อาจมีบางโอกาสที่กฎหมายเปิดช่องให้นำจารีตประเพณีท้องถิ่นมาใช้ได้บ้างก็ตาม หรือการบัญญัติกฎหมายพิเศษให้ใช้กฎหมายอิสลามได้แต่ในพื้นที่ดินแดนทางตอนใต้ ซึ่งมีบริบททางด้านการเมืองการปกครองที่แตกต่างจากดินแดนส่วนอื่นซึ่งได้กล่าวมาแล้วในตอนต้น ดังนั้นเมื่อกล่าวถึงการใช้กฎหมายอิสลามในดินแดนส่วนอื่นของประเทศไทย นอกเขตพื้นที่ 4 จังหวัดภาคใต้แล้ว จึงเป็นการสร้างกลไกระงับข้อพิพาทที่ใช้กันแต่โดยชุมชน ซึ่งกฎหมายอิสลามถูกนำมาใช้โดยผู้นำชุมชนหรือบุคคลที่ชุมชนเคารพนับถือ ซึ่งเป็นการระงับข้อพิพาทที่ไม่ได้เข้าเกี่ยวข้องกับระบบศาลของรัฐมากนัก เว้นแต่เมื่อมีคดีเข้าสู่กระบวนการทางศาลแล้วคู่ความตกลงให้มีการอนุญาโตตุลาการซึ่งมีลักษณะการอนุญาโตตุลาการในศาล จนมีกฎหมายเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการนอกศาลขึ้นในประเทศไทย การใช้กฎหมายอิสลามอาจใช้ผ่านการอนุญาโตตุลาการแล้วต้องการให้ศาลของรัฐมีคำบังคับให้ซึ่งมีจำนวนไม่มากนัก แต่อย่างก็ตามแม้มิได้มีบทบัญญัติว่าด้วยการนำกฎหมายอิสลามมาใช้ในศาลได้อย่างชัดแจ้ง เช่นดั่งในพื้นที่ 4 จังหวัดภาคใต้ แต่ก็ได้มีกฎหมายที่กล่าวถึงการปกครองควบคุมหรือบริหารกิจการศาสนาอิสลามในประเทศไทย ที่ให้อำนาจหน้าที่ของหน่วยงานที่ตั้งขึ้นตามกฎหมายเหล่านี้ทำหน้าที่ระงับข้อพิพาทของชุมชนมุสลิมได้ดังจะกล่าวต่อไป

4.3.3 กฎหมายการบริหารองค์กรศาสนาอิสลามและการใช้กฎหมายอิสลาม

ก่อนมีการเปลี่ยนแปลงการปกครองของสยามในปี พ.ศ.2475 การแต่งตั้งขุนนางหรือตำแหน่งต่าง ๆ ในการบริหารราชการแผ่นดินล้วนแล้วแต่เป็นความประสงค์ของพระมหากษัตริย์ เช่นเดียวกับตำแหน่งจุฬาราชมนตรีที่ทำหน้าที่ดูแลประชาคมมุสลิมในสยาม แต่ต่อมาเมื่อมีการเปลี่ยนแปลงการปกครองแล้ว อำนาจต่าง ๆ ตกสู่องค์กรหรือบุคคลตามโครงสร้างทางอำนาจภายใต้รัฐธรรมนูญและกฎหมายแห่งรัฐ ตำแหน่งจุฬาราชมนตรีหรือการบริหารกิจการที่เกี่ยวเนื่องกับศาสนาอิสลามในช่วงแรกภายหลังจากเปลี่ยนแปลงการปกครองจึงยังมิได้มีการบัญญัติเป็นกฎหมายเฉพาะ จนภายหลังสงครามโลกครั้งที่ 2 ที่เกิดการเปลี่ยนแปลงและข้อเรียกร้องในเรื่องความแตกต่างของพลเมืองที่เป็นมุสลิมขึ้นในประเทศไทย เหตุจากในช่วงที่รัฐมีนโยบายชาตินิยมสมัย จอมพล
ป. พิบูลสงคราม ที่ได้พยายามสร้างวัฒนธรรมความเป็นหนึ่งเดียวของชาติไทย โดยยึดมั่นในความเป็นรัฐที่มีศาสนาพุทธเป็นศาสนาหลักของชาติ และได้ละเลยความแตกต่างของคนใน

---

[444] พัชรินทร์ เปี่ยมสมบูรณ์, *เรื่องเดิม,* หน้า 18.

ชาติหรือมิได้ให้ความสำคัญแก่ชนศาสนาอื่นเท่าใดนัก[445] และเมื่อจอมพล ป. พิบูลสงคราม หมดอำนาจลงในปี พ.ศ.2488 นโยบายฟื้นฟูและปรับความสัมพันธ์ระหว่างชาวมุสลิมทั้งในพื้นที่ภาคใต้และในพื้นที่อื่นในประเทศไทยได้ถูกประกาศใช้แทนนโยบายรัฐนิยมของจอมพล ป. พิบูลสงคราม ได้มีออกกฎหมายหลายฉบับที่หันมาส่งเสริมสนับสนุนกิจการศาสนาอิสลามในประเทศไทยอาทิเช่น การนำการใช้กฎหมายอิสลามในพื้นที่ 4 จังหวัดกลับมาใช้อีกครั้งในปี พ.ศ.2489 และในส่วนการบริหารกิจการที่เกี่ยวกับศาสนาอิสลามได้มีการออกกฎหมายเฉพาะขึ้นคือ พระราชกฤษฎีกาว่าด้วยการศาสนูปถัมภ์ฝ่ายอิสลาม พ.ศ.2488 และพระราชบัญญัติมัสยิดอิสลาม พ.ศ.2490 ทั้งนี้กฎหมายทั้งสองฉบับดังกล่าวได้รับการแก้ไขและพัฒนามาเป็น พระราชบัญญัติการบริหารองค์กรศาสนาอิสลาม พ.ศ.2540 ซึ่งประกาศใช้อยู่จนถึงปัจจุบัน

ในพระราชบัญญัติการบริหารองค์กรศาสนาอิสลาม พ.ศ.2540 ได้มีการบัญญัติถึงโครงสร้างการบริหารกิจการศาสนาอิสลามโดยอาจแบ่งองค์ประกอบที่สำคัญออกเป็น 4 ส่วน คือ (1) จุฬาราชมนตรี (2) คณะกรรมการกลางอิสลามแห่งประเทศไทย (3) คณะกรรมการอิสลามประจำจังหวัด และ (4) มัสยิด

โดยที่กฎหมายได้บัญญัติให้มีการแต่งตั้งจุฬาราชมนตรีหนึ่งคน เพื่อเป็นผู้นำกิจการศาสนาอิสลามในประเทศไทย ซึ่งตำแหน่งจุฬาราชมนตรีเป็นตำแหน่งที่ได้รับการแต่งตั้งจากพระมหากษัตริย์ ที่นายกรัฐมนตรีเป็นผู้นำชื่อทูลเกล้าโดยผ่านการเห็นชอบจากกรรมการอิสลามประจำจังหวัด
ทั่วประเทศ[446]

ส่วนของคณะกรรมการกลางอิสลามแห่งประเทศไทยจะประกอบด้วยจุฬาราชมนตรีเป็นประธานกรรมการ และกรรมการที่มาจากกรรมการอิสลามประจำจังหวัดจังหวัดละหนึ่งคน และจากกรรมการอื่นที่จุฬาราชมนตรีคัดเลือกมีจำนวนหนึ่งในสามของจำนวนผู้แทนคณะกรรมการอิสลามประจำจังหวัด ทั้งนี้คณะกรรมการกลางอิสลามแห่งประเทศไทยจะได้รับโปรดเกล้าฯแต่งตั้งจากพระมหากษัตริย์เช่นกัน ซึ่งคณะกรรมการกลางอิสลามแห่งประเทศไทยมีสถานะเป็นนิติบุคคล[447]

ในขณะที่คณะกรรมการอิสลามประจำจังหวัดนั้นมีบทบัญญัติให้จังหวัดใดมีราษฎรนับถือศาสนาอิสลามและมีมัสยิดตามที่กฎหมายกำหนดไม่น้อยกว่า 3 มัสยิดในพื้นที่จังหวัดนั้น ๆ ให้คณะกรรมการกลางอิสลามแห่งประเทศไทยประกาศให้จังหวัดนั้นมีคณะกรรมการอิสลามประจำจังหวัดขึ้นคณะหนึ่งประกอบด้วยกรรมการไม่น้อยกว่า 9 คนแต่มีจำนวนไม่

---

[445] ธเนศ อาภรณ์สุวรรณ, *เรื่องเดิม,* หน้า 83.

[446] มาตรา 6 แห่งพระราชบัญญัติการบริหารองค์กรศาสนาอิสลาม พ.ศ.2540

[447] มาตรา 16 แห่งพระราชบัญญัติการบริหารองค์กรศาสนาอิสลาม พ.ศ.2540

เกิน 30 คน โดยที่กระทรวงมหาดไทยจะดำเนินการให้อิหม่ามประจำมัสยิดในจังหวัดนั้น ๆ เป็นผู้คัดเลือกกรรมการอิสลามประจำจังหวัด ทั้งนี้คณะกรรมการอิสลามประจำจังหวัดก็มีสถานะเป็นนิติบุคคลเช่นกัน[448]

องค์กรในส่วนสุดท้ายคือ “มัสยิด” ซึ่งกฎหมายได้ให้นิยามว่าเป็นสถานที่ซึ่งมุสลิมใช้ประกอบศาสนากิจโดยต้องมีละหมาดวันศุกร์เป็นปกติและเป็นสถานที่สอนศาสนาอิสลาม มัสยิดจะมีสถานะเป็นนิติบุคคลเมื่อได้จดทะเบียนตามกฎหมายแล้ว แต่ทั้งนี้มัสยิดต้องมี “คณะกรรมการอิสลามประจำมัสยิด” คณะหนึ่งซึ่งได้รับคัดเลือกจากที่ประชุม “สัปปุรุษประจำมัสยิด” ซึ่งคณะกรรมการอิสลามประจำมัสยิดประกอบด้วย “อิหม่าม” “คอเต็บ” “บิหลั่น”[449] และกรรมการอื่นตามจำนวนที่ที่ประชุมสัปปุรุษประจำมัสยิดนั้นกำหนดจำนวนไม่น้อยกว่า 6 คนแต่ไม่เกิน 12 คน ทั้งนี้บุคคลที่จะเป็นคณะกรรมการอิสลามประจำมัสยิดใดได้จึงต้องขึ้นทะเบียนเป็นสัปปุรุษประจำมัสยิดนั้น ๆ ด้วย

จากกฎหมายที่กำหนดโครงสร้างทางการบริหารองค์กรอิสลามในประเทศไทยดังกล่าวจะเห็นว่าหน่วยย่อยสุดของโครงสร้างการบริหารกิจการองค์กรศาสนาอิสลามคือ “สัปปุรุษประจำมัสยิด” ซึ่งกฎหมายได้ให้นิยามของ “สัปปุรุษประจำมัสยิด” ว่าคือมุสลิมที่คณะกรรมการอิสลามประจำมัสยิดมีมติรับเข้าเป็นสัปปุรุษประจำมัสยิด และมีชื่ออยู่ในทะเบียนสัปปุรุษประจำมัสยิด แต่ผู้นั้นจะเป็นสัปปุรุษเกินกว่าหนึ่งมัสยิดในเวลาเดียวกันไม่ได้ แต่กระนั้นกฎหมายก็มิได้มีบทบังคับให้มุสลิมในประเทศไทยทุกคนต้องขึ้นทะเบียนเป็นสัปปุรุษประจำมัสยิดใดมัสยิดหนึ่งแต่อย่างใด

นอกจากโครงสร้างในองค์กรและการบริหารองค์กรที่เกี่ยวเนื่องกับศาสนาอิสลามดังกล่าวมาข้างต้นแล้วพระราชบัญญัติการบริหารองค์กรศาสนาอิสลามฯ ยังได้บัญญัติถึงอำนาจหน้าที่ของหน่วยงานในส่วนที่เกี่ยวกับระงับข้อพิพาทและการนำกฎหมายหรือบทบัญญัติทางศาสนาอิสลามมาปรับใช้เรียงตามลำดับองค์กรจากล่างขึ้นบนดังนี้

1. คณะกรรมการอิสลามประจำมัสยิดมีอำนาจหน้าที่[450]

1) พิจารณามีมติรับมุสลิมเข้าเป็นสัปปุรุษประจำมัสยิด

2) ประนีประนอมข้อพิพาทระหว่างสัปปุรุษประจำมัสยิดเมื่อได้รับการร้องขอ

3) ในกรณีที่สัปปุรุษประจำมัสยิดไม่ได้ปฏิบัติตนให้เป็นไปตามบทบัญญัติแห่งศาสนาอิสลาม คณะกรรมการอิสลามประจำมัสยิดมีอำนานจำหน่ายชื่อสัปปุรษประจำ

---

[448] มาตรา 23 แห่งพระราชบัญญัติการบริหารองค์กรศาสนาอิสลาม พ.ศ.2540

[449] มาตรา 1 แห่งพระราชบัญญัติการบริหารองค์กรศาสนาอิสลาม พ.ศ.2540 ให้ความหมาย “อิหม่าม” หมายความว่า ผู้นำศาสนาอิสลามประจำมัสยิด “คอเต็บ” หมายความว่า ผู้แสดงธรรมประจำมัสยิด “บิหลั่น” หมายความว่า ผู้ประกาศเชิญชวนให้มุสลิมปฏิบัติศาสนกิจตามเวลา

[450] มาตรา 35 (5), (7) และ (9) แห่งพระราชบัญญัติการบริหารองค์กรศาสนาอิสลาม พ.ศ.2540

มัสยิดออกจากทะเบียน เมื่อได้สอบสวนแล้วปรากฏว่าผู้นั้นกระทำการฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติให้ถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งศาสนาอิสลาม

2. คณะกรรมการอิสลามประจำจังหวัดมีอำนาจหน้าที่[451]

1) ประนีประนอมหรือชี้ขาดคำร้องทุกข์ของสัปปุรุษประจำมัสยิด ซึ่งเห็นว่าไม่ได้รับความเป็นธรรมจากคณะกรรมการอิสลามประจำมัสยิด

2) ออกหนังสือรับรองการสมรสและการหย่าตามบทบัญญัติแห่งศาสนาอิสลาม

3) ประนีประนอมข้อพิพาทเกี่ยวกับเรื่องครอบครัวและมรดกตามบัญญัติแห่งศาสนาอิสลามเมื่อได้รับร้องขอ

3. คณะกรรมการกลางอิสลามแห่งประเทศไทย มีอำนาจหน้าที่ ออกระเบียบวิธีการดำเนินงานและควบคุมดูแลการบริหารงานของคณะกรรมการอิสลามประจำจังหวัดและคณะกรรมการอิสลามประจำมัสยิด และมีอำนาจหน้าที่ออกประกาศและให้คำรับรองเกี่ยวกับกิจการศาสนาอิสลาม[452]

4. ในขณะที่กฎหมายกำหนดให้จุฬาราชมนตรีเป็นผู้นำทางศาสนาอิสลามในประเทศไทย และมีบทบาทในการบริหารงานกิจการศาสนาอิสลามโดยทำหน้าที่เป็นประธานคณะกรรมการกลางอิสลามแห่งประเทศไทย แต่ในทางการใช้กฎหมายอิสลามหรือข้อบัญญัติทางศาสนาอิสลาม จุฬาราชมนตรีมีอำนาจหน้าที่ออกประกาศเกี่ยวกับข้อวินิจฉัยตามบัญญัติแห่งศาสนาอิสลามอีกด้วย[453]

4.3.4 การใช้กฎหมายอิสลามนอกพื้นที่จังหวัดปัตตานี นราธิวาส ยะลา และสตูลในปัจจุบัน

เนื่องจากมิได้มีกฎหมายเฉพาะใดที่ให้ศาลแห่งรัฐหรือหน่วยงานของรัฐยอมรับการใช้กฎหมายอิสลามในพื้นที่อื่นนอกเขต 4 จังหวัดในภาคใต้ หากแต่เป็นการนำกฎหมายอิสลามมาใช้โดยองค์กรตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายว่าด้วยการบริหารองค์กรศาสนาอิสลาม แม้ในกฎหมายจะให้อำนาจหน้าที่ในการระงับข้อพิพาทในลำดับชั้นต่าง ๆ ขององค์กรโดยการประนีประนอมข้อพิพาท และได้กำหนดเป็นอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการอิสลามประจำจังหวัดในการทำหนังสือรับรองการสมรสและการหย่าตามหลักศาสนาอิสลาม แต่อย่างไรก็ตามในพื้นที่อื่นนอกเขต 4 จังหวัดภาคใต้ การออกหนังสือรับรองการสมรสและการหย่าดังกล่าวก็มิได้มีกฎหมายใดรองรับถึงสถานะทางกฎหมายของหนังสือรับรองการสมสรและการหย่า และสถานะของบุคคลที่เกิดจากการสมรสตามหลักศาสนาอิสลาม เช่นเดียวกับที่ไม่มีหลักเกณฑ์และรูปแบบการประนีประนอมข้อพิพาทว่ามีต้องมีรูปแบบอย่างไรอย่างแน่ชัด

---

[451] มาตรา 26 (3), (10), และ (11) แห่งพระราชบัญญัติการบริหารองค์กรศาสนาอิสลาม พ.ศ.2540

[452] มาตรา 18 (5) และ (9) แห่งพระราชบัญญัติการบริหารองค์กรศาสนาอิสลาม พ.ศ.2540

[453] มาตรา 8 (4) แห่งพระราชบัญญัติการบริหารองค์กรศาสนาอิสลาม พ.ศ.2540

โดยมีลักษณะการใช้กฎหมายอิสลามโดยองค์กรตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายว่าด้วยการบริหารองค์กรศาสนาอิสลามในพื้นที่อื่นนอกเขต 4 จังหวัดภาคใต้ดังนี้

4.3.4.1 รูปแบบการใช้กฎหมายอิสลาม

การใช้กฎหมายอิสลามนอกเขตพื้นที่ 4 จังหวัดภาคใต้เป็นไปในรูปแบบการใช้ตามความสมัครใจ เนื่องจากมิได้มีกฎหมายที่ชี้ให้ศาลต้องนำกฎหมายอิสลามมาใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดี เป็นเพียงแต่พระราชบัญญัติการบริหารองค์กรอิสลาม พ.ศ.2540 กำหนดหน้าที่ในการออกหนังสือรับรองการสมรสและการหย่าตามบทบัญญัติศาสนาอิสลามและทำการประนีประนอมข้อพิพาทเกี่ยวกับเรื่องครอบครัวและมรดกตามบทบัญญัติอิสลามเมื่อได้รับการร้องขอเท่านั้น แต่ทั้งนี้แม้หน้าที่ในการออกหนังสือรับรองจะเป็นของคณะกรรมการอิสลามประจำจังหวัด แต่ในทางปฏิบัติแล้วการสมรสหรือการหย่าจะกระทำโดยอิหม่ามประจำมัสยิด โดยการมอบอำนาจจากคณะกรรมการอิสลามประจำจังหวัด เพื่อเป็นการอำนวยความสะดวกต่อมุสลิมที่ต้องการทำการสมรส อย่างไรก็ตามในกรณีที่มีข้อพิพาทขึ้นในเรื่องครอบครัวหรือมรดกที่ทางมัสยิดโดยอิหม่าม หรือคณะกรรมการมัสยิดไม่สามารถไกล่เกลี่ย หรือระงับข้อพิพาทได้เอง จะนำเรื่องส่งถึงคณะกรรมการอิสลามประจำจังหวัด[454] แต่เนื่องจากการสมรสตามหลักศาสนาอิสลามนอกเขตพื้นที่ 4 จังหวัดนั้นมิได้ถูกยอมรับให้มีสถานะทางกฎหมายหรือมีการชี้ว่าเป็นลักษณะข้อสัญญาประเภทใดหรือไม่อย่างไร จึงมิอาจมีการบังคับให้คู่กรณีกระทำหรือมิกระทำการใดได้ เว้นแต่จะมีการลงนามหรือทำข้อตกลงกันไว้ของคู่กรณีให้การระงับข้อพิพาทของคณะกรรมการอิสลามประจำจังหวัดเป็นลักษณะการอนุญาโตตุลาการ[455]

ในพื้นที่จังหวัดที่มีมุสลิมอาศัยอยู่เป็นจำนวนมากเช่นในจังหวัดสงขลาหรือกรุงเทพมหานคร คณะกรรมการอิสลามประจำจังหวัดได้ออกระเบียบภายในขึ้น ในการแต่งตั้งคณะทำงานหรือผู้มีหน้าที่ต่าง ๆ ในการใช้กฎหมายอิสลาม โดยให้มีชื่อเรียกตำแหน่งต่าง ๆ ให้เป็นไปตามหลักศาสนาอิสลามเช่นมีการแต่งตั้ง “กอฎี” ทำหน้าที่ดั่งผู้ตัดสินคดีข้อพิพาท หรือ “วะลีย์อาม” เป็นผู้ทำการสมรสในฐานะผู้ปกครองฝ่ายหญิงเพื่อให้การสมรสที่มีขึ้นถูกต้องตามหลักศาสนาอิสลาม แต่กระนั้นการสมรสหรือการหย่าโดยส่วนใหญ่ยังได้กระทำขึ้นผ่านอิหม่ามและคณะกรรมอิสลามประจำตามมัสยิดต่าง ๆ โดยอาจมีการให้ความเห็นหรือปรึกษาด้านหลักการศาสนาอิสลามจาก โต๊ครูหรือครูสอนศาสนาอิสลามในพื้นที่ประกอบ เป็นเหตุให้ลักษณะการทำการสมรสมีเงื่อนไขในการสมรสหรือการหย่าตามหลักศาสนาที่แตกต่างกันในเรื่องรายละเอียด อาทิในเรื่องการขอความยินยอมจากหญิงที่จะ

---

[454] ดนวาหะ เส็นหวัง, รองประธานกรรมการอิสลามประจำจังหวัดสงขลา, สำนักงานคณะกรรมการอิสลามประจำจังหวัดสงขลา, 13 มิถุนายน 2560, การสัมภาษณ์.

[455] มะรอนิง สาแลมิง, *เรื่องเดิม*.; ฆอซาลี เบ็ญหมัด, *เรื่องเดิม.*

สมรส การหย่าที่กระทำโดยฝ่ายชายแบบใดจะมีผลเป็นการคลายนิติสัมพันธ์ทางการสมรสที่สมบูรณ์ได้บ้าง หรือกระบวนการพิจารณาที่มีผู้เกี่ยวข้องเป็นผู้ใดบ้าง[456] แต่ประเด็นปัญหาที่ดูจะเป็นเรื่องสำคัญคือ เมื่อมีการหย่าเกิดขึ้นแล้ว ฝ่ายชายไม่จ่ายค่าอุปการะเลี้ยงดู หรือจ่ายทรัพย์สินใด ๆ ตามเงื่อนไขแห่งการหย่าตามหลักศาสนาอิสลามที่ฝ่ายชายมีพันธะผูกพันต้องจ่ายแก่ฝ่ายหญิง โดยที่ฝ่ายหญิงไม่อาจดำเนินการเรียกร้องใด ๆ ทางกฎหมายได้[457]

การใช้กฎหมายอิสลามเพื่อการระงับข้อพิพาทของคณะกรรมการอิสลามประจำจังหวัด และคณะกรรมการประจำมัสยิดเป็นการใช้ในรูปแบบการไกล่เกลี่ยและประนีประนอมข้อพิพาท ที่มีขั้นตอนและวิธีการแตกต่างกันตามความรู้ความชำนาญของบุคคลากรประจำมัสยิดหรือคณะกรรมการอิสลามประจำจังหวัด โดยจะนำหลักการตามบทบัญญัติในเรื่องสัญญาประนีประนอมยอมความตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้ โดยที่คู่กรณีต้องมีการลงนามร่วมกันหากตกลงกันได้ในเรื่องต่าง ๆ และสถานที่ในการไกล่เกลี่ยอาจมีขึ้น ณ มัสยิด ที่ทำการคณะกรรมการอิสลามประจำจังหวัด หรือแม้แต่บ้านพักอาศัยของโต๊ครู หรืออิหม่าม แต่อย่างไรก็ตามในเรื่องมรดกนั้นหากมิได้มีการทำข้อตกลงให้มีอนุญาโตตุลาการระหว่างทายาทผู้มีสิทธิได้รับมรดกทุกคน การวินิจฉัยหรือการไกล่เกลี่ยประนีประนอมของพิพาทมรดกมักไม่ค่อยมีประสิทธิภาพเนื่องจากไม่มีบทกฎหมายใดมารองรับในการที่ให้ทุกฝ่ายปฏิบัติตาม ทั้งนี้การไกล่เกลี่ยในระดับมัสยิดโดยอิหม่ามมักต้องอาศัยหลักความเคารพและเลื่อมใสศรัทธาต่อผู้นำชุมชนมุสลิม และในหลายโอกาสยังคงต้องใช้มาตรการปฏิบัติทางสังคมของชุมชนมุสลิมนั้น ๆ ในการบังคับให้เป็นไปตามหลักการศาสนาอิสลาม[458]

4.3.4.2 กฎหมายอิสลามที่นำมาใช้

การรับรองการสมรสและการหย่าของคณะกรรมการอิสลามประจำจังหวัดและโดยอิหม่ามประจำมัสยิดนั้น มิได้อ้างอิงจากคู่มือหลักกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดก (ฉบับศาลยุติธรรม) แต่เป็นการใช้กฎหมายอิสลามตามตำรากฎหมายทั้งที่เป็นภาษาอาหรับ และเป็นภาษามลายู ซึ่งเป็นตำราที่ใช้ในสถาบันการเรียนการศึกษาทั้งในประเทศและต่างประเทศ ในขณะที่ในภาคใต้โดยส่วนใหญ่ความเห็นทางกฎหมายอิสลามมีความสอดคล้องไปในทิศทางเดียวกัน และใช้แนวทางของมัชฮับซาฟีอีย์ แต่อาจมีประเด็นปลีกย่อยที่มีแนวทางในการปฏิบัติที่แตกต่างกัน

---

[456] ก้อซันหลี เบ็ญหมัด, **การใช้กฎหมายอิสลามลักษณะครอบครัวมรดก ของมุสลิมในจังหวัดสงขลา** (วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยสงขลานครินทร์, 2546), หน้า 116.

[457] *เรื่องเดียวกัน,* หน้า 129.

[458] ดนวาหะ เส็นหวัง, *เรื่องเดิม.*

แม้กฎหมายอิสลามที่นำมาใช้จะมิได้มีการจัดทำเป็นประมวลเพื่อใช้ร่วมกัน แต่ก็มิได้เกิดความขัดแย้งในตัวกฎหมายมากนัก เนื่องจากคณะกรรมการอิสลามประจำจังหวัดยังคงมีหน้าที่ควบคุมดูแลการปฏิบัติงานของคณะกรรมการมัสยิดหรือบรรดาอิหม่าม ประกอบกับมีการให้ความรู้ทางหลักศาสนาอิสลามตามโครงสร้างของคณะกรรมการอิสลามแห่งประทศไทย

4.3.4.3 การทำหนังสือรับรองการสมรสและการหย่าตามหลักศาสนาอิสลามตามที่กฎหมายให้อำนาจหน้าที่ไว้

ในการทำหนังสือรับรองการสมรสนั้นเนื่องจากทางคณะกรรมการอิสลามประจำจังหวัดได้มอบอำนาจให้ทางมัสยิดเป็นผู้ทำหนังสือรับรองการสมรส โดยมีแบบฟอร์มที่ใช้อยู่เพื่อตามมัสยิดต่าง ๆ ซึ่งเมื่อมีผู้มาทำการสมรสหรือทำหนังสือรับรองการสมรส ทางมัสยิดจะทำการสืบสวนข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการสมรสว่าถูกต้องตามเงื่อนไขตามบัญญัติศาสนาอิสลาม เช่นการไต่สวนถึงคุณสมบัติของชายและหญิง วะลีย์ (ผู้ปกครองฝ่ายหญิง) และพยานและออกหลักฐานหนังสือรับรองการสมรสตามแบบดังที่แสดงในภาคผนวก[459]

ในการหย่านั้นอาจมีรูปแบบสองกรณีคือ การที่คู่กรณีมาขอให้ทางคณะกรรมการอิสลามประจำจังหวัดหรือมัสยิดทำการหย่าให้ กับกรณีของมีการหย่ามาแล้วโดยคู่กรณีโดยมีพยานแล้วมาให้คณะกรรมการอิสลามประจำจังหวัดหรือประจำมัสยิดออกหนังสือรับรองให้เท่านั้น ซึ่งในกรณีที่มาให้ทางคณะกรรมการอิสลามฯ หย่าให้นั้น จะต้องมีการสอบสวนหาข้อเท็จจริงตลอดจนไกล่เกลี่ยและประนีประนอมยอมความเพื่อให้ได้ข้อตกลงต่าง ๆ แต่อย่างไรก็ตามแม้หลักการอิสลามจะมีบทบัญญัติเกี่ยวกับทรัพย์สินที่ฝ่ายชายมีพันธะผูกพันที่ต้องชำระแก่ฝ่ายหญิงจากการหย่า แต่ในทางปฏิบัติ คณะกรรมการอิสลามประจำมัสยิดไม่มีอำนาจในทางบังคับให้บุคคลปฏิบัติตามในเรื่องทรัพย์สิน คงกระทำได้แต่การออกหนังสือรับรองการหย่าให้เมื่อพิจารณาได้ความว่าเป็นการหย่าที่กระทำขึ้นตามหลักศาสนาอิสลามเท่านั้น[460]

---

[459] ภาคผนวก ก และ ข แบบฟอร์มหนังสือรับรองการสมรส การหย่าและการฟ้องหย่า

[460] ดนวาหะ เส็นหวัง, *เรื่องเดิม.*

บทที่ 5

ปัญหาการบริหารงานยุติธรรมอิสลามในประเทศไทย

ในบทนี้จะกล่าวถึงปัญหาการบริหารงานยุติธรรมอิสลามในประเทศไทย โดยได้นำข้อศึกษาการบริหารงานยุติธรรมอิสลามในลักษณะพหุนิยมทางกฎหมายในรัฐต่าง ๆ และแนวคิดทฤษฎีที่เกี่ยวข้องมาปรับใช้เพื่อหารูปแบบและข้อเสนอแนะที่เหมาะสมในการบริหารงานยุติธรรมอิสลามในประเทศไทยได้อย่างมีประสิทธิภาพ โดยแบ่งเนื้อหาออกเป็น 8 ประเด็น คือ 1. การบริหารงานยุติธรรมอิสลามภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย 2. ขอบเขตเนื้อหาแห่งคดีที่นำกฎหมายอิสลามมาใช้ 3. องค์กรตัดสินคดีที่ใช้กฎหมายอิสลาม 4. องค์กรรับรองทางทะเบียน 5. องค์กรสร้างแบบแผนการใช้กฎหมายอิสลามอย่างเป็นเอกภาพ 6. องค์กรไกล่เกลี่ยข้อพิพาท 7. ขอบเขตทางพื้นที่การใช้กฎหมายอิสลาม 8. การนำกฎหมายอิสลามมาใช้ผ่านช่องทางกฎหมายว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการ

5.1 การบริหารงานยุติธรรมอิสลามภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

ประเทศไทยแม้จะมีผู้นับถือศาสนาพุทธเป็นจำนวนมากกว่าร้อยละ 90 ของประชากรทั้งหมดของประเทศ แต่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยได้บัญญัติไว้ซึ่งเสรีภาพทางศาสนาที่ยอมรับความหลากหลายในการนับถือศาสนาของพลเมืองในรัฐดั่งที่บัญญัติไว้ในมาตรา 31 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยว่า “บุคคลย่อมมีเสรีภาพบริบูรณ์ในการถือศาสนาและย่อมมีเสรีภาพในการปฏิบัติหรือประกอบพิธีกรรมตามหลักศาสนาของตน แต่ต้องไม่เป็นปฏิปักษ์ต่อหน้าที่ของปวงชนชาวไทย ไม่เป็นอันตรายต่อความปลอดภัยของรัฐ และไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน”[461] อันเป็นการคุ้มกันเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญในทางศาสนาไว้สองประการ ประการแรกคือเสรีภาพในการถือศาสนาซึ่งเป็นเสรีภาพในทางความเชื่อ มโนสำนึก ที่ปัจเจกชนจะมิถูกบังคับให้ต้องยึดถือศาสนาใดหรือมีความเชื่อใดความเชื่อหนึ่ง และประการที่สองคือเสรีภาพในการปฏิบัติหรือประกอบพิธีกรรมตามหลักศาสนาของตน รัฐจึงมีหน้าที่ในการเคารพสิทธิและเสรีภาพดังกล่าวของพลเมือง อย่างไรก็ดีเสรีภาพในการปฏิบัติหรือประกอบพิธีกรรมตามความเชื่อทางศาสนาที่รัฐธรรมนูญให้การรับรองนั้นก็มิได้เป็นการให้เสรีภาพโดยไม่มีขอบเขตจำกัด ยังมีการกำหนดให้การใช้เสรีภาพนั้นต้องไม่เป็นปฏิปักษ์ต่อหน้าที่ของปวงชนชาวไทย ไม่เป็นอันตรายต่อความปลอดภัยของรัฐ และไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ดังนั้นผู้นับถือศาสนาอิสลามในประเทศไทยจึงมีเสรีภาพที่จะปฏิบัติหรือประกอบพิธีกรรมตามความเชื่อทางศาสนาได้ ตราบใดที่ไม่เป็นปฏิปักษ์ต่อหน้าที่ของปวงชนชาวไทย หรือกระทบต่อความมั่นคงปลอดภัยแห่งรัฐ หรือขัดต่อความสงบ

---

[461] มาตรา 31 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

เรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน ทั้งนี้บุคคลไม่ว่านับถือศาสนาใดย่อมมีความเสมอภาคกันตามกฎหมาย และต้องได้รับการปฏิบัติอย่างเท่าเทียม[462]

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยยังบัญญัติให้เป็นแนวนโยบายแห่งรัฐที่ต้องเป็นผู้อุปถัมภ์ศาสนาโดยมิได้แบ่งแยกว่ารัฐจักต้องอุปถัมภ์แต่ศาสนาพุทธเท่านั้น[463] การอุปถัมภ์ศาสนาอาจเป็นไปได้ในหลายลักษณะเช่นการอุดหนุนทางการเงิน การสร้างกฎระเบียบของรัฐที่ไม่เป็นการขัดขวางการปฏิบัติตามความเชื่อทางศาสนา การส่งเสริมให้การปฏิบัติตามความเชื่อทางศาสนาเป็นไปได้โดยสะดวก

ในส่วนของศาสนาอิสลามนั้นนอกจากจะมีบทบัญญัติตามรัฐธรรมนูญที่ได้รับรองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลผู้ที่นับถือศาสนาอิสลามในฐานะพลเมืองของรัฐโดยทั่วไปแล้วยังได้มีการบัญญัติกฎหมายที่เกี่ยวกับศาสนาอิสลามและผู้นับถือศาสนาอิสลามโดยเฉพาะที่สำคัญอีก 4 ฉบับ ได้แก่ พระราชบัญญัติส่งเสริมกิจการฮัจย์ พ.ศ.2524 ที่มีขึ้นเพื่ออำนวยความสะดวกและปลอดภัยในการเดินทางไปประกอบพิธีฮัจย์ของชาวไทยผู้นับถือศาสนาอิสลาม ณ เมืองเมกกะ ประเทศซาอุดิอาระเบีย[464] พระราชบัญญัติธนาคารอิสลามแหงประเทศไทย พ.ศ.2544 ซึ่งมีจุดมุ่งหมายเพื่อประกอบธุรกิจทางการเงินและประกอบกิจการอื่นใหสอดคลองกับหลักการของศาสนาอิสลาม[465] พระราชบัญญัติการบริหารองค์กรศาสนาอิสลาม พ.ศ.2540 ที่ตราขึ้นเพื่อวางระเบียบหลักเกณฑ์ในการบริหารองค์กรศาสนาอิสลาม และ พระราชบัญญัติว่าด้วยการใช้กฎหมายอิสลามในเขตจังหวัดปัตตานี นราธิวาส ยะลา และสตูล พ.ศ.2489 ที่ให้นำหลักการทางศาสนาอิสลามเข้ามาเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายแห่งรัฐโดยให้นำกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดกมาใช้ในศาลชั้นต้นในพื้นที่จังหวัดปัตตานี นราธิวาส ยะลา และสตูล ซึ่งเป็นการบัญญัติให้นำกฎหมายอิสลามมาใช้กับแต่เฉพาะผู้นับถือศาสนาอิสลามในพื้นที่ที่กำหนดเท่านั้นและมีขอบเขตจำกัดแต่เฉพาะในคดีครอบครัวและมรดกโดยมิต้องอยู่ภายใต้กฎหมายว่าด้วยครอบครัวและมรดกตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่ใช้อยู่กับพลเมืองอื่นทั่วไปที่มิได้นับถือศาสนาอิสลาม อันเป็นการใช้ระบบกฎหมายหรือระบบศาลกับบุคคลในลักษณะพหุนิยมทางกฎหมายของรัฐ (State Legal Pluralism) ที่ยอมรับความแตกต่างของกลุ่มชนตามความเชื่อทางศาสนาแล้วให้นำหลักการทางศาสนานั้นมาใช้เป็นกฎหมายแห่งรัฐ ซึ่งถือได้ว่าเป็นแนวทางนโยบายแห่งรัฐในการสร้างระบบกฎหมายที่ไม่เป็นการขัดขวางการปฏิบัติตามความเชื่อทางศาสนา และอำนวยการให้การปฏิบัติการทางศาสนาไปเป็นได้โดยสะดวก เนื่องจากหลักบัญญัติศาสนาอิสลามมีความครอบคลุมในการดำเนินชีวิตของมุสลิม การยึดถือการประพฤติปฏิบัติตามกฎหมายอิสลามของมุสลิมจึงมิใช่เป็นเพียงการนำตัวบทกฎหมายมาใช้เพื่อระงับความขัดแย้งหรือรักษาผลประโยชน์เฉพาะตนแต่ยังเป็นหัวใจแห่งการแสดงความเคารพยำเกรงต่อพระเจ้าของผู้ศรัทธา และในส่วนของในเรื่องครอบครัวและมรดกนั้นก็มีบทบัญญัติทางศาสนาที่ใช้อยู่ในกลุ่มชนมุสลิมซึ่งมีความแตกต่างในสาระสำคัญหลายประการกับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่รัฐตราขึ้น ดังนี้จึง

---

[462] มาตรา 27 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

[463] มาตรา 67 วรรคแรกของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย “รัฐพึงอุปถัมภ์และคุ้มครองพระพุทธศาสนาและศาสนาอื่น”

[464] เหตุผลท้ายพระราชบัญญัติส่งเสริมกิจการฮัจย์ พ.ศ.2524

[465] เหตุผลท้ายพระราชบัญญัติธนาคารอิสลามแห่งประเทศไทย พ.ศ.2544

ได้เกิดสภาวะยกเว้นทางกฎหมายในการนำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยครอบครัวและมรดกมาใช้แต่ให้นำหลักการทางศาสนาอิสลามมาใช้แทน

แต่กระนั้นกฎหมายอิสลามมีลักษณะเป็นกฎหมายศาสนาที่มีรากกำเนิดมาจากสภาพสังคมในอดีตที่แตกต่างจากปัจจุบัน และเป็นข้อบัญญัติทางความเชื่อทางศาสนาที่ต้องอาศัยลักษณะการตีความและอ้างอิงแหล่งที่มาของบทกฎหมายตามความเชื่อทางศาสนา ปัญหาในการนำกฎหมายอิสลามมาใช้กับรัฐสมัยใหม่ที่สำคัญประการหนึ่งซึ่งมักจะถูกหยิบยกขึ้นเป็นประเด็นอภิปรายเมื่อต้องนำกฎหมายอิสลามมาปรับใช้คือการที่กฎหมายอิสลามอาจมีบทบัญญัติหลายประการที่ขัดกับหลักการสำคัญด้านสิทธิมนุษยชนที่แต่ละรัฐได้บัญญัติรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญรวมถึงในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยอันได้แก่ หลักความเสมอภาคและการไม่เลือกปฏิบัติ หลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์และสิทธิเด็ก เนื่องจากมีความเห็นของหลายฝ่ายมองว่าหลักการของกฎหมายอิสลามโดยส่วนใหญ่มีลักษณะการยึดถือระบบชายเป็นใหญ่หรือปิตาธิปไตย (Patriarchy) ก่อให้เกิดลักษณะทางกฎหมายที่ปฏิบัติต่อเพศโดยไม่เท่าเทียมกันเช่น การมีเงื่อนไขในการสมรสและการหย่าที่แตกต่างกันระหว่างเพศชายและเพศหญิง การหย่าที่เป็นเอกสิทธิ์ของฝ่ายชาย การให้ฝ่ายชายสามารถมีภรรยาได้มากกว่าหนึ่งคน (Polygamy) การแบ่งมรดกที่ทายาทผู้หญิงมีสิทธิในมรดกที่มีสัดส่วนน้อยกว่าทายาทชาย ตลอดจนปัญหาที่เกิดจากการกำหนดเกณฑ์อายุขั้นต่ำในการสมรสตามกฎหมายอิสลามที่อาจเป็นการก่อให้เกิดลักษณะการสมรสเด็ก (Child Marriage) และอาจนำไปสู่การล่วงละเมิดทางเพศเด็กหรือแสวงหาประโยชน์ทางเพศจากผู้เยาว์ขึ้นได้

แม้ในหลายรัฐที่ได้นำกฎหมายอิสลามเข้าเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายแห่งรัฐจะได้มีการสร้างรูปแบบการปรับใช้กฎหมายอิสลามเพื่อให้การปฏิบัติตามความเชื่อทางศาสนาโดยใช้กฎหมายอิสลามเป็นไปอย่างสอดคล้องและสมดุลกับการคุ้มกันสิทธิของทั้งสตรีและเด็กตามหลักสิทธิมนุษยชนสากลให้มากขึ้นเช่น การสร้างรูปแบบกระบวนทางกฎหมายในการหย่าที่แม้จะเป็นเอกสิทธิ์ของเพศชายแต่ต้องมีการรับรองจากรัฐเพื่อให้สตรีได้สิทธิในทรัพย์สินตามกฎหมายอิสลามที่เกิดจากการหย่านั้น การยอมรับให้สตรีสามารถทำการหย่าได้โดยไม่ต้องได้รับความยินยอมจากฝ่ายชายเท่านั้นทั้งที่เป็นการหย่าที่เกิดจากการผิดสัญญาก่อนสมรสหรือระหว่างสมรส หรือการหย่าโดยมีสินจ้าง การกำหนดอายุขั้นต่ำในการสมรสไว้โดยชัดแจ้งเพื่อคุ้มกันสิทธิเด็กในการถูกล่วงละเมิดทางเพศหรือเข้าสู่การสมรสก่อนวัยอันควร ตลอดจนถึงการยอมรับให้สตรีเข้ามาร่วมทำหน้าที่ในการพิจารณาคดีที่เกี่ยวกับศาสนาอิสลาม

เมื่อกล่าวถึงประเด็นเนื้อหาของกฎหมายอิสลามที่นำมาใช้ในประเทศไทยและหลักการสำคัญด้านสิทธิมนุษยชนในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ในที่นี้ผู้เขียนจึงได้พิจารณาจากเนื้อหาของกฎหมายอิสลามตามคู่มือหลักกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดก (ฉบับศาลยุติธรรม) ของสำนักงานศาลยุติธรรม พ.ศ.2554 เป็นเบื้องต้น โดยจะยกประเด็นในเนื้อหาของกฎหมายอิสลามที่เกี่ยวกับเงื่อนไขการสมรส ความสัมพันธ์ระหว่างสามีภรรยา การสิ้นสุดของการสมรส และมรดก เป็นประเด็นสำคัญ 5 ประเด็น คือ 1. หญิงจะสมรสได้ต้องมีวาลี (ผู้ใช้อำนาจปกครองหรือผู้ปกครอง) ทำการสมรสให้ 2. เกณฑ์อายุขั้นต่ำในการสมรส 3. การให้ฝ่ายชายสามารถมีภรรยาได้มากกว่าหนึ่งคน 4. การให้การหย่าเป็นเอกสิทธิ์ของคู่สมรสฝ่ายชาย และ 5. การแบ่งมรดกที่ทายาทเพศหญิงมีสัดส่วนในทรัพย์มรดกน้อยกว่าทายาทเพศชาย

1. หญิงจะสมรสได้ต้องมีวะลีย์ (ผู้ใช้อำนาจปกครองหรือผู้ปกครอง) ทำการสมรสให้

แม้การสมรสเป็นการผูกนิติสัมพันธ์ระหว่างชายและหญิงเพื่อเป็นสามีภรรยากันอย่างถูกต้องตามกฎหมาย แต่เงื่อนไขในการสมรสตามหลักศาสนาอิสลามที่ได้บัญญัติไว้ในคู่มือหลักกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดก (ฉบับศาลยุติธรรม) ว่านอกจากจะประกอบด้วยคู่สมรส พยานอย่างน้อยสองคน และการเปล่งวาจาเสนอและสนองของทั้งสองฝ่าย (อีญาบและกอบูล) แล้วยังต้องประกอบด้วยวะลีย์ (ผู้ใช้อำนาจปกครองหรือผู้ปกครอง) ของคู่สมรสฝ่ายหญิง[466] เนื่องจากไม่อนุญาตให้หญิงทำการสมรสด้วยตนเองแม้จะได้รับความยินยอมจากวะลีย์[467] แม้หลักการดังกล่าวจะดูราวว่าเป็นการจำกัดสิทธิสตรีในการสมรสแต่หากพิจารณาโดยโครงสร้างทั้งหมดของบทบัญญัติแล้วพบว่าเนื่องจากความสัมพันธ์ทางครอบครัวตามหลักศาสนาอิสลามเมื่อชายและหญิงสมรสกันแล้วจักต้องเป็นหน้าที่ของฝ่ายชายเท่านั้นที่ต้องอุปการะเลี้ยงดูฝ่ายหญิงเป็นอย่างดีตามฐานานุรูป มิได้เป็นความสัมพันธ์ที่ทั้งสองฝ่ายมีหน้าที่อุปการะเลี้ยงดูซึ่งกันและกันดั่งเช่นบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ทั้งกันนี้บางทัศนะยังถือว่าการแต่งงานเป็นสิ่งที่ต้องห้าม (หะรอม) สำหรับชายที่ไม่มีทรัพย์สินหรือฐานะเพียงพอสำหรับเลี้ยงดูภรรยาและบุตรของตน[468] จึงเกิดการสร้างเงื่อนไขแห่งการสมรสที่ต้องมีผู้ปกครองฝ่ายหญิงเข้ามาเป็นองค์ประกอบที่สำคัญเพื่อปกป้อง ดูแลในการอนุญาตให้หญิงได้ใช้ชีวิตสมรสอย่างมั่นคงและมีความสุขได้ การที่มีกฎหมายดังกล่าวบัญญัติให้การปฏิบัติมีความแตกต่างเนื่องจากเพศเป็นผลมาจากลักษณะความสัมพันธ์ที่แตกต่างกันของคู่สมรส อย่างไรก็ตามเมื่อพิจารณาเงื่อนไขแห่งการสมรสที่สำคัญอีกประการหนึ่งประกอบคือหลักความยินยอมของฝ่ายหญิง ที่ฝ่ายหญิงสามารถปฏิเสธการสมรสได้หากไม่ต้องการสมรส[469] และมิได้มีการปิดกั้นการที่หญิงจะสมรสกับชายที่ตนปรารถนาหากไม่มีวะลีย์หรือวะลีย์ของหญิงนั้นไม่ยินยอม โดยมีการแบ่งลักษณะของวะลีย์ที่สามารถเข้ามาทำให้การสมรสสมบูรณ์ได้ถึง 3 ลักษณะคือ วะลีย์คอส (วะลีย์ที่เป็นเครือญาติที่เป็นเพศชาย) วะลีย์อาม (วะลีย์ที่ได้รับการแต่งตั้งจากรัฐ) และวะลีย์ตะห์กีม (วะลีย์เฉพาะกิจ) โดยที่หากฝ่ายหญิงต้องการทำการสมรสแต่ไม่มีวะลีย์คอส หรือวะลีย์คอสไม่ยินยอมก็ยังเป็นหน้าที่ของวะลีย์อามหรือวะลีย์ตะห์กีมที่จะทำการสมรสให้ได้แล้วแต่กรณี เงื่อนไของค์ประกอบการสมรสดังกล่าวจึงไม่น่ามีเนื้อหาที่ขัดกับหลักการความเสมอภาคของบุคคลทางรัฐธรรมนูญแต่อย่างใด และในหลายประเทศที่มีการให้ใช้กฎหมายอิสลามก็ยังได้จัดให้มี วะลีย์อาม หรือผู้ทำหน้าที่ปกครองฝ่ายหญิงที่ทำการสมรสให้ได้ประจำ อยู่ ณ ที่มีการจัดตั้งหน่วยงานรับรองทางทะเบียนในการสมรสตามหลักศาสนาอิสลามเพื่อให้การปฏิบัติตามหลักการทางศาสนาเป็นไปอย่างสอดคล้องกับหลักการทางกฎหมายที่รัฐคุ้มครองเช่นเดียวกับการสมรสตามหลักศาสนาอื่นที่คงการมีเงื่อนไขที่ต้องมีผู้ทำการสมรสให้เพื่อให้การสมรสสมบูรณ์ตามหลักศาสนาหรือประเพณีปฏิบัติ

2. เกณฑ์อายุขั้นต่ำในการสมรส

เกณฑ์อายุขั้นต่ำในการสมรสตามหลักศาสนาอิสลามมักเป็นประเด็นที่ได้กล่าวถึงอย่างกว้างขวางทั่วโลกรวมถึงในประเทศไทย เนื่องจากการสมรสในหลักศาสนาอิสลามไม่ได้กำหนดเกณฑ์อายุขั้นต่ำไว้อันอาจเป็นการขัดกับอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กของสหประชาชาติที่ประเทศไทยเข้าเป็น

---

[466] ข้อ 46 (2) คู่มือหลักกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดก (ฉบับศาลยุติธรรม)

[467] ข้อ 56 คู่มือหลักกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดก (ฉบับศาลยุติธรรม)

[468] มุฮำหมัดซากี เจ๊ะหะ, **บทบัญญัติเกี่ยวกับสตรีในอิสลาม** (ยะลา: มหาวิทยาลัยอิสลามยะลา, 2554), หน้า 61.

[469] ข้อ 57 คู่มือหลักกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดก (ฉบับศาลยุติธรรม)

ภาคีที่มีหลักการขั้นพื้นฐานสำคัญของอนุสัญญาในการดูแลคุ้มครองเด็ก 4 ประการคือ 1. การเคารพความเห็นของเด็ก 2. การห้ามการเลือกปฏิบัติ 3. เด็กมีสิทธิและมีคุณค่าในฐานะที่เป็นมนุษย์และ 4. การกระทำหรือการดำเนินการทั้งหลายเป็นไปเพื่อประโยชน์สูงสุดของเด็ก โดยที่ได้มีการให้นิยามคำว่า “เด็ก” หมายถึงมนุษย์ทุกคนที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปี เว้นแต่จะบรรลุนิติภาวะก่อนหน้านั้นตามกฎหมายที่ใช้บังคับแก่เด็กนั้น[470] ซึ่งเมื่อพิจารณาจากคู่มือหลักกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดก (ฉบับศาลยุติธรรม) ที่ได้กล่าวถึงเงื่อนไขในการสมรสที่คู่สมรสต้องบรรลุศาสนภาวะ โดยมีบทนิยามให้ความหมายของ “บรรลุศาสนภาวะ” ไว้ 3 ประการคือ 1. อายุ 15 ปีบริบูรณ์ 2. น้ำกามเคลื่อนด้วยประการใด ๆ 3. การมีประจำเดือนของหญิงซึ่งอาจเป็นเด็กที่มีอายุ 9 ปีขึ้นไป[471] การให้บุคคลผู้มีอายุเพียง 9 ปีขึ้นไปเข้าสู่การสมรสได้ในข้อบัญญัติดังกล่าวเป็นการเปิดช่องให้มีการใช้ประโยชน์ทางเพศจากเด็กได้ โดยที่เกณฑ์อายุขั้นต่ำในการสมรสตามหลักศาสนาอิสลามดังกล่าวเป็นอายุที่ต่ำกว่าที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ที่ให้การสมรสจะทำได้เมื่อชายและหญิงมีอายุ 17 บริบูรณ์ เว้นแต่ในกรณีที่มีเหตุอื่นที่ศาลอาจอนุญาตให้บุคคลที่มีอายุต่ำกว่านั้นทำการสมรสได้[472] ทั้งนี้ในหลายรัฐที่นำกฎหมายอิสลามมาใช้ทั้งที่เป็นรัฐที่มีมุสลิมเป็นประชากรส่วนมากและส่วนน้อยต่างได้ให้ความสำคัญกับประเด็นอายุขั้นต่ำในการสมรสและได้ปรับเปลี่ยนหรือกำหนดเกณฑ์อายุขั้นต่ำให้สูงขึ้นเพื่อคุ้มครองสิทธิเด็ก ดังนี้ในประเทศไทยย่อมที่จะทำการกำหนดเกณฑ์อายุขั้นต่ำในการสมรสให้เป็นไปเพื่อประโยชน์ของเด็กได้ โดยอาจระบุให้อายุขั้นต่ำในการสมรสเป็นไปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์คือชายและหญิงมีอายุ 17 ปี และยังควรระบุให้การสมรสของบุคคลอายุน้อยกว่า 15 ปีไม่สามารถนำมาใช้เป็นเหตุผลเพื่อหลักเลี่ยงความผิดอาญาได้อีกด้วย

3. การให้ฝ่ายชายสามารถมีภรรยาได้มากกว่าหนึ่งคน

ตามคู่มือหลักกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดก (ฉบับศาลยุติธรรม) ข้อ 40 ได้ระบุให้ชายสามารถมีภรรยาในขณะเดียวกันได้ไม่เกินสี่คนแต่ถ้าไม่มีความจำเป็นที่ชัดเจนพึงมีเพียงหนึ่งคน ถ้าชายใดเห็นว่าตนเองไม่มีความสามารถที่จะให้ความเป็นธรรมในการแบ่งเวรอยู่กินกับภรรยาตามที่กฎหมายกำหนด ห้ามมิให้มีภริยามากกว่าหนึ่งคน[473] ซึ่งเป็นหลักการการสมรสในลักษณะผัวเดียวหลายเมีย หรือ Polygamy ซึ่งแม้ในบางทัศนะจะให้ความเห็นว่าเนื่องจากหลักการศาสนาอิสลามไม่ยินยอมให้มีการร่วมประเวณีนอกสมรส และการที่ฝ่ายชายมีภรรยาได้มากกว่าหนึ่งคนนั้นต้องถือเป็นเพียงข้อยกเว้นเท่านั้นมิใช่เป็นการส่งเสริมให้กระทำเช่นนั้น และยังเชื่อว่าการที่อิสลามอนุญาตให้มีภรรยาหลายคนแต่ต้องปฏิบัติกับทุกคนอย่างเท่าเทียมก็เพื่อรักษาศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของผู้หญิงไว้ ซึ่งดีกว่าการที่เป็นชู้หรือปฏิบัติต่อผู้หญิงในฐานะ “ภรรยาน้อย” และเป็นการป้องกันการผิดประเวณีด้วยการให้มีการสมรส[474] ทั้งนี้หากจะพิจารณาตามกฎหมายครอบครัวของไทยในอดีตก่อนมีการ

---

[470] ข้อ 1 อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยสิทธิเด็ก

[471] ข้อ 1 (15) และ (55) คู่มือหลักกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดก (ฉบับศาลยุติธรรม)

[472] มาตรา 1448 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

[473] ข้อ 40 คู่มือหลักกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดก (ฉบับศาลยุติธรรม)

[474] สุดปรารถนา นีละไพจิตร, **สิทธิมนุษยชนในอิสลามกับการรับรองสิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย** (วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2550), หน้า 144.

บัญญัติ บรรพ 5 ครอบครัว ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ก็ยังได้เคยยอมรับการสมรสลักษณะผัวเดียวหลายเมียอยู่ก่อนที่จะปรับเปลี่ยนเป็นระบบผัวเดียวเมียเดียว (Monogamy) ดั่งปัจจุบัน ซึ่งรวมถึงการนำรูปแบบการจดทะเบียนมาใช้เพื่อการที่รัฐสร้างสถานะทางกฎหมายของบุคคลที่เกิดจากความสัมพันธ์ในครอบครัวขึ้นแทนการยอมรับการสมรสตามแบบประเพณีหรืออยู่กินฉันท์สามีภรรยาตามความเป็นจริง (De Facto Relationships)[475] แต่กระนั้นการอนุญาตให้ฝ่ายชายมีภรรยาได้มากกว่าหนึ่งคนในปัจจุบันก็ย่อมเป็นการละเมิดสิทธิฝ่ายหญิงและเป็นการปฏิบัติอย่างไม่เสมอภาค ทั้งนี้ในหลายรัฐที่นำกฎหมายอิสลามมาใช้ในส่วนของการสมรสที่บทบัญญัติศาสนาอนุญาตให้ชายมีภรรยาได้มากกว่า 1 คนแต่ไม่เกิน 4 คนนี้มาใช้ก็ได้สร้างกลไกป้องกันการละเมิดสิทธิสตรีขึ้น โดยการกำหนดให้การสมรสเพิ่มของฝ่ายชาย (Subsequent Marriages) ต้องได้รับความยินยอมโดยชัดแจ้งจากภรรยาที่มีอยู่เดิมทุกคนก่อนเท่านั้นและต้องผ่านการวินิจฉัยของศาลหรือองค์กรที่จัดตั้งขึ้นตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายอนุญาตให้ฝ่ายชายนั้นทำการสมรสเพิ่มได้ ตลอดจนการที่เปิดโอกาสให้มีการทำสัญญาก่อนสมรสหรือระหว่างสมรสให้การมีภรรยาเพิ่มของฝ่ายชายจะเป็นเงื่อนไขในการฟ้องหย่าของฝ่ายหญิงได้ตามลักษณะการหย่าเพราะผิดสัญญา “ตัฏลีก” (Cerai Taklik) ดังนี้การจัดการบริหารงานยุติธรรมอิสลามในประเทศไทยจึงควรต้องสร้างกลไกและกระบวนการที่ให้การที่ฝ่ายชายมีภรรยาได้มากกว่าหนึ่งคนตามหลักศาสนาอิสลามต้องเป็นไปโดยความยินยอมโดยชัดแจ้งของภรรยาที่มีอยู่เดิมทุกคน และผ่านการวินิจฉัยจากองค์กรศาลหรือองค์กรที่ใช้กฎหมายอิสลามอีกด้วย เพื่อให้การนำกฎหมายอิสลามมาใช้เป็นไปอย่างสอดคล้องกับสิทธิสตรีที่รัฐธรรมนูญได้คุ้มครองไว้

4. การให้การหย่าเป็นเอกสิทธิ์ของคู่สมรสฝ่ายชาย

แม้ในคู่มือหลักกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดก (ฉบับศาลยุติธรรม) ได้ระบุการสิ้นสุดของการสมรสไว้ 3 ประการคือ การตายของสามีหรือภรรยา การหย่าขาดกันของคู่สมรส หรือการถูกกำหนดให้ขาดจากการเป็นสามีภรรยากันโดยเงื่อนไขแห่งกฎหมายโดยตรงหรือโดยอ้อม[476] อันมีลักษณะทางตัวอักษรใกล้เคียงกับการสิ้นสุดการสมรสตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1501 ที่บัญญัติให้การสมรสย่อมสิ้นสุดลงด้วยความตาย การหย่า และศาลพิพากษาให้เพิกถอน[477] อย่างไรก็ตามการหย่าขาดกันของคู่สมรสตามคู่มือหลักกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดก (ฉบับศาลยุติธรรม) กลับมีข้อบัญญัติหรือความหมายที่แตกต่างกับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์อยู่หลายประการ โดยประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้กำหนดรูปแบบการหย่าที่ทำให้การสมรสสิ้นสุดลงออกเป็น 2 ลักษณะคือ (1) การหย่าโดยความยินยอมของคู่สมรสทั้งสองฝ่ายหรือ (2) โดยคำพิพากษาของศาล ในขณะที่คู่มือหลักกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดก (ฉบับศาลยุติธรรม) ได้กำหนดการหย่าเกิดได้จาก 3 ลักษณะคือ (1) ความสมัครใจของสามีแต่ฝ่ายเดียวไม่ว่าจะเป็นหรือไม่เป็นเหตุมาจากสิ่งใดสิ่งหนึ่ง (2) การหย่าโดยมีสินจ้าง (ซึ่งผู้แสดงเจตนาให้มีผลเป็นการหย่าในท้ายสุดคือฝ่ายสามี) (3) การหย่าโดยศาลที่กระทำแทนสามี[478] ประกอบกันนี้ในคู่มือหลัก

---

[475] สุนีย์ มัลลิกะมาลย์ และคณะ, **รายงานผลการวิจัย วิวัฒนาการของกฎหมายไทยในรอบ 200 ปี: ภาค 3 ภาคกฎหมายสาระบัญญัติ** (รายงานการวิจัย เสนอต่อจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2525), หน้า 209.

[476] ข้อ 139 คู่มือหลักกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดก (ฉบับศาลยุติธรรม)

[477] มาตรา 1501 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

[478] ข้อ 140 คู่มือหลักกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดก (ฉบับศาลยุติธรรม)

กฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดก (ฉบับศาลยุติธรรม) กลับได้ระบุการฟ้องหย่าไว้ต่างหากอีกส่วนหนึ่งที่ให้สิทธิทั้งสามีและภรรยาที่เป็นผู้ได้รับความเสียหายใช้เป็นเหตุฟ้องหย่าได้[479] และศาลอาจมีคำสั่งเพิกถอนการสมรสเมื่อพิจารณาแล้วได้ความเช่นว่านั้น

เมื่อนำมาเทียบเคียงกับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์และให้นิยามการหย่าในความหมายเดียวกันแล้วจึงอาจแบ่งการทำให้การสมรสสิ้นสุดได้ 2 ลักษณะ คือ (1) โดยคู่สมรสเองที่มิต้องใช้กระบวนการทางศาล (แต่อาจมีรูปแบบทางกฎหมายที่ต้องกระทำต่อเจ้าหน้าที่) และ (2) โดยอาศัยกระบวนการทางศาลเพื่อให้ศาลมีคำพิพากษา ซึ่งในส่วนนี้จะกล่าวถึงการทำให้การสมรสสิ้นสุดโดยคู่สมรสเองที่มิต้องใช้กระบวนการทางศาล

ในคู่มือหลักกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดก (ฉบับศาลยุติธรรม) ได้กำหนดให้การหย่าโดยคู่สมรสเองที่มิต้องใช้กระบวนการทางศาลเป็นเอกสิทธิ์ของสามี สามีทรงสิทธิที่จะทำการหย่าได้ฝ่ายเดียวไม่จำต้องได้รับความยินยอมจากภรรยา และไม่ต้องทำต่อหน้าภรรยา[480] การหย่าลักษณะนี้เรียกว่า “การเฏาะล๊าก” ที่ลักษณะแห่งการแสดงเจตนาเฏาะล๊ากอาจทำได้โดยการเปล่งวาจา ทำเป็นลายลักษณ์อักษร หรือโดยแสดงอาณัติสัญญาณ[481]

หากเมื่อพิจารณาตามบทบัญญัติดังกล่าวแล้วย่อมถือได้ว่าเป็นบทบัญญัติที่มีลักษณะเป็นการปฏิบัติต่อสตรีอย่างไม่เสมอภาคตามที่รัฐธรรมนูญคุ้มครองสิทธิไว้โดยไม่อาจโต้แย้งได้ แม้การเฏาะล๊ากที่ทำให้การสมรสสิ้นสุดดังกล่าวจะมีผลให้ฝ่ายชายต้องจ่ายค่ามุตอะฮ์[482]แก่ฝ่ายหญิง และค่าอุปการะเลี้ยงดูฝ่ายหญิงต่อไปจนพ้นช่วงเวลาอิดดะฮ์[483]ตลอดจนการจัดการแบ่งทรัพย์สินหลังการสมรสสิ้นสุดและต้องชำระค่ามะฮัร์ให้ครบถ้วนหากฝ่ายชายยังค้างค่ามะฮัร์ต่อฝ่ายหญิงอยู่[484] แต่ก็มิได้อยู่บนพื้นฐานแห่งความยินยอมของคู่สมรสทั้งสองฝ่ายอันเป็นการแสดงออกชัดถึงลักษณะแห่งการให้ชายเป็นใหญ่ (Patriarchy) ซึ่งในรัฐที่ให้นำกฎหมายอิสลามมาใช้ต่างต้องสร้างรูปแบบทางกฎหมายหรือกระบวนการที่มาคุ้มกันสิทธิสตรีในเรื่องดังกล่าว อย่างไรก็ดียังมีบางทัศนะให้ความเห็นว่าการเฏาะล๊ากที่ต้องแสดงเจตนาโดยฝ่ายชายเพื่อให้การสมรสสิ้นสุดนั้นยังมีขึ้นได้ในลักษณะที่ให้สิทธิสตรีเข้ามาใช้สิทธิในการให้การสมรสสิ้นสุดลงโดยมีหลักการทางศาสนาได้บัญญัติไว้ เพื่อมิให้การหย่าเป็นเอกสิทธิ์ของฝ่ายชายแต่เพียงผู้เดียวได้อันเป็นการเปิดช่องเพื่อคุ้มกันสิทธิสตรีเช่น การที่สามีทำข้อตกลงมอบอำนาจแห่งการเฏาะล๊ากให้แก่ภรรยาที่จะทำการหย่าตนเองได้ การหย่าโดยมีสินจ้างคือการให้ฝ่ายชายเฏาะล๊ากโดยมีข้อตกลงให้ฝ่ายหญิงชำระสินจ้างในการเฏาะล๊ากแก่ฝ่ายชาย การเฏาะล๊ากแบบมีการกำหนดทัณฑ์บนหรือข้อกำหนดไว้ล่วงหน้าว่าหากมีเหตุตามทัณฑ์บนหรือข้อที่

---

[479] ข้อ 148 คู่มือหลักกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดก (ฉบับศาลยุติธรรม)

[480] ข้อ 175 คู่มือหลักกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดก (ฉบับศาลยุติธรรม)

[481] ข้อ 169 และ ข้อ 172 คู่มือหลักกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดก (ฉบับศาลยุติธรรม)

[482] ทรัพย์สินซึ่งสามีมีหน้าที่ชำระแก่ภรรยาเนื่องจากการสิ้นสุดการสมรสแต่มิใช่เหตุจากความผิดภรรยา; ข้อ 298 คู่มือหลักกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดก (ฉบับศาลยุติธรรม)

[483] ระยะเวลา 3-4 เดือนภายหลังจากการสมรสสิ้นสุดเพื่อให้แน่ใจว่าหญิงมิได้ตั้งครรภ์กับสามีเดิม

[484] ข้อ 281 คู่มือหลักกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดก (ฉบับศาลยุติธรรม)

กำหนดไว้ให้ถือเป็นการเฏาะล๊าก[485] แต่ลักษณะการเฏาล๊ากดังกล่าวก็ตั้งอยู่บนพื้นฐานของสัญญาก่อนการสมรสหรือระหว่างการสมรสที่ต้องทำขึ้นโดยคู่สมรสหรือฝ่ายชาย

ในหลายรัฐที่ให้นำกฎหมายอิสลามมาใช้ต่างได้พยายามสร้างรูปแบบทางกฎหมายหรือกระบวนการที่มาคุ้มกันสิทธิสตรีในเรื่องดังกล่าวเพิ่มมากขึ้น เช่นให้ต้องมีการรับรองการเฏาะล๊ากโดยองค์กรของรัฐเพื่อให้สิทธิของสตรีที่จะได้รับจากการหย่ารูปแบบดังกล่าวเช่นค่ามุตอะฮ์ ค่าอุปการะเลี้ยงดู หรือทรัพย์สินที่ต้องแบ่งจากการสมรสสิ้นสุดจะไม่ถูกละเมิด รวมถึงกระบวนการสร้างความรับรู้ถึงลักษณะทางกฎหมายและเงื่อนไขที่เปิดช่องให้สตรีทำสัญญาก่อนสมรสหรือระหว่างการสมรสที่ให้สตรีได้รับสิทธิในการเฏาะล๊ากของฝ่ายชายได้ เพื่อให้การสมรสสอดคล้องตามหลักความยินยอมและเสรีภาพในการทำสัญญาประกอบกับหลักเสรีภาพในการปฏิบัติตามความเชื่อทางศาสนา กล่าวคือการสมรสต้องเกิดจากความยินยอมและมีเสรีภาพในการทำเข้าสัญญาที่คู่กรณีมีเสรีภาพในการนำกฎหมายศาสนามาปรับใช้ได้ตามเจตนารมณ์ของคู่กรณี เมื่อรัฐธรรมนูญได้บัญญัติหลักเสรีภาพในการนับถือศาสนาที่รวมถึงเสรีภาพในการประกอบพิธีกรรม หรือทำกิจกรรมต่าง ๆ ตามความเชื่อของตนได้ โดยไม่ละเมิดสิทธิของผู้อื่น

อย่างไรก็ตามในกรณีการนำกฎหมายศาสนามาใช้ที่อาจสร้างการปฏิบัติต่อเพศที่ไม่เท่าเทียมนั้น แม้หลักเสรีภาพในการทำสัญญาประกอบหลักเสรีภาพทางศาสนาที่บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการทำสัญญาให้สิทธิของตนมีผลเป็นอย่างไรในภายภาคหน้าหากเกิดกรณีใดขึ้นตามที่ตกลงไว้ในสัญญาได้ หรือที่เรียกว่า “Ex Ante Liberty” ที่รวมถึงความสมัครใจที่ให้นำบทบัญญัติทางศาสนามาใช้กับตนตามความเชื่อทางศาสนา แต่ในขณะเดียวกันรัฐเองก็มีสิทธิเข้าไปชี้ว่าข้อตกลงใดที่แม้แต่คู่กรณีตกลงกันไว้ก่อนก็ไม่อาจบังคับได้ตามข้อสัญญานั้น หากเป็นข้อสัญญาที่เป็นการสละสิทธิขั้นพื้นฐานของคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งที่กฎหมายแห่งรัฐถือว่าเป็นสิทธิอันไม่อาจสละได้อันเป็นการทำให้ข้อสัญญานั้นใช้บังคับไม่ได้ “Ex Post Liberty” ซึ่งในทัศนะของผู้ไม่เห็นด้วยกับการนำกฎหมายอิสลามมาใช้ในหลายประเทศมองว่า แม้ในหลักเสรีภาพทางศาสนานั้นบุคคลทุกคนย่อมมีเสรีภาพที่จะปฏิบัติตามความเชื่อตามศาสนาของตนได้ และอาจทำสัญญาหรือมีรูปแบบของนิติสัมพันธ์อย่างมีเสรีภาพที่จะให้นำหลักการทางศาสนามาใช้ แต่ต้องไม่รวมถึงการสละสิทธิความเท่าเทียมที่ตนมีอยู่หรือให้มีการถูกปฏิบัติอย่างไม่เท่าเทียมต่อตนได้ การมีนิติสัมพันธ์หรือทำสัญญาสละสิทธิที่รัฐธรรมนูญให้ความรับรองไว้นั้นไม่ควรกระทำได้ และรัฐต้องไม่ส่งเสริมหรือละเลยหากมีข้อตกลงหรือสัญญาที่เปิดโอกาสให้คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเข้าทำสัญญาโดยสละสิทธิเช่นว่าของตน เพราะเนื่องจากคู่สัญญาบางฝ่ายอาจไม่มีอำนาจในการต่อรองหรือไม่สามารถเลือกเงื่อนไขข้อตกลงตามเจตนารมณ์ที่แท้จริงของตนได้ และยิ่งเมื่อกรณีที่เกี่ยวกับการสมรสหรือความสัมพันธ์ทางครอบครัว สิทธิของบุคคลจึงต้องได้รับการคุ้มครองโดยไม่เลือกปฏิบัติเพราะเหตุแห่งเพศสภาพ

ในประเทศไทยการใช้กฎหมายอิสลามจะยังคงยึดมั่นในหลักการที่ให้เฏาะล๊ากเป็นเอกสิทธิ์ของฝ่ายชายโดยมิต้องได้รับความยินยอมจากฝ่ายหญิงดังคำพิพากษาในศาลชั้นต้นที่ใช้กฎหมายอิสลามในหลายคดีที่เกี่ยวกับการคลายนิติสัมพันธ์ทางการสมรส ซึ่งบทบัญญัติดังกล่าวยังคงใช้ได้ตราบใดที่ยังมิได้มีกระบวนการเข้าสู่การวินิจฉัยให้บทบัญญัติดังกล่าวเป็นอันใช้ไม่ได้เนื่องจากขัดรัฐธรรมนูญ และเมื่อยังคงมีการยอมรับให้มีการใช้การหย่าในลักษณะดังกล่าวต่อไปก็ควรมี

---

[485] การเฏาะล๊ากแม้เป็นลักษณะแห่งการหย่าแต่ยังคงอนุญาตให้คู่สมรสกลับมาคืนดีกันได้โดยมิต้องทำการสมรสใหม่หากยังไม่ครบ 3 เฏาะล๊าก

กระบวนการสร้างความรับรู้และการสร้างรูปแบบข้อตกลงของการสมรสและการหย่าที่คุ้มครองสิทธิสตรีให้มากขึ้นต่อไป

5. การแบ่งมรดกที่ทายาทเพศหญิงมีสัดส่วนในทรัพย์มรดกน้อยกว่าทายาทเพศชาย

ประเด็นการแบ่งทรัพย์มรดกของผู้ตายให้แก่ทายาทตามหลักศาสนาอิสลามมักเป็นประเด็นหนึ่งที่ถูกหยิบยกขึ้นอภิปราย เนื่องจากตามหลักศาสนาอิสลามมีการกำหนดอัตราส่วนในการแบ่งปันทรัพย์มรดกแก่ทายาทที่มีสิทธิได้รับมรดกโดยขึ้นอยู่กับเพศของทายาทเป็นสำคัญ โดยที่ทายาทผู้มีสิทธิได้รับมรดกเพศหญิงจะมีสิทธิในมรดกในอัตราส่วนน้อยกว่าเพศชาย และเมื่อพิจารณาตามคู่มือหลักกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดก (ฉบับศาลยุติธรรม) นั้นหลักการในการแบ่งปันทรัพย์มรดกก็ปรากฏการกำหนดอัตราส่วนในทรัพย์มรดกที่เป็นไปตามเพศสภาพของทายาท[486] ซึ่งมีอัตราส่วนที่แตกต่างกันเช่น ในกรณีที่เจ้ามรดกไม่มีบุตรและผู้สืบสันดานชาย สามีของผู้ตายจะมีสิทธิได้รับมรดกครึ่งหนึ่งของกองมรดก ในขณะที่หากเป็นภรรยาของเจ้ามรดกจะมีสิทธิในกองมรดกเพียงหนึ่งในสี่[487] และยังกำหนดให้บุตรหญิงมีสิทธิในมรดกน้อยกว่าบุตรชาย ที่มีการกำหนดรูปแบบการแบ่งปันทรัพย์มรดก “ชายสองส่วนต่อหญิงหนึ่งส่วน” ที่หมายถึงการให้ผู้รับมรดกเพศหญิงแต่ละคนได้รับครึ่งหนึ่งของเพศชายแต่ละคน[488] ซึ่งหากพิจารณาตามเนื้อความของบทบัญญัติดังกล่าวย่อมเป็นการขัดต่อหลักความเสมอภาคและเป็นการปฏิบัติต่อบุคคลอย่างไม่เท่าเทียมด้วยเหตุแห่งเพศที่รัฐธรรมนูญได้รับรองคุ้มครองไว้

แม้จะมีผู้ให้ทัศนะถึงหลักการแบ่งปันทรัพย์มรดกที่ไม่เท่าเทียมดังกล่าวมีเหตุทั้งจากทางโครงสร้างทางสังคมมุสลิมที่ให้เพศชายเท่านั้นต้องเป็นผู้มีหน้าที่อุปการะเลี้ยงดูบุคคลต่าง ๆ ในความปกครองดูแลของตนตามฐานะและความสามารถ เป็นผลให้เพศชายจึงควรเป็นผู้มีสิทธิได้รับมรดกในสัดส่วนที่มากกว่าเพศหญิง ทั้งกันนี้ก็ยังมิใช่เป็นทุกกรณีที่เพศหญิงจะได้มรดกน้อยกว่าทายาทเพศชายหากแต่ยังขึ้นอยู่กับลำดับความเป็นทายาทที่เกี่ยวข้องกับเจ้ามรดกอีกด้วย นอกจากนี้หากพิจารณามูลเหตุของการบัญญัติเช่นนี้แต่แรกเริ่มก็เนื่องจากเพื่อจะให้สตรีมีสิทธิในการได้รับมรดกเพราะในอดีตเมื่ออิสลามถือกำเนิดในสังคมอาหรับกลับมีจารีตประเพณีที่ไม่ได้มีการให้สิทธิสตรีในการได้ส่วนแบ่งมรดกแต่อย่างใด แต่กระนั้นเมื่อยุคสมัยเปลี่ยนแปลงสิทธิสตรีและการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมต่อบุคคลโดยไม่จำกัดเพศได้เข้ามาเป็นหัวใจสำคัญที่รัฐธรรมนูญได้รับรองคุ้มครองไว้ บทบัญญัติดังกล่าวจึงถือว่ามีเนื้อหาอันเป็นการขัดรัฐธรรมนูญอย่างมิอาจปฏิเสธได้

อย่างไรก็ตามผู้เขียนเห็นว่าสิทธิในการได้รับมรดกของบุคคลเกิดขึ้นจาก 2 ลักษณะ คือ ตามเจตนาของผู้ตายซึ่งเป็นเจ้ามรดกและตามที่กฎหมายบัญญัติในกรณีที่เจ้ามรดกไม่ได้กำหนดไว้ อันเป็นสิทธิของบุคคล 2 ประเภท คือ 1. สิทธิของบุคคลที่จะกำหนดให้ทรัพย์สินของตนมีผลเช่นไรเมื่อตนตาย 2. สิทธิของทายาทผู้มีสิทธิได้รับมรดกตามที่กฎหมายกำหนด ดังนี้สิทธิในการกำหนดให้ทรัพย์สินของตนมีผลเช่นไรภายหลังการตายของตนจึงไม่ผูกพันธ์ในการที่ต้องเป็นไปตามหลักปฏิบัติต่อบุคคลอย่างเท่าเทียมในสิทธิมรดกของตน เจ้ามรดกย่อมมีสิทธิที่จะกำหนดให้ทรัพย์มรดกของตนตกทอดแก่ผู้ใดหรือเพศใดจำนวนเท่าใดก็ได้ ดังนี้หากพิจารณาจากหลักเสรีภาพทางศาสนาที่บุคคล

---

[486] ข้อ 435 คู่มือหลักกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดก (ฉบับศาลยุติธรรม)

[487] ข้อ 436 และ ข้อ 437 คู่มือหลักกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดก (ฉบับศาลยุติธรรม)

[488] ข้อ 443 คู่มือหลักกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดก (ฉบับศาลยุติธรรม)

ได้รับการคุ้มครองในการเลือกนับถือศาสนาหรือเปลี่ยนศาสนาของตนได้ และมีเสรีภาพที่จะปฏิบัติตามบทบัญญัติทางศาสนาของตนเท่าที่ไม่ขัดกับหลักการอื่นที่รัฐธรรมนูญบัญญัติการที่บุคคลเป็นผู้เข้ารับอิสลามหรือนับถือศาสนาอิสลามโดยมีความเข้าใจและรับรู้ถึงผลทางทรัพย์สินของตนเมื่อตายว่าจะต้องเป็นไปตามหลักศาสนาอิสลามและหากได้แสดงเจตจำนงค์เช่นนั้นโดยชัดแจ้ง เพื่อให้เป็นไปตามหลักศาสนาที่ตนศรัทธา การปฏิบัติต่อการแบ่งปันทรัพย์มรดกของผู้ตายที่เป็นมุสลิมตามหลักศาสนาอิสลามจึงไม่น่าเป็นการขัดต่อรัฐธรรมนูญ นอกจากนี้ในหลายรัฐที่บัญญัติให้กฎหมายอิสลามเข้าเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายแห่งรัฐยังกำหนดให้นำกฎหมายอิสลามมาใช้ในเรื่องมรดกเป็นไปตามการนับถือศาสนาของเจ้ามรดกผู้ตายมิใช่ตามผู้มีสิทธิได้รับมรดกแต่อย่างใด ซึ่งแตกต่างจากการใช้กฎหมายอิสลามในเรื่องมรดกของประเทศไทยที่ยังคงยึดตามคู่ความที่เข้ามาในคดีมรดก ดังนี้ลักษณะการใช้กฎหมายอิสลามในส่วนของมรดกที่ยึดตามศาสนาของเจ้ามรดกผู้ตายจึงควรนำมาปรับใช้ในประเทศไทย

นอกจากประเด็นที่สำคัญทั้ง 5 ประเด็นที่พิจารณาจากคู่มือหลักกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดก (ฉบับศาลยุติธรรม) ดังทีกล่าวไปแล้วข้างต้น ในประเทศไทยกฎหมายอิสลามได้ถูกนำมาใช้ผ่านองค์กรหลักสององค์กรได้แก่ ศาลในเขตพื้นที่ 4 จังหวัดภาคใต้ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการใช้กฎหมายอิสลามในเขตจังหวัดปัตตานี นราธิวาส ยะลา และสตูล พ.ศ.2489 และคณะกรรมการอิสลามประจำจังหวัดตามบทบัญญัติการบริหารองค์กรศาสนาอิสลาม พ.ศ.2540 ผ่านกระบวนการการทำหนังสือรับรองการสมรสและการหย่าตามหลักศาสนาอิสลามตามที่กฎหมายได้ให้อำนาจหน้าที่ไว้ ดังนั้นเมื่อกล่าวถึงปัญหาในทางเนื้อหากฎหมายอิสลามที่จะนำมาใช้จะต้องอยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญซึ่งบัญญัติคุ้มกันสิทธิและเสรีภาพของประชาชนไว้จึงต้องพิจารณาจากเนื้อหาของกฎหมายอิสลามที่นำมาใช้จากทั้งสององค์กรดังกล่าว ซึ่งแม้จะได้มีการจัดทำเป็นคู่มือหลักกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดก (ฉบับศาลยุติธรรม) เพื่อใช้เป็นบทบัญญัติที่ตะโต๊ะยุติธรรมประจำศาลแต่ละแห่งจะนำมาใช้ อย่างไรก็ตามสถานะทางกฎหมายของคู่มือหลักกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดก (ฉบับศาลยุติธรรม) ยังมีความคลุมเครือว่ามีสถานะเป็นบทบัญญัติทางกฎหมายที่บังคับใช้ได้ทั่วไปหรือไม่เพียงใด เพราะแม้แต่การใช้กฎหมายอิสลามโดยคณะกรรมการอิสลามประจำจังหวัดก็กลับมิได้ยึดถือเฉพาะแต่คู่มือหลักกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดก (ฉบับศาลยุติธรรม) เท่านั้นมาเป็นบทกฎหมายอิสลามหลักที่จะนำมาปรับใช้ แต่เป็นการใช้กฎหมายอิสลามตามตำรากฎหมายทั้งที่เป็นภาษาอาหรับและเป็นภาษามลายู ซึ่งเป็นตำราที่ใช้ในสถาบันการเรียนการศึกษาทั้งในประเทศและต่างประเทศ การใช้กฎหมายอิสลามของทั้งสององค์กรจึงมิได้มีเอกภาพในการนำข้อบัญญัติอิสลามมาใช้ร่วมกันแต่อย่างใด ประกอบกับกฎหมายที่บัญญัติใช้อยู่ในปัจจุบันทั้งพระราชบัญญัติว่าด้วยการใช้กฎหมายอิสลามในเขตจังหวัดปัตตานี นราธิวาส ยะลา และสตูล พ.ศ.2489 และพระราชบัญญัติการบริหารองค์กรศาสนาอิสลาม พ.ศ.2540 ยังขาดบทบัญญัติที่ชัดเจนทั้งในตัวกฎหมายที่เกิดเป็นช่องว่างและในรูปแบบการเชื่อมประสานการใช้กฎหมายอิสลามอย่างเป็นระบบ เป็นผลให้ขาดกระบวนการหรือมาตรการเพื่อให้การใช้กฎหมายอิสลามเป็นไปอย่างสอดคล้องกับหลักการสำคัญด้านสิทธิมนุษยชนที่ได้บัญญัติรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

ทั้งนี้เมื่อรัฐยอมรับหลักการทางศาสนาอิสลามเข้าไปเป็นส่วนหนึ่งของการใช้กฎหมายแห่งรัฐได้ รัฐจึงมิอาจปล่อยให้กลไกและการบวนการการใช้กฎหมายที่ถูกสร้างขึ้นมีลักษณะปิดหรือกฎหมายแห่งรัฐไม่อาจเข้าไปแทรกแซงหรือเข้าไปตรวจสอบตรวจทานทั้งในด้านเนื้อหาหรือกระบวนการที่อาจขัดกับหลักรัฐธรรมนูญแห่งรัฐ หรือหลักสิทธิมนุษยชนอื่นทั่วไปได้ แม้ในเรื่องดังกล่าวจะเป็นประเด็น

ทางหลักการทางศาสนา ที่การแทรกแซงหรือตรวจทานใด ๆ ในกระบวนเหล่านี้ของรัฐล้วนหมิ่นเหม่ต่อการทำให้กลายเป็นการแทรกแซงระบบความเชื่อทางศาสนา ซึ่งในความเป็นจริงแล้วเมื่อมีการนำหลักการทางศาสนามาใช้เยี่ยงกฎหมาย ที่แม้ในหลายโอกาสอาจมิได้ก่อให้เกิดนิติสัมพันธ์ตามสายตากฎหมายแห่งรัฐ แต่กลับก่อให้เกิดความผูกพันที่ต้องปฏิบัติตามยิ่งกว่ากฎหมายแห่งรัฐ เนื่องจากผู้อยู่ภายใต้หลักการศาสนาลักษณะเยี่ยงกฎหมายนี้ มักต้องมีวิถีชีวิตที่มีความใกล้ชิดต่อกลุ่มชนที่ตนเป็นสมาชิก และการไม่ปฏิบัติตามหลักกฎหมายของชุมชนมีผลต่อดำรงชีวิตของตนยิ่งกว่าการไม่ปฏิบัติตามกฎหมายแห่งรัฐโดยเฉพาะอย่างยิ่งในส่วนที่ว่าด้วยความสัมพันธ์ทางครอบครัว[489]

การปรากฏขึ้นของการมีกลไกกระบวนการการใช้กฎหมายที่ก่อตั้งขึ้นโดยกลุ่มชนตามความเชื่อทางศาสนานี้นำมาซึ่งประเด็นคำถามในเรื่องความสัมพันธ์เชิงโครงสร้างทางสังคมวิทยากฎหมายที่ประกอบด้วย รัฐ กลุ่มชนทางศาสนา และปัจเจกชนผู้อยู่ภายใต้กฎเกณฑ์ของกลุ่มชนนี้ การสร้างดุลยภาพให้เกิดขึ้นระหว่างสิทธิของกลุ่มชน สิทธิของปัจเจกขนผู้อยู่ภายใต้กฎเกณฑ์ของกลุ่มชน และอำนาจของรัฐจะมีขึ้นได้โดยรูปแบบใด เพราะเมื่อหากมีการใช้กลไกการใช้กฎหมายของกลุ่มชนที่รัฐมิอาจเข้าไปแทรกแซงได้ ปัจเจกชนผู้อยู่ภายใต้กฎเกณฑ์ของกลุ่มชนที่อาจถูกละเมิดสิทธิจะมีความคุ้มกันโดยรัฐได้อย่างไรและเพียงใด หรือแม้แต่รัฐมีอำนาจในการเข้ามาจัดการหลักการของกลุ่มชนได้เพียงใดที่จะไม่เป็นการละเมิดสิทธิของกลุ่มชนที่มีอยู่ในการดำเนินปฏิบัติหรือสร้างบทบัญญัติตามความเชื่อทางศาสนาของตน ซึ่งประเด็นดังกล่าวนำมาซึ่งปัญหาในการที่จะต้องสร้างดุลยภาพระหว่างสิทธิของกลุ่มชนและสิทธิของบุคคลที่มีอยู่ในชนกลุ่มนั้น ๆ

โดยในที่นี้อาจวางขั้วความคิดไว้ 2 ฝั่งในการวิภาคคือฝั่งแนวคิดฆราวาสนิยมสุดโต่ง (Secular Absolutism) ที่เห็นว่ารัฐต้องระงับการคุ้มกันสิทธิการใช้กฎหมายของกลุ่มชนโดยเฉพาะอย่างยิ่งกฎหมายศาสนา และเห็นว่าอำนาจทางศาสนาจะนำมาใช้ไม่ได้และให้มีการนำแต่กฎหมายแห่งรัฐเท่านั้นมาบังคับใช้ ซึ่งฝ่ายฆราวาสนิยมแบบสุดโต่งมีพื้นฐานความเชื่อที่ว่า กฎหมายแห่งรัฐเท่านั้นที่ปฏิบัติต่อทุกคนอย่างเท่าเทียม แต่กระนั้นเมื่อพิจารณาในกลุ่มชนบางกลุ่มแล้วพบว่ากลุ่มชนบางกลุ่มโดยเฉพาะอย่างยิ่งหมู่ชนมุสลิมกลับมีชีวิตอยู่อย่างใกล้ชิดกับความเชื่อทางศาสนามากกว่าระบบกฎหมายแห่งรัฐ ทั้งกันนี้แม้แต่กฎหมายแห่งรัฐเองก็มีพื้นฐานอิทธิพลหรือรากกำเนิดมาจากความเชื่อทางศาสนาของกลุ่มชนบางกลุ่มเท่านั้น เป็นผลให้กฎหมายแห่งรัฐนั้น ๆ ที่นำมาใช้กลับเหมาะสมกับชนบางกลุ่มที่มีอำนาจอิทธิพลในการออกกฎหมายเท่านั้น ในขณะที่อีกขั้วหนึ่งคือแนวคิดที่ไม่ต้องการให้รัฐเข้าไปสอดแทรกกับกิจกรรมทางความเชื่อ (Non-Interventionism) รัฐจึงต้องอนุญาตให้กลุ่มชนตัดสินปัญหาหรือข้อพิพาทตามหลักการภายในของตนเองโดยรัฐเข้าไปยุ่งเกี่ยวให้น้อยที่สุด อันเป็นแนวคิดที่ทำให้เรื่องบรรทัดฐานของชนแต่ละกลุ่มอยู่ภายนอกขอบเขตกฎหมายแห่งรัฐ ซึ่งในแนวคิดดังกล่าวชนกลุ่มต่าง ๆ โดยเฉพาะชุมชนมุสลิม สามารถนำหลักการทางศาสนามาใช้โดยที่รัฐไม่อาจเข้าไปยุ่งเกี่ยวได้ ซึ่งแนวคิดที่รัฐต้องไม่เข้าไปสอดแทรกนี้ได้สร้างฉากบังการละเมิดสิทธิของปัจเจกชนที่เกิดขึ้นภายในกลุ่มชนมุสลิมนั้น ๆ ได้ จากเหตุแห่งความต้องการที่จะปกป้องอัตลักษณ์ของกลุ่มชนหรือความเชื่อทางศาสนาของตนจากอิทธิพลภายนอก เป็นผลให้ความเป็นอิสระหรือสิทธิความเท่าเทียมของบุคคลต้องแลกมาเพื่อรักษาอัตลักษณ์และความเชื่อทางศาสนาของกลุ่มชนตนเอง

ผู้เขียนจึงเห็นว่าต้องนำแนวทางของการรวมส่วนกัน (Intersectionism) มาปรับใช้ ที่มองว่าแม้บุคคลหนึ่งจะรู้สึกว่าตนเป็นสมาชิกหรือส่วนหนึ่งของกลุ่มชนใด แต่บุคคลนั้นยังมีสถานะความเป็น

---

[489] ดนวาหะ เส็นหวัง, *เรื่องเดิม.*

พลเมืองของรัฐอยู่ ในขณะที่กฎเกณฑ์หรือบรรทัดฐานภายในกลุ่มชนใดถูกสร้างขึ้นเพื่อใช้กับปัญหาที่มีกฎหมายแห่งรัฐใช้อยู่กับประชาชนโดยทั่วไป การทำให้บุคคลบางกลุ่มไม่ได้รับการคุ้มครองจากกฎหมายแห่งรัฐ เนื่องจากการใช้อำนาจของชุมชนย่อมไม่อาจให้เกิดขึ้นได้ ในกรณีนี้คือการกีดกันที่จะให้บุคคลเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมของรัฐหรือระบบกฎหมายของรัฐ ดังนั้นจึงเป็นสิ่งจำเป็นที่จะต้องทำให้บุคคลทุกคนมั่นใจได้ว่ายังมีกฎหมายของรัฐที่สามารถจะนำมาใช้ได้กับปัญหาของตนไม่จำกัดว่าบุคคลนั้นจะอยู่ในสังคมหรือชุมชนใดที่มีกฎเกณฑ์บรรทัดฐานเฉพาะของตน ที่สำคัญคือชุมชนต้องไม่มีอำนาจในการจำกัดสิทธิของบุคคลในการเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมของรัฐ

กลไกหนึ่งที่ต้องถูกนำมาใช้ในการจัดความสัมพันธ์เชิงโครงสร้างระหว่าง รัฐ กลุ่มชนทางศาสนา และปัจเจกชนผู้อยู่ภายใต้กฎเกณฑ์ของกลุ่มชน ในการใช้กฎหมายคือการแยกลักษณะหลักบัญญัติเยี่ยงกฎหมายออกจากความเชื่อทางศาสนา และปฏิบัติต่อหลักบัญญัติเยี่ยงกฎหมายนั้นเป็นกฎหมายชุดหนึ่ง และสร้างความเชื่อมโยงระหว่างกฎหมายนั้นกับกฎหมายแห่งรัฐอย่างเป็นระบบและเข้าถึงได้โดยไม่มีความยุ่งยากซับซ้อน ทั้งนี้แม้การจะทำให้กฎหมายศาสนานี้ถูกบัญญัติให้เป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายแห่งรัฐจะเป็นเรื่องที่เป็นไปอย่างยากลำบากในทางปฏิบัติ ที่พลังเรียกร้องในการให้นำกฎหมายอิสลามข้าเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายแห่งรัฐต้องมีพลังเพียงพอจะเอาชนะอำนาจของกลุ่มชนผู้มีอิทธิพลต่อการออกกฎหมายแห่งรัฐที่จะให้รัฐยอมรับเอากฎหมายอิสลามเข้าไปเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายแห่งรัฐได้ แต่การสร้างกลไกการใช้กฎหมายอิสลามที่มีอยู่ให้มีประสิทธิภาพเป็นที่ยอมรับและสามารถเข้ามาตรวจสอบตรวจทานในเนื้อหาและกระบวนการจากระบบศาลแห่งรัฐได้ เป็นสิ่งจำเป็นที่ต้องจัดให้มีขึ้น ซึ่งการจัดสร้างและบริหารกระบวนการดังกล่าวอาจสามารถจัดขึ้นได้จากองค์กรทางศาสนาอิสลามที่มีอยู่แล้วในปัจจุบัน ผ่านช่องทางทางกฎหมายที่เปิดโอกาสให้มีการเชื่อมประสานกระบวนการการใช้กฎหมายขององค์กรอื่นนอกจากศาล ในรูปแบบต่าง ๆ ตั้งแต่การไกล่เกลี่ย จนถึงการตัดสินชี้ขาดโดยใช้กฎหมายอิสลามด้วยวิธีการอนุญาโตตุลาการ การสร้างอำนาจกึ่งตุลาการขององค์กรทางศาสนาอิสลามเพื่อเชื่อมประสานระบบกฎหมายแห่งรัฐและกฎหมายอิสลาม ดั่งที่กลุ่มชนมุสลิมในหลายประเทศได้พยายามสร้างกลไกและกระบวนการนำกฎหมายอิสลามมาใช้กับกลุ่มชนที่สามารถเชื่อมประสานกับอำนาจตุลาการของรัฐได้อย่างมีระบบแบบแผนที่ชัดเจน ซึ่งการสร้างกลไกเหล่านี้ล้วนแล้วแต่เกิดขึ้นจากการขับเคลื่อนจากความร่วมมือจากกลุ่มชนมุสลิมเองและองค์กรจากฝ่ายรัฐ เพื่อพัฒนารูปแบบการใช้กฎหมายอิสลามให้เป็นที่ยอมรับของรัฐ และนำไปใช้ได้กับชนมุสลิมในประเทศโดยทั่วถึงต่อไป

การพัฒนาการบริหารงานยุติธรรมอิสลามในประเทศไทยจึงมิอาจกระทำโดยเป็นเอกเทศกับต่อเฉพาะในส่วนใดส่วนหนึ่งเท่านั้น หากแต่ต้องมีการจัดการอย่างเป็นระบบโครงสร้าง โดยเริ่มตั้งแต่การวางขอบเขตเนื้อหาแห่งคดีที่จะนำกฎหมายอิสลามมาใช้ให้ชัดเจน การมีองค์กรตัดสินคดีที่มีรูปแบบเป็นไปตามหลักการทางศาสนาและระบบกฎหมายแห่งรัฐ มีการจัดการองค์กรที่เกี่ยวเนื่องกับการใช้กฎหมายอิสลามอย่างเป็นระบบตั้งแต่องค์กรรับรองทางทะเบียน องค์กรไกล่เกลี่ยข้อพิพาท องค์กรให้คำปรึกษาหรือสร้างแบบแผนการใช้กฎหมายอิสลามอย่างเป็นเอกภาพ และท้ายที่สุดแล้วมีการขยายขอบเขตทางพื้นที่การใช้กฎหมายอิสลามให้ทั่วถึงทั้งประเทศเพื่อให้สิทธิแก่ผู้นับถือศาสนาอิสลามที่จะนำระบบกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดกมาใช้กับตน

5.2 ขอบเขตเนื้อหาแห่งคดีที่นำกฎหมายอิสลามมาใช้

การใช้กฎหมายอิสลามในรัฐที่มีมุสลิมเป็นประชากรส่วนน้อยนั้นมักมีขอบเขตเนื้อหาแห่งคดีที่ให้นำกฎหมายอิสลามมาใช้โดยจำกัด ทั้งนี้โดยส่วนใหญ่จึงไม่นำลักษณะทางอาญามาใช้ จะนำมาใช้แต่ในเรื่องว่าด้วยครอบครัวและมรดก ซึ่งเมื่อพิจารณาในระบบการใช้กฎหมายอิสลามทั้ง 4 ประเทศแล้วพบว่า มีเนื้อหาแห่งคดีที่นำกฎหมายอิสลามมาใช้โดยไม่แตกต่างกันมากนัก โดยที่ศรีลังกามีบทบัญญัติให้มีการนำกฎหมายอิสลามมาใช้แต่เฉพาะในเรื่อง การสมรส การหย่า และมรดกของมุสลิมที่ไม่ได้ทำพินัยกรรม ในส่วนที่เกี่ยวกับการหย่าก็ได้มีบทบัญญัติให้มีกอฎีมาเป็นผู้ตัดสินหรือใช้อำนาจกึ่งตุลาการในเรื่องทรัพย์สินที่เกี่ยวกับการสมรสและการหย่าตามหลักศาสนาอิสลามเท่านั้น อันได้แก่ ค่าอุปการะเลี้ยงดูต่าง ๆ ค่ามัรฮัท และ Kaikuli โดยมิได้ให้อำนาจกอฎีในการทำคำวินิจฉัยหรือชี้ขาดเกี่ยวกับอำนาจปกครองบุตร ความเป็นบิดามารดาและบุตร ความสามารถของบุคคล ตลอดจนทรัพย์สินที่ต้องแบ่งกันหากการสมรสสิ้นสุด ซึ่งเรื่องเหล่านี้ยังเป็นอำนาจของศาลแห่งรัฐ และมิได้มีการบัญญัติให้นำกฎหมายอิสลามมาใช้บังคับแต่อย่างใด หากแต่นำกฎหมายทั่วไปที่ใช้บังคับกับพลเมือง เช่นเดียวกับคดีมรดกที่กฎหมายของศรีลังกาบัญญัติให้นำกฎหมายอิสลามมาใช้เฉพาะแต่เป็นกรณีที่มรดกของมุสลิมนั้นไม่ได้ทำพินัยกรรมเท่านั้น และศาลที่มีอำนาจพิจารณาคดีก็เป็นศาลแพ่งแห่งรัฐ

ในสิงคโปร์ที่มีขอบเขตทางเนื้อหาการใช้กฎหมายอิสลามค่อนข้างจำกัดแคบเช่นเดียวกับศรีลังกา คือให้นำกฎหมายอิสลามมาใช้แต่กับเรื่องการสมรส การหย่า ทรัพย์สินที่เกี่ยวกับการสมรสและการหย่าอันประกอบด้วย ความรับผิดที่สามีต้องจ่ายให้แก่ภรรยาตามหลักกฎหมายอิสลามในเวลาที่ทำพิธีสมรสไม่ว่าจะชำระเป็นเงินสดหรือทรัพย์สินหรือเป็นหนี้ค้างชำระไว้โดยมีประกันหรือไม่มีประกันก็ตาม (Emas Kahwin) การจ่ายค่าใช้จ่ายในการสมรส การจ่ายค่าอุปการะเลี้ยงดู การจ่ายค่าขาดจากการสมรสที่สามีต้องจ่ายหรือมุตอะฮ์ แต่ศาลชารีอะห์ของสิงคโปร์ยังมีอำนาจตัดสินชี้ขาดกรณีของการแบ่งปันทรัพย์สินระหว่างคู่สมรสกรณีที่การสมรสสิ้นสุดลงด้วย และค่าเลี้ยงดูบุตรผู้เยาว์ แต่อย่างไรก็ตามในเรื่องข้อพิพาทอื่นใดนอกจากเกี่ยวด้วยเรื่องทรัพย์สินเกี่ยวกับการสมรสการหย่าตามที่ระบุไว้ ก็มิได้บัญญัติให้นำกฎหมายอิสลามมาปรับใช้ หากแต่ต้องเป็นไปตามบทกฎหมาย The Women’s Charter และกฎหมายที่ใช้กับพลมืองทั่วไปอื่นเช่นเดียวกัน แต่ในเรื่องมรดกนั้นมุสลิมทุกคนในสิงคโปร์ยังคงต้องนำกฎหมายอิสลามมาใช้ในการแบ่งปันทรัพย์มรดกทั้งที่มีพินัยกรรมและไม่มีพินัยกรรม แต่ศาลที่มีอำนาจพิจารณาตัดสินชี้ขาดคดีมรดกมุสลิมก็เป็นศาลแพ่งแห่งรัฐทั่วไป มิใช่ศาลชารีอะห์ของสิงคโปร์ ดังนั้นจะเห็นได้ว่าแม้สิงคโปร์และศรีลังกาจะมีการยอมรับให้นำกฎหมายอิสลามมาใช้กับพลเมืองมุสลิมของตนแต่ก็มีการให้ใช้กฎมายอิสลามในขอบเขตทางเนื้อหาที่ค่อนข้างจำกัดเมื่อเปรียบเทียบกับประเทศไทยและฟิลิปปินส์

โดยขอบเขตทางเนื้อหาในการนำกฎหมายอิสลามมาใช้ตามกฤษฎีกาประธานาธิบดีที่ 1083 ของฟิลิปปินส์นอกเหนือจากในเรื่องการสมรสและการหย่าแล้ว ยังมีบทบัญญัติที่ให้ใช้ในเรื่องทรัพย์สินระหว่างสามีภรรยา ความเป็นบิดาและบุตรโดยชอบด้วยกฎหมาย อำนาจปกครองบุตร เรื่องเกี่ยวกับมรดกทั้งหมดทั้งที่มีพินัยกรรมและไม่มีพินัยกรรม ตลอดจนการนำกฎหมายอิสลามมาใช้ในเรื่องสัญญาตามจารีตประเพณีของชนมุสลิมที่คู่สัญญาทุกฝ่ายเป็นมุสลิมอีกด้วย

ในขณะที่ประเทศไทยได้มีบทบัญญัติให้นำกฎหมายอิสลามมาใช้ในคดีแพ่งเกี่ยวด้วยเรื่องครอบครัวและมรดกในศาลชั้นต้นในพื้นที่ 4 จังหวัดภาคใต้ คือ ปัตตานี ยะลา นราธิวาส และสตูล ทั้งนี้ในพระราชบัญญัติว่าด้วยการใช้กฎหมายอิสลามในเขตจังหวัดปัตตานี นราธิวาส ยะลา และสตูล

พ.ศ.2489 ก็มิได้ให้ขอบเขตไว้อย่างชัดเจนดั่งเช่นใน 3 ประเทศที่กล่าวมาข้างต้น คงมีเพียงรูปแบบการปรับใช้กฎหมายโดยศาลโดยวิธีการเทียบเคียงจากการปรับบทกฎหมายที่เมื่อจะนำบทกฎหมายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 และบรรพ 6 มาปรับใช้ในคดีก็ให้นำกฎหมายอิสลามมาใช้แทน ดังนี้จึงอาจกล่าวได้ว่าขอบเขตในทางเนื้อหาแห่งการใช้กฎหมายอิสลาม จึงเป็นไปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 และ บรรพ 6 อันครอบคลุมในเรื่องต่าง ๆ ดังนี้คือ การหมั้น การสมรส การสิ้นสุดของการสมรส ความสัมพันธ์ระหว่างสามีภริยาที่รวมถึงในด้านการจัดการทรัพย์สินระหว่างการสมรสและภายหลังเมื่อการสมรสสิ้นสุด นิติสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดาและบุตร อำนาจการปกครองบุตร ตลอดจนค่าอุปการะเลี้ยงดู และในเรื่องมรดกทั้งหมด ซึ่งจะเห็นได้ว่าขอบเขตทางด้านเนื้อหาในการใช้กฎหมายอิสลามในประเทศไทยจึงมีลักษณะใกล้เคียงกับการให้ใช้กฎหมายอิสลามของประเทศฟิลิปปินส์

อย่างไรก็ตามเนื่องจากในประเทศไทยได้มีบทบัญญัติในเรื่องการที่ศาลจะนำกฎหมายอิสลามมาใช้ได้ต้องเป็นคดีที่คู่ความทั้งสองฝ่ายเป็นผู้นับถือศาสนาอิสลาม เป็นเหตุให้ในกรณีของคดีมรดกที่หากเป็นคดีที่มีข้อพิพาทแล้ว คู่ความทุกฝ่ายที่เข้ามาในคดีต้องเป็นผู้นับถือศาสนาอิสลามเท่านั้นจึงจะสามารถนำกฎหมายอิสลามมาบังคับใช้ได้ ซึ่งแตกต่างจากบทบัญญัติให้ใช้กฎหมายอิสลามของประเทศอื่นที่ให้นำกฎหมายอิสลามในเรื่องมรดกมาใช้กับกรณีที่ผู้ตายหรือเจ้ามรดกเป็นมุสลิม มิใช่ผู้มีสิทธิได้รับมรดกหรือเข้ามาในคดีเช่นดั่งในประเทศไทย ดังนี้แม้ผู้ตายจะมีทายาทที่เปลี่ยนศาสนามิใช่เป็นผู้นับถือศาสนาอิสลามอีกต่อไป ก็ยังคงต้องนำกฎหมายอิสลามมาบังคับใช้ในคดีหรือข้อพิพาทเรื่องมรดกนั้น ๆ เฉกเช่นเดียวกับในเรื่องครอบครัวที่หากเมื่อการสมรสได้กระทำขึ้นตามหลักศาสนาอิสลามซึ่งขณะทำการสมรสคู่สมรสทั้งสองฝ่ายย่อมต้องเป็นมุสลิม แม้ต่อมาคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมิได้นับถือศาสนาอิสลามอีกต่อไปแต่ก็ยังคงต้องนำกฎหมายอิสลามมาปรับใช้ โดยที่การเปลี่ยนศาสนาเพียงอย่างเดียวไม่มีผลให้เป็นการเปลี่ยนระบบกฎหมายกฎหมายที่จะนำมาใช้กับข้อพิพาท

นอกจากนี้เมื่อพิจารณาจากขอบเขตทางเนื้อหาของคดีที่จะนำกฎหมายอิสลามมาใช้แล้ว แม้ในประเทศไทยจะได้มีการจำกัดพื้นที่ที่จะนำกฎหมายอิสลามมาใช้ แต่ก็มีการให้ใช้กฎหมายอิสลามในเนื้อหาแห่งคดีที่ครอบคลุมในเรื่องครอบครัวและมรดกมากกว่าการใช้กฎหมายอิสลามของประเทศศรีลังกาและสิงคโปร์ แต่กระนั้นยังคงต้องสร้างความชัดเจนในขอบเขตการใช้กฎหมายอิสลาม เนื่องจากระบบการนำกฎหมายอิสลามมาใช้ของไทยแตกต่างจากระบบการใช้กฎหมายอิสลามของทั้ง 3 ประเทศกล่าวคือ ในขณะที่การใช้กฎหมายอิสลามทั้งในประเทศสิงคโปร์ ศรีลังกา และฟิลิปปินส์ มีการสร้างองค์กรที่นำกฎหมายอิสลามมาใช้โดยเฉพาะขึ้น นั่นคือในสิงคโปร์ได้มีการบัญญัติจัดตั้งศาลชารีอะห์โดยมีประธานศาลชารีอะห์ทำหน้าที่ผู้พิพากษาตัดสินคดีโดยมิต้องมีการเลือกใช้กฎหมาย แต่ต้องนำเฉพาะกฎหมายอิสลามมาปรับใช้กับข้อเท็จจริงทุกกรณีที่คดีเข้าสู่ศาล เช่นเดียวกับศาลชารีอะห์ของฟิลิปปินส์ที่มีผู้พิพากษาศาลชารีอะห์นำกฎหมายอิสลามมาปรับใช้กับคดีที่ขึ้นสู่ศาลตามประมวลกฎหมายสถานะบุคคลของฟิลิปปินส์ และเช่นเดียวกับกับระบบกอฎีในศรีลังกาที่กอฎีเป็นผู้วินิจฉัยชี้ขาดในเรื่องการหย่าโดยเอกเทศโดยใช้กฎหมายอิสลาม แต่ในขณะที่การใช้กฎหมายอิสลามในประเทศไทยมิได้มีการจัดตั้งศาลเฉพาะขึ้น หากแต่คดีเข้าสู่กระบวนการของศาลจังหวัดและศาลเยาวชนและครอบครัวอันเป็นศาลแพ่งทั่วไป แต่จะได้รับการวินิจฉัยเบื้องต้นจากศาลว่าคดีใดจะนำกฎหมายอิสลามมาปรับใช้แล้วจึงให้ดะโต๊ะยุติธรรมเข้าร่วมเป็นองค์คณะเพื่อใช้กฎหมายอิสลาม ดังนั้นจึงต้องสร้างความชัดเจนของขอบเขตการใช้กฎหมายอิสลามให้เกิดขึ้นหากจะยังคงรูปแบบการ

ใช้กฎหมายอิสลามในศาลของประเทศไทยไว้ในลักษณะเดิมโดยไม่ต้องเพิ่มศาลหรือเพิ่มแผนกคดีครอบครัวและมรดกอิสลามขึ้นใหม่เป็นการเฉพาะ

โดยที่ผู้เขียนเห็นว่าควรให้คำนิยามเพื่อสร้างขอบเขตการใช้กฎหมายอิสลามในคดีแพ่งเกี่ยวกับครอบครัวและมรดกที่ต้องใช้กฎหมายอิสลามให้ชัดเจนดังนี้

1. “คดีครอบครัวอิสลามศาสนิก” หมายถึง คดีแพ่งที่ฟ้องหรือร้องขอต่อศาลหรือกระทำการใด ๆ ในทางศาลเกี่ยวกับครอบครัวอันได้แก่ การหมั้น การสมรส การสิ้นสุดของการสมรส สิทธิหน้าที่ระหว่างสามีภริยา สิทธิในทรัพย์สินระหว่างการสมรสหรือเมื่อการสมรสสิ้นสุด ความเป็นบิดามารดาและบุตร อำนาจปกครองบุตร ที่คู่ความทุกฝ่ายหรือผู้ร้องเป็นผู้นับถือศาสนาอิสลาม หรือได้มีการสมรสกันตามหลักศาสนาอิสลาม

2. “คดีมรดกอิสลามศาสนิก” หมายถึงคดีที่แพ่งที่ฟ้องหรือร้องขอต่อศาล หรือกระทำการใด ๆ ในทางศาลเกี่ยวกับมรดกของผู้ตายที่เป็นผู้นับถือศาสนาอิสลามขณะถึงแก่ความตาย

ทั้งนี้เนื่องจากในปัจจุบันคดีครอบครัวและคดีมรดกจะเข้าสู่ศาลที่แตกต่างกัน คือคดีครอบครัวจะต้องเข้าสู่ศาลเยาวชนและครอบครัวประจำจังหวัดและหากมีการอุทธรณ์จะต้องอุทธรณ์ไปยังศาลอุทธรณ์คดีชำนัญพิเศษ[490] ในขณะที่คดีมรดกนั้นจะเข้าสู่ศาลจังหวัดและหากมีการอุทธรณ์จะต้องอุทธรณ์ไปยังศาลอุทธรณ์ภาค 9 อันเป็นศาลอุทธรณ์ที่มีอำนาจพิจารณาคดีอุทธรณ์ของศาลจังหวัดในเขตพื้นที่จังหวัดปัตตานี ยะลา นราธิวาส และสตูล ดังนั้นจึงต้องมีการนิยามแยกลักษณะแห่งคดีที่จะนำกฎหมายอิสลามมาปรับใช้ โดยที่ในส่วนของของคดีครอบครัวอิสลามศาสนิกนั้นนอกจากจะสร้างความชัดเจนในขอบเขตที่จะนำกฎหมายอิสลามมาใช้แล้วอันได้แก่ การที่กำหนดโดยชัดแจ้งที่จะไม่นำกฎหมายอิสลามมาใช้กับกรณีใดเช่น การจัดการทรัพย์สินของผู้เยาว์ การบรรลุนิติภาวะของผู้เยาว์เป็นต้น แต่ยังได้เพิ่มขอบเขตในการที่คดีจะนำกฎหมายอิสลามมาปรับใช้ได้แม้คู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมิได้นับถือศาสนาอิสลามอีกต่อไป หากแต่บุคคลนั้นเคยเป็นผู้นับถือศาสนาอิสลามและได้ทำการสมรสตามหลักศาสนาอิสลาม

ในส่วนของคดีมรดกอิสลามศาสนิกนั้นได้สร้างขอบเขตให้นำกฎหมายอิสลามมาใช้กับคดีมรดกของผู้ตายที่นับถือศาสนาอิสลามขณะที่ถึงแก่ความตายโดยไม่จำกัดว่าคู่ความในคดีจะนับถือศาสนาใด อันเป็นหลักการที่ยึดถือตัวเจ้ามรดกเป็นที่ตั้งแห่งการใช้กฎหมายอิสลามแทนผู้มีสิทธิได้รับมรดกที่อาจมีผู้ที่มิได้นับถือศาสนาอิสลามเข้ามาในคดีและทำให้มิอาจนำกฎหมายอิสลามมาบังคับใช้ได้จนเกิดลักษณะการที่ต้องนำกฎหมายอิสลามและประมวลกฎมายแพ่งและพาณิชย์มาเลือกใช้ก่อนและขณะคดีขึ้นสู่ศาลแล้ว นอกจากนี้ยังเข้ามาแก้ไขการยื่นคำร้องขอตั้งผู้จัดการมรดกของผู้ตายที่เป็นมุสลิมเนื่องจากในการยื่นคำร้องดังกล่าวต้องมีการระบุบัญชีเครือญาติผู้มีสิทธิในการได้รับมรดกดังนี้เมื่อกฎหมายอิสลามและประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มีบทบัญญัติเกี่ยวกับทายาทผู้มีสิทธิได้รับมรดกที่แตกต่างกันดังนั้นศาลจึงต้องไต่สวนหรือพิจารณาก่อนว่าทายาททุกคนเป็นผู้นับถือศาสนาอิสลามหรือไม่ตลอดจนการสมรสที่สร้างนิติสัมพันธ์ในสิทธิของบุคคลขึ้นนั้นว่าจะเลือกนำการสมรสตามประมวลกฎมายแพ่งและพาณิชย์หรือตามหลักกฎหมายอิสลามมาปรับใช้ เพราะหากมีคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งที่มิใช่ผู้นับถือศาสนาอิสลามเข้ามาในคดีศาลก็มิอาจนำกฎหมายอิสลามมาปรับใช้ได้ และโดยที่ในนิยามดังกล่าวมิได้ระบุให้จัดการทรัพย์มรดกเฉพาะแต่ที่ตั้งอยู่ในพื้นที่เขตอำนาจ

---

[490] มาตรา 180 แห่งพระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ.2553

ศาลเท่านั้น ทั้งนี้เมื่อมุสลิมที่ตายมีภูมิลำเนาขณะตายอยู่ในเขตอำนาจศาลที่ใช้กฎมายอิสลามก็จะได้ปรับใช้กฎหมายอิสลามกับทรัพย์มรดกทั้งหมดไม่ว่าจะตั้งอยู่ที่ใดของประเทศ ซึ่งนิยามคดีมรดกอิสลามศาสนิกดังกล่าวมีลักษณะเช่นเดียวกับการให้ใช้กฎหมายอิสลามในเรื่องมรดกในสิงคโปร์และฟิลิปปินส์

การสร้างขอบเขตที่ชัดเจนทางเนื้อหาแห่งคดีที่จะนำกฎหมายอิสลามมาปรับใช้นอกจากจะสร้างความมั่นคงทางนิติสถานะในการใช้กฎหมายทั้งโดยองค์กรศาลและองค์กรอื่นแล้ว ยังสร้างแนวทางการพัฒนาเนื้อหาทางกฎหมายอิสลามในแต่ละส่วนที่จะนำมาใช้ให้สอดคล้องกับวิถีการใช้กฎหมายอิสลามของกลุ่มชนมุสลิมและหลักการสำคัญในรัฐธรรมนูญของรัฐเพื่อคุ้มครองทั้งสิทธิของกลุ่มชนมุสลิมและปัจเจกชนผู้ต้องอยู่ภายใต้การใช้กฎหมายอิสลาม เนื่องจากเมื่อมีการกำหนดเนื้อหาแห่งคดีที่จะนำกฎหมายอิสลามให้มีความชัดเจนแล้วย่อมเป็นจุดเริ่มต้นที่ดีในการวางรูปแบบกรอบแนวทางการใช้กฎหมายอิสลามในแต่ละเรื่องแบบมีส่วนร่วมของผู้เกี่ยวข้องทุกฝ่ายได้อย่างเป็นระบบทั้งในส่วนขององค์กรตัดสินคดี องค์กรรับรองทางทะเบียน ตลอดจนองค์กรที่จะสร้างความเป็นเอกภาพของเนื้อหากฎหมายอิสลามที่จะนำมาใช้ อันเป็นการสร้างเสริมการบริหารการงานยุติธรรมอิสลามในประเทศไทยได้อย่างมีประสิทธิภาพต่อไป

5.3 องค์กรตัดสินคดีที่ใช้กฎหมายอิสลาม

ในรัฐที่มีการบัญญัติให้ใช้กฎหมายอิสลามกับชนมุสลิมในรัฐของตน ได้สร้างระบบการนำกฎหมายอิสลามมาใช้ในการตัดสินคดี (Judicial Systems) ที่แตกต่างกันตั้งแต่รูปแบบการมีศาลศาสนาอิสลาม (Sharia Courts) เฉพาะที่จัดตั้งขึ้น และไม่ได้มีการจัดตั้งศาลศาสนาอิสลามแต่นำคดีที่ต้องใช้กฎหมายอิสลามเข้าสู่ระบบศาลแพ่งทั่วไปแห่งรัฐ (Civil Court) หรือมีการแต่งตั้งบุคคลเข้ามาใช้อำนาจกึ่งตุลาการ (Quasi-Judicial Body) จากการศึกษาองค์กรตัดสินคดีโดยใช้กฎหมายอิสลามใน 3 ประเทศแล้วพบว่าอาจมีการจัดแบ่งกลุ่มคดีได้ออกเป็น 3 กลุ่มที่มีความสัมพันธ์กับลักษณะองค์กรตัดสินคดีโดยใช้กฎหมายอิสลามคือ

กลุ่มที่ 1 คดีที่เกี่ยวกับการสมรส การหย่า และทรัพย์สินที่เกี่ยวกับการสมรสและการหย่า ซึ่งองค์กรตัดสินคดีจะเชื่อมประสานการทำงานกับองค์กรที่มีหน้าที่รับจดทะเบียน กล่าวคือเมื่อมีข้อโต้แย้งเกี่ยวกับความสมบูรณ์ของการสมรส หรือการทำให้การสมรสตามหลักศาสนาอิสลามสิ้นสุดลงในหลักศาสนาอิสลามนั้นมีบทบัญญัติในเรื่องดังกล่าวแตกต่างจากกฎหมายแห่งรัฐ ที่บทบัญญัติของศาสนาอิสลามต้องให้บุคคลที่ได้รับการแต่งตั้งให้มีหน้าที่ทางตุลาการอิสลามเข้าเป็นผู้ชี้ขาดให้การสมรสสิ้นสุดลงที่มิได้เกิดจากความยินยอมของฝ่ายชาย ตลอดจนในเรื่องทรัพย์สิน ดังนั้นเมื่อรัฐให้ใช้กฎหมายอิสลามเกี่ยวกับสถานะการสมรส รัฐจึงต้องสร้างกลไกดังกล่าวให้มีขึ้นด้วย โดยสิงคโปร์จัดให้มีศาลชารีอะห์ ศรีลังกาจัดให้มีกอฎี และในฟิลิปปินส์จัดให้มีศาลชารีอะห์แขวง ทั้งนี้การใช้อำนาจตุลาการดังกล่าวเป็นสิ่งที่ผู้นับถือศาสนาอิสลามต้องยึดถือปฏิบัติ ซึ่งจะเห็นว่ากรณีดังกล่าวเป็นเหตุให้ต้องมีการแต่งตั้งกอฎีกันเองในหมู่ชนมุสลิมหากในพื้นที่หรือในรัฐที่ไม่ให้นำกฎหมายอิสลามมาเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายแห่งรัฐ ซึ่งนอกจากการใช้อำนาจตัดสินคดีในลักษณะนี้จะเป็นลักษณะการใช้กฎหมายแล้วยังมีลักษณะเป็นการปฏิบัติตามความเชื่อทางศาสนาเข้ามาประกอบด้วยอย่างลึกซึ้ง ระบบการใช้กฎหมายอิสลามในลักษณะนี้โดยส่วนใหญ่จึงไม่อนุญาตหรือให้บุคคลที่มิใช่เป็นผู้นับถือ

ศาสนาอิสลามมาเป็นผู้ใช้อำนาจตัดสินคดี แม้บุคคลนั้นจะเป็นนักกฎหมายที่มีความเชี่ยวชาญหรือเข้าใจกฎหมายอิสลามอย่างลึกซึ้งเพียงใดก็ตาม ทั้งนี้การมีองค์กรตัดสินคดีในเรื่องการสมรส การทำให้การสมรสสิ้นสุดและทรัพย์ที่เกี่ยวกับการสมรสนั้น โดยจุดประสงค์แล้วมีขึ้นเพื่อให้ฝ่ายสตรีมุสลิมได้มีโอกาสทำให้การสมรสของตนสิ้นสุดลงโดยชอบด้วยกฎหมายแห่งรัฐและหลักการทางศาสนา ตลอดจนการมีสิทธิเรียกร้องในทรัพย์สินตามที่หลักการศาสนาอิสลามบัญญัติโดยชอบด้วยกฎหมายแห่งรัฐ[491] จึงจะพบว่าในแต่ละประเทศนั้นมีการกำหนดคุณสมบัติและระบบการตัดสินคดีในส่วนนี้ออกมาอย่างชัดเจน ให้มีความเป็นเอกเทศจากระบบศาลแห่งรัฐที่ใช้กฎหมายทั่วไป และเป็นระบบที่ประชาชนเข้าถึงได้ง่ายมีระเบียบพิธีการหรือการใช้กฎหมายที่ไม่ยุ่งยากซับซ้อน และไม่จำต้องมีทนายความหรือนักกฎหมายเข้ามาดำเนินกระบวนการให้ เนื่องจากเป็นส่วนกลไกที่ผู้นับถือศาสนาอิสลามโดยเฉพาะสตรีมีความจำเป็นต้องใช้ โดยเมื่อพิจารณาจำนวนในการจัดตั้งระบบตัดสินคดีนี้ในแต่ละประเทศเช่น ในศรีลังกามีการแต่งตั้งกอฎีราว ๆ 65 คนทั่วประเทศ ในฟิลิปปินส์มีการจัดตั้งศาลชารีอะห์แขวงกว่า 50 แห่งในเฉพาะพื้นที่ทางตอนใต้ของประเทศ ในขณะที่สิงคโปร์เป็นพียงเกาะเล็ก ๆ ดังนั้นจึงมีศาลชารีอะห์เพียงแห่งเดียว โดยที่ในแต่ละแห่งนั้นก็มิได้จำเป็นต้องให้ผู้พิพากษาแห่งรัฐเข้าร่วมในการวินิจฉัยตัดสินคดีแต่อย่างใด โดยให้มีผู้ตัดสินคดีครอบครัวอิสลามเพียงคนเดียวเท่านั้นที่รับฟังข้อเท็จจริงและวินิจฉัยไปตามหลักกฎหมายอิสลามตามแต่ที่กฎหมายแห่งรัฐได้กำหนดให้นำมาใช้ ซึ่งระบบการตัดสินคดีครอบครัวลักษณะนี้มีผู้เข้ามาเกี่ยวข้องในคดีเป็นจำนวนไม่มากอันอาจได้แก่คู่สามีภริยานั้นเท่านั้น ดังนี้องค์กรตัดสินคดีลักษณะนี้จึงเป็นองค์กรที่มีขนาดเล็ก แต่มีปริมาณมากกระจายตามที่ต่าง ๆ ซึ่งไม่ต้องมีสำนักงานขนาดใหญ่หรือบุคลากรประจำเป็นจำนวนมากแต่อย่างใด

ในขณะที่ระบบของประเทศไทยนั้น กระบวนการที่จะใช้กฎหมายอิสลามในคดีที่เกี่ยวกับการสมรส การหย่า และทรัพย์สินที่เกี่ยวกับการสมรสและการหย่านั้นต้องเข้าสู่ศาลชั้นต้นซึ่งในที่นี้คือศาลเยาวชนและครอบครัวประจำจังหวัด ที่มีรูปแบบเป็นทางการและมีองค์คณะในการพิจารณาคดีตามที่กฎหมายธรรมนูญศาลและการพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัวกำหนด ทั้งกระบวนวิธีพิจารณาในศาลก็เป็นเรื่องยุ่งยากซับซ้อนที่หากคู่ความที่เข้ามาในคดีมิได้มีทนายความหรือที่ปรึกษาทางคดีก็ไม่อาจเข้าใจกระบวนการได้อย่างง่ายดายนัก และการที่กฎหมายให้มีผู้พิพากษาในศาลที่อาจมิใช่ผู้นับถือศาสนาอิสลามร่วมพิจารณาตัดสินคดีด้วยแล้ว แม้จะกำหนดให้ผู้พิพากษาในคดีที่มิใช่ดะโต๊ะยุติธรรมไม่มีอำนาจปรับบทกฎหมายอิสลามมาใช้ก็ตาม ก็เป็นการสร้างระบบองค์กรตัดสินคดีที่ไม่เป็นการยอมรับของอิสลามศาสนิกชนมากนัก

กลุ่มที่ 2 คดีเกี่ยวกับอำนาจปกครองบุตรและความเป็นบิดาและบุตร ซึ่งในแต่ละประเทศนั้นให้ความสำคัญกับคดีลักษณะนี้เนื่องจากมีผู้เยาว์เข้ามาเกี่ยวข้องในคดี อำนาจในการวินิจฉัยในเรื่องดังกล่าวจึงไม่ได้มอบให้กับผู้ตัดสินคดีอิสลามที่มิได้มีคุณสมบัติในทางด้านการใช้กฎหมายทั่วไป เช่นในฟิลิปปินส์ที่ให้คดีเกี่ยวกับอำนาจปกครองบุตรและความเป็นบิดาและบุตร ต้องเข้าสู่ศาลชารีอะห์เขตเท่านั้นที่ผู้พิพากษาในศาลมีคุณสมบัติเช่นเดียวกับผู้พิพากษาในศาลแพ่งแห่งรัฐ หรือในศรีลังกาที่กฎหมายมิได้ให้อำนาจกอฎีในการทำคำชี้ขาดหรือตัดสินเกี่ยวกับเรื่องอำนาจปกครองบุตร หรือความเป็นบิดาและบุตรได้แม้จะได้ให้ผู้เยาว์หรือตัวแทนฟ้องเรียกค่าอุปการะเลี้ยงดูจากฝ่ายบิดาได้แต่กฎหมายก็ได้ขยายความถึงความสัมพันธ์ระหว่างผู้เยาว์และผู้ถูกฟ้องทั้งที่เป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายและไม่ชอบด้วยกฎหมาย อันเป็นการขจัดปัญหาในการที่กอฎีต้องวินิจฉัยถึงความเป็นบิดา

---

[491] มะรอนิง สาแลมิง, *เรื่องเดิม.*

และบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ลงเสีย และในสิงคโปร์ศาลชารีอะห์ก็ไม่มีอำนาจวินิจฉัยในส่วนของการปกครองบุตรแต่อาจทำคำตัดสินตามข้อตกลงของคู่กรณีได้ ทั้งนี้อำนาจปกครองบุตรยังต้องอยู่ภายใต้กฎหมายเกี่ยวกับผู้เยาว์ที่ใช้อยู่ในสิงคโปร์ (The Guardianship of Infants Act) ซึ่งศาลที่มีอำนาจพิจารณาคดีครอบครัวแห่งรัฐยังคงเป็นศาลที่พิจารณาคดีในเรื่องอำนาจปกครองบุตร ซึ่งในลักษณะนี้เมื่อเปรียบเทียบกับการใช้กฎหมายอิสลามในประเทศไทยที่ยอมรับให้นำกฎหมาอิสลามมาใช้ในเรื่องอำนาจปกครองบุตรและความเป็นบิดาและบุตรแล้ว ระบบการพิจารณาคดีร่วมกันระหว่างผู้พิพากษาแห่งรัฐและดะโต๊ะยุติธรรมย่อมเป็นลักษณะที่มีประสิทธิภาพและอำนวยความยุติธรรมเพื่อประโยชน์ของผู้เยาว์ได้มากกว่า โดยที่การนำกฎหมายมาใช้อาจมีสภาพการปรับใช้ทีคำนึงถึงประโยชน์ของผู้เยาว์อย่างแท้จริงได้

กลุ่มที่ 3 คดีมรดก ในประเทศสิงคโปร์และศรีลังกามิได้มีการกำหนดให้นำคดีเข้าสู่ศาลเฉพาะของมุสลิมแต่นำเข้าสู่ศาลแพ่งแห่งรัฐ แม้กฎหมายจะให้นำหลักการทางศาสนาอิสลามมาใช้ในการกำหนดสิทธิของผู้ได้รับมรดกอิสลามก็ตาม ทั้งนี้ในเรื่องมรดกนั้นเป็นเรื่องที่ว่าด้วยนิติสัมพันธ์ที่เกี่ยวกับสิทธิและหน้าที่ในทางทรัพย์สินของภายหลังการตาย ซึ่งในการวินิจฉัยในเรื่องดังกล่าวผู้พิพากษามิจำเป็นต้องเป็นมุสลิม การนำหลักการศาสนาอิสลามในเรื่องมรดกมาใช้ในศาลจึงอาจเป็นการนำเข้าข้อกฎหมายในลักษณะความเห็นของผู้เชี่ยวชาญหรือคำชี้ขาดในสัดส่วนของมรดกที่ทายาทจะได้รับเท่านั้นเช่นในสิงคโปร์หรือศรีลังกา และเนื่องจากคดีความเกี่ยวกับมรดกจะเป็นเรื่องการแบ่งปันทรัพย์สินที่อาจเกี่ยวข้องกับบุคคลหลายฝ่ายและมีการสืบพยานหลักฐานในหลายลักษณะ การเข้าสู่กระบวนการศาลแห่งรัฐที่ใช้อำนาจศาลอย่างเต็มที่จึงจะมีประสิทธิภาพในการยุติธรรมได้มากกว่า ในขณะที่ฟิลิปปินส์ให้นำคดีมรดกมุสลิมขึ้นสู่ศาลชารีอะห์เขตเท่านั้น อันเป็นการสร้างหลักประกันในอำนาจและผู้พิพากษาของศาลที่มีคุณสมบัติเทียบเท่าศาลเขตแห่งรัฐ (District Court) ซึ่งเช่นเดียวกับระบบการใช้กฎหมายอิสลามในประเทศไทยในเรื่องมรดกอิสลามที่เข้าสู่ศาลจังหวัดที่มีดะโต๊ะยุติธรรมร่วมพิจารณากับผู้พิพากษาเพื่อให้ได้ปฏิบัติงานร่วมกันในการวินิจฉัยข้อกฎหมายอิสลามและข้อกฎหมายทั่วไป ตลอดข้อเท็จจริงต่าง ๆ ในคดี

จากการแยกกลุ่มคดีออกเป็น 3 กลุ่มดังกล่าวและระบบองค์กรตัดสินคดีที่ใช้กฎหมายอิสลามแล้วพบว่า รูปแบบองค์กรตัดสินคดีในกลุ่มแรกคือคดีที่เกี่ยวกับการสมรส การหย่า และทรัพย์สินที่เกี่ยวกับการสมรสและการหย่าในประเทศต่าง ๆ ได้จัดตั้งกลไกของระบบการใช้กฎหมายเป็นการเฉพาะโดยมีผู้เข้าทำหน้าที่ตัดสินคดีตามหลักศาสนาอิสลาม โดยที่กระบวนการในกลุ่มลักษณะคดีนี้มีการจัดตั้งระบบการตัดสินคดีเป็นเอกเทศ หรือมีระบบเฉพาะที่มิได้ร่วมอยู่ในระบบศาลปกติแห่งรัฐที่มีผู้พิพากษาแห่งรัฐทั่วไปประจำอยู่ ทั้งคุณสมบัติของผู้ตัดสินคดีต่างต้องเป็นผู้นับถือศาสนาอิสลามที่มีความรู้ในกฎหมายอิสลาม แต่มิได้เน้นคุณสมบัติในทางกฎหมายทั่วไปแห่งรัฐ เนื่องจากบุคคลผู้เข้ามาเกี่ยวข้องในคดีและรูปแบบในคดีเป็นเรื่องของคู่สมรสเท่านั้น

แต่ในกลุ่มที่ 2 ซึ่งเป็นเรื่องที่เกี่ยวกับสิทธิของผู้เยาว์ในสิงคโปร์และศรีลังกาจึงมิได้ให้อำนาจแก่บุคคลหรือองค์กรศาลศาสนาเข้ามาตัดสินคดีและมิให้นำกฎหมาอิสลามมาปรับใช้ แต่เป็นอำนาจของศาลแห่งรัฐ แม้ในฟิลิปปินส์จะให้ศาลชารีอะห์เขตมีอำนาจพิจารณาคดีในกลุ่มนี้ แต่อย่างไรก็ตามจะเห็นว่า การกำหนดคุณสมบัติของผู้พิพากษาในศาลชารีอะห์เขตก็เข้ามามีบทบาทสำคัญเนื่องจาก การที่แม้จะไม่ได้เข้าระบบศาลทั่วไปแห่งรัฐ แต่กฎหมายของฟิลิปปินส์ก็กำหนดคุณสมบัติของผู้พิพากษาในศาลชารีอะห์เขตไว้ในลักษณะเช่นเดียวกับผู้พิพากษาศาลแพ่งแห่งรัฐ ทั้งยังต้องเป็น

ผู้มีความรู้ความชำนาญในกฎหมายอิสลามอันเป็นคุณสมบัติที่สูงกว่าผู้พิพากษาในศาลแพ่งทั่วไปแห่งรัฐ

ในลักษณะใกล้เคียงกันกับองค์กรตัดสินคดีในกลุ่มที่ 2 ทั้งสิงคโปร์และศรีลังกาแม้จะมีการบัญญัติให้นำกฎหมายอิสลามมาใช้ในเรื่องมรดกแต่กระบวนการทางศาลนั้นกลับเข้าสู่กระบวนทางศาลแพ่งปกติ ในขณะที่ระบบศาลชารีอะห์เขตของฟิลิปปินส์เมื่อเป็นองค์กรศาลลักษณะศาลแพ่งชำนัญพิเศษจึงมีเขตอำนาจพิจารณาในคดีมรดกอิสลามนี้ด้วย นอกเหนือจากนี้ศาลชารีอะห์เขตของฟิลิปปินส์ยังมีอำนาจพิจารณาคดีอื่น ๆ ที่มีมุสลิมเป็นคู่ความในคดีทุกฝ่ายอีกด้วย อันเป็นอำนาจพิเศษที่ซ้อนทับกับศาลแพ่งทั่วไป ที่มุสลิมสามารถเลือกนำคดีของตนมาสู่ศาลชารีอะห์เขตได้

ในขณะที่รูปแบบองค์กรตัดสินคดีของประเทศไทยกลับมีรูปแบบเดียว คือมีผู้พิพากษาและตะโต๊ะยุติธรรมร่วมกันพิจารณาคดีที่ต้องใช้กฎหมายอิสลามทุกกลุ่มเนื้อหาแห่งคดี ทั้งนี้หากพิจารณาแต่เฉพาะรูปแบบทางโครงสร้างในองค์กรตัดสินคดีที่ใช้กฎหมายอิสลามแล้ว ระบบโครงสร้างของประเทศฟิลิปปินส์นับว่าเป็นระบบที่มีโครงสร้างค่อนข้างตอบสนองกับการเรียกร้องในการใช้กฎหมายอิสลามในประเทศที่มิได้มีกฎหมายอิสลามเป็นกฎหมายหลักของประเทศ อย่างไรก็ตามนอกจากโครงสร้างในรูปแบบที่สมบูรณ์แล้วยังต้องพิจารณาถึงด้านอื่นประกอบด้วย ทั้งนี้ในประเทศฟิลิปปินส์แม้จะได้กำหนดจัดตั้งศาลชารีอะห์ไว้ทั้งที่เป็นศาลชารีอะห์แขวงและศาลชารีอะห์เขต และมีบทบัญญัติให้มีการจัดตั้งศาลชารีอะห์อุทธรณ์ขึ้นตามรัฐบัญญัติที่ 6734 แต่จนถึงปัจจุบันนี้ศาลชารีอะห์อุทธรณ์ก็ยังมิได้มีการเปิดทำการ ในขณะที่ศาลชารีอะห์เขตและศาลชารีอะห์แขวงต้องประสบกับปัญหาการขาดแคลนบุคลากรที่มีคุณสมบัติครบถ้วนตามที่กฎหมายได้กำหนดไว้[492] ในขณะที่โครงสร้างระบบกอฎีของศรีลังกาเป็นรูปแบบที่ค่อนข้างจะยืดหยุ่นและไม่เป็นทางการของผู้ตัดสินคดีแต่ปัญหาของระบบกอฎีในศรีลังกานั้นกลับพบในเรื่องคุณสมบัติของผู้ที่ได้รับการแต่งตั้งเข้ามาเป็นกอฎีที่มีการกำหนดคุณสมบัติไว้ไม่ใคร่จะสูงนักก่อให้เกิดปัญหาในด้านประสิทธิภาพและความสามารถของบุคลากรที่เข้ามาเป็นกอฎีที่มักขาดความรู้ความชำนาญอย่างแท้จริงในกฎหมายอิสลาม[493] ซึ่งแตกต่างจากสิงคโปร์ที่แม้จะให้มีศาลชารีอะห์มีเขตอำนาจจำกัดซึ่งใกล้เคียงกับอำนาจตัดสินคดีของกอฎีในศรีลังกาแต่บุคลากรต่าง ๆ ที่เกี่ยวกับการตัดสินคดีในสิงคโปร์กลับมีคุณสมบัติและประสิทธิภาพทางการใช้กฎหมายที่เหมาะสม แต่ทั้งนี้เนื่องจากสิงคโปร์เป็นประเทศที่มีพื้นที่ขนาดเล็กและมีศาลชารีอะห์เพียงศาลเดียวใช้อยู่จึงทำให้ระบบการจัดการระบบการใช้กฎหมายอิสลามมีพัฒนาการอย่างต่อเนื่องจนอาจถือได้ว่าประเทศสิงคโปร์มีระบบการให้ใช้กฎหมายอิสลามในประเทศที่มีมุสลิมเป็นประชากรส่วนน้อยของประเทศได้ดีและอำนวยความยุติธรรมตามความต้องการของชนชาวมุสลิมในรัฐได้เป็นอย่างดีประเทศหนึ่ง

จากการศึกษาการจัดรูปแบบองค์กรตัดสินคดีและการใช้กฎหมายอิสลามในแต่ละประเทศผู้เขียนเห็นว่าควรนำมาเป็นแนวทางในการกำหนดรูปแบบองค์กรตัดสินคดีโดยแบ่งตามเนื้อหาแห่งคดีได้ดังนี้

1. คดีที่เกี่ยวกับการสมรส การหย่า และทรัพย์สินที่เกี่ยวกับการสมรสและการหย่า

ในคดีครอบครัวซึ่งต้องนำกฎหมายอิสลามมาปรับใช้โดยที่ในปัจจุบันคดีเข้าสู่กระบวนการของศาลเยาวชนและครอบครัวประจำจังหวัดทั้งนี้เมื่อมีการนำกฎหมายอิสลามมาใช้ในเรื่องครอบครัว

---

[492] Justin G. Holbrook, *op. cit.,* p. 427.

[493] Hyshayama Hamin and Hasanah Cegu Isadeen, *op. cit.,* p. 23.

จึงต้องมีการสร้างระบบการใช้กฎหมายอิสลามให้สอดคล้องกับรูปแบบระบบศาลแห่งรัฐที่มีอำนาจพิจารณาคดีเกี่ยวกับครอบครัวภายใต้พระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ.2553 ซึ่งในเรื่องเฉพาะที่เกี่ยวกับการสมรสและการหย่าที่รวมถึงทรัพย์สินที่เกี่ยวกับการสมรสและการหย่า ในแต่ละประเทศจะมีการจัดตั้งองค์กรตัดสินคดีที่เชื่อมประสานกับองค์กรรับจดทะเบียนหรือนายทะเบียน ซึ่งอาจมองได้ว่าหน่วยงานรับจดทะเบียนหรือการสมรสตามหลักศาสนาอิสลามเป็นจุดเริ่มต้นของการนำหลักการทางศาสนาอิสลามมาใช้ ทั้งนี้เมื่อมีการสมรสตามหลักศาสนาอิสลามแล้ว หากคู่สมรสต้องการทำให้การสมรสของตนสิ้นสุดลงอาจมีขึ้นได้ 2 ลักษณะ คือการสิ้นสุดการสมรสโดยความยินยอม และการสิ้นสุดการสมรสโดยต้องมีคำตัดสินชี้ขาด ซึ่งตามหลักศาสนาอิสลามนั้นให้เอกสิทธิ์แก่ฝ่ายชายที่จะทำการหย่าได้โดยมิต้องได้รับความยินยอมจากฝ่ายภริยา แต่ต้องมีกระบวนการกล่าวคำ “เฎาะล๊าค” ทั้งนี้ในทางปฏิบัติแม้ในหลายโอกาสความต้องการแท้จริงในการทำให้การสมรสสิ้นสุดลงอาจจะมาจากฝ่ายภริยา แต่หากสามีทำการเฎาะล๊าคให้ก็ถือว่าเป็นการสิ้นสุดการสมรสโดยความยินยอมเช่นกัน รูปแบบการทำให้การสมรสสิ้นสุดในลักษณะนี้จึงมักปรากฏลักษณะแห่งการไกล่เกลี่ยประนีประนอมข้อพิพาทเพื่อหาข้อตกลงในการทำให้การสมรสสิ้นสุดร่วมกัน โดยที่ต้องมีข้อตกลงในเรื่องทรัพย์สินจากผลแห่งการสิ้นสุดของการสมรสประกอบ ในการทำให้การสมรสสิ้นสุดโดยความยินยอมเช่นนี้ จึงไม่ต้องมีกระบวนการตัดสินชี้ขาดที่ต้องใช้อำนาจทางตุลาการ เว้นแต่ต้องให้มีการบังคับตามข้อตกลงเมื่อฝ่ายใดไม่ทำตามข้อตกลงนั้น ซึ่งส่วนใหญ่แล้วจะเป็นภาระผูกพันของฝ่ายชายในเรื่องทรัพย์สิน ดังนี้องค์กรในการทำให้การสมรสสิ้นสุดโดยความยินยอมจึงไม่จำเป็นต้องเป็นองค์กรศาลหรือองค์กรที่ใช้อำนาจชี้ขาดตัดสินคดี ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่าคณะกรรมการอิสลามประจำจังหวัดซึ่งเป็นองค์กรที่มีหน้าที่รับรองทางทะเบียน ต้องเป็นผู้ทำหน้าที่ในกระบวนการไกล่เกลี่ยนี้ ซึ่งตามกฎหมายก็ได้บัญญัติชัดให้คณะกรรมการอิสลามประจำจังหวัดมีอำนาจหน้าที่ในกระบวนการดังกล่าว หากแต่ต้องจัดสร้างรูปแบบองค์กร ระเบียบแบบแผนปฏิบัติ ให้มีระบบที่ชัดเจนและแน่นอน เชื่อถือได้ ตลอดจนมีความเชื่อมโยงกับการใช้กฎหมายอิสลามในศาลหากคดีที่ได้รับการไกล่เกลี่ยและมีข้อตกลงแล้วต้องได้รับการพิจารณาหรือใช้อำนาจตุลาการของศาลบังคับให้เป็นไปตามข้อตกลงต่อไป

ในอีกด้านหนึ่งการทำให้การสมรสสิ้นสุดโดยต้องมีคำตัดสินชี้ขาด ซึ่งเกิดจากความไม่ยินยอมของฝ่ายชายที่จะทำการ “เฎาะล๊าค” จึงต้องมีกระบวนการใช้อำนาจตุลาการเข้ามาตัดสินชี้ขาด ดังนั้นการหย่าในลักษณะนี้จึงต้องมีการสร้างรูปแบบองค์กรที่มาใช้อำนาจทางตุลาการ ซึ่งโดยบทบัญญัติแห่งกฎหมายแล้วเป็นแต่ศาลแห่งรัฐที่จะมีอำนาจทางตุลาการ คณะกรรมการอิสลามประจำจังหวัดไม่มีอำนาจทางตุลาการเช่นว่านี้ เว้นแต่จะมีการมอบอำนาจหรือให้อำนาจไว้อย่างชัดแจ้งโดยกฎหมาย ดังที่ในศรีลังกาต้องมีการแต่งตั้ง “กอฎี” เพื่อมาเป็นบุคคลที่ใช้อำนาจตุลาการเช่นว่า หรือในสิงคโปร์ที่มีศาลชารีอะห์และฟิลิปปินส์มีศาลชารีอะห์แขวง ในขณะที่ประเทศไทยผู้เขียนยังมองว่ามิได้มีรูปแบบองค์กรการใช้อำนาจตุลาการที่เหมาะสมในส่วนนี้ โดยที่ในระบบของฝ่ายตุลาการที่คดีครอบครัวอิสลามศาสนิกชนต้องเข้าสู่กระบวนการของศาลเยาวชนและครอบครัวประจำจังหวัดในพื้นที่ 4 ภาคใต้ที่มีผู้พิพากษาประจำศาลนั่งพิจารณาร่วมกับดะโต๊ะยุติธรรมผู้ซึ่งตามกฎหมายเป็นเพียงผู้วินิจฉัยข้อกฎหมายอิสลามเท่านั้น โดยที่กระบวนการต่าง ๆยังคงเป็นกระบวนการทางศาลปกติที่ประชาชนในพื้นที่ยังมีความรู้สึกว่าเป็นกระบวนการที่ยุ่งยากซับซ้อน ไม่เหมาะสมกับวิถีชีวิตและตอบสนองความต้องการทางการใช้กฎหมายอิสลามอย่างแท้จริงของตน ตลอดจนเหตุผลทางศาสนาเมื่อกรณีที่ผู้พิพากษาในคดีมิใช่ผู้มีแต่ผู้นับถือศาสนาอิสลามเท่านั้น การปรับแก้กลไกในลักษณะ

รูปแบบองค์กรทางการใช้อำนาจตุลาการในส่วนนี้จึงเป็นสิ่งสำคัญยิ่ง โดยผู้เขียนเห็นว่าอาจสร้างรูปแบบลักษณะองค์กรได้เป็น 3 แนวทาง คือ

แนวทางที่ 1 การสร้างระบบตัดสินคดีการสมรส การหย่า และทรัพย์สินที่เกี่ยวกับการสมรสและการหย่า อยู่ภายใต้องค์กรศาลหรือสำนักงานศาลยุติธรรมตาม พระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ.2553 โดยให้ดะโต๊ะยุติธรรมสามารถนั่งพิจารณาตัดสินทั้งข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายอิสลามโดยไม่จำต้องมีผู้พิพากษาของศาลร่วมพิจารณาคดี และให้มีรูปแบบในกระบวนการที่เข้าถึงได้ง่ายโดยประชาชน มีความยืดหยุ่นในกระบวนการ โดยผู้เข้าสู่กระบวนการอาจไม่จำเป็นต้องมีทนายความแต่มีเจ้าหน้าที่หรือที่ปรึกษาในคดีที่จัดให้บริการโดยบุคลากรของรัฐ

แนวทางที่ 2 การมีกฎหมายให้อำนาจแก่ องค์กรหรือบุคคลอื่นที่มิใช่ศาลแห่งรัฐเข้ามาใช้อำนาจลักษณะออกคำตัดสินชี้ขาดในเรื่องการสมรส การหย่า และทรัพย์สินที่เกี่ยวกับการสมรสและการหย่า ซึ่งในที่นี้คือคณะกรรมการอิสลามประจำจังหวัด ที่ต้องมีการเพิ่มเติมในบทกฎหมายที่จะให้อำนาจแก่ หน่วยงานหรือบุคคลที่ได้รับการแต่งตั้งเป็นพิเศษไว้ในพระราชบัญญัติการบริหารองคกรศาสนาอิสลาม พ.ศ.2540 โดยที่ต้องจัดทำกระบวนการใช้อำนาจทางการวินิจฉัยชี้ขาดนี้ในเป็นระบบแบบแผนที่ชัดเจน ทั้งกับการกำหนดคุณสมบัติของผู้มาใช้อำนาจในการตัดสินชี้ขาดนี้ ที่นอกจากจะมีความเข้าใจกฎหมายอิสลามเป็นอย่างดีแล้ว ต้องสร้างความเชื่อมโยงกับแนวทางการใช้กฎหมายอิสลามในศาลแห่งรัฐได้เป็นอย่างดี เพื่อที่จะประสานกลไกทางการใช้กฎหมายระหว่างองค์กรภายใต้คณะกรรมการอิสลามประจำจังหวัดและองค์กรศาลได้อย่างมีประสิทธิภาพ

แนวทางที่ 3 เป็นรูปแบบผสมที่องค์กรศาลจัดสร้างรูปแบบการตัดสินคดีตามแนวทางที่ 1 ในขณะที่มีการพัฒนารูปแบบกระบวนการใช้อำนาจทางการวินิจฉัยชี้ขาดในองค์กร คณะกรรมการอิสลามประจำจังหวัดให้มีแบบแผนชัดเจน เป็นทางเลือกของประชาชนในการทำให้การสมรสของตนสิ้นสุดและมีคำวินิจฉัยชี้ขาดในเรื่องทรัพย์สิน ที่จะนำไปให้ศาลออกคำบังคับให้ได้ โดยไม่ต้องมีขั้นตอนยุ่งยากมากนัก เนื่องจากเป็นเรื่องเกี่ยวกับทรัพย์สินระหว่างคู่สมรสเช่นค่าอุปการะเลี้ยงดู ค่าทรัพย์สินที่เกี่ยวกับการสมรสอื่น ๆ ซึ่งโดยทั่วไปในทางปฏิบัติมิได้มีมูลค่าสูงเช่นดั่งคดีแพ่งทั่วไป แต่มีความจำเป็นต่อการดำรงชีพของบุคคลโดยเฉพาะอย่างยิ่งสตรีมุสลิม แต่ต้องสร้างความเป็นเอกภาพของตัวบทกฎหมายอิสลามที่จะนำมาใช้ของทั้งจากองค์กรศาลและองค์กรที่ได้รับมอบอำนาจ

2. คดีที่เกี่ยวกับผู้เยาว์หรือความสัมพันธ์บิดามารดาและบุตร

ในคดีที่มีผู้เยาว์เข้ามาเกี่ยวข้อง กระบวนการใช้กฎหมายในลักษณะนี้มักไม่เปิดโอกาสให้หน่วยงานอื่นที่ไม่ใช่ศาลแห่งรัฐเข้ามาใช้อำนาจทางตุลาการได้ ดังจะเห็นได้จากการใช้กฎหมายอิสลามทั้งใน สิงคโปร์และศรีลังกาที่มิได้ให้นำกฎหมายอิสลามมาใช้ในเรื่องเกี่ยวกับอำนาจปกครองหรือจัดการด้านทรัพย์สินของบุตรผู้เยาว์ ในขณะที่ในฟิลิปปินส์แม้ให้นำกฎหมายอิสลามมาใช้แต่ก็ให้เป็นอำนาจของศาลชารีอะห์เขตที่ผู้พิพากษามีคุณสมบัติเทียบเท่ากับผู้พิพากษาในศาลเขตแห่งรัฐเท่านั้นมาตัดสินคดีเช่นนี้ได้ ในขณะที่ประเทศไทยหากอ้างอิงตามตัวบทกฎหมายที่มีอยู่เดิมแล้ว ยังคงยอมรับให้นำกฎหมายอิสลามมาใช้ในเรื่องเกี่ยวกับอำนาจปกครองบุตรผู้เยาว์ และความสัมพันธ์ระหว่างบิดาและบุตรระหว่างผู้นับถือศาสนาอิสลามและมีคดีเข้าสู่ศาลชั้นต้นใน 4 จังหวัดภาคใต้ โดยที่มีกระบวนการการใช้กฎหมายในศาลเยาวชนและครอบครัวประจำจังหวัดที่ให้มีองค์คณะเป็นผู้พิพากษาประจำศาลและดะโต๊ะยุติธรรมร่วมพิจารณาคดี นอกจากนี้ในคดีที่มีผู้เยาว์เข้าเกี่ยวข้องยังต้องอยู่ภายใต้บทบัญญัติในเรื่องกระบวนการทางศาลที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติศาลเยาวชนและ

ครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ.2553 ที่ได้รับการพัฒนาและแก้ไขปรับปรุงกฎหมายเรื่อยมา ซึ่งการมีทั้งดะโต๊ะยุติธรรมและผู้พิพากษาร่วมกันเป็นองค์คณะถือว่าเป็นรูปแบบการใช้กฎหมายอิสลามในการตัดสินคดีที่ค่อนข้างมีระบบแบบแผนที่ดี เมื่อเทียบกับการใช้กฎหมายอิสลามทั้งในสิงคโปร์และฟิลิปปินส์ ดังนี้ในคดีครอบครัวอิสลามศาสนิกที่มีผู้เยาว์เข้ามาเป็นผู้มีส่วนได้เสียในคดีด้วยนั้น เมื่อต้องมีการใช้อำนาจตัดสินคดีจึงต้องเป็นแต่ศาลแห่งรัฐเท่านั้นที่มีอำนาจเช่นนี้ แต่อย่างไรก็ตามกระบวนการไกล่เกลี่ยประนีประนอมยอมความก็ยังคงต้องมีอยู่ แต่ต้องเป็นระบบที่มีการจัดให้มีผู้ชำนาญการและผ่านคุณสมบัติในการเป็นที่ปรึกษากฎหมายทั้งที่เกี่ยวกับกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและหลักการสำคัญอื่นที่เกี่ยวกับคดีที่มีผู้เยาว์เข้ามาเป็นผู้มีส่วนได้เสียตามหลักกฎหมายทั่วไป

3. คดีมรดกอิสลามศาสนิก

ในคดีมรดกอิสลามศาสนิกทั้งที่เป็นคดีมีข้อพิพาทและไม่มีข้อพิพาทในปัจจุบันนี้ จะต้องเข้าสู่ศาลจังหวัดในพื้นที่ 4 จังหวัด ในขณะที่ยังคงมีการกำหนดให้คู่ความทุกฝ่ายในคดีมรดกนี้ต้องเป็นผู้นับถือศาสนาอิสลาม แต่หากเมื่อมีผู้ร้องคัดค้าน หรือคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งในคดีมิใช่ผู้นับถือศาสนาอิสลาม ก็จะไม่สามารถนำกฎหมายอิสลามมาปรับใช้ในศาลได้ ต้องนำบทบัญญัติในเรื่องมรดกตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาปรับใช้ ดังนั้นในข้อเสนอแรกที่จะให้มีการสร้างความชัดเจนของขอบเขตการใช้กฎหมายอิสลามในเรื่องมรดก โดยให้นิยามคดีมรดกอิสลามศาสนิก ขึ้นใหม่ให้หมายถึงคดีที่แพ่งที่ฟ้องหรือร้องขอต่อศาล หรือกระทำการใด ๆ ในทางศาลเกี่ยวกับมรดกของผู้ตายที่เป็นผู้นับถือศาสนาอิสลามขณะถึงแก่ความตาย การให้นิยามดังกล่าวจึงเป็นการขจัดปัญหาการเลือกกฎหมายที่แตกต่างกันมาปรับใช้กับข้อเท็จจริงเดียวกันของคู่ความ ด้วยเหตุแห่งการเปลี่ยนศาสนาของบุคคลเพื่อผลแห่งคดี โดยที่ในคดีมรดกอิสลามศาสนิกตามนิยามใหม่นี้ ยังคงรูปแบบระบบองค์กรการตัดสินที่มีผู้พิพากษาศาลและดะโต๊ะยุติธรรมร่วมนั่งพิจารณาในคดีได้ดั่งเดิม เนื่องจากยังคงต้องใช้ทั้งหลักกฎหมายทั่วไป ในเรื่องกระบวนการศาลในการรับฟังพยานหลักฐาน การพิจารณาคดี แต่ยังคงต้องมีผู้ชี้หรือตัดสินข้อกฎหมายอิสลามอยู่ต่อไป เมื่อข้อเท็จจริงต่าง ๆ ได้ฟังเป็นที่ยุติแล้ว โดยที่อาจเพิ่มอำนาจไว้ในกฎหมายให้ดะโต๊ะยุติธรรมสามารถพิจารณาในส่วนข้อเท็จจริงร่วมกับผู้พิพากษาได้ แม้ทางปฏิบัติในปัจจุบันดะโต๊ะยุติธรรมก็ต้องพิจารณาในปัญหาข้อเท็จจริงร่วมกับผู้พิพากษาด้วยอยู่แล้วเพื่อที่จะนำข้อกฎหมายอิสลามมาปรับใช้กับข้อเท็จจริงได้ แต่อย่างไรก็ตามหากจะเพิ่มอำนาจในการวินิจฉัยข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายอื่นเช่นเดียวกับผู้พิพากษาได้ ก็ต้องมีการเพิ่มคุณสมบัติของผู้ที่ได้รับการแต่งตั้งเป็นดะโต๊ะยุติธรมให้สูงขึ้น โดยมีคุณสมบัติเช่นเดียวกับผู้พิพากษาที่ทำหน้าที่ในศาล เช่นต้องมีความรู้ในกฎหมายไทยหรือเป็นสามัญสมาชิกเนติบัณฑิตไทยเป็นต้น แต่ในช่วงเวลาที่ยังไม่อาจหาบุคคลผู้มีคุณสมบัติดังกล่าวได้ ก็ควรยังให้คงรูปแบบของการใช้กฎหมายอิสลามในเรื่องมรดกในศาลไว้ตามแบบเดิมที่มีผู้พิพากษาและดะโต๊ะยุติธรรมร่วมพิจารณา

4. การอุทธรณ์คำตัดสินคดีที่ใช้กฎหมายอิสลาม

ในระบบโครงสร้างขององค์กรตัดสินคดีนั้น ทั้งที่เป็นระบบศาลศาสนาเฉพาะหรือมีการแต่งตั้งบุคคลเข้าหน้าที่กึ่งตุลาการเช่นในศรีลังกา ต่างมีระบบในการตรวจทานการใช้กฎหมายอิสลามขององค์กรตัดสินคดี โดยที่ศาลชารีอะห์ของสิงคโปร์นั้นแม้จะมีเขตอำนาจเฉพาะแต่ในเรื่องคดีที่เกี่ยวกับการสมรส การหย่า และทรัพย์สินที่เกี่ยวกับการสมรสและการหย่าเท่านั้น แต่คำตัดสินของศาลชารีอะห์ของสิงคโปร์ก็ไม่ได้เป็นที่สุดยังคงอุทธรณ์ไปยังคณะกรรมาธิการพิจารณาอุทธรณ์ (Appeal Board) ซึ่งจะมีองค์คณะในการพิจารณาอุทธรณ์จำนวน 3 คน คณะกรรมาธิการพิจารณาอุทธรณ์นี้จะ

มาจากคณะกรรมาธิการที่ได้รับการแต่งตั้งไว้จำนวนหนึ่งซึ่งปัจจุบันมีจำนวน 23 คน โดยที่คำตัดสินของคณะกรรมาธิการพิจารณาอุทธรณ์ของสิงคโปร์นี้ถือเป็นที่สุด จะอุทธรณ์หรือยื่นต่อศาลแห่งรัฐอื่นอีกไม่ได้ ส่วนระบบกอฎีของศรีลังกานั้นเมื่อกอฎีมีคำตัดสินเช่นไรก็ยังสามารถอุทธรณ์ได้เช่นเดียวกับศาลชารีอะห์ในสิงคโปร์ โดยในศรีลังกานั้นมีการแต่งตั้งคณะกรรมการกอฎี (Board of Quazis) ขึ้นชุดหนึ่งมีที่ทำการ ณ เมืองโคลอมโบ เป็นคณะบุคคลที่มีหน้าที่พิจารณาอุทธรณ์คำตัดสินของกอฎีจากพื้นที่ต่าง ๆ แต่ที่แตกต่างจากของสิงคโปร์คือคำตัดสินของคณะกรรมการกอฎีนี้ยังอาจอุทธรณ์ไปยังศาลอุทธรณ์แห่งรัฐได้อีกในกรณีที่ศาลอนุญาต ในขณะที่ในฟิลิปปินส์นั้นก็ได้กำหนดศาลชารีอะห์ไว้ในกฤษฎีกาประธานาธิบดีที่ 1083 สองชั้นศาลคือ ศาลชารีอะห์แขวง และศาลชารีอะห์เขต ที่คำตัดสินในคดีที่ศาลชารีอะห์แขวงสามารถอุทธรณ์มายังศาลชารีอะห์เขตได้อีก และแม้บางคดีศาลชารีอะห์เขตจะเป็นศาลที่เริ่มต้นคดีแต่กฎหมายก็ยังไม่ตัดสิทธิการอุทธรณ์คำตัดสินของศาลชารีอะห์เขตไปยังศาลสูงของรัฐเพื่อตรวจทานคำตัดสิน ซึ่งในปัจจุบันเมื่อยังไม่มีการเปิดทำการศาลชารีอะห์อุทธรณ์คำตัดสินของศาลชารีอะห์เขตจึงอุทธรณ์ไปยังศาลฎีกาของฟิลิปปินส์

เมื่อพิจารณาถึงองค์กรที่มาทำการตรวจทานคำตัดสินแล้วพบว่ามี 2 ลักษณะคือ ลักษณะแรกคือองค์กรที่จัดตั้งขึ้นโดยเฉพาะภายใต้กฎหมายที่บัญญัติให้ใช้กฎหมายอิสลามอันได้แก่ คณะกรรมาธิการพิจารณาอุทธรณ์ (Appeal Board) ของสิงคโปร์ คณะกรรมการกอฎี (Board of Quazis) ของศรีลังกา และศาลชีะอะห์เขตของฟิลิปินส์ และอีกลักษณะหนึ่งคือองค์กรศาลแห่งรัฐตามระบบศาลทั่วไป ที่ในศรีลังกาและฟิลิปปินส์การตัดสินอุทธรณ์ขององค์กรที่ตั้งขึ้นก็มิได้เป็นที่สุดยังสามารถอุทธรณ์ไปยังศาลสูงแห่งรัฐได้อีกอันเป็นการสร้างกรอบการใช้กฎหมายอิสลามไว้ให้อยู่ภายใต้หลักการทางรัฐธรรมนูญแห่งรัฐที่ศาลสูงยังคงมีอำนาจในการควบคุมอำนาจด้านตุลาการต่าง ๆที่เกิดขึ้นภายในรัฐ แม้การใช้กฎหมายอิสลามของสิงคโปร์จะมีลักษณะแตกต่างจากประเทศอื่นที่มิได้เปิดให้ศาลแห่งรัฐเข้ามาตรวจทานการตัดสินคดีของศาลชารีอะห์อีก แต่อย่างไรก็ตามคณะกรรรมาธิการพิจารณาอุทธรณ์ (Appeal Board) ของสิงคโปร์ที่ได้รับการแต่งตั้งจากประธานาธิบดีก็มีความหลากหลายและเป็นบุคลากรอาวุโสจากองค์กรศาล ผู้พิพากษา ทนายความ ผู้นำชุมชนหรือนักวิชาการทางศาสนาอิสลาม ตลอดจนได้ขยายโอกาสให้สตรีเข้ามาเป็นคณะกรรมาธิการพิจารณาอุทธรณ์มากขึ้นซึ่งในปัจจุบันมีสตรีเป็นคณะกรรมาธิการถึง 5 คนจากคณะกรรมาธิการจำนวน 23 คน[494]

ในขณะที่ในประเทศไทยได้มีบทบัญญัติที่ให้คำตัดสินชี้ขาดข้อกฎหมายอิสลามของดะโต๊ะยุติธรรมเป็นที่สุดจะอุทธรณ์หรือฎีกาอีกไม่ได้ ซึ่งเป็นลักษณะที่มีความบกพร่องของระบบที่แตกต่างจากการให้ใช้กฎหมายอิสลามในประเทศอื่น เนื่องจากปิดกั้นการตรวจทานการใช้กฎหมายอิสลามของดะโต๊ะยุติธรรม ที่แม้จะมีความรู้ความชำนาญทางกฎหมายอิสลามเพียงใดก็อาจมีการผิดหลงได้ ซึ่งการแก้ไขกฎหมายให้เปิดช่องหรือมีระบบในการตรวจทานคำตัดสินข้อกฎหมายอิสลามอีกชั้นหนึ่งได้ยังเป็นประเด็นสำคัญที่ต้องนำมาปรับใช้กับการใช้กฎหมายอิสลามในประเทศไทย เพราะนอกจากองค์กรที่รับอุทธรณ์จะเป็นองค์กรหนึ่งในการตรวจทานการใช้กฎหมายอิสลามแล้วยังเป็นองค์กรที่สร้างกรอบรูปแบบการใช้กฎหมายอิสลามในแต่ละประเทศองค์กรหนึ่ง เพราะเมื่อมีองค์คณะที่เป็นผู้ทรงคุณวุฒิที่มาพิจารณาคำตัดสินของผู้พิพากษาหรือผู้ใช้กฎหมายอิสลามในลำดับล่างย่อมสร้างความเป็นเอกภาพและความแน่นอนในการใช้กฎหมายได้ดีขึ้น

---

[494] Calvin Yang, *op. cit.*

ดังนี้ในประเทศไทยจึงควรต้องเพิ่มกระบวนการอุทธรณ์คำตัดสินข้อกฎหมายอิสลาม เพื่อเปิดโอกาสให้มีการตรวจทานคำตัดสินหรือการใช้กฎหมายอิสลามของศาลล่าง โดยที่ต้องพิจารณาประกอบกับกระบวนการอุทธรณ์คำตัดสินของศาลที่มีใช้อยู่ในปัจจุบัน อันอาจแยกออกเป็นสองส่วน คือในคดีครอบครัวและคดีมรดก

ในคดีครอบครัวซึ่งอยู่ภายใต้กระบวนการทางศาลที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ.2553 ซึ่งการอุทธรณ์คำตัดสินของศาลชั้นต้นได้บัญญัติไว้ในมาตรา 180 ว่า “การอุทธรณ์คำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลเยาวชนและครอบครัว ให้อุทธรณ์ไปยังศาลอุทธรณ์คดีชำนัญพิเศษโดยให้นำบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งหรือประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาแล้วแต่กรณีมาใช้บังคับโดยอนุโลม”[495] ดังนั้นคดีครอบครัวอิสลามศาสนิกที่เข้าสู่ศาลเยาวชนและครอบครัวประจำจังหวัดจึงต้องเข้าสู่กระบวนการพิจารณาอุทธรณ์ของศาลอุทธรณ์คดีชำนัญพิเศษแผนกคดีครอบครัวที่มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีที่อุทธรณ์คำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลเยาวชนและครอบครัว[496] ซึ่งเมื่อจะให้มีการอุทธรณ์คำตัดสินในส่วนข้อกฎหมายอิสลามขึ้นไปยังศาลสูงได้ จึงต้องมีกฎหมายหรือข้อบังคับเข้ามากำหนดองค์คณะในการพิจารณาวินิจฉัยอุทธรณ์ในคดีครอบครัวอิสลามศาสนิกทั้งในข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายโดยไม่มีการจำเพาะไว้แต่ในข้อกฎหมายส่วนใด โดยที่คู่ความฝ่ายที่โต้แย้งการวินิจฉัยตัดสินของศาลชั้นต้นยังคงอุทธรณ์ทั้งในข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายที่รวมถึงข้อกฎหมายอิสลามที่ถือว่าเป็นกฎหมายของไทยมิใช่กฎหมายต่างประเทศขึ้นไปได้ และเช่นเดียวกับแผนกอื่นในศาลอุทธรณ์คดีชำนัญพิเศษ ที่องค์กรศาลต้องจัดให้มีองค์คณะผู้พิพากษาในการพิจารณาอุทธรณ์ของศาลที่มีความเชี่ยวชาญชำนาญในแผนกนั้น ๆ ทั้งนี้เมื่อเป็นการอุทธรณ์คดีครอบครัวอิสลามศาสนิกแล้ว การจัดให้มีองค์คณะที่มีความรู้และเข้าใจในกฎหมายอิสลามจากข้าราชการตุลาการตามกฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรมที่ได้รับการแต่งตั้งเป็นผู้พิพากษาในศาลอุทธรณ์คดีชำนัญพิเศษจึงเป็นภาระหน้าที่ผูกพันของศาลยุติธรรมที่ต้องจัดให้มีขึ้น

ในคดีมรดกอิสลามศาสนิกนั้นก็อาจมีแนวทางในการอุทธรณ์คำตัดสินชี้ขาดข้อกฎหมายอิสลามเช่นเดียวกับการอุทธรณ์คำตัดสินในคดีครอบครัวอิสลามศาสนิก ซึ่งการอุทธรณ์คำตัดสินของศาลจังหวัดในพื้นที่ใน 4 จังหวัดโดยส่วนใหญ่หากมิได้มีคำขอเป็นอย่างอื่นจะมีการอุทธรณ์ไปยังศาลอุทธรณ์ภาค 9[497] ดังนั้นเมื่อเปิดโอกาสให้สามารถอุทธรณ์คำตัดสินในส่วนข้อกฎหมายอิสลามขึ้นไปยังศาลสูงได้ องค์คณะในส่วนของการพิจารณาอุทธรณ์คดีมรดกอิสลามศาสนิกในศาลอุทธรณ์ภาค 9 จึงต้องจัดให้มีผู้พิพากษาในศาลอุทธรณ์ที่มีความเชี่ยวชาญและความรู้ในกฎหมายอิสลาม

โดยที่ผู้เขียนเห็นว่าไม่จำเป็นต้องมีการแต่งตั้งตำแหน่งดะโต๊ะยุติธรรมประจำศาลอุทธรณ์หรือศาลอุทธรณ์คดีชำนัญพิเศษแต่อย่างใด ผู้พิพากษาที่จะเข้ามาเป็นองค์คณะในการวินิจฉัยอุทธรณ์คดีครอบครัวและมรดกอิสลามศาสนิกไม่จำต้องเป็นผู้นับถือศาสนาอิสลามเท่านั้น เนื่องจากเมื่อกฎหมายแห่งรัฐยอมรับให้กฎหมายอิสลามเข้ามาเป็นส่วนหนึ่งแห่งกฎหมายของรัฐ อำนาจการตรวจสอบตรวจทานการใช้กฎหมายย่อมเป็นอำนาจโดยชอบขององค์กรตุลาการที่ตั้งขึ้นตามบทบัญญัติแห่ง

---

[495] มาตรา 180 แห่งพระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ.2553

[496] มาตรา 5 (5) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลอุทธรณ์คดีชำนัญพิเศษ พ.ศ.2558

[497] พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลอุทธรณ์ภาค พ.ศ.2532

กฎหมายภายใต้รัฐธรรมนูญ หากแต่ต้องมีการสร้างความเชื่อมโยงระหว่างองค์กรตุลาการของรัฐและองค์กรที่ใช้กฎหมายอิสลามที่ต้องถูกสร้างขึ้นตามพระราชบัญญัติการบริหารองค์กรศาสนาอิสลาม พ.ศ.2540 เพื่อการสร้างเสถียรภาพในการใช้กฎหมายอิสลามในประเทศไทย

5.4 องค์กรรับรองทางทะเบียน

เมื่อได้ให้นำบทบัญญัติตามหลักศาสนาอิสลามมาใช้แก่มุสลิมในประเทศในเรื่องเกี่ยวกับครอบครัวและมรดกของแต่ละประเทศแล้ว ในประเทศทั้ง 3 คือสิงคโปร์ ศรีลังกา และฟิลิปปินส์ต่างกำหนดให้สถานะทางกฎหมายของการสมรสตามหลักศาสนาอิสลามมีผลเช่นเดียวกับสถานะการสมรสตามหลักกฎหมายทั่วไป โดยที่มุสลิมหากจะสมรสกันต้องเป็นไปตามที่กฎหมายให้ใช้กฎหมายอิสลามในเรื่องการสมรสและการหย่ากำหนด ทั้งนี้ในแต่ละประเทศก็ได้มีกฎหมายจัดตั้งหน่วยงานหรือแต่งตั้งบุคคลเข้ามาทำหน้าที่นายทะเบียนสมรสตามหลักอิสลาม ที่มีฐานะเช่นเดียวกับนายทะเบียนการสมรสของรัฐ ดั่งเช่นในสิงคโปร์ได้มีการกำหนดให้มีสำนักทะเบียนสมรสอิสลาม (Registry of Muslim Marriages) ขึ้นโดยมีหน้าที่ทั้งรับรองการจดสมรสรวมทั้งการหย่าของมุสลิม โดยที่มีการแต่งตั้ง Kadis และ Naib Kadis ซึ่งเป็นผู้มีหน้าที่โดยตรงในการทำการสมรสให้ถูกต้องตามหลักอิสลาม[498] ในฟิลิปปินส์กฎหมายก็ได้บัญญัติให้มีหน่วยงานรับจดทะเบียนอันเกี่ยวเนื่องด้วยประมวลกฎหมายสถานะบุคคลมุสลิม[499] โดยมีนายทะเบียนเขต (District Registrar) และนายทะเบียนแขวง (Circuit Registrar) ซึ่งสำนักจดทะเบียนดังกล่าวเป็นส่วนหนึ่งของศาลชารีอะห์ โดยที่เสมียนศาลชารีอะห์ในแต่ละท้องที่จะมีหน้าที่นายทะเบียน อันประกอบไปด้วยการรับจดทะเบียนการสมรส การหย่า การเพิกถอนการหย่า และการเข้ารับศาสนาอิสลามตามพื้นที่ที่ศาลชารีอะห์ตั้งอยู่ เช่นเดียวกับในศรีลังกาที่มีการกำหนดลักษณะการรับจดทะเบียนสมรสตามหลักศาสนาอิสลามไว้ให้มีสถานะเดียวกับการรับจดทะเบียนสมรสตามกฎหมายทั่วไปและกฎหมายสมรสของกลุ่มชนพื้นถิ่นอื่น แม้ในศรีลังกาจะมิได้มีการบัญญัติจัดตั้งหน่วยงานรับจดทะเบียนเป็นองค์กร แต่ใช้วิธีการแต่งตั้งบุคคลในพื้นที่เข้ามามีอำนาจในการรับจดทะเบียนสมรสคือนายทะเบียนสมรสมุสลิม (Registrar of Muslim Marriages) โดยที่มีคุณสมบัติต้องเป็นชายมุสลิม ซึ่งมีถิ่นอาศัยในพื้นที่ที่ตนจะรับเป็นนายทะเบียน[500] แต่อย่างไรก็ตามองค์กรหรือหน่วยงานที่เป็นนายทะเบียนของแต่ละประเทศนี้ก็มีขอบเขตอำนาจหน้าที่อย่างจำกัดที่จะไม่ใช้อำนาจในการวินิจฉัยชี้ขาดตัดสินในเรื่องการหย่า เว้นแต่จะทำการรับจดทะเบียนการหย่าที่ได้รับความยินยอมชัดแจ้งจากฝ่ายชาย หรือในประเทศศรีลังกาที่บีบกรอบไว้ให้นายทะเบียนสมรสมุสลิมมีหน้าที่เพียงการรับจดทะเบียนสมรสเท่านั้น ไม่มีอำนาจในการรับจดทะเบียนหย่าหรือทำการหย่าให้แก่สตรีมุสลิมแต่อย่างใด อำนาจหน้าที่ในเรื่องเกี่ยวกับการหย่าล้วนอยู่เป็นอำนาจหน้าที่ของผู้ได้รับการแต่งตั้งเป็นกอฎีเท่านั้น เนื่องจากเมื่อมีการหย่าแล้วตามหลักศาสนาอิสลามยังคงต้องมีคำวินิจฉัยเกี่ยวกับทรัพย์สินให้แก่ฝ่ายหญิงด้วย เมื่อมีการสร้างรูปแบบทางกฎหมายที่ยอมรับให้การสมรสตามหลักศาสนาอิสลามมีผลทางกฎหมายเช่นเดียวกับการสมรสตามกฎหมาย

---

[498] มาตรา 91 แห่งรัฐบัญญัติการบริหารกฎหมายมุสลิม

[499] มาตรา 81-88 แห่งกฤษฎีกาประธานาธิบดีเลขที่ 1083

[500] มาตรา 8 แห่งรัฐบัญญัติการสมรสและการหย่าของมุสลิม ค.ศ.1951

ทั่วไปแล้ว มุสลิมในประเทศหากจะทำการสมรสกันมิอาจจดทะเบียนโดยหน่วยงานอื่นนอกจากหน่วยงานที่กฎหมายบัญญัติขึ้น แต่อย่างไรก็ตามในกรณีที่มุสลิมเป็นคู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งกฎหมายก็มิได้ห้ามที่จะสมรสหรือจดทะเบียนตามกฎหมายทั่วไปแห่งรัฐ แต่ทั้งนี้การสมรสโดยที่คู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมิใช่เป็นผู้นับถือศาสนาอิสลามนั้นทางหน่วยงานรับจดทะเบียนสมรสอิสลามจะไม่จดทะเบียนให้เพราะการสมรสเช่นว่าถือว่าไม่สมบูรณ์ตามหลักศาสนาอิสลาม

ทั้งนี้จะเห็นว่าในประเทศที่มีการให้ใช้กฎหมายอิสลามกับพลเมืองมุสลิมในเรื่องครอบครัวจะต้องบัญญัติกฎหมายเพื่อการแต่งตั้งหน่วยงานเข้ามาทำหน้าที่ทางทะเบียนสมรส เนื่องจากสถานะของบุคคลที่เกี่ยวกับการสมรสนั้น นอกจากจะมีผลเป็นการก่อตั้งสถาบันครอบครัวร่วมกันแล้วยังเกิดนิติสัมพันธ์ทั้งกับคู่สมรสและต่อบุคคลอื่น เมื่อรัฐยอมรับให้มีการใช้กฎหมายอิสลามแล้วรัฐจึงต้องยอมรับผลทางนิติสัมพันธ์ในการสมรสที่เกิดขึ้นตามกฎหมายอิสลามให้มีฐานะเดียวกับการสมรสตามกฎหมายของรัฐทุกประการอีกด้วย ดังนี้รัฐที่ให้ใช้กฎหมายอิสลามในเรื่องครอบครัวและมรดกกับมุสลิม จึงมิได้มีหน้าที่ที่เพียงต้องจัดตั้งระบบกลไกการระงับข้อพิพาทหรือระบบการศาลเท่านั้น แต่หากต้องก่อตั้งระบบหน่วยงานทางทะเบียนที่นำระบบการใช้กฎหมายอิลามเข้าสู่กลไกการยอมรับกฎหมายอิสลามของรัฐ

ในขณะที่ประเทศไทยแม้มีกฎหมายที่บัญญัติให้นำกฎหมายอิสลามมาใช้กับเรื่องครอบครัวและมรดกของผู้นับถือศาสนาอิสลามมาอย่างยาวนาน แต่ก็มิได้มีบทบัญญัติกฎหมายใดกล่าวถึงสถานะการสมรสตามหลักศาสนาอิสลามว่ามีผลเช่นไรนอกเขตศาล คงมีเพียงการบัญญัติให้องค์กรภายใต้พระราชบัญญัติการบริหารองค์กรศาสนาอิสลาม พ.ศ.2540 คือคณะกรรมการอิสลามประจำจังหวัดแต่ละแห่งทั่วประเทศมีหน้าที่ในการทำหนังสือรับรองการสมรสและการหย่าตามหลักศาสนาอิสลาม จนเกิดเป็นประเด็นปัญหาอยู่จนถึงทุกวันนี้เมื่อมีชนชาวมุสลิมที่อาศัยอยู่ในพื้นที่ที่มีกฎหมายให้ใช้กฎหมายอิสลามในศาลชั้นต้นอ้างสิทธิที่ตนจะได้รับโดยผ่านนิติสัมพันธ์ที่เกิดจากการสมรสตามหลักศาสนาอิสลาม ปัญหาความไม่ชัดเจนในสถานะทางกฎหมายของการสมรสตามหลักศาสนาอิสลามว่ามีสถานะทางกฎหมายเช่นไรนอกศาลเป็นประเด็นปัญหาสำคัญที่ก่อให้เกิดความเดือดร้อนของกลุ่มชนมุสลิมในพื้นที่เป็นอย่างมาก เพราะหากมิได้มีบทบัญญัติให้ใช้กฎหมายอิสลามในศาลเสียเลยดั่งเช่นในพื้นที่อื่นของประเทศไทย การสมรสตามหลักศาสนาอิสลามย่อมไม่มีผลทางกฎหมายเป็นแต่เพียงพิธีกรรมการสมรสตามความเชื่อทางศาสนา และมีผลผูกพันแต่กับระหว่างคู่สมรสหรือการรับรู้ของชุมชนเท่านั้น เช่นเดียวกับพิธีการสมรสตามประเพณีและวัฒนธรรมของกลุ่มชนอื่น ที่บุคคลต่าง ๆย่อมตระหนักว่าการสมรสตามประเพณี วัฒนธรรม หรือความเชื่อทางศาสนาของตนไม่มีผลผูกพันทางกฎหมาย การสมรสที่ถูกต้องตามกฎหมายแห่งรัฐคือการจดทะเบียนสมรสต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ของรัฐตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ประกอบพระราชบัญญัติจดทะเบียนครอบครัวพุทธศักราช 2478 เท่านั้น แต่เมื่อมีการบัญญัติให้นำกฎหมายอิสลามมาใช้ในศาลในคดีครอบครัวหรือมรดก ศาลกลับยึดถือการสมรสตามหลักศาสนาอิสลาม โดยมิได้นำหลักการสมรสตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ประกอบพระราชบัญญัติจดทะเบียนครอบครัวพุทธศักราช 2478 มาพิจารณาแต่อย่างใด ดังนี้จึงเกิดเป็นการสร้างสถานะการสมรสที่ถูกต้องตามกฎหมายทั้งสองรูปแบบทั้งการจดทะเบียนสมรสกับเจ้าหน้าที่ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และการสมรสตามหลักศาสนาอิสลามและได้มีหนังสือรับรองจากคณะกรรมการอิสลามประจำจังหวัด หรือโต๊ะอิหม่ามประจำมัสยิด เพียงแต่สภาพการยอมรับการสมรสแต่ละรูปแบบนั้นจะมีความแตกต่างกันตามแต่องค์กรหรือหน่วยงานทั้งของรัฐและเอกชนที่การสมรสจะถูกนำไปอ้างถึง

เมื่อมิได้มีบทกฎหมายชี้ชัดในสถานะหนังสือรับรองการสมรสตามหลักศาสนาอิสลามว่ามีสถานะเช่นใดทางกฎหมาย ประกอบกับมิได้มีแนวทางที่เป็นระเบียบออกมาจากทางราชการอย่างเป็นแบบแผน ว่าการทำหนังสือรับรองการสมรสหรือการหย่านี้ต้องมีหลักระเบียบปฏิบัติเช่นไร หรือแม้แต่รูปแบบหนังสือรับรองต้องมีลักษณะเช่นใดบ้าง เป็นผลให้บางพื้นที่มีลักษณะการออกหนังสือรับรองเหล่านี้ที่แตกต่างกัน เช่นบางสำนักงานคณะกรรมการอิสลามประจำจังหวัดได้มอบอำนาจในการทำหนังสือรับรองการสมรสและการหย่านี้แก่ โต๊ะอิหม่ามประจำมัสยิดเป็นผู้ออกหนังสือรับรองนี้ได้ บางสำนักงานมีการห้ามโต๊ะอิหม่ามออกหนังสือรับรองเหล่านี้ ทั้งยังพบว่าบางสำนักงานมิได้ออกหนังสือรับรองเหล่านี้เป็นภาษาไทยแต่ออกเป็นภาษามลายูพื้นถิ่นเท่านั้น เมื่อต้องการนำหลักฐานเหล่านี้มาสู่ศาลต้องมีการแปลเอกสารเหล่านี้เป็นภาษาไทยอีกครั้งหนึ่ง[501]

ดังนั้นผู้เขียนจึงเห็นว่าควรมีการปรับปรุงกฎหมายที่กี่ยวข้องกับการจดทะเบียนรับรองการสมรสตามหลักศาสนาอิสลามในพื้นที่ที่มีการให้ใช้กฎหมายอิสลามให้มีความชัดเจน โดยเมื่อพิจารณาจากความเห็นทางกฎหมายของคณะกรรมการกฤษฎีกาในเรื่องสถานะนิติสัมพันธ์ระหว่างบุคคลที่เกิดจากการสมรสตามหลักศาสนาอิสลามในพื้นที่ที่ยอมรับสิทธิที่เกิดขึ้นจากนิติสัมพันธ์ตามกฎหมายอิสลาม โดยมิต้องให้ศาลมีคำพิพากษาหรือคำสั่งก่อน ตามบันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่องการเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายตามกฎหมายอิสลามเลขเสร็จที่ 687/2555 ดั่งที่ได้กล่าวไปแล้วประกอบกับคำพิพากษาของศาลในเรื่องการยอมรับการสมรสและการหย่าตามหลักศาสนาอิสลามว่ามีผลทางกฎหมายเช่นเดียวกับการสมรสตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์[502] การบัญญัติเป็นกฎหมายอย่างชัดแจ้งเพื่อกำหนดให้สถานะหนังสือรับรองการสมรสตามหลักศาสนาอิสลามที่ทำขึ้นโดยคณะกรรมการอิสลามประจำจังหวัดในพื้นที่ 4 จังหวัดที่มีการให้ใช้กฎหมายอิสลามมีสถานะทางกฎหมายเช่นเดียวกับทะเบียนสมรสที่จดต่อเจ้าพนักงานตามพระราชบัญญัติจดทะเบียนครอบครัวพุทธศักราช 2478 จึงเป็นสิ่งที่มีความจำเป็นเป็นอย่างยิ่ง ประกอบกับเมื่อพิจารณาพระราชบัญญัติจดทะเบียนครอบครัวพุทธศักราช 2478 แล้วพบว่าเป็นกฎหมายที่บัญญัติขึ้นเพื่อการจดทะเบียนเกี่ยวกับครอบครัวตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในบรรพที่ 5 เท่านั้น มิได้บัญญัติถึงการรับรองทางทะเบียนของการสมรสหรือสถานะทางกฎหมายในเรื่องเกี่ยวกับครอบครัวตามหลักศาสนาอิสลามแต่อย่างใด

การบัญญัติกฎหมายขึ้นใหม่หรือแก้ไขกฎหมายเดิมในส่วนที่เกี่ยวกับหน่วยงาน บุคคล อำนาจหน้าที่ ตลอดจนระเบียบในการออกหนังสือรับรองต่าง ๆ ที่เกี่ยวกับครอบครัวอิสลามศาสนิกจึงต้องให้มีความเชื่อมโยงกับพระราชบัญญัติจดทะเบียนครอบครัวพุทธศักราช 2478 โดยที่หากยึดตามพระราชบัญญัติการบริหารองค์กรศาสนาอิสลาม พ.ศ.2540 ที่กำหนดให้เป็นอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการอิสลามประจำจังหวัดเป็นผู้ออกหนังสือรับรองการสมรสและการหย่าตามบัญญัติศาสนาอิสลามในมาตรา 26 (10) ด้วยแล้วอาจมีแนวทางในการปรับปรุงแก้ไขกฎหมายและระเบียบปฏิบัติดังนี้

---

[501] แบบฟอร์มในภาคผนวก ค แบบบันทึกการสมรส หนังสือหลักฐานการหย่า

[502] สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, เลขเสร็จที่ 687/2555, เรื่อง การเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายตามกฎหมายอิสลาม.; ประกอบคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4230/2558

1. ให้แต่งตั้งบุคคลในคณะกรรมการอิสลามประจำจังหวัดในจังหวัดทั้ง 4 เป็นนายทะเบียนอิสลามประจำจังหวัด มีอำนาจหน้าที่ออกหนังสือรับรองการสมรสและการหย่าตามหลักศาสนาอิสลาม

2. ให้มีการออกระเบียบ ข้อบังคับ แนวทางปฏิบัติแก่บุคคลที่ได้รับการแต่งตั้งเป็นนายทะเบียนอิสลามในการทำหนังสือรับรองการสมรสและการหย่า โดยระเบียบดังกล่าวต้องออกโดยคณะกรรมการที่ดูแลรับผิดชอบทางการใช้กฎหมายอิสลามที่จัดตั้งขึ้นภายใต้พระราชบัญญัติการบริหารองค์กรศาสนาอิสลาม พ.ศ.2540 ร่วมกับกระทรวงมหาดไทย โดยที่นายทะเบียนอิสลามประจำสำนักงานคณะกรรมการอิสลามประจำจังหวัดนั้น ๆ อาจมอบอำนาจให้โต๊ะอิหม่ามประจำมัสยิดที่อยู่ภายใต้กำกับดูแลของตนเป็นผู้ทำหนังสือรับรองทางทะเบียนได้หากเป็นไปตามระเบียบหลักเกณฑ์ที่กำหนดขึ้น

3. เมื่อมีการออกหนังสือรับรองการสมรสตามหลักศาสนาอิสลามแล้วให้ถือว่าเอกสารดังกล่าวเป็นเอกสารมหาชน ก่อให้เกิดสิทธินิติสัมพันธ์ในทางครอบครัวเช่นเดียวกับการจดทะเบียนสมรสตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ สามารถนำไปใช้ยืนยันสิทธิระหว่างบุคคลในความเป็นสามีภริยาและบุตร ต่อบุคคลที่สามได้เช่นเดียวกับทะเบียนสมรสตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่เจ้าหน้าที่ตามพระราชบัญญัติจดทะเบียนครอบครัวพุทธศักราช 2478 ออกให้โดยไม่จำกัดพื้นที่แต่เฉพาะในพื้นที่ 4 จังหวัดเท่านั้น

4. เชื่อมโยงข้อมูลกับหน่วยงานรับจดทะเบียนตามพระราชบัญญัติจดทะเบียนครอบครัวพุทธศักราช 2478 ทั้งนี้เมื่อมีการจดทะเบียนรับรองการสมรสตามหลักศาสนาอิสลามยังสำนักงานรับจดทะเบียนของคณะกรรมการอิสลามประจำจังหวัดทั้ง 4 แล้วจะจดทะเบียนสมรสตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์อีกไม่ได้ เพราะถือว่าการสมรสตามหลักศาสนาอิสลามที่ได้รับรองและจดทะเบียนโดยคณะกรรมการอิสลามประจำจังหวัดในพื้นที่มีสถานะทางกฎหมายเช่นเดียวกับการจดทะเบียนสมรสตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ดังนี้เมื่อมีการสมรสตามหลักศาสนาอิสลามและออกหนังสือรับรองการสมรสให้แล้ว และมาจดทะเบียนสมรสตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์อีกจะเป็นการจดทะเบียนสมรสซ้อน และในทางกลับกันหากได้จดทะเบียนสมรสตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์อีกมิได้

5. โดยที่หนังสือรับรองดังกล่าวต้องมีรูปแบบเดียวกันตามที่ระเบียบกำหนดเช่นเดียวกับทะเบียนสมรสตามที่เจ้าพนักงานตามพระราชบัญญัติจดทะเบียนครอบครัวพุทธศักราช 2478 ออกให้แต่ระบุไว้ว่าเป็นหนังสือรับรองการสมรสตามหลักศาสนาอิสลาม ทั้งนี้อาจให้มีภาษามลายูท้องถิ่นประกอบกับภาษาไทยได้ในหนังสือรับรองดังกล่าว โดยมีเนื้อหาเพิ่มเติมเกี่ยวการสมรสและการหย่าและสิทธิต่าง ๆ ตามหลักศาสนาอิสลาม และกระบวนการต่าง ๆที่อาจมีขึ้น

โดยที่การปรับปรุงแก้ไขกฎหมายอาจกระทำโดยเพิ่มเติมบทบัญญัติดังกล่าวในพระราชบัญญัติการบริหารองค์กรศาสนาอิสลาม พ.ศ.2540 ซึ่งการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายและระเบียบปฏิบัตินี้จะสามารถเข้ามาแก้ไขปัญหาในการใช้กฎหมายอิสลามโดยองค์กรอื่นนอกเศาลได้ โดยที่ในหลายลักษณะผู้มีส่วนเกี่ยวข้องไม่จำต้องนำคดีขึ้นสู่ศาลเพื่อให้ศาลยืนยันสิทธิที่เกิดขึ้นตามการสมรสตามหลักศาสนาอิสลามอีก และเมื่อสามารถนำหนังสือรับรองการสมรสตามหลักศาสนาอิสลามที่ทำขึ้นในจังหวัดที่มีการให้ใช้กฎหมายอิสลามไปใช้นอกเขตได้ ก็ถือว่าเป็นการขยายของเขตการให้ใช้กฎหมายอิสลามในลักษณะหนึ่ง ทั้งนี้เนื่องจากการสมรสหรือการรับรองการสมรสตามหลักศาสนาอิสลามมิได้จำกัดแต่เฉพาะผู้ที่มีภูมิลำเนาในพื้นที่ 4 จังหวัดเท่านั้นมุสลิมซึ่งมีภูมิลำเนาใน

จังหวัดอื่นสามารถให้ทางนายทะเบียนอิสลามภายใน 4 จังหวัดที่ได้รับการแต่งตั้งนั้นออกหนังสือรับรองการสมรสให้ได้หากเป็นไปตามกฎหมายและระเบียบเงื่อนไขการสมรสตามหลักศาสนาอิสลามที่กำหนดขึ้น อันเป็นการเปิดโอกาสให้ผู้นับถืออาสนาอิสลามในพื้นที่อื่นสามารถให้การสมรสตามหลักศาสนาอิสลามของตนมีผลตามกฎหมายแห่งรัฐได้อย่างสมบูรณ์

5.5 องค์กรสร้างแบบแผนการใช้กฎหมายอิสลามอย่างเป็นเอกภาพ

เนื่องจากกฎหมายอิสลามที่นำมาใช้เป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายแห่งรัฐเป็นกฎหมายเฉพาะนำมาใช้กับกลุ่มชนชาวมุสลิมเท่านั้น การสร้างรูปแบบความชัดเจนของกฎหมายอิสลามในแต่ละประเทศก็มีรูปแบบที่แตกต่างกัน ในฟิลิปปินส์ได้มีการจัดทำกฎหมายอิสลามในเรื่องเกี่ยวกับครอบครัวและมรดกที่จะนำมาใช้แทนประมวลกฎหมายแพ่งสำหรับชนชาวมุสลิมออกมาเป็นประมวลกฎหมาย ซึ่งการสร้างประมวลกฎหมายอิสลามลักษณะนี้ได้สร้างความชัดเจนในตัวบทกฎหมายอิสลามที่จะนำใช้ ทั้งนี้ประกอบกับในรูปแบบการใช้กฎหมายของศาลก็มีความสะดวกในการเข้าตรวจสอบ หรือตรวจทานการใช้กฎหมาย ที่ไม่จำต้องอ้างอิงกฎหมายอิสลามโดยตรงจากคัมภีร์ทางศาสนาหรือแหล่งที่มาของกฎหมายจากแหล่งอื่นหากได้มีการบัญญัติไว้แล้วเป็นประมวล ในกรณีศาลสูงแห่งรัฐหรือองค์กรศาลอื่นก็ไม่จำต้องเป็นผู้นับถือศาสนาอิสลามหรือเป็นผู้มีความรู้อย่างลึกซึ้งในหลักศาสนาแต่เป็นนักกฎหมายก็สามารถศึกษา ค้นคว้าในบทกฎหมายดังกล่าวที่นำมาใช้ได้ มีเพียงแต่การเพิ่มลักษณะนิติวิธีในการอุดช่องว่างทางกฎหมายลายลักษณ์อักษรเท่านั้น แต่อย่างไรก็ตามการทำกฎหมายอิสลามให้มีรูปแบบลักษณะเป็นประมวลกฎหมายนี้ก็ต้องหาฉันทามติร่วมกันในการนำกฎหมายอิสลามที่อาจมีแนวทางตามมัซฮับ สำนักคิดหรือนิกายต่าง ๆ ที่อาจแตกต่างกัน เมื่อนำมาบัญญัติเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่จะทำให้กฎหมายอิสลามกลายเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายแห่งรัฐอย่างแท้จริง

ในขณะที่การใช้กฎหมายอิสลามในประเทศสิงคโปร์และศรีลังกามิได้มีการบัญญัติกฎหมายอิสลามมาเป็นประมวลกฎหมายดั่งเช่นในฟิลิปปินส์ เนื่องด้วยโดยระบบศาลและการใช้กฎหมายที่มีรากฐานมาจากระบบกฎหมายของอังกฤษที่เป็นระบบกฎหมายตามจารีตประเพณี ซึ่งในส่วนเนื้อหาทางกฎหมายอิสลามหรือกฎหมายสารบัญญัตินั้นในสิงคโปร์ยังคงให้นำกฎหมายอิสลามที่เป็นกฎหมายอิสลามตามจารีตประเพณีของมาเลย์[503]มาใช้ แต่กระนั้นในสิงคโปร์ก็พยายามบัญญัติแนวทางหรือรูปแบบวิธีการในการดำเนินกระบวนการหย่าและสิทธิของฝ่ายหญิงในเรื่องที่ต้องดำเนินการในศาลชารีอะห์ไว้ ซึ่งแตกต่างจากในศรีลังกาที่นอกจากไม่ได้มีการบัญญัติกฎหมายอิสลามเป็นประมวลกฎหมาย ยังให้นำกฎหมายอิสลามมาใช้ตามแต่นิกายความเชื่อของคู่กรณี (The Law of the Sect to Which the Parties Belong) ที่ยังเป็นข้อถกเถียงถึงความหมายในตัวบทกฎหมายดังกล่าวว่า “Sect” หมายถึงนิกายหรือสำนักคิดทางกฎหมายอิสลามเช่นไร ตลอดจนยังมีข้อโต้แย้งในเรื่องที่นำลักษณะจารีตท้องถิ่นเช่น “Kaikuli” ที่ไม่มีในหลักการศาสนาอิสลามมาบัญญัติร่วมในการใช้กฎหมายอิสลามของกอฎีอีกด้วย[504]

---

[503] มาตรา 35 (3) แห่งรัฐบัญญัติการบริหารกฎหมายมุสลิม ค.ศ.1966

[504] Hyshayama Hamin and Hasanah Cegu Isadeen, *op. cit.*, p. 12.

อย่างไรก็ตามแม้จะมิได้มีการบัญญัติกฎหมายอิสลามให้เป็นประมวลกฎหมายในสิงคโปร์ แต่องค์กรเกี่ยวกับการบริหารการใช้กฎหมายอิสลามในประเทศสิงคโปร์ได้ถูกบัญญัติจัดตั้งให้อยู่ภายใต้กฎหมายเดียวกัน และมีกลไกประสานงานการสร้างความเป็นเอกภาพในการใช้กฎหมายอิสลามของประเทศอย่างเป็นระบบ ทั้งในส่วนของการแต่งตั้งบุคคลเข้ามาเป็น คณะกรรมธิการทางกฎหมายอิสลาม มุฟตีย์ (นักวิชาการผู้มีความรู้ความชำนาญเกี่ยวกับกฎหมายอิสลาม) ตลอดจนคณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์ ซึ่งได้รับการแต่งตั้งทั้งจากสภาศาสนาอิสลาม (Majlis Ugama Islam Singapura) และจากประธานาธิบดีสิงคโปร์โดยตรง ที่สามารถตรวจสอบตรวจทานการใช้กฎหมายอิสลามทั้งโดยศาลชารีอะห์และโดยองค์กรอื่นทั่วไปให้เป็นไปในแบบแผนที่สอดรับกับทั้งหลักการศาสนาอิสลามและหลักการทางกฎหมายแห่งรัฐ

ในขณะที่องค์กรที่ต้องเข้ามารักษาแบบแผนความเป็นเอกภาพในการใช้กฎหมายอิสลามในศาลของฟิลิปปินส์แม้จะไม่มีบทบาทสำคัญเช่นดั่งองค์กรในสิงคโปร์ เนื่องจากเมื่อมีการทำให้กฎหมายอิสลามเป็นประมวลกฎหมายแล้ว การนำหลักการที่อ้างว่าเป็นกฎหมายอิสลามตามแบบแผนอื่นที่ถูกบัญญัติเป็นประมวลไว้แล้วจึงไม่เป็นที่ยอมรับในศาลเว้นแต่ในเรื่องที่มิได้มีการบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมาย แต่อย่างไรก็ตามฟิลิปปินส์ก็ยังได้กำหนดให้มีคณะที่ปรึกษากฎหมายอิสลาม (Jurisconsult in Islamic Law) มีหน้าที่ทำความเห็นทางกฎหมายอิสลามตามที่บุคคลหรือหน่วยงานใด ๆ ร้องขอเป็นลายลักษณ์อักษรเกี่ยวกับปัญหาที่เกี่ยวกับกฎหมายอิสลาม ซึ่งอยู่ภายใต้การบริหารของศาลฎีกาของฟิลิปปินส์ มีสำนักงานถาวรตั้งอยู่ที่ เมือง Zamboanga[505]

ซึ่งหากพิจารณาตามโครงสร้างหน้าที่แล้ว คณะกรรมธิการทางกฎหมายอิสลาม(Legal Committee) ของสิงคโปร์ และคณะที่ปรึกษากฎหมายอิสลาม (Jurisconsult in Islamic Law) ของฟิลิปปินส์มีหน้าทีตามกฎหมายเช่นเดียวกันคือ “ฟัตวา” หรือกระบวนการออกความเห็นหรือคำวินิจฉัยที่เกี่ยวกับหลักการทางกฎหมายอิสลามแก่สาธารณชนทั้งบุคคลและองค์กร ทั้งเป็นการเฉพาะและเป็นการทั่วไป ซึ่งความเห็นทางกฎหมายดังกล่าวแม้มิได้มีอำนาจสภาพบังคับเหนือศาล แต่สามารถสร้างลักษณะฉันทามติบางประการแห่งการใช้กฎหมายอิสลามให้เกิดขึ้นต่อสาธารณะได้ เนื่องจากองค์กรที่ทำการวินิจฉัยข้อกฎหมายอิสลามเหล่านี้ได้รับการแต่งตั้งอย่างเป็นทางการจากรัฐและถือเป็นองค์กรผู้ทรงคุณวุฒิตามหลักศาสนาอิสลามที่อาจกล่าวได้ว่าเป็นองค์กรที่เข้ามาสร้างความชัดเจนหากมีความสับสน หรือข้อโต้แย้งในหลักการใช้กฎหมายอิสลามเรื่องใดเรื่องหนึ่งโดยเฉพาะขึ้นในประเทศ

ซึ่งเมื่อหันกลับมาพิจารณาถึงลักษณะการสร้างเอกภาพในการใช้กฎหมายอิสลามในประเทศไทยแล้ว อาจจำแนกออกเป็น 2 ลักษณะคือการใช้กฎหมายอิสลามในศาล และการใช้กฎหมายอิสลามโดยองค์กรอื่นนอกจากศาล ทั้งนี้เนื่องจากในศาลชั้นต้นที่มีอำนาจหน้าที่ในการใช้กฎหมายอิสลามนั้นได้มีการจัดทำคู่มือหลักกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดก (ฉบับศาลยุติธรรม) ที่นำมาใช้เป็นดั่งเช่นการบัญญัติกฎหมายอิสลามออกมาเป็นประมวลกฎหมาย แต่อย่างไรก็ตามคู่มือดังกล่าวในสถานะทางกฎหมายก็ไม่ได้มีค่าเป็นประมวลกฎหมายอย่างแท้จริง เนื่องจากเป็นเพียงระเบียบภายในที่ออกขึ้นเพื่อใช้ในศาลยุติธรรม นอกจากนี้การสร้างความยอมรับให้ข้อบัญญัติที่ถูกจัดไว้ในคู่มือดังกล่าวให้เป็นเสมือนหลักกฎหมายอิสลามที่ใช้อยู่เป็นการทั่วไปภายในรัฐทั้งในศาลและนอกศาลก็มิได้มีการปฏิบัติให้เกิดขึ้นมากนัก เมื่อพิจารณาประกอบกับการใช้หลักการทางศาสนาว่าด้วย

---

[505] มาตรา 164 แห่งกฤษฎีกาประธานาธิบดีที่ 1083

ครอบครัวและมรดกโดยองค์กรอื่นนอกจากศาล อาทิเช่นคณะกรรมการอิสลามประจำจังหวัดเองก็มิได้ยึดถือคู่มือหลักกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดก (ฉบับศาลยุติธรรม) มาเป็นบทกฎหมายที่จะถูกนำมาใช้แต่เพียงอย่างเดียว คณะกรรมการอิสลามประจำจังหวัดยังอาจอ้างอิงตำราทางศาสนาและทางกฎหมายอิสลามอื่น ตลอดจนอิงตามความรู้ ความเข้าใจของบรรดาผู้ชำนาญการด้านกฎหมายอิสลามหรือครูสอนศาสนาในแต่ละพื้นที่ ซึ่งในคณะกรรมการอิสลามประจำจังหวัดบางจังหวัดก็อาจตั้งคณะกรรมการออกคำวินิจฉัยข้อกฎหมายอิสลาม (ฟัตวา) ของตนเองขึ้น[506]

เมื่อพิจารณาทางโครงสร้างอำนาจหน้าที่ตามพระราชบัญญัติการบริหารองค์กรศาสนาอิสลาม พ.ศ.2540 ซึ่งประกาศใช้ในปัจจุบันพบว่า ในทางการใช้กฎหมายอิสลามหรือข้อบัญญัติทางศาสนาอิสลาม จุฬาราชมนตรีมีอำนาจหน้าที่ออกประกาศเกี่ยวกับข้อวินิจฉัยตามบัญญัติแห่งศาสนาอิสลาม[507] แต่ทั้งนี้ก็มิได้มีรายละเอียดถึงลักษณะการออกประกาศเกี่ยวกับข้อวินิจฉัยดังกล่าวว่ามีสถานะทางกฎหมายเช่นไรผูกพันกับองค์กรใดบ้างหรือไม่อย่างไร แม้จะถือว่าจุฬาราชมนตรีเป็นองค์กรสูงสุดในการบริหารและเป็นผู้นำกิจการศาสนาอิสลามในประเทศไทยก็ตาม ซึ่งการกำหนดโครงสร้างองค์กรในพระราชบัญญัติการบริหารองค์กรศาสนาอิสลาม พ.ศ.2540 ให้เป็นองค์กรที่มีส่วนในการสร้างกรอบแบบแผนการใช้กฎหมายอิสลามควบคู่กับองค์กรศาลในประเทศไทยยังคงเป็นสิ่งที่ต้องสร้างความชัดเจน เพื่อการพัฒนาโครงสร้างระบบการใช้กฎหมายอิสลามที่มีเอกภาพและประสิทธิภาพ

แม้จะได้มีการกำหนดให้นำกฎหมายอิสลามมาปรับใช้แทนประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในส่วนของของครอบครัวและมรดกในกรณีที่มีคดีขึ้นสู่ศาลชั้นต้นในพื้นที่ 4 จังหวัดภาคใต้ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการใช้กฎหมายอิสลามฯ และได้จัดมีการจัดทำคู่มือหลักกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดก (ฉบับศาลยุติธรรม) ขึ้นเพื่อเป็นเสมือนบทบัญญัติหลักที่จะนำมาใช้ในศาล แต่สถานะทางกฎหมายแล้วคู่มือดังกล่าวเป็นเพียงคู่มือเพื่อให้ข้าราชการตุลาการศาลยุติธรรมและดะโต๊ะยุติธรรมซึ่งปฏิบัติหน้าที่ในศาลในพื้นที่ 4 จังหวัดได้ใช้อ้างอิงในการวินิจฉัยคดีเท่านั้น ซึ่งหากต้องการพัฒนาการใช้ระบบกฎหมายอิสลามให้มีประสิทธิภาพเป็นที่ยอมรับอย่างแท้จริงได้ จึงต้องมีการดำเนินการพัฒนารูปแบบกฎหมายที่จะถูกนำมาใช้ให้เป็นที่ยอมรับ ซึ่งระบบกฎหมายของประเทศไทยเป็นระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร ที่จะมีการทำกฎหมายต่าง ๆ ออกเป็นประมวลกฎหมาย โดยที่คู่ความไม่ต้องนำสืบถึงตัวกฎหมายนั้น แต่ศาลจะเป็นผู้ปรับใช้กฎหมายที่มีอยู่เอง เว้นแต่คู่ความฝ่ายใดจะอ้างบทกฎหมายต่างประเทศ ในขณะที่เมื่อกล่าวถึงการใช้กฎหมายอิสลามในประเทศไทยแล้ว กฎหมายอิสลามที่จะนำมาใช้ในศาลได้ถูกปฏิบัติให้เป็นดั่งเช่นกฎหมายภายในที่คู่ความไม่อาจนำสืบว่าตัวบทกฎหมายมีบทบัญญัติอยู่อย่างไร ประกอบกับกฎหมายอิสลามในเนื้อหารายละเอียดก็ยังอาจมีข้อแตกต่างตามสำนักคิดหรือมัซฮับ และยิ่งในบทกฎหมายที่ให้ใช้กฎหมายอิสลามในปัจจุบันมิให้มีการอุทธรณ์คำตัดสินในข้อกฎหมายอิสลามของดะโต๊ะยุติธรรมด้วยแล้ว การโต้แย้งการใช้กฎหมายอิสลามโดยศาลจึงเป็นไปโดยความยากลำบาก และทำให้ประชาชนที่ต้องมีคดีเข้าสู่กระบวนการทางศาลขาดความเชื่อมั่นในลักษณะกฎหมายอิสลามที่ศาลจะนำมาใช้

โดยที่ต้องยอมรับประการหนึ่งว่า การใช้กฎหมายอิสลามเป็นแต่เพียงการใช้กฎหมายโดยกลุ่มชนหนึ่งที่มิใช่เป็นกฎหมายทั่วไปแห่งรัฐ ดังนั้นองค์กรที่มาพัฒนาการใช้กฎหมาย หรือสร้างรูปแบบ

---

[506] มะรอนิง สาแลมิง, *เรื่องเดิม.*; ฆอซาลี เบ็ญหมัด, *เรื่องเดิม.*

[507] มาตรา 8 (4) แห่งพระราชบัญญัติการบริหารองค์กรศาสนาอิสลาม พ.ศ.2540

การใช้กฎหมายให้มีประสิทธิภาพจึงมิใช่แต่องค์กรจากหน่วยงานทางตุลาการหรือสำนักงานศาลยุติธรรมเท่านั้น แต่ต้องเป็นหน่วยงานที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับกลุ่มชนมุสลิมภายใต้พระราชบัญญัติการบริหารองคกรศาสนาอิสลาม พ.ศ.2540 ที่เป็นองค์กรที่ต้องนำกฎหมายมาใช้โดยตรงด้วย ซึ่งหากมีการแก้ไขปรับปรุงรูปแบบการใช้กฎหมายอิสลามในประเทศไทย ทั้งโครงสร้างของระบบการใช้กฎหมาย ตั้งแต่องค์กรทางทะเบียน (Registration) องค์กรไกล่เกลี่ย (Mediation) หรือใช้อำนาจในการวินิจฉัยคดีเบื้องต้นหรือกึ่งตุลาการ (Quasi-Judicial Body) จนเข้าสู่กระบวนการของศาล (Judicial Body) ที่ต้องมีกลไกลการตรวจสอบตรวจทานโดยศาลสูง (Review on Appeal) การสร้างเอกภาพทางการใช้กฎหมายอิสลามในประเทศไทย ที่ให้กระบวนการต่าง ๆ และบุคคลทุกฝ่ายยอมรับและมีเนื้อหาทางกฎหมายสารบัญญัติอย่างเดียวกันมาใช้จึงเป็นสิ่งสำคัญ

ดังนั้นผู้เขียนจึงเห็นว่าในการพัฒนาระบบการใช้กฎหมายอิสลามจึงควรมีการจัดทำประมวลกฎหมายครอบครัวและมรดกอิสลามศาสนิกขึ้นดั่งเช่นในฟิลิปปินส์ ที่การจัดทำประมวลกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดกเพื่อสร้างความชัดเจนแห่งบทบัญญัติกฎหมายอิสลามที่จะนำมาใช้ในประเทศไทย ทั้งยังเป็นการสร้างกรอบรูปแบบทางกฎหมายให้เป็นเอกภาพต่อผู้มีส่วนเกี่ยวข้องในการใช้กฎหมายอิสลามทุกฝ่ายซึ่งประกอบด้วย ประชาชนทั่วไป คู่ความในคดี ทนายความในคดีครอบครัวและมรดกอิสลามนิกชน ที่ปรึกษากฎหมาย คณะกรรมการอิสลามประจำจังหวัด กอฎีหรือผู้ทำหน้าที่อนุญาโตตุลาการชี้ขาดโดยใช้กฎหมายอิสลาม ผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทประจำสำนักงานคณะกรรมการอิสลามประจำจังหวัด และผู้ทำหน้าที่นายทะเบียนอิสลาม เป็นต้น

นอกจากการจัดทำประมวลกฎหมายครอบครัวและมรดกอิสลามศาสนิกไว้ในกฎหมายให้ใช้กฎหมายอิสลามในปะเทศไทยแล้ว ยังควรต้องมีการสร้างองค์กรหรือสถาบันพัฒนาและสร้างกรอบแบบแผนทางการใช้กฎหมายร่วมกันระหว่างหน่วยงานที่บริหารองค์กรตามศาสนาอิสลามและองค์กรของศาลยุติธรรม ดังนี้การก่อตั้งคณะกรรมการกฎหมายอิสลาม (Islamic Law Board or Shari'a Board) ขึ้นอย่างเป็นรูปธรรมและมีตัวบทกฎหมายรองรับในอำนาจหน้าที่อย่างชัดเจนขึ้นจึงเป็นสิ่งจำเป็นอย่างยิ่ง ทั้งนี้องค์กรดังกล่าวอาจอยู่ภายใต้พระราชบัญญัติการบริหารองคกรศาสนาอิสลาม พ.ศ.2540 โดยเข้ามาทำหน้าที่ในส่วนเชื่อมประสานกับองค์กรทางศาลด้านการกำหนดแนวทางในการใช้กฎหมายอิสลามร่วมกัน และทำหน้าที่กำหนดแนวทางการสร้างบรรทัดฐานในการใช้กฎหมายอิสลามที่กระทำโดยองค์กรที่อยู่ภายใต้พระราชบัญญัติการบริหารองคกรศาสนาอิสลาม พ.ศ.2540 อยู่ก่อนแล้วอันได้แก่ จุฬาราชมนตรี คณะกรรมการกลางอิสลามแห่งประเทศไทย คณะกรรมการอิสลามประจำจังหวัด ตลอดจนมัสยิดต่าง ๆ ให้มีเอกภาพและรูปแบบที่มั่นคง มีเสถียรภาพ และเชื่อถือได้ต่อไป

5.6 องค์กรไกล่เกลี่ยข้อพิพาท

ในระบบการใช้กฎหมายอิสลามของแต่ละประเทศ นอกจากจะมีองค์กรรับจดทะเบียนและระบบการตัดสินคดีแล้ว ยังพบลักษณะการมีกระบวนการไกล่เกลี่ยและระงับข้อพิพาทโดยทางเลือกอื่นนอกจากจะให้ศาลเป็นผู้ตัดสินคดีในเรื่องเกี่ยวกับคอรบครัว โดยที่ในสิงคโปร์เมื่อมีการนำคดีเข้าสู่ศาลชารีอะห์ กระบวนการพิจารณาคดีในศาลชารีอะห์โดยส่วนใหญ่แล้วจะเน้นในการที่ให้คู่กรณีได้ตกลงกันโดยไม่ต้องมีการฟ้องคดี ในส่วนที่เกี่ยวกับการฟ้องหย่า ดังนั้นในกระบวนการพิจารณาคดีของ

ศาลชารีอะห์จะให้คู่กรณีได้เข้าเจรจาโดยมีผู้ไกล่เกลี่ยก่อนมีการดำเนินคดีเสมอ ซึ่งหากเจรจาไกล่เกลี่ยกันไม่ได้ก็จะเริ่มกระบวนการทางการพิจารณาคดีต่อไป และศาลอาจให้คู่กรณีแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการเพื่อมาตัดสินคดี เนื่องจากกระบวนการตัดสินโดยอนุญาโตตุลาการในศาลชารีอะห์อาจมีผลที่เป็นประโยชน์ต่อคู่กรณี และคู่กรณีอาจแต่งตั้งบุคคลที่เข้าใจสถานการณ์หรือใกล้ชิดกับคู่กรณีมาเป็นอนุญาโตตุลาการได้ มีรายชื่ออนุญาโตตุลาการในศาลชารีอะห์ที่คู่กรณีสามารถเลือกเพื่อตัดสินคดีของตนได้[508] เช่นเดียวกับฟิลิปปินส์ที่กฤษฎีกาประธานาธิบดีที่ 1083 ได้บัญญัติให้ศาลชารีอะห์สามารถจัดให้มีคณะอนุญาโตตุลาการศาสนาอิสลามขึ้นเพื่อไกล่เกลี่ยและพิจารณาข้อพิพาทการหย่าทั้งจากฝ่ายชาย (Talag) และจากฝ่ายหญิงในกรณีที่ฝ่ายชายให้สิทธิไว้ (Tafwid) ซึ่งจะต้องยื่นคำร้องต่อเสมียนศาลชารีอะห์ในฐานะนายทะเบียนในการจดทะเบียนหย่า เสมียนศาลชารีอะห์จะทำสำเนาส่งถึงคู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่ง เพื่อให้มีการตั้งตัวแทนของแต่ละฝ่ายขึ้นและมีเสมียนศาลชารีอะห์นั่งเป็นประธานคณะอนุญาโตตุลาการเพื่อทำการระงับข้อพิพาทแทนการดำเนินคดีขึ้นสู่ศาลก่อน หากได้ผลประการใดจึงแจ้งไปยังศาล[509] ในกรณีการสมรสเพิ่ม Subsequent Marriages ที่สามีต้องการสมรสเพิ่มและทำการยื่นคำร้องต่อเสมียนศาลชารีอะห์ในฐานะนายทะเบียน เสมียนศาลจะทำหนังสือส่งถึงภรรยาที่มีอยู่ในปัจจุบันทุกคนเพื่อขอความยินยอม ในกรณีที่ภรรยาคนใดไม่ให้ความยินยอม ศาลอาจให้มีการตั้งคณะอนุญาโตตุลาการศาสนาอิสลามขึ้นเพื่อพิจารณาไกล่เกลี่ย หากไม่สามารถไกล่เกลี่ยกันได้จึงให้ศาลชารีอะห์พิจารณาการจดทะเบียนสมรสเพิ่มดังกล่าว[510] หรือในกรณีความผิดต่อกฎหมายจารีตประเพณี ในกรณีที่ศาลแขวงชารีอะห์ได้มีการพิจารณาคดีที่เกี่ยวเนื่องกับการละเมิดกฎหมายจารีตประเพณีซึ่งสามารถตกลงไกล่เกลี่ยกันได้โดยไม่ต้องมีการพิจารณาคดีในศาล ศาลชารีอะห์อาจให้มีการตั้งคณะอนุญาโตตุลาการอิสลามขึ้นเพื่อระงับข้อพิพาทดังกล่าวโดยปรองดองกัน[511] ในขณะที่ในศรีลังกามิได้มีการตั้งบุคคลเข้ามาเป็นผู้ไกล่เกลี่ยเนื่องจากกอฎีจะมีหน้าที่ในการไกล่เกลี่ยก่อนทำคำตัดสินด้วย

อย่างไรก็ตามลักษณะกระบวนการไกล่เกลี่ยหรือระงับข้อพิพาทเหล่านี้ล้วนเป็นกระบวนการของศาลที่มีอำนาจพิจารณาข้อพิพาทเกี่ยวกับครอบครัวตามที่กฎหมายจัดตั้งขึ้น (Court-Annexed Mediation-Arbitration) ซึ่งหากเปรียบเทียบของระบบการไกล่เกลี่ยเมื่อคดีเข้าสู่ศาลแล้วเช่นนี้ของประเทศไทยย่อมเปรียบได้กับกระบวนการการไกล่เกลี่ยตามกฎหมายวิธีพิจารณาคดีทางแพ่งในศาลเยาวชนและครอบครัวประจำจังหวัดหรือศาลจังหวัดแล้วแต่กรณี ที่มีระเบียบแบบแผนในทางปฏิบัติอย่างชัดเจน ตลอดจนมีสภาพบังคับทางกฎหมายในกรณีที่ ผู้ไกล่เกลี่ย ผู้ระงับข้อพิพาท หรือแม้แต่ผู้ชี้ขาดมีคำตัดสินหรือข้อตกลงออกมาเช่นไรจากกระบวนการระงับข้อพิพาทนี้

ในขณะที่ในประเทศไทยยังมีการให้อำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการอิสลามประจำจังหวัดในการเป็นผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเกี่ยวกับครอบครัวและมรดกของผู้นับถือศาสนาอิสลามเมื่อได้รับการร้องขอ ซึ่งเป็นกระบวนการที่เปิดช่องทางไว้เพื่อผู้นับถือศาสนาอิสลามจะได้นำข้อพิพาทของตนเข้าสู่กระบวนการที่จัดตั้งขึ้นโดยองค์กรอื่นนอกจากศาล โดยที่อาจมิได้สร้างความเชื่อมโยงกับกระบวนการใช้กฎหมายอิสลามในศาลแห่งรัฐเท่าใดนัก โดยที่การไกล่เกลี่ยหรือระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับเรื่อง

---

[508] Ahmad Nizam bin Abbas, *op. cit.,* p. 180.

[509] มาตรา 161 แห่งกฤษฎีกาประธานาธิบดีเลขที่ 1083

[510] มาตรา 162 แห่งกฤษฎีกาประธานาธิบดีเลขที่ 1083

[511] มาตรา 163 แห่งกฤษฎีกาประธานาธิบดีเลขที่ 1083

ครอบครัวและมรดกของคณะกรรมการอิสลามประจำจังหวัดจะมีลักษณะที่ค่อนข้างยืนหยุ่นและสอดคล้องกับวิถีชีวิตของชุมชนมุสลิมในพื้นที่ได้มากกว่าระบบของศาลแห่งรัฐ ทั้งในเรื่องกระบวนการที่ไม่ยุ่งยากซับซ้อนหรือมีพิธีการมาก การใช้ภาษาพื้นถิ่น และค่าใช้จ่ายที่ค่อนข้างน้อยหรือแทบไม่มีเมื่อเทียบกับกระบวนการทางศาล เป็นเหตุให้เกิดความแตกต่างทางปริมาณคดีที่เข้าสู่กระบวนการที่จัดขึ้นโดยคณะกรรมการอิสลามประจำจังหวัดและเข้าสู่กระบวนการทางศาลเป็นตัวเลขที่ค่อนข้างสูง[512] นอกจากนี้การที่คณะกรรมการอิสลามประจำจังหวัดอาจได้มีการแต่งตั้งกอฎีขึ้นประจำในแต่ละสำนักงานคณะกรรมการอิสลามประจำจังหวัดขึ้น และสามารถทำการออกหนังสือรับรองการหย่าตามหลักศาสนาอิสลามให้ได้ด้วย ซึ่งในกระบวนการการออกหนังสือรับรองการหย่าโดยคณะกรรมการอิสลามประจำจังหวัดนี้อาจต้องทำการไต่สวนหาข้อเท็จจริงแล้วจึงออกหนังสือรับรองการหย่าให้หากพบว่าเป็นไปตามเหตุหรือลักษณะที่บัญญัติตามหลักศาสนาอิสลาม ซึ่งอาจเป็นการใช้อำนาจของคณะกรรมการอิสลามประจำจังหวัดมากกว่าเพียงการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเท่านั้น ประกอบกับมิได้มีกฎหมายบัญญัติถึงกระบวนการการโต้แย้งคัดค้านของบุคคลผู้อาจได้รับผลเสียจากการออกหนังสือรับรองทั้งการสมรสและการหย่าของคณะกรรมการอิสลามประจำจังหวัดไว้

ทั้งนี้เมื่อพิจารณากระบวนการระงับข้อพิพาทโดยทางอื่นนอกจากศาลแล้วพบว่า ในประเทศไทยการระงับข้อพิพาทในเรื่องครอบครัวอิสลามศาสนิกชนโดยคณะกรรมการอิสลามประจำจังหวัดมีความใกล้ชิด และเข้าถึงตามความต้องการการใช้กระบวนการทางกฎหมายอิสลามของชนมุสลิมในพื้นที่ได้ดีกว่าระบบศาลแห่งรัฐ แต่อย่างไรก็ตามการที่ไม่มีรูปแบบที่เป็นระเบียบแบบแผนอย่างชัดเจนหรือมีสภาพบังคับทางกฎหมายอย่างไรในกระบวนการระงับข้อพิพาทของคณะกรรมการอิสลามประจำจังหวัด อาทิจะเป็นเพียงข้อตกลงประนีประนอมยอมความ หรือลักษณะคำชี้ขาดตัดสินข้อพิพาทของผู้ตัดสินชี้ขาดตามกฎหมายว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการ นำมาซึ่งปัญหาในทางปฏิบัติที่เมื่อคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งโดยเฉพาะฝ่ายชาย ไม่ปฏิบัติตามคำวินิจฉัยหรือข้อตกลงที่ทำขึ้นจากกระบวนการการระงับข้อพิพาทนั้นอีกฝ่ายหนึ่งไม่สามารถนำมาให้ศาลบังคับให้ได้ ดังนั้นจึงต้องสร้างความชัดเจนในระเบียบปฏิบัติในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทให้เป็นไปในทิศทางเดียวกันและเชื่อมประสานกันกับทั้งองค์กรรับรองทางทะเบียนและองค์กรศาลที่นำกฎหมายอิสลามมาใช้ อันเป็นหนทางหนึ่งที่จะให้การเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมอิสลามในประเทศไทยเข้าถึงได้โดยง่ายและมีประสิทธิภาพ ซึ่งปัจจุบันนี้ได้มีการริเริ่มให้สตรีชาวมุสลิมเข้ามามีส่วนนร่วมในกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทมากขึ้นอันเป็นตัวจักรสำคัญในการคุ้มครองสิทธิของสตรีในการใช้กฎหมายอิสลามอย่างได้ผลในอนาคต[513]

5.7 ขอบเขตทางพื้นที่การใช้กฎหมายอิสลาม

การใช้กฎหมายอิสลามทั้งสามประเทศคือ สิงคโปร์ ศรีลังกา และฟิลิปปินส์ ได้บัญญัติให้มีการใช้กฎหมายอิสลามทั่วอาณาเขตของประเทศ มิได้จำกัดไว้แต่พื้นที่หนึ่งพื้นใด ดังนั้นผู้นับถือศาสนาอิสลามในประเทศจึงมีความเท่าเทียมกันในการอยู่ภายใต้การให้ใช้กฎหมายอิสลาม ในขณะที่ประเทศ

---

[512] อับดุลเลาะ อาบูบากา, *เรื่องเดิม.*; มะดารี โตะ, *เรื่องเดิม.*

[513] มะรอนิง สาแลมิง, *เรื่องเดิม.*

ไทยมีการกำหนดให้มีการใช้กฎหมายอิสลามที่จำกัดขอบเขตพื้นที่ให้นำกฎหมายอิสลามมาใช้แต่ในศาลในพื้นที่จังหวัดทางตอนใต้ของประเทศไทยเท่านั้น ซึ่งหากพิจารณาบริบทของประเทศอื่นเช่น สิงคโปร์จะไม่ประสบปัญหาในเรื่องอาณาเขตการใช้กฎหมายอิสลาม เนื่องจากเป็นประเทศที่มีพื้นที่ขนาดเล็ก เช่นเดียวกับศรีลังกาที่มีการอาศัยของประชากรชาวมุสลิมกระจายตัวอยู่ทั่วไปในส่วนต่าง ๆ ของประเทศและมีการแต่งตั้งกอฎีประจำยังพื้นที่ต่าง ๆ ทั้งนี้เนื่องจากที่มาแห่งการให้ใช้กฎหมายอิสลามก็มีรากฐานมาจากช่วงยุคอาณานิคม อันเป็นรูปแบบการให้ใช้กฎหมายอิสลามทั่วทั้งประเทศมาอย่างยาวนาน

ในขณะที่ฟิลิปปินส์ซึ่งประชากรชาวมุสลิมส่วนใหญ่อาศัยอยู่ทางตอนใต้ของประเทศ คือตามพื้นที่เกาะมินดาเนา และหมู่เกาะซูลูทางตอนใต้ เมื่อมีการประกาศใช้กฤษฎีกาประธานาธิบดีที่ 1083 ในฟิลิปปินส์ก็มิได้กำหนดอาณาเขตเฉพาะที่จะนำกฎหมายอิสลามมาใช้แต่พื้นที่ทางตอนใต้ที่มีประชากรมุสลิมอาศัยอยู่หนาแน่นเท่านั้นแต่บังคับใช้กับมุสลิมทั้งประเทศ ถึงแม้กฤษฎีกาประธานาธิบดีที่ 1083 ของฟิลิปปินส์จะบัญญัติให้มีการจัดตั้งทั้งศาลชารีอะห์เขต (Shari'a District Court) และ ศาลชารีอะห์แขวง (Shari's Circuit Court) แต่เฉพาะในพื้นที่ทางตอนใต้ แต่หากมุสลิมในพื้นที่อื่นของประเทศมีคดีความตามประมวลกฎหมายสถานะบุคคลมุสลิมแห่งฟิลิปปินส์ก็สามารถนำคดีขึ้นสู่ศาลชารีอะห์ทางตอนใต้ของประเทศได้ ทั้งนี้เนื่องจากการนำคดีขึ้นสู่ศาลชารีอะห์ของฟิลิปปินส์มิได้ยึดถือตามภูมิลำเนาของจำเลย หรือผู้ร้องดั่งเช่นระบบศาลของไทย ที่คู่ความทุกฝ่ายไม่จำต้องมีภูมิลำเนาหรืออาศัยอยู่ในพื้นที่ที่มีศาลชารีอะห์ตั้งอยู่เท่านั้น ซึ่งในกรณีที่คู่กรณีมิได้อาศัยหรือมีภูมิลำเนาอยู่ในพื้นที่ที่มีศาลชารีอะห์ตั้งอยู่ ก็สามารถนำคดีขึ้นสู่ศาลชารีอะห์ใดก็ได้ตามความสะดวก

ในประเทศไทยหากพิจารณาตามถ้อยคำในตัวบทกฎหมายแล้ว การสร้างอาณาเขตแห่งสภาพการบังคับใช้กฎหมายอิสลามได้เกิดจากบทบัญญัติที่ให้ศาลชั้นต้นในพื้นที่จังหวัดปัตตานี ยะลา นราธิวาส และสตูลนำกฎหมายอิสลามมาใช้บังคับแทนประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยครอบครัวและมรดกในกรณีที่คู่ความเป็นผู้นับถือศาสนาอิสลาม หรือผู้ร้องเป็นผู้นับถือศาสนาอิสลาม โดยที่ในบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการใช้กฎหมายอิสลามในเขตจังหวัดปัตตานี นราธิวาส ยะลา และสตูล พ.ศ.2489 ก็มิได้กำหนดว่าจะต้องนำกฎหมายอิสลามมาใช้กับมุสลิมที่มีภูมิลำเนาหรือเป็นผู้ที่อาศัยอยู่ในพื้นที่ 4 จังหวัดเท่านั้น หากแต่กฎหมายที่มากำหนดในส่วนของเขตอำนาจศาลว่าศาลชั้นต้นมีเขตอำนาจในคดีใดอย่างไรกลับปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ลักษณะ 2 หมวดที่ 1 เรื่องเขตอำนาจศาล ซึ่งได้มีการแก้ไขในส่วนของเขตอำนาจศาลเมื่อปี พ.ศ. 2534 ที่บัญญัติให้ คำฟ้องต้องเสนอต่อศาลที่จำเลยมีภูมิลำเนาอยู่ในเขตศาล หรือต่อศาลที่มูลคดีเกิดขึ้นในเขตศาล หรือ คำร้องขอต้องเสนอต่อศาลที่มูลคดีเกิดขึ้นในเขตศาลหรือต่อศาลที่ผู้ร้องมีภูมิลำเนา อันเป็นการสร้างจุดเกาะเกี่ยวแห่งเขตอำนาจศาลกับภูมิลำเนาของจำเลย ผู้ร้อง และมูลคดีที่ต้องเกิดขึ้นในพื้นที่ที่ศาลมีเขตอำนาจ เช่นเดียวกับข้อพิพาทเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ที่ต้องเสนอต่อศาลที่อสังหาริมทรัพย์ตั้งอยู่ หรือต่อศาลที่จำเลยมีภูมิลำเนา ในขณะที่คดีร้องขอแต่งตั้งผู้จัดการมรดกต้องเสนอต่อศาลที่เจ้ามรดกมีภูมิลำเนาอยู่ในเขตศาลในขณะถึงแก่ความตาย ดังนี้จะเห็นว่าบทกฎหมายที่เข้ามาจำกัดคดีความที่จะนำกฎหมายอิสลามมาใช้ให้จำกัดเฉพาะพื้นที่ใน 4 จังหวัดภาคใต้นั้นนอกจากบทบัญญัติในพระราชบัญญัติว่าด้วยการใช้กฎหมายอิสลามในเขตจังหวัดปัตตานี นราธิวาส ยะลา และสตูล พ.ศ.2489 แล้วยังปรากฏความเชื่อมโยงกับบทบัญญัติว่าด้วยเขตอำนาจศาลตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งอีกด้วย

และเนื่องจากการใช้กฎหมายอิสลามในประเทศไทยมีการใช้แบบกำหนดอาณาเขตทางพื้นที่จากลักษณะการกำหนดให้นำกฎหมายอิสลามมาใช้แต่ในศาลชั้นต้นใน 4 จังหวัดอันประกอบไปด้วยจังหวัดปัตตานี นราธิวาส ยะลา และสตูล โดยที่มิได้กล่าวถึงการใช้กฎหมายอิสลามว่าให้มีผลเช่นไรหากมิได้มีคดีเข้าสู่การพิจารณาของศาล จึงเกิดเป็นปัญหาในเรื่องสถานะของการใช้กฎหมายอิสลามนอกศาล ซึ่งการกำหนดให้นำกฎหมายอิสลามในเรื่องครอบครัวและมรดกมาปรับใช้แทนประมวลกฎหมายแพ่งละพาณิชย์ดังกล่าวเป็นบทกฎหมายบังคับมิได้เป็นทางเลือก ดังนี้เมื่อมีคดีที่เข้าลักษณะตามบทบัญญัติของกฎหมายศาลจึงต้องนำแต่กฎหมายอิสลามเท่านั้นมาปรับใช้ ก็มิอาจนำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาปรับใช้กับคดีได้ เป็นผลให้เกิดปัญหาในการตีความถึงลักษณะอาณาเขตสภาพบังคับของกฎหมายอิสลาม ว่าแม้มิได้มีคดีขึ้นสู่ศาลแต่ในทางปฏิบัติมุสลิมในพื้นที่ยังคงต้องปฏิบัติให้เป็นไปตามหลักศาสนาอิสลามในเรื่องครอบครัวและมรดกหรือไม่ เพราะมิฉะนั้นจะเกิดผลประหลาดกล่าวคือในการสร้างนิติสัมพันธ์ทางครอบครัวจะนำกฎหมายอิสลามมาใช้ได้แต่เมื่อมีคดีขึ้นสู่ศาลแล้วเท่านั้น ดังนั้นหากตีความตามถ้อยอักษรแห่งกฎหมายอย่างเคร่งครัด อาณาเขตแห่งการใช้กฎหมายอิสลามคงมีอาณาเขตจำกัดยิ่ง และการใช้กฎหมายอิสลามก็จะมีความผกผันเปลี่ยนแปลงไปตามความสัมพันธ์ระหว่างภูมิลำเนาของจำเลย ผู้ร้อง ที่ที่มูลคดีเกิด ที่ที่อสังหาริมทรัพย์ตั้งอยู่ และภูมิลำเนาของเจ้ามรดกขณะตาย เนื่องจากคดีจะเข้าสู่ศาลที่มีอำนาจใช้กฎหมายอิสลามได้ต้องเป็นไปตามบทบัญญัติในเรื่องเขตอำนาจศาลตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งกำหนดไว้ และจะเข้าสู่ศาลจังหวัดหรือศาลเยาวชนและครอบครัวในจังหวัดทั้ง 4 ก็เป็นไปตามพระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ.2553

อย่างไรก็ตามในช่วงระยะเวลาหลายปีที่ผ่านมา ได้มีทั้งแนวทางคำพิพากษาของศาลและคำวินิจฉัยข้อกฎหมายจากสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาที่เริ่มบ่งชี้ว่า สถานะการใช้กฎหมายอิสลามนอกศาลในเรื่องสถานะครอบครัวในพื้นที่ที่กำหนดให้ศาลนำกฎหมายอิสลามมาปรับใช้ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการใช้กฎหมายอิสลามในเขตจังหวัดปัตตานี นราธิวาส ยะลา และสตูล พ.ศ. 2489 มีค่าเทียบเท่ากับสถานะทางกฎหมายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์[514] แม้จะมิได้มีการแก้ไขกฎหมายออกมาอย่างชัดแจ้งในเรื่องดังกล่าว เป็นเหตุให้อาจตีความอีกนัยหนึ่งได้ว่าอาณาเขตทางพื้นที่แห่งการใช้กฎหมายอิสลามในปัจจุบันคือพื้นที่ที่ศาลชั้นต้นในจังหวัดปัตตานี นราธิวาส ยะลา และสตูลมีเขตอำนาจ เพราะเมื่อพ้นพื้นที่ในเขตอำนาจของศาลดังกล่าวแล้ว หากมีคดีขึ้นสู่ศาลก็มิได้มีบทบัญญัติใดให้ศาลนำกฎหมายอิสลามมาปรับใช้ได้ แต่ศาลอาจยอมรับนิติสัมพันธ์ทางครอบครัวที่เกิดขึ้นแล้วจากในพื้นที่ได้ตามแนวทางคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2812/2525

จากการตีความดังกล่าวนำมาซึ่งลักษณะการใช้กฎหมายอย่างมีอาณาเขตขึ้นภายในรัฐที่จะมีการบังคับใช้กฎหมายอิสลามในเรื่องครอบครัวและมรดกแต่กับผู้นับถือศาสนาอิสลามเฉพาะในพื้นที่จังหวัดปัตตานี นราธิวาส ยะลา และสตูลเท่านั้น ทั้งที่ในปัจจุบันประชากรผู้นับถือศาสนาอิสลามในประเทศไทยได้อาศัยอยู่ทั่วไปในประเทศไทยมิได้จำเพาะอยู่แต่ในพื้นที่ 4 จังหวัดดังกล่าวเท่านั้น ซึ่งตามข้อมูลประชากรนั้นมีประชากรมุสลิมในประเทศไทยกว่าอีกครึ่งหนึ่งหรือราว 1.6 ล้านคนมิได้มีภูมิลำเนาอยู่ใน 4 จังหวัดภาคใต้ นำมาซึ่งข้อเรียกร้องให้มีการขยายอาณาเขตการใช้กฎหมายอิสลามออกไปให้ทั่วทั้งประเทศ เพื่อให้ผู้นับถือศาสนาอิสลามในประเทศไทยทั้งหมดได้อยู่ภายใต้กฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดก

---

[514] คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4230/2558

อย่างไรก็ตามจากการศึกษาที่มาของการให้ใช้กฎหมายอิสลามโดยกำหนดพื้นที่ดังกล่าวแล้ว พบว่า การใช้กฎหมายอิสลามในประเทศไทยมีที่มาจากประวัติศาสตร์ทางด้านการเมืองการปกครองที่ชนมุสลิมในพื้นที่ดังกล่าวมีการนำกฎหมายอิสลามมาใช้เป็นกฎหมายท้องถิ่นของตนอยู่ก่อนแล้ว ที่ระบบกฎหมายและการศาลของไทยจะได้มีการนำระบบกฎหมายของไทยมาใช้ในพื้นที่ในช่วงสมัยการปฏิรูปการปกครอง ระบบกฎหมายและการศาลในสมัยรัชกาลที่ 5 ดังนั้นรัฐไทยจึงคงยอมรับให้มีการใช้กฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดกกับชนชาวมุสลิมในพื้นที่อยู่ต่อไปในพื้นที่การปกครองหัวเมืองทั้ง 7 ซึ่งต่อมาคือจังหวัดปัตตานี ยะลา และนราธิวาสในปัจจุบัน และได้มีการขยายการให้ใช้กฎหมายอิสลามมายังพื้นที่จังหวัดสตูลเนื่องจากมีข้อเรียกร้องของหมู่ชนมุสลิมในพื้นที่จังหวัดสตูลซึ่งมีประชากรมุสลิมอาศัยอยู่เป็นจำนวนมาก และด้วยเหตุผลที่สำคัญเดียวกันคือในจังหวัดสตูลก็เคยได้มีการใช้กฎหมายอิสลามอยู่ก่อนเมื่อครั้งเป็นส่วนหนึ่งของไทรบุรี การให้ใช้กฎหมายอิสลามทั้ง 4 จังหวัดดังกล่าวที่มีขึ้นทั้งในสมัยรัชกาลที่ 5 และ รัชกาลที่ 6 ล้วนแล้วแต่มีที่มาจากการที่กฎหมายอิสลามถูกใช้เป็นกฎหมายท้องถิ่นอยู่ก่อนแล้ว แม้ต่อมาเมื่อมีการประกาศใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยครอบครัวและมรดกกับพลเมืองโดยทั่วไปของรัฐก็ยังได้มีบทยกเว้นให้ในพื้นที่ที่มีการใช้กฎหมายอิสลามในเรื่องครอบครัวและมรดกยังคงให้ใช้กฎหมายอิสลามต่อไป จนกระทั่งในสมัยการปกครองโดยรัฐบาลจอมพล ป. พิบูลสงคราม ได้มีการยกเลิกการให้ใช้กฎหมายอิสลามในพื้นที่ไปเป็นช่วงระยะเวลาหนึ่ง แต่ภายหลังก็ได้มีการบัญญัติให้นำกฎหมายอิสลามกลับมาบังคับใช้ได้อีกครั้งตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการใช้กฎหมายอิสลามในเขตจังหวัดปัตตานี นราธิวาส ยะลา และสตูล พ.ศ.2489 ซึ่งแตกต่างจากกลุ่มชนมุสลิมในพื้นที่อื่น ที่ไม่เคยได้มีการยอมรับให้กฎหมายอิสลามเข้ามาเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายแห่งรัฐอย่างเป็นทางการคงเป็นเพียงการใช้กฎหมายอิสลามกันเองในหมู่ชนมุสลิมเท่านั้น การสมรสหรือการคลายนิติสัมพันธ์ทางการสมรสจึงมีลักษณะเป็นเพียงการนำหลักการทางศาสนาอิสลามมาปฏิบัติเช่นเดียวกับพิธีการสมรสตามจารีตประเพณีทั่วไปของความเชื่อทางศาสนาอื่นหรือกลุ่มชนอื่น ที่พิธีกรรมทางศาสนาหรือตามจารีตประเพณีไม่มีความเกี่ยวพันกับระบบการใช้กฎหมายของรัฐ

การใช้กฎหมายอิสลามในพื้นที่อื่นนอกเขตพื้นที่จังหวัดภาคใต้เมื่อมิได้มีกฎหมายเฉพาะใดที่ให้ศาลนำกฎหมายอิสลามมาใช้หรือกล่าวถึงผลของการสมรสและหย่าตามหลักศาสนาอิสลามไม่ว่าจะเป็นสถานะบุคคล ความสัมพันธ์ทางด้านทรัพย์สิน และข้อผูกพันหรือพันธกรณีที่เกิดจากการสมรส ตามหลักศาสนาอิสลามสิ้นสุดลง ประกอบกับการนำกฎหมายอิสลามมาใช้ของมุสลิมเป็นรูปแบบของความสมัครใจ หรือมีลักษณะเป็นประเพณีพิธีกรรมทางศาสนา แต่ยอมรับกันในหมู่ชุมชนมุสลิมเท่านั้น สภาพการใช้กฎหมายจึงเป็นลักษณะที่มีกฎหมายแห่งรัฐและหลักการปฏิบัติที่ชุมชนยึดถือวางอยู่ร่วมกัน โดยที่กฎหมายแห่งรัฐนั้นมีบทบัญญัติที่แตกต่างจากวิถีปฏิบัติของชุมชน เกิดเป็นลักษณะการใช้กฎหมายแบบพหุนิยมทางกฎหมายเชิงสังคมวิทยา (Socio-Legal Pluralism) โดยกระบวนการใช้กฎหมาย เช่นรูปแบบการยอมรับการสมรสและการหย่า กระบวนการระงับข้อพิพาทอยู่ภายนอกบริบทกฎหมายของรัฐ ตลอดจนสภาพบังคับก็เกิดขึ้นโดยชุมชน ซึ่งมีสภาพขึ้นอยู่กับความเข้มแข็งของระบบชุมชนแต่ละพื้นที่ เมื่อไม่มีความชัดเจนจากรัฐว่ามีแนวนโยบายเช่นไรว่าจะยอมรับหรือห้ามการนำกฎหมายอิสลามมาใช้ในเรื่องครอบครัวในพื้นที่อื่นนอกเขต 4 จังหวัดภาคใต้ เป็นผลให้เกิดการสร้างรูปแบบการใช้กฎหมายลักษณะคู่ขนานกับกระบวนการยุติธรรมของรัฐ (Parallel Justice System) ที่รัฐมิอาจเข้าไปทบทวนหรือตรวจสอบเพื่อคุ้มครองสิทธิของบุคคลผู้ได้รับผลจากการใช้กฎหมายได้

โดยที่การสมรสทางหลักศาสนาอิสลาม โดยรูปแบบและหลักการแล้วมีลักษณะเป็นสัญญาก่อตั้งสถาบันครอบครัวขึ้น แต่เมื่อมิได้มีการยอมรับจากรัฐ เนื่องจากสภาพแห่งสัญญาการสมรสที่รัฐมีชุดกฎหมายที่สร้างระเบียบแบบแผนของรัฐเป็นกรอบที่ใช้อยู่ชุดหนึ่งที่รัฐมุ่งหมายให้ใช้กรอบบรรทัดฐานนี้กับพลเมืองของรัฐโดยทั่วไป ดังนั้นเมื่อมีการสมรสตามหลักศาสนาอิสลามแล้วเกิดกรณีที่มีคู่กรณีฝ่ายใดผิดเงื่อนไขการสมรส หรือมีเหตุที่ต้องทำให้ความสัมพันธ์สิ้นสุดลง การมาพึ่งพาระบบศาลแห่งรัฐจึงกระทำได้อย่างยากลำบาก และหลายโอกาสยังมีประเด็นเรื่องการทำสัญญาลักษณะสมรสโดยรูปแบบอื่นแตกต่างจากที่รัฐกำหนดไว้เป็นสัญญาที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีที่เป็นผลให้นิติกรรมนั้นเป็นโมฆะหรือไม่ ซึ่งขึ้นอยู่กับนโยบายของรัฐที่นำมาใช้ในแต่ยุคสมัยหรือในแต่ละพื้นที่

แม้รัฐจะยอมรับการใช้กฎหมายอิสลามในเรื่องครอบครัวหรือไม่ก็ตาม แต่ในชุมชนมุสลิมนั้นบุคคลผู้เป็นสมาชิกของชุมชนยังคงต้องปฏิบัติตามวิถีของชุมชนอยู่ ซึ่งเมื่อมีการใช้กฎหมายที่รัฐไม่ยอมรับแล้วเช่นนี้ การเข้ามาคุ้มครองสิทธิของบุคคลผู้อยู่ภายใต้ระบบกฎหมายของชุมชนจึงถูกปิดกั้น เช่นกรณีเมื่อการสมรสสิ้นสุดลงด้วยเหตุต่าง ๆ ตามแต่ละกรณีนั้น ฝ่ายชายยังคงมีพันธะผูกพันในทางทรัพย์สินที่ต้องชำระแก่ฝ่ายหญิง แต่ฝ่ายหญิงมิอาจนำมาบังคับได้หากฝ่ายชายไม่ยินยอม นอกจากปัญหาการใช้กฎหมายอิสลามที่เกิดจากการที่ไม่มีกฎหมายแห่งรัฐยอมรับหรือรับรองการใช้กฎหมายอิสลามแล้ว ความไม่เป็นเอกภาพของการใช้กฎหมายยังคงเป็นปัญหาที่เกิดขึ้นอยู่ทั่วไป กล่าวคือการใช้กฎหมายอิสลามจะมีความแตกต่างกันในเงื่อนไขทั้งในเรื่องการสมรส การหย่า ตามแต่ละพื้นที่หรือตามความรู้ความชำนาญส่วนบุคคลของผู้ใช้กฎหมาย เมื่อไม่มีการกำหนดแบบแผนที่ชัดเจนหรือสร้างความมีเสถียรภาพของกฎหมาย การเปิดโอกาสให้โต้แย้งคัดค้าน หรือแม้แต่การไม่มีที่ปรึกษาทางกฎหมายของแต่ละฝ่ายที่ให้ความชัดเจนหรือความเข้าใจในเรื่องที่ก่อให้เกิดสิทธิและหน้าที่ของตนจากผลของการใช้กฎหมายอิสลาม ล้วนแล้วแต่ก่อให้เกิดการละเมิดสิทธิ หรือไม่สร้างกรอบการคุ้มครองสิทธิของบุคคลผู้มีสถานะในสังคมหรือชุมชนที่แตกต่างกันได้อย่างเหมาะสม

แต่กระนั้นหากกล่าวถึงการจะขยายอาณาเขตสภาพการใช้กฎหมายอิสลามให้เป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายแห่งรัฐนอกเขตพื้นที่ 4 จังหวัด โดยให้มุสลิมทั้งหมดในประเทศไทยต้องอยู่ภายใต้กฎหมายอิสลามในเรื่องครอบครัวและมรดกนั้น ก็ยังคงอยู่ภายใต้กรอบรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุดแห่งรัฐ การแก้ไขเปลี่ยนแปลงกฎหมายที่เกี่ยวกับครอบครัวและมรดกที่บังคับใช้อยู่ในส่วนอื่นของประเทศเพื่อให้คนบางกลุ่มต้องนำกฎหมายมาบังคับกับตนโดยแตกต่างจากพลเมืองทั่วไป จึงต้องได้รับฉันทามติจากผู้ที่ต้องอยู่ภายใต้กฎหมายที่จะนำมาบังคับใช้ใหม่ ความชัดเจนในเนื้อหากฎหมายที่จะนำมาใช้เพื่อตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญทั้งในด้านสิทธิความเท่าเทียมระหว่างเพศตลอดจนความคุ้มกันสิทธิในด้านต่าง ๆ ในการก่อตั้งสถาบันครอบครัวและสิทธิในการได้รับมรดกตามความเชื่อของกลุ่มชนที่กฎหมายเข้ามารองรับ ในขณะที่ประเทศไทยแม้รัฐธรรมนูญแห่งรัฐจะได้บัญญัติในเรื่องสิทธิและเสรีภาพในการนับถือศาสนาไว้ แต่ก็มิใช่การที่ให้รัฐสามารถออกกฎหมายให้ใช้หลักการทางศาสนามาบังคับให้มุสลิมทุกคนต้องอยู่ภายใต้กฎหมายที่แตกต่างจากพลเมืองทั่วไปโดยไม่ใช่ด้วยความสมัครใจได้ ซึ่งการนำหลักการทางศาสนามาใช้บังคับเป็นกฎหมายแก่กลุ่มชนกลุ่มหนึ่งของประเทศตามความเชื่อทางศาสนาอาจต้องดำเนินการแบบค่อยเป็นค่อยไป โดยที่ต้องทำการปรับปรุงรูปแบบการใช้กฎหมายอิสลามในพื้นที่ที่กฎหมายแห่งรัฐยอมรับให้นำกฎหมายอิสลามเข้ามาเป็นส่วนหนึ่งของรัฐให้มีประสิทธิภาพและเอื้อประโยชน์ในการอำนวยความยุติธรรมตามวิถีชีวิตของกลุ่มชนตามความเชื่อทางศาสนาให้ได้อย่างแท้จริงเสียก่อน แล้วจึงขยายอาณาเขตไปยังพื้นที่อื่นที่มี

ชนมุสลิมอาศัยอยู่เป็นจำนวนมาก อาทิเช่นในจังหวัดสงขลาหรือกรุงเทพมหานคร โดยต้องได้มีฉันทามติเสียงส่วนใหญ่ของประชาชนมุสลิมในพื้นที่ที่จะมีการขยายขอบเขตการใช้กฎหมายอิสลามในเรื่องครอบครัวและมรดกนี้ก่อน

ทั้งนี้ต้องเปิดช่องในการที่ชนมุสลิมจากพื้นที่อื่นที่ยังมิได้มีการให้ใช้กฎหมายอิสลามสามารถเข้ามาสู่ระบบการใช้กฎหมายอิสลามของศาลในพื้นที่ 4 จังหวัดหรือในจังหวัดที่ได้ขยายขอบเขตให้มีการใช้กฎหมายอิสลามแล้ว โดยไม่ติดข้อปัญหาในเรื่องเขตอำนาจศาล ในขณะที่พื้นที่ที่ยังมิได้มีการยอมรับให้นำกฎหมายอิสลามมาใช้นั้น อาจนำรูปแบบการใช้กฎหมายอิสลามโดยความสมัครใจผ่านกระบวนการยุติธรรมทางเลือกทั้งในรูปแบบระบบไกล่เกลี่ย และอนุญาโตตุลาการมาใช้ เพื่อเชื่อมระบบการใช้กฎหมายอิสลามของชนมุสลิมนอกพื้นให้เข้ามาเป็นส่วนหนึ่งของระบบการใช้กฎหมายของรัฐ และเพื่อจะได้คุ้มครองสิทธิของประชาชนที่ต้องนำกฎหมายอิสลามมาปรับใช้กับวิถีชีวิตของตนตามวิถีชุมชนที่ตนเป็นสมาชิก และที่สำคัญนั้นเพื่อเป็นการป้องกันมิให้เกิดกระบวนการยุติธรรมคู่ขนานกับรัฐที่รัฐไม่สามารถเข้าไปตรวจสอบระบบการใช้กฎหมายนี้ได้

โดยผู้เขียนเห็นว่าองค์กรหรือหน่วยงานที่มีส่วนสำคัญในการสร้างรูปแบบโครงสร้างการใช้กฎหมายอิสลามที่มีประสิทธิภาพจึงต้องเป็นองค์กรภายใต้พระราชบัญญัติการบริหารองค์กรศาสนาอิสลาม พ.ศ.2540 ที่ต้องเข้ามาเป็นผู้สร้างระบบและกระบวนการการใช้กฎหมายอิสลามที่มีประสิทธิภาพในพื้นที่อื่นนอกเขต 4 จังหวัดภาคใต้ ในขณะที่การสร้างประสิทธิภาพและการอำนวยความยุติธรรมของระบบการใช้กฎหมายอิสลามในพื้นที่ 4 จังหวัดยังคงต้องอาศัยความร่วมมือและเชื่อมประสานอำนาจหน้าที่ระหว่างองค์กรภายใต้พระราชบัญญัติการบริหารองค์กรศาสนาอิสลาม พ.ศ.2540 และองค์กรศาลของสำนักงานศาลยุติธรรมที่เป็นผู้ใช้กฎหมายภายใต้พระราชบัญญัติว่าด้วยการใช้กฎหมายในพื้นที่ 4 จังหวัดภาคใต้ โดยมีแนวทางการขยายอาณาเขตการใช้กฎหมายอิสลามการแก้ปัญหาเขตแดนทางกฎหมายภายในรัฐ และการใช้กฎหมายอิสลามในพื้นที่ที่ไม่มีกฎหมายแห่งรัฐรองรับดังนี้

1. แต่งตั้งบุคคลในคณะกรรมการอิสลามประจำจังหวัดทั้ง 4 จังหวัด หรือจังหวัดที่มีการให้ใช้กฎหมายอิสลามเป็นนายทะเบียนอิสลามประจำจังหวัด มีอำนาจหน้าที่ออกหนังสือรับรองการสมรสและการหย่าตามหลักศาสนาอิสลามที่ก่อให้เกิดสิทธินิติสัมพันธ์ในทางครอบครัวเช่นเดียวกับการจดทะเบียนสมรสตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ สามารถนำไปใช้ยืนยันสิทธิระหว่างบุคคลในความเป็นสามีภริยาและบุตร ต่อบุคคลที่สามได้เช่นเดียวกับทะเบียนสมรสตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่เจ้าหน้าที่ตามพระราชบัญญัติจดทะเบียนครอบครัวพุทธศักราช 2478 ออกให้โดยไม่จำกัดพื้นที่แต่เฉพาะในพื้นที่ 4 จังหวัดเท่านั้น โดยที่บุคคลไม่จำเป็นต้องมีภูมิลำเนาแต่ใน 4 จังหวัดเท่านั้น ผู้นับถือศาสนาอิสลามทั่วประเทศสามารถให้ทางนายทะเบียนอิสลามออกหนังสือรับรองการสมรสให้ได้ อย่างไรก็ตามผู้นับถือศาสนาอิสลามยังคงสิทธิการจดทะเบียนสมรสตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้ในกรณีที่คู่สมรสต้องการให้นำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาปรับใช้หรือก่อตั้งสิทธิทางครอบครัวของตน แต่ผู้ที่ออกหนังสือรับรองการสมรสโดยนายทะเบียนอิสลามแล้วจะจดทะเบียนสมรสตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์อีกไม่ได้ถือเป็นการสมรสซ้อน ดังนั้นจึงต้องมีการเชื่อมโยงข้อมูลการสมรสของบุคคลระหว่างนายทะเบียนอิสลามและนายทะเบียนตามพระราชบัญญัติจดทะเบียนครอบครัวพุทธศักราช 2478 เข้าด้วยกัน เพื่อป้องกันการสมรสซ้อนสองลักษณะคือการสมรสทั้งตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์กับการสมรสตามกฎหมายอิสลาม

2. คู่สมรสที่ได้ออกหนังสือรับรองการสมรสโดยนายทะเบียนอิสลามประจำจังหวัดในข้อ 1 หากเกิดข้อพิพาทหรือต้องการทำให้การสมรสสิ้นสุดลงต้องนำคดีเข้าสู่ศาลเยาวชนและครอบครัวที่มีเขตอำนาจตามพื้นที่ที่ได้ออกหนังสือรับรองการสมรส หรือให้นายทะเบียนอิสลามที่ได้รับการแต่งตั้งเป็นผู้ออกหนังสือรับรองการหย่า ทั้งนี้คู่กรณีหรือฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งอาจนำข้อพิพาทเข้าสู่กระบวนการไกล่เกลี่ยหรือวินิจฉัยชี้ขาดของคณะกรรมการอิสลามประจำจังหวัดก็ได้ ซึ่งกระบวนการระงับข้อพิพาทของคณะกรรมการอิสลามประจำจังหวัดต้องมีระเบียบแบบแผนและข้อบังคับอย่างชัดเจน และใช้กฎหมายอิสลามที่เป็นเอกภาพและมีเนื้อหาเช่นเดียวกับที่ศาลนำมาใช้ แต่ในกรณีที่คู่กรณีได้เลือกจดทะเบียนสมรสตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ก็ไม่ให้นำกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวมาปรับใช้

จากลักษณะการใช้กฎหมายอิสลามแบบคงสภาพเขตแดนการใช้กฎหมายไว้ จะเป็นผลให้เกิดทางเลือกขึ้นแก่การนำกฎหมายอิสลามมาใช้ในเรื่องครอบครัวกล่าวคือ เมื่อมีการสมรสตามหลักศาสนาอิสลามที่ได้มีการรับรองโดยนายทะเบียนสมรสอิสลามที่ได้รับการแต่งตั้งแล้วจะทำการจดทะเบียนสมรสตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์อีกไม่ได้ และในทางเดียวกันหากได้มีการจดทะเบียนสมรสตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แล้วก็จะให้นายทะเบียนสมรสอิสลามออกหนังสือรับรองให้ไม่ได้ ทั้งนี้ไม่มีการตัดสิทธิของผู้นับถือศาสนาอิสลามที่จะเลือกจดทะเบียนสมรสตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์อันเป็นการแสดงเจตนาอย่างชัดแจ้งให้นิติสัมพันธ์ทางครอบครัวของตนผูกพันตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แทนกฎหมายอิสลาม โดยที่การให้นายทะเบียนสมรสอิสลามหรือการจดทะเบียนสมรสตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ล้วนแล้วแต่เป็นการเลือกโดยความสมัครใจของคู่กรณี และเมื่อมีข้อพิพาทขึ้นก็จะยึดถือตามลักษณะของการสมรสที่ได้กระทำขึ้นแทนแต่เฉพาะตามสถานะความเชื่อทางศาสนา อันเป็นการขยายสิทธิการนำกฎหมายอิสลามมาใช้ในการก่อตั้งสิทธิทางครอบครัวตามความเชื่อทางศาสนาให้มีผลผูกพันตามกฎหมายแห่งรัฐ ในขณะที่มิได้ตัดสิทธิของพลเมืองที่จะเลือกนำกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่กับพลเมืองทั่วไปมาใช้กับตน แต่ทั้งนี้การเลือกก่อตั้งสิทธิดังกล่าวต้องมีกระบวนการที่ชัดเจนผ่านรูปแบบทางการรับจดหรือรับรองทางทะเบียน แนวทางการขยายอาณาเขตการใช้กฎหมายอิสลามในรูปแบบนี้ เป็นแบบที่มิได้มีสภาพบังคับให้มุสลิมทุกคนต้องอยู่ภายใต้กฎหมายอิสลามว่าด้วนครอบครัวแต่เปิดช่องทางให้เป็นทางเลือกที่พลเมืองในรัฐที่นับถือศาสนาอิสลามสามารถเลือกนำกฎหมายมาปรับใช้กับตนตามความต้องการ โดยรัฐยังคงเป็นผู้มีหน้าที่จัดทำกระบวนการทางตุลาการให้และยังคงสิทธิของผู้นับถือศาสนาอิสลามที่เคยได้มีการให้ใช้กฎหมายอิสลามในพื้นที่ดั่งเดิม ผ่านระบบทางทะเบียนซึ่งในปัจจุบันนี้การเชื่อมโยงข้อมูลเป็นไปด้วยความสะดวกไม่เป็นอุปสรรคมากนัก การพัฒนาองค์กรที่ใช้กฎหมายอิสลามจากองค์กรที่จัดตั้งขึ้นตามพระราชบัญญัติการบริหารองค์กรศาสนาอิสลาม พ.ศ.2540 ให้มีประสิทธิภาพทั้งในด้านการเป็นนายทะเบียนและการระงับข้อพิพาทยังคงเป็นหัวใจในการพัฒนาระบบการใช้กฎหมายอิสลามในประเทศไทย

5.8 การนำกฎหมายอิสลามมาใช้ผ่านช่องทางกฎหมายว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการ

การอนุญาโตตุลาการของไทยมีมาช้านานและได้มีพัฒนาการทางกฎหมายที่เกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการอย่างต่อเนื่อง จนถึงปัจจุบันนี้มีกฎหมายว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการเฉพาะที่ใช้อยู่คือ “พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545” บัญญัติเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการ ทั้งในส่วนที่เกี่ยวกับข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการ การตั้งอนุญาโตตุลาการ กระบวนการอนุญาโตตุลาการและการทำคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ตลอดจนบทบาทของศาลในการอนุญาโตตุลาการเพื่อสนับสนุนและตรวจทานการอนุญาโตตุลาการ ทั้งนี้เนื่องจากการอนุญาโตตุลาการเป็นกระบวนการที่เปิดช่องให้มีการสร้างกระบวนการระงับข้อพิพาทโดยเอกชนที่มีความยืดหยุ่นกว่ากระบวนการทางการศาลของรัฐ เนื่องจากเปิดโอกาสให้คู่กรณีสามารถเลือกผู้มาตัดสินข้อพิพาท สถานที่ ภาษาที่ใช้ หรือแม้แต่กระบวนการพิจารณาและกฎหมายที่จะนำมาใช้กับข้อพิพาทของตนได้

และด้วยเหตุที่การใช้กฎหมายอิสลามในประเทศไทย มิใช่เป็นกฎหมายที่รัฐบังคับใช้กับพลเมืองโดยทั่วไปทั้งประเทศ คงมีการจำกัดพื้นที่และคดีที่จะนำกฎหมายอิสลามมาปรับใช้ตามพระราชบัญญัติให้ใช้กฎหมายอิสลามในพื้นที่ 4 จังหวัดดังที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น ในขณะที่พื้นที่อื่นแม้จะมิได้มีการบัญญัติให้ใช้กฎหมายอิสลามในศาล แต่ยังคงปรากฏรูปแบบการนำกฎหมายหรือหลักการอิสลามมาปรับใช้กับข้อพิพาทในทางแพ่ง โดยการตั้งบุคคลขึ้นเพื่อทั้งทำการไกล่เกลี่ยและมาตัดสินชี้ขาดข้อพิพาทที่มีลักษณะเป็นการอนุญาโตตุลาการร่วมอยู่ กระบวนการใช้กฎหมายอิสลามของชุมชนมุสลิมต่าง ๆ นี้โดยส่วนใหญ่ยังมิได้มีระเบียบแบบแผนอย่างชัดเจนที่จะสอดคล้องกับกฎหมายว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการที่ถูกสร้างขึ้นเพื่อสนับสนุนกระบวนการอนุญาโตตุลาการนอกศาลเพื่อเป็นทางเลือกของประชาชน เป็นผลให้การใช้กฎหมายอิสลามโดยกระบวนการดังกล่าวนี้ยังขาดประสิทธิภาพอยู่มาก ซึ่งตามหลักฐานแล้วกระบวนการอนุญาโตตุลาการก็มีความสัมพันธ์กับการใช้กฎหมายอิสลามมาแต่อดีต ดั่งเช่นเมื่อครั้งที่มีกลุ่มชนมุสลิมขอพระราชทานพระบรมราชานุญาตให้ทรงจัดตั้งระบบศาลศาสนาอิสลามและนำกฎหมายอิสลามมาใช้บังคับกับมุสลิมในสยามในสมัยรัชกาลที่ 5 สมเด็จกรมพระยาดำรงราชานุภาพซึ่งขณะนั้นทรงดำรงตำแหน่งเสนาบดีกระทรวงมหาดไทยได้พิจารณาข้อร้องเรียนดังกล่าวแล้วได้มีความเห็นว่า การใช้กฎหมายอิสลามอาจใช้ผ่านการอนุญาโตตุลาการได้อยู่แล้วในขณะนั้น[515] หรือแม้แต่เมื่อเริ่มจัดระเบียบแบบแผนการใช้กฎหมายและการศาลในพื้นที่เจ็ดหัวเมืองภายใต้กฎข้อบังคับสำหรับปกครองบริเวณเจ็ดหัวเมือง ร.ศ.120 ที่ว่าด้วยการศาล ที่ให้มีศาลโต๊ะกาฎีซึ่งได้รับการแต่งตั้งให้ใช้หลักการทางศาสนาอิสลามมาตัดสินคดีในความแพ่งที่เกี่ยวกับศาสนาอิสลามเรื่องผัวเมียและเรื่องมรดกแล้วประสบปัญหา เนื่องจากคำตัดสินของโต๊ะกาฎีอุทธรณ์ต่อมิได้ และการใช้กฎหมายอิสลามของโต๊ะกาฎีแต่ละเมืองไม่เป็นเอกภาพ จนต้องมีการนำระบบอนุญาโตตุลาการมาใช้โดยให้คู่กรณีที่เป็นมุสลิมเลือกผู้จะมาตัดสินคดีของตนกันเองจากผู้ที่

---

[515] หนังสือกราบทูลพระเจ้าน้องยาเธอกรมหมื่นสมมตอมรพันธุ์ (20 กุมภาพันธ์ ร.ศ.117), หอจดหมายเหตุแห่งชาติ ร. 5, ม.ร. 9 ย. /6, เลขที่ 180, อ้างถึงใน จุฬิศพงศ์ จุฬารัตน์, *เรื่องเดิม*, หน้า 362.;

“. . . ถ้าโปรดเกล้าฯ ตั้งธรรมเนียมขึ้นตามที่ขอจะเป็นการยุ่งยากขึ้นในบ้านเมือง แท้จริงแขกพวกนี้ควรเรียกว่าไทยอิสลามเคยอยู่ในกฎหมายไทยมาหลายชั่วคนไม่มีความขัดข้องเดือดร้อนอย่างใดในเรื่องกฎหมายซึ่งเกี่ยวกับอิสลามที่จริงน้อยคนทีเดียวจะรู้ว่ากฎหมายอิสลามเป็นอย่างใด แม้จะมีความขัดข้องอย่างใดกฎหมายทางพิจารณาทุกวันนี้ก็เปิดช่องไว้พอแก่การโดยลักษณะอนุญาโตตุลาการเป็นต้นเป็นการพออยู่แล้ว”

ทางการแต่งตั้งไว้ประจำเมืองจำนวนหนึ่ง[516] จนระบบดังกล่าวได้ถูกเลิกใช้เมื่อมีการกำหนดตำแหน่งดะโต๊ะยุติธรรมให้เป็นตุลาการ ถึงกระนั้นในเวลาต่อมาเมื่อมีข้อเรียกร้องให้จัดตั้งศาลศาสนาอิสลามขึ้นในประเทศไทย แนวทางในการนำกฎหมายอิสลามมาใช้ในรูปแบบการอนุญาโตตุลาการก็ยังคงเป็นข้อเสนอหรือทางเลือกที่ถูกกล่าวถึงอยู่เสมอ[517] ประกอบกับในต่างประเทศที่มิได้มีผู้นับถือศาสนาอิสลามเป็นประชากรส่วนใหญ่ของประเทศ การนำกฎหมายอิสลามมาใช้ผ่านการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการลักษณะสถาบัน (Institutional Arbitration) ได้ถูกนำมาใช้เพื่อแก้ปัญหาในการที่กฎหมายแห่งรัฐและกฎหมายที่กลุ่มชนใช้อยู่มีความแตกต่างกัน แม้จะยังคงเป็นข้อถกเถียงในหลายด้านเกี่ยวกับการใช้กระบวนการอนุญาโตตุลาการโดยนำหลักศาสนา (Religious Arbitration) มาเป็นหลักในการตัดสินคดีก็ตาม ดังนั้นในส่วนนี้จะกล่าวถึงการนำกฎหมายอิสลามมาใช้ผ่านช่องทางกฎหมายว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการในประเทศไทย ตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 มาเป็นทางเลือกในการระงับข้อพิพาทโดยใช้กฎหมายอิสลามแทนการจัดตั้งศาลศาสนาเฉพาะขึ้น

5.8.1 การอนุญาโตตุลาการข้อพิพาทเกี่ยวครอบครัวและมรดกอิสลาม

แม้ในพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการฯ จะมิได้มีการบัญญัติห้ามโดยชัดแจ้งว่า ข้อพิพาทประเภทใดที่ไม่สามารถเข้าสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการได้ (Arbitrability) แต่เมื่อพิจารณาจากหลักการทางกฎหมายแล้ว โดยวัตถุประสงค์ของการอนุญาโตตุลาการก็เพื่อการระงับข้อพิพาททางแพ่งและพาณิชย์เป็นสำคัญ ทั้งนี้แม้พระราชบัญญัติดังกล่าวจะขยายความให้เกิดความชัดเจนขึ้นถึงการอนุญาโตตุลาการในข้อพิพาทระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชน ที่คู่สัญญาสามารถตกลงในสัญญาให้ใช้กระบวนการอนุญาโตตุลาการเพื่อระงับข้อพิพาทได้ไม่ว่าเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ก็ตาม[518] ซึ่งเมื่อพิจารณาจากลักษณะสำคัญทางกฎหมายแล้วอาจแบ่งลักษณะของข้อพิพาทที่ไม่อาจเข้าสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการได้ดังนี้

1. คำชี้ขาดในทางคดีอาญา เนื่องจากอำนาจในการใช้กำลัง หรือการบังคับเอากับเนื้อตัวนั้นและการลงโทษเป็นอำนาจของรัฐเท่านั้นที่จะกระทำได้ ซึ่งข้อตกลงให้มีการอนุญาโตตุลาการหรือตั้งบุคคลขึ้นเพื่อตัดสินความผิดในคดีอาญาย่อมกระทำมิได้ แต่อย่างไรก็ตามการชี้ขาดในส่วนความรับผิดทางแพ่งเช่น ค่าเสียหายที่เกิดจากการกระทำความผิดทางอาญาย่อมสามารถเข้าสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการได้

2. คำชี้ขาดเกี่ยวกับเรื่องที่กฎหมายกำหนดให้เป็นอำนาจของศาลแห่งรัฐเท่านั้น หรือการกระทำที่ต้องอาศัยแต่คำพิพากษาของศาลเท่านั้นให้กระทำได้ อาทิ การกระทำที่ต้องร้องขอให้ศาลอนุญาตหรือให้ศาลแต่งตั้งบุคคลขึ้นให้กระทำการใด เช่นการตั้งผู้จัดการมรดก การตั้งผู้มีอำนาจปกครองบุตรผู้เยาว์ การเพิกถอนนิติกรรมที่มีขึ้นได้ก็แต่โดยคำพิพากษาของศาล เช่น การเพิกถอนการสมรสโดยคำพิพากษาของศาล การหย่าโดยคำพิพากษา การเพิกถอนนิติกรรมเรื่องสิทธิในทรัพย์สินหรือความสัมพันธ์ของบุคคลที่กฎหมายบัญญัติให้ต้องจดทะเบียนในเรื่องต่าง ๆ แต่ต้องอาศัยคำพิพากษาจากศาลเท่านั้นมาแสดงต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ เป็นต้น

---

[516] ชวลีย์ ณ ถลาง, *เรื่องเดิม*, หน้า 260.

[517] กิตติศักดิ์ ปรกติ และคณะ, *เรื่องเดิม,* หน้า 272.

[518] มาตรา 15 แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545

3. คำชี้ขาดที่ขัดต่อนโยบายสาธารณะหรือความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ทั้งนี้ข้อพิพาทในทางแพ่งและทางพาณิชย์ใดที่สามารถเข้าสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการตามกฎหมาย ในหลายกรณีขึ้นอยู่กับคำตัดสินชี้ขาดของศาลว่าอนุญาโตตุลาการมีอำนาจทำการชี้ขาดประเด็นนั้น ๆ หรือไม่

แต่อย่างไรก็ตามกฎหมายก็มิได้บัญญัติให้การอนุญาโตตุลาการมีขึ้นได้แต่เฉพาะข้อพิพาทที่เกิดแต่ข้อสัญญาเท่านั้นข้อพิพาทที่เกิดจากผลแห่งการกระทำอื่นเช่นละเมิด ก็สามารถเข้าสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการได้ หรือแม้แต่ข้อพิพาทในเรื่องเกี่ยวกับสิทธิผู้บริโภคหรือด้านแรงงานตลอดจนข้อพิพาทที่เกี่ยวกับทรัพย์สินที่เกิดจากการสมรสตามกฎหมาย เนื่องจากมิได้มีกฎหมายบัญญัติห้ามไว้อย่างชัดแจ้งมิให้กระทำได้ ทั้งนี้ในการทำคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการก็มิได้มีบทบัญญัติในเรื่องคำชี้ขาดประเภทใดที่อนุญาโตตุลาการสามารถกระทำได้ อาทิ การปฏิบัติการชำระหนี้ที่เป็นการกระทำโดยเฉพาะเจาะจง การชำระค่าเสียหาย การเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้น ดังนั้นจึงเป็นเรื่องที่คู่กรณีหรือผู้คัดค้านคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต้องเป็นผู้ยื่นคำคัดค้านต่อศาล หรือศาลเห็นเองเมื่อมีผู้มาขอให้ศาลออกคำบังคับให้ตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ แต่อย่างไรก็ตามเนื่องจากการอนุญาโตตุลาการการระงับข้อพิพาทของคู่กรณีที่ตกลงให้บุคคลที่สามมาตัดสินชี้ขาดข้อพิพาทของตนอันมีลักษณะเป็น “สัญญาระหว่างคู่กรณีและผู้มาเป็นอนุญาโตตุลาการ” ดังนั้นคำชี้ขาดจึงมีความผูกพันแต่เฉพาะคู่กรณีเท่านั้น จนกว่าจะได้มีคำพิพากษาของศาลแห่งรัฐหรือการลงรายการในเอกสารมหาชนอื่นจึงจะมีผลเป็นการผูกพันในเรื่องสิทธิและหน้าที่ต่อบุคคลอื่นโดยทั่วไปตามที่กฎหมายกำหนด ดังนั้นเมื่อพิจารณาถึงการนำกระบวนการอนุญาโตตุลาการมาใช้กับข้อพิพาทเกี่ยวกับครอบครัวและมรดกอิสลามศาสนิกจะกระทำได้หรือไม่ แล้วอาจแยกพิจารณาตามลักษณะข้อพิพาทและตามลักษณะของสถานะกฎหมายอิสลามในแต่ละพื้นที่ที่แตกต่างกันดังนี้

5.8.1.1 ในพื้นที่ที่มีการให้ใช้กฎหมายอิสลาม

ในพื้นที่ที่มีการให้ใช้กฎหมายอิสลามเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายแห่งรัฐ จะถือว่าการสมรสและการหย่าตามหลักศาสนาอิสลามมีผลเช่นเดียวกับการสมรสและการหย่าตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แต่มีการใช้กฎหมายที่แตกต่างกันกล่าวคือ มีนำกฎหมายอิสลามมาใช้กับผู้นับถือศาสนาอิสลามและนำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้กับคนทั่วไปที่มิได้นับถือศาสนาอิสลาม ดังนั้นในการสมรสและการหย่าทั้งสองลักษณะที่จะถือว่าเป็นการชอบด้วยกฎหมายแห่งรัฐได้จึงต้องมีบทบัญญัติแห่งรัฐกำหนดไว้ว่าต้องมีกระบวนการเช่นไร

ดั่งเช่นในกรณีการสมรสและการหย่าตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ที่กำหนดให้การสมรสมีได้แต่การจดทะเบียนต่อเจ้าหน้าที่รัฐ และการหย่าหรือการทำให้การสมรสสิ้นสุดมีได้ใน 3 ลักษณะ คือ ความตายของคู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง ความยินยอมของคู่สมรส และโดยคำพิพากษาจากศาลให้การสมรสสิ้นสุดลง ดังนั้นจะเห็นว่าการทำให้การสมรสตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์สิ้นสุดลงโดยศาลนั้นมิอาจนำเข้าสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการ หรือให้บุคคลอื่นเข้ามาใช้อำนาจตุลาการของรัฐในลักษณะเช่นนี้ได้ จึงเป็นอำนาจของศาลแห่งรัฐเท่านั้น ซึ่งรวมถึงการใช้อำนาจตัดสินชี้ขาดของบุคคลที่มิใช่ศาลแห่งรัฐในเรื่องที่เกี่ยวกับบุตรผู้เยาว์ยิ่งกระทำมิได้ แต่กระนั้นในส่วนของข้อพิพาทที่เกี่ยวกับทรัพย์สินที่เกี่ยวกับการสมรสยังคงสามารถเข้าสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการได้โดยความยินยอมของคู่กรณี

ในขณะที่การสมรสตามหลักศาสนาอิสลามจะสมบูรณ์นั้นมิได้มีการบัญญัติให้การสมรสมีได้แต่การจดทะเบียนต่อเจ้าหน้าที่แต่อย่างใด ซึ่งในหลายประเทศก็ได้บังคับให้ต้องนำการ

สมรสดังกล่าวมาออกหนังสือรับรองไว้เพื่อเป็นหลักฐาน และการหย่าที่มิใช่โดยความยินยอมย่อมต้องเป็นกระบวนการที่ทำโดยผู้ได้รับอำนาจจากรัฐและกระบวนการที่กฎหมายแห่งรัฐกำหนดไว้เท่านั้น ดังกรณีในประเทศศรีลังกาก่อนมีการแก้กฎหมายให้รัฐมีการแต่งตั้งกอฎีขึ้น กฎหมายแห่งรัฐก็มิได้ยอมรับการหย่าที่กระทำโดยบุคคลซึ่งถูกแต่งตั้งขึ้นกันเองเป็นกอฎีว่าเป็นการหย่าที่ชอบด้วยกฎหมาย จนเป็นเหตุให้ต้องมีการแก้ไขกฎหมายให้รัฐแต่งตั้งกอฎีขึ้นเพื่อมีอำนาจในการทำการหย่า ดังนั้นในพื้นที่ที่ให้นำกฎหมายอิสลามมาเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายแห่งรัฐ การทำให้การสมรสสิ้นสุดที่มิใช่โดยความยินยอมของคู่กรณีจึงเกิดจากกระบวนการอนุญาโตตุลาการมิได้ เว้นแต่เป็นกระบวนการอนุญาโตตุลาการที่ศาลจัดให้มีขึ้นโดยความตกลงของคู่กรณีทั้งสองฝ่ายภายหลังได้นำคดีมาสู่ศาลแล้ว หรือได้มีกฎหมายกำหนดไว้โดยชัดแจ้งให้ยอมรับกระบวนการการหย่าที่กระทำโดยบุคคลที่กฎหมายแต่งตั้งไว้เป็นพิเศษนอกจากศาลแห่งรัฐ ทั้งนี้ยังต้องมีกฎหมายกำหนดอำนาจไว้เป็นพิเศษในกรณีที่ต้องทำการชี้ขาดในส่วนทรัพย์สินหรืออำนาจปกครองบุตรผู้เยาว์ไว้ด้วย

ส่วนในกรณีข้อพิพาทเกี่ยวด้วยมรดกนั้นย่อมเข้าสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการได้ แต่ในกรณีที่คู่กรณีทุกฝ่ายทำข้อตกลงอนุญาโตตุลาการไว้ แต่ในกระบวนการที่ต้องใช้แต่อำนาจทางศาลเท่านั้นเช่นการแต่งตั้งผู้จัดการมรดกย่อมมิอาจเข้าสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการได้

5.8.1.2 ในพื้นที่ที่มิได้มีการให้ใช้กฎหมายอิสลาม

ในพื้นที่ที่การใช้กฎหมายอิสลามมิได้ถูกยอมรับให้เป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายแห่งรัฐ โดยที่การสมรสตามหลักศาสนาอิสลามเป็นนิติกรรมที่ทำขึ้นกันเองและยอมรับกันแต่ในหมู่ชนมุสลิม ไม่มีผลให้เกิดสถานะทางการสมรสของบุคคลตามกฎหมาย การสมรสตามหลักศาสนาอิสลามเช่นนี้จึงถือว่าเป็นสัญญาที่ผูกพันระหว่างคู่สัญญาเท่านั้น ดังนั้นหากมีข้อตกลงการอนุญาโตตุลาการไว้ในสัญญาหลักคือสัญญาสมรสตามหลักศาสนาอิสลาม ว่าหากมีข้อพิพาทที่เกิดจากสัญญาสมรสตามหลักศาสนาอิสลามดังกล่าวขึ้น คู่กรณีตกลงให้บุคคลใดบุคคลหนึ่งหรือหลายคนเข้ามามีอำนาจในการตัดสินชี้ขาดข้อพิพาท การสร้างรูปแบบการใช้กฎหมายอิสลามในเรื่องการสมรสและหย่าตามหลักศาสนาอิสลามจึงมีสถานะเป็น “สัญญาระหว่างเอกชนที่มีข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการร่วมด้วย” ผูกพันแต่เฉพาะคู่กรณีและมีคณะกรรมการอิสลามประจำจังหวัดหรือสถาบันอนุญาโตตุลาการอิสลามที่ตั้งขึ้นเป็นผู้ระงับข้อพิพาท การเข้าสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการในลักษณะดังกล่าวย่อมถือว่าสามารถกระทำได้ แต่ทั้งนี้การอนุญาโตตุลาการเช่นว่าย่อมมีได้แต่ในเรื่องสถานะการสมรสของคู่กรณีตามหลักศาสนาอิสลาม และทรัพย์สินที่เกิดขึ้นการสมรสตามหลักศาสนาอิสลามและการสิ้นสุดของการสมรสตามหลักศาสนาอิสลาม โดยที่กระบวนการอนุญาโตตุลาการดังกล่าวมิอาจตัดสินชี้ขาดเกี่ยวกับบุตรผู้เยาว์ หรือสถานะภาพอื่นที่ต้องใช้อำนาจทางศาล

แต่อย่างไรก็ตามการตีความลักษณะสัญญาสมรสตามหลักศาสนาอิสลามว่าเป็นสัญญาที่ขัดต่อนโยบายสาธารณะหรือความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือไม่ยังคงเป็นข้อที่ต้องนำมาพิจารณา ทั้งนี้การตีความว่าสัญญาสมรสตามหลักศาสนาอิสลามเป็นสัญญาที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมโดยศาล จะเป็นแนวทางสะท้อนนโยบายของรัฐในเรื่องที่เกี่ยวกับการปฏิบัติตามจารีตประเพณี และความเชื่อของกลุ่มชนผู้นับถือศาสนาอิสลาม ซึ่งหากศาลตีความว่าลักษณะสัญญาเช่นนี้เป็นโมฆะ ก็จะเป็นการแสดงออกชัดถึงการยับยั้งสัญญาที่มีลักษณะเยี่ยงการสมรส (De Facto Relationship Contract) ในรูปแบบอื่นที่คู่สัญญามิอาจบังคับกันได้

ในส่วนของข้อพิพาทในเรื่องมรดกก็เป็นเช่นเดียวกับในพื้นที่ที่มีการให้ใช้กฎหมาย

อิสลามที่คู่กรณีทุกฝ่ายยอมตกลงให้นำข้อพิพาทเข้าสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการได้ ซึ่งต้องมีการทำข้อตกลงอนุญาโตตุลาการไว้โดยชัดแจ้งเป็นลายลักษณ์อักษร

5.8.2 การเลือกกฎหมายอิสลามมาใช้ในการอนุญาโตตุลาการ

ในพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 ได้บัญญัติเรื่องการเลือกกฎหมายที่นำมาใช้ในการชี้ขาดข้อพิพาทของอนุญาโตตุลาการว่าให้ “คณะอนุญาโตตุลาการชี้ขาดข้อพิพาทไปตามกฎหมายที่คู่พิพาทกำหนดให้นำมาใช้บังคับกับข้อพิพาท”[519] พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการของไทยแม้ได้รับแบบอย่างมาจากกฎหมายแม่แบบว่าด้วยอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์ระหว่างประเทศ (UNCITRAL Model Law) แต่มิได้มีการแยกระหว่างการอนุญาโตตุลาการภายในประเทศและการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ และบทบัญญัติในพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการของไทยในเรื่องการเลือกกฎหมายของอนุญาโตตุลาการนั้นได้บัญญัติโดยใช้คำว่า “กฎหมาย” หรือ Law ในขณะที่กฎหมายแม่แบบได้บัญญัติในเรื่องการเลือกกฎหมายของอนุญาโตตุลาการโดยใช้คำว่า “หลักกฎหมาย” หรือ Rules of Law[520] ซึ่งมีความหมายรวมถึงหลักกฎหมายที่มีการพัฒนาตัวภายนอกระบบกฎหมายของรัฐ โดยที่มิได้จำเป็นว่ากฎหมายนั้นต้องเป็นแต่กฎหมายของรัฐใดรัฐหนึ่งเท่านั้น ซึ่งอาจเป็นหลักการกฎหมายพ่อค้า (lex mercatoria) หลักกฎหมายข้ามชาติ (Transnational Rules of Law) เป็นต้น ดังนั้นจึงต้องมีการตีความเรื่องการนำกฎหมายมาใช้กับการอนุญาโตตุลาการภายในประเทศที่คู่กรณีประสงค์จะนำหลักกฎหมายอื่นที่มีการพัฒนาหรืออยู่ภายนอกระบบกฎหมายแห่งรัฐมาใช้กับข้อพิพาทของตนว่าเป็นการขัดกับหลักการทางกฎหมายในเรื่องเจตนาหลีกเลี่ยงกฎหมายแห่งรัฐของคู่กรณี อันอาจมีผลเป็นสัญญาที่ขัดกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือไม่ ที่ศาลย่อมมีอำนาจเพิกถอนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ หรือมีผลให้ข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการบังคับใช้ไม่ได้

ปัจจุบันในพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 มิได้ห้ามอย่างชัดแจ้งถึงการใช้กฎหมายของรัฐอื่นหรือหลักการทางกฎหมายที่มิใช่กฎหมายแห่งรัฐในกระบวนการอนุญาโตตุลาการภายใน ดั่งเช่นการบัญญัติห้ามไว้โดยชัดแจ้งในกฎหมายอนุญาโตตุลาการของบางประเทศ เช่นในมลรัฐ Ontario ประเทศแคนาดาที่บัญญัติห้ามการนำกฎหมายของรัฐอื่นนอกจากกฎหมายภายในของแคนาดามาใช้ในการระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับครอบครัวโดยการอนุญาโตตุลาการอย่างชัดเจน[521] และตามกฎหมายอนุญาโตตุลาการของไทยก็ได้บัญญัติว่า “คู่พิพาทอาจกำหนดไว้โดยชัดแจ้งที่ให้คณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจชี้ขาดข้อพิพาทโดยใช้หลักแห่งความสุจริตและเป็นธรรม ซึ่งการวินิจฉัยชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการต้องเป็นไปตามข้อสัญญา”[522] อันเป็นเรื่องที่กฎหมายเปิดช่องในเรื่องการตกลงว่าด้วยการเลือกหลักการที่จะนำมาใช้ในการอนุญาโตตุลาการ โดยที่ไม่จำเป็นต้องเป็นกฎหมายของรัฐใด ๆ เลยได้ แต่อยู่บนหลักความสุจริตและเป็นธรรม (ex aequo et bono) ซึ่งในประเทศไทยเป็นหลักการเฉพาะที่บัญญัติไว้ในกฎหมายอนุญาโตตุลาการ ที่แตกต่างจากบทกฎหมายว่าด้วยการตัดสินและพิจารณาคดีของศาลแห่งรัฐที่มิได้เปิดช่องให้ศาลนำหลักการอื่นที่ไม่ใช่กฎหมาย

---

[519] มาตรา 34 แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545

[520] Article 28 (1) UNCITRAL Model Law

[521] มาตรา 2.2 และมาตรา 32 แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ ค.ศ.1991 (Ontario)

[522] มาตรา 34 แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545

แห่งรัฐซึ่งถูกบัญญัติขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษรชัดเจนมาปรับใช้กับคดี เว้นแต่กรณีที่ไม่มีบทกฎหมายใด ๆ มาใช้แล้วกับคดีเท่านั้น ที่ศาลจะนำประเพณีท้องถิ่น การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง หรือหลักกฎหมายทั่วไปมาปรับใช้[523] ซึ่งเป็นหลักการการอุดช่องว่างทางกฎหมายที่ศาลต้องนำหลักกฎหมายทั่วไปมาปรับใช้เป็นลำดับสุดท้ายในกรณีไม่มีบทกฎหมายแห่งรัฐมาปรับใช้กับคดีได้แล้วเท่านั้น หรือกรณีที่ศาลแห่งรัฐนำหลักความประสงค์ของคู่ความมาใช้ในกระบวนการพิจารณาคดีแพ่งของศาล[524] เช่นการประนีประนอมยอมความในศาล การท้ากันในศาล แต่ก็มิได้มีหลักการของกฎหมายที่เข้ามารองรับอย่างชัดเจนในกระบวนการดังกล่าว เว้นแต่ถูกจำกัดด้วยขอบเขตของความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนซึ่งเป็นสิ่งที่เป็นพลวัตทางสังคมที่อาจมีการเปลี่ยนแปลงได้

นอกเหนือจากนั้นได้มีคำพิพากษาของศาลฎีกาที่ยืนยันว่ากฎหมายอิสลามที่นำมาใช้ในพื้นที่ 4 จังหวัดภาคใต้ว่าถือเป็นกฎหมายของไทยที่ศาลต้องรับรู้เองโดยที่คู่ความไม่ต้องนำสืบถึงกฎหมายอย่างกฎหมายต่างประเทศ[525] แม้จะเป็นกฎหมายที่ใช้ได้แต่เฉพาะในบางพื้นที่ที่มีกฎหมายยอมรับให้นำกฎหมายอิสลามมาใช้เท่านั้น ดังนั้นการเลือกนำกฎหมายอิสลามที่บังคับใช้ในพื้นที่หนึ่งมาปรับใช้กับข้อพิพาทของตนในอีกพื้นที่หนึ่งที่กฎหมายมิได้บังคับให้ใช้โดยความตกลงของคู่กรณีจึงเป็นสิ่งที่น่าจะกระทำได้ และกระบวนการอนุญาโตตุลาการก็ยังเป็นช่องทางหนึ่งที่เปิดโอกาสให้คู่กรณีสามารถนำหลักการทางศาสนาอิสลามมาใช้ในการระงับข้อพิพาทของตนได้โดยที่นำคำชี้ขาดไปให้ศาลออกคำบังคับให้ได้

ทั้งนี้เนื้อหาในตัวกฎหมายอิสลามที่จะถูกนำมาใช้ยังคงเป็นประเด็นสำคัญในการพิจารณาถึงหลักการเลือกกฎหมายอิสลามมาใช้ในการอนุญาโตตุลาการ โดยที่กฎหมายอิสลามที่ถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายแห่งรัฐ ณ ปัจจุบันนี้รัฐจะถือว่าเป็นเนื้อหากฎหมายจากที่ใด เพราะได้มีการจัดทำคู่มือหลักกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดก (ฉบับศาลยุติธรรม) ขึ้นเพื่อใช้ในศาล หากมีการนำเนื้อหาทางกฎหมายอิสลามจากแหล่งอื่นหรือมีความแตกต่างจากคู่มือดังกล่าว จะยังคงยึดถือว่าเป็นกฎหมายแห่งรัฐหรือไม่ ดังนั้นการทำให้เนื้อหาของกฎหมายอิสลามที่จะนำมาใช้ในการอนุญาโตตุลาการมีแบบแผนที่ชัดเจนสอดคล้องกับที่ใช้อยู่ในประเทศไทย จึงเป็นสิ่งสำคัญในการเปิดช่องให้เลือกนำกฎหมายอิสลามมาปรับใช้ในการอนุญาโตตุลาการได้

5.8.3 การสร้างองค์กรใช้กฎหมายอิสลามในรูปแบบสถาบันอนุญาโตตุลาการ

การอนุญาโตตุลาการเป็นกระบวนการระงับข้อพิพาทที่สามารถนำมาใช้ได้กับความขัดแย้งหลายรูปแบบ แต่หัวใจของระบบอนุญาโตตุลาการคือเป็นรูปแบบการระงับข้อพิพาทโดยการทำความตกลงด้วยความสมัครใจ อันเป็นหลักการแห่งการสร้างข้อบังคับด้วยตนเอง (Self-Regulation) ที่แตกต่างจากการระงับข้อพิพาทโดยศาลแห่งรัฐที่เป็นกระบวนการที่คู่ขัดแย้งไม่สามารถเลือกบุคคลหรือรูปแบบกระบวนการที่จะเข้ามาเป็นผู้ตัดสินคดีของตนได้ และยิ่งในในกรณีที่คดีของตนมีความต้องการนำระบบกฎเกณฑ์บรรทัดฐาน ขนบธรรมเนียมประเพณี ตลอดจนภาษาของคู่พิพาทที่ผู้

---

[523] มาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และ มาตรา 134 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง

[524] มาตรา 138 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง

[525] คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1355/2479

พิพากษาของรัฐอาจไม่มีความชำนาญ หรือกฎหมายแห่งรัฐไม่เปิดช่องให้กระทำได้ ในขณะที่การอนุญาโตตุลาการเปิดช่องให้กระทำในลักษณะเช่นนี้ได้ โดยมีกฎหมายแห่งรัฐเข้ามารับรอง ซึ่งศาลของรัฐมีอำนาจหน้าที่เข้ามาบังคับให้ตามคำตัดสินชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ เว้นแต่คำตัดสินนั้นจะขัดต่อความสงบของรัฐหรือเข้าเหตุประการอื่นตามกฎหมายแห่งรัฐกำหนด โดยอาจจำแนกการอนุญาโตตุลาการออกได้เป็น 2 ลักษณะคือ การอนุญาโตตุลาการเฉพาะกิจ (Ad-Hoc Arbitration) และ การอนุญาโตตุลาการโดยสถาบัน (Institutional Arbitration)

การอนุญาโตตุลาการเฉพาะคดีเป็นกระบวนการอนุญาโตตุลาการที่คู่กรณีจัดให้มีขึ้นกันเองเพื่อพิจารณา ตัดสินชี้ขาดเฉพาะแต่ข้อพิพาทของคู่กรณี คู่กรณีจึงต้องตกลงร่วมกันในกระบวนการอนุญาโตตุลาการ สถานที่ และองค์ประกอบอื่นที่เกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการ ซึ่งในกรณีที่มิได้มีข้อตกลงไว้เรื่องใดก็อาจนำกฎหมายว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการมาเป็นข้อตกลงของคู่กรณีได้ แต่การดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการในลักษณะเฉพาะคดี อาจเกิดความล่าช้า หรือมีความยุ่งยากในกรณีที่คู่กรณีหรือผู้มาเป็นอนุญาโตตุลาการไม่มีความชำนาญทางกฎหมาย และอาจไม่เหมาะสมกับคดีที่มีลักษณะซับซ้อนที่ต้องการความชำนาญพิเศษ หรือพยานหลักฐานต่าง ๆ เข้าสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการ ที่คู่กรณีต้องเข้าเกี่ยวข้องกับกระบวนการทางศาลในหลายโอกาส แต่อย่างไรก็ตามการอนุญาโตตุลาการเฉพาะคดีอาจสะดวกรวดเร็ว และประหยัดค่าใช้จ่ายกว่าการอนุญาโตตุลาการโดยสถาบันในคดีที่มีประเด็นข้อพิพาทไม่ซับซ้อน เนื่องจากสามารถมีรูปแบบที่ยืดหยุ่นและปรับให้เข้ากับต่อสภาพข้อพิพาทและสถานะของคู่กรณีได้มากกว่า

ในขณะที่การอนุญาโตตุลาการโดยสถาบันที่มีการจัดตั้งองค์กรและสถานที่เป็นการถาวรเพื่อให้บริการในการอนุญาโตตุลาการ ซึ่งจะมีกระบวนการพิจารณาอย่างเป็นรูปแบบชัดเจน มีรายชื่อบุคคลที่จะทำหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการตามความชำนาญในแต่ละประเภทของข้อพิพาท โดยมีข้อบังคับที่จัดทำขึ้นเพื่อใช้เป็นระเบียบแบบแผนในกระบวนการระงับข้อพิพาทที่เปรียบเสมือนกฎหมายวิธีพิจารณาความที่นำมาใช้ในกระบวนการทางศาลของรัฐ ที่มีรายละเอียดทั้งในรูปแบบการเสนอข้อพิพาท การสืบพยาน การทำคำชี้ขาด ระยะเวลา กำหนดการต่าง ๆ ในการอนุญาโตตุลาการโดยมีค่าธรรมเนียมที่คู่พิพาทที่ใช้บริการต้องชำระอย่างชัดเจน ทั้งนี้สถาบันอาจเข้ามาเป็นผู้ประสานงานระหว่างบุคคล คู่สัญญา หรือพยานบุคคลที่เกี่ยวข้องในข้อพิพาทที่เข้าสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการได้อย่างเป็นระบบ ซึ่งในปัจจุบันได้มีการจัดตั้งองค์กรระงับข้อพิพาทในรูปแบบสถาบันอนุญาโตตุลาการขึ้นมากมายทั้งในประเทศและต่างประเทศ เพื่อให้บริการระงับข้อพิพาทในด้านต่าง ๆ ทั้งที่เป็นองค์กรที่ตั้งขึ้นโดยเอกชน หรือจัดตั้งขึ้นโดยหน่วยงานของรัฐ หรือมีกฎหมายของรัฐให้จัดตั้งขึ้น

โดยเมื่อพิจารณาถึงรูปแบบการใช้กฎหมายอิสลามในหลายพื้นที่ของโลก ที่กฎหมายอิสลามมิได้ใช้เป็นการทั่วไปเป็นเพียงกฎหมายที่นำมาใช้กับกลุ่มชนหนึ่งในรัฐเท่านั้น ดังนั้นเมื่อรัฐมิได้สร้างระบบศาลหรือมีกฎหมายมารองรับรูปแบบการใช้กฎหมายอิสลามที่พึงประสงค์ของชนมุสลิมได้ การสร้างองค์กรที่จะนำกฎหมายอิสลามมาใช้อย่างเป็นระบบและมีแบบแผนที่ชัดเจนโดย การสร้างข้อบังคับด้วยตนเอง (Self-Regulation) จึงเป็นทางออกที่ถูกนำมาใช้ในหลายพื้นที่ในโลก การจัดตั้งองค์กรที่นำกฎหมายอิสลามมาใช้ในรูปแบบสถาบันระงับข้อพิพาท โดยให้บริการตั้งแต่การเป็นที่ปรึกษาด้านกฎหมายของชนชาวมุสลิม การเป็นผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทต่าง ๆ จนถึงการเข้ามาทำหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการในข้อพิพาทที่ไม่จำเพาะแต่เป็นข้อพิพาทเกี่ยวกับครอบครัวของชนชาวมุสลิม แต่รวมถึงข้อพิพาททางการค้าที่อาจมีคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมิใช่มุสลิม แต่ยอมรับในข้อสัญญาทางธุรกิจที่

ให้นำหลักการอิสลามมาปรับใช้เมื่อเกิดข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญานั้น ๆ เช่น สถาบันอนุญาโตตุลาการมุสลิม (Muslim Arbitration Tribunal) ในสหราชอาณาจักร Islamic Tribunal ในสหรัฐอเมริกา เป็นต้น แม้ยังมีข้อถกเถียงจากผู้ไม่เห็นด้วยหรือเกรงกลัวว่าการนำกฎหมายอิสลามซึ่งมิใช่กฎหมายแห่งรัฐมาใช้กันเองโดยผ่านช่องทางกฎหมายอนุญาโตตุลาการดังกล่าวจะเป็นการสร้างระบบกระบวนการยุติธรรมคู่ขนาน (Parallel Justice System) ขึ้น จนมีการแก้ไขกฎหมายโดยห้ามการนำกฎหมายอิสลามมาใช้ในการอนุญาโตตุลาการข้อพิพาทเกี่ยวกับครอบครัวใน มลรัฐ Ontario ในประเทศแคนาดา หรือการเรียกร้องให้มีการแก้ไขกฎหมายที่เกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการในสหราชอาณาจักรที่มิให้เกิดกระบวนการละเมิดสิทธิบุคคลเนื่องจากความแตกต่างทางเพศในการอนุญาโตตุลาการ

การใช้กฎหมายอิสลามในประเทศไทย ที่แบ่งพื้นที่การใช้กฎหมายอิสลามของประเทศออกเป็นสองส่วน คือส่วนหนึ่งมีกฎหมายบัญญัติให้นำกฎหมายอิสลามมาใช้ในศาลในคดีครอบครัวและมรดกของอิสลามศาสนิก และอีกส่วนหนึ่งซึ่งมิได้มีกฎหมายใด ๆ ยอมรับให้นำกฎหมายอิสลามเข้ามาเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายแห่งรัฐแต่ยังคงมีการใช้กฎหมายอิสลามในหมู่ชนมุสลิม โดยผ่านองค์กรที่จัดตั้งขึ้นตามพระราชบัญญัติการบริหารองค์กรศาสนาอิสลาม พ.ศ.2540 ทั้งโดยคณะกรรมการอิสลามประจำจังหวัด และโต๊ะอิหม่ามประจำมัสยิด ซึ่งการใช้กฎหมายอิสลามในทั้งสองส่วนก็มีรูปแบบในกระบวนการที่แตกต่างกัน ซึ่งในส่วนพื้นที่ที่มีกฎหมายยอมรับให้ใช้กฎมายอิสลามนั้นแม้จะมีระบบการใช้กฎหมายอิสลามในศาลโดยดะโต๊ะยุติธรรมที่ร่วมพิจารณาคดีกับผู้พิพากษา แต่ยังประกอบด้วยองค์กรภายใต้พระราชบัญญัติการบริหารองค์กรศาสนาอิสลาม พ.ศ.2540 ที่นำกฎหมายอิสลามมาใช้เช่นเดียวกับในพื้นที่อื่นที่มิได้มีการยอมรับให้ใช้กฎหมายอิสลาม

โดยที่ภายใต้พระราชบัญญัติการบริหารองค์กรศาสนาอิสลาม พ.ศ.2540 ก็มิได้มีบทบัญญัติใดที่กล่าวถึงแบบแผนการใช้กฎหมายอิสลามของคณะกรรมการอิสลามประจำจังหวัดแต่ละจังหวัด ที่ให้ต้องมีรูปแบบใดรูปแบบหนึ่งอย่างชัดเจนและเป็นเอกภาพ อันจะเห็นได้จากการมีรูปแบบและระบบการใช้กฎหมายอิสลามอย่างเป็นอิสระทั้งในเรื่องการทำหนังสือรับรองการสมรสและการหย่า หรือกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทตามที่กฎหมายได้กำหนดอำนาจหน้าที่ไว้ ก็มีรูปแบบแตกต่างกันตามของแต่ละคณะกรรมการอิสลามประจำจังหวัด โดยที่ในแต่ละสำนักงานคณะกรรมการอิสลามประจำจังหวัดอาจมีการแต่งตั้งผู้ทำหน้าที่ตัดสินชี้ขาดข้อกฎหมายอิสลามหรือกอฎีขึ้นอีกด้วย การใช้กฎหมายอิสลามเพื่อการระงับข้อพิพาทของคณะกรรมการอิสลามประจำจังหวัด และคณะกรรมการประจำมัสยิดเป็นการใช้ในรูปแบบการไกล่เกลี่ยและประนีประนอมข้อพิพาท ที่มีขั้นตอนและวิธีการแตกต่างกันตามความรู้ความชำนาญของบุคคลากรประจำมัสยิดหรือคณะกรรมการอิสลามประจำจังหวัดแต่ละที่ โดยจะนำหลักการตามบทบัญญัติในเรื่องสัญญาประนีประนอมยอมความตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้ คู่กรณีต้องมีการลงนามร่วมกันหากตกลงกันได้ในเรื่องต่าง ๆ ซึ่งหากการไกล่เกลี่ยมิได้เกิดขึ้นโดยความยินยอมหรือมีข้อตกลงร่วมกันภายหลังจากมีการไกล่เกลี่ยแล้ว ก็มิอาจมีการบังคับให้คู่กรณีกระทำหรือมิกระทำการใดได้ และที่ดูจะเป็นปัญหาสำคัญประการหนึ่งคือเมื่อมีการหย่าเกิดขึ้นแล้วและมีคำตัดสินเกี่ยวกับทรัพย์สินที่ฝ่ายชายต้องชำระแก่ฝ่ายหญิงเช่นค่าอุปการะเลี้ยงดู ส่วนแบ่งของทรัพย์สินที่เกิดจากการสมรสตามหลักศาสนา หากฝ่ายชายไม่จ่ายทรัพย์สินตามเงื่อนไขแห่งการหย่าตามหลักศาสนาอิสลามเหล่านี้ ฝ่ายหญิงไม่อาจดำเนินการเรียกร้องใด ๆ ทางกฎหมายได้นอกจากการนำมาตรการลงโทษทางสังคมของชุมชนมุสลิมนั้น ๆ ส่วนในเรื่องมรดกนั้นหากมิได้มีการทำข้อตกลงให้มีอนุญาโตตุลาการระหว่างทายาทผู้มีสิทธิได้รับมรดกทุกคน การ

วินิจฉัยหรือการไกล่เกลี่ยประนีประนอมของพิพาทมรดกมักไม่ค่อยมีประสิทธิภาพเนื่องจากไม่มีบทกฎหมายใดมารองรับในการที่ให้ทุกฝ่ายปฏิบัติตาม[526]

จะเห็นว่าเมื่อรูปแบบการใช้กฎหมายอิสลามดังกล่าวไม่มีแบบแผนเป็นเอกภาพและสร้างความเชื่อมโยงกับกฎหมายหรือศาลแห่งรัฐได้อย่างเป็นระบบ การพัฒนาการบริหารงานยุติธรรมอิสลามให้เกิดประสิทธิภาพและอำนวยความยุติธรรมแก่ผู้ที่ต้องอยู่ภายใต้หลักการศาสนาอิสลามแม้หลักการดังกล่าวจะมิใช่กฎหมายแห่งรัฐก็ตามจึงเป็นไปโดยความยากลำบาก ซึ่งการสร้างรูปแบบการใช้กฎหมายอิสลามอย่างเป็นระบบมีความเป็นเอกภาพขึ้นในประเทศไทยนั้นนอกจากจะเป็นการดำเนินการโดยองค์กรที่ใช้อำนาจตุลาการของรัฐแล้ว ยังอาจถูกสร้างขึ้นจากองค์กรอื่นที่มีความเกี่ยวพันกับกลุ่มชนมุสลิมโดยตรงที่มีความใกล้ชิดกับระบบการใช้กฎหมายอิสลามกับกลุ่มชนมากกว่าองค์กรตุลาการของรัฐ ดั่งเช่นในต่างประเทศที่ได้มีการจัดตั้งระบบการใช้กฎหมายอิสลามโดยองค์กรทางศาสนาอิสลามที่มิใช่องค์กรของรัฐ ดังนั้นในประเทศไทยจึงควรมีการจัดสร้างระบบการใช้กฎหมายอิสลามผ่านช่องทางกฎหมายอนุญาโตตุลาการในรูปแบบสถาบัน (Institutional Arbitration) ซึ่งควรมีองค์ประกอบดังนี้

5.8.3.1 รูปแบบโครงสร้างองค์กร

การจัดตั้งองค์กรสถาบันอนุญาโตตุลาการที่นำกฎหมายอิสลามาใช้ในการชี้ขาดตัดสินข้อพิพาทควรมีรูปแบบโครงสร้างองค์กรที่ชัดเจน โดยควรมีสำนักงานที่ตั้งเป็นสำนักงานหลักเพื่อการบริหาร และมีโครงข่ายหรือศูนย์ที่ทำการย่อยตามจังหวัดหรือพื้นที่ที่มีมุสลิมอาศัยอยู่หนาแน่น ทั้งนี้ต้องมีบุคลากรในส่วนต่าง ๆ อันได้แก่ ส่วนบริหารสถาบัน ส่วนธุรการ ส่วนไกล่เกลี่ยข้อพิพาท ส่วนการอนุญาโตตุลาการและส่วนคณะกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิทางกฎหมายอิสลาม โดยการบริหารองค์กรควรมีคณะกรรมการสถาบันอนุญาโตตุลาการที่ประกอบด้วยผู้ทรงคุณวุฒิจากหลายภาคส่วนทั้งที่เป็นผู้เชี่ยวชาญในกฎหมายอิสลามและเชี่ยวชาญด้านกฎหมายทั่วไป ซึ่งคณะกรรมการจะเป็นผู้ทำหน้าที่กำกับดูแลการดำเนินงานของสถาบันให้อยู่ภายใต้ทั้งกฎหมายแห่งรัฐและบทบัญญัติตามหลักศาสนาอิสลาม และต้องมีการเชื่อมโยงการบริหารจากสถาบันส่วนกลางสู่ศูนย์ที่ทำการย่อยเพื่อให้มีระเบียบแบบแผนในการใช้กฎหมายอิสลามอย่างเป็นเอกภาพ ทั้งในด้านเนื้อหาแห่งกฎหมายอิสลามที่นำมาใช้ และกระบวนการระงับข้อพิพาททั้งที่เป็นการไกล่เกลี่ยประนีประนอมข้อพิพาท (Mediation) และกระบวนการอนุญาโตตุลาการ โดยที่สถาบันอนุญาโตตุลาการอิสลามนี้อาจอยู่ภายใต้องค์กรตามพระราชบัญญัติการบริหารองค์กรศาสนาอิสลาม พ.ศ.2540 หรือเป็นองค์กรที่จัดตั้งขึ้นใหม่เป็นเอกเทศทั้งโดยการจัดตั้งขึ้นโดยกฎหมายที่ต้องบัญญัติขึ้นใหม่ หรือออกเป็นระเบียบภายในตามกฎหมายเดิมที่มีอยู่

5.8.3.2 การเชื่อมโยงกับระบบศาล

แม้การระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการจะเป็นไปโดยความสมัครใจ หรือข้อตกลงของคู่กรณีที่จะให้มีการระงับข้อพิพาทของตนโดยบุคคลอื่นที่มิใช่ศาลแห่งรัฐ แต่เมื่อได้มีการทำข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการขึ้น เมื่อเกิดข้อพิพาทศาลแห่งรัฐก็สามารถเข้ามามีบทบาทในกระบวนการอนุญาโตตุลาการตั้งแต่ก่อนมีกระบวนการอนุญาโตตุลาการจนกระทั่งกระบวนการอนุญาโตตุลาการสิ้นสุดดังที่ได้กล่าวไว้แล้ว ในส่วนบทบาทศาลในการอนุญาโตตุลาการ ดังนั้นเมื่อได้มีการจัดตั้งองค์กรสถาบันอนุญาโตตุลาการที่นำกฎหมายอิสลามมาใช้ระงับข้อพิพาทแล้ว การนำข้อเด่น

---

[526] ดนวาหะ เส็นหวัง, *เรื่องเดิม.*; มะรอนิง สาแลมิง, *เรื่องเดิม.*; ฆอซาลี เบ็ญหมัด, *เรื่องเดิม.*

ของการที่กฎหมายเปิดโอกาสให้คู่กรณีสามารถให้ศาลที่มีเขตอำนาจเข้ามาสนับสนุนในกระบวนต่าง ๆ ของการอนุญาโตตุลาการได้ เป็นผลให้สถาบันที่จัดตั้งขึ้นมีเครื่องมือในการสร้างสภาพบังคับทางกฎหมาย ทั้งการเรียกบุคคลคู่กรณีเข้ามาในกระบวนการหากได้ทำสัญญาอนุญาโตตุลาการกันไว้ก่อน การเรียกพยานบุคคล เอกสารและวัตถุ การขอคุ้มครองชั่วคราว จนถึงการบังคับให้เป็นตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ การมีองค์กรสถาบันอนุญาโตตุลาการที่มีผู้มีความรู้ทั้งในกฎหมายทั่วไป กฎหมายว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการ และกฎหมายอิสลาม จะก่อให้เกิดระบบการใช้กฎหมายที่กลุ่มชนบางกลุ่มยึดถือให้มีประสิทธิภาพ แม้รัฐจะยอมรับให้เป็นกฎหมายของรัฐหรือไม่ก็ตาม ซึ่งเป็นการทำให้กฎหมายอิสลามเข้ามาเป็นส่วนหนึ่งในระบบกฎหมายของรัฐได้โดยไม่จำกัดพื้นที่

5.8.3.3 ข้อบังคับในกระบวนการอนุญาโตตุลาการ

การสร้างแบบแผนที่ชัดเจนในทางการใช้กฎหมายอิสลามที่จำเป็นประการหนึ่งที่ทำให้การอนุญาโตตุลาการรูปแบบสถาบันมีข้อได้เปรียบการอนุญาโตตุลาการแบบเฉพาะคดี (Ad-Hoc) คือการที่สถาบันอนุญาโตตุลาการต้องมีระเบียบข้อบังคับในกระบวนการระงับข้อพิพาท (Procedure Rules) ทั้งที่เป็นข้อบังคับกระบวนการไกล่เกลี่ยประนีประนอมข้อพิพาท และข้อบังคับในกระบวนการอนุญาโตตุลาการที่ชัดเจน ตลอดจนหลักการหรือคุณสมบัติของผู้ที่จะมาทำหน้าที่ทั้งเป็นผู้ไกล่เกลี่ยหรือเป็นอนุญาโตตุลาการผู้ชี้ขาดตัดสินคดี เนื่องจากทั้งสองกระบวนการนี้มีลักษณะกระบวนการที่แตกต่างกัน การมีข้อบังคับทั้งกระบวนการไกล่เกลี่ยประนีประนอมข้อพิพาท และข้อบังคับในกระบวนการอนุญาโตตุลาการที่เป็นลายลักษณ์อักษรอย่างชัดเจน สามารถนำไปใช้เป็นข้อบังคับเดียวกันได้ในศูนย์อนุญาโตตุลาการอิสลามย่อยแต่ละที่ ซึ่งจะเป็นการพัฒนาการใช้กฎหมายอิสลามให้เป็นไปในทิศทางเดียวกันอย่างมีแบบแผนและเป็นระบบ ตั้งแต่การเริ่มกระบวนการ การตั้งอนุญาโตตุลาการ วิธีพิจารณา พยานบุคคลและพยานวัตถุต่าง ๆ การทำคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ จนถึงคำแนะนำในกรณีที่ต้องมีการให้ศาลแห่งรัฐออกคำบังคับให้ ซึ่งการสร้างข้อบังคับของสถาบันอนุญาโตตุลาการเช่นนี้ก่อให้เกิดการเข้ามาตรวจสอบ ตรวจทานการใช้กฎหมายอิสลาม และเป็นการนำระบบการใช้กฎหมายอิสลามเข้าเป็นส่วนหนึ่งของกระบวนการใช้กฎหมายโดยรัฐได้

5.8.3.4 คุณสมบัติของผู้มาเป็นอนุญาโตตุลาการ ผู้ไกล่เกลี่ย และที่ปรึกษาในคดี

ตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 ได้บัญญัติคุ้มกันผู้เข้ามาทำหน้าที่อนุญาโตตุลาการในความรับผิดทางแพ่งที่ทำให้คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเสียหายจากการปฏิบัติตามหน้าที่ไว้เว้นแต่จะเป็นกระทำการโดยจงใจ หรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง และได้กำหนดโทษทางอาญาทั้งกับผู้เข้ามาเป็นอนุญาโตตุลาการและบุคคลภายนอกที่เข้ามาทำให้กระบวนการอนุญาโตตุลาการไม่เป็นไปโดยยุติธรรมในลักษณะการติดสินบนอนุญาโตตุลาการ[527] ทั้งนี้เนื่องจากอนุญาโตตุลาการเป็นบุคคลผู้เข้ามาใช้อำนาจในการชี้ขาดตัดสินข้อพิพาทอันมีลักษณะกึ่งตุลาการดังที่กล่าวไปก่อนแล้วนั้น ดังนี้การจัดตั้งสถาบันอนุญาโตตุลาการที่นำกฎหมายอิสลามาใช้ย่อมต้องมีข้อบังคับที่กำหนดคุณสมบัติของผู้ที่เข้ามาทำหน้าที่อนุญาโตตุลาการไว้อย่างชัดเจน ทั้งนี้อาจจะต้องกำหนดคุณสมบัติทั้งในด้านความรู้ในข้อกฎหมายอิสลามที่จะนำมาใช้ในการตัดสินชี้ขาด และรวมถึงการกำหนดข้อบังคับว่าด้วยจริยธรรมอนุญาโตตุลาการ โดยที่อาจให้คณะกรรมการสถาบันอาจจัดให้มีการทดสอบความรู้และพิจารณาจากประสบการณ์ในด้านการใช้กฎหมายอิสลามของบุคคลที่จะได้ถูก

---

[527] มาตรา 23 แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545

กำหนดรายชื่อไว้ให้ทำหน้าที่อนุญาโตตุลาการของสถาบันได้ ซึ่งอาจมีการกำหนดลักษณะข้อบังคับไว้ทั้งในรูปแบบที่อนุญาโตตุลาการไม่อาจทำหน้าที่เป็นผู้ไกล่เกลี่ยในข้อพิพาทได้เป็นแต่ผู้ตัดสินชี้ขาดคดีเท่านั้น หรืออาจมีกระบวนการไกล่เกลี่ยและชี้ขาดที่เป็นกระบวนการต่อเนื่อง (Mediation-Arbitration) ทั้งนี้แล้วแต่ความเหมาะสมที่จะนำแนวทางกระบวนการระงับข้อพิพาทไปปรับใช้

ในขณะที่เมื่อมีกระบวนการไกล่เกลี่ยประนีประนอมข้อพิพาทที่แยกออกอย่างเป็นอิสระจากกระบวนการอนุญาโตตุลาการ ดังนั้นจึงต้องมีการกำหนดคุณสมบัติและข้อบังคับในด้านจริยธรรมของผู้ไกล่เกลี่ยคดีเช่นกัน โดยที่ต้องมีการสร้างกลไกทั้งการไกล่เกลี่ย และการอนุญาโตตุลาการที่สถาบันให้บริการมีความเชื่อมประสานสอดคล้องกัน

นอกจากการกำหนดคุณสมบัติและจริยธรรมของบุคคลที่จะเข้ามาทำหน้าที่อนุญาโตตุลาการและผู้ไกล่เกลี่ยแล้ว ยังคงต้องมีที่ปรึกษาในคดีที่อาจเป็นเจ้าหน้าที่ของสถาบันหรือจากบุคคลภายนอกที่ได้รับการทดสอบให้ผ่านคุณสมบัติการเป็นที่ปรึกษาในคดีครอบครัวและมรดกอิสลามศาสนิกได้ เพื่อให้บริการแก่บุคคลที่ต้องมีข้อเรียกร้องหรือเข้าสู่กระบวนการใช้กฎหมายอิสลามในสถาบันอนุญาโตตุลาการนี้อย่างมีประสิทธิภาพตลอดจนเพื่อคุ้มกันสิทธิของคู่กรณีในแนวทางการดำเนินกระบวนการระงับข้อพิพาทของตนโดยใช้กฎหมายอิสลาม

บทที่ 6

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

6.1 บทสรุป

จากแนวคิดว่าด้วยพหุนิยมทางกฎหมายแห่งรัฐ (Juristic Legal Pluralism/State Law Pluralism) ที่นิยามลักษณะการใช้กฎหมายรูปแบบนี้ว่าเกิดขึ้นจาก กฎหมายแห่งรัฐถูกสร้างขึ้นจากชุดบรรทัดฐานหลายชุดที่แตกต่างกัน โดยมีบรรทัดฐานอื่นที่มีการพัฒนาภายนอกบริบทกฎหมายแห่งรัฐ และกฎหมายแห่งรัฐยอมรับหรือรับเข้ามาเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายแห่งรัฐเพื่อใช้บังคับกับบุคคล พื้นที่ หรือ ข้อเท็จจริงใดเฉพาะอย่างเป็นพิเศษ เช่นการที่รัฐยอมรับให้ใช้กฎหมายศาสนาในเรื่องสภาพบุคคล ครอบครัว สมรส หรือมรดกกับบุคคลผู้นับถือศาสนานั้นๆ หรือการที่รัฐยอมรับให้ใช้กฎหมายพื้นเมือง (Indigenous Law) กับคนชนเผ่าพื้นเมืองซึ่งแตกต่างจากคนทั่วไป ซึ่งโดยลักษณะของพหุนิยมทางกฎหมายในรูปแบบนี้จะพบว่ามีลักษณะกฎหมายเป็นสองระดับ คือ “กฎหมายหลัก (Dominant)” และ“กฎหมายรอง (Servant)” ที่กฎหมายหลักได้แก่กฎหมายแห่งรัฐที่ใช้กับพลเมืองทั่วไป และกฎหมายรองในที่นี้คือ “กฎหมายอิสลาม” ที่นำมาใช้กับมุสลิมเท่านั้น อย่างไรก็ตามบทบัญญัติที่ให้นำกฎหมายอิสลามมาใช้นั้นมิใช่เป็นกฎหมายอิสลามแต่เป็นกฎหมายแห่งรัฐ ซึ่งเป็นตัวกฎหมายที่สร้างระบบพหุนิยมทางกฎหมายนี้ขึ้น ดังนั้นเมื่อพิจารณาประกอบกับตัวกฎหมายอื่นที่มีส่วนเกี่ยวพันกับระบบการใช้กฎหมายอิสลามในแต่ละประเทศแล้วจึงมีโครงสร้างของระบบการใช้กฎหมายอิสลามที่แตกต่างกันกล่าวคือ

สิงคโปร์ได้รับรูปแบบระบบการใช้กฎหมายแบบ Common Law มาจากอังกฤษ ทั้งนี้ในปัจจุบันสิงคโปร์ยังคงรับเอาระบบกฎหมายอังกฤษมาใช้ในการพิจารณาคดีในศาลของตนตาม The Application of English Law Act 1993 ในขณะที่ในเรื่องความสัมพันธ์เกี่ยวกับครอบครัว ตั้งแต่การสมรส การหย่า ความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลต่างๆที่เกิดขึ้นจากการสมรสและการสมรสสิ้นสุด เรื่องทรัพย์สินและอำนาจการปกครองบุตร ตลอดจนการนำคดีขึ้นสู่กระบวนการพิจารณาของศาล จะปรากฏอยู่ในกฎหมายหลักที่ใช้อยู่คือ The Women’s Charter ทั้งนี้พลเมืองอื่นของสิงคโปร์ยกเว้นมุสลิมต่างต้องตกอยู่ภายใต้บทบัญญัติของกฎหมายฉบับนี้ แต่อย่างไรก็ตามสำหรับมุสลิมในประเทศสิงคโปร์กลับได้มีการบัญญัติเป็นกรณีพิเศษ ที่การสมรส การหย่า และทรัพย์สินที่เกี่ยวกับการสมรสและการหย่าไม่จำต้องนำบทกฎหมายใน The Women’s Charter มาปรับใช้ แต่ให้นำ กฎหมายอิสลามมาปรับใช้แทน รัฐได้ออกกฎหมายให้มีทั้งองค์กรที่นำกฎหมายอิสลามมาใช้ ลักษณะการใช้กฎหมาย และระบบการจัดการองค์ต่างๆที่เกี่ยวเนื่องกับการใช้กฎหมายอิสลามดังกล่าวโดยออกรัฐบัญญัติการบริหารกฎหมายมุสลิม ค.ศ.1966 ซึ่งจะเห็นว่ากฎหมายฉบับนี้มิได้มีความมุ่งหวังจะบัญญัติเนื้อหาหลักศาสนาอิสลามมาไว้ในตัวกฎหมายฉบับนี้ โดยมิได้ให้คำนิยาม “กฎหมายมุสลิม”ไว้และมิได้มีการบัญญัติในส่วนกฎหมายอิสลามที่มีลักษณะสารบัญญัติโดยทำเป็นประมวลกฎหมายไว้อย่างชัดเจนแต่อย่างใด เพียงแต่บัญญัติให้ใช้กฎหมายอิสลามในส่วนการสมรส การหย่า ตามจารีตประเพณี

ของชาวมาเลย์ ซึ่งชาวมุสลิมในสิงคโปร์ส่วนใหญ่เป็นมุสลิมซุนนีย์ ที่ยึดถือแนวทางตามสำนักคิดซาฟีอีย์ ดังนั้นจึงมีความเชื่อโดยส่วนใหญ่ว่า รัฐบัญญัติการบริหารกฎหมายมุสลิมฯ มุ่งให้นำหลักการของสำนักคิดซาฟีอีย์มาใช้ ในขณะที่หากหลักการของสำนักคิดซาฟีอีย์หากขัดต่อกฎหมายทั่วไปแห่งรัฐตามที่บัญญัติไว้ตามรัฐธรรมนูญ ก็เป็นการเปิดช่องให้ศาลชารีอะห์หรือสถาบันทางศาสนาอิสลามที่ตั้งขึ้น สามารถนำหลักการของสำนักคิดอื่นมาปรับใช้ได้

การที่รัฐบัญญัติการบริหารกฎหมายมุสลิม ค.ศ.1966 เป็นตัวกฎหมายที่กำหนดระบบกฎเกณฑ์ความสัมพันธ์ทางครอบครัวอีกระบบหนึ่งขึ้นเพื่อยกเว้นการนำกฎหมายทั่วไปมาใช้กับมุสลิมในสิงคโปร์ จึงเป็นการสร้างระบบกฎเกณฑ์ทางครอบครัวขึ้นสองระบบในสิงคโปร์ โดยเป็นผลให้เกิดเป็นหลักการสภาพบังคับทางกฎหมายต่อมุสลิมในสิงคโปร์ดังนี้

1. ขอบเขตทางอาณาเขตแห่งสภาพการบังคับใช้ มีการบังคับใช้กฎหมายอิสลามที่กำหนดกับมุสลิมทุกคนในสิงคโปร์ โดยที่มิได้เป็นไปโดยความสมัครใจ หากแต่เมื่อบุคคลเป็นผู้นับถือศาสนาอิสลามในประเทศสิงคโปร์ต้องอยู่ภายใต้บทบัญญัติกฎหมายอิสลามในเรื่องที่ให้นำกฎหมายอิสลามมาใช้

2. ขอบเขตทางเนื้อหาแห่งคดีที่นำกฎหมายอิสลามมาใช้ พลเมืองมุสลิมทุกคนในสิงคโปร์ต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขการสมรสและการหย่าตามหลักศาสนาอิสลาม ตลอดจนมรดกของมุสลิมทุกคนต้องเป็นไปตามบทบัญญัติของหลักศาสนาอิสลาม ทั้งที่เป็นมรดกไม่มีพินัยกรรมและมีการทำพินัยกรรมไว้

3. สถานะทางกฎหมายของการสมรสตามหลักศาสนาอิสลาม พลเมืองมุสลิมทุกคนหากสมรสกัน (มุสลิมทั้งสองฝ่าย) หน่วยงานที่จดทะเบียนให้ได้คือ หน่วยงานรับจดทะเบียนที่จัดตั้งขึ้นตามรัฐบัญญัติการบริหารกฎหมายมุสลิม ค.ศ.1966 เท่านั้น ไม่อาจทำการสมรสหรือจดทะเบียนตามกฎหมาย The Women’s Charter ได้ ซึ่งแม้กฎหมายในเรื่องจดทะเบียนสมรสในสิงคโปร์ ทั้งใน The Women’s Charter และรัฐบัญญัติการบริหารกฎหมายมุสลิมฯ มิได้ถือว่าการสมรสจะมีผลสมบูรณ์หรือเสียไปเกิดจากการจดทะเบียนดั่งเช่นในประเทศไทย แต่กฎหมายบังคับให้ต้องนำการสมรสมาจดทะเบียนหากไม่ทำจะมีโทษปรับ ทั้งนี้การสมรสที่มีขึ้นแต่มิได้จดทะเบียนยังคงสามารถพิสูจน์ถึงการสมรสที่มีขึ้นนั้นได้ การสมรสตามหลักศาสนาอิสลามมีสถานะและผลทางกฎหมายเช่นเดียวกับการสมรสตาม The Women’s Charter

4. ระบบศาลหรือองค์กรที่ใช้กฎหมายอิสลาม การหย่าที่เกิดจากการสมรสตามหลักศาสนาอิสลาม ต้องกระทำโดยกระบวนการขององค์กรที่จัดตั้งขึ้น ตามรัฐบัญญัติการบริหารกฎหมายมุสลิม ค.ศ.1966 เท่านั้น คือศาลชารีอะห์ (Syariah Court) และอาจอุทธรณ์ไปยังคณะกรรมาธิการพิจารณาอุทธรณ์ (Appeal Board) ซึ่งตั้งขึ้นโดยสภาศาสนาอิสลาม แต่ในกรณีที่ต้องใช้สิทธิทางศาลในเรื่องมรดกของมุสลิมหรือเป็นคดีมรดกของมุสลิม ศาลชารีอะห์ (Syariah Court) ไม่มีอำนาจในการพิจารณาคดีแต่อย่างใดต้องนำคดีเข้าสู่กระบวนการทางศาลทั่วไปแห่งรัฐ โดยศาลชารีอะห์ (Syariah Court) หรือองค์กรที่จัดตั้งขึ้นตามรัฐบัญญัติการบริหารกฎหมายมุสลิม ค.ศ.1966 มีหน้าที่เพียงทำหนังสือรับรองหรือทำหนังสือออกความเห็นทางกฎหมายอิสลามให้แก่ผู้มีส่วนเกี่ยวข้องในคดีเท่านั้น

ในขณะที่เมื่อศึกษาโครงสร้างระบบการใช้กฎหมายอิสลามของศรีลังกาแล้วพบว่าแม้มีรากฐานระบบมาเช่นเดียวกับสิงคโปร์แต่กลับมีลักษณะทางโครงสร้างที่ใช้อยู่ในปัจจุบันที่แตกต่างกับทางสิงคโปร์ ในหลายประการคือ ศรีลังกามีระบบกฎหมายตามสถานะบุคคลที่กฎหมายอิสลามมิใช่เป็นกฎหมายของชนพื้นถิ่นเพียงลักษณะเดียว แต่มีการยอมรับกฎหมายของชนพื้นถิ่นอีกอีกสองระบบ

คือกฎหมายสำหรับชาวสิงหลและทมิฬ และจนถึงปัจจุบันนี้ ระบบกฎหมายเกี่ยวกับครอบครัว ที่กล่าวถึง สถานะของบุคคลที่เกิดจากการสมรส และการหย่า จึงมีใช้อยู่หลากหลายกว่าสิงคโปร์ คือ มี Marriage (General) Registration Ordinance, The Maintenance Act, 1999 และ Civil Procedure Code, 1889, ซึ่งอาจถือว่าเป็นกฎหมายทั่วไปที่ใช้กับสถานะสมรสของบุคคลที่ไม่อยู่ในชนพื้นถิ่นใด โดยที่มี The Kandyan Marriage and Divorce Act, 1952 นำมาใช้กับชนชาวสิงหลในประเทศ ในขณะที่มุสลิมนำรัฐบัญญัติการสมรสและการหย่าของมุสลิม ค.ศ.1951 มาใช้ โดยที่มุสลิมในศรีลังกาอยู่ภายใต้กฎหมายสถานะบุคคลบังคับดังนี้

1. ขอบเขตทางอาณาเขตแห่งสภาพการบังคับใช้ มีการบังคับใช้กฎหมายอิสลามที่กำหนดกับพลเมืองมุสลิมทุกคนในศรีลังกา โดยมิได้มีการจำกัดอาณาเขต

2. ขอบเขตทางเนื้อหาแห่งคดีที่นำกฎหมายอิสลามมาใช้ มุสลิมในศรีลังกาต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขการสมรสและการหย่าตามหลักศาสนาอิสลาม แต่ในส่วนของมรดกนั้นให้นำหลักศาสนาอิสลามมาใช้กับมรดกของมุสลิมเฉพาะที่เป็นมรดกที่ไม่มีพินัยกรรมเท่านั้น ผู้นับถือศาสนาอิสลามในศรีลังกายังคงทำพินัยกรรมของตนได้อย่างเสรี ทั้งนี้นอกจากการนำกฎหมายอิสลามมาใช้ในเรื่องมรดกที่ไม่มีพินัยกรรมกับมุสลิมที่อาศัยในศรีลังกาเมื่อถึงแก่ความตายแล้ว ยังนำกฎหมายอิสลามในเรื่องมรดกที่ไม่มีพินัยกรรมมาใช้กับมุสลิมไม่ว่าจะอาศัยอยู่ที่ใดก็ตาม แต่มีทรัพย์สินอยู่ในประเทศศรีลังกาอีกด้วย

1) สถานะทางกฎหมายของการสมรสตามหลักศาสนาอิสลาม พลเมืองมุสลิมทุกคนหากสมรสกัน (มุสลิมทั้งสองฝ่าย) บุคคลที่ได้รับการแต่งตั้งตามรัฐบัญญัติการสมรสและการหย่าของมุสลิมฯจะมีหน้าที่ในการรับจดทะเบียน การสมรสตามหลักศาสนาอิสลามมีสถานะทางกฎหมายเช่นเดียวกับการสมรสตามระบบกฎหมายการสมรสและการหย่าอื่น แต่เมื่อมีการสมรสตามหลักศาสนอิสลามแล้วการหย่าจะกระทำได้แต่โดยกอฎี ที่ได้รับการแต่งตั้งขึ้นเท่านั้นซึ่งมีลักษณะเดียวกับสิงคโปร์ที่องค์กรที่มีอำนาจในการกำหนดสถานะทางการสมรสและการหย่าของมุสลิมจะมีองค์กรที่ถูกจัดตั้งขึ้นอย่างเป็นทางการต่างหากอีกส่วนหนึ่ง

2) ระบบศาลหรือองค์กรที่ใช้กฎหมายอิสลาม การหย่าที่เกิดจากการสมรสตามหลักศาสนาอิสลามไม่ว่าจะได้จดทะเบียนไว้หรือไม่ ต้องกระทำโดยกระบวนการขององค์กรที่จัดตั้งขึ้นตามรัฐบัญญัติการสมรสและการหย่าของมุสลิม ซึ่งในที่นี้คือ “กอฎี” และอาจอุทธรณ์คำตัดสินไปยังคณะกรรมการกอฎี และอุทธรณ์คำตัดสินต่อไปยังศาลอุทธรณ์ได้เมื่อศาลอนุญาตให้อุทธรณ์ แต่ในคดีเกี่ยวมรดกไม่มีพินัยกรรมของมุสลิมจะเข้าสู่กระบวนการทางศาลแพ่งทั่วไปซึ่งผู้พิพากษาในคดีเป็นผู้พิพากษาทั่วไปประจำศาลแห่งรัฐที่ไม่จำต้องเป็นมุสลิม แต่อย่างไรก็ตามศรีลังกายังคงมิได้ให้อำนาจตุลาการอย่างเต็มที่แก่ระบบกอฎีของตน เป็นแต่เพียงองค์กรที่ทำคำตัดสินชี้ขาดเท่านั้นไม่อาจออกคำบังคับได้เอง ผู้มีส่วนเกี่ยวข้องยังคงต้องนำคำตัดสินของกอฎีพร้อมคำรับรองไปยื่นต่อศาลแห่งรัฐเพื่อให้ออกคำบังคับให้ในกรณีที่อีกฝ่ายไม่ปฏิบัติตามคำตัดสินของกอฎีในเรื่องทรัพยสินที่ต้องชำระ และที่สำคัญอีกประการหนึ่งนั้นคือ ศาลแห่งรัฐคือศาลอุทธรณ์ (Court of Appeal) ยังคงมีอำนาจเข้ามาพิจารณาคำตัดสินอุทธรณ์ได้ในกรณีที่มีการขออนุญาตอุทธรณ์ต่อศาล อันเป็นระบบที่ยังเปิดให้องค์กรศาลแห่งรัฐเข้ามาใช้กฎหมายอิสลามหรือตรวจทานระบบการใช้กฎหมายอิสลามได้ และโดยที่การใช้กฎหมายอิสลามในศรีลังกาก็เปิดให้นำกฎหมายอิสลามตามนิกาย (Sect) ของมุสลิมมาใช้ได้ แม้จะยังเป็นประเด็นถกเถียงว่าผู้ใดจะเป็นผู้ชี้ขาดถึงความถูกต้องของกฎหมายอิสลามที่นำมาใช้ในศรีลังกาก็ตาม

ในฟิลิปปินส์การให้ใช้กฎหมายอิสลามต่อชนชาวมุสลิมโดยการออกกฎหมายบังคับ มีขึ้นในปี พ.ศ. 2520 โดยกฤษฎีกาประธานาธิบดีที่ 1083 ที่ได้ชื่อว่าเป็นประมวลกฎหมายสถานะบุคคลมุสลิมของฟิลิปปินส์ ที่มีความแตกต่างอย่างชัดเจนกับระบบการให้ใช้กฎหมายอิสลามทั้งในสิงคโปร์และศรีลังกา เนื่องจากก่อนหน้าการออกกฤษฎีกาประธานาธิบดีที่ 1083 ฟิลิปปินส์ได้มีการประกาศใช้ประมวลกฎหมายแพ่งฟิลิปปินส์ (Civil Code of the Philippines) ที่บังคับใช้กับประชาชนทั้งประเทศ แม้จะมีข้อยกเว้นระหว่างที่กฎหมายเริ่มออกประกาศใช้ ให้การสมรสที่ได้ทำขึ้นตามหลักศาสนาอิสลามยังคงมีผลและทำได้อยู่ต่อไป แต่ก็เป็นบทยกเว้นที่มีการจำกัดช่วงเวลาภายใน 20 ปีที่กฎหมายนี้เริ่มออกใช้บังคับเท่านั้น และหากเมื่อเวลานี้สิ้นสุดลงจะต้องนำประมวลกฎหมายแพ่งแห่งฟิลิปปินส์นี้มาบังคับใช้กับพลเมืองทุกคนของฟิลิปปินส์ แต่เมื่อความขัดแย้งได้อุบัติขึ้นเกิดเป็นสงครามกลางเมืองในดินแดนทางตอนใต้จนได้มีการทำสนธิสัญญาเพื่อยุติความรุนแรงดังกล่าว และรัฐได้ออกกฎหมายให้นำกฎหมายอิสลามเข้ามาเป็นส่วนหนึ่งของระบบกฎหมายของฟิลิปปินส์ เพื่อประสานกลุ่มชนมุสลิมในพื้นที่ทางตอนใต้ที่มีความแตกต่างจากพลเมืองในทางหมู่เกาะตอนเหนือที่กุมอำนาจในรัฐบาลให้ได้ใช้กฎหมายอิสลามตามข้อเรียกร้อง และตามที่ได้มีข้อตกลงในสนธิสัญญาสงบศึกทำขึ้น ณ กรุงทริโปลี ประเทศลิเบีย กฤษฎีกาประธานาธิบดีที่ 1083 หรือที่เรียกว่าประมวลกฎหมายสถานะบุคคลมุสลิมในฟิลิปปินส์ จึงมิใช่แต่เพียงเป็นกฎหมายที่ชี้ให้นำหลักการทางศาสนาอิสลามมาใช้กับมุสลิมทั้งหมดในรัฐเท่านั้น แต่ยังได้บัญญัติเนื้อหาของหลักการศาสนาอิสลามออกมาเป็นประมวลกฎหมาย ทั้งนี้แม้จะมีความพยายามทำประมวลกฎหมายให้ครอบคลุมเนื้อหากฎหมายอิสลามที่จะนำมาใช้ แต่ก็ยังคงมีช่องว่างอยู่ ในกฤษฎีกาประธานาธิบดีที่ 1083 ก็ยังได้มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการอุดช่องว่างการใช้กฎหมายอิสลามไว้ด้วย

และเมื่อมีการสร้างระบบกฎหมายขึ้น 2 ระบบ คือ ประมวลกฎหมายแพ่งแห่งฟิลิปปินส์ (Civil Code of the Philippines) ที่พลเมืองทั่วไปใช้ และ ประมวลกฎหมายสถานะบุคคลมุสลิมของฟิลิปปินส์เพื่อใช้กับมุสลิมทั้งหมดของรัฐ เนื่องมาจากการออกกฎหมายมีประเด็นมาจากเหตุผลทางการเมือง ดังนั้นการออกกฎหมายที่ให้ชนมุสลิมเข้ามามีความรู้สึกว่าเป็นส่วนหนึ่งของรัฐ โดยการที่รัฐยอมรับหลักการทางศาสนาเข้ามาเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายจึงเป็นรูปแบบการนำนโยบายทางการเมืองมาสร้างเครื่องมือทางกฎหมาย เพื่อลดความขัดแย้งอันเนื่องมาจากการใช้ประมวลกฎหมายแพ่งแห่งฟิลิปปินส์นั้นไม่เป็นที่ยอมรับของชนชาวมุสลิม จากที่เนื้อหาของกฎหมายโดยส่วนใหญ่ยังคงมีลักษณะทางวัฒนธรรมตะวันตกหรือหลักศาสนาอื่น ทั้งนี้โครงสร้างระบบการใช้กฎหมายอิสลามก็มีหลักบังคับเช่นเดียวกับในสิงคโปร์และศรีลังกากล่าวคือ

1. ขอบเขตทางอาณาเขตแห่งสภาพการบังคับใช้ มุสลิมทุกคนในฟิลิปปินส์ต้องอยู่ภายใต้ประมวลกฎหมายสถานะบุคคลมุสลิมแห่งฟิลิปปินส์ ซึ่งเป็นบทบังคับมิใช่ให้ใช้ตามความสมัครใจ ทั้งนี้แม้ในกฤษฎีกาประธานาธิบดีที่ 1083 จะได้บัญญัติให้มีศาลชารีอะห์ในหมู่เกาะมินดาเนาเท่านั้น ซึ่งเป็นพื้นที่ทางตอนใต้ของฟิลิปปินส์ แต่มุสลิมในประเทศฟิลิปปินส์แม้อาศัยอยู่ในพื้นที่อื่นที่มิได้มีศาลชารีอะห์ตั้งอยู่ก็สามารถนำคดีหรือข้อพิพาทของตนเข้าสู่ศาลชารีอะห์ที่ตั้งขึ้นได้

2. ขอบเขตทางเนื้อหาแห่งคดีที่นำกฎหมายอิสลามมาใช้ มีการบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายสถานะบุคคลมุสลิมแห่งฟิลิปปินส์ในเนื้อหาแห่งคดีที่ต้องนำกฎหมายอิสลามมาปรับใช้อันได้แก่เรื่องสถานะบุคคล ความสามารถของบุคคล การสมรส ทรัพย์สินระหว่างสามีภรรยา การหย่าและความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดาและบุตร อำนาจดูแลปกครองบุตรผู้เยาว์ ตลอดจนในเรื่องมรดกทั้งหมดและในเรื่องอื่นตามที่กำหนดไว้ในกฤษฎีกาประธานาธิบดีที่ 1083

3. สถานะทางกฎหมายของการสมรสตามหลักศาสนาอิสลามและหน่วยงานรับจดทะเบียน พลเมืองมุสลิมทุกคนหากสมรสกัน (มุสลิมทั้งสองฝ่าย) หน่วยงานที่จดทะเบียนให้ได้คือหน่วยงานรับจดทะเบียนตามกฤษฎีกาประธานาธิบดีที่ 1083 เท่านั้นการสมรสตามหลักศาสนาอิสลามมีสถานะทางกฎหมายเช่นเดียวกับการสมรสตามระบบกฎหมายการสมรสและการหย่า ในประมวลกฎหมายแพ่งแห่งฟิลิปปินส์

4. ระบบศาลหรือองค์กรที่ใช้กฎหมายอิสลาม ศาลชารีอะห์ที่จัดตั้งขึ้นตามกฤษฎีกาประธานาธิบดีที่ 1083 เป็นศาลแห่งรัฐอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของสำนักงานศาลฎีกา มีอำนาจพิจารณาคดีที่ต้องใช้กฎหมายอิสลามตามที่บัญญัติในกฤษฎีกาประธานาธิบดีที่ 1083 แต่สามารถอุทธรณ์คำตัดสินไปยังศาลสูงของรัฐได้ โดยที่การให้ใช้กฎหมายอิสลามในฟิลิปปินส์มีความแตกต่างจากการให้ใช้กฎหมายอิสลามของสิงคโปร์และศรีลังกา ซึ่งฟิลิปปินส์ได้บัญญัติให้นำกฎหมายอิสลามมาใช้โดยมีขอบเขตอย่างกว้างกว่าทั้งศรีลังกาและสิงคโปร์อยู่มาก กล่าวคือฟิลิปปินส์ให้นำกฎหมายอิสลามมาใช้ที่ครอบคลุมทั้งเรื่องสถานะบุคคล ความสามารถของบุคคล การสมรส ทรัพย์สินระหว่างสามีภรรยา การหย่า และความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดาและบุตร อำนาจดูแลปกครองบุตรผู้เยาว์ตลอดจนในเรื่องมรดกทั้งหมดอีกด้วย ที่ในกฎหมายของทั้งสิงคโปร์และศรีลังกา ไม่ได้ให้นำกฎหมายอิสลามมาใช้ในเรื่องอำนาจดูแลปกครองบุตรผู้เยาว์แต่อย่างใด อาจกล่าวได้ว่ามุสลิมในฟิลิปปินส์ได้ถูกนำกฎหมายอิสลามมาใช้ในทางแพ่งที่เกี่ยวกับสถานะบุคคลที่เกี่ยวกับครอบครัวเกือบทั้งหมดแทนประมวลกฎหมายแพ่งแห่งฟิลิปปินส์

จะเห็นได้ว่ากฤษฎีกาประธานาธิบดีที่ 1083 เป็นกฎหมายที่มีเนื้อหาครอบคลุมทั้ง กฎหมายสารบัญญัติ กฎหมายมหาชนที่ตั้งองค์กรจดทะเบียน กฎหมายจัดตั้งศาลแห่งรัฐ ซึ่งในกฤษฎีกาประธานาธิบดีที่ 1083 ได้ให้อำนาจในการกำกับดูแลศาลชารีอะห์ที่ตั้งขึ้นอยู่ภายใต้สำนักงานศาลฎีกา ซึ่งเป็นศาลสูงสุดของประเทศที่ดูแลระบบการศาล (Judicial System) ของรัฐทั้งหมด การแต่งตั้ง การกำหนดคุณสมบัติ การสอบคัดเลือกและการพัฒนาบุคลากรในระบบศาลชารีอะห์ที่ถูกตั้งขึ้น ต่างอยู่ในการควบคุมดูแลโดยสำนักงานศาลฎีกาทั้งสิ้น โดยที่รัฐถือว่าระบบศาลชารีอะห์เข้ามาเป็นส่วนหนึ่งของระบบตุลาการของรัฐอย่างเต็มรูปแบบ และคำพิพากษาของศาลชารีอะห์ก็อยู่ในการตรวจสอบตรวจทานโดยศาลฎีกาได้เช่นเดียวกับคำพิพากษาจากศาลแห่งรัฐอื่นๆ ทั้งสถานะและคุณสมบัติของผู้พิพากษาในศาลชารีอะห์เขต (Shari'a District Court) มีสถานะเช่นเดียวกับผู้พิพากษาในศาลแพ่งของรัฐ อันเป็นการสร้างระบบศาลเฉพาะขึ้นเพื่อมาเป็นองค์กรที่ใช้กฎหมายอิสลามในฟิลิปปินส์ โดยที่คดีที่ต้องใช้กฎหมายอิสลามต้องถูกนำเข้าสู่ศาลชารีอะห์เท่านั้น ซึ่งแตกต่างจากศรีลังกาและสิงคโปร์ที่ในคดีมรดกของมุสลิมศาลที่มีเขตอำนาจพิจารณายังคงเป็นศาลแพ่งทั่วไปแห่งรัฐ

ในขณะทีประเทศไทยมีรูปแบบการให้ใช้กฎหมายอิสลามโดยมีพระราชบัญญัติว่าด้วยการใช้กฎหมายอิสลามในเขตจังหวัดปัตตานี นราธิวาส ยะลา และสตูล พ.ศ. 2489 เป็นกฎหมายที่กล่าวถึงการให้ใช้กฎหมายอิสลามที่มีการกำหนดพื้นที่เฉพาะ โดยมิได้มีอาณาเขตทางการใช้กฎหมายครอบคลุมทั้งรัฐดั่งเช่นการใช้กฎหมายอิสลามทั้งใน ฟิลิปปินส์ ศรีลังกา และสิงคโปร์แต่อย่างใด ซึ่งทั้งนี้มีการยอมรับให้นำกฎหมายอิสลามมาใช้กับชนชาวมุสลิมแต่เฉพาะในศาลชั้นต้นในพื้นที่ 4 จังหวัดทางภาคใต้คือ ปัตตานี นราธิวาส ยะลา และสตูล เท่านั้น โดยที่ให้นำกฎหมายอิสลามมาใช้แทนประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในส่วนของครอบครัวและมรดก ซึ่งอยู่ใน บรรพ 5 และ 6 แต่อย่างไรก็ตามหากตีความตามถ้อยอักษรอย่างเคร่งครัดแล้ว โครงสร้างทางการใช้กฎหมายอิสลามใน

ประเทศไทยกลับพบรูปแบบการใช้กฎหมายอิสลามที่ค่อนข้างไม่ชัดเจนและย้อนแยงในตัวเอง กล่าวคือมิได้กล่าวถึงลักษณะให้มีการใช้กฎหมายอิสลามโดยองค์กรอื่นนอกจากศาลชั้นต้นในพื้นที่ 4 จังหวัดดังกล่าวแต่อย่างใด ยังผลให้เกิดเป็นสภาพปัญหาในการใช้กฎหมายอิสลามขึ้น โดยที่มีรูปแบบทางโครงสร้างของระบบกฎหมายเมื่อยึดตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการใช้กฎหมายอิสลามในเขตจังหวัดปัตตานี นราธิวาส ยะลา และสตูล พ.ศ.2489 และกฎหมายอื่นประกอบได้เป็นดังนี้

1. ขอบเขตทางอาณาเขตแห่งสภาพการบังคับใช้ มิได้บังคับให้ใช้กฎหมายอิสลามกับมุสลิมทั่วทั้งอาณาเขตแห่งรัฐ แต่ให้ใช้กฎหมายอิสลามกับคดีแพ่งเกี่ยวด้วยเรื่องครอบครัวและมรดกที่ขึ้นสู่ศาลชั้นต้นในพื้นที่ 4 จังหวัดภาคใต้ที่คู่ความหรือผู้ยื่นคำร้องเป็นมุสลิมเท่านั้น

2. ขอบเขตทางเนื้อหาแห่งคดีที่นำกฎหมายอิสลามมาใช้ มีการกำหนดให้นำกฎหมายอิสลามมาใช้ใน “คดีแพ่งเกี่ยวด้วยเรื่องครอบครัวและมรดก” ไม่มีนิยามหรือขอบเขตความหมายของ “คดีแพ่งเกี่ยวด้วยเรื่องครอบครัวและมรดก” การจะนำกฎหมายอิสลามมาใช้ในศาล จึงต้องเป็นศาลที่เป็นผู้ตีความเลือกใช้กฎหมายตามคำฟ้องหรือคำร้องที่ยื่นมายังศาล ซึ่งศาลจะนำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ใน บรรพ 5 ครอบครัวและ บรรพ 6 มรดก มากำหนดหลักการในการเลือกใช้กฎหมาย กล่าวคือประเด็นใดจะนำกฎหมายอิสลามมาปรับใช้ได้ ต้องเป็นประเด็นที่จะนำบทบัญญัติใน บรรพ 5 และบรรพ 6 มาปรับใช้กับคดี แล้วจึงนำกฎหมายอิสลามมาปรับใช้แทนประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 และ 6 เท่านั้น อันเป็นการสร้างขอบเขตของการเลือกใช้กฎหมายอิสลามของศาลขึ้นแทนความหมายของคำว่า “คดีแพ่งเกี่ยวด้วยเรื่องครอบครัวและมรดกอิสลามศาสนิก” ทั้งนี้อาจตีความได้ว่าขอบเขตทางเนื้อหาการใช้กฎหมายอิสลามของประเทศไทยกว้างกว่าทั้งสิงคโปร์และศรีลังกา เนื่องจากนำกฎหมายอิสลามมาปรับใช้แทนบรรพ 5 และบรรพ 6 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ทั้งหมด ซึ่งในบรรพ 5 นั้นนอกจากจะกล่าวถึงการสมรสและการหย่าแล้วยังมีเนื้อหารวมถึง การอุปการะเลี้ยงดู อำนาจปกครองบุตร สิทธิหน้าที่บิดามารดาและบุตร และในบรรพที่ 6 คือเรื่องเกี่ยวกับมรดกทั้งหมด แต่ทั้งนี้ไม่รวมถึงในเรื่องความสามารถของบุคคลแต่อย่างใด เนื่องจากเนื้อหาดังกล่าวมิได้อยู่ในบรรพที่ 5

3. สถานะทางกฎหมายของการสมรสตามหลักศาสนาอิสลามและองค์กรรับจดทะเบียนการสมรสตามหลักศาสนาอิสลามขาดความชัดเจนเรื่องสถานะทางกฎหมายนอกศาล หน่วยงานหรือองค์กรรับจดทะเบียนสมรสและการหย่า แม้จะมีกฎหมายบัญญัติให้มีองค์กรรับรองทางทะเบียนการสมรสและการหย่าตามหลักศาสนาอิสลาม แต่มุสลิมยังคงจดทะเบียนสมรสตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้โดยปกติควบคู่กับการสมรสตามหลักศาสนาอิสลาม แต่หากมีคดีขึ้นสู่ศาลในเขตพื้นที่ 4 จังหวัด ศาลจึงนำกฎหมายอิสลามมาปรับใช้และยึดถือการสมรสตามหลักศาสนาอิสลามเท่านั้น หากคดีขึ้นสู่ศาลอื่นนอกเขตพื้นที่ 4 จังหวัด จะไม่นำกฎหมายอิสลามมาปรับใช้ ทั้งนี้องค์กรอื่นที่มิใช่ศาลยังคงยึดถือหลักฐานการสมรสหรือการหย่าตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ประกอบพระราชบัญญัติจดทะเบียนครอบครัวพุทธศักราช 2478 แต่ในกรณีการหย่า สตรีมุสลิมยังสามารถนำเรื่องของตนมาฟ้องหย่ายังศาลชั้นต้นในพื้นที่ที่มีการให้ใช้กฎหมายอิสลามหรือ ให้ทางคณะกรรมการอิสลามประจำจังหวัดหรือโต๊ะอิหม่ามประจำมัสลิดออกหนังสือรับรองการหย่าให้ โดยมิได้บังคับถึงรูปแบบกระบวนการหย่าแต่อย่างใด ซึ่งในส่วนสถานะภาพบุคคลจากการมีระบบกฎหมายที่ยอมรับการสมรสสองระบบในพื้นที่เดียวกัน ทำให้เกิดความไม่ชัดเจนในหลายด้าน แม้ทางปฏิบัติหน่วยงานต่างๆ พยายามออกระเบียบหรือคำสั่งภายในเพื่อแก้ไขสภาพปัญหานี้ แต่อย่างไรก็ตามดังที่ได้กล่าวข้างต้น หนังสือรับรองการสมรสหรือการหย่าจะถูกยอมรับให้ใช้ในศาลชั้นต้นในพื้นที่ 4 จังหวัด

เท่านั้น ผู้นับถือศาสนาอิสลามมักต้องทำการจดทะเบียนสมรสตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ประกอบพระราชบัญญัติจดทะเบียนครอบครัวพุทธศักราช 2478 อีกด้วยหากต้องการการยอมรับผลโดยสมบูรณ์ทางกฎหมายที่จะนำสถานภาพการสมรสตามกฎหมายแห่งรัฐไปใช้ยืนยันกับหน่วยงานอื่น

4. ระบบศาลหรือองค์กรที่ใช้กฎหมายอิสลาม ศาลที่มีอำนาจพิจารณาคดีเป็นศาลทั่วไปมิได้มีการจัดตั้งศาลเฉพาะขึ้น คงเพียงการแต่งตั้งบุคคลเข้ามาเป็นผู้ใช้กฎหมายอิสลามคือดะโต๊ะยุติธรรมในการวินิจฉัยคดีร่วมกับผู้พิพากษา โดยมีขอบเขตจำกัดเฉพาะแต่วินิจฉัยในข้อกฎหมายอิสลามและคำวินิจฉัยข้อกฎหมายอิสลามนั้นไม่สามารถอุทธรณ์ได้อีก ซึ่งในปัจจุบันมีดะโต๊ะยุติธรรมประจำอยู่ในศาลในพื้นที่ 4 จังหวัดภาคใต้จำนวน 9 ศาล โดยที่มีการแยกดะโต๊ะยุติธรรมประจำศาลจังหวัดซึ่งจะมีหน้าที่พิจารณาคดีมรดกทั้งที่เป็นคดีมีข้อพิพาทและไม่มีข้อพิพาท และดะโต๊ะยุติธรรมประจำศาลเยาวชนและครอบครัวซึ่งมีหน้าที่พิจารณาคดีที่เกี่ยวกับครอบครัวของอิสลามศาสนิกชน ในขณะที่ศาลในพื้นที่อื่นมิได้มีการยอมรับหรือให้นำกฎหมายอิสลามมาบังคับใช้ แต่อาจมีการอ้างอิงนิติสัมพันธ์ทางครอบครัวที่เกิดจากบทบัญญัติการให้ใช้กฎหมายอิสลามในพื้นที่ 4 จังหวัดในศาลอื่น ทั้งนี้เมื่อไม่มีองค์กรเฉพาะเช่นดั่งศาลชารีอะห์ในฟิลิปปินส์หรือสิงคโปร์ หรือระบบกอฎีในศรีลังกา มาเป็นองค์กรที่ใช้กฎหมายอิสลามโดยเฉพาะ แต่ยังอยู่ภายใต้ระบบศาลยุติธรรม การนำคดีเข้าสู่ศาลจึงมีขั้นตอนปกติเหมือนคดีทั่วไปที่ต้องปฏิบัติตามรูปแบบและวิธีการทางศาล ซึ่งต้องมีทั้งทนายความ และผู้รู้ทางระเบียบวิธีปฏิบัติทางกฎหมาย ตลอดจนภาษาที่ใช้ต้องเป็นภาษาไทยซึ่งประชาชนในพื้นที่โดยส่วนใหญ่มักไม่ชำนาญและเข้าใจภาษาไทยเท่าใดนัก และมองการเข้าสู่ระบบกระบวนการทางศาลแห่งรัฐเป็นเรื่องยุ่งยากและเสียค่าใช้จ่ายมาก นอกจากองค์กรศาลแห่งรัฐแล้วยังมีองค์กรภายใต้พระราชบัญญัติการบริหารองค์กรศาสนาอิสลาม พ.ศ.2540 ที่ทำหน้าที่ผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเกี่ยวกับครอบครัวและมรดกของมุสลิมตามที่มีการร้องขอ และในกรณีที่มีการให้ทำหนังสือรับรองการหย่าอาจมีการไต่สวนหาความจริงถึงสภานภาพการหย่านั้น ๆ แต่คำวินิจฉัยในเรื่องทรัพย์สินที่เกี่ยวกับการสมรสหรือการหย่าโดยองค์กรภายใต้พระราชบัญญัติการบริหารองค์กรศาสนาอิสลาม พ.ศ.2540 มักไม่มีสภาพบังคับทางกฎหมาย

6.2 ข้อเสนอแนะ

จากศึกษารูปแบบการบริหารงานยุติธรรมอิสลามในลักษณะพหุนิยมทางกฎหมายในประเทศต่าง ๆ และปัญหาการบริหารงานยุติธรรมอิสลามในประเทศไทยนำมาซึ่งข้อเสนอแนะในการปรับปรุงรูปแบบการบริหารงานยุติธรรมอิสลามในประเทศไทยดังนี้

6.2.1 การบริหารงานยุติธรรมอิสลามภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

แม้ประเทศไทยจะประชากรเป็นมีผู้นับถือศาสนาพุทธเป็นส่วนใหญ่ แต่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยยังได้ให้การรับรองคุ้มครองเสรีภาพของพลเมืองในการจะนับถือศาสนาและประกอบกิจกรรมทางศาสนา และยังบัญญัติให้เป็นหน้าที่ของรัฐที่ต้องเป็นผู้อุปถัมภ์ศาสนาโดยมิได้แบ่งแยกว่ารัฐจักต้องอุปถัมภ์แต่ศาสนาพุทธเท่านั้น ซึ่งการให้พลเมืองผู้นับถือศาสนาอิสลามสามารถที่จะนำกฎหมายอิสลามมาใช้กับนิติสัมพันธ์ในด้านครอบครัวและมรดกของตนในพื้นที่ 4 จังหวัดภาคใต้ที่มีพลเมืองมุสลิมเป็นประชากรส่วนใหญ่ในพื้นที่เป็นรูปแบบหนึ่งที่รัฐจัดให้มีการเอื้อประโยชน์ในการ

ปฏิบัติตามหลักศาสนา อย่างไรก็ตามการให้ใช้กฎหมายอิสลามในเรื่องครอบครัวและมรดกกับผู้นับถือศาสนาอิสลามในขณะที่พลเมืองอื่นของรัฐอยู่ภายใต้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์อันมีลักษณะเป็นการให้ใช้กฎหมายแบบพหุนิยมทางกฎหมายของรัฐ ก็ต้องอยู่ภายใต้การบริหารและจัดการที่เหมาะสม เนื่องจากการให้นำกฎหมายศาสนามาปรับใช้นั้นแม้จะมีลักษณะเป็นการยอมรับการใช้กฎหมายที่อยู่บนพื้นฐานแห่งความศรัทธาต่อหลักศาสนาของศาสนิกชน ที่รัฐเป็นผู้จัดให้มีโดยอยู่ภายใต้หลักคุ้มครองสิทธิเสรีภาพทางศาสนาแล้ว ในหลายโอกาสกฎหมายศาสนาเองอาจมีเนื้อหาในลักษณะที่ไม่เป็นไปตามกรอบความคุ้มครองสิทธิของบุคคลตามรัฐธรรมนูญเช่น หลักความเสมอภาคและการไม่เลือกปฏิบัติ หลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์และสิทธิเด็ก ดังนั้นรัฐจึงต้องสร้างและบริหารกลไกการให้ใช้กฎหมายอิสลามและกลไกการคุ้มครองสิทธิของบุคคลผู้ต้องอยู่ภายใต้กฎหมายอิสลามในเวลาเดียวกันเพื่อสร้างดุลยภาพให้เกิดขึ้นในกระบวนการการใช้กฎหมายอิสลามในประเทศไทยระหว่าง รัฐ กลุ่มชนทางศาสนา และปัจเจกชนผู้อยู่ภายใต้กฎเกณฑ์ทางศาสนา โดยไม่อาจปล่อยให้การใช้กฎหมายอิสลามเป็นไปโดยเอกเทศโดยที่รัฐไม่เข้าไปยุ่งเกี่ยว แต่กระนั้นก็ต้องประสานความร่วมมือจากกลุ่มชนมุสลิมเพื่อให้เกิดการนำกฎหมายอิสลามมาใช้อย่างมีประสิทธิภาพตรงตามเจตนารมณ์ของศาสนิกชนและสอดคล้องกับหลักการสำคัญตามรัฐธรรมนูญ

6.2.2 ขอบเขตเนื้อหาแห่งคดีที่นำกฎหมายอิสลามมาใช้

เนื่องจากขอบเขตเนื้อหาแห่งคดีที่จะต้องนำกฎหมายอิสลามมาปรับใช้ยังคงมีความคลุมเครือจึงต้องมีการสร้างความชัดเจนในขอบเขตเนื้อหาแห่งคดีที่จะนำกฎหมายอิสลามมาใช้ โดยการให้นิยามคดีที่จะนำกฎหมายอิสลามมาปรับใช้ดังนี้

1. “คดีครอบครัวอิสลามศาสนิก” หมายถึง คดีแพ่งที่ฟ้องหรือร้องขอต่อศาลหรือกระทำการใดๆ ในทางศาลเกี่ยวกับครอบครัวอันได้แก่ การสมรส การสิ้นสุดของการสมรส สิทธิหน้าที่ระหว่างสามีภริยา สิทธิในทรัพย์สินระหว่างการสมรสหรือเมื่อการสมรสสิ้นสุด ความเป็นบิดามารดาและบุตร อำนาจปกครองบุตร ที่คู่ความทุกฝ่ายหรือผู้ร้องเป็นผู้นับถือศาสนาอิสลาม หรือได้มีการสมรสกันตามหลักศาสนาอิสลาม

2. “คดีมรดกอิสลามศาสนิก” หมายถึงคดีที่แพ่งที่ฟ้องหรือร้องขอต่อศาล หรือกระทำการใด ๆ ในทางศาลเกี่ยวกับมรดกของผู้ตายที่เป็นผู้นับถือศาสนาอิสลามขณะถึงแก่ความตาย

6.2.3 องค์กรตัดสินคดีที่จะใช้กฎหมายอิสลาม

ในส่วนของรูปแบบองค์กรตัดสินคดีที่จะนำกฎหมายอิสลามมาใช้นั้น อาจจำแนกตามลักษณะได้เป็น 2 ส่วนคือ “คดีครอบครัวอิสลามศาสนิก” และ “คดีมรดกอิสลามศาสนิก” ซึ่งในปัจจุบันนี้คดีทั้ง 2 ลักษณะมีเขตอำนาจศาลที่แตกต่างกันคือ คดีครอบครัวอิสลามศาสนิกอยู่ภายในเขตอำนาจของศาลเยาวชนและครอบครัว ในขณะที่คดีมรดกอิสลามศาสนิกนั้นอยู่ในเขตอำนาจของศาลจังหวัด

6.2.3.1 คดีครอบครัวอิสลามศาสนิก

รูปแบบองค์กรตัดสินคดีของคดีครอบครัวอิสลามศาสนิกนั้น อาจแบ่งย่อยตามลักษณะเนื้อหาแห่งคดีออกได้เป็น 2 ส่วนคือ 1. คดีที่เกี่ยวกับการสมรส การหย่า และทรัพย์สินที่เกี่ยวกับการสมรสและการหย่า และ 2. คดีที่เกี่ยวกับผู้เยาว์หรือความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดาและบุตร

1) คดีที่เกี่ยวกับการสมรส การหย่า และทรัพย์สินที่เกี่ยวกับการสมรสและการหย่า เห็นควรให้มีรูปแบบองค์กรตัดสินคดีเป็น 3 แนวทางดังนี้

แนวทางที่ 1 การสร้างระบบตัดสินคดีการสมรส การหย่า และทรัพย์สินที่เกี่ยวกับการสมรสและการหย่า อยู่ภายใต้องค์กรศาลหรือสำนักงานศาลยุติธรรมตาม พระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ.2553 โดยให้ดะโต๊ะยุติธรรมสามารถนั่งพิจารณาตัดสินทั้งข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายอิสลามโดยไม่จำต้องมีผู้พิพากษาของศาลร่วมพิจารณาคดี และให้มีรูปแบบในกระบวนการที่เข้าถึงได้ง่ายโดยประชาชน มีความยืดหยุ่นในกระบวนการ โดยผู้เข้าสู่กระบวนการอาจไม่จำเป็นต้องมีทนายความแต่มีเจ้าหน้าที่หรือที่ปรึกษาในคดีที่จัดให้บริการโดยบุคลากรของรัฐ

แนวทางที่ 2 การมีกฎหมายให้อำนาจแก่ องค์กรหรือบุคคลอื่นที่มิใช่ศาลแห่งรัฐเข้ามาใช้อำนาจลักษณะออกคำตัดสินชี้ขาดในเรื่องการสมรส การหย่า และทรัพย์สินที่เกี่ยวกับการสมรสและการหย่า ซึ่งในที่นี้คือคณะกรรมการอิสลามประจำจังหวัด ที่ต้องมีการเพิ่มเติมในบทกฎหมายที่จะให้อำนาจแก่ หน่วยงานหรือบุคคลที่ได้รับการแต่งตั้งเป็นพิเศษไว้ในพระราชบัญญัติการบริหารองคกรศาสนาอิสลาม พ.ศ. 2540 โดยที่ต้องจัดทำกระบวนการใช้อำนาจทางการวินิจฉัยชี้ขาดนี้ในเป็นระบบแบบแผนที่ชัดเจน ทั้งกับการกำหนดคุณสมบัติของผู้มาใช้อำนาจในการตัดสินชี้ขาดนี้ ที่นอกจากจะมีความเข้าใจกฎหมายอิสลามเป็นอย่างดีแล้ว ต้องสร้างความเชื่อมโยงกับแนวทางการใช้กฎหมายอิสลามในศาลแห่งรัฐได้เป็นอย่างดี เพื่อที่จะประสานกลไกทางการใช้กฎหมายระหว่างองค์กรภายใต้คณะกรรมการอิสลามประจำจังหวัดและองค์กรศาลได้อย่างมีประสิทธิภาพ

แนวทางที่ 3 เป็นรูปแบบผสมที่องค์กรศาลจัดสร้างรูปแบบการตัดสินคดีตามแนวทางที่ 1 ในขณะที่มีการพัฒนารูปแบบกระบวนการใช้อำนาจทางการวินิจฉัยชี้ขาดในองค์กรคณะกรรมการอิสลามประจำจังหวัดให้มีแบบแผนชัดเจน เป็นทางเลือกของประชาชนในการทำให้การสมรสของตนสิ้นสุดและมีคำวินิจฉัยชี้ขาดในเรื่องทรัพย์สิน ที่จะนำไปให้ศาลออกคำบังคับให้ได้ โดยไม่ต้องมีขั้นตอนยุ่งยากมากนัก เนื่องจากเป็นเรื่องเกี่ยวกับทรัพย์สินระหว่างคู่สมรสเช่นค่าอุปการะเลี้ยงดู ค่าทรัพยสินที่เกี่ยวกับการสมรสอื่นๆ ซึ่งโดยทั่วไปในทางปฏิบัติมิได้มีมูลค่าสูงเช่นดั่งคดีแพ่งทั่วไป แต่มีความจำเป็นต่อการดำรงชีพของบุคคลโดยเฉพาะอย่างยิ่งสตรีมุสลิม

2) คดีที่เกี่ยวกับผู้เยาว์หรือความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดาและบุตร

ในขณะที่คดีที่เกี่ยวกับผู้เยาว์หรือความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดาและบุตรยังคงต้องรักษารูปแบบองค์กรตัดสินคดีรูปแบบเดิม ซึ่งคือศาลเยาวชนและครอบครัวประจำจังหวัดที่ให้มีองค์คณะเป็นผู้พิพากษาประจำศาลและดะโต๊ะยุติธรรมร่วมพิจารณาคดี นอกจากนี้ในคดีที่มีผู้เยาว์เข้าเกี่ยวข้องยังต้องอยู่ภายใต้บทบัญญัติในเรื่องกระบวนการทางศาลที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ.2553 อีกด้วย แต่อย่างไรก็ตามกระบวนการไกล่เกลี่ยประนีประนอมยอมความก็ยังคงต้องมีอยู่ แต่ต้องเป็นระบบที่มีการจัดให้มีผู้ชำนาญการและผ่านคุณสมบัติในการเป็นที่ปรึกษากฎหมายทั้งที่เกี่ยวกับกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและหลักการสำคัญอื่นที่เกี่ยวกับคดีที่มีผู้เยาว์เข้ามาเป็นผู้มีส่วนได้เสียตามหลักกฎหมายทั่วไป

6.2.3.2 คดีมรดกอิสลามศาสนิก

โดยที่ในคดีมรดกอิสลามศาสนิกตามนิยามใหม่ตาม ข้อ 6.2.1 นั้นเห็นควรให้ยังคงรูปแบบระบบองค์กรการตัดสินที่มีผู้พิพากษาศาลและดะโต๊ะยุติธรรมร่วมนั่งพิจารณาในคดีในศาล

จังหวัดไว้ดั่งเดิม โดยที่อาจเพิ่มอำนาจไว้ในกฎหมายให้ดะโต๊ะยุติธรรมสามารถพิจารณาในส่วนข้อเท็จจริงร่วมกับผู้พิพากษาได้ แต่อย่างไรก็ตามต้องมีการเพิ่มคุณสมบัติของผู้ที่ได้รับการแต่งตั้งเป็นดะโต๊ะยุติธรรมให้สูงขึ้น โดยมีคุณสมบัติเช่นเดียวกับผู้พิพากษาที่ทำหน้าที่ในศาล เช่นต้องมีความรู้ในกฎหมายไทยหรือเป็นสามัญสมาชิกเนติบัณฑิตไทยเป็นต้น แต่ในช่วงเวลาที่ยังไม่อาจหาบุคคลผู้มีคุณสมบัติดังกล่าวได้ ก็ควรยังให้คงรูปแบบของการใช้กฎหมายอิสลามในเรื่องมรดกในศาลไว้ตามแบบเดิมที่มีผู้พิพากษาและดะโต๊ะยุติธรรมร่วมพิจารณา

6.2.3.3 องค์กรพิจารณาอุทธรณ์ในข้อกฎหมายอิสลาม

ต้องมีการเปิดโอกาสให้มีการอุทธรณ์ในข้อกฎหมายอิสลามได้ โดยที่คู่ความฝ่ายที่โต้แย้งการวินิจฉัยตัดสินของศาลชั้นต้นยังคงอุทธรณ์ทั้งในข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายที่รวมถึงข้อกฎหมายอิสลาม การจัดให้มีองค์คณะที่มีความรู้และเข้าใจในกฎหมายอิสลามจากข้าราชการตุลาการตามกฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรมที่ได้รับการแต่งตั้งเป็นผู้พิพากษาในศาลอุทธรณ์คดีชำนัญพิเศษ และศาลอุทธรณ์ที่มีเขตอำนาจพิจารณาอุทธรณ์จึงเป็นภาระหน้าที่ผูกพันของศาลยุติธรรมที่ต้องจัดให้มีขึ้น โดยที่ผู้พิพากษาที่จะเข้ามาเป็นองค์คณะในการวินิจฉัยอุทธรณ์คดีครอบครัวและมรดกอิสลามศาสนิกไม่จำต้องเป็นผู้นับถือศาสนาอิสลามเท่านั้น เนื่องจากเมื่อกฎหมายแห่งรัฐยอมรับให้กฎหมายอิสลามเข้ามาเป็นส่วนหนึ่งแห่งกฎหมายของรัฐ อำนาจการตรวจสอบตรวจทานการใช้กฎหมายย่อมเป็นอำนาจโดยชอบขององค์กรตุลาการที่ตั้งขึ้นตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายภายใต้รัฐธรรมนูญ หากแต่ต้องมีการสร้างความเชื่อมโยงระหว่างองค์กรตุลาการของรัฐและองค์กรที่ใช้กฎหมายอิสลามที่ถูกสร้างขึ้นตามพระราชบัญญัติการบริหารองค์กรศาสนาอิสลาม พ.ศ. 2540 เพื่อการสร้างเสถียรภาพในการใช้กฎหมายอิสลามในประเทศไทย

6.2.4 องค์กรรับรองทางทะเบียน

ควรมีการกำหนดสถานะทางกฎหมายขององค์รับรองทางทะเบียนและให้สถานะหนังสือรับรองการสมรสตามหลักศาสนาอิสลามที่ทำขึ้นโดยคณะกรรมการอิสลามประจำจังหวัดในพื้นที่ 4 จังหวัดที่มีการให้ใช้กฎหมายอิสลามมีสถานะทางกฎหมายเช่นเดียวกับทะเบียนสมรสที่จดต่อเจ้าพนักงานตามพระราชบัญญัติจดทะเบียนครอบครัวพุทธศักราช 2478 โดยมีแนวทางในการปรับปรุงแก้ไขกฎหมายและระเบียบปฏิบัติดังนี้

1. ให้แต่งตั้งบุคคลในคณะกรรมการอิสลามประจำจังหวัดในจังหวัดทั้ง 4 เป็นนายทะเบียนอิสลามประจำจังหวัด มีอำนาจหน้าที่ออกหนังสือรับรองการสมรสและการหย่าตามหลักศาสนาอิสลาม

2. ให้มีการออกระเบียบ ข้อบังคับ แนวทางปฏิบัติแก่บุคคลที่ได้รับการแต่งตั้งเป็นนายทะเบียนอิสลามในการทำหนังสือรับรองการสมรสและการหย่า

3. หนังสือรับรองการสมรสตามหลักศาสนาอิสลามถือว่าเป็นเอกสารมหาชน ก่อให้เกิดสิทธินิติสัมพันธ์ในทางครอบครัวเช่นเดียวกับการจดทะเบียนสมรสตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ สามารถนำไปใช้ยืนยันสิทธิระหว่างบุคคลในความเป็นสามีภริยาและบุตร ต่อบุคคลที่สามได้เช่นเดียวกับทะเบียนสมรสตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่เจ้าหน้าที่ตามพระราชบัญญัติจดทะเบียนครอบครัวพุทธศักราช 2478 โดยไม่จำกัดพื้นที่แต่เฉพาะในพื้นที่ 4 จังหวัดเท่านั้น

4. ให้มีการเชื่อมโยงข้อมูลกับหน่วยงานรับจดทะเบียนตามพระราชบัญญัติจดทะเบียนครอบครัวพุทธศักราช 2478 ทั้งนี้เมื่อมีการจดทะเบียนรับรองการสมรสตามหลักศาสนาอิสลามยังสำนักงานรับจดทะเบียนของคณะกรรมการอิสลามประจำจังหวัดทั้ง 4 แล้วจะจดทะเบียนสมรสตาม

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์อีกไม่ได้ และในทางกลับกันหากมีการจดทะเบียนสมรสตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แล้วก็จะให้ทางคณะกรรมการอิสลามประจำจังหวัดทั้ง 4 ออกหนังสือรับรองการสมรสตามหลักศาสนาอิสลามไม่ได้อีกเช่นกัน

5. โดยที่หนังสือรับรองดังกล่าวต้องมีรูปแบบเดียวกันตามที่ระเบียบกำหนดเช่นเดียวกับทะเบียนสมรสตามที่เจ้าพนักงานตามพระราชบัญญัติจดทะเบียนครอบครัวพุทธศักราช 2478 ออกให้ แต่ระบุไว้ว่าเป็นหนังสือรับรองการสมรสตามหลักศาสนาอิสลาม ทั้งนี้อาจให้มีภาษามลายูท้องถิ่นประกอบกับภาษาไทยได้ในหนังสือรับรองดังกล่าว โดยมีเนื้อหาเพิ่มเติมเกี่ยวการสมรสและการหย่าและสิทธิต่างๆตามหลักศาสนาอิสลาม และกระบวนการต่าง ๆ ที่อาจมีขึ้น

6.2.5 องค์กรสร้างแบบแผนการใช้กฎหมายอิสลามอย่างเป็นเอกภาพ

ในการพัฒนาการบริหารงานยุติธรรมอิสลามในประเทศไทยให้เกิดประสิทธิภาพและเป็นเอกภาพในกระบวนการนำกฎหมายอิสลามมาปรับใช้ ควรจัดทำประมวลกฎหมายครอบครัวและมรดกอิสลามศาสนิกขึ้นเพื่อสร้างความชัดเจนแห่งบทบัญญัติกฎหมายอิสลามที่จะนำมาใช้ในประเทศไทย ทั้งยังเป็นการสร้างกรอบรูปแบบทางกฎหมายให้เป็นเอกภาพต่อผู้มีส่วนเกี่ยวข้องในการใช้กฎหมายอิสลามทุกฝ่าย อาทิเช่น ประชาชนทั่วไป คู่ความในคดี ทนายความในคดีครอบครัวและมรดกอิสลามนิกชน ที่ปรึกษากฎหมาย คณะกรรมการอิสลามประจำจังหวัด กอฎีหรือผู้ทำหน้าที่อนุญาโตตุลาการชี้ขาดโดยใช้กฎหมายอิสลาม ผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทประจำสำนักงานคณะกรรมการอิสลามประจำจังหวัด และผู้ทำหน้าที่นายทะเบียนอิสลาม ซึ่งนอกจากการจัดทำประมวลกฎหมายครอบครัวและมรดกอิสลามศาสนิกไว้ในกฎหมายให้ใช้กฎหมายอิสลามในประเทศไทยแล้วยังควรต้องมีการสร้างองค์กรหรือสถาบันพัฒนาและสร้างกรอบแบบแผนทางการใช้กฎหมายร่วมกันระหว่างหน่วยงานที่บริหารองค์กรตามศาสนาอิสลามและองค์กรของศาลยุติธรรม โดยการก่อตั้งคณะกรรมการกฎหมายอิสลาม (Islamic Law Board or Shari'a Board) ขึ้นอย่างเป็นรูปธรรมและมีตัวบทกฎหมายรองรับในอำนาจหน้าที่อย่างชัดเจน ซึ่งอาจอยู่ภายใต้พระราชบัญญัติการบริหารองค์กรศาสนาอิสลาม พ.ศ.2540 โดยเข้ามาทำหน้าที่ในส่วนเชื่อมประสานกับองค์กรทางศาลด้านการกำหนดแนวทางในการใช้กฎหมายอิสลามร่วมกัน และทำหน้าที่กำหนดแนวทางการสร้างบรรทัดฐานในการใช้กฎหมายอิสลามที่กระทำโดยองค์กรที่อยู่ภายใต้พระราชบัญญัติการบริหารองค กรศาสนาอิสลาม พ.ศ.2540 อยู่ก่อนแล้วอันได้แก่ จุฬาราชมนตรี คณะกรรมการกลางอิสลามแห่งประเทศไทย คณะกรรมการอิสลามประจำจังหวัด ตลอดจนมัสยิดต่าง ๆ ให้มีเอกภาพและรูปแบบที่มั่นคง มีเสถียรภาพ และเชื่อถือได้ต่อไป

6.2.6 องค์กรไกล่เกลี่ยข้อพิพาท

กระบวนการที่สำคัญประการหนึ่งในกระบวนการยุติธรรมอิสลามคือขั้นตอนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทที่มิต้องนำคดีเข้าสู่กระบวนการตัดสินคดี ซึ่งปัจจุบันคณะกรรมการอิสลามประจำจังหวัดเป็นผู้ทำหน้าที่ดังกล่าว โดยที่การไกล่เกลี่ยหรือระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับเรื่องครอบครัวและมรดกของคณะกรรมการอิสลามประจำจังหวัดจะมีลักษณะที่ค่อนข้างยืนหยุ่นและสอดคล้องกับวิถีชีวิตของชุมชนมุสลิมในพื้นที่ได้มากกว่าระบบของศาลแห่งรัฐ ทั้งในเรื่องกระบวนการที่ไม่ยุ่งยากซับซ้อนหรือมีพิธีการมาก การใช้ภาษาพื้นถิ่น และค่าใช้จ่ายที่ค่อนข้างน้อยหรือแทบไม่มีเมื่อเทียบกับกระบวนการทางศาล ดังนี้จึงควรสร้างระเบียบแบบแผนที่ชัดเจน พัฒนาบุคลากรในกระบวนการไกล่เกลี่ย

ตลอดจนสร้างกลไกที่เชื่อมประสานกับองค์กรอื่นอย่างเป็นระบบ และการให้ความสำคัญกับการคุ้มครองสิทธิสตรี และเด็กที่ต้องเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมอิสลาม

6.2.7 การขยายขอบเขตทางพื้นที่การใช้กฎหมายอิสลาม

การขยายอาณาเขตการใช้กฎหมายอิสลามในประเทศไทยไปยังพื้นที่อื่นนอกเขต 4 จังหวัดที่มีชนมุสลิมอาศัยอยู่เป็นจำนวนมาก อาทิเช่นในจังหวัดสงขลาหรือกรุงเทพมหานคร ต้องได้ฉันทามติเสียงส่วนใหญ่ของประชาชนมุสลิมในพื้นที่ที่จะมีการขยายขอบเขตการใช้กฎหมายอิสลามในเรื่องครอบครัวและมรดกนี้ก่อน โดยต้องทำการปรับปรุงรูปแบบการบริหารงานยุติธรรมอิสลามในพื้นที่ที่กฎหมายแห่งรัฐยอมรับให้ใช้กฎหมายอิสลามให้มีประสิทธิภาพและเอื้อประโยชน์ในการอำนาวยความยุติธรรมตามวิถีชีวิตของกลุ่มชนตามความเชื่อทางศาสนาให้ได้อย่างแท้จริงเสียก่อน แต่ทั้งนี้ก็ต้องเปิดโอกาสให้ชนมุสลิมจากพื้นที่อื่นที่รัฐยังมิได้มีการให้ใช้กฎหมายอิสลามสามารถเข้ามาสู่ระบบการใช้กฎหมายอิสลามของศาลในพื้นที่ 4 จังหวัดได้ โดยที่บุคคลไม่จำเป็นต้องมีภูมิลำเนาขณะฟ้องคดีใน 4 จังหวัดเท่านั้น แต่โดยผ่านกระบวนการออกหนังสือรับรองการสมรสของหน่วยงานที่ได้รับการแต่งตั้งเป็นนายทะเบียนอิสลามในพื้นที่ โดยที่คู่สมรสที่ได้ออกหนังสือรับรองการสมรสดังกล่าวหากเกิดข้อพิพาทหรือต้องการทำให้การสมรสสิ้นสุดลงต้องนำคดีเข้าสู่ศาลเยาวชนและครอบครัวที่มีเขตอำนาจตามพื้นที่ที่ได้ออกหนังสือรับรองการสมรสซึ่งจะนำกฎหมายอิสลามมาปรับใช้ หรือให้นายทะเบียนอิสลามที่ได้รับการแต่งตั้งเป็นผู้ออกหนังสือรับรองการหย่าให้ ทั้งนี้คู่กรณีหรือฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งอาจนำข้อพิพาทเข้าสู่กระบวนการไกล่เกลี่ยหรือวินิจฉัยชี้ขาดของคณะกรรมการอิสลามประจำจังหวัดก็ได้

6.2.8 การนำกฎหมายอิสลามมาใช้ผ่านช่องทางกฎหมายว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการ

เนื่องจากกระบวนการยุติธรรมอิสลามในประเทศไทยมีลักษณะเป็นกระบวนการที่ใช้กับกลุ่มชนเฉพาะกลุ่ม โดยการนำกฎหมายอิสลามมาปรับใช้ ซึ่งนอกจากกระบวนการระงับข้อพิพาททางศาลแล้ว รูปแบบการอนุญาโตตุลาการยังสามารถนำมาปรับใช้ในกระบวนการยุติธรรมอิสลามได้ อย่างไรก็ตามหัวใจของกระบวนการอนุญาโตตุลาการคือการเป็นรูปแบบการระงับข้อพิพาทโดยความสมัครใจของคู่กรณี ดังนี้หากต้องนำกฎหมายอิสลามมาใช้ผ่านช่องทางกฎหมายว่าด้วยอนุญาโตตุลาการของไทยที่บังคับใช้อยู่จึงต้องสร้างรูปแบบโครงสร้าง กระบวนการตลอดจนพัฒนาบุคลากรที่มีส่วนเข้ามาในกระบวนการอนุญาโตตุลาการโดยใช้กฎหมายอิสลาม ซึ่งควรมีการจัดตั้งองค์กรสถาบันอนุญาโตตุลาการที่นำกฎหมายอิสลามมาใช้อย่างเป็นระบบ (Institutional Arbitration) ที่มีความเชื่อมโยงกับระบบศาลแห่งรัฐ มีข้อบังคับในกระบวนการอนุญาโตตุลาการ และการกำหนดคุณสมบัติของผู้มาเป็นอนุญาโตตุลาการ ผู้ไกล่เกลี่ย และที่ปรึกษาคดี อย่างชัดเจน เพื่ออำนวยความยุติธรรมแก่บุคคลที่ต้องนำกฎหมายอิสลามมาใช้อย่างมีประสิทธิภาพต่อไป

บรรณานุกรม

กฎข้อบังคับสำหรับปกครองบริเวณเจ็ดหัวเมือง ร.ศ.120. **ราชกิจจานุเบกษา**. 18 (ธันวาคม ร.ศ 120).

กฎหมายตราสามดวง เล่ม 5. กรุงเทพมหานคร: องค์การค้าของคุรุสภา, 2508 อ้างถึงใน จุฬิศพงศ์ จุฬารัตน์. **ขุนนางกรมท่าขวา การศึกษาบทบาทและหน้าที่ในสมัยอยุธยาถึงสมัยรัตนโกสินทร์ พ.ศ. 2153-2435.** กรุงเทพมหานคร: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2546.

กระทรวงมหาดไทย, กรมการปกครอง. **ประกาศสำนักทะเบียนกลาง กรมการปกครอง เรื่อง จำนวนราษฎรทั่วราชอาณาจักรแยกเป็นกรุงเทพมหานครและจังหวัดต่าง ๆ ตามหลักฐานการทะเบียนราษฎร ณ วันที่ 31 ธันวาคม 2559.** ค้นวันที่ 3 มีนาคม 2560 จาก http://stat.bora.dopa.go.th/stat/y_stat59.htm

ก้อซันหลี เบ็ญหมัด. **การใช้กฎหมายอิสลามลักษณะครอบครัวมรดกของมุสลิมในจังหวัดสงขลา.** วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยสงขลานครินทร์, 2546.

กำธร พันธุลาภ. ดะโต๊ะยุติธรรม. **ดุลพาห**. 5, 10 (ตุลาคม 2501). 636-647. อ้างถึงใน กิตติศักดิ์ ปรกติ, เจ๊ะเหล๊า แขกพงศ์, มะรอนิง สาแลมิง, มุฮำหมัดซากี เจ๊ะหะ, ฆอซาลี เบ็ญหมัด และนิเลาะ แวอุเซ็ง. **รายงานวิจัยเรื่องระบบการปรับใช้กฎหมายอิสลามในประเทศไทย**. รายงานการวิจัย เสนอต่อสถาบันวิจัยและให้คำปรึกษาแห่งมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2555.

กิตติศักดิ์ ปรกติ, เจ๊ะเหล๊า แขกพงศ์, มะรอนิง สาแลมิง, มุฮำหมัดซากี เจ๊ะหะ, ฆอซาลี เบ็ญหมัด และนิเลาะ แวอุเซ็ง. **รายงานวิจัยเรื่องระบบการปรับใช้กฎหมายอิสลามในประเทศไทย**. รายงานการวิจัย เสนอต่อสถาบันวิจัยและให้คำปรึกษาแห่งมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2555.

ฆอซาลี เบ็ญหมัด. คณบดีคณะอิสลามศึกษาและนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยฟาฏอนี. 14 มิถุนายน 2560. การสัมภาษณ์.

จรัญ โฆษณานันท์. **นิติปรัชญา**. กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2544.

จรัญ มะลูลีม. อิสลามศึกษา. ใน **เอกสารประกอบการบรรยายนักศึกษาหลักสูตรปลัดอำเภอประจำตำบล.** รุ่นที่ 1 วันที่ 13-25 พฤษภาคม 2547 รุ่นที่ 2, 3 ระหว่างวันที่ 1-8 มิถุนายน 2547. ณ วิทยาลัยการปกครอง กรมการปกครอง กระทรวงมหาดไทย.

จารุณี ฐานรตาภรณ์. ระบบกฎหมายและการศาลในสมัยกรุงศรีอยุธยาที่ตกทอดมาถึงกรุงรัตนโกสินทร์ช่วงก่อนการปฏิรูประบบกฎหมายและการศาล. **วารสารศาลยุติธรรม.** 30-48. ค้นวันที่ 12 ธันวาคม 2561 จาก http://www.library.coj.go.th/Openmedia/index?f=../file_upload/module/manage_digital_file/digital_file/5efa0b16.pdf

จุฬิศพงศ์ จุฬารัตน์. **ขุนนางกรมท่าขวา การศึกษาบทบาทและหน้าที่ในสมัยอยุธยาถึงสมัยรัตนโกสินทร์ พ.ศ. 2153-2435.** กรุงเทพมหานคร: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2546.

ชวลีย์ ณ ถลาง. **ประเทศราชของสยามในรัชสมัยพระบาทสมเด็จพระจุลตจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว.** กรุงเทพมหานคร: สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย, 2541.

ชัยวัฒน์ สถาอานันท์. **ความรุนแรงกับการจัดการ "ความจริง": ปัตตานีในรอบกึ่งศตวรรษ.** กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551.

เชาวลี จงประเสริฐ. ความรุนแรงในศรีลังกา. **วารสารประวัติศาสตร์ มหาวิทยาลัยศรีนครินทรวิโรฒ** (2548). ค้นวันที่ 15 มกราคม 2560 จาก http://ejournals.swu.ac.th/index.php/JOH/article/view/1280/1289

โชติรัตน์ โกมารทัต. **การเข้ามาของศาสนาอิสลามสู่ตะวันออกไกล.** ค้นวันที่ 22 ธันวาคม 2558 จาก http://sameaf.mfa.go.th/th/muslim_world/detail.php?ID=1998

ดนวาหะ เส็นหวัง. รองประธานกรรมการอิสลามประจำจังหวัดสงขลา. 13 มิถุนายน 2560. การสัมภาษณ์.

เด่น โต๊ะมีนา และบุคอรี บินรามัญ. **กฎหมายอิสลาม**. พิมพ์ครั้งที่ 5. กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2550.

ธเนศ อาภรณ์สุวรรณ. **ความเป็นมาของทฤษฎี "แบ่งแยกดินแดน" ในภาคใต้ไทย.** พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร: มูลนิธิโตโยต้าประเทศไทย; มูลนิธิโครงการตำราสังคมศาสตร์และมนุษยศาสตร์, 2551.

ธีรยุทธ บุญมี. **พหุนิยม**. กรุงเทพมหานคร: ไทเกอร์ พริ้นติ้ง, 2546.

ประชุมพงศวดารภาคที่ 39 จดหมายเหตุบากหลวงฝรั่งเศส ภาคที่ 6. กรุงเทพมหานคร: ม.ป.พ., ม.ป.ป. อ้างถึงใน จุฬิศพงศ์ จุฬารัตน์. **ขุนนางกรมท่าขวา การศึกษาบทบาทและหน้าที่ในสมัยอยุธยาถึงสมัยรัตนโกสินทร์ พ.ศ. 2153-2435.** กรุงเทพมหานคร: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2546.

ประเทศราชของสยามในรัชสมัยพระบาทสมเด็จพระจุลตจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว. กรุงเทพมหานคร: สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย, 2541.

ประยูรศักดิ์ ชลายนเดชะ. **มุสลิมในประเทศไทย.** พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร: อัมรินทนทร์ปริ้นติ้ง, 2539.

ปวินท์ มินทอง. **สาระน่ารู้เกี่ยวกับโลกมุสลิม**. ค้นวันที่ 22 ธันวาคม 2558 จาก http://sameaf.mfa.go.th/th/muslim_world/detail.php?ID=2253

ปิยดา ชลวร. การปฏิรูปกฎหมายและการศาลในเจ็ดหัวเมืองมลายูในช่วงปลายคริสต์ศตวรรษที่ 19 ถึงต้นศตวรรษที่ 20. ใน **มนุษยศาสตร์ที่แปรเปลี่ยนในโลกที่เปลี่ยนแปลง.** อรรถจักร์ สัตยานุรักษ์ บรรณาธิการ. กรุงเทพมหานคร: สยามปริทัศน์, 2559.

ปิยนารถ บุนนาค. **นโยบายการปกครองของรัฐบาลไทยต่อชาวมุสลิมในจังหวัดชายแดนภาคใต้ (พ.ศ. 2475-2516).** กรุงเทพมหานคร: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2547.

พระราชบัญญัติกฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ.2481. **ราชกิจจานุเบกษา.** 55 (20 มีนาคม 2481).

พระราชบัญญัติการบริหารองค์กรศาสนาอิสลาม พ.ศ.2540. **ราชกิจจานุเบกษา.** 114, 65 ก (9 พฤศจิกายน 2540).

พระราชบัญญัติจดทะเบียนครอบครัว พุทธศักราช 2478. ค้นวันที่ 12 ธันวาคม 2561 จาก http://203.155.220.230/bmainfo/law/011/register2478.pdf

พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลอุทธรณ์คดีชำนัญพิเศษ พ.ศ.2558. **ราชกิจจานุเบกษา. 132**, 120 ก (14 ธันวาคม 2558).

พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลอุทธรณ์ภาค พ.ศ.2532. **ราชกิจจานุเบกษา.** 106, 127 (11 สิงหาคม 2545).

พระราชบัญญัติธนาคารอิสลามแห่งประเทศไทย พ.ศ.2544. **ราชกิจจานุเบกษา.** 119, 108 ก (21 ตุลาคม 2545).

พระราชบัญญัติพัฒนาการบริหารงานยุติธรรมแห่งชาติ พ.ศ.2549. **ราชกิจจานุเบกษา.** 123, 26 ก (15 มีนาคม 2549).

พระราชบัญญัติว่าด้วยการใช้กฎหมายอิสลามในเขตจังหวัดปัตตานี นราธิวาส ยะลา และสตูล พ.ศ. 2489. **ราชกิจจานุเบกษา.** 63, 77 (3 ธันวาคม 2489).

พระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ.2553. **ราชกิจจานุเบกษา.** 127, 72 ก (22 พฤศจิกายน 2553).

พระราชบัญญัติส่งเสริมกิจการฮัจย์ พ.ศ.2524. **ราชกิจจานุเบกษา.** 99, 18 (9 กุมภาพันธ์ 2525).

พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545. **ราชกิจจานุเบกษา.** 119, 39 ก (29 เมษายน 2545).

พัชรินทร์ เปี่ยมสมบูรณ์. **การปฏิรูปกฎหมายของประเทศไทยตั้ง พ.ศ. 2411-2478.** วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต คณะอักษรศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2517.

พิชัยศักดิ์ หรยางกูร. **พจนานุกรมการอนุญาโตตุลาการ**. กรุงเทพมหานคร: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2545.

พิพัฒน์ จักรางกูร. ระบบศาลในสี่จังหวัดภาคใต้. **ดุลพาห**. 22, 3 (พฤษภาคม-มิถุนายน 2518): 39-61.

มะดารี โตะ. ดะโต๊ะยุติธรรมประจำศาลเยาวชนและครอบครัวจังหวัดยะลา. 14 มิถุนายน 2560. การสัมภาษณ์.

มะรอนิง สาแลมิง. ผู้ทรงคุณวุฒิจุฬาราชมนตรี. 15 มิถุนายน 2560. การสัมภาษณ์.

มุฮำหมัดซากี เจ๊ะหะ. **บทบัญญัติเกี่ยวกับสตรีในอิสลาม.** ยะลา: มหาวิทยาลัยอิสลามยะลา, 2554.

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560. **ราชกิจจานุเบกษา.** 134, 40 ก (6 เมษายน 2560).

รัตติยา สาและ. **การปฏิสัมพันธ์ระหว่างศาสนิกที่ปรากฏในจังหวัดปัตตานี ยะลา และนราธิวาส.** กรุงเทพมหานคร: สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย (สกว.), 2544.

ราชกิจจานุเบกษา. 52 (29 พฤษภาคม 2478).

ราชกิจจานุเบกษา. 52 (7 มิถุนายน 2478).

ราชกิจจานุเบกษา. 60, 32 (19 มิถุนายน 2486).

เรห์บินเดอร์, มันเฟรด. สังคมวิทยากฎหมาย. **วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.** 9, 1 (มิถุนายน 2524): 9-19.

ศิริวรรณ เสรีรัตน์. **องค์การและการจัดการฉบับสมบูรณ์**. กรุงเทพมหานคร: Diamond in Business World, 2545.

สถิต ลิ่มพงศ์พันธุ์. ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับสำนักคิดสังคมวิทยากฎหมาย. **วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.** 9, 1 (มิถุนายน 2524): 1-8.

สมยศ เชื้อไทย. **นิติปรัชญาเบื้องต้น**. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2549.

สัญญา สัญญาวิวัตน์. **ทฤษฎีสังคมวิทยา: เนื้อหาและแนวการใช้เบื้องต้น.** กรุงเทพมหานคร: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2533.

สายชล สัตยานุรักษ์. **รายงานวิจัยฉบับสมบูรณ์โครงการการวิจัยเพื่อสร้างองค์ความรู้ใหม่: ประวัติศาสตร์สังคมไทย.** รายงานวิจัย เสนอต่อสำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย, 2558.

สารานุกรมไทย ฉบับราชบัณฑิตยสถาน เล่ม 4 (2512-2513). กรุงเทพมหานคร: ราชบัณฑิตยสถาน, 2513 อ้างถึงใน จุฬิศพงศ์ จุฬารัตน์. **ขุนนางกรมท่าขวา การศึกษาบทบาทและหน้าที่ในสมัยอยุธยาถึงสมัยรัตนโกสินทร์ พ.ศ. 2153-2435.** กรุงเทพมหานคร: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2546.

สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. เลขเสร็จที่ 120/2551**. เรื่อง สิทธิในการได้รับบำเหน็จตกทอดและบำนาญพิเศษในฐานะภรรยาและบุตรตามมาตรา 48 แห่งพระราชบัญญัติบำเหน็จบำนาญข้าราชการ พ.ศ.2494 (กรณีจดทะเบียนสมรสตามกฎหมายอิสลาม).**

สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. เลขเสร็จที่ 687/2555. **เรื่อง การเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายตามกฎหมายอิสลาม.**

สำนักงานศาลยุติธรรม. **คู่มือหลักกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดก (ฉบับศาลยุติธรรม).** กรุงเทพมหานคร: สำนักงานศาลยุติธรรม, 2554.

สำนักงานสถิติแห่งชาติ. **สำมะโนประชากรและเคหะ ตัวชี้วัดที่สำคัญของประชากรและที่อยู่อาศัย พ.ศ. 2533-2553: ทั่วราชอาณาจักร.** ค้นวันที่ 7 มกราคม 2560 จาก http://popcensus.nso.go.th/quick_stat/WholeKingdom_T.pdf

สำนักงานสถิติแห่งชาติ. **สำมะโนประชากรและเคหะ พ.ศ.2533-2553: รายงานฉบับสมบูรณ์แยกตามรายจังหวัด**. ค้นวันที่ 7 มกราคม 2560 จากhttp://popcensus.nso.go.th/report.php

สุชาติ ธรรมาพิทักษ์กุล. ทฤษฎีว่าด้วยอำนาจการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทของอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ. ใน **หนังสือรวมบทความ ข้อบังคับ ข้อตกลงระหว่างประเทศ กฎหมายและคำพิพากษาศาลฎีกาเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการ เล่ม 1.** กรุงเทพมหานคร: เพอร์เฟคท์กราฟฟิคกรุ๊ป, 2535.

สุดปรารถนา นีละไพจิตร. **สิทธิมนุษยชนในอิสลามกับการรับรองสิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย.** วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2550.

สุนีย์ มัลลิกะมาลย์ และคณะ. **รายงานผลการวิจัย วิวัฒนาการของกฎหมายไทยในรอบ 200 ปี: ภาค 3 ภาคกฎหมายสาระบัญญัติ.** รายงานการวิจัย เสนอต่อจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2525.

เสาวนีย์ อัศวโรจน์. **คำอธิบายวิชากฎหมายว่าด้วยวิธีการระงับข้อพิพาททางธุรกิจโดยการอนุญาโตตุลาการ**. กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2554.

หนังสือกราบทูลพระเจ้าน้องยาเธอกรมหมื่นสมมตอมรพันธุ์ (20 กุมภาพันธ์ ร.ศ.117). หอจดหมายเหตุแห่งชาติ ร.5, ม.ร. 9ย./6. เลขที่ 180 อ้างถึงใน จุฬิศพงศ์ จุฬารัตน์. **ขุนนางกรมท่าขวา การศึกษาบทบาทและหน้าที่ในสมัยอยุธยาถึงสมัยรัตนโกสินทร์ พ.ศ. 2153-2435.** กรุงเทพมหานคร: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2546.

หมัดอูเส็น หมัดหมัน. ดะโต๊ะยุติธรรมประจำศาลจังหวัดสตูล. 13 มิถุนายน 2560. การสัมภาษณ์.

อมรา พงศาพิชญ์. แนวคิดและทฤษฎีเรื่องชนกลุ่มน้อยในประเทศไทย. ใน **รอยร้าวในสังคมไทย**. รวบรวมและจัดพิมพ์โดย กุสุมา สนิทวงศ์ ณ อยุธยา. กรุงเทพมหานคร: สถาบันศึกษาความมั่นคงและนานาชาติ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2531.

อับดุลเลาะ อาบูบากา. กรรมการอิสลามประจำจังหวัดยะลา. 14 มิถุนายน 2560. การสัมภาษณ์

อับดุลสุโก ดินอะ. **อนาคตกฎหมายอิสลามในประเทศไทย**. สงขลา: แม็กซ์ มีเดีย วาย 2 เค เพรส, 2553.

อานันท์ กาญจนพันธุ์. พื้นที่ความรู้และกลไกเชิงซ้อนในจินตนาการใหม่ของสังคมเปลี่ยนผ่าน. ใน **รายงานการประชุมปฏิบัติการเรื่องจินตนาการใหม่ทางสังคมวิทยา.** วันที่ 2 สิงหาคม 2553. ณ ห้องประชุมภาณุมาศ โรงแรมรอยัลริเวอร์ เขตบางพลัด กรุงเทพมหานคร.

อาลี เสือสมิง. **กฎหมายอิสลามเบื้องต้น: ความเป็นมาและความสำคัญของกฎหมายอิสลาม.** ค้นวันที่ 15 มกราคม 2559 จาก http://www.alisuasaming.com/main/index.php/article/lawofislam/933-2010-05-10-09-18-55

อาลี เสือสมิง. **ประวัติการตรากฎหมายอิสลาม.** ค้นวันที่ 1 พฤศจิกายน 2553 จาก http://fws.cc/muslimchaingmai/index.php?topic=1438 อ้างถึงใน อับดุลสุโก ดินอะ. **อนาคตกฎหมายอิสลามในประเทศไทย**. สงขลา: แม็กซ์ มีเดีย วาย 2 เค เพรส, 2553.

อิสมาแอ เจ๊ะ. ดะโต๊ะยุติธรรมประจำศาลจังหวัดปัตตานี. 15 มิถุนายน 2560. การสัมภาษณ์.

ฮิทติ, ฟิลิป เค. **ประวัติศาสตร์อาหรับและกำเนิดอิสลาม.** แปลโดย ทรงยศ แววหงส์. สมุทรปราการ: มูลนิธิโตโยต้าประเทศไทย, 2551.

Abbas, Ahmad Nizam Bin. The Islamic Legal System in Singapore. **Pacific Rim Law & Policy Journal.** 21, 1 (January 2012): 163-187.

Abduroaf, Muneer and Moosa, Najma. Muslim Marriage and Divorce in Sri Lanka: Aspects of the Relevant Jurisprudence. **Electronic Journal of Islamic and Middle Eastern Law (EJIMEL).** 4 (2016): 97-108.

Ahmed, Darez. Secularism and the Law - Options Ahead. In **Secularism and the Law**. New Delhi: National Foundation for Communal Harmony, 2010.

Aslam, Jehan. Judicial Oversight of Islamic Family Law Arbitration in Ontario: Ensuring Meaningful Consent and Promoting Multicultural Citizenship. **New York University Journal of International Law and Politic.** 38 (2006): 841-876.

Barzilai, Gad. Beyond Relativism: Where Is Political Power in Legal Pluralism?. **Theoretical Inquiries in Law.** 9, 2 (2008): 395-416.

Benda-Beckmann, Franz von. Who's Afraid of Legal Pluralism?. **Journal of Legal Pluralism.** 47 (2002): 37-83.

Berger, Maurits and Sonneveld, Nadia. Sharia and national law in Egypt. In **Sharia Incorporated a Comparative Overview of the Legal Systems of Twelve Muslim Countries in Past and Present**. Jan Michiel Otto, ed. The Netherlands: Leiden University Press, 2010.

Berman, Paul S. **Global Legal Pluralism: A Jurisprudence of Law Beyond Borders.** New York: Cambridge, 2012.

Bhargava, Rajeev. Political Secularism. In **A Handbook of Political Theory**. John Dryzek, B. Honnig and Anne Philips, eds. Oxford: Oxford University Press, 2006. Retrieved October 20, 2015 from http://www.law.uvic.ca/demcon /Victoria_colloquium/documents/PoliticalSecularismPreseminarReading.pdf

Bielefeldt, Heiner. Misperceptions of Freedom of Religion or Belief. **Human Rights Quarterly.** 35, 1 (February 2013): 33-68.

Boyd, Marion. **Dispute Resolution in Family Law: Protecting Choice, Promoting Inclusion.** Retrieved December 15, 2015 from https://www.attorney general.jus.gov.on.ca/english/about/pubs/boyd/fullreport.pdf

Brown, John P.; Gertner, Eric and Bazov, Gleb. Canada, In **Getting the Deal Through Arbitration in 42 Jurisdiction Worldwide 2008**. Gerhard Wegen and Stephan Wilske, eds. S.l.: Global Arbitration Review, 2008.

Carey, Andrea. **Millet System of the Ottoman Empire**. Retrieved December 15, 2015 from http://courses.washington.edu/disisme/Our Encyclopaedia/ 84135754-B01E-4A3A-BBA4-8BD129E3C331.html

Chiba, Masaji. Other Phases of Legal Pluralism in the Contemporary World. **Ratio Juris.** 11, 3 (September 1998): 228-245.

Choksi, Bilal M. Religious Arbitration in Ontario: Making the Case Based on the British Example of the Muslim Arbitration Tribunal. **University of Pennsylvania Journal of International Law.** 33 (2012): 791-840.

Chotalia, Shirish P. Arbitration Using Sharia Law in Canada: A Constitutional and Human Rights Perspective. **The Constitutional Forum Constitutionnel.** 15 (2006): 63-78.

Department of Justice Canada. **Canada's System of Justice**. (2015)

Department of Statistics, Ministry of Trade & Industry, Republic of Singapore. **Census of Population 2010 Statistical Release 1 Demographic Characteristics, Education, Language and Religion, (January 2011)**. Retrieved December 5, 2015 from http://www.singstat.gov.sg/publications/publications-and-papers/cop2010/census10 _stat_release1

Deogracias, Charmaine. **New Malaysian Facilitator in GPH-MILF Peace Talks Named**. Retrieved May 28, 2017 from https://www.rappler.com/nation/ 164866-malaysian-facilitator-bangsamoro-talks

Eijk, Esther van. Sharia and National Law in Saudi Arabia. In **Sharia Incorporated a Comparative Overview of the Legal Systems of Twelve Muslim Countries in Past and Present**. Jan Michiel Otto, ed. The Netherlands: Leiden University Press, 2010.

Emerson, Frank D. History of Arbitration Practice and Law. **Cleveland State Law Review**. 19, 155 (1970) Retrieved May 20, 2015 from http://engaged scholarship.csuohio.edu/clevstlrev/vol19/iss1/19

Galanter, Marc and Krishnan, Jayanth. Personal Law Systems and Religious Conflict A Comparison of India and Israel. In **Religion and Personal Law in Secular India a Call to Judgment.** Gerald J. Larson, ed. Bloomington, IN.: Indiana University Press, 2001.

Gardner, James A. The Sociological Jurisprudence of Roscoe Pound (Part I). **Vill Law Review.** 7, 1 (1961): 1-26.

Griffiths, Anne. Legal Pluralism. In **An Introduction to Law and Social Theory**. Reza Banakar and Max Travers, eds. Oxford: Hart, 2002.

Griffiths, John. What is Legal Pluralism?. **Journal of Legal Pluralism.** 24 (1986): 1-55.

Hallaq, Wael B. **An Introduction to Islamic Law**. New York: Cambridge University Press, 2009.

Hamin, Hyshayama and Isadeen, Hasanah Cegu. **Unequal Citizens: Muslim Women's Struggle for Justice and Equality in Sri Lanka.** Retrieved March 20, 2017 from https://www.oursplatform.org/wp-content/uploads/ Unequal-Citizens-Sri-Lanka-Hamin-and-Isadeen.pdf

Hofri-Winogradow, Adam S. A Plurality of Discontent: Legal Pluralism, Religious Adjudication and the State. **Journal of Law & Religion.** 26 (2010): 101-133.

Holbrook, Justin G. **Legal Hybridity in the Philippines: Lessons in Legal Pluralism from Mindanao and the Sulu Archipelago**. Retrieved December 12, 2018 from https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1486169

Hooker, Barry M. Islamic Law in South-east Asia. **Asian Law.** 4 (2002): 213-231.

Hooker, Barry M. **Legal Pluralism: An Introduction to Colonial and Neo-colonial Laws.** Oxford: Clarendon, 1975.

International Council on Human Rights Policy (ICHRP). **When Legal Worlds Overlap Human Rights, State and Non-State Law**. Vernier, Switzerland: ATAR Roto Press, 2009.

Kenya Legal Resources. **History of the Law of Succession in Kenya.** Retrieved May 22, 2017 from http://www.kenyalawresourcecenter.org/2011/07/ history-of-law-of-succession-in-kenya.html

Krishnan, Jayanth K. and Galanter, Marc. **Personal Law and Human Rights in India and Israel.** Retrieved December 12, 2018 from http://www.repository. law.indiana.edu/facpub/419

Lau, Martin. Sharia and National Law in Pakistan. In **Sharia Incorporated a Comparative Overview of the Legal Systems of Twelve Muslim Countries in Past and Present**. Jan Michiel Otto, ed. The Netherlands: Leiden University Press, 2010.

Lepore, Christopher R. Asserting State Sovereignty over National Communities of Islam in the United States and Britain: Sharia Courts as a Tool of Muslim Accomodation and Integration. **Washington University Global Studies Law Review.** 11, 3 (2012): 669-699.

Majlis Ugama Islam Singapura (MUIS). **Appeal Board.** Retrieved March 20, 2016 from http://www.muis.gov.sg/Services/Appeal-Board/index.html

Malik, Maleiha. **Minority Legal Orders in the UK: Minorities, Pluralism and the Law.** London: British Academy Policy Centre, 2012.

Man, Che. **Muslim Separatism: The Moros of Southern Philippines and the Malays of Southern Thailand**. Quezon City: Ateneo de Manila University Press, 1990.

Maret, Rebecca E. Mind the Gap: The Equality Bill and Sharia Arbitration in the United Kingdom. **Boston College International and Comparative Law Review.** 36, 1 (2013): 255-283.

Marsoof, Saleem. **The Quazi Court System in Sri Lanka and its Impact on Muslim Women, Reprint: 2011**. Colombo: Muslim Women's Research and Action Forum (MWRAF), 2011.

McGilvray, Dennis B. and Raheem, Mirak. **Muslim Perspectives on the Sri Lankan Conflict.** Washington, D.C.: East-West Center Washington, 2007.

McHugh, Jess. In 2016, UK Muslim Population is More Than 3M, Expected to Rise with More Asylum-Seeker. **International Business Time** (2 January 2016). Retrieved February 20, 2017 from http://www.ibtimes.com/2016-uk-muslim-population-more-3m-expected-rise-more-asylum-seekers-2288027

Mecelle: The Mecelle-i Ahkam-i Adliye. Retrieved December 20, 2015 from http://www.oxfordislamicstudies.com/article/opr/t125/e1492

Menski, Werner. Law as a Kite: Managing Legal Pluralism in the Context of Islamic Finance. In **Islamic Finance in Europe: Towards a Plural Financial System**. Valentino Cattelan, ed. Cheltenham, UK: Edward Elgar, 2013.

Merry, Sally E. Legal Pluralism. **Law and Society Review.** 22, 5 (1988): 869-896.

Merry, Sally E. Legal Pluralism and Legal Culture: Mapping the Terrain. In **Legal Pluralism and Development Policy: Scholars and Practitioners in Dialogue.** Brian Tamanaha, Caroline Sage and Michael Woolcock, eds. New York: Cambridge, 2012.

Michaels, Ralf. The Re-State-Ment of Non-State Law: The State, Choice of Law, and the Challenge from Global Legal Pluralism. **Wayne Law Review.** 51 (2005): 1209-1259.

Muhammad, Ramizah Wan. The Administration of Syariah Courts in Malaysia, 1957–2009. **Journal of Islamic Law and Culture.** 13, 2-3 (2011): 242-252.

Murdoch, Jim. **Protecting the Right to Freedom of thought, Conscience and Religion under the European Convention on Human Rights**. Strasbourg: Council of Europe, 2012.

Muslim Arbitration Tribunal. **Procedure Rules of Muslim Arbitration Tribunal**. Retrieved June 20, 2018 from http://www.matribunal.com/rules.php

Muslim Arbitration Tribunal. **Services We Offer**. Retrieved June 20, 2018 from http://www.matribunal.com/services.php

Nyanduga, Bahame Tom and Manning, Christabel. **Guide to Tanzanian Legal System and Legal Research.** Retrieved May 22, 2017 from http:// www.nyulawglobal.org/globalex/Tanzania.html

Otto, Jan Michiel. Introduction: Investigating the Role of Sharia in National Law. In **Sharia Incorporated a Comparative Overview of the Legal Systems of Twelve Muslim Countries in Past and Present**. Jan Michiel Otto, ed. The Netherlands: Leiden University Press, 2010.

Otto, Jan Michiel. Towards Comparative Conclusions on the Role of Sharia in National Law. In **Sharia Incorporated a Comparative Overview of the Legal Systems of Twelve Muslim Countries in Past and Present**. Jan Michiel Otto, ed. The Netherlands: Leiden University Press, 2010.

PEW Research Center. **Muslims.** Retrieved December 15, 2015 from http://www. pewforum.org/2015/04/02/muslims/

Phillips, Lord. **Equality Before the Law**. Retrieved December 12, 2018 from http://archive.eastlondonmosque.org.uk/archive/uploadedImage/pdf/LMC/ Lord Chief Justice booklet.pdf

Pound, Roscoe. Sociology of Law and Sociological Jurisprudence. **The University of Toronto Law Journal**. 5, 1 (1943): 1-20. Retrieved June 15, 2015 from http://www.jstor.org/stable/824509

Rafeeq, Mona. Rethinking Islamic Law Arbitration Tribunals: Are They Compatible with Traditional American Notions of Justice?. **Wisconsin International Law Journal.** 28, 1 (2010): 108-139.

Reiss, Maria. The Materialization of Legal Pluralism in Britain: why Shari'a Council Decisions Should Be Non-Binding. **Arizona Journal of International and Comparative Law.** 26 (2009): 739-778.

Sage, Caroline and Woolcock, Michael. Introduction. In **Legal Pluralism and Development Policy: Scholars and Practitioners in Dialogue**. Brian Tamanaha, Caroline Sage and Michael Woolcock, eds. New York: Cambridge, 2012.

Sezgin, Yuksel. How to Integrate Universal Human Rights into Customary and Religious System?. **Journal of Legal Pluralism.** 60 (2010): 5-40.

Sezgin, Yuksel. A Political Account for Legal Confrontation between State and Society: The Case of Israeli Legal Pluralism. **Studies in Law, Politics and Society.** 32 (2004): 199-235.

Shuaib, Farid S. The Islamic Legal System in Malaysia. **Pacific Rim Law & Policy Journal**. 21, 1 (2012): 85-113.

Sri Lanka, Centre on Housing Rights and Evictions (COHRE). **Inheritance Rights of Children in Sri Lanka**. Colombo: Wits Associates (Pvt), 2008.

Starr, J. O. Folk Law in Official Courts of Turkey. In **People's Law and State Law**. A. Allott and G. R. Woodman, eds. Dordrecht: Foris Publications 1985. quoted in Sezgin, Yuksel. A Political Account for Legal Confrontation between State and Society: The Case of Israeli Legal Pluralism. **Studies in Law, Politics and Society.** 32 (2004).

Supreme Court Republic of the Philippines. **2013 The Judiciary Annual Report Vol. 1.** Retrieved May 25, 2016 from http://sc.judiciary.gov.ph/

Syariah Court Singapore. **Process and Procedures: For Litigants.** Retrieved December 17, 2015 from https://www.syariahcourt.gov.sg/ syariah/front-end/ Default.aspx?pid=M13

Tamanaha, Brian Z. The Rule of Law and Legal Pluralism in Development. In **Legal Pluralism and Development Policy: Scholars and Practitioners in Dialogue.** Brian Tamanaha, Caroline Sage and Michael Woolcock, eds. New York: Cambridge, 2012.

Tamanaha, Brian Z. Understanding Legal Pluralism: Past to Present, Local to Global. **Sydney Law Review.** 30 (2008): 375-411.

Tambimuttu, Aquinas V. **Sri Lanka: Legal Research and Legal System.** Retrieved December 12, 2018 from http://www.nyulawglobal.org/globalex/ Sri_Lanka1.html#PersonalLaws

Twining, William. Normative and Legal Pluralism: A Global Perspective. **Duke Journal of Comparative & International Law.** 20 (2010): 473-518.

Twinning, William. Legal Pluralism 101. In **Legal Pluralism and Development Policy: Scholars and Practitioners in Dialogue.** Brian Tamanaha, Caroline Sage and Michael Woolcock, eds. New York: Cambridge, 2012.

United States Department of State Bureau of Democracy. **Human Rights, and Labor, International Religious Freedom Report for 2014: Philippines.** Retrieved May 18, 2016 from https://www.state.gov/documents/ organization/171666.pdf

University of Minnesota Human Rights Center. **Freedom of Religion or Belief.** Retrieved October 20, 2015 from http://www.umn.edu/humanrts/ edumat/studyguides/ religion.html

Vanderlinden, Jacques. Return to Legal Pluralism: 20 Years Later. **Journal of Legal Pluralism.** 28 (1989): 149-157.

Ven, Johannes A. van der. Religious Rights for Minorities in a Policy of Recognition. **Religion & Human Rights**. 3, 2 (2008): 155-183.

Vogl, Stefan. Eugen Ehrlich's Linking of Sociology and-Jurisprudence. In **Living Law Reconsidering Eugen Ehrlich**. Marc Hertogh, ed. Oxford: Hart, 2009.

Walter, Nicholas. Religion Arbitration in the United States and Canada. **Santa Clara Law Review.** 52, 2 (2012): 501-569.

Watch, Concordat. **What is Secularism?.** Retrieved October 15, 2015 from http:// www.concordatwatch.eu/showtopic.php?org_id=1551&kb_header_id=15791

Williams, Rowan. **Archbishop's Lecture – Civil and Religious Law in England: A Religious Perspective.** Retrieved December 12, 2018 from http://aoc2013. brix.fatbeehive.com/articles.php/1137/archbishops-lecture-civil-and-religious-law-in-england-a-religious-perspective

Woodman, Gordon R. Ideological Combat and Social Observation: Recent Debate about Legal Pluralism. **Journal of Legal Pluralism.** 42 (1998): 21-59

Woodman, Gordon R. The Development 'Problem' of Legal Pluralism: An Analysis and Steps Towards Solutions. In **Legal Pluralism and Development Policy: Scholars and Practitioners in Dialogue.** Brian Tamanaha, Caroline Sage and Michael Woolcock, eds. New York: Cambridge, 2012.

The World Factbook: Sri Lanka, Retrieved February 20, 2017 from https://www.cia. gov/library/publications/ the-world-factbook/geos/ce.html

Yang, Calvin. **The Straits Times, More Women on Muis Board of Appeal.** Retrieved March 20, 2016 from http://www.straitstimes.com/singapore/ more-women-on-muis-board-of-appeal

Yassari, Nadjma and Saboory, Mohammad Hamid. Sharia and National Law in Afghanistan. In **Sharia Incorporated a Comparative Overview of the Legal Systems of Twelve Muslim Countries in Past and Present**. Jan Michiel Otto, ed. The Netherlands: Leiden University Press, 2010.

Yihan, Goh and Tan, Paul. Empirical Study on Development of Singapore Law. **Singapore Academy of Law Journal.** 23 (2011): 176-226

Zanki, Najmaldeen K. Kareem. Codification of Islamic Law Premises of History and Debates of Contemporary Muslim Scholars. **International Journal of Humanities and Social Science.** 4, 9 (1) (July 2014): 127-137

ภาคผนวก

ภาคผนวก ก

แบบหนังสือรับรองการสมรส หนังสือรับรองการหย่า ของคณะกรรมการอิสลามประจำกรุงเทพมหานคร

ที่...../2554

หนังสือรับรองการสมรส

หนังสือรับรองฉบับนี้ คณะกรรมการอิสลามประจำมัสยิด.....
มัสยิดทะเบียนเลขที่.....ตั้งอยู่เลขที่.....หมู่.....ซอย.....ถนน
.....แขวง.....เขต.....กรุงเทพมหานคร ขอรับรอง
ว่า นาย.....อยู่บ้านเลขที่.....หมู่.....ซอย.....
ถนน.....ตำบล/แขวง.....อำเภอ/เขต.....
จังหวัด.....ถือบัตรประจำตัวประชาชนเลขที่.....ออกให้ ณ
.....ได้ทำการสมรสกับนางสาว.....อยู่บ้านเลขที่
.....หมู่.....ซอย.....ถนน.....ตำบล/แขวง
.....อำเภอ/เขต.....จังหวัด.....ถือบัตร
ประจำตัวประชาชนเลขที่.....ออกให้ ณ .....โดยมี
นาย.....อิหม่ามประจำมัสยิด.....เป็นผู้ทำการ
สมรส และมีนาย.....นาย.....เป็นพยาน เมื่อวันที่
.....เดือน.....พ.ศ.....เป็นการสมรสตามหลักการศาสนาอิสลามและแบบ
ฉบับของท่านร่อซูลุลลอฮิซอลลัลลอฮุอะลัยฮิวะซัลลัม

จึงออกหนังสือรับรองฉบับนี้ให้ไว้เป็นหลักฐาน

ให้ไว้ ณ วันที่.....เดือน.....พ.ศ.....

(.....)
อิหม่ามประจำมัสยิด.....

รูปฝ่ายชาย	รูปฝ่ายหญิง

บันทึกคำให้การผู้เข้ารับนับถือศาสนาอิสลาม

สำนักงานคณะกรรมการอิสลามประจำมัสยิด

วันที่.....เดือน.....พ.ศ.....

ข้าพเจ้า.....อายุ.....ปี อยู่บ้านเลขที่.....หมู่.....
ซอย.....ถนน.....ตำบล/แขวง.....อำเภอ/เขต
.....จังหวัด.....ถือบัตรประจำตัวประชาชนเลขที่.....
ออกให้ ณ.....มีความประสงค์เข้ารับอิสลาม ด้วยความสมัครใจและความศรัทธา ไม่มีผู้ใดบังคับข้าพเจ้า โดยมีชื่อมุสลิมว่า".....".....และข้าพเจ้าขอให้คำสัญญาโดยสุจริตและบริสุทธิ์ใจว่า ข้าพเจ้าจะประพฤติตนเป็นมุสลิมที่ดี อยู่ภายใต้บทบัญญัติของศาสนาอิสลามอย่างเคร่งครัด จะศึกษาและปฏิบัติตนในหลักการของศาสนาอิสลามอย่างเคร่งครัด และข้าพเจ้าจะอยู่ในศาสนาอิสลามตราบจนชั่วชีวิต

ข้าพเจ้าขอสั่งไว้แก่ทายาททุกคนของข้าพเจ้ารวมทั้งผู้มีอำนาจจัดการเกี่ยวกับผลประโยชน์และตัวของข้าพเจ้าว่า การกระทำใดๆ ทั้งทางกฎหมายและทางสังคมที่เกี่ยวข้องกับข้าพเจ้า ทั้งในขณะที่ข้าพเจ้ายังมีชีวิตหรือถึงแก่กรรมไปแล้ว ต้องจัดการเรื่องศพ ทรัพย์สิน และทายาทของข้าพเจ้าให้ถูกต้องตามหลักการศาสนาอิสลามทุกประการ

ข้าพเจ้าขอให้คำรับรองว่า ที่กล่าวมาทั้งหมดเป็นความจริงทุกประการ

ลงชื่อ.....ผู้ให้ถ้อยคำ
(.....)

ลงชื่อ.....ผู้นำแจ่วปฏิญาณ
(.....)

ลงชื่อ.....พยาน
(.....)

ลงชื่อ.....พยาน
(.....)

ลงชื่อ.....ผู้บันทึก
(.....)

ขอรับรองว่า.....ได้เข้ารับนับถือศาสนาอิสลามโดยถูกต้องตามหลักการของศาสนาอิสลามทุกประการ

ลงชื่อ.....
(.....)
อิหม่ามประจำมัสยิด.....

บันทึกการสมรส

สำนักงานคณะกรรมการอิสลามประจำมัสยิด

วันที่ .....เดือน..... พ.ศ. .....

ข้าพเจ้า นาย/นางสาว..... อายุ.....ปี อยู่บ้านเลขที่.....
หมู่.....ซอย.....ถนน.....ตำบล/แขวง.....อำเภอ/เขต
.....จังหวัด.....ถือบัตรประจำตัวประชาชนเลขที่.....ออกให้ ณ
.....บิดาชื่อ นาย.....มารดาชื่อ นาง.....ข้าพเจ้าขอยืนยันว่า
ข้าพเจ้าไม่เคยสมรสมาก่อน มีความประสงค์สมรสกับ นาย..... อยู่บ้านเลขที่.....หมู่.....ซอย
.....ถนน.....ตำบล/แขวง.....อำเภอ/เขต
.....จังหวัด.....ถือบัตรประจำตัวประชาชนเลขที่
.....ออกให้ ณ.....และข้าพเจ้าขอยืนยันว่า ในขณะนี้ข้าพเจ้ามีนาย
.....ซึ่งนับถือศาสนาอิสลาม เป็นผู้ปกครองทำการสมรส (วะลี) และบิดา ได้มอบหมาย (วากีล) ให้
นาย.....อิหม่ามประจำมัสยิด.....ทำการสมรสข้าพเจ้ากับ
นาย.....ด้วยมะฮัร.....

ข้าพเจ้าขอให้คำรับรองว่า ที่กล่าวมาทั้งหมดเป็นความจริงทุกประการ และข้าพเจ้าได้กล่าวสาบานต่อหน้าพยานแล้ว

ลงชื่อ.....ผู้ให้ถ้อยคำ
(.....)

บันทึกผู้ทำการสมรส

ข้าพเจ้า นาย.....ตำแหน่งประจำมัสยิด.....ได้ทำการสมรส
ระหว่าง นาง/นางสาว.....กับนาย.....โดยมี
นาย.....และนาย.....เป็นพยาน เมื่อวันที่.....เดือน
..... พ.ศ..... เวลา.....น. ณ สำนักงานคณะกรรมการอิสลามประจำมัสยิด
.....เขต.....กรุงเทพมหานคร โดยมีเงื่อนไขในการนิกะห์ดังนี้ (ฝ่ายสามีได้กล่าวแก่
ภรรยาต่อหน้าพยาน)

"ข้าพเจ้า นาย..... เป็นสามีของ นาง/นางสาว..... ถูกต้องตามบทบัญญัติอิสลามแล้ว ขอให้สัญญาแก่ภรรยาของข้าพเจ้าว่า จะส่งเสียเลี้ยงดูภรรยาของข้าพเจ้าให้มีความสุขตามบทบัญญัติอิสลามตลอดไป ข้าพเจ้าจะไม่หย่าภรรยาของข้าพเจ้าโดยพลการ นอกจากจะต้องแจ้งแก่ ผู้นิกะห์ก่อน และข้าพเจ้าขอให้สัญญาเป็นเงื่อนไขแก่ภรรยาของข้าพเจ้าว่า หากข้าพเจ้าไม่ส่งเสียเลี้ยงดูภรรยาของข้าพเจ้าติดต่อเป็นเวลา 6 เดือน เมื่อภรรยาของข้าพเจ้าต้องการเป็นอิสระจากข้าพเจ้า ให้นำเรื่องที่ข้าพเจ้าไม่ส่งเสียเลี้ยงดูไปฟ้องผู้นิกะห์ หรืออิหม่ามประจำมัสยิด เมื่อผู้รับฟ้องได้สอบสวนหรือสืบสวนจนประจักษ์ในความผิดข้าพเจ้าฉีดว่าข้าพเจ้าได้หย่าภรรยาของข้าพเจ้าแล้ว" ทุกฝ่ายจึงได้ลงลายมือชื่อไว้เป็นหลักฐาน

ลงชื่อ.....คู่สมรส
(.....)

ลงชื่อ.....คู่สมรส
(.....)

ลงชื่อ.....ผู้ทำการสมรส
(.....)

ลงชื่อ.....พยานการสมรส
(.....)

ลงชื่อ.....พยานการสมรส
(.....)

หัวกระดาษมัสยิด

บันทึกการหย่า

เขียนที่ .....

.....

วันที่ .....เดือน ..... พ.ศ. .....

ข้าพเจ้า นาย..... สัญชาติ ไทย ถือบัตรประจำตัวประชาชน เลขที่..... ออกให้ ณ ..... จังหวัด..... อยู่บ้านเลขที่ ..... หมู่ ..... ซอย..... ถนน..... ตำบล/แขวง..... อำเภอ/เขต..... จังหวัด..... กรรสาชื่อ นาง/นางสาว.....

ข้าพเจ้ากับ นาง/นางสาว..... เลขประจำตัวประชาชน ..... อยู่บ้านเลขที่ ..... หมู่ ..... ซอย..... ถนน..... ตำบล/แขวง ..... อำเภอ/เขต..... จังหวัด..... มีเหตุผลอันถึงที่สุดแล้ว ไม่สามารถจะอยู่ร่วมกันในฐานะสามีภรรยากันได้

- ข้าพเจ้าได้ไตร่ตรองแล้ว จึงตัดสินใจแน่วแน่ว่าต้องการหย่าภรรยาของข้าพเจ้า ข้าพเจ้าจึงหย่ากรรยาของข้าพเจ้า ..... ตอลาก (طلاق) ตั้งแต่บัดนี้เป็นต้นไป ข้าพเจ้ายินดีปฏิบัติตามหน้าที่ของข้าพเจ้าอันเกี่ยวเนื่องด้วยสิทธิของ นาง/นางสาว ..... ที่พึงได้รับจากข้าพเจ้าทุกประการ ทุกฝ่ายจึงลงลายมือชื่อไว้เป็นหลักฐานต่อหน้าพยาน

ลงชื่อ.....ผู้หย่า ลงชื่อ.....ผู้ถูกหย่า

(.....) (.....)

ลงชื่อ.....อิหม่าม ลงชื่อ.....พยาน

(.....) (.....)

ลงชื่อ.....พยาน ลงชื่อ.....ผู้บันทึก

(.....) (.....)

หัวกระดาษมัสยิด

ที่ กอ.ม...../.....

หนังสือรับรองการหย่า

คณะกรรมการอิสลามประจำมัสยิด..... ให้ไว้เพื่อรับรอง ว่า นาย..... สัญชาติ ไทย ถือบัตรประจำตัวประชาชนเลขที่ ..... ออกให้ ณ ..... จังหวัด..... อยู่บ้านเลขที่ ..... หมู่ ..... ตำบล/แขวง..... อำเภอ/เขต..... จังหวัด ..... ได้ทำการหย่า นาง/นางสาว..... ซึ่งเป็นภรรยา ..... ตลอด เมื่อวันที่ ..... เดือน..... พ.ศ. ..... เป็นที่เรียบร้อยแล้ว โดยอิดดะห์ของเธอ คือ ต้องให้พ้นช่วงจากการมีประจำเดือนครบ 3 ครั้ง (สามกุรุอ)

จึงออกหนังสือรับรองฉบับนี้ให้ไว้เป็นหลักฐาน

ให้ไว้ ณ วันที่ .....เดือน ..... พ.ศ. .....

(.....)

อิหม่ามประจำมัสยิด.....

ฝ่ายหญิง

ลงชื่อ.....ผู้ถูกหย่า

(.....)

หนังสือร้องเรียนขอฟะซัคนิกาห์ (การยกเลิกการแต่งงาน)

เขียนที่.....

.....

วันที่.....เดือน.....พ.ศ.....

เรื่อง ขอให้ดำเนินการฟะซัคนิกะห์

เรียน กอฎีประจำคณะกรรมการอิสลามประจำกรุงเทพมหานคร

ด้วยข้าพเจ้า.....อยู่บ้านเลขที่.....

หมู่ที่.....ตรอก/ซอย.....ถนน.....

ตำบล/แขวง.....อำเภอ/เขต.....จังหวัด.....

โทรศัพท์.....ได้นิกะห์กับนาย.....

เมื่อวันที่.....เดือน.....พ.ศ.....โดยนาย.....

ตำแหน่ง.....ประจำมัสยิด.....

อำเภอ/เขต.....จังหวัด..... เป็นผู้ทำการนิกะห์ให้กับ ข้าพเจ้าทั้งสอง โดยข้าพเจ้า ☐ ไม่ได้จดทะเบียนสมรส ☐ ได้จดทะเบียนสมรสตามกฎหมาย และข้าพเจ้า ☐ ได้หย่าตามกฎหมายแล้ว ☐ ยังไม่ได้หย่าตามกฎหมาย มีบุตรด้วยกัน .....คน เป็นชาย.....คน เป็นหญิง.....คน

ข้าพเจ้า มีความประสงค์จะขอฟะซัคการนิกะห์กับสามีของข้าพเจ้า เนื่องจาก.....

.....

.....

จึงเรียนมาเพื่อโปรดพิจารณาและดำเนินการฟะซัคนิกะห์ (การยกเลิกการแต่งงาน) ระหว่าง ข้าพเจ้ากับนาย.....สามีของข้าพเจ้า จักขอบคุณยิ่ง

ขอแสดงความนับถือ

ลงชื่อ.....

(.....)

ลงชื่อ.....พยาน ลงชื่อ.....พยาน

(.....) (.....)

ความเห็นของสิทธิ์ประจำมัสยิดหรือผู้ที่ได้รับมอบหมาย

ข้าพเจ้านาย.....

อิหม่ามประจำมัสยิด.....เขต..... กรุงเทพมหานคร

การร้องขอนของนาง.....ซึ่งเป็นกรรยา

ของนาย..... นั้น

☐ ข้าพเจ้าได้สอบสวนแล้ว ปรากฏว่า.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

☐ ข้าพเจ้าไม่ได้สอบสวน เนื่องจาก.....

.....

.....

ลงชื่อ.....อิหม่ามประจำมัสยิด

(.....)

หมายเหตุ เอกสารประกอบการพิจารณาคำ (ยกเลิกการแต่งงาน)

☐ เอกสารการหย่าทางราชการ 1 ฉบับ

☐ สำเนาบัตรประจำตัวประชาชน 1 ฉบับ

☐ รูปถ่าย 1 นิ้ว 2 รูป

☐ หนังสือรับรองการเป็นสัปปุรุษ 1 ฉบับ

ภาคผนวก ข

แบบบันทึกการสมรส หนังสือหลักฐานการหย่า และแบบเอกสารการไกล่เกลี่ย ของคณะกรรมการอิสลามจังหวัดสงขลา

สารส่วนสำนักงานคณะกรรมการ
อิสลามประจำจังหวัดสงขลา

สข.สร. 02

چاتيڽن كتراغن نكاح

อันดับที่...../.....

บันทึกการสมรส

มัสยิด.....

หมู่ที่.....ตำบล.....

อำเภอ.....

วันที่.....

ายชาย ชื่อ.....อายุ.....ปี เลขประจำตัวประชาชน.....

าชื่อ.....มารดาชื่อ.....ปัจจุบันอยู่บ้านเลขที่.....หมู่ที่.....

บล.....อำเภอ.....จังหวัด.....

ายหญิง ชื่อ.....อายุ.....ปี เลขประจำตัวประชาชน.....

าชื่อ.....มารดาชื่อ.....ปัจจุบันอยู่บ้านเลขที่.....หมู่ที่.....

บล.....อำเภอ.....จังหวัด.....

ปกครอง ผู้ปกครองฝ่ายหญิงที่มีอำนาจในการสมรสขณะนี้ได้แก่.....

กษ์เป็น.....ของฝ่ายหญิง

ยาน.....

นาย.....บ้านเลขที่.....หมู่ที่.....ตำบล.....อำเภอ.....จังหวัด.....

นาย.....บ้านเลขที่.....หมู่ที่.....ตำบล.....อำเภอ.....จังหวัด.....

พย์สินที่ตกลงกันเป็นค่านิกาห์ (มะฮัร)

ายตกลงมอบค่านิกาห์ (มะฮัร) แก่ฝ่ายหญิง คือ.....

อตกลงพิเศษ ฝ่ายชายได้ตะและแก่ภริยา โดยกล่าวต่อหน้าพยานว่า

า.....ซึ่งเป็นสามีของ.....

ต้องตามบัญญัติอิสลามแล้ว ขอให้สัญญาแก่ภริยาของข้าฯ ต่อหน้าผู้นิกาห์และพยานว่า ข้าฯ จะเลี้ยงดูภริยาของข้าฯ ตามบท
ญญัติของศาสนาอิสลามต่อไป ข้าฯ จะไม่หย่าภริยาของข้าฯ โดยพลการจนกว่าจะได้แจ้งแก่ผู้นิกาห์ หรือ อีหม่ามมัสยิด
ก่อน และข้าฯ ขอตะและไว้ว่า หากข้าฯ ทอดทิ้งไม่เหลียวแลเลี้ยงดูภริยาของข้าฯ หรือเราไม่อาจอยู่ร่วมกันฉันสามีภริยา
ต่อกันเป็นเวลานานกว่า.....เดือน หรือข้าฯ ทุบตีทำร้ายหรือสมควรแก่เหตุเมื่อภริยาของข้าฯ นำเรื่องฟ้อง อีหม่ามมัสยิด
ะกรรมการอิสลามประจำจังหวัด พร้อมพยาน 2 คน และได้สอบสวนหรือไกล่เกลี่ยแล้ว จึงรับฟ้อง ให้ถือว่าภริยาของข้าฯ
ตอล้าค 1 ตอล้าค หากข้าฯ ขอคืนดี (รอเยาะฮ์) โดยไม่ได้รับความยินยอมจากนาง ก็ให้ถือว่านางตกตอล้าคอีก 1 ตอล้าค

มเติม.....

.....

.....สามี

(.....)

.....ภริยา

(.....)

.....ผู้ปกครอง

(.....)

.....ผู้นิกาห์

(.....)

สำเนาคู่ฉบับ

สำนักงานคณะกรรมการอิสลาม
ประจำจังหวัดสงขลา
352 ถนนลพบุรีราเมศวร์ หมู่ที่ 10
ตำบลคลองแห อำเภอหาดใหญ่ จังหวัดสงขลา 90110
โทร. 074-305300 โทรสาร 074-305301

المجلس الإسلامي
بولاية سونجكلا تايلند
THE ISLAMIC COMMITTEE OF SONGKHLA
352 LOPBURIRAMESUAN RD., MOO 10, KLONGHAE
HATYAI, SONGKHLA, THAILAND 90110
TEL : 074-305300 FAX : 074-305301

เล่มที่..... เลขที่.....

سورت كتراغن جراي

หนังสือหลักฐานการหย่า

สำนักงานคณะกรรมการอิสลามประจำจังหวัดสงขลา

مجلس أكام إسلام ولاية سونجكلا

เลขที่..... بيلاغن ..... جلد .....

วันที่.....เดือน.....พ.ศ..... تاريخ ..... هجرية .....

ชื่อสามี..... بوذية

อยู่บ้านเลขที่.....ตำบล..... نام سوامي ..... بن .....

อำเภอ.....จังหวัด..... كمفوغ ..... دائرة ..... ولاية .....

ชื่อภรรยา..... نام استري ..... بنت .....

อยู่บ้านเลขที่.....ตำบล..... كمفوغ ..... دائرة ..... ولاية .....

อำเภอ.....จังหวัด.....

ต่อไปนี้เป็นคำกล่าวของสามี "ข้าพเจ้าหย่าภรรยา

ข้าพเจ้าที่มีชื่อ.....

ด้วย.....ตอลีาค และหากข้าพเจ้าคืนดี (รอยีะฮ์)

ภรรยาของข้าพเจ้า โดยมิได้รับความยินยอมจากหล่อนจะ

ตกตอลีาคด้วยการกระทำดังกล่าวอีกหนึ่งตอลีาค"

إين لفظ سوامي : أكو طلاق استريكو يغبر

نام ..... بنت ..... دغن .....

طلاق دان جك أكو رجوع استريكو إين دغن

كيادان رضان ملك ترطلاق إي فولا دغن ساتو طلاق

ลายเซ็นสามี..... تندا تاغن سوامي .....

ลายเซ็นพยานผู้ฟัง..... تندا تاغن سقسي يغ مندغر .....

ลายเซ็นพยานผู้ฟัง..... تندا تاغن سقسي يغ مندغر .....

ลายเซ็นผู้เขียน..... تندا تاغن فوليس .....

หมายเหตุ :

หากสามี-ภรรยามีข้อตกลงพิเศษให้บันทึก
รายละเอียดแนบเอกสารนี้ไว้ด้วย

سورت كراڠن رجوع

تاريخ...../...../..... هـ..برسمأن...../...../..... فدا حم.....

نام فندفتر.....بن.....حوالن.....كمفوڠ .....

ڤفت.....مقيم.....دائرة.....ولاية.....

نام سواميڽ مرجوع.....بن.....نمر كارد.....

عمور.....تاهون. علامت.....

نام استري يڠ رجوع.....بنت.....نمر كارد.....

عمور.....تاهون. علامت.....

لفظ رجوع " اكو رجوع اكن استريكو يغونام.....كفدا ايكن نكاح اكو يغدهلو

تداتاڠن سوامي.....

تداتاڠن استري يڠ ماذن كن رجوع.....

تداتاڠن سقسي.....

تداتاڠن سقسي دان فندفتر.....

สำนักงานคณะกรรมการอิสลาม
ประจำจังหวัดสงขลา
352 ถ.ลพบุรีรามศวร์ หมู่ที่ 10
คลองแห ตำบลคลองแห อำเภอหาดใหญ่ จังหวัดสงขลา 90110
โทร. 074-305300 โทรสาร 074-305301

المجلس الإسلامي
ولاية سونجكلا تايلند
THE ISLAMIC COMMITTEE OF SONGKHLA
352 LOPBURIRAMESUAN RD., MOO 10, KLONGHAE,
HATYAI, SONGKHLA, THAILAND 90110
TEL :074-305300 FAX :074-305301

ล่มที่.....

ใบรับคำฟ้องตามพันธะสัญญา (ตะเละ)

เลขที่.....

วันที่.....

ตรงกับ.....

ข้าพเจ้า.....เลขประจำตัวประชาชน.....อายุ.....ปี
อยู่บ้านเลขที่.....หมู่ที่.....ถนน.....ตำบล.....อำเภอ.....จังหวัด.....
บิดาชื่อ.....โทรศัพท์.....
เป็นภรรยาของนาย.....เลขประจำตัวประชาชน.....อายุ.....ปี
อยู่บ้านเลขที่.....หมู่ที่.....ถนน.....ตำบล.....อำเภอ.....จังหวัด.....
ข้าพเจ้าขอยื่นคำฟ้องต่อนาย.....ตำแหน่ง.....
ว่าสามีของข้าพเจ้า นาย.....ว่า

- ☐ ไม่อาจอยู่ร่วมกันฉันท์สามีภรรยาได้
- ☐ ไม่สามารถส่งเสียเลี้ยงดูข้าพเจ้าในฐานะภรรยาได้ ทั้งนี้นับเป็นเวลา.....แล้ว
- ☐ ไม่สามารถทนการทุบตีทำร้ายเกินสมควรแก่เหตุได้

บันทึกเจ้าหน้าที่

สำนักงานคณะกรรมการอิสลามประจำจังหวัดสงขลา หรือ อิหม่ามประจำมัสยิด ได้รับคำร้องเรียนจาก นาง.....แล้ว โดยมีพยานยืนยัน คือ

1.นาย.....อยู่บ้านเลขที่.....หมู่ที่.....ตำบล.....อำเภอ.....จังหวัด.....
2.นาย.....อยู่บ้านเลขที่.....หมู่ที่.....ตำบล.....อำเภอ.....จังหวัด.....

จึงเห็นควรรับฟ้อง ให้ถือว่านาง.....คดีดอล้ำคี 1 ดอล้ำค

ลายมือชื่อ.....ผู้ฟ้อง
ลายมือชื่อ.....ผู้รับฟ้อง
ลายมือชื่อ.....พยาน
ลายมือชื่อ.....พยาน

สำนักงานคณะกรรมการอิสลาม
ประจำจังหวัดสงขลา
352 ถนนลพบุรีราเมศวร์ หมู่ที่ 10
ตลองแท อำเภอหาดใหญ่ จังหวัดสงขลา 90110
โทร. 074-305300 โทรสาร 074-305301

สำนักงานคณะกรรมการอิสลามประจำจังหวัดสงขลา
بولاية سونجكلا تايلند
THE ISLAMIC COMMITTEE OF SONGKHLA
352 LOPBURIRAMESUAN RD., MOO 10, KLONGHAE,
HATYAI, SONGKHLA, THAILAND 90110
TEL : 074-305300 FAX : 074-305301

สัญญายินยอมการไกล่เกลี่ย

ณ สำนักงานคณะกรรมการอิสลามประจำจังหวัดสงขลา

วันที่.....เดือน.....พ.ศ.....

****

ระหว่าง

.....

กับ

.....

ต่อหน้า

.....

ตำแหน่ง.....

สำนักงานคณะกรรมการอิสลามประจำจังหวัดสงขลา

การประชุมไกล่เกลี่ยได้จัดให้มีขึ้น ระหว่าง ..... กับ ..... ณ สำนักงานคณะกรรมการอิสลามประจำจังหวัดสงขลา โดยทั้งสองฝ่าย ต่างยินยอมไกล่เกลี่ย ในประเด็น ดังต่อไปนี้

1. .....
2. .....
3. .....

เพื่อเป็นสักขีพยานในสัญญายินยอมการไกล่เกลี่ยนี้ ทั้งสองฝ่ายให้การรับรองว่า ได้อ่านและเข้าใจในรายละเอียดข้อสัญญายินยอมการไกล่เกลี่ยเป็นอย่างดีแล้ว จึงร่วมลงนามรับรอง ณ วันที่ปรากฏในสัญญา ข้างต้น

ลงชื่อ..... ลงชื่อ.....
(.....) (.....)

ลงชื่อ.....ผู้ไกล่เกลี่ย
(.....)
กรรมการอิสลามประจำจังหวัดสงขลา

สำนักงานคณะกรรมการอิสลาม
ประจำจังหวัดสงขลา
352 ถนนลพบุรีราเมศวร์ หมู่ที่ 10
ตำบลคลองแห อำเภอหาดใหญ่ จังหวัดสงขลา 90110
โทร. 074-305300 โทรสาร 074-305301

THE ISLAMIC COMMITTEE OF SONGKHLA
352 LOPBURIRAMESUAN RD., MOO 10, KLONGHAE,
HATYAI, SONGKHLA, THAILAND 90110
TEL : 074-305300 FAX : 074-305301

สัญญาประนีประนอมยอมความและวินิจฉัยตามหลักการอิสลาม

ณ สำนักงานคณะกรรมการอิสลามประจำจังหวัดสงขลา

การร้องเรียนลำดับที่...../.....

สัญญาฉบับนี้ ทำขึ้น วันที่.....เดือน.....พ.ศ.....

ระหว่าง

นาย/นาง/นางสาว.....เลขประจำตัวประชาชน.....
ที่อยู่.....(ซึ่งต่อไปนี้จะเรียกว่าผู้ร้อง)

กับ

นาย/นาง/นางสาว.....เลขประจำตัวประชาชน.....
ที่อยู่.....(ซึ่งต่อไปนี้จะเรียกว่าผู้ถูกร้อง)

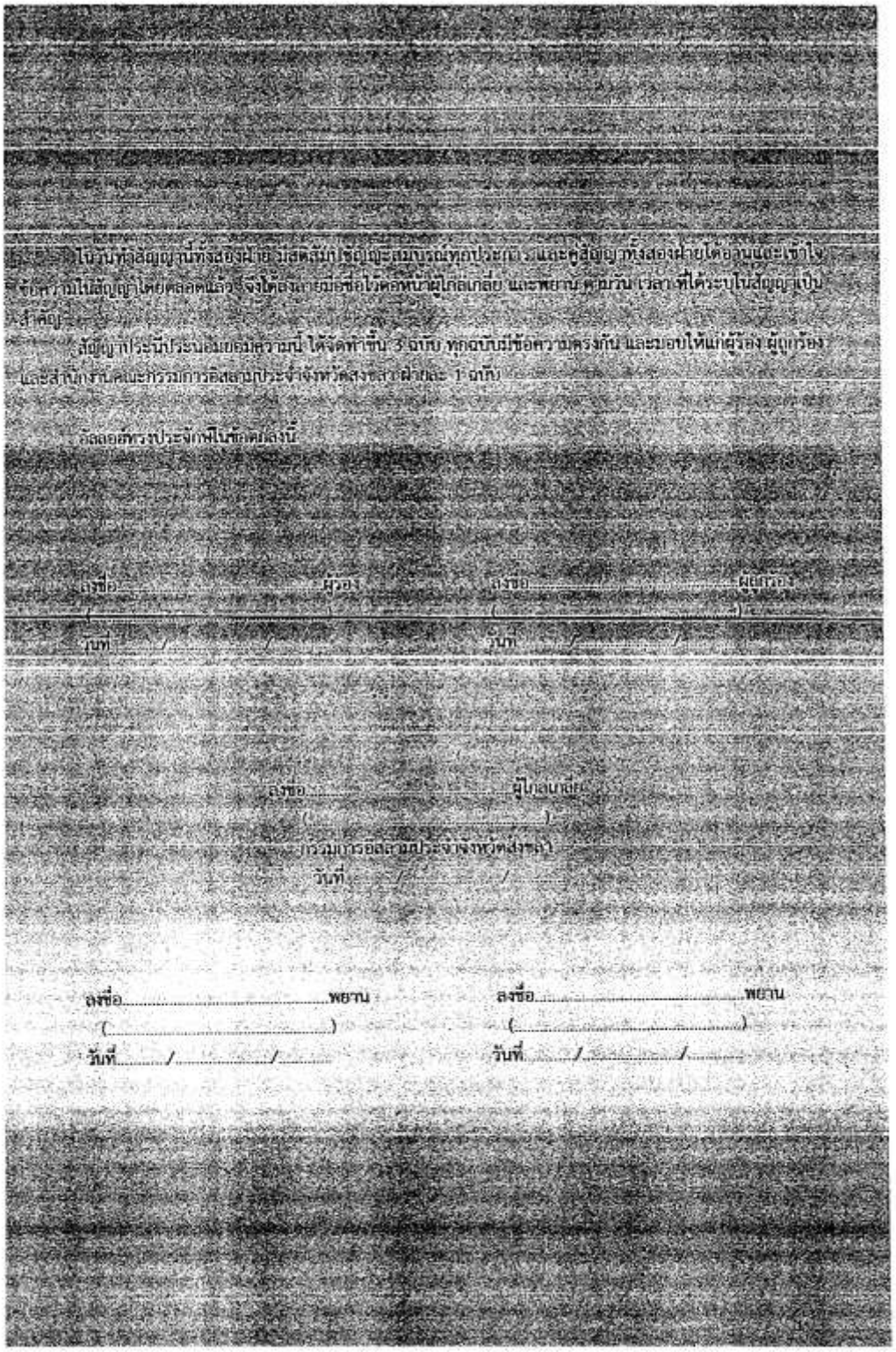
ต่อหน้า

.....
ผู้ไกล่เกลี่ย/ผู้มีอำนาจไกล่เกลี่ย

ตำแหน่ง.....
สำนักงานคณะกรรมการอิสลามประจำจังหวัดสงขลา

ผู้ไกล่เกลี่ยได้ประชุมไกล่เกลี่ยระหว่างผู้ร้องและผู้ถูกร้อง บัดนี้ทั้งสองฝ่ายมีข้อตกลงร่วมกัน และทำสัญญาประนีประนอมยอมความกัน เพื่อให้คณะกรรมการอิสลามประจำจังหวัด ประนีประนอมยอมความตามบทบัญญัติศาสนาอิสลาม ดังต่อไปนี้

.....
.....
.....
.....
.....
.....
.....
.....
.....
.....
.....
.....



ในวันทำสัญญานี้ทั้งสองฝ่าย ได้ตกลงกันโดยสุจริตและบริบูรณ์ทุกประการ และคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายได้อ่านและเข้าใจข้อความในสัญญาโดยตลอดแล้ว จึงได้ลงลายมือชื่อไว้ต่อหน้าผู้ใกล้เกลี่ย และพยาน ณ วันเวลา ที่ได้ระบุในสัญญานี้เป็นสำคัญ

สัญญาประนีประนอมยอมความนี้ ได้จัดทำขึ้น 3 ฉบับ ทุกฉบับมีข้อความตรงกัน และมอบให้แก่ผู้ร้อง ผู้ถูกร้อง และสำนักงานคณะกรรมการอิสลามประจำจังหวัดสงขลา ฝ่ายละ 1 ฉบับ

ลงชื่อ.....ผู้ร้อง
(.....)
วันที่ ... / ... / ...

ลงชื่อ.....ผู้ถูกร้อง
(.....)
วันที่ ... / ... / ...

ลงชื่อ.....ผู้ไกล่เกลี่ย
(.....)
กรรมการอิสลามประจำจังหวัดสงขลา
วันที่ ... / ... / ...

ลงชื่อ.....พยาน
(.....)
วันที่ ... / ... / ...

ลงชื่อ.....พยาน
(.....)
วันที่ ... / ... / ...

สำเนาคู่ฉบับ

สอ.สส. 03/60

บันทึกการสอบสวนส่วนคณะกรรมการอิสลามประจำจังหวัดสงขลา
คำให้การของพยานผู้ร้อง

ที่.....

วันที่.....เดือน.....พ.ศ.....

เรื่อง.....

(1) ข้าพเจ้า นาย/นาง.....(ผู้ร้อง) เกิดวันที่.....เดือน.....พ.ศ.....
อายุ.....ปี เกิดที่จังหวัด.....สัญชาติ.....ชื่อบิดา.....ชื่อมารดา.....
ที่อยู่.....หมู่ที่.....ถนน.....ตำบล.....อำเภอ.....จังหวัด.....โทร.....
อาชีพ.....เป็นอิหม่าม/ปรมัสยิด.....หมู่ที่.....ตำบล.....อำเภอ.....จังหวัด.....

(2) ขอให้ถ้อยคำต่อ นาย.....ตำแหน่ง.....
โดยข้าฯขอให้ถ้อยคำด้วยความสัตย์จริง ดังนี้.-

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

ลงชื่อ.....ผู้สอบสวน
(.....)

ลงชื่อ.....พยานฝ่ายผู้ร้อง
(.....)

สำเนาคู่ฉบับ

ตช.สส. 01/60

บันทึกการสอบสวนส่วนคณะกรรมการอิสลามประจำจังหวัดสงขลา
คำให้การของผู้ร้อง

หมายเลขลำดับการร้องเรียน...../.....

ที่.....

วันที่.....เดือน.....พ.ศ.....

เรื่องร้องเรียน.....

(1) ข้าพเจ้า นาย/นาง.....(ผู้ร้อง) เกิดวันที่.....เดือน.....พ.ศ.....
อายุ.....ปี เกิดที่จังหวัด.....สัญชาติ.....ชื่อบิดา.....ชื่อมารดา.....
ที่อยู่.....หมู่ที่.....ถนน.....ตำบล.....อำเภอ.....จังหวัด.....โทร.....
อาชีพ.....เป็นสัปปุรุษอิสลาม.....หมู่ที่.....ตำบล.....อำเภอ.....จังหวัด.....

(2) กับ นาย/นาง.....(ผู้ถูกร้อง) เกิดวันที่.....เดือน.....พ.ศ.....
อายุ.....ปี เกิดที่จังหวัด.....สัญชาติ.....ชื่อบิดา.....ชื่อมารดา.....
ที่อยู่.....หมู่ที่.....ถนน.....ตำบล.....อำเภอ.....จังหวัด.....โทร.....
อาชีพ.....เป็นสัปปุรุษอิสลาม.....หมู่ที่.....ตำบล.....อำเภอ.....จังหวัด.....

(3) คำร้องของผู้ร้อง (ระบุให้ชัดเจน หากมีหลายประเด็น โปรดแยกเป็นข้อๆ เพื่อความสะดวกในการวินิจฉัย)
ข้อมูลและประเด็นข้อพิพาท.....
.....
.....
.....
.....
.....
.....
.....
.....
.....
.....
ข้อเสนอเพื่อให้ข้อพิพาทยุติ.....
.....
.....
.....
.....

ลงชื่อ.....ผู้รับเรื่อง/ผู้สอบสวน
(.....)

ลงชื่อ.....ผู้ร้อง
(.....)

สำเนาคู่ฉบับ

สช.สส. 02/60

บันทึกการสอบสวนส่วนคณะกรรมการอิสลามประจำจังหวัดสงขลา
คำให้การของผู้ถูกร้อง

ที่.....

วันที่.....เดือน.....พ.ศ.....

เรื่อง.....

(1) ข้าพเจ้า นาย/นาง..... (ผู้ร้อง) เกิดวันที่.....เดือน.....พ.ศ.....
อายุ.....ปี เกิดที่จังหวัด..... สัญชาติ.....ชื่อบิดา.....ชื่อมารดา.....
ที่อยู่.....หมู่ที่.....ถนน.....ตำบล.....อำเภอ.....จังหวัด.....โทร.....
อาชีพ.....เป็นสัปปุรุษสยิด.....หมู่ที่.....ตำบล.....อำเภอ.....จังหวัด.....

(2) ขอให้ถ้อยคำต่อ นาย.....ตำแหน่ง.....
โดยข้าฯขอให้ถ้อยคำด้วยความสัตย์จริง ดังนี้.-
ข้อมูลและประเด็นข้อพิพาท.....
.....
.....
.....
.....
.....
.....
.....
.....
.....
.....
.....
.....
.....
ข้อเสนอเพื่อให้ข้อพิพาทยุติ.....
.....
.....
.....
.....

ลงชื่อ.....ผู้สอบสวน
(.....)

ลงชื่อ.....ผู้ถูกร้อง
(.....)

สำเนาคู่ฉบับ

สข.สล. 04/60

บันทึกการสอบสวนส่วนคณะกรรมการอิสลามประจำจังหวัดสงขลา
คำให้การของพยานผู้ถูกร้อง

ที่.....

วันที่.....เดือน.....พ.ศ.....

เรื่อง.....

(1) ข้าพเจ้า นาย/นาง.....(ผู้ร้อง) เกิดวันที่.....เดือน.....พ.ศ.....
อายุ.....ปี เกิดที่จังหวัด.....สัญชาติ.....ชื่อบิดา.....ชื่อมารดา.....
ที่อยู่.....หมู่ที่.....ถนน.....ตำบล.....อำเภอ.....จังหวัด.....โทร.....
อาชีพ.....เป็นสัปปุรุษมัสยิด.....หมู่ที่.....ตำบล.....อำเภอ.....จังหวัด.....

(2) ขอให้ถ้อยคำต่อ นาย.....ตำแหน่ง.....
โดยข้าฯขอให้ถ้อยคำด้วยความสัตย์จริง ดังนี้.-

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

ลงชื่อ.....ผู้สอบสวน
(.....)

ลงชื่อ.....พยานฝ่ายผู้ถูกร้อง
(.....)

ภาคผนวก ค

แบบบันทึกการสมรส หนังสือหลักฐานการหย่า และแบบเอกสารการไกล่เกลี่ย ของคณะกรรมการอิสลามจังหวัยะลา

المجلس الإسلامي بولاية جالا ISLAMIC COUNCIL OF YALA PROVINCE

بسم الله الرحمن الرحيم

سورت كتراغن نكاح

جليد : 627

تڠكل : / / هـ.

مج / د / برسمان : / / ب.

جم : .....

1. ڤفت عقد نكاح : .....

نام جورونكاح : ..... بن ..... جوان .....

مسجد ..... كمفوڠ ..... ڤفت ..... مقيم ..... دائرة ..... ويلاية جالا

2. نام للاكي : ..... بن ..... عمور ..... تاهون

نام مڤيكوت كارد فڠنالن : ..... ثمر كارد .....

سيجيل فرا فر كهويڽن : ..... ثمرروميه ..... جالن ..... كمفوڠ .....

ڤفت ..... مقيم ..... دائرة ..... ويلاية .....

3. نام فرمفوان : ..... بنت ..... عمور ..... تاهون

نام مڤيكوت كارد فڠنالن : ..... ثمر كارد .....

سيجيل فرافر كهويڽن : ..... ثمرروميه ..... جالن ..... كمفوڠ .....

ڤفت ..... مقيم ..... دائره ..... ويلاية .....

4. سقسي (1) : ..... علامت : .....

سقسي (2) : ..... علامت : .....

5. نام والي : ..... بن ..... هوبوڠن دڠن فرمفوان .....

علامة : .....

6. أمس كهوين : ..... ( )

كپتان : .....

صيغة تڤليق جلك ساي هلق فاجغ إستري ساي ..... بنت .....

دڠن بهوا ساي تيدق ممبري نفقه اتو تيدق سكدودوقكن دڠندي سفرت سوامي إستري اوڠ رامي لسيه دري امفت بولن، اتوماكينين، كمدين مڠادو اي كفدا أهلي جواتكواس اسلام ويلاية اتو قاضي دڠن ممباوا دوا اوڠ سفسي دان الميل دإثباتكن، مك ترطلاقله اي سانو طلاق دان تيف ٢ كالي ساي رجوع اكدي دڠن كيادأن ريضانڽ مك ترطلاق اي سانو طلاق فول

تندا تاڠن : 1. جورونكاح : .....

2. للاكي : .....

3. فرمفوان : .....

4. سقسي (1) : .....

5. سقسي (2) : .....

6. والي : .....

بسم الله الرحمن الرحيم

سورت كتراغن نكاح

جيلد : 627

تڠكل : / / هـ.

مج /د / برسمان : / / ب.

جم : .....

1. ثفت عقد نكاح : .....

نام جورونكاح : ..... بن ..... جوانن .....

مسجد ..... كمفوڠ ..... ثفت ..... مقيم ..... دائرة ..... ويلاية جالا

2. نام للاكي : ..... بن ..... عمور ..... تاهون

نام مڠيكوت كارد فڤنالن : ..... غير كارد .....

سيجيل فرا فركهوينن : ..... غيرروميه ..... جالن ..... كمفوڠ .....

ثفت ..... مقيم ..... دائرة ..... ويلاية .....

3. نام فرمفوان : ..... بنت ..... عمور ..... تاهون

نام مڠيكوت كارد فڤنالن : ..... غير كارد .....

سيجيل فراقركهوينن : ..... غيرروميه ..... جالن ..... كمفوڠ .....

ثفت ..... مقيم ..... دائره ..... ويلاية .....

4. سفسي (1) : ..... علامت : .....

سفسي (2) : ..... علامت : .....

5. نام والي : ..... بن ..... هوبوڠن دڠن فرمفوان .....

علامة : .....

6. أمس كهوين : ..... ( )

كيتأن : .....

.....

صيغة طلاق جلك ساي هلق فاجغ إستري ساي ..... بنت .....

دڠن بهوا ساي تيدق ممبري نفقه اتو تيدق سكدودوفكن دڠندي سفرت سوامي إستري اورڠ رامي لسيه دري امفت بولن اتوماكيتين كمدين مفادو اي كفدا أهلي جوانكواس اسلام ويلاية اتو قاضي دڠن ممباوا دوا اورڠ سفسي دان افيل دإثباتكن مك ترطلاقله اي ساتو طلاق دان تيف٢ كالي ساي رجوع اكندي دڠن كيادأن ريضان مك ترطلاق اي ساتو طلاق فول

تندا تاڠن : 1. جورونكاح : .....

2. للاكي : .....

3. فرمفوان : .....

4. سفسي (1) : .....

5. سفسي (2) : .....

6. والي : .....

فوليس : ..... جوانن : .....

بسم الله الرحمن الرحيم

บันทึกสำนวนร้องเรียน

หน้า 1

สำนวนเลขที่ : / 2559
วันที่ร้องเรียน :
สถานที่บันทึก :
ผู้รับคำร้องเรียน :
กรณีที่ร้องเรียน :
สถานที่ร้องเรียน :
ผู้บันทึก :

ชื่อ-สกุลผู้ร้องเรียน..... ชื่อ-สกุลบิดา.....
เพศ..... หมายเลขบัตรประจำตัวประชาชน.....
วันเดือนปีเกิด..... ปัจจุบันอายุ.....ปี ที่อยู่เลขที่..... หมู่ที่.....
ตำบล..... อำเภอ..... จังหวัด.....
มีความสัมพันธ์กับผู้ถูกร้องเรียนเป็น.....
หมายเลขโทรศัพท์ที่ติดต่อได้ของผู้ร้องเรียน.....

ชื่อ-สกุลผู้ถูกร้องเรียน..... ชื่อ-สกุลบิดา.....
เพศ..... หมายเลขบัตรประจำตัวประชาชน.....
วันเดือนปีเกิด..... ปัจจุบันอายุ.....ปี ที่อยู่เลขที่..... หมู่ที่.....
ตำบล..... อำเภอ..... จังหวัด.....
มีความสัมพันธ์กับผู้ร้องเรียนเป็น.....
หมายเลขโทรศัพท์ที่ติดต่อได้ของผู้ถูกร้องเรียน.....
ซึ่งมีความประสงค์จะร้องเรียนเรื่อง..... ต่อคณะกรรมการ
อิสลามประจำจังหวัดยะลาดังรายละเอียดแนบท้าย

.....
( )
ลงชื่อผู้ร้องเรียน

.....
( )
ลงชื่อพยาน (๑).....

.....
( )
ลงชื่อผู้บันทึก

.....
( )
ลงชื่อพยาน (๒).....

.....
( )
ลงชื่อคณะกรรมการอิสลามผู้รับเรื่อง

หลักฐานที่ได้ยื่นประกอบการร้องเรียน

ผู้ร้องเรียน

- สำเนาบัตรประจำตัวประชาชน ☐
- สำเนาทะเบียนบ้าน ☐
- หนังสือสำคัญการสมรส ☐
- หนังสือสำคัญการหย่า ☐
- เอกสารเกี่ยวกับที่ดิน ☐
- อื่นๆ ☐ โปรดระบุ.....

สำนวนเลขที่ : / 2559
วันที่ :
ตรงกับวันที่ :

ผู้ร้องเรียนให้การว่า

1. .....
2. .....
3. .....
4. .....
5. .....
6. .....
7. .....
8. .....
9. .....
10. .....
11. .....
12. .....
13. .....
14. .....
15. .....

ทางคณะกรรมการได้นัดไต่สวนและให้ความเห็นชอบหรือนัดเพื่อไกล่เกลี่ยหรือพิจารณาวินิจฉัยครั้งต่อไป อีกครั้งวันที่..... ซึ่งผู้ร้องเรียนได้ให้หมายเลขหรือที่อยู่ที่ติดต่อได้คือ

ผู้ร้องเรียน

.....
.....
.....

ผู้ถูกร้องเรียน

.....
.....
.....

بسم الله الرحمن الرحيم

บันทึกสำนวนผู้ถูกร้องเรียน

สำนวนเลขที่ : / 2559
วันที่ :
กรณีที่ร้องเรียน :
ตรงกับวันที่ :
สถานที่บันทึก :
สถานที่ให้การ :
วันที่ให้การ :
ผู้รับคำให้การ :
ผู้บันทึก :

ชื่อ-สกุลผู้ถูกร้องเรียน..... ชื่อ-สกุลบิดา.....
เพศ..... หมายเลขบัตรประจำตัวประชาชน.....
วัน,เดือน,ปีเกิด..... ปัจจุบันอายุ.....ปี ที่อยู่เลขที่..... หมู่ที่.....
ตำบล..... อำเภอ..... จังหวัด.....
มีความสัมพันธ์กับผู้ร้องเรียนเป็น.....
ซึ่งมีความประสงค์จะร้องเรียนเรื่อง..... ต่อคณะกรรมการอิสลามประจำจังหวัดยะลาดังรายละเอียดแนบท้าย

.....
( )
ลงชื่อผู้ถูกร้องเรียน
).....

.....
( )
ลงชื่อพยาน (๑

.....
( )
ลงชื่อผู้บันทึก

.....
( )
ลงชื่อพยาน (๒).....

.....
( )
ลงชื่อคณะกรรมการอิสลามผู้รับเรื่อง

หลักฐานที่ได้ยื่นประกอบการร้องเรียน

ผู้ถูกร้องเรียน

สำเนาบัตรประจำตัวประชาชน ☐

สำเนาทะเบียนบ้าน ☐

หนังสือสำคัญการสมรส ☐

หนังสือสำคัญการหย่า ☐

เอกสารเกี่ยวกับที่ดิน ☐

อื่นๆ ☐ โปรดระบุ.....

สำนวนเลขที่ : / 2559
วันที่ :
ตรงกับวันที่ :

ผู้ถูกร้องเรียนให้การว่า

1. .....
2. .....
3. .....
4. .....
5. .....
6. .....
7. .....
8. .....
9. .....
10. .....
11. .....
12. .....
13. .....
14. .....
15. .....

ทางคณะกรรมการได้นัดไต่สวนและให้ความเห็นชอบหรือนัดเพื่อไกล่เกลี่ยหรือฟังคำวินิจฉัยครั้งต่อไป อีกครั้งวันที่..... ซึ่งผู้ร้องเรียนได้ให้หมายเลขหรือที่อยู่ที่ติดต่อได้คือ

ผู้ร้องเรียน

.....
.....
.....

ผู้ถูกร้องเรียน

.....
.....

- جاتيتن اهلي جواتن كواس/ **บันทึกผลการไกลเกลี่ย**

ภาคผนวก ง

จดหมายกรมการปกครองถึงผู้ว่าราชการจังหวัด ปัตตานี นราธิวาส ยะลาและสตูล เรื่องแนวทางปฏิบัติในการจดทะเบียนครอบครัวตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการใช้กฎหมายอิสลามในเขตจังหวัดปัตตานี นราธิวาส ยะลา และสตูล ลงวันที่ 4 กรกฎาคม 2560

ที่ มท ๐๓๐๙.๓/ว ๒๑๙๕๖

กรมการปกครอง
ถนนอัษฎางค์ เขตพระนคร
กรุงเทพฯ ๑๐๒๐๐

๕ กรกฎาคม ๒๕๖๐

เรื่อง แนวทางปฏิบัติในการจดทะเบียนครอบครัวตามพระราชบัญญัติ ว่าด้วยการใช้กฎหมายอิสลามในเขตจังหวัดปัตตานี นราธิวาส ยะลา และจังหวัดสตูล

เรียน ผู้ว่าราชการจังหวัดปัตตานี นราธิวาส ยะลา และจังหวัดสตูล

สิ่งที่ส่งมาด้วย สำเนาคำพิพากษาศาลฎีกา ที่ ๔๒๓๐/๒๕๕๘ จำนวน ๑ ฉบับ

ด้วยกรมการปกครองได้รับการประสานจากศูนย์อำนวยการบริหารจังหวัดชายแดนภาคใต้ (ศอ.บต.) ว่าคู่สมรสชาวไทยมุสลิมในเขตจังหวัดปัตตานี นราธิวาส ยะลา และจังหวัดสตูล ที่มีความประสงค์จะจดทะเบียนการหย่า ได้นำหนังสือการหย่าร้างที่ออกโดยคณะกรรมการอิสลามประจำจังหวัดดังกล่าวไปแสดงต่อนายทะเบียนแห่งท้องที่ แต่ในทางปฏิบัตินายทะเบียนแห่งท้องที่ไม่ดำเนินการให้

กรมการปกครองพิจารณาแล้วเห็นว่า การจดทะเบียนครอบครัวด้านการจดทะเบียนการหย่าของบุคคลสัญชาติไทยผู้นับถือศาสนาอิสลามในเขตจังหวัดปัตตานี นราธิวาส ยะลา และจังหวัดสตูล สามารถดำเนินการได้ ๓ กรณี ดังนี้

(๑) กรณีการหย่าโดยความยินยอมตามนัยมาตรา ๑๕๑๙ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยคู่กรณีแสดงเจตนาและยื่นคำขอจดทะเบียนการหย่า พร้อมพยานอย่างน้อยสองคนต่อนายทะเบียนอำเภอ ณ สำนักทะเบียนแห่งท้องที่ได้

(๒) กรณีการหย่าโดยคำพิพากษาของศาลตามนัยมาตรา ๑๕๑๙ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ให้นำบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติ ว่าด้วยการใช้กฎหมายอิสลามในเขตจังหวัดปัตตานี นราธิวาส ยะลา และสตูล พ.ศ.๒๔๘๙ ใช้บังคับแทนบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยคู่กรณียื่นคำขอจดทะเบียนการหย่าพร้อมคำพิพากษาของศาล ต่อนายทะเบียนอำเภอ ณ สำนักทะเบียนแห่งท้องที่ได้

(๓) กรณีการหย่าโดยคำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๔๒๓๐/๒๕๕๘ โดยคู่กรณีเป็นผู้นับถือศาสนาอิสลาม มีภูมิลำเนาในจังหวัดปัตตานี นราธิวาส ยะลา และจังหวัดสตูล สมรสกันถูกต้องตามหลักกฎหมายอิสลามและจดทะเบียนสมรสตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และได้ถูกตัดสินให้หย่าขาดจากการเป็นสามีภริยาโดยคณะกรรมการอิสลามประจำจังหวัดแห่งท้องที่ ซึ่งมีอำนาจหน้าที่ตามนัยมาตรา ๒๖ (๓) แห่งพระราชบัญญัติการบริหารองค์กรศาสนาอิสลาม พ.ศ. ๒๕๔๐ ออกหนังสือรับรองการหย่า โดยระบุไว้ในหนังสือรับรองการหย่าว่า คำตัดสินนี้เป็นคำชี้ขาดตามหลักศาสนาอิสลามและกฎระเบียบทุกประการ เป็นการหย่ากันโดยชอบตามหลักกฎหมายอิสลาม มีผลสมบูรณ์ใช้บังคับได้เช่นเดียวกับการหย่าตามประมวล

/กฎหมาย ...

กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยคู่กรณียื่นคำขอจดทะเบียนการหย่า พร้อมหนังสือรับรองการหย่าที่ออกโดยคณะกรรมการอิสลามประจำจังหวัดแห่งท้องที่ ต่อนายทะเบียนอำเภอ ณ สำนักทะเบียนแห่งท้องที่ได้

จึงเรียนมาเพื่อโปรดทราบ และแจ้งให้สำนักทะเบียนอำเภอถือปฏิบัติต่อไป

ขอแสดงความนับถือ

ช้อยตำรวจโท
(ลาหิตยี บุญญะโสภัต)
อธิบดีกรมการปกครอง

สำนักบริหารการทะเบียน
ส่วนการทะเบียนทั่วไป
โทร. ๐ ๒๗๔๓ ๗๐๑๗ - ๑๙
โทรสาร ๐ ๒๗๔๑ ๗๐๑๙

ประวัติผู้เขียน

ชื่อ ชื่อสกุล	นายเชิดชาย จันทรัตน์
ประวัติการศึกษา	นิติศาสตรบัณฑิต (เกียรตินิยมอันดับสอง) มหาวิยาลัยรามคำแหง ปีที่สำเร็จการศึกษา พ.ศ.2551
	นิติศาสตรมหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ปีที่สำเร็จการศึกษา พ.ศ.2553
	เนติบัณฑิตไทย สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา ปีที่สำเร็จการศึกษา พ.ศ.2552
ประวัติการทำงาน	พ.ศ.2553-2555 อาจารย์ประจำวิทยาลัยอิสลามศึกษา แผนกวิชากฎหมายอิสลาม มหาวิทยาลัยสงขลานครินทร์
	พ.ศ.2555-ปัจจุบัน ทนายความ
	พ.ศ.2558-ปัจจุบัน ที่ปรึกษาด้านกฎหมายและนักวิจัยอาวุโส บริษัท เพอร์เฟคลิงค์ คอนซัลติ้ง กรุ๊ป จำกัด