

## บทที่ 2

### บทบาทและอำนาจหน้าที่ของผู้พิพากษาในกฎหมายอิสลาม

ในบทนี้ผู้วิจัยจะนำเสนอเนื้อหาสาระที่เกี่ยวกับวิธีการระงับข้อพิพาทในอิสลาม คุณสมบัติของผู้พิพากษา บทบาทและอำนาจหน้าที่ของผู้พิพากษาในอิสลาม ดังต่อไปนี้

#### 2.1 การระงับข้อพิพาทในอิสลาม

กระบวนการระงับข้อพิพาทในอิสลามนั้น เมื่อเกิดข้อพิพาทสามารถพิจารณาหรือดำเนินการเพื่อให้เกิดความยุติธรรมโดยมีวิธีการคือ การให้คำปรึกษาหรือการกล่าวตักเตือน การไกล่เกลี่ยหรือการประนีประนอมข้อพิพาท การแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ และการพิพากษา ดังรายละเอียดต่อไปนี้

##### 2.1.1 การให้คำปรึกษาหรือการกล่าวตักเตือน (النصيحة)

การให้คำปรึกษาในอิสลามถือเป็นวิธีการหนึ่งในการขจัดปัญหาความขัดแย้งหรือข้อพิพาทที่เกิดขึ้นระหว่างคู่กรณีในระดับพื้นฐาน ปรากฏตามหลักคำสอนในอัลกุรอานและอัลหะดีษ ดังนี้

﴿ لَيْسَ عَلَى الضُّعْفَاءِ وَلَا عَلَى الْمَرْضَىٰ وَلَا عَلَى الَّذِينَ لَا يَجِدُونَ مَا يُنْفِقُونَ حَرَجٌ إِذَا نَصَحُوا لِلَّهِ وَرَسُولِهِ مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ وَاللَّهُ غَفُورٌ رَحِيمٌ ﴾

ความว่า “ไม่มีบาปใด ๆ แก่บรรดาผู้ที่อ่อนแอ และแก่ผู้ที่ป่วยไข้ และแก่บรรดาผู้ที่ไม่พบสิ่งที่จะบริจาค เมื่อพวกเขาได้แนะนำตักเตือนให้จงรักภักดีต่ออัลลอฮ์ และรอซูลของพระองค์ ไม่มีทางใดที่จะกล่าวโทษแก่บรรดาผู้กระทำได้ และอัลลอฮ์นั้นคือผู้ทรงอภัยโทษ ผู้ทรงเอ็นดูเมตตา”

(ซูเราะฮ์อัตเตอาบะฮ์ : 91)

حَقُّ الْمُسْلِمِ عَلَى الْمُسْلِمِ سِتٌّ إِذَا لَقِيْتَهُ فَسَلِّمْ عَلَيْهِ وَإِذَا دَعَاكَ  
فَأَجِبْهُ وَإِذَا اسْتَنْصَحَكَ فَانصَحْ لَهُ وَإِذَا عَطَسَ فَحَمِدِ اللَّهَ فَسَمِّئْتَهُ  
وَإِذَا مَرِضَ فَعُدَّهُ وَإِذَا مَاتَ فَاتَّبِعْهُ

ความว่า สิทธิของมุสลิมต่อมุสลิมนั้นมีหกประการ  
“เมื่อท่านพบเขาจงให้สลามแก่เขา เมื่อเขาเชิญท่าน จงตอบรับคำ  
เชิญเขาเมื่อเขาขอคำแนะนำตักเตือนจากท่าน ก็จงตักเตือนเขา  
เมื่อเขาจาม และกล่าวว่า ‘อัลหัมดุลิลลาฮฺ’ ก็จงตอบเขาว่า  
‘ยัรหะมุกัลลอฮฺ’ เมื่อเขาป่วย จงไปเยี่ยมเขา และเมื่อเขาเสียชีวิต  
ท่านจงตามไปส่งเขาถึงสุสาน”

(บันทึกโดย Muslim :2162)

จากอัลกุรอานและอัลหะดีษข้างต้น สามารถเข้าใจได้ว่าการให้คำปรึกษาถือเป็น  
สิ่งจำเป็นสำหรับมุสลิมในการหาทางออกของปัญหาต่างๆ โดยเฉพาะอย่างปัญหาข้อพิพาทครอบครัว  
และมรดก ซึ่งเป็นข้อพิพาทในระดับครอบครัวหรือเครือญาติที่จำเป็นอย่างยิ่งได้รับการให้คำปรึกษา

### 2.1.2 การไกล่เกลี่ยหรือการประนีประนอมข้อพิพาท (الصلح)

นักกฎหมายอิสลามได้ให้ความหมายของการไกล่เกลี่ยหรือการประนีประนอมอย่าง  
มากมาย ผู้วิจัยจะนำเสนอเฉพาะการให้ความหมายของนักกฎหมายอิสลามสี่มัซฮับ ดังนี้

ก) การไกล่เกลี่ยตามคำจำกัดความจากนักกฎหมายอิสลามมัซฮับหะนะฟี

“ عقد يرفع النزاع القائم بين الخصوم بالتراضي ”

มีใจความว่า “นิติกรรมสัญญาประนีประนอมยอมความ  
เพื่อระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นระหว่างคู่ความโดยสมัครใจ”

ข) การไกล่เกลี่ยตามคำจำกัดความจากนักกฎหมายอิสลามมัซฮับมาลิกีย์

انتقال عن حق، أو دعوى بعوض لرفع نزاع

มีใจความว่า “การถ่ายโอนสิทธิ หรือข้อฟ้องร้องด้วย  
ค่าตอบแทนเพื่อระงับข้อพิพาท หรือป้องกันข้อกังวลที่อาจจะเกิด  
การพิพาท”

ค) การไกล่เกลี่ยตามการจำกัดความจากนักกฎหมายอิสลามมัซฮับฮาฟีอี

“عقد تنقطع به خصومة المتخاصمين”

มีใจความว่า “นิติกรรมสัญญาที่มีผลทำให้ยุติความขัดแย้งหรือข้อพิพาทของคู่กรณี”

ง) การไกล่เกลี่ยตามคำจำกัดความจากนักกฎหมายอิสลามมัซฮับหะนะฟีละฮ์

“معاقدة يتوصل بها إلى الإصلاح بين المختلفين”

ความว่า “การทำนิติกรรมสัญญาที่มีผลทำให้เกิดการประนีประนอมระหว่างคู่พิพาท”

(Aseed Silah Samha, 2006)

สำหรับหลักฐานเกี่ยวกับวิธีการระงับข้อพิพาทด้วยการไกล่เกลี่ยหรือประนีประนอมในอิสลาม ดังนี้

#### 1) หลักฐานอัลกุรอาน

﴿ وَإِنْ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُورًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَالصُّلْحُ خَيْرٌ وَأُخْضِرَتِ الْأَنْفُسُ الشُّحَّ وَإِنْ تُحْسِنُوا وَتَتَّقُوا فَإِنَّ اللَّهَ كَانَ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرًا ﴾

ความว่า “และหากหญิงใดเกรงว่าจะมีการปิ้งซา หรือมีการผินหลังให้ จากสามีของนางแล้วก็ไม่มีความผิดใดๆ แก่ทั้งสองที่จะตกลงประนีประนอมกันอย่างใดอย่างหนึ่ง และการประนีประนอมนั้นเป็นสิ่งดีกว่า และจิตใจคนนั้นถูกให้มีความตระหนี่มาด้วย และหากพวกเขากระทำดี และมีความยำเกรงแล้วแท้จริงอัลลอฮ์นั้นทรงรู้อย่างถ่องแท้ในสิ่งที่พวกเขากระทำกัน”

(อันนิซาอ : 128)

﴿ لَا خَيْرَ فِي كَثِيرٍ مِّنْ نَّجْوَاهُمْ إِلَّا مَنْ أَمَرَ بِصَدَقَةٍ أَوْ مَعْرُوفٍ أَوْ  
إِصْلَاحٍ بَيْنَ النَّاسِ وَمَن يَفْعَلْ ذَلِكَ ابْتِغَاءَ مَرْضَاتِ اللَّهِ فَسَوْفَ  
نُؤْتِيهِ أَجْرًا عَظِيمًا ﴾

ความว่า “ไม่มีความดีใดๆ ในการพูดซุบซิบอันมากมาย  
ของพวกเขา นอกจากผู้ที่ใช้ให้ทำทานหรือให้ทำสิ่งที่ดีงาม  
นอกจากผู้ที่ใช้ให้ทำงานหรือให้ทำสิ่งที่ดีงาม หรือ  
ให้ประนีประนอมระหว่างผู้คนเท่านั้น และผู้ใดกระทำการดังกล่าว  
เพื่อแสวงหาความโปรดปรานจากอัลลอฮ์แล้ว เราจะให้แก่เขา  
ซึ่งรางวัลอันใหญ่หลวง”

(อันนิซาอ : 114)

﴿ إِنَّمَا الْمُؤْمِنُونَ إِخْوَةٌ فَأَصْلِحُوا بَيْنَ أَخَوَيْكُمْ وَاتَّقُوا اللَّهَ لَعَلَّكُمْ  
تُزَكَّوْنَ ﴾

ความว่า “แท้จริงบรรดาผู้ศรัทธานั้นเป็นพี่น้องกัน ดังนั้น  
พวกเจ้าจงไกล่เกลี่ยประนีประนอมกันระหว่างพี่น้องทั้งสองฝ่าย  
ของพวกเจ้า และจงยำเกรงอัลลอฮ์เถิด หวังว่าพวกเจ้าจะได้รับ  
ความเมตตา”

(อัลหุญรอด : 10)

จากอัลกุรอานข้างต้น สามารถเข้าใจได้ว่าการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทถือเป็นสิ่งจำเป็น  
สำหรับมุสลิมในการหาทางออกของปัญหาต่างๆ โดยเฉพาะอย่างปัญหาข้อพิพาทครอบครัวและมรดก  
ซึ่งเป็นข้อพิพาทในระดับครอบครัวหรือเครือญาติที่จำเป็นอย่างยิ่งต้องมีการไกล่เกลี่ยเกิด  
ข้อพิพาท

### 2.1.3 การแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ (التحكيم)

การกำหนดคนกลางเพื่อมาระงับข้อพิพาทหรือความขัดแย้งเป็นวิธีการหนึ่งใน  
กระบวนการยุติธรรมอิสลามซึ่งในกฎหมายอิสลามเรียกว่า อัดตะห์กิม (التحكيم) หรือ  
อนุญาโตตุลาการ ซึ่งนักกฎหมายอิสลามให้คำนิยาม ดังนี้

### تولية الخصمين حاكما يحكم بينهما

มีใจความว่า “การแต่งตั้งผู้ตัดสินโดยคู่พิพาทเพื่อมาตัดสินข้อพิพาทระหว่างทั้งสองฝ่าย”

اتحاد الخصمين حاكما يحكم برضاها لفصل خصومتها

ودعواها

มีใจความว่า “การแต่งตั้งผู้ตัดสินโดยคู่พิพาทด้วยความพอใจของทั้งสองฝ่ายเพื่อมาตัดสินความขัดแย้งและข้อพิพาท”

(Ibnu Abideen, 1966)

สำหรับหลักฐานที่มาสนับสนุนการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการอนุญาโตตุลาการปรากฏตามหลักฐานจากอัลกุรอาน ดังนี้

﴿ وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَأَبْعَثُوا حَكْمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكْمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا ۗ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا ﴾

ความว่า “และหากพวกเจ้าหวั่นเกรงการแตกแยกระหว่างเขาทั้งสอง ก็จงส่งผู้ตัดสินคนหนึ่งจากครอบครัวของฝ่ายชาย และผู้ตัดสินอีกคนหนึ่งจากครอบครัวฝ่ายหญิง หากทั้งสองปรารถนาให้มีการประนีประนอมกันแล้ว อัลลอฮ์ก็จะทรงให้ความสำเร็จในระหว่างทั้งสอง แม้จริงอัลลอฮ์เป็นผู้ทรงรอบรู้ ผู้ทรงสัพพัญญู”

(อันนิสาอ : 35)

จากอัลกุรอาน สามารถเข้าใจได้ว่าระงับข้อพิพาทโดยวิธีการอนุญาโตตุลาการนั้นถือเป็นสิ่งจำเป็นสำหรับมุสลิมในการหาทางออกของปัญหาต่างๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่งปัญหาข้อพิพาทครอบครัวและมรดก ซึ่งเป็นข้อพิพาทในระดับครอบครัวหรือเครือญาติที่จำเป็นอย่างยิ่งต้องขจัดข้อพิพาทนั้น

#### 2.1.4 การพิพากษา (القضاء)

สำหรับการพิพากษาถือเป็นการระงับข้อพิพาทระดับสูงสุดหรือเป็นทางออกสุดท้าย หลังจากที่ได้ใช้วิธีการให้คำปรึกษา การไกล่เกลี่ยหรือประนีประนอมข้อพิพาท และการอนุญาโตตุลาการ ทั้งนี้กระบวนการยุติธรรมอิสลามจะมีผลทำให้ข้อพิพาทระงับอย่างเด็ดขาด ซึ่งบรรดานักกฎหมายอิสลามได้ให้ความหมายของการพิพากษา ดังนี้

##### 1) มัชฮับหะนาฟี

فُضِّلَ الخصومات وقطع المنازعات

มีใจความว่า “ การตัดสินข้อพิพาทและการชี้ขาดความขัดแย้ง”

##### 2) มัชฮับมาลีกี

الإخبار عن حُكْم شرعي على سبيل الإلزام

มีใจความว่า “ การชี้แจงผลการตัดสินตามบทบัญญัติอิสลามอย่างเด็ดขาด”

##### 3) มัชฮับซาฟีอี

إلزام من له الإلزام بحكم الشرع

มีใจความว่า “ การตัดสินอย่างเด็ดขาดสำหรับผู้ที่เกี่ยวข้องด้วยบทบัญญัติอิสลาม”

##### 4) มัชฮับฮัมบาลี

الإلزام بالحكم الشرعي وفضل الخصومات

มีใจความว่า “ การตัดสินด้วยบทบัญญัติอิสลามในข้อพิพาทอย่างเด็ดขาด”

จากการให้ความหมายของบรรดานักกฎหมายอิสลามข้างต้นนั้นผู้วิจัยเห็นว่าการให้ความหมายของนักกฎหมายอิสลามมัชฮับมาลีกีมีความครอบคลุมถึงความหมายการพิพากษากว่า

การให้ความหมายของนักกฎหมายท่านอื่นๆ เพราะการชี้แจงผลของการตัดสินข้อพิพาทนั้น ต้องดำเนินการตามบทบัญญัติอิสลามอย่างเด็ดขาดชัดเจน (Abdul Haseeb Sanad Atiah, 2012)

สำหรับหลักฐานที่มาสสนับสนุนการระงับข้อพิพาทด้วยการพิพากษานั้นปรากฏตามหลักฐานจากอัลกุรอาน และอัลหะดีษ ดังนี้

#### 1) อัลกุรอาน

﴿ وَأَنِ احْكُم بَيْنَهُم بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ وَاتَّخِذْهُمْ أَنْ يَفْتِنُوكَ عَنْ بَعْضِ مَا أَنْزَلَ اللَّهُ إِلَيْكَ ۚ فَإِنْ تَوَلَّوْا فَاعْلَمْ أَنَّمَا يُرِيدُ اللَّهُ أَنْ يُصِيبَهُمْ بِبَعْضِ دُنُوهِمْ ۗ وَإِنَّ كَثِيرًا مِّنَ النَّاسِ لَفَاسِقُونَ ﴾

ความว่า “และเจ้าจงตัดสินระหว่างพวกเขา ด้วยสิ่งที่อัลลอฮ์ได้ทรงประทานลงมาเถิด และจงอย่าปฏิบัติตามความใคร่ใฝ่ต่ำของพวกเขา และจงระวังพวกเขา ในการที่พวกเขาจะจูงใจเจ้าให้เขวออกจากบางสิ่ง ที่อัลลอฮ์ได้ทรงประทานลงมาแก่เจ้า แล้วถ้าหากพวกเจ้าผินหลังให้ ก็พึงรู้เถิดว่า แท้จริงอัลลอฮ์นั้นเพียงประสงค์จะให้ประสบแก่พวกเขาซึ่งบางส่วนของโทษของพวกเขาเท่านั้น และแท้จริงจำนวนมากมายในหมู่มนุษย์นั้นเป็นผู้ละเมิด”

(อัลมาอิดะฮฺ : 49)

﴿ سَمَاعُونَ لِلْكَذِبِ أَكْأَلُونَ لِّلسُّخْتِ فَإِنْ جَاءُوكَ فَاحْكُم بَيْنَهُمْ أَوْ أَعْرِضْ عَنْهُمْ وَإِنْ تُعْرِضْ عَنْهُمْ فَلَنْ يَصُرُّوكَ سُيِّئًا وَإِنْ حَكَمْتَ فَاحْكُم بَيْنَهُم بِالْقِسْطِ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ ﴾

ความว่า “พวกเขาชอบฟังคำมูสา ชอบกินสิ่งต้องห้าม ถ้าหากพวกเขามาหาเจ้า ก็จงตัดสินระหว่างพวกเขา หรือไม่ก็หลีกเลี่ยงพวกเขาเสีย และถ้าหากเจ้าหลีกเลี่ยงพวกเขา พวกเขาก็จะไม่ให้โทษแก่เจ้าได้แต่อย่างใดเลย และหากเจ้าตัดสินใจก็จงตัดสินใจระหว่างพวกเขา ด้วยความยุติธรรม แท้จริงอัลลอฮ์นั้นทรงรักบรรดาผู้ที่ยุติธรรม”

(อัลมาอิดะฮฺ: 42)

﴿وَأَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ مُصَدِّقًا لِمَا بَيْنَ يَدَيْهِ مِنَ الْكِتَابِ  
وَمُهَيِّمًا عَلَيْهِ فَاحْكُم بَيْنَهُم بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ عَمَّا  
جَاءَكَ مِنَ الْحَقِّ لِكُلِّ جَعَلْنَا مِنْكُمْ شِرْعَةً وَمِنْهَا جَا وَلَوْ شَاءَ اللَّهُ  
لَجَعَلَكُمْ أُمَّةً وَاحِدَةً وَلَكِنْ لَيَبْلُوَكُمْ فِي مَا آتَاكُمْ فَاسْتَبِقُوا الْخَيْرَاتِ إِلَى  
اللَّهِ مَرْجِعُكُمْ جَمِيعًا فَيُنَبِّئُكُمْ بِمَا كُنْتُمْ فِيهِ تَخْتَلِفُونَ﴾

ความว่า “และเราได้ให้คัมภีร์ลงมาแก่เจ้าด้วยความจริง  
ในฐานะเป็นที่ยืนยันคัมภีร์ที่อยู่เบื้องหน้ามัน และเป็นที่ควบคุม  
คัมภีร์(เบื้องหน้า) นั้น ดังนั้นเจ้าจงตัดสินสินระหว่างพวกเขา  
ด้วยสิ่งที่อัลลอฮ์ทรงประทานลงมาเกิด และจงอย่าปฏิบัติตาม  
ความใคร่ใฝ่ต่ำของพวกเขา โดยเขวออกจากความจริงที่ได้มา  
ยังเจ้า สำหรับแต่ละประชาชาติในหมู่พวกเจ้านั้น เราได้ให้  
มีบทบัญญัติและแนวทางไว้ และหากอัลลอฮ์ทรงประสงค์แล้ว  
แน่นอนก็ทรงให้พวกเจ้าเป็นประชาชาติเดียวกันแล้วแต่ทว่า  
เพื่อจะทรงทดสอบพวกเจ้าในสิ่งที่พระองค์ได้ประทานแก่พวกเจ้า  
ดังนั้นพวกเจ้าจึงแข่งขันกันในความดีทั้งหลายเกิดยังอัลลอฮ์นั้น  
คือการกลับไปของพวกเจ้าทั้งหมด แล้วพระองค์จะทรงแจ้งให้  
พวกเจ้าทราบในสิ่งพวกเจ้ากำลังขัดแย้งกันในเรื่องนั้น”

(อัลมาอิดะฮ: 48)

﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا عَلَيْكُمْ أَنْفُسَكُمْ لَا يَضُرُّكُمْ مَن ضَلَّ إِذَا  
اهْتَدَيْتُمْ إِلَى اللَّهِ مَرْجِعُكُمْ جَمِيعًا فَيُنَبِّئُكُمْ بِمَا كُنْتُمْ تَعْمَلُونَ﴾

ความว่า “ผู้ศรัทธาทั้งหลาย! จำเป็นแก่พวกเจ้าในการ  
ป้องกันตัวของพวกเจ้า ผู้ที่หลงผิดไปนั้นจะไม่เป็นอันตรายแก่พวก  
เจ้าได้ เมื่อพวกเจ้ารับคำแนะนำไว้ยังอัลลอฮ์นั้นคือการกลับไป  
ของพวกเจ้าทั้งหมด แล้วพระองค์ก็จะทรงบอกแก่พวกเจ้า  
ทั้งหลาย ในสิ่งที่พวกเจ้ากระทำกัน”

(อัลมาอิดะฮ: 105)



﴿ قَالُوا لَنْ نُؤْتِرَكَ عَلَيَّ مَا جَاءَنَا مِنَ الْبَيِّنَاتِ وَالَّذِي فَطَرَنَا  
فَاقْضِ مَا أَنْتَ قَاضٍ إِنَّمَا تَقْضِي هَذِهِ الْحَيَاةَ الدُّنْيَا ﴾

ความว่า “พวกเขากล่าวว่า เราจะไม่ฝักใฝ่ท่านมากกว่าหลักฐานที่ชัดเจนที่ได้มายังเรา ขอสาบานต่อพระผู้ให้บังเกิดเรา ท่านจงกระทำตามสิ่งที่ท่านต้องการจะกระทำผิด แท้จริงท่านจะกระทำได้ในชีวิตแห่งโลกนี้เท่านั้น”

(ฎอฮา : 72)

## 2) อัลหะดีษ

﴿ إِنَّمَا أَنَا بَشَرٌ، وَإِنَّكُمْ تَخْتَصِمُونَ إِلَيَّ، وَلَعَلَّ بَعْضَكُمْ أَنْ يَكُونَ الْخَنَ  
بُحْجَتِهِ مِنْ بَعْضٍ فَأَقْضِي نَحْوَ مَا أَسْمَعُ، فَمَنْ قَضَيْتُ لَهُ بِحَقِّ أَخِيهِ  
شَيْئًا فَلَا يَأْخُذْهُ، فَإِنَّمَا أَقْطَعُ لَهُ قِطْعَةً مِنَ النَّارِ

ความว่า “แท้จริงฉันก็คือมนุษย์ธรรมดาคนหนึ่งและพวกท่านก็นำข้อพิพาทมายังฉัน และเกรงว่าบางคนอาจจะนำหลักฐาน (ที่ทำให้คดีคลาดเคลื่อนได้) ตีกว่าอีกคนแล้วฉันจะตัดสินตามที่ฉันได้รับฟัง ดังนั้นผู้ใดที่ฉันได้ตัดสินให้เขาสิ่งใดก็ตาม (สิทธิของผู้อื่น) เขาอย่าได้เอามัน เพราะแท้จริงฉันได้ตัดสินส่วนหนึ่งจากไฟนรกให้แก่เขา”

(บันทึกโดย al-Bukhari : 7169 และ Muslim : 1713)

﴿ إِذَا حَكَمَ الْحَاكِمُ فَاجْتَهَدَ ثُمَّ أَصَابَ فَلَهُ أَجْرَانِ، وَإِذَا حَكَمَ فَاجْتَهَدَ  
ثُمَّ أخطأَ فَلَهُ أَجْرٌ

ความว่า จากอัมรฺูบิน อัลอาศ เขาได้ยื่นท่านรอซูลุลลอฮฺกล่าวว่า “เมื่อผู้พิพากษาพิจารณาวินิจฉัยอรรถคดี ซึ่งปรากฏ

ว่า ถูกต้องเขาจะได้รับผลบุญสองเท่า และเมื่อผู้พิพากษาพิจารณา  
วินิจฉัยอรรถคดีซึ่งปรากฏว่าผิดพลาดเขาจะได้รับหนึ่งผลบุญ”

(บันทึกโดย al-Bukhari : 7352 และ Muslim : 1716)

จากอัลกุรอานและหะดีษข้างต้น สามารถเข้าใจได้ว่าระงับข้อพิพาทโดยการพิพากษานั้น ถือเป็นสิ่งจำเป็นสำหรับมุสลิมในการหาทางออกของปัญหาต่างๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ปัญหาข้อพิพาทครอบครัวและมรดก ที่ไม่อาจที่จะยุติด้วยวิธีการให้คำปรึกษา การไกล่เกลี่ย และการอนุญาโตตุลาการ ซึ่งเป็นข้อพิพาทในระดับครอบครัวหรือเครือญาติที่จำเป็นอย่างยิ่งต้องขจัดข้อพิพาทนั้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งการระงับโดยการพิพากษา

นอกจากวิธีการดังกล่าวข้างต้นแล้วยังมีกระบวนการยุติธรรมในลักษณะที่เป็นข้อพิพาทระหว่างประชาชนกับหน่วยงานหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ ซึ่งอาศัยการพิจารณาอรรถคดีโดยศาลปกครอง ซึ่งทางกฎหมายอิสลามเรียกว่าอำนาจผู้ปกครองสูงสุด (ولاية) คือการระงับหรือการยุติข้อพิพาทที่เหนือวิสัยของผู้พิพากษาจะสามารถดำเนินการได้ โดยจะมอบให้ผู้มีอำนาจสูงสุดจัดการดำเนินการระงับ หรือดำเนินการยุติข้อพิพาทดังกล่าว “มีการบันทึกประวัติศาสตร์ว่าผู้ที่ดำเนินการระงับข้อพิพาทระหว่างคู่ความสามัญชนกับคู่ความที่เป็นชนชั้นปกครองเป็นคนแรกคือเคาะลีฟะฮ์อับดุลมาลิกบุตรมรวานและมอบให้อิบนูอิริษเพื่อทำหน้าที่แทนและต่อมาอุมร์อบิโนอะซีรทำหน้าที่แทนเพราะการแทรกแซงของผู้มีอำนาจต่อกระบวนการศาลภายหลังมีการยึดปฏิบัติกันตลอดมา” (มะรอนิง สาแมมิง และคณะ, : 2554)

เมื่อเทียบกับกฎหมายบ้านเมืองในประเทศไทยสอดคล้องกับลักษณะคดีทางปกครอง ตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 ปรากฏตามมาตรา 9 มีใจความว่า “ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งในเรื่องดังต่อไปนี้”

(1) “คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายไม่ว่าจะเป็นการออกกฎ คำสั่งหรือการกระทำอื่นใดเนื่องจากกระทำโดยไม่มีอำนาจหรือนอกเหนืออำนาจหน้าที่หรือไม่ถูกต้องตามกฎหมาย หรือโดยไม่ถูกต้องตามรูปแบบขั้นตอนหรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กำหนดไว้สำหรับการกระทำนั้นหรือโดยไม่สุจริตหรือมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม หรือมีลักษณะเป็นการสร้างขั้นตอนโดยไม่จำเป็นหรือสร้างภาระให้เกิดกับประชาชนเกินสมควร หรือเป็นการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ”

(2) “คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติ หรือปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวล่าช้าเกินสมควร”

(3) “คดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำละเมิดหรือความรับผิดอย่างอื่นของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐอันเกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมาย หรือจากกฎ คำสั่งปกครองหรือคำสั่งอื่น หรือจากการละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติหรือปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวล่าช้าเกินสมควร”

(4) “คดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง”

(5) “คดีที่มีกฎหมายกำหนดให้หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐฟ้องคดีต่อศาลเพื่อบังคับให้บุคคลต้องกระทำหรือละเว้นกระทำอย่างหนึ่งอย่างใด”

(6) “คดีพิพาทเกี่ยวกับเรื่องที่มีกฎหมายกำหนดให้อยู่ในเขตอำนาจศาลปกครอง”

ทั้งนี้เรื่องดังต่อไปนี้ไม่อยู่ในอำนาจศาลปกครอง คือ (1) “การดำเนินการเกี่ยวกับวินัยทหาร” (2) “การดำเนินการของคณะกรรมการตุลาการตามกฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการ” (3) “คดีที่อยู่ในอำนาจของศาลเยาวชนและครอบครัว ศาลแรงงาน ศาลภาษีอากรศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ ศาลล้มละลาย หรือศาลชั้นอุทธรณ์พิเศษอื่น”

เห็นได้ว่าศาลปกครองมีอำนาจในการพิจารณาคดีที่เกี่ยวข้องกับข้อพิพาทที่เกิดจากการปฏิบัติหน้าที่ หรือการใช้อำนาจทางปกครองที่ไม่ถูกต้องด้วยกฎหมายในลักษณะที่เป็นโทษแก่ประชาชน โดย “หน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ” เว้นแต่กรณีที่มีกฎหมายกำหนดให้เป็นอำนาจของศาลอื่น “เป็นการเฉพาะ” เช่น กรณีของการดำเนินการทางเกี่ยวกับวินัยของเจ้าหน้าที่ทหารทั้งนี้ให้ขึ้นตรงกับศาลทหาร เป็นต้น

## 2.5 คุณสมบัติผู้พิพากษาในกฎหมายอิสลาม

ประมวลบทบัญญัติยุติธรรมมาตรา 1875<sup>7</sup> บัญญัติว่าผู้พิพากษา หมายถึงบุคคลที่ได้รับมอบหมายแต่งตั้งจากเคาะลีฟะฮ์ อิมามหรือสุลต่าน เพื่อให้ทำการพิจารณาพิพากษาอรรถคดีและระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นระหว่างคู่กรณีตามหลักกฎหมายอิสลามดังนั้นผู้พิพากษาในระบบศาลอิสลามมีลักษณะสำคัญสองประการประการแรกเป็นผู้ได้รับแต่งตั้งจากผู้นำสูงสุดของรัฐอิสลามประการที่สองเป็นผู้มีหน้าที่พิจารณาพิพากษาอรรถคดีและระงับข้อพิพาทตามหลักกฎหมายอิสลามซึ่งมีหลักเกณฑ์เกี่ยวกับคุณสมบัติการคัดเลือกการแต่งตั้ง ดังต่อไปนี้

<sup>7</sup> เป็นประมวลบทบัญญัติกฎหมายอิสลามภาคมุอาหมะลาตราขึ้นสมัยอดโตมานตามแนวมัซฮับหะนะฟี ประกอบด้วยลักษณะซื้อขาย การเช่า การจำนำ การจำนอง และนิติกรรมสัญญา ประกาศใช้ปีฮิจเราะฮ์ศักราช ๑๒๙๓

### 1) เป็นผู้นับถือศาสนาอิสลาม

ทัศนะแรกเห็นว่า ผู้พิพากษาต้องเป็นมุสลิมเท่านั้น ดังนี้

﴿فَاتَّبَعُوا الَّذِينَ لَا يُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَلَا بِالْيَوْمِ الْآخِرِ وَلَا يُحَرِّمُونَ مَا حَرَّمَ اللَّهُ وَرَسُولُهُ وَلَا يَدِينُونَ دِينَ الْحَقِّ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حَتَّى يُعْطُوا الْجِزْيَةَ عَنْ يَدٍ وَهُمْ صَاغِرُونَ﴾

ความว่า “พวกเจ้าจงต่อสู้บรรดาผู้ที่ไม่ศรัทธาต่ออัลลอฮ์และวันอะคีเราะฮ์ และไม่งดเว้นสิ่งที่อัลลอฮ์และรอซูลห้ามไว้ และไม่ปฏิบัติตามศาสนาแห่งความสัจจะ อันได้แก่บรรดาผู้ที่ได้รับคัมภีร์ จนกว่าพวกเขาจะจ่ายอัลญิซยะฮ์ จากมือของพวกเขาเอง ในสภาพที่พวกเขาเป็นผู้ต่ำต้อย”

(อัตเตาบะฮฺ : 29)

ทัศนะที่สองเห็นว่า หากกรณีที่เป็นข้อพิพาทระหว่างต่างศาสนิกเองนั้นเป็นที่อนุมัติในการที่จะให้มีผู้พิพากษาที่ไม่ใช่มุสลิมพิจารณาชี้ขาดดังนี้

﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَتَّخِذُوا الْيَهُودَ وَالنَّصَارَىٰ أَوْلِيَاءَ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ وَمَنْ يَتَوَلَّهُمْ مِنكُمْ فَإِنَّهُ مِنْهُمْ إِنَّ اللَّهَ لَا يَهْدِي الْقَوْمَ الظَّالِمِينَ﴾

ความว่า “ผู้ศรัทธาทั้งหลายจงอย่าได้ยึดเอาชาวยิว และชาวคริสต์เป็นมิตรบางส่วนของพวกเขานั้นคือ มิตรของอีกบางส่วน และผู้ใดในหมู่พวกเจ้าเอาพวกเขามาเป็นมิตรแล้วไซร์แน่นอนผู้นั้นก็เป็นคนหนึ่งเ็นพวกเขา แท้จริงอัลลอฮ์นั้นจะไม่ทรงแนะนำกลุ่มชนที่อธรรม”

(อัลมาอิเตฮฺ : 51)

ปัจจุบันประเทศอาหรับส่วนใหญ่ยอมรับการแต่งตั้งบุคคลที่มีไม่ใช่มุสลิมเป็นผู้พิพากษา เพียงแต่อำนาจในการพิจารณาพิพากษาจำกัดอยู่เฉพาะคดีที่นอกเหนือจาก “ครอบครัวและมรดก” โดยเปรียบเทียบกับกรเป็นพยานเมื่ออนุญาตให้เป็นพยานได้ย่อมอนุญาตให้เป็นผู้พิพากษาเพราะ

ผู้พิพากษาต้องพิจารณาคดีตามพยานหลักฐาน ซึ่งใครเป็นเป็นผู้ตัดสินก็ไม่ต่างกันเมื่อเทียบกับตำแหน่งของคະໂຕະຍຸຕິຮຮມในประเทศไทย พบว่า “พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรมพ.ศ. ๒๕๔๓ มาตรา ๕๑” กำหนดให้ผู้สมัครเข้ารับการคัดเลือกเพื่อบรรจุและแต่งตั้งเป็นคະໂຕະຍຸຕິຮຮມต้องเป็นมุสลิมเท่านั้นแม้ผู้นั้นจะมีความรู้ความสามารถในประเด็น “ครอบครัวและมรดกอิสลาม” หากไม่ใช่มุสลิมหรือผู้นับถือศาสนาอิสลามก็ไม่สามารถสมัครเป็นคະໂຕະຍຸຕິຮຮມได้ (เจ๊ะเหเลียะ แยกพงศ์, 2550 : 176)

## 2) เป็นผู้บรรลุลักษณะ

ผู้เยาว์ไม่สามารถดำรงตำแหน่งเป็นผู้พิพากษาได้ถ้าผู้เยาว์ถูกแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งผู้พิพากษาการตัดสินของเขาก็ไม่เป็นผลเพราะปรากฏหะดีษของท่านรอซูล ได้กำชับให้ “มุสลิมระวังและดูอาอีเพื่อให้พ้นจากการปกครองของเด็ก” ดังปรากฏหะดีษ ดังต่อไปนี้

تعوذوا بالله من رأس السبعين وإمارة الصبيان

ความว่า “ท่านทั้งหลายจงขอการคุ้มครองจากอัลลอฮ์ เพื่อให้พ้นจากวิฤตปีที่เจ็ดสิบของอิญเราะฮ์ศักราช และจากการอยู่ใต้การปกครองโดยผู้เยาว์”

(บันทึกโดย Ahmad, musnad, เลขที่ : 7968)

ปัจจุบันทุกประเทศมีการกำหนดอายุที่แน่นอนสำหรับผู้ดำรงตำแหน่งเป็นผู้พิพากษาโดยค่านึงถึง “เรื่องความมีวุฒิภาวะมากกว่าการรู้ผิดชอบ” เพราะเพียงการบรรลุลักษณะของบุคคลดังกล่าวนั้นจะยังถือว่าบุคคลนั้นเป็นผู้ซึ่งมีสติปัญญาสมบูรณ์แล้วไม่ได้ ทั้งนี้ผู้ซึ่งดำรงตำแหน่งเป็นผู้พิพากษาในการพิจารณาชี้ขาด “ข้อกฎหมายอิสลาม” ได้ต้องมีวุฒิภาวะและการรู้ผิดชอบด้วย (อับดุลฮาลิม ไชชิง และคณะ, 2555 : 37) เมื่อเทียบกับตำแหน่งของคະໂຕະຍຸຕິຮຮມในประเทศไทย พบว่า “พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรมพ.ศ. ๒๕๔๓” มาตรา ๕๒ (๒) กำหนดคุณสมบัติด้านอายุของคະໂຕະຍຸຕິຮຮມนั้นต้องมีอายุ “ไม่ต่ำกว่าสามสิบปีบริบูรณ์”

## 3) มีสติสัมปชัญญะสมบูรณ์

บุคคลผู้วิกลจริตไม่สามารถดำรงตำแหน่งเป็นผู้พิพากษาได้ทั้งบุคคลผู้ที่มีปัญญาอ่อนและการหลงลืมเนื่องจากความชราหรือเป็นโรค ก็ไม่อาจดำรงตำแหน่งเป็นผู้พิพากษาได้เช่นกัน ทั้งนี้เนื่องจากท่านนบีได้กล่าวเกี่ยวกับประเด็นดังกล่าว (อับดุลฮาลิม ไชชิง และคณะ, 2555 : 37) ดังนี้

رفع القلم عن ثلاث عن النائم حتى يستيقظ وعن الصغير حتى  
يكبر وعن المجنون حتى يعقل أو يفيق

ความว่า “ผู้ที่ถูกละเว้นโทษเมื่อทำผิดมีสามจำพวก คือ ผู้ที่นอนหลับจนกว่าเขาจะตื่น ผู้ที่เป็นผู้เียวาจนกว่าเขาบรรลุนิติ สันภาวะและผู้วิกลจริตจนกว่าปัญญาเขาจะหายหรือเขาฟื้นจาก โรคดังกล่าว”

(บันทึกโดย Annasaiy, เลขที่: 3378)

สำหรับปราชญ์อย่างอัลมาวัรดี มัชฮับชาฟีอี๊ ได้กำหนดเงื่อนไขว่าผู้พิพากษาไม่ เพียงแต่มีสติสัมปชัญญะสมบูรณ์ หากต้องมีไหวพริบปฏิภาณ ความฉลาดหลักแหลม สามารถมอง ปัญหา และแก้ไขคล่องได้ ทั้งไม่เป็นผู้ชอบหลงลืมสอดคล้องกับทัศนะของมัชฮับมาลิกีย์ (เจ๊ะเหล๊ะ แยกพงศ์, 2550 : 180)

เมื่อเทียบกับตำแหน่งของตะไต่ะยุติธรรมในประเทศไทยพบว่าพระราชบัญญัติ ระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรมพ.ศ. ๒๕๔๓ กำหนดเกี่ยวกับคุณสมบัติของ ตะไต่ะยุติธรรม ปรากฏตามมาตรา ๕๑ (๑) กล่าวคือ “มีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้าม” ตาม มาตรา ๒๖ (๑๐) คือ “ไม่เป็นคนไร้ความสามารถ” “คนเสมือนไร้ความสามารถวิกลจริต” หรือ “จิตฟั่นเฟือนไม่สมประกอบ” หรือ “เป็นโรคที่ระบุไว้ในระเบียบของ ก.ต.” และมาตรา ๒๖ (๑๑) คือ “เป็นผู้ที่ผ่านการตรวจร่างกายและจิตใจโดยคณะกรรมการแพทย์จำนวนไม่น้อยกว่าสามคน” ซึ่ง ก.ต. กำหนด และ ก.ต. ได้พิจารณารายงานของคณะกรรมการแพทย์แล้วเห็นสมควรรับสมัครได้

#### 4) เป็นชาย

กฎหมายอิสลามกำหนดให้ผู้ที่เป็นผู้พิพากษาต้องเป็นเพศชายตามทัศนะของปราชญ์ ส่วนใหญ่แต่อย่างไรก็ตามมีบางทัศนะความเห็นอนุญาตให้เพศหญิงหรือสตรีสามารถเป็นผู้พิพากษาตาม เงื่อนไขและเหตุผลดังต่อไปนี้

ก) นักกฎหมายอิสลามส่วนใหญ่ ประกอบด้วยมาลิกีย์ ชาฟีอี๊ และฮัมบาลี๊

المحرمين لتولي المرأة القضاء

มีใจความว่า “ไม่อนุญาตให้ผู้หญิงดำรงตำแหน่งเป็น ผู้พิพากษา ไม่ว่ากรณีใดๆ”



สำหรับหลักฐานสนับสนุนความเห็นที่ไม่อนุญาตให้ผู้หญิงเป็นผู้พิพากษาไม่ว่ากรณีใด ซึ่งมีหะดีษสนับสนุนเทียบเคียงกับความเห็นนี้ โดยมีใจความว่า “กลุ่มชนหนึ่งจะไม่ประสบความสำเร็จหากแต่งตั้งสตรีเป็นผู้นำ” ท่านอิซเซกาหนี ได้ให้ความเห็นต่อหะดีษดังกล่าวว่า เป็นหลักฐานที่ไม่อนุญาตให้สตรีเป็นผู้นำ...”

ข) นักกฎหมายอิสลามมัซฮับหะนาฟี

ذكر من جَوَزَ تولي المرأة للقضاء في غير الحدود والقصاص

มีใจความว่า “อนุญาตให้ผู้หญิงดำรงตำแหน่งเป็นผู้พิพากษา โดยตัดลึนคดีอื่นๆ ที่ไม่ใช่คดีอาญาและเกี่ยวข้องด้วยการลงโทษประหารชีวิต”

สำหรับความเห็นที่อนุญาตให้สตรีเป็นผู้พิพากษาได้เว้นแต่ที่ไม่เกี่ยวกับคดีอาญา และคดีที่มีบทลงโทษประหารชีวิต ได้เทียบเคียงการเป็นผู้พิพากษาของสตรีกับการเป็นพยานของสตรี การเป็นพยานของสตรีนั้นสามารถกระทำได้เช่นเดียวกับการเป็นผู้พิพากษาเว้นแต่กรณีคดีดังกล่าวไม่สามารถเป็นผู้พิพากษาในกรณีนั้นได้ เนื่องจากการเป็นพยานในคดีดังกล่าวไม่เป็นที่อนุญาตแก่สตรีให้เป็นพยาน

ค) อักฎอบารี

يجوز أن تكون المرأة حاكماً على الإطلاق في كل شيء

ความว่า “อนุญาตให้ผู้หญิงดำรงตำแหน่งเป็นผู้พิพากษาได้ ไม่ว่ากรณีใดๆ”

สำหรับเหตุผลของทัศนะที่อนุญาตให้สตรีสามารถเป็นผู้พิพากษาได้ในทุกกรณี เนื่องจากการเป็นผู้พิพากษาของสตรีนั้นไม่ปรากฏหลักฐานหรือมติเอกฉันท์ของปวงปราชญ์ที่เจาะจงชัดเจนที่ห้ามมิให้สตรีเป็นผู้พิพากษาอรรถคดี (Ali bin Abdul Rahman bin Ali Dibis, 2013)

เมื่อเทียบกับตำแหน่งของตะโตะยุติธรรมในประเทศไทยพบว่า “พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ.2543” มาตรา 52 ไม่ได้เจาะจงว่าผู้สมัครเป็นตะโตะยุติธรรมต้องเป็นชายเท่านั้น แต่ในทางปฏิบัติที่ผ่านมาตะโตะยุติธรรมตั้งข้อสังเกตว่าไม่เคยมีตะโตะยุติธรรมในประวัติศาสตร์ไทยที่เป็นสตรี แต่เคยปรากฏช่วงสมัครตะโตะยุติธรรมจังหวัดปัตตานีมีผู้สมัครที่เป็นสตรีร่วมสมัครด้วย แต่ก็มีกรถอนตัวในภายหลัง สำหรับผู้วิจัยเห็นว่า

การอนุญาตให้ผู้หญิงเป็นผู้พิพากษาตามทัศนะของนักกฎหมายอิสลามมัซฮับหะนะฟี และอัญญาบารีย์ นั้นถือเป็นทัศนะที่เปิดกว้างให้ผู้หญิงที่มีความรู้ความสามารถและเหมาะสมเข้ามาดำรงตำแหน่งเป็นผู้พิพากษาได้ เช่นเดียวกับ “พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรมพ.ศ. 2543” มาตรา 52 ไม่ได้เจาะจงว่าผู้สมัครเป็นคະໂຕະຍຸຕິຣຣມต้องเป็นชายเท่านั้น

## 6) มีคุณธรรม

ประชาชนส่วนใหญ่มีความเห็นว่าการมีคุณธรรมถือเป็นเงื่อนไขสำหรับทุกตำแหน่งในการบริหารและการปกครองหมายความว่าผู้พิพากษาต้องปฏิบัติตามหลักการแห่งคำสอนอย่างเคร่งครัด และห้ามตนเองจากการกระทำที่เป็นบาปใหญ่ เช่น “การมากในเรื่องกาม” ไม่กระทำสิ่งที่เป็นบาปเล็กเป็นอาจิม และห่างไกลจากพฤติกรรมน่าสงสัยที่จะทำให้คุณสมบัตินของตนเองต่างพร้อย ดังนั้นไม่เป็นที่อนุญาตให้ผู้ฟาลิกได้รับแต่งตั้งเป็นผู้พิพากษา เนื่องจากความเป็นอยู่และฐานะของผู้พิพากษาคือสิ่งสำคัญที่สุดที่จะทำให้ผู้คนไว้วางใจและเชื่อถือสำหรับประชาชนมัซฮับหะนะฟี ถือว่าการมีคุณธรรมเป็นคุณสมบัติที่พึงมีเท่านั้น แต่ไม่ถึงขั้นว่าจำเป็นต้องมี สำหรับการแต่งตั้ง “ผู้ฟาลิก” จึงถือว่าสามารถกระทำได้และการตัดสินใจนั้นถือว่ามีผลบังคับ トラบที่คำตัดสินนั้นถูกต้องตามหลักการศาสนา (อัตุลฮาลิม ไชชิง และคณะ, 2555 : 38-39)

เมื่อเทียบกับตำแหน่งของคະໂຕະຍຸຕິຣຣມในประเทศไทยพบว่าประมวลข้าราชการตุลาการ พ.ศ. ๒๕๕๖ ส่งเสริมให้ข้าราชการตุลาการยึดมั่นปฏิบัติอันเป็นส่วนหนึ่งภายใต้หลักคุณธรรมแห่งกระบวนทัศน์ธรรมภิบาล ที่ “ผู้พิพากษา” “ผู้ช่วยผู้พิพากษา” “คະໂຕະຍຸຕິຣຣມ” และ “ผู้พิพากษาสมทบ” ทุกคนสามารถใช้เป็นแนวทางในการประพฤติปฏิบัติหน้าที่ สำหรับ “พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการ พ.ศ. ๒๕๔๓” กำหนดเกี่ยวกับคุณธรรมของผู้เป็นคະໂຕະຍຸຕິຣຣມ ปรากฏตามมาตรา ๕๑ (๑) กล่าวคือ “มีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้าม” ตามมาตรา ๒๖ (๕) คือ “ไม่เป็นผู้มีความประพฤติเสื่อมเสียหรือบกพร่องในศีลธรรมอันดี”

## 7) เป็นมุจญตะฮิด<sup>๘</sup>

การเป็นผู้พิพากษาตามทัศนะของนักวิชาการส่วนใหญ่เห็นว่า “ผู้พิพากษาควรเป็นผู้ที่สามารถวิเคราะห์ วินิจฉัยหลักการจากแหล่งที่มาหลัก ทั้งเป็นผู้ซึ่งภูมิความรู้ในศาสตร์ที่เกี่ยวข้องกับหลักการอัลกุรอานและหลักการอัลหะดีษ โดยเข้าใจถึง “บทบัญญัติใดเป็นบัญญัติทั่วไป” และ “บทบัญญัติใดเป็นบัญญัติเฉพาะเจาะจง” มีความรู้ความเข้าใจเกี่ยวกับการตีความบทบัญญัติที่ไม่มี ความชัดเจนให้เกิดความชัดเจนได้ ทั้งมีความรู้ความสามารถระบุว่า “บทบัญญัติใดที่ถูกยกเลิก” และ

<sup>๘</sup>ผู้ที่ทำการวินิจฉัยตัวบทจากอัลกุรอานและอัลหะดีษเพื่อให้ได้มาซึ่งบทบัญญัตินั้น ๆ



“บทบัญญัติใดที่ถูกยกเลิก” มีความรู้ความสามารถว่า “หะดีษใดสามารถนำมาใช้เป็นหลักฐานได้” และ “และหะดีษใดที่ไม่สามารถนำมาเป็นหลักฐานได้ มีความรู้ความสามารถระบุว่าสายรายงานที่เชื่อถือได้และไม่น่าเชื่อถือ มีความรู้ความสามารถทางด้าน “ภาษาอาหรับและหลักไวยากรณ์” เป็นอย่างดี มีความรู้ความสามารถในหลักการจากคำสอนของบรรดาเศาะหาบะฮ์และตาบิอิน ตลอดจนมีความรู้ความสามารถเกี่ยวกับบรรดา “มติเอกฉันท์” ที่เป็น “อิจญ์มาอ์” ของบรรดาปราชญ์ และบรรดาทักศนะมีมีความหลากหลายของความเห็นที่แตกต่างของนักปราชญ์ต่อหลักการ และมีความรู้ความสามารถในเรื่อง “การเทียบเคียง”

สำหรับปราชญ์ในมัซฮับหะนะฟีมีความเห็นว่าผู้ที่เป็นผู้พิพากษาไม่จำเป็นต้องมีความรู้ความสามารถขั้นมุญตะฮิด เพราะ เมื่อมีปัญหาผู้พิพากษาสามารถที่จะเรียก “ผู้รู้มาปรึกษาหารือ” และทำการตัดสินตามนั้นได้ (al Kasani, 1982 : 3)

ส่วนอิบน์ศ็อบบาค (ابن الصباغ) ปราชญ์มัซฮับชาฟีอี๊ย์ เห็นว่าการอิจญ์ติฮาดสามารถแยกส่วนได้ในส่วนของกฎหมายมรดกเท่านั้น เนื่องจากเนื้อหาของกฎหมายมรดกกับเนื้อหาอื่นๆ ของกฎหมายอิสลาม บุคคลอาจเป็นมุญตะฮิดเฉพาะกฎหมายมรดกเท่านั้น สอดคล้องกับปราชญ์อุศลุฟิคว์ส่วนใหญ่ เห็นว่าการอิจญ์ติฮาดนั้นสามารถแยกส่วนได้

เมื่อเทียบกับตำแหน่งของคณะตุลาการในประเทศไทยพบว่า “พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ. 2543” มาตรา 52 (3) “กำหนดให้คณะตุลาการต้องเป็นผู้มีความรู้ในศาสนาอิสลาม” สามารถที่จะเป็นผู้วินิจฉัยชี้ขาดข้อกฎหมายอิสลามเกี่ยวกับ “ครอบครัวมรดก” แต่ไม่ได้กำหนดคุณสมบัติทางกฎหมายอิสลามของผู้สมัครแต่อย่างใด

## 8) มีประสาทสัมผัสสมบูรณ์

ผู้พิพากษาต้องเป็นผู้ที่สามารถ “มองเห็น” “ได้ยิน” และ “การพูด” ตามความเห็นทัศนะของนักวิชาการส่วนใหญ่คุณสมบัตินี้คือสภาวะจำเป็น สำหรับผู้ที่ถูกแต่งตั้งให้เป็นผู้พิพากษาสำหรับบุคคลที่หูหนวกจึงไม่สามารถเป็นผู้พิพากษาได้ เพราะ “ไม่อาจได้ยินหรือรับรู้คำสนทนา” หรือข้อโต้แย้งของคู่ความได้ และสำหรับบุคคลที่ไม่สามารถมองเห็นก็ไม่อาจเป็นผู้พิพากษาได้ เนื่องจากไม่สามารถแยกแยะโจทก์ จำเลยได้ และสำหรับ “บุคคลที่ไปไม่สามารถสนทนาได้” ก็ไม่อาจเป็นผู้พิพากษาได้เช่นกัน เพราะไม่สามารถสื่อสารในการพิจารณาและสื่อสารกับบุคคลที่เกี่ยวข้องในคดีได้ (อับดุลฮาสิม ไชชิง และคณะ, 2555 : 39) อย่างไรก็ตามมีทัศนะของนักวิชาการบางท่านมัซฮับชาฟีอี๊ย์ และฮันบาลี๊ย์ อนุญาตให้บุคคลที่ตาบอดเป็นผู้พิพากษาได้ อ้างหลักฐานจากการที่ท่านรอซูล

ได้แต่งตั้งอับนุ อุมมีมักตุม ชายตาบอดให้ปกครองเมืองมะดีนะฮ์ แต่ปราชญ์ส่วนใหญ่แย้งกลับไปว่า ท่านรอซูลเพียงมอบหมายให้ดูแลเฉพาะเรื่องการละหมาดเท่านั้น (เจ๊ะเหล๊ะ แยกพงศ์, 2550 : 187)

เมื่อเทียบกับตำแหน่งของตะโตะะยุติธรรมในประเทศไทยพบว่าพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรมพ.ศ. 2543 กำหนดเกี่ยวกับความสามารถทางสติปัญญาของผู้เป็นตะโตะะยุติธรรม ปรากฏตามมาตรา 51 (1) กล่าวคือ “มีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้าม” ตาม มาตรา 26 (10) คือ “ไม่เป็นคนไร้ความสามารถ” “คนเสมือนไร้ความสามารถ” “คนวิกลจริต” หรือ “จิตฟั่นเฟือนไม่สมประกอบ” หรือ “เป็นโรคที่ระบุไว้ในระเบียบของ ก.ต.” (คณะกรรมการตุลาการศาลยุติธรรม)

## 2.6 บทบาทและอำนาจหน้าที่ของผู้พิพากษาในกฎหมายอิสลาม

ผู้พิพากษานอกจากเป็นผู้ชี้ขาดปัญหาข้อกฎหมายหรือปัญหาข้อเท็จจริง ซึ่งถือเป็นหน้าที่หลักที่สำคัญของผู้พิพากษาแล้วยังมีหน้าที่ต่างๆ ที่อาจได้รับมอบหมายเพื่ออำนวยความสะดวกเป็นธรรมต่อสังคมตามความเหมาะสมของคุณสมบัติและสภาพปัญหาของสังคมนั้นๆ ดังนี้

### 2.6.1 บทบาทและอำนาจหน้าที่หลัก

ก) “การคืนสิทธิอันชอบธรรมให้กับเจ้าของสิทธิภายใน” หลังจากที่ทราบแน่ชัดในสิทธิดังกล่าวทั้งนี้ทราบได้ด้วยการพิจารณาจากสองสิ่งด้วยกันคือด้วยการสารภาพของผู้ละเมิดสิทธิหรือด้วยพยานหลักฐาน

ข) “การพิพากษาลงโทษแก่ผู้กระทำผิด” ทั้งนี้หากเป็นความผิดฐานละเมิดสิทธิของอัลลอฮ์ก็ยังสามารถดำเนินการได้ทันทีหลังจากได้ทำการสารภาพหรือมีด้วยการมีพยานหลักฐานชัดเจน โดยมีต้องรอการฟ้องร้องแต่หากเป็นความผิดฐานละเมิดสิทธิของมนุษย์จะต้องขึ้นอยู่กับ การฟ้องร้องของเจ้าของสิทธิ

ค) “การตรวจสอบพยานและเจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องกับคดี” ทั้งนี้ด้วยการคัดเลือก “คณะกรรมการตรวจสอบบุคคล” เหล่านั้นหากตรวจสอบแล้วพบว่า “มีคุณสมบัติเพียงพร้อมไม่มีข้อบกพร่อง” สามารถดำเนินตามขั้นตอนต่อไป แต่หากขาดคุณสมบัติหรือมีความบกพร่องก็ให้หาบุคคลที่มีความเหมาะสมมาแทน

ง) “การให้ความเสมอภาคในการชี้ขาดตัดสินคดีระหว่างผู้ที่มีอำนาจกับผู้อ่อนแอ” โดยให้ความเป็นธรรมในการชี้ขาดตัดสินคดีระหว่างบุคคลสำคัญทางสังคมกับผู้อ่อนแอ ไม่ตัดสินตามอารมณ์อันนำไปสู่การละเมิดสิทธิของบุคคลอื่น

บทบาทและอำนาจหน้าที่หลักของผู้พิพากษาประกอบด้วย การดำเนินการคืนสิทธิ แก่ผู้ทรงสิทธิ การพิพากษาอรรถคดีทั้งปวง การตรวจสอบพยาน และการดำเนินการต่าง ๆ ให้เป็นไป โดยความเสมอภาค (อับดุลฮาติม ไชชิง, 2555 : 40)

## 2.6.2 อำนาจหน้าที่รอง

นอกจากอำนาจหน้าที่หลักของผู้พิพากษายังมีอำนาจหน้าที่รองของผู้พิพากษาตาม หลักกฎหมายอิสลาม กล่าวคือ

ก) “การมีอำนาจดูแลคุ้มครองบุคคลไร้ความสามารถ” เช่น “ผู้วิกลจริตหรือผู้เยาว์” และมีอำนาจดูแลรักษาทรัพย์สินของบุคคลผู้หย่อนความสามารถ เช่น “ผู้ด้อยปัญญา” หรือ “ผู้ถูก จำกัทธิ” และ “ผู้ซึ่งล้มละลาย” เป็นต้น ทั้งนี้เพื่อให้การดำเนินการตามหน้าที่พิทักษ์รักษา ทรัพย์สินแก่บุคคลดังกล่าว

ข) “การดูแลทรัพย์สินสาธารณะสมบัติ” โดยการเก็บรักษาและบำรุงรักษาให้เกิด ประโยชน์ การดำเนินการจัดเก็บ และแจกจ่ายตามวัตถุประสงค์ที่ถูกกำหนดให้

ค) “การดำเนินการให้พินัยกรรมตามเงื่อนไขที่ผู้ทำพินัยกรรมได้ดำเนินการไว้” ทั้งนี้ จะต้องเป็นไปตามหลักการอิสลาม

ง) “การดำเนินการสมรสแก่หญิงหม้าย” กับผู้ที่เหมาะสม หากหญิงนั้นไม่มีผู้ปกครอง ทำหน้าที่สมรสให้

จ) “การสอดส่องดูแลควบคุมสิ่งที่อยู่ภายใต้การปกครอง” ทั้งนี้ด้วยการควบคุมมิให้มี สิ่งกีดขวางเส้นทางสัญจรของผู้คนหรือมิให้มีการสร้างความเดือดร้อนในที่สาธารณะ

ฉ) “การนำละหมาดญุมอะฮ์และละหมาดอีดทั้งสอง” รวมทั้ง “การดำเนินการจัดเก็บ คีอรรอจญ์ (การบริจาค) และชะกาต”

สำหรับบทบาทหน้าที่รองของผู้พิพากษานั้นประกอบด้วย การปกครองผู้ไร้ ความสามารถ การควบคุมทรัพย์สินของแผ่นดิน การดำเนินการตามพินัยกรรม การจัดการสมรสการ ควบคุมดูแลปัญหาสังคม การเป็นผู้นำละหมาด และการจัดการทรัพย์สินบริจาคและชะกาต

ผู้ดำรงตำแหน่งเป็นผู้พิพากษาในอิสลามต้องเป็นมุสลิม ผู้บรรลุนิติภาวะตาม กฎหมายอิสลาม ผู้มีสติสมบูรณ์ ผู้ไม่เป็นทาส ผู้เป็นชาย ผู้มีคุณธรรม ผู้มีความสามารถในการอิจญ์ ดียาดข้อกฎหมายอิสลามได้ และผู้มีประสาทสัมผัสมุสลิมผู้ไม่เป็นอุปสรรคต่อการปฏิบัติหน้าที่ สำหรับบทบาทและอำนาจหน้าที่นั้นนอกจากการพิจารณาพิพากษาอรรถคดีหรือการระงับข้อพิพาท ซึ่งเป็นบทบาทหลักนั้น ยังมีบทบาทและอำนาจหน้าที่ที่ได้รับมอบหมายเฉพาะที่ผู้นำแห่งรัฐหรือ ผู้ปกครองประเทศมอบหมายซึ่งเป็นบทบาทรอง (อับดุลฮาติม ไชชิง, 2555 : 40)