

บทที่ 2

การอนุญาตตุลาการในกฎหมายอิสลาม

บทนี้ผู้วิจัยทำการศึกษาการอนุญาตตุลาการในกฎหมายอิสลามตามประเด็นต่างๆ คือประวัติความเป็นมาของการอนุญาตตุลาการในกฎหมายอิสลาม องค์ประกอบและเงื่อนไขของการอนุญาตตุลาการในกฎหมายอิสลามจากคัมภีร์อัลกุรอาน อัลหะดีษ ทัศนะของบรรดานักปราชญ์อิสลาม งานวิจัย วิทยานิพนธ์ บทความ วารสาร และตำราเอกสารต่างๆที่เกี่ยวข้อง ซึ่งเป็นเอกสารตำราชั้นปฐมภูมิ ตำราชั้นทุติยภูมิ โดยใช้วิธีการศึกษาเอกสาร แล้วนำข้อค้นพบจากตำราและเอกสารที่เกี่ยวข้องมารวบรวมแนวคิด หลักเกณฑ์ เพื่อนำไปเรียบเรียง วิเคราะห์และสังเคราะห์ตามวัตถุประสงค์วิจัยต่อไป

2.1 ประวัติความเป็นมาของการอนุญาตตุลาการในกฎหมายอิสลาม

การอนุญาตตุลาการถือได้ว่าเป็นการระงับข้อพิพาทที่มีมาคู่กับสังคมมนุษย์อย่างช้านานไม่ว่าจะสังคมใดก็ตาม โดยการระงับข้อพิพาทของมนุษย์ในยุคแรกๆมักจะมีการใช้กำลัง ฝ่ายใดแข็งแกร่งกว่าย่อมเป็นฝ่ายชนะ เมื่อสังคมมนุษย์เจริญขึ้นจึงมีกระบวนการระงับข้อพิพาทอย่างอื่นเข้ามาแทนการใช้กำลัง ซึ่งเป็นการใช้กระบวนการแบบไม่เป็นทางการ เช่นการไกล่เกลี่ยประนีประนอมกัน หรือการแต่งตั้งโดยคู่พิพาททั้งสองฝ่ายให้บุคคลที่ตนให้ความเคารพนับถือเป็นผู้ตัดสิน จากลักษณะที่สองนี้เองเป็นลักษณะที่คล้ายคลึงกับการอนุญาตตุลาการในปัจจุบัน ไม่ว่าจะเป็นระบบกฎหมายใดก็ย่อมมีวิวัฒนาการมาจากมนุษย์ยุคโบราณโดยมีการพัฒนารูปแบบของการระงับข้อพิพาทมาอย่างเป็นระบบ

การระงับข้อพิพาทโดยทั่วไปนั้นมีหลายรูปแบบหากคำนึงถึงอำนาจของรัฐอธิปไตย เราสามารถจำแนกได้เป็น 2 ลักษณะ คือ การระงับข้อพิพาทกระแสหลัก และการระงับข้อพิพาททางเลือก ซึ่งการระงับข้อพิพาทกระแสหลักนั้น คือ การระงับข้อพิพาทโดยการใช้กระบวนการทางศาลหรือตุลาการ ซึ่งได้รับการแต่งตั้งจากรัฐ ส่วนการระงับข้อพิพาททางเลือกนั้นเป็นการระงับข้อพิพาทที่คู่พิพาทเลือกที่จะใช้วิธีการระงับข้อพิพาทอื่นจากการระงับข้อพิพาทโดยศาลหรือตุลาการ เช่น การไกล่เกลี่ยประนีประนอม การอนุญาตตุลาการ การเจรจาต่อรองโดยคนกลาง เป็นต้น ซึ่งการระงับข้อพิพาทตามระบบกฎหมายอิสลามมีลักษณะเดียวกันกับระบบกฎหมายอื่นเช่นกัน โดยกฎหมายอิสลามให้ความสำคัญต่อการระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นในระหว่างมนุษยชาติเป็นอย่างมาก การระงับข้อพิพาทจึงมีการกำหนดไว้ในระบบกฎหมายอิสลามอย่างชัดเจน

กฎหมายอิสลามเป็นกฎหมายที่อัลลอฮ์ได้ประทานลงมาแก่นุชนชาติตั้งแต่ประมาณ 1,400 กว่าปีก่อน เพื่อให้คนทุกเชื้อชาติ ทุกภาษาสามารถใช้ และอยู่ร่วมกันอย่างสงบสันติได้ กระบวนการระงับข้อพิพาททางกฎหมายอิสลามจึงมีความหลากหลาย ซึ่งคู่พิพาทสามารถเลือกวิธีการที่เหมาะสมกับบริบททางสังคมของตนได้ โดยมะรอนิง สาลามิง และคณะ(2554) กล่าวว่า กระบวนการระงับข้อพิพาททางกฎหมายอิสลามประกอบด้วย 1) การให้คำปรึกษา(الاستشارة) 2) การไกล่เกลี่ยประนีประนอม (الصلح) 3) อนุญาโตตุลาการ (التحكيم) 4) กระบวนการศาลหรือ กระบวนการพิพากษาอรรถคดี (القضاء) 5) อำนาจผู้ปกครองสูงสุด (ولاية المظالم) 6) กระบวนการภาคประชาอาสา (ولاية الحسبة)

กระบวนการระงับข้อพิพาททางกฎหมายอิสลามทั้ง 6 รูปแบบดังกล่าวสามารถนำมาปรับใช้ให้เหมาะสมกับบริบททางสังคมแต่ละสังคมได้ตามความเหมาะสม อีกทั้งกระบวนการให้คำปรึกษา การไกล่เกลี่ยประนีประนอม และอนุญาโตตุลาการ ซึ่งเป็นกระบวนการที่มีได้เข้าไปแทรกแซงหรือละเมิดต่อกระบวนการทางศาลแต่อย่างใด โดยเฉพาะอย่างยิ่งกระบวนการทางอนุญาโตตุลาการ ถือเป็นกระบวนการระงับข้อพิพาทที่ได้รับการยอมรับอย่างกว้างขวางในปัจจุบัน โดยหลายประเทศมีกฎหมายที่เปิดโอกาสให้สามารถระงับข้อพิพาทด้วยการใช้วิธีการทางอนุญาโตตุลาการได้ตามที่คู่พิพาทต้องการ การระงับข้อพิพาททางอนุญาโตตุลาการจึงเป็นช่องทางหนึ่งที่กำลังได้รับความนิยมกันอย่างแพร่หลายในสังคมปัจจุบัน โดยเฉพาะมุสลิมที่เป็นชนส่วนน้อยที่อยู่ในประเทศที่ไม่ได้ใช้ระบบกฎหมายอิสลาม แต่ต้องการใช้กระบวนการระงับข้อพิพาททางกฎหมายอิสลามถือเป็นทางเลือกหนึ่งที่สามารถกระทำได้

กระบวนการระงับข้อพิพาททางกฎหมายอิสลามที่หลากหลายดังกล่าวจะมีลักษณะเฉพาะในแต่ละรูปแบบ และบางรูปแบบจะมีลักษณะที่คล้ายคลึงกันมาก เช่นการไกล่เกลี่ย และการอนุญาโตตุลาการ การระงับข้อพิพาททั้งสองรูปแบบนี้มีความคล้ายคลึงกัน ซึ่งการระงับข้อพิพาททั้งสองรูปแบบนี้ล้วนแล้วแต่เกิดจากการแต่งตั้งและยินยอมโดยคู่พิพาทให้บุคคลภายนอกที่ไม่ใช่ศาลเป็นผู้ระงับข้อพิพาทของพวกเขา แต่การระงับข้อพิพาทโดยรูปแบบทั้งสองยังมีข้อแตกต่างกัน เช่น การอนุญาโตตุลาการจะมีสภาพบังคับมากกว่าการไกล่เกลี่ย และผลของการระงับข้อพิพาทโดยการไกล่เกลี่ย คู่พิพาททั้งสองฝ่ายสามารถกำหนดและเสนอได้ แต่ผลจากการอนุญาโตตุลาการคู่พิพาทไม่สามารถกำหนดได้ เป็นต้น

ดังนั้นการศึกษากระบวนการอนุญาโตตุลาการตามกฎหมายอิสลามในวิจัยเล่มนี้จึงจำเป็นต้องเริ่มศึกษาตั้งแต่ประวัติความเป็นมาของการอนุญาโตตุลาการ โดยส่วนของประวัติความเป็นมาของการอนุญาโตตุลาการในกฎหมายอิสลามนั้นผู้วิจัยขอเสนอ นิยามความหมายของการอนุญาโตตุลาการทั้งด้านภาษา และด้านวิชาการ และประวัติความเป็นมาของการอนุญาโตตุลาการในกฎหมายอิสลามดังนี้

2.1.1 นิยามความหมาย

2.1.1.1 ความหมายภาษา

คำว่า “การอนุญาโตตุลาการ (التحكيم)” ในทางภาษาที่มีรากศัพท์มาจากคำว่า (حَكَمَ) ซึ่งในพจนานุกรมภาษาอาหรับได้อธิบายว่า คำว่า (حَكَمَ) ประกอบด้วยอักษร م ك ح เป็นอักษรเต็ม มีความหมายว่า ยับยั้ง และความหมายที่เหมาะสมที่สุดของคำว่า (حَكَمَ) คือ การยับยั้งจากความอยุติธรรม และคำว่า “อัลหิกมะฮฺ (الحكمة)” ยังสามารถเทียบเคียงกับความหมายของคำว่า (حَكَمَ) เนื่องจาก “อัลหิกมะฮฺ (الحكمة)” เป็นการยับยั้งจากความเขลาเบาปัญญา (Ibn Husayn Ahmad bin Faris bin Zakariya. 1979/2:91)

กอทฏอน อับดุลเราะมาน อัตุรีย (2002 :18) กล่าวว่า คำว่า “การอนุญาโตตุลาการ (التحكيم)” ในทางภาษาที่มีรากศัพท์มาจากคำว่า (حَكَمَ) ประกอบด้วยอักษร م ك ح มีความหมายว่า ยับยั้ง

นอกจากคำว่า “อนุญาโตตุลาการ (التحكيم)” ที่มีรากศัพท์มาจากคำว่า (حَكَمَ) แล้ว ยังมีคำอื่นที่มีรากศัพท์มาจากคำว่า (حَكَمَ) เช่นกัน เช่นคำว่า

1. คำว่า “อัลหุกุม (الحكم)” คือ “ตัดสิน (القضاء)” หมายความว่า การยับยั้งความอยุติธรรม เช่นคำพูดว่า

حَكَمْتُ عَلَيْهِ بِكَذَا

ความว่า “ท่านจงตัดสินเขาอย่างนั้นอย่างนี้”

อัลอัชมาอียี กล่าวว่า “ความหมายเดิมของคำว่า (الحكومة) คือ บุคคลคนหนึ่ง ปฏิเสธความอยุติธรรม” (Qahtan Abdul al-Rahman al-Duriy .2002:18)

กอดีรี มุฮัมหมัด มะฮ์มุด (Qadiry Muhammad Mahmud, 2009:19) กล่าวว่า คำว่า อัลหุกุม (الحكم) คือการตัดสินในสิ่งใดสิ่งหนึ่งว่าสิ่งนั้นเป็นหรือไม่เป็นแบบนั้นแบบนี้ เช่นคำพูดว่า

حكمت عليه بكذا إذا منعه من خلافة

ความว่า “ท่านจงตัดสินเขาอย่างนั้นอย่างนี้ เมื่อท่านต้องการยับยั้งสิ่ง
นั้นจากความขัดแย้ง”

2. คำว่า “อัลหิกมะฮฺ (الحكمة)” คือ ความยุติธรรม ความรู้ และการมีมารยาทที่
อ่อนโยน ซึ่งมักจะได้อินการใช้คำนี้ในขณะที่ต้องการที่จะปฏิเสธความโง่เขลา และการมีมารยาทที่ไม่ดี
(Qaḥṭan Abdul al-Rahman al-Duriy .2002:20)

3. คำว่า “สุเราะฮฺอุม্ম์อัลกะมะฮฺ (سورة محكمه) และบรรดาอายะฮฺ อุม্ম์อัลกะมะฮฺ
(آيات محكمه)” คือบรรดาสุเราะฮฺหรืออายะฮฺที่ได้รับฟังแล้วไม่จำเป็นต้องอธิบายอายะฮฺดังกล่าว
เพิ่มเติม(Qaḥṭan Abdul al-Rahman al-Duriy .2002:20)

คำที่มีรากศัพท์มาจากคำว่า (حك) นอกจากคำทั้งสามที่กล่าวมาแล้วยังมีคำอื่นที่มีความ
ความหมายอีกหลากหลาย แต่คำที่มีความหมายสอดคล้องกับคำว่า “การอนุญาตตุลาการ
(الحكيم)” คือคำว่า “อัลหุกมฺ(الحكم)” ซึ่งแปลว่า การตัดสิน, การพิพากษา ซึ่งมีความหมาย
เดียวกันกับคำว่า อัลกอฎออ (القضاء)”

กอดีร์มูฮัมหมัด มะฮ์มุด (2009:18) กล่าวว่า คำนิยามตามหลักภาษาอาหรับมี
ความหมายหลายถ้อยรวบรวมใน พจนานุกรมภาษาอาหรับ คำว่าอนุญาตตุลาการ คือคำว่า
الحكيم เป็นคำนามที่ผันมาจากคำว่า حكم เช่นคำพูดว่า

حكمته في مالي فاحتكم

ความว่า “ฉันได้ตั้งเขาให้เป็นผู้ตัดสินในทรัพย์สินของฉัน
ดังนั้นเขาจึงตัดสิน”

ท่านอัลอัซฮารี ได้กล่าวว่า คุณลักษณะของอัลลอส คือ الحكم والحكيم ทั้งสอง
คำนี้มีความหมายว่าผู้ตัดสินและมีความหมายเดียวกับคำว่า قاضي (ผู้พิพากษา) ซึ่งมาในรูปการผันคำ
ว่า ฟะอีน (فعل) ในความหมาย ฟาอิล(فاعل) (Qadiry Muhammad Mahmud. 2009 :7)
ดังอายะฮฺอัลกุรอานกล่าวว่า

﴿ فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي

أَنْفُسِهِمْ حَرَجًا مِّمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا ﴾

ความว่า “มิใช่เช่นนั้นดอก ข้าขอสาบานด้วยพระเจ้าของเจ้าว่า เขาเหล่านั้นจะยังไม่ศรัทธาจนกว่าพวกเขาจะให้เจ้าตัดสินในสิ่งที่ขัดแย้งกันระหว่างพวกเขาแล้วพวกเขาไม่พบความ คับใจใด ๆ ในจิตใจของพวกเขาจากสิ่งที่เจ้าได้ตัดสินใจ และพวกเขายอมจำนนด้วยดี” (อัลนิสาอ : 65)

ออบี อัลอะฮ์สัน (2000 :48) กล่าวว่า คำว่า หักกะมา (كُفِّرَ) นั้นให้ความหมายว่าการชี้ขาด การตัดสิน และหมายถึงการรวบรวมบทบัญญัติ โดยมีได้มีข้อสงสัยใด ๆ ในความหมายเหล่านี้

มุฮัมหมัด อัลสุฮัยลีย์ (2011:366) ได้สรุปความหมายของคำว่าอนุญาโตตุลาการในทางภาษา หมายถึง การตัดสินในเรื่องต่างๆ และการใช้ให้ตัดสิน

อับดุลลอฮฺ บิน มุฮัมหมัด บินชะฮัดดี (1420 : 27) กล่าวว่า “การอนุญาโตตุลาการ (التحكيم)” ในทางภาษานั้น ผันมาจากคำว่า “หักกะมา (كُفِّرَ)” ซึ่งมีความหมายว่า “การยับยั้ง”

ดังนั้นความหมายของคำว่า “การอนุญาโตตุลาการ (التحكيم)” ในทางภาษามีรากศัพท์มาจากคำว่า “หักกะมา (كُفِّرَ)” ความหมายเดียวกับคำว่า “อัลกอฎอ (القضاء)” คือการพิพากษา, ตัดสิน หากแต่คำว่า “กอฎอ (القضاء)” จะใช้ไปในทางการพิพากษาของศาลมากกว่า แต่คำว่า “อัลฮุกม (الحكم)” จะใช้กับการตัดสินหรือระงับข้อพิพาทโดยทั่วไป

วิจัยเล่มนี้จึงใช้คำว่า “การอนุญาโตตุลาการ” แทนมาจากคำว่า التحكيم ในภาษาอาหรับ

2.1.1.2 ความหมายทางวิชาการ

ความหมายของคำว่า “การอนุญาโตตุลาการ” ในกฎหมายอิสลามมีนักวิชาการได้ให้ความหมายของคำนี้ไว้หลากหลายทั้งปวงปรากฏในสำนักกฎหมายต่าง ๆ และนักวิชาการร่วมสมัย

1. สำนักอัลอะฮ์นาฟี ได้ให้คำนิยามว่า คือ “การแต่งตั้งผู้ชี้ขาดข้อพิพาทโดยคู่พิพาททั้งสองเพื่อให้ชี้ขาดข้อพิพาทที่เกิดขึ้นในระหว่างเขาทั้งสอง และการแต่งตั้งนั้นต้องมีคำกล่าวเสนอขอแต่งตั้งจากคู่พิพาทและคำสนองยินยอมรับเป็นอนุญาโตตุลาการเป็นองค์ประกอบ” (Muhammad bin Ali al-Hanafiy. 2002 : 474)

2. สำนักอัลมะลิกีย์ ได้ให้นิยามว่า “การแต่งตั้งผู้ตัดสินชี้ขาดโดยคู่พิพาททั้งสอง ด้วยการยินยอมให้บุคคลหนึ่งที่ได้รับการแต่งตั้งนั้นชี้ขาดข้อพิพาทที่เกิดขึ้นระหว่างทั้งสอง” (Abdullah bin Muhammad bin ṣād Āl ḵanīn.1420 : 27)

อิบนุ ฟัรฮุน (Abn Farḥun) ได้อธิบายนิยามดังกล่าวเพิ่มเติมว่า ความหมายคือ คู่พิพาททั้งสอง เมื่อได้มีการชี้ขาดในระหว่างเขาทั้งสอง โดยบุคคลหนึ่งด้วยการยินยอมให้มีการชี้ขาดในระหว่างเขาทั้งสอง การชี้ขาดนั้นเป็นที่ยอนุญาตให้กระทำได้ แต่หากไม่ได้รับความยินยอมการชี้ขาดดังกล่าวไม่เป็นที่อนุญาต (Ibrahīm ibn Shasudin.2003/1:50)

3. สำนักอักษะฟีอีย์ ได้ให้นิยามว่า “คู่พิพาททั้งสองแต่งตั้งผู้ตัดสินชี้ขาด ที่เป็นผู้ที่มีคุณสมบัติผู้พิพากษาได้ ชี้ขาดระหว่างทั้งสองฝ่าย” (Abdullah bin Muhammad bin ṣād Āl ḵanīn.1420 : 28)

อัลนะวารีย์ (Al-Nawawiy) ได้อธิบายนิยามดังกล่าวว่า หากการชี้ขาดข้อพิพาททั้งสองโดยบุคคลหนึ่งนั้นเป็นการชี้ขาดที่ไม่ใช่การชี้ขาดในบทบัญญัติของอัลลอฮ์ ﷻ ถือเป็นสิ่งอนุญาตโดยไม่มีเงื่อนไขใด ๆ และบุคคลที่ทำหน้าที่ชี้ขาดต้องมีคุณสมบัติที่สามารถเป็นผู้พิพากษาได้ (al-Nawawiy.2005: 148)

ท่านอิมามอัชชูรบิยีนียได้ขยายความคำอธิบายของท่านอิมามอันนะวารีย์ดังกล่าวไว้ว่า การชี้ขาดข้อพิพาทของบุคคลทั้งสองที่กระทำโดยบุคคลที่ไม่ใช่ผู้พิพากษาต้องไม่ชี้ขาดในข้อพิพาทที่เป็นบทบัญญัติของอัลลอฮ์ ﷻ เช่นเรื่องทรัพย์สินหรือเรื่องอื่นๆ ถือเป็นสิ่งอนุญาตโดยไม่มีเงื่อนไขใดๆ โดยมีเงื่อนไขว่าบุคคลดังกล่าวต้องมีคุณสมบัติที่สามารถเป็นผู้พิพากษา โดยผู้นั้นไม่ใช่ผู้พิพากษา (al-Shurbiyiniy,1999/6:4267)

4) สำนักอัลฮะนาบิละฮฺ ได้ให้นิยามว่า “บุคคลทั้งสองฝ่ายได้แต่งตั้งผู้ชี้ขาดที่ไว้วางใจได้ เพื่อตัดสิน ทั้งได้รับความยินยอมจากผู้ที่ถูกแต่งตั้งเพื่อชี้ขาดระหว่างเขาทั้งสอง” (Abdullah bin Muhammad bin ṣād Āl ḵanīn.1420 : 28)

อิบนุกุตามะฮฺ ได้อธิบายนิยามดังกล่าวว่า เมื่อทั้งสองฝ่ายต้องการให้ชี้ขาดโดยบุคคลหนึ่ง ซึ่งเขาได้ทำการชี้ขาดระหว่างทั้งสองฝ่าย และทั้งสองฝ่ายก็ยินยอมให้เขาชี้ขาด และผู้ที่ทำการชี้ขาดต้องมีคุณสมบัติที่สามารถเป็นผู้พิพากษาได้ ดังนั้นการชี้ขาดของเขาเป็นที่ยอนุญาตให้กระทำได้ และการชี้ขาดแก่ทั้งสองถือเป็นอันสมบูรณ์ (Abdullah bin Muhammad bin ṣād,1420 : 27-28)

นอกจากนิยามทางวิชาการของสำนักกฎหมายต่าง ๆ ที่ผู้วิจัยได้กล่าวมาแล้วข้างต้น ยังมีนักวิชาการร่วมสมัยได้รวบรวมนิยามของคำว่าอนุญาตตุลาการในสำนักกฎหมายอิสลามต่างๆไว้

เช่นกัน เช่น กอติร์มุฮัมมัด มะฮ์มุด (2009:19-20) กล่าวว่า ปราชญ์ในสำนักกฎหมายต่าง ๆ ได้ให้คำนิยามของคำว่า “การอนุญาตตุลาการ” ดังนี้

ก.สำนักอะนาฟี ได้ให้คำนิยามว่า คือ การแต่งตั้งผู้ตัดสินชี้ขาดโดยคู่พิพาททั้งสองฝ่ายเพื่อทำการชี้ขาดข้อพิพาทที่เกิดขึ้นในระหว่างคู่พิพาท

ทัศนะของนักกฎหมายอิสลามสำนักอะนาฟีบางส่วนได้ให้คำนิยาม “อนุญาตตุลาการ” คือ การที่คู่พิพาททั้งสองฝ่ายแต่งตั้งผู้ชี้ขาดเพื่อทำการชี้ขาดข้อพิพาทที่เกิดขึ้นในระหว่างคู่พิพาททั้งสอง, ซึ่งเงื่อนไขสำคัญของการแต่งตั้งคือต้องมีถ้อยคำที่บ่งชี้ถึงการแต่งตั้งดังกล่าว และต้องมีการตอบรับการแต่งตั้งจากผู้ที่ได้รับการแต่งตั้ง

ข.สำนักมะลิกีย์ ได้ให้คำนิยามว่า คือ การที่คู่พิพาททั้งสองฝ่ายได้แต่งตั้งผู้ทำการชี้ขาดเป็นเพศชาย และคู่พิพาททั้งสองยินยอมที่จะมอบข้อพิพาทให้บุคคลนั้น ชี้ขาดข้อพิพาทระหว่างเขาทั้งสอง

ค.สำนักฮัมบาลี ได้ให้คำนิยามว่า คือ การที่คู่พิพาททั้งสองฝ่ายแต่งตั้งบุคคลขึ้นมา เพื่อให้ผู้นั้นชี้ขาดข้อพิพาทที่เกิดขึ้นระหว่างเขา และผู้นั้นยินยอมที่จะได้รับการแต่งตั้ง และผู้นั้นมีคุณสมบัติที่สามารถเป็นผู้ตัดสินได้ ดังนั้นการชี้ขาดระหว่างคู่พิพาททั้งสองนี้ถือเป็นสิ่งอนุมัติสามารถกระทำได้

ง. สำนักอัสชาฟีอีย์ ได้ให้คำนิยามว่า คือ การที่คู่พิพาทได้แต่งตั้งบุคคลหนึ่งมาจากตัวแทนของทั้งสองเพื่อทำการตัดสินในระหว่างคู่พิพาททั้งสองในข้อพิพาทนั้น

กอติร์มุฮัมมัด มะฮ์มุด (2009: 20) ได้สรุปว่า อนุญาตตุลาการคือ การมอบข้อพิพาทโดยคู่พิพาททั้งสองแก่บุคคลที่สามเพื่อให้ชี้ขาดข้อพิพาทของเขาทั้งสองในสิ่งที่เขาทั้งสองได้ขัดแย้งกัน

अबดุลลอฮ บินมุฮัมมัด บินชะอดี กล่าวว่า นิยามทางวิชาการของนักวิชาการอิสลามเกี่ยวกับการอนุญาตตุลาการในสำนักกฎหมายอิสลามทั้งสี่สำนักมีดังนี้

1) สำนักอะนาฟี ได้ให้คำนิยามว่า “การแต่งตั้งผู้ตัดสินชี้ขาดโดยคู่พิพาททั้งสองฝ่ายเพื่อทำการชี้ขาดข้อพิพาทที่เกิดขึ้นในระหว่างคู่พิพาท”

2) สำนักมะลิกีย์ ได้ให้นิยามว่า “การแต่งตั้งผู้ตัดสินชี้ขาดโดยคู่พิพาททั้งสอง ด้วยการยินยอมให้บุคคลหนึ่งที่ได้รับการแต่งตั้งนั้นชี้ขาดข้อพิพาทที่เกิดขึ้นระหว่างทั้งสอง”

3) สำนักอชชาฟีอีย์ ได้ให้นิยามว่า “คู่พิพาททั้งสองแต่งตั้งผู้ตัดสินชี้ขาด ที่เป็นผู้ที่มีคุณสมบัติผู้พิพากษาได้ ชี้ขาดระหว่างทั้งสองฝ่าย”

4) สำนักฮัมบะลีย์ ได้ให้นิยามว่า “บุคคลทั้งสองฝ่ายได้แต่งตั้งผู้ชี้ขาดที่ไว้วางใจได้ เพื่อตัดสิน ทั้งได้รับความยินยอมจากผู้ที่ถูกแต่งตั้งเพื่อชี้ขาดระหว่างเขาทั้งสอง

จากนิยามทางวิชาการของอนุญาโตตุลาการที่ได้ให้นิยามไว้ในสำนักกฎหมายอิสลามต่าง ๆ สามารถสรุปได้ว่า การอนุญาโตตุลาการ คือ การที่คู่พิพาททั้งสองฝ่ายได้แต่งตั้งบุคคลภายนอกขึ้นมาด้วยความยินยอมของทั้งสองฝ่ายเพื่อมาชี้ขาดข้อพิพาทที่เกิดขึ้นนั้น ซึ่งการแต่งตั้งดังกล่าวต้องมีองค์ประกอบและเงื่อนไขตามที่กฎหมายกำหนด

นอกจากความหมายทางวิชาการของสำนักกฎหมายอิสลามทั้งสี่ที่กล่าวมาแล้ว นักกฎหมายอิสลามหลายท่านยังได้ให้ความหมายทางวิชาการของอนุญาโตตุลาการไว้หลากหลายเช่นกันเช่น อบู มุฮัมมัด ได้ให้ความหมายว่า การอนุญาโตตุลาการ คือ การชี้ขาดข้อพิพาทระหว่างสองฝ่าย โดยบุคคลหนึ่งและได้รับความยินยอมจากคู่พิพาททั้งสอง เนื่องจากคู่พิพาททั้งสองมีสิทธิ์ที่จะมอบหมายสิทธิ์ของตนเอง ดังนั้นการอนุญาโตตุลาการจึงเป็นที่อนุญาต(Qadiry Muhammad Mahmud. 2009:58)

อัลฮาวี๋ กล่าวว่า “การที่คู่พิพาททั้งสองฝ่ายตัดสินใจมอบข้อพิพาทให้แก่บุคคลหนึ่งจากบุคคลทั่วไปเพื่อตัดสินชี้ขาดข้อพิพาทระหว่างทั้งสองในข้อพิพาทของเขา ไม่ว่าในเมืองนั้นจะมีผู้พิพากษาหรือไม่ก็ตาม” (al-Mawardi al-Basriy, 1994/16:325)

กอฎอน อับดุลเราะมาน อัลดุรีย (2002 :21) กล่าวว่า นักกฎหมายอิสลามได้นิยามของคำว่า “อนุญาโตตุลาการ” ว่า การที่คู่พิพาททั้งสองฝ่ายได้แต่งตั้งบุคคลขึ้นมาทำหน้าที่ชี้ขาดข้อพิพาทที่เกิดขึ้นระหว่างทั้งสองฝ่าย

นอกจากนั้น กอฎอน อับดุลเราะมาน อัลดุรีย (2002:21) ได้สรุปนิยามนี้ว่า “การอนุญาโตตุลาการ คือ ส่วนหนึ่งที่บ่งชี้ถึงการที่คู่พิพาททั้งสองฝ่ายตัดสินใจมอบข้อพิพาทให้แก่อนุญาโตตุลาการด้วยความยินยอมของคู่พิพาททั้งสองฝ่ายนั้นเพื่อชี้ขาดข้อพิพาทหรือข้อเรียกร้องต่างๆ”

มุฮัมมัด ซุหัยลีย์ (2011 : 362) ได้นิยามความหมายของคำว่าอนุญาโตตุลาการว่า “การอนุญาโตตุลาการ คือ ส่วนหนึ่งที่บ่งชี้ถึงการมอบหมายข้อพิพาทของคู่พิพาทให้แก่อนุญาโตตุลาการ ด้วยความยินยอมจากทั้งสองฝ่าย เพื่อชี้ขาดข้อพิพาทหรือข้อเรียกร้องนั้น”

นักกฎหมายอิสลามมีมติเอกฉันท์ว่า การอนุญาตตุลาการจำเป็นต้องเป็นความต้องการ จากคู่พิพาท โดยดำเนินการตามสัญญาเฉพาะ (Qaḥṭan Abdul al-Rahman al-Duriy.2002:21)

นิยามของคำว่าอนุญาตตุลาการของนักกฎหมายอิสลามสามารถสรุปประเด็นได้ ดังนี้

- 1) คู่พิพาทเห็นพ้องกันที่จะเสนอข้อพิพาทต่ออนุญาตตุลาการโดยไม่ได้เลือกเสนอ ข้อพิพาทต่อศาลแต่อย่างใด
- 2) การได้มาของอนุญาตตุลาการมี 2 วิธี คือ เกิดจากสัญญาที่คู่พิพาททั้งสองได้ทำไว้ หรือเกิดจากการที่คู่พิพาททั้งสองได้มอบแก่อนุญาตตุลาการให้ชี้ขาดข้อพิพาทนั้น
- 3) สถานที่ของการอนุญาตตุลาการขึ้นอยู่กับข้อตกลงของคู่พิพาทที่มอบข้อพิพาท ให้อนุญาตตุลาการพิจารณา (Qadiry Muhammad Mahmud. 2009 : 21)

นอกจากนิยามของนักกฎหมายอิสลามที่ได้กล่าวมาแล้ว ยังมีการนิยามคำว่า การอนุญาตตุลาการโดยนักวิชาการร่วมสมัยบางส่วนว่า “การอนุญาตตุลาการคือ สัญญาระหว่างทั้งสองฝ่ายที่เกิดข้อพิพาทกัน เพื่อทั้งสองฝ่ายดำเนินการตามสัญญา ที่จะยินยอมแต่งตั้งบุคคลอื่นมาชี้ขาดข้อพิพาท เพื่อระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นระหว่างเขาทั้งสอง (Abdullah bin Muhammad bin ṣāid. 1420 : 28)

ดังจะเห็นได้จากนิยามต่าง ๆ ที่นักวิชาการและนักกฎหมายอิสลามได้ให้นิยามไว้ หลากหลาย ซึ่งจะมีความแตกต่างกันในนิยาม และเงื่อนไขอยู่บ้าง โดยสามารถสรุปได้ว่า “การอนุญาตตุลาการตามกฎหมายอิสลามคือ การแต่งตั้งผู้ทำหน้าที่อนุญาตตุลาการเพื่อชี้ขาดข้อพิพาท หรือข้อเรียกร้องต่าง ๆ ของคู่พิพาท ซึ่งได้รับความยินยอมโดยคู่พิพาททั้งสอง และบุคคลที่ได้รับการแต่งตั้งต้องมีคุณสมบัติเฉพาะ”

จากคำนิยามทางวิชาการที่นักวิชาการได้ให้คำนิยามข้างต้น สามารถแยก ความหมายของอนุญาตตุลาการได้เป็น 2 ประการดังนี้

1. การอนุญาตตุลาการ¹ คือ “การระงับข้อพิพาทโดยการแต่งตั้ง บุคคลภายนอกบุคคลหนึ่ง หรือคณะหนึ่งขึ้นมาเพื่อทำหน้าที่ชี้ขาดข้อพิพาทหรือข้อเรียกร้องต่าง ๆ ของคู่พิพาท ด้วยความยินยอมของคู่พิพาททั้งสองฝ่าย”

¹ ภาษาอาหรับคือ *القضاء* เป็นคำที่ผันมาจากคำว่า *قضى*

2. อนุญาโตตุลาการ² คือ “บุคคล หรือกลุ่มบุคคลซึ่งได้รับการแต่งตั้งจาก คู่พิพาทเพื่อทำการชี้ขาดข้อพิพาท”

ดังนั้นในวิจัยนี้ผู้วิจัยจะแยกแยะระหว่าง “การอนุญาโตตุลาการ” และ “อนุญาโตตุลาการ” ด้วยความหมายข้างต้น

2.1.2 ความเป็นมาของการอนุญาโตตุลาการ

การอนุญาโตตุลาการเป็นการระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นและมีอยู่คู่กับสังคมมนุษย์มา อย่างช้านานตั้งแต่มนุษย์ยุคโบราณ และเป็นการระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นก่อนองค์กรระงับข้อพิพาทอื่น เช่น องค์กรศาล ซึ่งองค์กรศาลเป็นวิวัฒนาการที่มีการพัฒนาขึ้นมาเมื่อสังคมมนุษย์มีความเจริญขึ้น และมีการขยายตัวของสังคมมากขึ้นเท่านั้น และเมื่อย้อนกลับไปดูอารยธรรมของมนุษย์ยุคโบราณที่เป็นอารยธรรมที่ยิ่งใหญ่ก่อนที่อิสลามจะได้รับการเผยแพร่โดยท่านนบีมุฮัมมัดﷺ คืออารยธรรมโรมัน ซึ่งเป็นอารยธรรมที่พัฒนาสังคมมนุษย์ยุคนั้นเป็นอย่างมาก ยุคโรมันได้มีการเริ่มร่างกฎหมายขึ้นมา เพื่อควบคุมสังคม โดยกฎหมายสำคัญในยุคนั้นคือกฎหมายสิบสองโต๊ะ

ซึ่งอิสลามมิใช่เป็นเพียงแค่ว่าศาสนาที่กำหนดเพียงแค่ว่าศาสนาพิธีเท่านั้น หากแต่อิสลาม เป็นทั้งวิถีชีวิต กฎ ระเบียบทางสังคมที่มีความเป็นเอกลักษณ์เฉพาะ

กระบวนการอนุญาโตตุลาการอิสลามเป็นกระบวนการระงับข้อพิพาทกระบวนการ หนึ่งที่อิสลามได้กำหนดให้มีมาในบทบัญญัติอิสลามอย่างชัดเจน ซึ่งปรากฏหลักการและหลักฐานต่างๆ ทั้งในอัลกุรอาน ฮิสสุนนะฮ์ และการกระทำของเหล่าบรรดาเศาะฮะบะฮ์ ที่ได้ใช้หลักการ อนุญาโตตุลาการอิสลามในการระงับข้อพิพาท แต่หลักการอนุญาโตตุลาการมิได้เกิดขึ้นในยุคสมัย อิสลามเท่านั้น หากแต่หลักการดังกล่าวเกิดขึ้นมาตั้งแต่สมัยก่อนอิสลามเหมือนกับกฎหมายอื่น ๆ ที่มี วิวัฒนาการมาจากมนุษย์โบราณ แต่มิได้เป็นรูปแบบที่ชัดเจนแต่อย่างใด ดังนั้นในวิจัยนี้จึงต้อง กล่าวถึงประวัติความเป็นมาของกระบวนการอนุญาโตตุลาการในกฎหมายอิสลามตั้งแต่ในยุคสมัยก่อน อิสลาม ยุคสมัยอิสลาม และยุคของเศาะฮะบะฮ์ซึ่งเป็นหลักการระงับข้อพิพาททางอนุญาโตตุลาการ ตามกฎหมายอิสลามที่นำมาใช้ตราฉบับปัจจุบัน เป็นเวลา 1,400 กว่าปีมาแล้ว ซึ่งผู้วิจัยขอแยกยุคต่างๆ ออกเป็น 2 หัวข้อดังต่อไปนี้

² ภาษาอาหรับคือ *التحكيم* เป็นคำที่ผันมาจากคำว่า *حكى*

2.1.2.1 การอนุญาตตุลาการในยุคก่อนอิสลาม

ประวัติความเป็นมาของการอนุญาตตุลาการในกฎหมายอิสลามผู้วิจัยต้องริเริ่มศึกษามาจากสังคมอาหรับ เนื่องจากหลักการอิสลามและกฎหมายอิสลาม มีจุดเริ่มต้นมาจากสังคมอาหรับในยุคของท่านนบีมุฮัมมัดﷺ ซึ่งแม้แต่ท่านนบีมุฮัมมัดﷺเองท่านยังเคยได้รับการแต่งตั้งให้เป็นอนุญาตตุลาการก่อนจากที่ท่านได้รับวะฮยูแต่งตั้งเป็นเราะฮ์ฮูล ดังปรากฏในรายงานจากท่านรอเบียะ บิน คุชัยม โดยท่านอิบนุ ซะฮฺ(กอติรียะฮ์มัด มะฮฺมุด,2009:39) กล่าวว่า ท่านรอเบียะ บิน คุชัยม กล่าวว่า ท่านเราะฮ์ฮูลลอฮ์ﷺ ท่านเคยได้รับการแต่งตั้งเป็นอนุญาตตุลาการอยู่บ่อยครั้งในยุคอะฮ์ลิยะฮ์ก่อนอิสลาม เหตุเพราะการดำรงชีวิตของชาวอาหรับสมัยก่อนอิสลาม ส่วนใหญ่จะมุ่งเน้นเพียงแค่เรื่องการย้ายถิ่นฐาน ซึ่งเป็นเรื่องปกติของพวกเขา และเมื่อเกิดข้อพิพาทกันภายในเผ่าหรือกลุ่มชนในผู้ที่ตัดสินชี้ขาดข้อพิพาทนั้นคือ หัวหน้าเผ่าหรือผู้ปกครองที่ฉลาด ซึ่งมีอำนาจบังคับ มีความยุติธรรม และคอยยับยั้งความเสียหายที่จะเกิดต่อเผ่าพันธุ์ หรือกลุ่มของตน หัวหน้าเผ่าจึงเป็นที่ยอมรับให้ทำหน้าที่ตัดสินชี้ขาดข้อพิพาทในกลุ่มหรือเผ่าของตน

ชาวอาหรับยุคก่อนใช้ชีวิตเป็นเผ่า ซึ่งใช้ชีวิตส่วนใหญ่โดยการอพยพย้ายถิ่นฐาน และเดินทางเร่ร่อนเรื่อยไปเพื่อหาน้ำในการประทังชีวิต ส่วนหนึ่งจากสิ่งที่มีความชัดเจนในการเป็นอยู่ของชาวอาหรับในยุคนั้นไม่ว่าจะเป็นด้านเศรษฐกิจ สังคม หรือการเมือง คือการที่ชาวอาหรับแบ่งออกเป็นเผ่าต่าง ๆ โดยแบ่งเป็นตระกูล ชนชั้น และวงศาตามญาติ และทุกเผ่าจะมีหัวหน้าเผ่า ซึ่งพวกเขาจะเรียกว่า “ผู้นำเผ่า” หรือ “หัวหน้าเผ่า” โดยทุกเรื่องภายในเผ่าจะขึ้นอยู่กับผู้นำเผ่า หรือแม้แต่เรื่องนอกเผ่าเองผู้นำเผ่าก็ต้องจัดการเช่นเดียวกัน (Qadiry Muhammad Mahmud.2009: 33)

ชาวอาหรับในยุคก่อนไม่มีกษัตริย์ที่มีความรู้กฎหมายแต่อย่างใด ดังนั้นผู้ตัดสินหรือผู้ชี้ขาด มักจะตัดสินหรือผู้ชี้ขาดโดยไม่เป็นไปในรูปแบบที่เป็นทางการ ซึ่งผู้ที่จะพิพากษานั้นขึ้นอยู่กับผู้คนในเผ่า กล่าวคือหากพวกเขาต้องการที่จะให้ผู้ฉลาดที่สุดในเผ่า พวกเขาก็มอบข้อพิพาทให้แก่ผู้นั้นเพื่อให้ระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้น และหากผู้เขาเลือกให้ใครเป็นผู้ตัดสินแล้วผู้นั้นก็ต้องยินยอมที่จะมาตัดสินด้วยเช่นกัน (Qadiry Muhammad Mahmud.2009: 33)

เห็นได้ว่าชาวอาหรับในยุคก่อนไม่มีผู้ตัดสินหรือผู้พิพากษาประจำเผ่าที่ทำหน้าที่ประจำ ซึ่งพวกเขามักจะมอบให้ผู้ที่มีความเข้าใจ และเป็นที่ยอมรับว่าเป็นผู้ที่มีความรู้ ความยุติธรรมมาตัดสินข้อพิพาทกันเองเท่านั้น ซึ่งยุคสมัยดังกล่าว กฎหมายต่างๆจึงไม่ค่อยมีบทบาทและความสำคัญมากนักสำหรับพวกเขา คู่กรณีพิพาทในสมัยนั้น ไม่มีสถานที่ หรือหน่วยงานอย่างเป็นทางการของ

เผ่าพันธุ์ต่าง ๆ เหมือนที่ในสมัยนี้ การตัดสินนั้นจึงเป็นเรื่องที่คู่กรณีทั้งสองฝ่ายต้องการที่จะให้ผู้เชี่ยวชาญ ที่มีความโดดเด่นจากเผ่าตน หรือผู้ที่เป็นที่ยอมรับของคนทั่วไปในการตัดสินความขัดแย้งระหว่างกัน

ท่านยะกูบียี กล่าวว่า “ชนชาวอาหรับเมื่อต้องการตัดสินข้อพิพาทพวกเขาขอข้อพิพาทของพวกเขาให้กับผู้ที่เขาต้องการให้ตัดสิน ไม่ว่าเรื่องนั้นจะเป็นเรื่องทะเลาะกัน เรื่องมรดก เรื่องน้ำ หรือแม้แต่เรื่องการทำร้ายร่างกายกัน เนื่องจากพวกเขาไม่มีหลักการศาสนาที่จะให้พวกเขาได้ อ้างอิง พวกเขาจึงมอบหมายให้ผู้ที่เป็นชนชั้นสูง ผู้ที่น่าเชื่อถือ ผู้ที่มีความไว้วางใจได้ หัวหน้าเผ่า ผู้อาวุโส ผู้ที่มีความเชี่ยวชาญ ชำนาญเป็นผู้ตัดสิน...”(Qaḥṭan Abdul al-Rahman al-Duriy. 2002 :21)

ชาวอาหรับยุคก่อนอิสลามมักจะให้ผู้ที่น่าเชื่อถือ ผู้ที่มีความไว้วางใจได้เป็นผู้ตัดสินชี้ขาดในข้อพิพาทของพวกเขา ซึ่งท่านนบีมุฮัมมัดﷺ ก็เป็นผู้หนึ่งที่ได้รับการแต่งตั้งให้เป็นผู้ตัดสินชี้ขาดอยู่บ่อยครั้งในยุคก่อนอิสลาม กอฏฏอน อับดุลเราะมาน อัลดุริย (2002:48) กล่าวว่า ปรากฏสายรายงานว่า “แท้จริงท่านเราะสูลﷺ ได้เป็นผู้ตัดสินชี้ขาดให้แก่มนุษย์ในยุคก่อนอิสลาม”

กอติรี มุฮัมมัด มะฮ์มุด (2009:34) กล่าวว่า รูปแบบการอนุญาโตตุลาการของชาวอาหรับในยุคญาฮิลียะฮฺ(ก่อนอิสลาม)นั้น เป็นการเสนอข้อพิพาทที่เกิดขึ้นให้แก่บุคคลหนึ่งเป็นผู้ชี้ขาด ซึ่งบุคคลที่จะเป็นอนุญาโตตุลาการจึงเป็นหัวหน้าเผ่า หรือผู้ที่มีความเชี่ยวชาญ และการชี้ขาดนั้นพวกเขาจะพิจารณาตามที่พวกเขาเห็นสมควร

คำตัดสินของหัวหน้าเผ่าจึงเป็นการบริหารจัดการกิจการภายในเผ่า เนื่องจากหัวหน้าเผ่าอยู่ในสถานะที่สูงส่งของกลุ่มหรือผู้ที่ผู้คนกลุ่มต่างๆเกรงกลัวว่าจะถูกปล้น และโดนกระทำทารุณเป็นการยากที่จะต่อต้าน และบางครั้งผู้นำเผ่าได้ตัดสินข้อพิพาทที่เกิดขึ้นในเผ่าอื่นด้วย เช่น ซะฮิเราะฮฺ บินญาซิมาฮฺ ผู้นำของฮาบาซะฮฺได้ทำการตัดสินเรื่องการเก็บส่วยของเผ่าชะวาซิน (Qadiry Muhammad Mahmud. 2009 : 34)

นับได้ว่าการตัดสินข้อพิพาทของชาวอาหรับในสมัยก่อนอิสลามจะเป็นไปในรูปแบบของการอนุญาโตตุลาการผสมผสานกับการใช้อำนาจของผู้ที่เป็นหัวหน้าเผ่าหรือผู้ที่มีอำนาจสูงสุดในเผ่า นั้น กล่าวคือ หากมีข้อพิพาทเกิดขึ้นภายในกลุ่มคูพิพาจะแต่งตั้งผู้ตัดสินชี้ขาดข้อพิพาทขึ้นมาหนึ่งคน ซึ่งส่วนมากจะเป็นหัวหน้าเผ่า หรือผู้นำวงศ์ตระกูล เป็นผู้ตัดสินชี้ขาดข้อพิพาท เนื่องจากต้องอาศัยอำนาจของบุคคลเหล่านี้ในการจัดการข้อพิพาทนั้น ๆ

นอกจากหัวหน้าเผ่าแล้ว การตัดสินข้อพิพาทในยุคก่อนอิสลามยังได้มีการแต่งตั้งสตรีเป็นผู้ตัดสินข้อพิพาทที่เกิดขึ้นด้วย ท่านญวาร์ อะลี (1970/5: 637) กล่าวว่า “ผู้ที่ทำหน้าที่ตัดสินชี้ขาดข้อพิพาทต่าง ๆ ในยุคก่อนอิสลามไม่ได้จำกัดเฉพาะเจาะจงอยู่แต่เพียงแคผู้ชายอย่างเดียวที่สามารถเป็นอนุญาโตตุลาการได้โดยไม่เปิดโอกาสให้ผู้หญิงเป็นผู้ชี้ขาดข้อพิพาทแต่อย่างใด หากแต่ในยุคก่อนอิสลามนั้นสตรีที่มีคุณสมบัติที่สามารถตัดสินชี้ขาดได้ก็มีโอกาสได้เป็นผู้ที่ชี้ขาดตัดสินข้อพิพาทต่างๆ เช่น ฮินด บินตี อัลหะซัน อัลอาญาดีย, ญุมอะฮฺ บินตี ฮาบีส อัลอาญาดีย และศอคุ บินตี นูอมาน พวกเขาเหล่านี้ล้วนแล้วแต่ได้รับการแต่งตั้งให้ตัดสินข้อพิพาทในยุคก่อนอิสลาม ซึ่งได้รับการแต่งตั้งให้ตัดสินข้อพิพาททั้งจากผู้คนในเผ่าและต่างเผ่า”

นอกจากบุคคลดังกล่าวแล้วท่านเราะฮฺสูล^ﷺ ยังได้รับเลือกเป็นอนุญาโตตุลาการในยุคก่อนอิสลามอยู่บ่อยครั้ง โดยมีสายรายงานจากท่าน อรรรอเบียะ บิน คุซัยมว่า อันที่จริงท่านเราะฮฺสูล^ﷺ มักจะได้รับการแต่งตั้งให้เป็นผู้ตัดสินในยุคสมัยก่อนอิสลามอยู่บ่อยครั้ง (Qaḥṭān Abdul-Rahman al-Duriy .2002:48)

ดังนั้นผู้ที่ทำหน้าที่อนุญาโตตุลาการในยุคสมัยก่อนอิสลามจึงเป็นผู้ที่มีอำนาจหรืออิทธิพลในสังคม เพื่อที่จะใช้อำนาจของผู้ที่ตัดสินมาบังคับคู่กรณีให้กระทำตามคำตัดสินที่ได้ทำการตัดสินโดยอนุญาโตตุลาการ และมีได้มีบทบัญญัติทางกฎหมายใดๆมาเป็นเครื่องมือตัดสินในกรณีพิพาทที่เกิดขึ้นระหว่างคู่กรณี เพียงแต่เกิดจากความไว้วางใจของผู้คนในสังคมที่ไว้วางใจให้บุคคลใดมาระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นในระหว่างพวกเขาเท่านั้น

หลังจากที่ท่านเราะฮฺสูล^ﷺ ได้รับการแต่งตั้งเป็นศาสนาทูตมาเผยแผร์ศาสนาอิสลามให้แก่ชาวอาหรับ ซึ่งการมาของอิสลามนั้นหาใช่แต่มาเฉพาะเรื่องการภักดีต่อพระเจ้าเท่านั้น หากแต่อิสลามที่ท่านเราะฮฺสูล^ﷺ นำมาสู่สังคมคือการมาพร้อมการพัฒนาและฟื้นฟูสังคมในทุกมิติ ไม่ว่าจะเป็นด้านอารยธรรม สังคม เศรษฐกิจ การเมือง และกฎหมาย จึงทำให้อารยธรรมในสังคมของชาวอาหรับก็เริ่มที่จะพัฒนาขึ้นมาจนเท่าทันอารยธรรมโบราณอย่างอารยธรรมกรีก อารยธรรมโรมัน และอารยธรรมเปอร์เซีย ซึ่งทั้งสามอารยธรรมนี้ถือเป็นอารยธรรมที่ยิ่งใหญ่ในโลกยุคนั้น

เมื่อศาสนาอิสลามมาพร้อมกับการพัฒนาและฟื้นฟูสังคม การระงับข้อพิพาททางสังคมก็เป็นสิ่งที่อิสลามให้ความสำคัญเป็นอย่างมาก โดยได้เริ่มมีบทบัญญัติต่าง ๆ ที่เกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทในรูปแบบต่างๆ ผ่านท่านเราะฮฺสูล^ﷺ ซึ่งหลักการอนุญาโตตุลาการก็เป็นหนึ่งในรูปแบบของการระงับข้อพิพาทที่มีปรากฏในหลักกฎหมายอิสลามดังที่มีปรากฏในอัลกรุอัน อัลหะดีษ และบรรดา

การกระทำของเหล่าบรรดาอัครสาวกของท่านเราะสูลﷺ ดังจะกล่าวในหัวข้อการอนุญาตตุลาการใน ยุคอิสลามต่อไป

2.1.2.2 อนุญาตตุลาการในยุคอิสลาม

กระบวนการอนุญาตตุลาการอิสลามเป็นกระบวนการระงับข้อพิพาท กระบวนการหนึ่งที่อิสลามได้กำหนดให้มีมาในบทบัญญัติอิสลามอย่างชัดเจน ไม่ว่าจะเป็นใน อัลกุรอาน อัสสุนนะฮฺ และบรรดาการกระทำของเหล่าบรรดาอัครสาวกของท่านเราะสูลﷺ ที่ได้ใช้ หลักการอนุญาตตุลาการอิสลามในการระงับข้อพิพาท ดังนั้นวิจัยนี้ผู้วิจัยจึงขอนำมาซึ่งหลักการจาก บทบัญญัติอิสลามที่ได้มีการบัญญัติเกี่ยวกับหลักการอนุญาตตุลาการจึงขอแบ่งหลักการ อนุญาตตุลาการออกเป็นหัวข้อต่างๆดังนี้

1) การอนุญาตตุลาการที่ปรากฏในอัลกุรอาน

อัลกุรอานได้มีการบัญญัติถึงการประทานอัลกุรอานลงมา เพื่อที่จะให้ ประชาชาติได้นำบทบัญญัติที่มีการบัญญัติไว้ในอัลกุรอานมาทำการตัดสินข้อพิพาทของบุคคลทั้งสอง ฝ่ายโดยให้มีการตัดสินด้วยการใช้หลักการอิสลามในการตัดสินดังอัลลอฮ์ ﷻ ทรงตรัสว่า

﴿إِنْ حِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمَا مِّنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا﴾

(النساء : 35)

ความว่า “และหากพวกเจ้าเห็นเกรงการแตกแยก ระหว่างเขาทั้งสอง ก็จงส่งผู้ตัดสินคนหนึ่งจากครอบครัวของฝ่าย ชาย และผู้ตัดสินอีกคนหนึ่งจากครอบครัวฝ่ายหญิง หากทั้งสอง ประารถนาให้มีการประนีประนอมกันแล้ว อัลลอฮ์ก็จะทรงให้ ความสำเร็จในระหว่างทั้งสอง แท้จริงอัลลอฮ์เป็นผู้ทรงรอบรู้ ผู้ทรงสัพพัญญู”

(อันนิสาอ :35)

อายะฮ์ข้างต้นอัลลอฮ์ﷻ ได้บัญญัติถึงหลักการระงับข้อพิพาทโดยใช้วิธีการทาง อนุญาตตุลาการเพื่อหาทางออกให้แก่คู่สามีภรรยาที่มีความขัดแย้งกัน โดยให้ทั้งสองฝ่ายแต่งตั้งผู้

ตนเชื่อถือมาเป็นอนุญาโตตุลาการเพื่อระงับข้อพิพาทภายในครอบครัว ดังนั้นบรรดาเคาะหะบะฮฺจึงมีการอธิบายอายะฮฺนี้ไว้เกี่ยวกับผลของการชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการที่คู่สมรสแต่งตั้งขึ้นมากไว้อย่างมากมาย เช่น ท่านอฏฺฎาะฮฺบะรียฺ (al-Ṭabriy.2001/8 :325) รายงานจากท่านอิบนุอับบาส ว่า “ พระดำรัสอัลลอฮฺﷻ (และหากพวกเจ้าหวั่นเกรงการแตกแยกระหว่างเขาทั้งสอง ก็จงส่งผู้ตัดสินคนหนึ่งจากครอบครัวของฝ่ายชาย และผู้ตัดสินอีกคนหนึ่งจากครอบครัวฝ่ายหญิง) หากฝ่ายชายและฝ่ายหญิง เมื่อมีการแตกแยกกันในระหว่างเขาทั้งสอง อัลลอฮฺﷻทรงใช้ให้แต่งตั้งบุคคลที่เป็นคนดีมาจากฝ่ายชาย และฝ่ายหญิงก็แต่งตั้งเฉกเช่นเดียวกันกับฝ่ายชาย เมื่อทั้งสองฝ่ายแต่งตั้งผู้ชี้ขาดมาแล้ว ให้ผู้ชี้ขาดทั้งสองฝ่ายพิจารณาว่าฝ่ายใดเป็นฝ่ายละเมิด หากฝ่ายสามีคือ ผู้กระทำละเมิด ให้พวกเขาห้ามปรามไม่ให้ฝ่ายสามีกระทำละเมิดต่อฝ่ายภรรยาอีกและฝ่ายสามีชดใช้ค่าอุปการะเลี้ยงดูให้แก่ฝ่ายภรรยา และหากฝ่ายภรรยาเป็นฝ่ายกระทำละเมิด ให้ละทิ้งการกระทำละเมิดนั้น และให้ยับยั้งการให้อุปการะเลี้ยงดูแก่ฝ่ายภรรยา และหากผู้ชี้ขาดเห็นว่าทั้งสองฝ่ายสมควรจะต้องแยกกัน หรือสมควรที่จะต้องอยู่ด้วยกันเช่นเดิม ให้ผู้ชี้ขาดทั้งสองมีคำสั่งดังที่ผู้ชี้ขาดมีความเห็น ซึ่งคำสั่งเช่นนั้นสามารถกระทำได้”

นอกจากท่านอิบนุอับบาสแล้ว ยังมีเคาะหะบะฮฺท่านอื่นๆที่ได้อธิบายอายะฮฺนี้ไว้ เช่น ท่านอิบรอฮีม ได้อธิบายความหมายพระดำรัสอัลลอฮฺﷻ (และหากพวกเจ้าหวั่นเกรงการแตกแยกระหว่างเขาทั้งสอง ก็จงส่งผู้ตัดสินคนหนึ่งจากครอบครัวของฝ่ายชาย และผู้ตัดสินอีกคนหนึ่งจากครอบครัวฝ่ายหญิง) ว่า “ คำชี้ขาดที่ได้ทำการชี้ขาดโดยอนุญาโตตุลาการทั้งสองนั้นเป็นสิ่งที่อนุมัติ หากอนุญาโตตุลาการชี้ขาดว่าต้องหย่า 3 ครั้งการหย่า 3 ครั้งก็เป็นสิ่งอนุมัติ และหากอนุญาโตตุลาการให้หย่ากันครั้งเดียว และหย่ากับภรรยาด้วยการจำงักย้อมเป็นสิ่งอนุมัติเช่นกัน” (al- Ṭabriy.2001/8 :327)

บรรดาปราชญ์ได้อธิบายอัลกุลออันอายะฮฺว่าเป็นอายะฮฺที่ชี้ถึงการที่อัลลอฮฺﷻได้ทรงบัญชาให้มีการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการขึ้นมาเพื่อชี้ขาดข้อพิพาทที่เกิดขึ้นระหว่างสองสามีภรรยาไว้อย่างมากมาย โดยท่านอัลQurṭubī (al-Qūrtubī,1967/5:179) กล่าวว่า อายะฮฺนี้เป็นหลักฐานยืนยันเรื่องอนุญาโตตุลาการ และเป็นการปฏิเสธทัศนคติของกลุ่มเคาะวาริจญ์ที่มีทัศนคติว่า “ไม่มีการตัดสินด้วยอนุญาโตตุลาการเพราะการตัดสินนั้นเป็นกรรมสิทธิ์ของอัลลอฮฺﷻผู้เดียว”

ความขัดแย้งที่ได้กล่าวในอายะฮฺนี้ เป็นความขัดแย้งระหว่างสองสามีภรรยา ซึ่งมีความขัดแย้งอยู่สองลักษณะดังที่ท่านอิบนุกาซีร ได้กล่าวว่า อัลลอฮฺﷻ กล่าวลักษณะแรก คือ เมื่อภรรยา

ออกห่างและทรยศต่อสามี และลักษณะที่สองคือ เมื่อคู่สามีภรรยาออกห่างจากกัน (Ibn Kathīr. 1419/2:296)

บรรดานักกฎหมายอิสลาม กล่าวว่า เมื่อความขัดแย้งเกิดขึ้นระหว่างสามีภรรยา ให้ทั้งสองฝ่ายจัดให้มีอนุญาโตตุลาการ เพื่อให้สานสัมพันธ์ด้วยความไว้วางใจ โดยอนุญาโตตุลาการในความขัดแย้งระหว่างเขาทั้งสอง และให้ยับยั้งผู้ที่อธรรมจากทั้งสองฝ่ายมิให้ทำการกระทำต่อไป ดังนั้นหากความขัดแย้งนั้นเป็นเรื่องรุนแรง และมีความขัดแย้งที่ยาวเกมาอย่างยาวนาน ให้แต่งตั้งอนุญาโตตุลาการคนหนึ่งที่เป็นที่ไว้วางใจมาจากฝ่ายหญิง และอีกหนึ่งฝ่ายชายไว้วางใจ เพื่อให้ผลานทั้งสองฝ่าย และพิจารณาข้อขัดแย้งของทั้งสอง และให้อนุญาโตตุลาการทั้งสองทำตามที่อนุญาโตตุลาการเห็นสมควร จากสิ่งที่ทั้งสองยินยอมไม่ว่าจะเป็นการแยกจากกันหรือการได้รับทางนำให้คืนดีกัน และเป้าประสงค์ของอัลลอฮ์ ﷻ การได้รับทางนำให้คืนดีกัน เพราะพระดำรัสอัลลอฮ์ ﷻ “หากทั้งสอง ประารถนาให้มีการประนีประนอมกันแล้ว อัลลอฮ์ก็จะทรงให้ความสำเร็จในระหว่างทั้งสอง” (Ibn Kathīr. 1419/2:296)

ท่านอลีบินอบีฏอลิบ กล่าวว่า อัลลอฮ์ ﷻ ทรงใช้ให้แต่งตั้งบุคคลที่เป็นคนดีมาจากฝ่ายชาย และอีกหนึ่งคนจากฝ่ายหญิงเฉกเช่นเดียวกันกับฝ่ายชาย และฝ่ายพิจารณาว่าฝ่ายใดเป็นฝ่ายละเมิด หากฝ่ายสามีคือ ผู้กระทำละเมิด ให้พวกเขาห้ามปรามไม่ให้สามีกระทำละเมิดต่อภรรยาอีก และให้สามีชดใช้ค่าอุปการะเลี้ยงดูให้แก่ภรรยา และหากภรรยาเป็นฝ่ายกระทำละเมิด ให้ภรรยาละทิ้งการกระทำละเมิดนั้น และให้ยับยั้งการให้อุปการะเลี้ยงดูแก่ฝ่ายภรรยา และหากอนุญาโตตุลาการทั้งสองมีมติเห็นควรอย่างไรให้ชี้ขาดตามที่อนุญาโตตุลาการทั้งสองมีมติไม่ว่าจะเป็นให้คู่สามีภรรยาทั้งสองแยกจากกัน หรือให้อยู่ด้วยกันต่อไปและคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการเช่นนั้นเป็นที่อนุมัติ ดังนั้นหากมีความเห็นให้ทั้งสองฝ่ายยังคงอยู่ร่วมกัน และคู่สามีภรรยาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งยินยอมตามคำชี้ขาดนั้นและอีกฝ่ายปฏิเสธคำชี้ขาดนั้น หลังกจากนั้นฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งได้เสียชีวิตลง ฝ่ายที่ยอมรับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการให้ยังคงอยู่ร่วมกันสามารถรับมรดกของฝ่ายที่ปฏิเสธคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการได้ แต่ฝ่ายที่ปฏิเสธคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการไม่สามารถรับมรดกของฝ่ายที่ยอมรับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการได้” (Ibn Kathīr. 1419/2:296)

อัญญาอะบะรีย (al- Ṭabriy.2001/8 :318-319) กล่าวว่า อิบูญะฟัรได้อธิบายคำว่า “และหากพวกเจ้าเห็นเกรงการแตกแยกระหว่างเขาทั้งสอง ก็จงส่งผู้ตัดสินคนหนึ่งจากครอบครัวของฝ่ายชาย และผู้ตัดสินอีกคนหนึ่งจากครอบครัวฝ่ายหญิง” หมายถึงหากพวกท่านรู้ถึงการแตกแยกระหว่างเขาทั้งสอง ซึ่งการแตกแยกดังกล่าวเป็นการสร้างความเดือดร้อนโดยฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดจากทั้งสองฝ่าย กล่าวคือ เขาผู้นั้นได้นำมาซึ่งความแตกแยกในเรื่องต่างๆ หากความแตกแยกนั้นเกิดจากฝ่ายหญิง การกระทำดังกล่าวถือเป็นการฝ่าฝืนสามี และเป็นการละทิ้งสิ่งที่ดำรงไว้ซึ่งสิทธิและหน้าที่

ที่อัลลอฮฺ^ﷻ กำหนดไว้ให้ภรรยาต้องปฏิบัติต่อสามี และหากความแตกแยกนั้นเกิดจากฝ่ายสามี จำเป็นที่ฝ่ายสามีต้องละทิ้ง ด้วยการยับยั้งการกระทำที่กระทำต่อภรยานั้นด้วยดี หรือให้หย่าภรรยาด้วยดี

เมื่ออนุญาตตุลาการได้ทำการชี้ขาดข้อพิพาทระหว่างสามีภรรยาแล้วผลออกมาเป็นเช่นไร คู่พิพาทต้องถือปฏิบัติตามผลนั้น ซึ่งท่าน อัลฎอบรีย์ ได้รายงานว่า ท่านอับดุลเราะหฺมาน กล่าวไว้ว่า “ อนุญาตตุลาการทั้งสองต้องการให้ทั้งสองแยกจากกัน ทั้งสองก็ต้องแยกจากกัน และหากชี้ขาดให้ทั้งสองร่วมกัน ทั้งสองก็ยอมตั้งอยู่ด้วยกัน” (al- Ṭabriy.2001/8 :327)

นอกจากคำอธิบายของบรรดาบรรดาปราชญ์ข้างต้นแล้วยังมีนักวิชาการร่วมสมัยได้อธิบายและเห็นความเห็นเกี่ยวกับการแต่งตั้งอนุญาตตุลาการในอายะฮฺนี้ไว้ด้วย ซึ่งมุฮัมมัด อัลซุฮัยลี กล่าวว่า อายะฮฺนี้เป็นการตั้งอนุญาตตุลาการระหว่างสามีภรรยาขณะที่ทั้งสองมีความขัดแย้ง หรือแตกแยกกัน (Muhammad al-Zuhāīlī, 2011:368)

อับดุลลอฮฺ บิน มุฮัมมัด ได้อธิบายอายะฮฺนี้ว่า แท้จริงอัลลอฮฺ^ﷻ ได้ทรงบัญญัติในอายะฮฺนี้ให้มีผู้ชี้ขาดสองคนในขณะที่เกรงกลัวจะเกิดความขัดแย้งเกิดขึ้นระหว่างสองสามีภรรยา และเช่นเดียวกันกับการเกรงกลัวจะเกิดความขัดแย้งระหว่างสองสามีภรรยา ข้อพิพาทอื่นๆ ที่เกิดขึ้นระหว่างคู่พิพาททั้งสองฝ่าย และผู้ร้องเรียนทั้งสองฝ่ายสามารถกระทำการแต่งตั้งอนุญาตตุลาการได้เมื่อคู่พิพาททั้งสองฝ่ายยินยอมให้บุคคลที่สามชี้ขาดข้อพิพาทได้ เพื่อระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นในระหว่างพวกเขาทั้งสองฝ่าย การแต่งตั้งดังกล่าวจึงเป็นที่อนุญาต (Abdullah bin Muhammad. 1420: 31-32)

กอดีร์มุฮัมมัด มะฮฺมุด (2009:47) กล่าวว่า อายะฮฺ แท้จริงอัลลอฮฺ^ﷻ ได้มีคำสั่งใช้ให้แต่งตั้งผู้ชี้ขาดสองคนเพื่อทำการชี้ขาด โดยให้แต่งตั้งหนึ่งคนมาจากตัวแทนของฝ่ายชายและอีกหนึ่งคนมาจากตัวแทนของฝ่ายหญิง เมื่อทั้งสองฝ่ายเกรงกลัวจะเกิดความขัดแย้งในระหว่างพวกเขา ซึ่งอายะฮฺดังกล่าวเป็นหลักฐานที่อัลลอฮฺ^ﷻ อนุญาตให้มีการแต่งตั้งอนุญาตตุลาการขึ้นมาชี้ขาดในสิทธิของคู่สามีภรรยา

และเมื่ออนุญาตให้มีการแต่งตั้งอนุญาตตุลาการในเรื่องสิทธิระหว่างสามีภรยานั้น เป็นหลักฐานที่บ่งชี้ถึงการอนุญาตให้มีการแต่งตั้งอนุญาตตุลาการในสิทธิเรียกร้อง และข้อกล่าวอ้างอื่นๆด้วย (Qadiry Muhammad Mahmud , 2009:47)

อัลลอฮฺ ทรงใช้ให้มีการระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นระหว่างสองสามีภรรยา ซึ่งพระองค์ได้ทรงตรัสในอีกอายะฮ์หนึ่งถึงการอนุญาตให้มีการระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นระหว่างสองสามีภรรยาว่า

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

(النساء : 128)

ความว่า “และหากหญิงใดเกรงว่าจะมีการปิ้งชา หรือมีการฉีกหลังให้จากสามีของนางแล้วก็ไม่มีความผิดใด ๆ แก่ทั้งสองที่จะตกลงประนีประนอมกันอย่างใดอย่างหนึ่ง และการประนีประนอมนั้นเป็นสิ่งดีกว่า และจิตใจคนนั้นถูกให้มีความตระหนี่มาด้วย และหากพวกเจ้ากระทำความดี และมีความยำเกรงแล้ว แท้จริงอัลลอฮ์นั้นทรงรู้อย่างถ่องถ้วนในสิ่งที่พวกเจ้ากระทำกัน”

(อัลนิสาอ : 128)

อิบนุกะซีร ได้อธิบาย อายะฮ์นี้ว่า “อัลลอฮ์ ได้ชี้แนะและบัญญัติถึงสภาพของสองสามีภรรยาที่ครั้นเมื่อฝ่ายสามีได้ออกห่างจากภรรยาแล้วหลังจากนั้นก็ได้กลับมาอยู่กับภรรยา และมีการแยกจากภรรยาอีกครั้ง ดังนั้นจะเป็นการดีที่สุด เมื่อฝ่ายภรรยาเกรงกลัวว่าสามีจะออกห่างจากตน หรือสามีเสนอที่จะออกห่างจากนาง ดังนั้นภรรยามีสิทธิที่จะเรียกร้องสิทธิของนางที่ตกหล่นไปทั้งหมดหรือแต่เพียงบางส่วนจากค่าอุปการะเลี้ยงดู เครื่องนุ่งห่ม ที่อยู่อาศัยหรือสิ่งอื่นจากสิ่งดังกล่าวซึ่งเป็นสิทธิที่นางพึงจะได้รับ และเป็นหน้าที่ของสามีที่จะต้องยอมรับในสิทธิเรียกร้องนั้นของนาง ดังนั้นจึง “ไม่มีบาปใดๆ” สำหรับนางที่จะเรียกร้องสิ่งดังกล่าวจากสามีของนาง และไม่มีบาปใดๆ ที่สามีจะยอมรับข้อเรียกร้องนั้นจากนั้น ด้วยเหตุนี้อัลลอฮ์จึงได้ตรัสว่า “ไม่มีบาปใด ๆ แก่ทั้งสองที่จะตกลงประนีประนอมกันอย่างใดอย่างหนึ่ง” หลังจากนั้นอัลลอฮ์ ตรัสว่า “และการประนีประนอมนั้นเป็นสิ่งดีกว่า” กล่าวคือ ดีกว่าจากการที่ต้องหย่าร้างกัน และอัลลอฮ์ ตรัสว่า

“และจิตใจคนนั้นถูกให้มีความตระหนี่มาด้วย” กล่าวคือ ให้ทำการประนีประนอมข้อพิพาทในขณะที่มีความตระหนี่ดีกว่าการที่ต้องหย่าร้างจากกัน” (Ibn Kathīr. 1419/2:426)

ด้วยเหตุที่อายะฮ์นี้ได้กล่าวถึงการประนีประนอมข้อพิพาทที่เกิดขึ้นระหว่างสามีภรรยาเฉกเช่นเดียวกันกับอายะฮ์ที่ผ่านมา นักวิชาการจึงได้มีการอธิบายอายะฮ์นี้ว่าการประนีประนอมข้อพิพาทดังกล่าวเป็นการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการขึ้นมาเพื่อระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นระหว่างสามีภรรยาเช่นกัน

อายะฮ์ข้างต้นอัลลอฮ์ ﷻ ได้บัญญัติถึงหลักการระงับข้อพิพาทโดยใช้วิธีการทางอนุญาโตตุลาการเพื่อหาทางออกให้แก่คู่สามีภรรยาที่มีความขัดแย้งกัน โดยให้ทั้งสองฝ่ายแต่งตั้งผู้ที่ตนเชื่อถือมาเป็นอนุญาโตตุลาการเพื่อระงับข้อพิพาทภายในครอบครัว

ดังนั้นจากอายะฮ์นี้จึงเป็นหลักฐานในการอนุมัติให้มีการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการในอิสลามขึ้นเพื่อระงับข้อพิพาท กอดีรีย มุฮัมมัด มะฮมูดจึงกล่าวว่า และไม่มีข้อขัดแย้งในบรรดานักกฎหมายอิสลามในเรื่องการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการขึ้นมาตัดสินข้อพิพาทระหว่างคู่สามีภรรยา (Qadiry Muhammad Mahmud 2009:48)

เมื่อคู่พิพาทได้มีการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการขึ้นมาระงับข้อพิพาท ดังนั้นจึงเป็นหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการต้องดำรงไว้ซึ่งความยุติธรรมในการชี้ขาดข้อพิพาทที่เกิดขึ้นในระหว่างคู่พิพาท อัลลอฮ์ ﷻ จึงได้กำชับผู้ที่มาชี้ขาดข้อพิพาทที่เกิดขึ้นในระหว่างมนุษย์ให้ดำรงไว้ซึ่งความยุติธรรมในการชี้ขาดข้อพิพาทดังที่อัลลอฮ์ ﷻ ตรัสว่า

﴿وَإِذَا حَكَّمْتُم بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ﴾

(من النساء : 58)

ความว่า “...และเมื่อพวกเจ้าตัดสินระหว่างผู้คน พวกเจ้า

ก็จะต้องตัดสินด้วยความยุติธรรม...”

ส่วนหนึ่งจากสุเราะฮ์อัลนิสาอ อายะฮ์ที่ 58

อิบну กะษีร อธิบายว่า “อัลลอฮ์ ﷻ ได้บัญญัติในอายะฮ์นี้ให้มีการตัดสินชี้ขาดข้อพิพาทระหว่างมนุษย์ด้วยความยุติธรรม และด้วยเหตุดังกล่าว ท่านมุฮัมมัด บิน กะอับ ท่านซัยด บิน

อิสลาม และท่านซุรฺ บิน หาวซิบ กล่าวว่า แท้จริงอายะฮฺนี้ได้ถูกประทานลงมาในรูปคำสั่งใช้ กล่าวคือ พระองค์ทรงสั่งใช้ให้ชี้ขาดข้อพิพาทระหว่างมนุษย์” (Ibn Kathīr. 1419/2:339)

อายะฮฺอัลกุรอานที่กล่าวมาข้างต้นเป็นหลักฐานที่บ่งชี้ถึงการที่อนุมัติให้มีการแต่งตั้ง อนุญาตโตตุลาการในยุคอิสลาม ซึ่งถึงแม้ในต้นฉบับจะมีการบัญญัติถึงเพียงการแต่งตั้งอนุญาตโตตุลาการ ขึ้นมาเพียงเพื่อระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นระหว่างสามีมรรยาเท่านั้น แต่นักกฎหมายอิสลามได้อธิบายว่า เช่นเดียวกันกับการเกรงกลัวจะเกิดความขัดแย้งระหว่างสองสามีมรรยา ข้อพิพาทอื่นๆ ที่เกิดขึ้น ระหว่างคู่พิพาททั้งสองฝ่าย และผู้ร้องเรียนทั้งสองฝ่ายสามารถกระทำการแต่งตั้งอนุญาตโตตุลาการได้ เมื่อคู่พิพาททั้งสองฝ่ายยินยอมให้บุคคลที่สามชี้ขาดข้อพิพาทได้ เพื่อระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นใน ระหว่างพวกเขาทั้งสองฝ่าย การแต่งตั้งดังกล่าวจึงเป็นที่อนุญาต (Abdullah bin Muhammad. 1420: 31-32)

นอกจากอัลกุรอานได้มีการบัญญัติให้มีการแต่งตั้งอนุญาตโตตุลาการแล้ว อัสนุนะฮฺ กล่าวถึงการยอมรับให้มีการแต่งตั้งอนุญาตโตตุลาการขึ้นมาเพื่อระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นของคนในสังคม ดังที่จะกล่าวในหัวข้อต่อไป

2) การอนุญาตโตตุลาการที่มีปรากฏในอัสนุนะฮฺ

การอนุญาตโตตุลาการมีปรากฏในอัสนุนะฮฺถึงการยอมรับหลักการดังกล่าวมี มากมายหลายหะดีษทั้งที่เป็นหะดีษที่มีสายรายงานที่แข็งและอ่อน ทั้งยังหะดีษที่เป็นที่เลื่องลือ ซึ่ง ผู้วิจัยขอนำมาเป็นหะดีษที่นักกฎหมายอิสลามส่วนใหญ่นำมาเป็นหลักฐานในเรื่องอนุญาตโตตุลาการ ซึ่งหะดีษที่นักกฎหมายอิสลามได้นำมาเพื่อเป็นหลักฐานส่วนใหญ่คือ รายงานหะดีษที่บันทึกโดย อบูดาวูด ความว่า

((حَدَّثَنَا الرَّبِيعُ بْنُ نَافِعٍ، عَنْ يَزِيدَ يَعْنِي ابْنَ الْمُقَدَّمِ بْنِ شُرَيْحٍ، عَنْ أَبِيهِ، عَنْ جَدِّهِ، شُرَيْحٍ عَنْ أَبِيهِ هَانِئٍ أَنَّهُ لَمَّا وَقَدَّ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ مَعَ قَوْمِهِ سَمِعَهُمْ يَكُونُونَ بِأَبِي الْحَكَمِ، فَدَعَاَهُ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فَقَالَ: «إِنَّ اللَّهَ هُوَ الْحَكَمُ، وَإِلَيْهِ الْحَكْمُ، فَلِمَ تُكْنَى أَبَا الْحَكَمِ؟» فَقَالَ: إِنَّ قَوْمِي إِذَا اخْتَلَفُوا فِي شَيْءٍ أَتَوْنِي، فَحَكَمْتُ بَيْنَهُمْ فَرَضِي كِلَا الْقَرِيبَيْنِ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «مَا أَحْسَنَ هَذَا، فَمَا لَكَ مِنَ الْوَالِدِ؟»

قَالَ: لِي شُرَيْحٌ، وَمُسْلِمٌ، وَعَبْدُ اللَّهِ، قَالَ: «فَمَنْ أَكْبَرُهُمْ؟» قُلْتُ:
شُرَيْحٌ، قَالَ: «فَأَنْتَ أَبُو شُرَيْحٍ»

(أخرجه ابو داود، n.d.: 4955)

ความว่า “ท่านรอเบีย บิน นาฟิอได้เล่าหะดีษให้เรา จากท่านยาซิด คือท่าน อิบน์มุกออดตาม บินซุรียห์ จากบิดาของท่าน จากปู่ของท่าน ท่านซุรียห์ รายงานจากบิดาของท่าน คือ ท่านฮานีอ ครั้นเมื่อเขามาหาท่านเราะสูลﷺ พร้อมกับกลุ่มชนของเขา ท่านเราะสูลﷺ ได้ยินพวกเขาเรียกเขาว่า อะบิหะกัม ดังนั้นท่านเราะสูลﷺ ได้เรียกเขาพลางกล่าวว่า “แท้จริงอัลลอฮ์เป็นผู้ตัดสิน และคำตัดสินก็กลับหาพระองค์ ทำไมท่านถึงถูกเรียกว่า อะบาหะกัม” ท่านตอบว่า “แท้จริงกลุ่มชนของฉัน เมื่อพวกเขามีการขัดแย้งกันในเรื่องหนึ่ง พวกเขาก็จะนำมาหาฉัน แล้วฉันก็จะชี้ขาดในระหว่างพวกเขา และพวกเขาทั้งสองฝ่ายก็ยินยอมให้ฉัน(ชี้ขาด)” ท่านเราะสูลﷺ จึงกล่าวว่า “สิ่งนี้ (การกระทำดังกล่าว) เป็นสิ่งที่ดี แล้วท่านมีลูกหรือไม่?” ฉันจึงตอบว่า “ฉันมีลูกชื่อ ซุรียห์ มุสลิม และอับดุลลอฮ์” ท่านเราะสูลﷺ จึงถามว่า “ใครเป็นลูกคนโต?” ฉันจึงตอบว่า “ซุรียห์” ท่านเราะสูลﷺ กล่าวว่า “ท่านคือ อับูซุรียห์”

(บันทึกโดย Abu Dawūd, n.d. : 4955)

อับดุลลอฮ์ บิน มุฮัมมัด กล่าวว่า อัลหะดีษนี้ คือการชี้ขาดข้อพิพาทระหว่างคู่พิพาททั้งสอง จากเผ่าของพวกเขาขณะที่คนในเผ่าของพวกเขาเสนอข้อพิพาทให้แก่เขา พวกเขาได้ยินยอมให้เขาชี้ขาดข้อพิพาท ซึ่งการกระทำในรูปแบบนี้เป็นกระบวนการทางอนุญาโตตุลาการ และท่านนบีﷺ ได้ยอมรับการกระทำดังกล่าว ซึ่งเป็นการบ่งชี้ถึงการบัญญัติกระบวนการระงับข้อพิพาททางอนุญาโตตุลาการ (Abdullah bin Muhammad ,1420: 32)

อูษุหะสัน ได้อธิบายหะดีษนี้ไว้ในหนังสือของท่าน โดยได้นำสายรายงานหะดีษนี้มาสองสายรายงานทั้งในบันทึกของอับียัดวูด และอัลนะสาอีย์ ซึ่งในบันทึกของท่านสองท่านได้บันทึก

หะดีษนี้ไว้ด้วยตัวบทที่เหมือนกัน โดยอุษะฮ์นได้อธิบายสาเหตุที่ท่านเราะสูลุลลอฮ์ ﷺ ได้ถามใน ขณะที่ท่าน ﷺ ได้ยินผู้คนเรียกนามแฝงของอบูซุรียว่า อะบะฮะกิม ซึ่งท่าน ﷺ กล่าวถามว่า “แท้จริงอัลลอฮ์เป็นผู้ตัดสิน” โดยท่าน ﷺ กล่าวถามเพื่อต้องการทราบเหตุใดที่ผู้คนถึงเรียกอบูซุรียเช่นนั้น อันเนื่องจากคุณลักษณะการเป็นผู้ตัดสินนี้เป็นคุณลักษณะที่เจาะจงเฉพาะอัลลอฮ์ ﷻ ผู้เดียวเท่านั้น ซึ่งคำตัดสินก็กลับหาพระองค์ กล่าวคือคำตัดสินนั้นเริ่มจากพระองค์ ﷻ และสิ้นสุดที่พระองค์ ﷻ ดังที่อัลลอฮ์ ﷻ ตรัสว่า ﴿لَكُمْ وَإِلَيْهِ تُرْجَعُونَ﴾ โดยท่านเราะสูลุลลอฮ์ ﷺ มิได้ปฏิเสธการตัดสินของอบูซุรีย หรือให้ทั้งคำตัดสินของอบูซุรีย แต่ท่านเราะสูลุลลอฮ์ ﷺ ถามเช่นนั้นเพื่อปฏิเสธการใช้คำว่า อบีหะกิมกับผู้อื่นจากอัลลอฮ์ ﷻ ซึ่งเกรงว่าจะทำให้ผู้ตนเข้าใจว่ามีผู้อื่นที่มีคุณลักษณะ เฉกเช่นเดียวกับอัลลอฮ์ ﷻ และในการอธิบายหะดีษคำว่า “ผู้พิพากษา (كَلِّمًا)” มีความหมาย เดียวกันกับคำว่า “ผู้ตัดสิน ชี้ขาด(كَلِّمًا)” อันเนื่องจากเมื่อผู้ตัดสินชี้ขาดที่ได้ทำการตัดสินชี้ขาดแล้ว ไม่สามารถปฏิเสธคำตัดสินชี้ขาดนั้นได้ และคุณลักษณะนี้ไม่อาจที่จะพาดพิงผู้อื่นจากอัลลอฮ์ ﷻ จะ ส่วนหนึ่งจากพระนามของอัลลอฮ์ ﷻ คือ “ผู้พิพากษา (كَلِّمًا)” ท่านนบี ﷺ จึงถามว่าเพราะเหตุใด เขาถึงเรียกท่านด้วยนามแฝงว่า “อะบะฮะกิม” อบูซุรียจึงตอบว่า ที่ผู้คนเรียกท่านด้วยนามแฝงว่า “อะบะฮะกิม” เนื่องจากเมื่อเกิดความขัดแย้งขึ้นระหว่างผู้คนในกลุ่มของฉัน คู่พิพาททั้งสองฝ่ายก็จะมอบข้อพิพาทนั้นให้ฉันตัดสิน ชี้ขาด กล่าวคือเพื่อทำให้ขจัดความเสียหายที่เกิดขึ้นและให้ความ เป็นธรรมแก่ทั้งสองฝ่าย และเพื่อทำการประนีประนอมคู่พิพาททั้งสอง ท่านนบี ﷺ จึงตอบว่า นี่เป็น สิ่งที่ดีมาก ซึ่งสิ่งที่ดีมากที่นบี ﷺ กล่าวถึงไม่ใช่นามแฝงที่ใช้หากแต่เป็นการตัดสินชี้ขาดด้วยความ ยุติธรรม ท่านนบี ﷺ จึงได้ถามอบูซุรียเพื่อที่ตั้งนามแฝงให้ใหม่ โดยถามว่า ท่านมีบุตรชายไหม อบูซุรียตอบว่า ฉันมีบุตรชายชื่อซุรีย, มุสลิม และอับดุลลอฮ์ ท่านนบี ﷺ จึงถามต่อว่าบุตรชายคนโตชื่ออะไร อบูซุรียตอบว่า ชื่อซุรีย ท่านนบี ﷻ กล่าวว่าคุณคือ อบูซุรีย (Abu Hasan.2002:3003-3004)

จากหะดีษนี้ ถือเป็นการยอมรับกระบวนการทางอนุญาโตตุลาการของท่านนบี ส่วน ที่ท่านนบีดำเนินการใช้นามแฝงของอบูซุรียว่า “อบูฮะกิม” อันเนื่องมาจากคำว่าฮะกิมเป็นคุณ ลักษณะเฉพาะและพระนามของอัลลอฮ์ ﷻ เท่านั้น ซึ่งอะลาเวีย บิน อับดุลกอดีร์ กล่าวว่า สำหรับคำว่า ฮะกิม (كَلِّمًا) และฮะกิม (كَلِّمًا) มีความหมายเดียวกัน แต่คำว่า ฮะกิม (كَلِّمًا) มีความหมายสูงกว่า คำว่า ฮะกิม (كَلِّمًا) ซึ่งหมายถึงการพิพากษา การชี้ขาด โดยความหมายเดิม

ของการตัดสิน (الحكم) คือ การยับยั้งความเสียหาย ความมอดุธรรม และเผยแพร่ความยุติธรรมและความดี ('Alawey bin Abdulqadir al-Shaqaf.2006/1:121)

กอดีร์ยี่ มุฮัมมัด มะฮมุด ได้อธิบายหะดีษนี้ว่า ท่านเราะสูลุลลอฮ์ ยอมรับ การกระทำของอบูซุรัยที่เขาได้ทำการชี้ขาดข้อพิพาทที่เกิดขึ้นในกลุ่มชนของเขาด้วยความยินยอมจาก คู่พิพาททั้งสองฝ่าย จึงเป็นหลักฐานว่าการระงับข้อพิพาทด้วยอนุญาโตตุลาการเป็นที่อนุญาต และหะ ดิษนี้เป็น การวางบทบัญญัติเรื่องอนุญาโตตุลาการด้วย โดยท่านเราะสูลุลลอฮ์ กล่าวว่า ผู้ใดตัดสิน ชี้ขาดระหว่างทั้งสองฝ่าย โดยเขาได้ทำการตัดสินชี้ขาดในการตัดสินทั้งสองฝ่ายด้วยความยินยอมจาก ทั้งสองฝ่าย ดังนั้นเขาได้ตัดสินชี้ขาดระหว่างทั้งสองด้วยความธรรม ดังนั้นอัลลอฮ์ทำการ สาปแช่งบุคคลนั้น(Qadiry Muhammad Mahmud.2009:52-53)

นอกจากหะดีษที่รายงานโดยอบูดาวูดที่กล่าวมาข้างต้นแล้ว ได้มีสายรายงานหะดีษ จากท่านอัลบุคอรี และ มุสลิม ว่า

((نَزَلَ أَهْلُ قُرَيْظَةَ عَلَى حُكْمِ سَعْدِ بْنِ مُعَاذٍ، فَأَرْسَلَ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ إِلَى سَعْدٍ فَأَتَى عَلَى جَمَارٍ.. فَلَمَّا دَنَا مِنَ الْمَسْجِدِ قَالَ لِلْأَنْصَارِ: «قُومُوا إِلَى سَيِّدِكُمْ، أَوْ خَيْرِكُمْ». فَقَالَ: «هَؤُلَاءِ نَزَلُوا عَلَى حُكْمِكَ» . فَقَالَ: تَقْتُلُ مَقَاتِلَهُمْ، وَتَسْبِي ذُرَارِيَهُمْ، قَالَ: «فَضَيْتَ بِحُكْمِ اللَّهِ» وَرَبَّمَا قَالَ: بِحُكْمِ الْمَلِكِ))

(أخرجه البخاري، 1422 : 4121 ومسلم، n.d. : 1768 وأبي

شيبه، 36830: 1409)

ความว่า “ชาวบะนีย กุร็อยเฮาะฮฺ ได้แต่งตั้งให้ชะอ เป็น มุอาษ เป็นผู้ตัดสิน ดังนั้นท่านนบีก็ส่งคนไปเชิญท่านชะอเป็น มุอาษมา ท่านจึงได้ชี้ลามาหาท่านนบี ขณะที่มาถึงมัสยิด ท่านนบีจึง กล่าวแก่ชาวอันศอรว่า พวกท่านจงแต่งตั้งหัวหน้าของพวกท่าน หรือ คนที่ดีที่สุดของพวกท่าน ชาวอันศอรจึงตอบว่า พวกเขาแต่งตั้งให้ท่าน เป็นผู้ตัดสิน และเขา(ชะอ เป็น มุอาษ)จึงตัดสินว่า ท่านต้อง

ประหารทหารของพวกเขา และจับลูกหลานของพวกเขาเป็นเชลย
ท่านนบีﷺกล่าวว่า ท่านได้ตัดสินด้วยบทบัญญัติของอัลลอฮ์ﷻ และอีก
สายรายงานหนึ่งกล่าวว่า ท่านนบีﷺกล่าวว่าด้วยบทบัญญัติของมาลิก”

(บันทึกโดย al-Bukhari.1422:4121 Muslim.n.d.1768

Abi Shiybah.H.1409 :36830)

อัลนาวาวีย์ ได้อธิบายหะดีษนี้ซึ่ง “ชาวอันศอรจึงตอบว่า พวกเขาแต่งตั้งให้ท่านเป็น
ผู้ตัดสิน”ว่าปรากฏในสายรายงานอื่นว่า “ชาวอันศอรแต่งตั้งให้ท่านนบีﷺเป็นผู้ตัดสิน แต่ท่านนบีﷺ
ได้ปฏิเสธและได้มอบหมายให้ท่านซะอ” อัลกอฎีย์ กล่าวว่า สายรายงานทั้งสองนี้สามารถรวมกันได้
โดยแท้จริงชาวอันศอรได้แต่งตั้งให้ท่านนบีﷺ เป็นผู้ตัดสินชี้ขาด ซึ่งพวกเขายอมรับในการที่ท่านนบีﷺ
มอบหมายให้ท่านซะออันเนื่องจากเป็นคนในตระกูลเดียวกันกับพวกเขา และเป็นที่ทราบกันว่าพวกเขา
ต้องการให้ท่านนบีﷺ อกัยให้ชาวบิฏริอียะฮะฮะฮ เนื่องจากพวกเขาชาวอันศอรเป็นมิตรที่ดีกับ
ชาวบิฏริอียะฮะฮะฮ ท่านนบีﷺ จึงกล่าวกับชาวอันศอรว่า พวกเขายินยอมหรือไม่ที่จะให้ผู้ตัดสินชี้
ขาดในเรื่องของชาวบิฏริอียะฮะฮะฮเป็นบุคคลที่มาจากพวกท่าน พวกเขาจึงยินยอม ท่านนบีﷺ จึงได้
มอบให้ท่านซะอ เป็น มุอาษ อัลเอาซี และเขา(ซะอ เป็น มุอาษﷺ) จึงตัดสินว่า ท่านต้องประหาร
ทหารของพวกเขา และจับบุคคลที่เหลือของพวกเขาเป็นเชลยศึก บุคคลที่เหลือในที่นี้คือ บรรดา
ทายาทของพวกเขา ทั้งที่เป็นบรรดาศาสตร์ และเด็ก ๆ ทั้งหมด ท่านนบีﷺกล่าวว่าแก่ซะอ เป็น มุอาษﷺ
ว่า ท่านได้ตัดสินด้วยบทบัญญัติของอัลลอฮ์ﷻ และอีกสายรายงานหนึ่งกล่าวว่า ท่านนบีﷺกล่าวว่า
ด้วยบทบัญญัติของมาลิก ซึ่งเป็นสายรายงานที่เป็นที่ทราบกันโดยทั่วไปใช้คำว่า “มาลิก(ﷺ)”อ่าน
ด้วยกับกัสเราะฮุลาหม ซึ่งหมายถึงอัลลอฮ์ﷻ ซึ่งตรงกับหลายสายรายงานที่ท่านนบีﷺกล่าวว่าแท้จริงท่าน
ได้ตัดสินด้วยบทบัญญัติของอัลลอฮ์ﷻแล้ว (al- Nawawiy. H.1392/12: 93)

กอฎิรีย์ มุหัมหมัด มะฮมูด ได้อธิบายหะดีษนี้ว่า ท่านเราะสูลุลลอฮ์ﷺ ยอมรับการ
แต่งตั้งอนุญาโตตุลาการของชาวบิฏริอียะฮะฮะฮในขณะที่มีการแต่งตั้งผู้ชี้ขาดเรื่องของพวกเขา
ชาวบิฏริอียะฮะฮะฮจึงได้ยินยอมแต่งตั้งซะอ เป็น มุอาษﷺ ดังนั้นหะดีษนี้จึงเป็นหลักฐานที่ยืนยันถึง
การอนุญาตให้ใช้กระบวนการอนุญาโตตุลาการ และการชี้ขาดของซะอ เป็น มุอาษﷺ เป็นการชี้ขาด
โดยชาวบิฏริอียะฮะฮะฮได้ยินยอมให้ทำการชี้ขาด ซะอ เป็น มุอาษﷺ จึงได้ทำการชี้ขาดในเรื่องของ

หะดีษนี้แม้ว่าจะเป็นหะดีษที่มีสายรายงานอ่อน แต่สามารถบ่งชี้ได้ถึงการมีกระบวนการอนุญาตตุลาการในยุคอิสลาม ทั้งยังได้รับการสนับสนุนจากหะดีษอื่นที่เป็นหลักฐานของการอนุญาตตุลาการในยุคอิสลาม

นอกจากการอนุญาตตุลาการที่ปรากฏในอัลกุรอาน และอัสนุนนะฮ์แล้ว การอนุญาตตุลาการยังมีปรากฏในยุคของเศาะหะบะฮ์ เช่นกัน โดยกระบวนการอนุญาตตุลาการที่ปรากฏในยุคเศาะหะบะฮ์ ผู้วิจัยจะนำมาในหัวข้อต่อไป

3) หลักการอนุญาตตุลาการที่มีปรากฏในยุคเศาะหะบะฮ์

การระงับข้อพิพาทโดยกระบวนการทางอนุญาตตุลาการนอกจากได้มีปรากฏในอัลกุรอานที่ได้บัญญัติให้มีการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาตตุลาการไว้ และอัสนุนนะฮ์ที่ยอมรับหลักการอนุญาตตุลาการ และนำหลักการอนุญาตตุลาการมาใช้ในการระงับข้อพิพาทแล้ว ยุคของบรรดาเศาะหะบะฮ์ยังได้นำหลักการอนุญาตตุลาการมาใช้โดยการแต่งตั้งอนุญาตตุลาการให้ระงับข้อพิพาทระหว่างกัน ซึ่งอัลญะบะรีย (2001/8 :327-328)กล่าวว่า บรรดาเศาะหะบะฮ์ ได้มีการแต่งตั้งอนุญาตตุลาการขึ้นมาชี้ขาดข้อพิพาทที่เกิดขึ้นระหว่างกัน โดยท่านอับนุอับบาสได้กล่าวว่า “ได้มีผู้ก่อตั้งฉันทและมุอาวียะฮ์ เป็นอนุญาตตุลาการ และผู้แต่งตั้งกล่าวว่า หากท่านเห็นว่าเราทั้งสองสามารถอยู่ร่วมกันต่อไปเราก็จะอยู่ร่วมกัน และหากเห็นว่าเราทั้งสองฝ่ายต้องแยกจากกัน เราก็จะแยกจากกัน

และส่วนหนึ่งจากการใช้การระงับข้อพิพาทโดยกระบวนการอนุญาตตุลาการในยุคคอสีฟะฮ์ผู้ทรงธรรม คือการแต่งตั้งอนุญาตตุลาการที่เห็นประจักษ์ชัด คือการแต่งตั้งอนุญาตตุลาการขึ้นมาเพื่อระงับข้อพิพาทระหว่างอาลี บิน อปีฏอลิบ กับมุอาวียะฮ์ บิน อปีสุยาน ในสงคราม คิฟฟิน โดยท่านอบีมุซา อัลอ์ซอริย และท่านอัมรฺ บิน อาศฺ เป็นอนุญาตตุลาการที่ได้รับการแต่งตั้ง (Qaḥṭān Abdul al-Rahman al-Duriy .2002 :52)

การระงับข้อพิพาทด้วยกระบวนการทางการอนุญาตตุลาการจึงถือเป็นมติเอกฉันท์ (อิจญ์มาอ)จากบรรดาเศาะหะบะฮ์ของท่านนบีﷺ ด้วยการกระทำของบรรดาเศาะหะบะฮ์และไม่ได้มีปรากฏว่าบรรดาเศาะหะบะฮ์ มีความเห็นแย้งในเรื่องดังกล่าว ดังนั้นจึงเป็นอิจมาอจากบรรดาเศาะหะบะฮ์(Qadiry Muhammad Mahmud.2009:60)

กอหฺฎอน อับดุลเราะฮฺมาน อัลดุรียฺ(2002 :96) กล่าวว่าบรรดาเศาะหะบะฮฺ^๕ มีมติเอกฉันท์ในการอนุญาตให้มีกระบวนการอนุญาตโตตุลาการ อันเนื่องจากบรรดาเศาะหะบะฮฺ^๕ ได้มีการแต่งตั้งอนุญาตโตตุลาการ และไม่มีเศาะหะบะฮฺ^๕ ปฏิเสธกระบวนการนี้ เมื่อมิได้มีการปฏิเสธจึงถือเป็นมติเอกฉันท์ถึงการอนุญาตให้มีกระบวนการอนุญาตโตตุลาการ

ส่วนหนึ่งจากการระงับข้อพิพาทของบรรดาเศาะหะบะฮฺด้วยการใช้อุญาโตตุลาการ ผู้วิจัยขอนำรายงานของท่านอบิดาวูดในหนังสือของท่านที่ได้รายงานจากอัลอฺซอซีย์ กล่าวว่า อัลอฺซอซีย์ ได้ทำการตกลงซื้อทาสจำนวนห้าคนจากอับดุลลอฮฺในราคาสองหมื่น อับดุลลอฮฺจึงได้นำทาสให้แก่ อัลอฺซอซีย์ด้วยในราคาของทาสที่ได้ตกลงนั้น อัลอฺซอซีย์จึงกล่าวว่า ฉันต้องการพวกเขา(ทาส) ในราคาหนึ่งหมื่น อับดุลลอฮฺจึงกล่าวว่า ท่านจงเลือกบุคคลมาหนึ่งคนระหว่างฉันและท่าน (เพื่อชี้ขาดเรื่องดังกล่าว) อัลอฺซอซีย์ กล่าวว่า ท่าน (คือผู้ชี้ขาด)ระหว่างฉันและตัวของท่าน อับดุลลอฮฺจึงกล่าวว่า แท้จริงฉันเคยได้ยินท่านเราะฮฺลุลลอฮฺกล่าวว่า ได้เกิดความขัดแย้งขึ้นระหว่างคู่ค้าทั้งสอง และทั้งสองไม่มีซึ่งพยานหลักฐานแต่อย่างใด ความขัดแย้งนั้น บางทีอาจเป็นตัวสินค้าหรือการไม่รับสินค้า^๖ (Qaḥṭan Abdul al-Rahman al-Duriy .2002 :96-97)

กอหฺฎอน อับดุลเราะฮฺมาน อัลดุรียฺ (2002 :98) ได้อธิบายคำพูดของเศาะหะบะฮฺ คือ อับดุลลอฮฺ (หมายถึงท่านอับดุลลอฮฺบิณมัซฮูด)ในครั้งนี้น่า การที่อับดุลลอฮฺกล่าวว่า “ให้มีระหว่างฉันและท่าน” หมายถึงมีผู้ชี้ขาด ส่วนคำพูดของทีกล่าวว่า “จงเลือกบุคคลมาหนึ่งคนระหว่างฉันและท่าน” และคำตอบของอัลอฺซอซีย์เป็นที่ชัดเจนว่าการแต่งตั้งอนุญาตโตตุลาการเป็นสิ่งที่ได้รับการยอมรับอย่างแพร่หลายและไม่มีผู้ใดปฏิเสธ ซึ่งนี่ถือเป็นการอิจญฺมาอฺจากบรรดาเศาะหะบะฮฺ

นอกจากกระบวนการทางอนุญาตโตตุลาการจะได้รับแต่งตั้งจากคู่พิพาทแล้ว กระบวนการอนุญาตโตตุลาการยังมีการแต่งตั้งจากผู้ปกครองคือบรรดาเคาะลีฟะฮฺซึ่งอำนาจตุลาการสามารถนำเรื่องขึ้นพิจารณาคดีในกระบวนการศาลได้ แต่เคาะลีฟะฮฺได้เลือกใช้วิธีการอนุญาตโตตุลาการ ซึ่งอบีหะสัน อาลี (Abi al-Ḥasan Ali,1994/16:325)กล่าวว่าท่านอุมร์ อิบนุคอฎฎ็อบ และท่านกะอับได้เคยแต่งตั้งท่านชัย บิน ซาบิต เพื่อมาชี้ขาด และในสมัยท่านอะลี บินอบีฏออลิบ ในขณะที่ท่านเป็นคอดีฟะฮฺ ท่านได้แต่งตั้งอนุญาตโตตุลาการให้ชี้ขาดข้อพิพาทที่ได้ส่งมายังท่าน

ดังนั้นประวัติความเป็นมาของกระบวนการอนุญาตโตตุลาการอิสลามนั้นมีที่มาจากตั้งแต่ยุคก่อนอิสลาม จนกระทั่งมีปรากฏในยุคอิสลามโดยได้มีบทบัญญัติทั้งในอัลกุรอาน และอัลสุนนะฮฺตลอดมาจนถึงยุคของเศาะหะบะฮฺก็ได้นำกระบวนการอนุญาตโตตุลาการมาใช้ในการระงับข้อพิพาทกัน

^๕ หะดีษบันทึกโดยท่านอบิดาวูดหะดีษเลขที่3511ในหนังสือ Sunan Abi Dawud เล่มที่ 3

อย่างแพร่หลาย ซึ่งเป็นที่ยอมรับกันอย่างกว้างขวาง จนกระทั่งถือได้ว่าเป็นมติเอกฉันท์ถึงการอนุญาตของกฎหมายอิสลาม ให้มีการระงับข้อพิพาทโดยกระบวนการอนุญาโตตุลาการ นอกจากกระบวนการระงับข้อพิพาทกระแสหลักด้วยกระบวนการศาล

การอนุญาโตตุลาการตามกฎหมายอิสลามนักกฎหมายอิสลามมีความเห็นที่แตกต่างกันในหลายประเด็น เช่น ประเด็นการแต่งตั้ง องค์ประกอบและเงื่อนไขของการอนุญาโตตุลาการ และผู้ที่ได้รับแต่งตั้งเป็นอนุญาโตตุลาการ จนถึงผลของการชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ โดยผู้วิจัยจะนำประเด็นต่าง ๆ มาเสนอในหัวข้อต่อไป

2.2 องค์ประกอบและเงื่อนไขของการอนุญาโตตุลาการในกฎหมายอิสลาม

องค์ประกอบและเงื่อนไขของการอนุญาโตตุลาการในกฎหมายอิสลาม นักกฎหมายอิสลามได้วางองค์ประกอบและเงื่อนไขในการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการไว้หลายประการ ถึงแม้ว่ากระบวนการระงับข้อพิพาทโดยกระบวนการอนุญาโตตุลาการนั้น นักกฎหมายอิสลามมีความเห็นถึงการอนุญาตให้มีการระงับข้อพิพาทในรูปแบบนี้ เป็น 3 ทศนะด้วยกัน โดยกอหฺฎอน อับดุลเราะฮฺมาน อัลดุรียฺ (2002 :83) กล่าวว่า ทศนะของนักกฎหมายอิสลามมีความเห็นขัดแย้งกันเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการออกเป็น 3 ทศนะดังนี้

1) อนุญาตให้มีการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการโดยไม่มีเงื่อนไขว่าเมืองนั้นจะมีกระบวนการศาลหรือไม่ก็ตาม

2) อนุญาตให้มีการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการโดยมีเงื่อนไขว่าเมืองนั้นจะต้องไม่มีกระบวนการศาล

3) ไม่อนุญาตให้มีการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการโดยไม่มีเงื่อนไขใดๆ

ทศนะแรกที่เห็นว่าอนุญาตให้มีการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการโดยไม่มีเงื่อนไขใดๆ แม้ว่าเมืองนั้นจะมีกระบวนการศาลก็ตามเป็นทศนะของนักกฎหมายอิสลามส่วนใหญ่ของสำนักกฎหมายอิสลามทั้งสี่ รวมทั้งทศนะของชีอะฮฺอัชชะดียะฮฺ และบางส่วนของกลุ่มชีอะฮฺอิมามียะฮฺ โดยนักกฎหมายอิสลามที่เห็นพ้องตามทศนะนี้ได้นำหลักฐานถึงการอนุญาตให้มีการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการทั้งจากอัลกุรอาน อัศสุนนะฮฺ การกระทำของบรรดาเศาะหะบะฮฺ และหลักฐานทางสติปัญญา

ทัศนะที่สองเป็นทัศนะของนักกฎหมายอิสลามสังกัดสำนักกฎหมายอัชชาฟีอีย์บางส่วนซึ่งเห็นว่าการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการนั้นจะมีขึ้นก็ต่อเมื่ออยู่ในสถานะจำเป็น และทัศนะของอิบนุ ฮัซม

ทัศนะที่สามเป็นทัศนะของนักกฎหมายอิสลามสังกัดสำนักกฎหมายอัชชาฟีอีย์บางส่วน นอกจากนั้นยังเป็นความเห็นของชีอะฮ์กลุ่มอิมามียะฮ์ และทัศนะนี้เป็นแนวทางของกลุ่มเคาะวาริจญ์ที่ปรากฏในสงครามคิฟฟินีย์ (Qaḥṭan Abdul al-Rahman al-Duriy .2002 :83-114)

อัลนาวาวีย์หนึ่งในนักกฎหมายอิสลามสำนักกฎหมายอัชชาฟีอีย์ได้กล่าวว่า “หากคู่พิพาททั้งสองฝ่ายแต่งตั้งผู้ชี้ขาดในเรื่องที่นอกเหนือจากอาญาแผ่นดิน (บทลงโทษที่อัลลอฮ์ได้กำหนดไว้) ถือเป็นกรอนุวัติให้กระทำได้ดีตลอด ด้วยเงื่อนไขที่ชาวเมืองนั้นมีผู้พิพากษาอยู่แล้ว บางทัศนะเห็นว่าไม่อนุวัติให้แต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ บางทัศนะเห็นว่าอนุวัติภายใต้เงื่อนไขที่ชาวเมืองนั้นต้องมีผู้พิพากษา (ระบบศาล) และบางทัศนะเห็นว่ากรแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการนั้นสามารถกระทำได้แต่เฉพาะในคดีเกี่ยวกับทรัพย์สินเท่านั้น ไม่สามารถแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการในคดีที่มีบทบัญญัติโทษและการแต่งงานได้ (al- Nawawiy.2005:558)

จากทัศนะของนักกฎหมายอิสลามข้างต้นที่มีความเห็นต่อการอนุวัติให้มีการอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาททำให้นักกฎหมายอิสลามมีความเห็นที่หลากหลายในประเด็นองค์ประกอบและเงื่อนไขของการอนุญาโตตุลาการในกฎหมายอิสลามไว้หลายประการ โดยนักกฎหมายอิสลามที่มีความเห็นว่าการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการโดยคู่พิพาทเป็นการยินยอมของคู่พิพาททั้งสองที่จะมอบหมายข้อพิพาทของตนให้แก่ผู้ชี้ตนไว้วางใจ ดังนั้นกรแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการจึงต้องมีกระบวนการแต่งตั้ง องค์ประกอบ และเงื่อนไขต่างๆเป็นการเฉพาะที่แตกต่างกับการระงับข้อพิพาทโดยกระบวนการอื่น

2.2.1 กระบวนการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ

กระบวนการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการเป็นกระบวนการที่เกิดจากสัญญา กล่าวคือ หากคู่พิพาทมีความประสงค์ที่จะแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการขึ้นมาเพื่อระงับข้อพิพาทจำเป็นต้องมีกระบวนการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการที่เกิดจากสัญญา โดยมีองค์ประกอบ เงื่อนไข บทบัญญัติ และวิธีการต่างๆที่มีกำหนดไว้เป็นการเฉพาะ ดังนี้

ก. องค์ประกอบและเงื่อนไขการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ

กระบวนการระงับข้อพิพาททางอนุญาโตตุลาการเป็นกระบวนการที่เกิดจากสัญญา จะมีองค์ประกอบเป็นการเฉพาะ กอฏูณ อับดุลเราะฮมาน อัดดรีย์ (2002 :118) กล่าวว่า นิยามการอนุญาโตตุลาการดังที่กล่าวมาในนิยามด้านวิชาการว่า “การอนุญาโตตุลาการคือ การที่คู่พิพาททั้งสองแต่งตั้งบุคคลขึ้นมาเพื่อชี้ขาดคู่พิพาทที่เกิดขึ้นระหว่างสองฝ่าย” จากคำนิยามนี้การแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการจำเป็นต้องมีการเสนอข้อพิพาทจากคู่พิพาททั้งสอง และต้องมีการตอบรับจากผู้ที่ถูกเสนอให้เป็นผู้ชี้ขาด ทั้งยังต้องมีจุดประสงค์แห่งสัญญา นั่นคือการระงับข้อพิพาท ซึ่งทั้งสามประการนี้เป็นองค์ประกอบหลักของสัญญา

เมื่อการอนุญาโตตุลาการเกิดจากสัญญา ดังนั้นองค์ประกอบของการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการจึงประกอบด้วยองค์ประกอบ 3 ประการ คือ

1) การเสนอ การตอบรับ กล่าวคือ กระบวนการเสนอข้อพิพาทต่ออนุญาโตตุลาการ

กระบวนการเสนอข้อพิพาทต่ออนุญาโตตุลาการแบ่งออกเป็นสองส่วนด้วยกัน คือ

- 1) การเสนอข้อพิพาท หมายถึง การเสนอขอแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการจากฝ่ายคู่พิพาททั้งสองฝ่าย ซึ่งเป็นฝ่ายเสนอข้อพิพาท ด้วยความยินยอมที่จะมอบข้อพิพาทให้แก่อนุญาโตตุลาการเป็นผู้ชี้ขาด
- 2) การตอบรับข้อเสนอมุ่งหมายถึงการยอมรับข้อเสนอนี้เป็นอนุญาโตตุลาการจากฝ่ายเสนอ

กอฏูณ อับดุลเราะฮมาน อัดดรีย์ (2002 :120) กล่าวว่า การเสนอ คือ คำกล่าวเสนอที่เริ่มจากฝ่ายหนึ่งเสนอไปยังอีกฝ่ายหนึ่ง ส่วนการตอบรับ คือ คำกล่าวที่ออกจากอีกฝ่ายของคู่สัญญา ซึ่งนี่คือนิยามของการเสนอและการตอบรับตามสำนักกฎหมายอัลฮะนาฟี

อับดุลลอฮฺ บิน มุฮัมมัด (1420: 41) กล่าวว่า จำต้องมีถ้อยคำซึ่งเป็นองค์ประกอบของการอนุญาโตตุลาการ และถ้อยคำดังกล่าวนั้นต้องบ่งชี้ถึงสัญญา

สำหรับถ้อยคำ หมายถึง สิ่งที่เกิดจากคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายที่บ่งชี้ถึงจุดประสงค์ของทั้งสองที่ได้ทำสัญญากัน

การอนุญาโตตุลาการนั้นจึงเป็นสัญญาที่เกิดจากการเสนอและการตอบรับทั้งจากคำพูด หรือการกระทำที่ชี้ถึงความต้องการของทั้งสอง โดยไม่มีเงื่อนไขว่าสัญญานั้นจะต้องเป็นคำพูดอย่างเดียว ดังนั้นทุกอย่างที่ชี้ถึงสัญญาทั้งคำพูด หรือการตอบรับที่รับทราบกันทั่วไป ดังนั้นการตอบรับด้วยคำพูดหรือการกระทำย่อมมีผลใช้ได้เสมอ (Abdullah bin Muhammad, 1420: 41)

กระบวนการเสนอข้อพิพาทแก่นญาโตตุลาการจำเป็นต้องใช้คำที่ชี้ถึงการแต่งตั้งให้เป็น ญาโตตุลาการ เช่นคู่พิพาททั้งสองกล่าวว่า “เราทั้งสองขอให้ท่านชี้ขาดข้อพิพาทที่เกิดขึ้นระหว่าง เราทั้งสอง” หรือใช้คำว่า “เราแต่งตั้งท่านให้เป็นญาโตตุลาการ”

การเริ่มสัญญาด้วยการเสนอข้อพิพาท และการตอบรับเป็นญาโตตุลาการนั้นไม่มี เงื่อนไขว่าต้องเริ่มสัญญาอนุญาโตตุลาการด้วยการเริ่มเสนอจากฝ่ายคู่พิพาทอย่างเดียว หากแต่ผู้ที่จะ เป็นญาโตตุลาการสามารถเสนอตัวเองที่จะเข้ามาเป็นญาโตตุลาการได้ ซึ่งหากมีการเสนอตัวเอง เป็นญาโตตุลาการแล้วคู่พิพาทยอมรับให้ผู้นั้นเป็นญาโตตุลาการ ถือได้ว่าคู่พิพาทแต่งตั้ง ญาโตตุลาการเพื่อระงับข้อพิพาทให้ระหว่างพวกเขา

กอทูน อับดุลเราะฮมาน อัตุรีย (2002 :121) กล่าวว่า หากอนุญาโตตุลาการ เสนอแต่คู่พิพาททั้งสองว่า “ฉันจะเป็นญาโตตุลาการให้แก่ท่านทั้งสองได้หรือไม่” ดังนั้นคู่พิพาททั้ง สองฝ่ายสามารถตอบรับข้อเสนอดังกล่าวได้ ซึ่งการเริ่มเสนอข้อพิพาทสามารถกระทำได้จาก คู่พิพาทเสนอข้อพิพาทต่ออนุญาโตตุลาการ หรืออนุญาโตตุลาการเสนอที่จะชี้ขาดข้อพิพาทให้แก่ คู่พิพาททั้งสองฝ่ายได้

เห็นได้ว่ารูปแบบการเสนอข้อพิพาทเพื่อให้มีการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการตาม กฎหมายอิสลามจึงมีความหลากหลาย ซึ่งหลักการเสนอข้อพิพาทแก่นญาโตตุลาการนั้นใช้หลักเสนอ สอนตรงกันระหว่างคู่พิพาทกับผู้ที่จะตอบรับเพื่อเป็นญาโตตุลาการ โดยไม่จำเป็นต้องเริ่ม เสนอข้อพิพาทจากฝ่ายคู่พิพาทเพียงอย่างเดียว นอกจากนั้นนักกฎหมายอิสลามมีความเห็นแตกต่าง กันเกี่ยวกับการเสนอข้อพิพาทแก่นญาโตตุลาการโดยการวางเงื่อนไขในการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ หรืออิงการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการได้หรือไม่

อับดุลลอฮฺ บิน มุฮัมมัด (1420: 41-42) กล่าวว่า ตัวอย่างของการวางเงื่อนไขใน การแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ โดยคู่พิพาททั้งสองที่เสนอต่อบุคคลที่สามกล่าวว่า “เมื่อมีท่านยินยอม (เป็นญาโตตุลาการ) จงชี้ขาดข้อพิพาทที่เกิดขึ้นในระหว่างเรา” และตัวอย่างของการอิงการแต่งตั้ง อนุญาโตตุลาการกับสิ่งต่างๆ เช่นคู่พิพาททั้งสองที่เสนอต่อบุคคลที่สามกล่าวว่า “พวกเราขอแต่งตั้ง ท่านให้ชี้ขาดข้อพิพาทในวันพรุ่งนี้” ตัวอย่างนี้เป็นการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการโดยการอิงกับเวลาคือ วันพรุ่งนี้

ทั้งสองกรณีนี้นักกฎหมายอิสลามสำนักกฎหมายอัลฮะนะฟีมีความเห็นต่างกัน โดย มุฮัมมัด บิน อัลฮะสัน เห็นว่า การวางเงื่อนไขในการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการหรือการอิงการแต่งตั้ง

อนุญาตตุลาการสามารถกระทำได้ เนื่องจากการอนุญาตตุลาการนั้นอนุมัติโดยไม่มีเงื่อนไขใดๆ ส่วนอบี ยูซุบ เห็นว่าไม่อนุมัติให้วางเงื่อนไขในการแต่งตั้งอนุญาตตุลาการหรือการอิงการแต่งตั้งอนุญาตตุลาการ เนื่องจากการวางเงื่อนไขในการแต่งตั้งอนุญาตตุลาการหรือการอิงการแต่งตั้งอนุญาตตุลาการเป็นสิทธิของรัฐอธิปไตยเท่านั้น (Abdullah bin Muhammad, 1420:42)

จากความเห็นต่างของนักกฎหมายอิสลามสำนักกฎหมายอัลหะนาฟี้นั้น ผู้วิจัยเห็นว่า การแต่งตั้งอนุญาตตุลาการนั้นสามารถกระทำได้ แม้ว่าจะมีการวางเงื่อนไขในการแต่งตั้งอนุญาตตุลาการหรือการอิงการแต่งตั้งอนุญาตตุลาการก็ตาม เนื่องจากการแต่งตั้งอนุญาตตุลาการนั้นเป็นกระบวนการแต่งตั้งที่เกิดจากกระบวนการทางสัญญา ดังนั้นหากมีการเสนอสนองต้องตรงกัน โดยความยินยอมของคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย สัญญานั้นมีผลบังคับ กระบวนการรับข้อพิพาททางอนุญาตตุลาการเกิดขึ้นอันเนื่องจากสัญญานั้น โดยไม่มีความเกี่ยวข้องกับอำนาจรัฐแต่อย่างใด

ดังนั้นกระบวนการแต่งตั้งอนุญาตตุลาการจำเป็นต้องเริ่มจากการเสนอข้อพิพาทจากคู่พิพาทต่อผู้ที่ตนประสงค์ให้เป็นอนุญาตตุลาการ และผู้ที่ได้รับการเสนอให้เป็นอนุญาตตุลาการจำเป็นต้องตอบรับข้อเสนอนั้น ซึ่งหากผู้ที่ได้รับการเสนอให้เป็นอนุญาตตุลาการไม่ได้ตอบรับข้อเสนอดังกล่าว กระบวนการแต่งตั้งอนุญาตตุลาการถือเป็นโมฆะ โดยการตอบรับเป็นอนุญาตตุลาการนั้นสามารถตอบรับได้ทั้งคำพูด การกระทำ หรือแม้แต่การทำสัญญาสัญญาแต่งตั้งเป็นลายลักษณ์อักษรก็ตาม

2) ผู้ทำสัญญาทั้งสอง กล่าวคือ ผู้ที่เสนอข้อพิพาทต่ออนุญาตตุลาการ และผู้ที่ยอมรับเป็นอนุญาตตุลาการ

ผู้ทำสัญญาทั้งสองฝ่าย หมายถึง คู่พิพาทที่ต้องการแต่งตั้งอนุญาตตุลาการฝ่ายหนึ่ง และผู้ที่ได้รับการเสนอให้เป็นอนุญาตตุลาการอีกฝ่ายหนึ่ง

2.1) คู่พิพาท กล่าวคือ ผู้ที่ต้องการแต่งตั้งอนุญาตตุลาการขึ้นมาเพื่อชี้ขาดข้อพิพาท โดยคู่พิพาทนั้นอาจมีสองฝ่ายหรือมากกว่าสองฝ่าย และจะมีข้อพิพาทหรือไม่มีข้อพิพาทก็สามารถแต่งตั้งอนุญาตตุลาการได้ เช่น ในเรื่องการสมรส โดยอรรถอมลีย์ (2003/8: 242) ได้อธิบายคำว่าคู่พิพาททั้งสองว่า “หรือบุคคลทั้งสองที่ไม่มีข้อพิพาท เช่นการแต่งตั้งอนุญาตตุลาการในกรณีการสมรส หรือการชี้ขาดข้อพิพาทที่มีคู่พิพาทมากกว่าสองฝ่าย”

คู่พิพาทที่เป็นองค์ประกอบของการแต่งตั้งอนุญาตตุลาการนั้น จำต้องยินยอมที่จะเสนอข้อพิพาทให้แก่อนุญาตตุลาการ ซึ่งการให้ความยินยอมนี้ถือเป็นเงื่อนไขที่สำคัญในการแต่งตั้ง

อนุญาตตุลาการ अबดุลลอฮฺ บิน มุฮัมมัด (1420:45) กล่าวว่า สัญญาอนุญาตตุลาการจะมีผลใช้ได้นั้นคู่พิพาททั้งสองจำต้องยินยอมที่จะเสนอข้อพิพาทให้อนุญาตตุลาการชี้ขาด โดยเป็นทศนะของนักกฎหมายอิสลามสำนักกฎหมาย อัลชะนะฟี อัลมาลิกีย์ อัชชาฟีอีย์ และอัลชะนาบีละฮฺ

กอหฺฎอน अबดุลเราะฮฺมาน อัคฺฎรีย์ (2002 :137) เจื่อนไขของสัญญาอนุญาตตุลาการนั้น คู่พิพาททั้งสองต้องให้ความยินยอมแก่ผู้ที่ตนเสนอให้ชี้ขาดข้อพิพาททั้งสอง ซึ่งเป็นความเห็นของนักกฎหมายอิสลามสำนักกฎหมาย อัลชะนะฟี อัลมาลิกีย์ อัชชาฟีอีย์ และอัลชะนาบีละฮฺ รวมทั้งเป็นทศนะของชีอะฮฺอฺซัยดียะฮฺ อัลอิมามียะฮฺ และอัลอับฎายะฮฺ

และการให้ความยินยอมนั้นต้องเป็นการแสดงความยินยอมที่ชัดเจน ซึ่งทศนะของนักกฎหมายอิสลามสำนักกฎหมายอัชชาฟีอีย์ เห็นว่าการให้ความยินยอมนั้นต้องปรากฏด้วยคำพูด ไม่ใช่ด้วยการนิ่ง โดยอรรอมลี (2003/8: 242) ได้กล่าวว่า การให้ความยินยอมนั้นจำต้องให้ความยินยอมด้วยคำพูดที่ชัดเจน ดังนั้นจึงไม่ถือว่าการนิ่งเงียบนั้นเป็นการแต่งตั้งอนุญาตตุลาการแต่อย่างใด

ดังนั้นการแต่งตั้งอนุญาตตุลาการนั้นต้องเริ่มจากความยินยอมของคู่พิพาทเท่านั้น หากไม่มีความยินยอมจากคู่พิพาทสัญญาอนุญาตตุลาการถือเป็นโมฆะ

2.2) อนุญาตตุลาการ กล่าวคือ การเสนอข้อพิพาทให้อนุญาตตุลาการนั้นต้องได้รับความยินยอมจากผู้ที่ถูกเสนอให้เป็นอนุญาตตุลาการ ซึ่งเป็นคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งในสัญญาแต่งตั้งอนุญาตตุลาการ ดังนั้นเงื่อนไขในการแต่งตั้งจึงจำเป็นต้องได้รับความยินยอมจากผู้ที่ถูกเสนอให้เป็นอนุญาตตุลาการด้วย เฉกเช่นเดียวกับคู่พิพาทที่ต้องยินยอมที่จะเสนอข้อพิพาทนั้น

นอกจากความยินยอมดังกล่าวแล้ว ผู้ที่ถูกเสนอให้เป็นอนุญาตตุลาการ ยังต้องมีคุณสมบัติต่างๆที่สามารถเป็นอนุญาตตุลาการได้ เช่น ต้องมีความสามารถในการวินิจฉัยข้อกฎหมาย เป็นต้น อัลนาวาวีย์ กล่าวว่า อนุญาตให้มีการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาตตุลาการ โดยมีเงื่อนไขว่าผู้ที่เป็นอนุญาตตุลาการนั้นต้องมีคุณสมบัติที่สามารถเป็นผู้พิพากษาได้ (al- Nawawiy.2005:558) ซึ่งผู้วิจัยจะนำมาในหัวข้อคุณสมบัติของอนุญาตตุลาการต่อไป

ดังนั้นเงื่อนไขของผู้ที่ถูกเสนอให้เป็นอนุญาตตุลาการต้องเป็นผู้ที่ยอมรับเป็นอนุญาตตุลาการให้แก่คู่พิพาท ทั้งยังต้องมีคุณสมบัติเฉพาะของอนุญาตตุลาการ

3) ข้อพิพาทที่อนุญาตตุลาการวินิจฉัยชี้ขาดได้

กระบวนการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาตตุลาการเป็นกระบวนการระงับข้อพิพาททางเลือกที่ไม่ใช่กระบวนการศาล ซึ่งเป็นกระบวนการระงับข้อพิพาทหลัก ดังนั้นการระงับข้อพิพาททางอนุญาตตุลาการจึงต้องเกิดขึ้นจากความยินยอมของคู่พิพาทที่ต้องการมอบข้อพิพาทของตนต่ออนุญาตตุลาการเพื่อให้อนุญาตตุลาการพิจารณาระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้น

ดังนั้นข้อตกลงในการระงับข้อพิพาททางอนุญาตตุลาการจึงย่อมต้องมีข้อจำกัดในขอบเขตของบทบัญญัติที่สามารถระงับข้อพิพาททางอนุญาตตุลาการได้ ซึ่งแตกต่างจากกระบวนการศาลที่เป็นกระบวนการหลักในการตัดสินชี้ขาดข้อพิพาท โดยนักกฎหมายอิสลามมีความเห็นต่างกันในเรื่องของบทบัญญัติที่สามารถใช้กระบวนการระงับข้อพิพาทได้ โดยแต่ละสำนักกฎหมายนั้นมีความเห็นต่างกันดังนี้

3.1) สำนักกฎหมายอัลฮะนะฟี มีความเห็นต่างเป็น 2 ทศนะดังนี้

3.1.1) ทศนะแรกเห็นว่า อนุญาตให้ระงับข้อพิพาทโดยอนุญาตตุลาการได้ทุกกรณี เว้นแต่ ฮักกุลลอฮฺ หรือความผิดที่มีบัญญัติโทษในอัลกุรอาน และกิศอศ เนื่องจากความผิดดังกล่าวเป็นความผิดอาญาแผ่นดิน (Muhammad bin Ahmad al-Hanafiy. 2000: 60) และบางส่วนเห็นว่าโทษฐานกล่าวหาใส่ความผู้อื่น และการกล่าวหาว่าภรรยาตนผิดประเวณีไม่สามารถระงับข้อพิพาทโดยอนุญาตตุลาการด้วย (Abdulah bin Muhammad.1420: 47-48)

3.1.2) ทศนะที่สองเห็นว่า อนุญาตให้ระงับข้อพิพาทโดยอนุญาตตุลาการได้ทุกกรณี รวมทั้งโทษฐานกล่าวหาผู้อื่นว่ากระทำผิดประเวณี แม้แต่ความผิดที่โทษประหารชีวิต (กิศอศ) เนื่องจากโทษฐานดังกล่าวเป็น ฮักกุลอาดัม (Muhammad bin Ahmad al-Hanafiy. 2000: 60)

3.2) สำนักกฎหมายอัลมาลิกียี มีความเห็นว่าอนุญาตให้มีการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาตตุลาการในกรณีที่เกี่ยวข้องกับทรัพย์สิน แต่ไม่สามารถแต่งตั้งอนุญาตตุลาการให้ระงับข้อพิพาทในฐานความผิดอาญาแผ่นดิน การกล่าวหาว่าภรรยาตนผิดประเวณี (Abi Abdullah,al-Malikiy. 2003 :17) และมีนักกฎหมายอิสลามบางส่วนเห็นว่า โทษประหารชีวิต (กิศอศ) เรื่องการหย่า เรื่องการปล่อยทาสให้เป็นอิสระ และเรื่องครอบครัว(Abdullah bin Muhammad.1420: 49)

3.3) สำนักกฎหมายอัชชาฟีอีย์ มีความเห็นต่างเป็น 3 ทศนะดังนี้

3.3.1) ทศนะแรกเห็นว่า อนุญาตให้มีการระงับข้อพิพาททางอนุญาโตตุลาการในทุกกรณีที่สามารถตัดสินชี้ขาดด้วยกระบวนการศาลที่รัฐได้แต่งตั้งขึ้น เนื่องจากเมื่อการตัดสินชี้ขาดในเรื่องทรัพย์สินสามารถกระทำได้โดยอนุญาโตตุลาการ การตัดสินชี้ขาดในบทบัญญัติอื่นก็ย่อมที่จะกระทำได้โดยอนุญาโตตุลาการเช่นกัน (Abdullah bin Muhammad.1420: 49-50)

3.3.2) ทศนะที่สองเห็นว่า อนุญาตให้มีการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการในทุกกรณีเว้นแต่กรณีความผิดต่อบทบัญญัติลักษณะอาญาทั้งอาญาแผ่นดินและไม่ใช่อาญาแผ่นดิน (al-Ramliy.2003/8 :242)

รวมทั้งกรณีที่เกี่ยวข้องกับการสมรส แม้ว่ากรณีการสมรสไม่มีข้อพิพาท ซึ่งอนุญาโตตุลาการที่ทำหน้าที่ในการทำสัญญาสมรสไม่จำเป็นต้องมีคุณสมบัติที่สามารถเป็นผู้พิพากษาได้ ซึ่งอนุญาโตตุลาการที่ทำหน้าที่การทำสัญญาสมรสนั้นเป็นตัวแทนจากทั้งสองฝ่าย (al-Khatiyb al-Shurbiyniy. 1994/4:506)

3.3.3) ทศนะที่สามเห็นว่า อนุญาตให้มีการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการในกรณีที่เกี่ยวข้องกับทรัพย์สิน และกรณีความผิดต่อส่วนตัวที่สามารถยอมความและให้อภัยกันได้ แต่ไม่สามารถแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการขึ้นมาเพื่อการทำสัญญาสมรส การกล่าวหาว่าภรรยาตนผิดประเวณี โทษฐานความผิดกล่าวหาผู้อื่น และโทษประหารชีวิต (al-Khatiyb al-Shurbiyniy. 1994/4:507)

3.4) สำนักกฎหมายอัลฮะนาบิละฮฺ มีความเห็นต่างเป็น 4 ทศนะดังนี้

3.4.1) ทศนะแรกเห็นว่า อนุญาตให้มีการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการในข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องกับทรัพย์สิน แม้แต่ข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องกับความผิดอาญาแผ่นดิน ความผิดที่มีโทษประหารชีวิต เรื่องการสมรส และการกล่าวหาว่าภรรยาตนผิดประเวณี ซึ่งทศนะนี้เป็นทศนะของอิหม่ามอะฮฺมัด บิน ฮัมบัล (Abi al-Khatṭab.2004:564)

3.4.2) ทศนะที่สองเห็นว่า อนุญาตให้มีการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการในข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องกับทรัพย์สินเท่านั้น ไม่สามารถแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการขึ้นมาเพื่อระงับข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องกับการสมรส การกล่าวหาว่าภรรยาตนผิดประเวณี ความผิดฐานกล่าวหาผู้อื่นกระทำความผิด และความผิดที่มีโทษประหารชีวิต ทศนะนี้เป็นทศนะของ อัลกอฎีย์ (‘Ala’udin.1951/11:198)

3.4.3) ทศนะที่สามเห็นว่า อนุญาตให้มีการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการในทุกรณณ์ เว้นแต่เรื่องที่เกี่ยวข้องกับของสงวน ทศนะนี้เป็นทศนะของอบี มุพลีหฺ (Abdulah bin Muhammad.1420: 52)

3.4.4) ทศนะที่สี่เห็นว่า อนุญาตให้มีการจัดการโดยอนุญาโตตุลาการหลังจากศาลได้มีคำตัดสินแล้ว ทศนะนี้เป็นทศนะของอิบนุดัยมียะฮฺ ('Ala'udin.1951/11:198, Abdulah bin Muhammad.1420: 52)

ทศนะของนักกฎหมายอิสลามที่ได้กล่าวมาข้างต้นเป็นความเห็นต่างของนักกฎหมายอิสลามทั้งสี่สำนัก เกี่ยวกับกรณณ์ที่สามารถใช้กระบวนการทางอนุญาโตตุลาการได้ ซึ่งสามารถแบ่งออกเป็น 4 ทศนะดังนี้

1. สามารถระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการได้ทุกรณณ์ เว้นแต่ความผิดที่มีโทษทางอาญาที่เป็นอาญา

2. สามารถระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการได้แต่เพียงกรณณ์ที่เกี่ยวข้องกับทรัพย์สินเท่านั้น โดยไม่สามารถใช้กระบวนการอนุญาโตตุลาการในกรณณ์ที่เป็นข้อพิพาทที่โทษทางอาญาทั้งที่เป็นอาญาแผ่นดิน และความผิดต่อส่วนตัว รวมทั้งไม่สามารถใช้กระบวนการทางอนุญาโตตุลาการในกรณณ์ที่เกี่ยวข้องความสัมพันธ์ทางการสมรส เช่น การทำสัญญาสมรส การกล่าวหาว่าภรรยาตนผิดประเวณี เป็นต้น

3. สามารถระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการได้แต่เพียงกรณณ์ที่เกี่ยวข้องกับทรัพย์สิน ความผิดทางอาญาที่เป็นความผิดต่อส่วนตัว รวมทั้งความผิดที่มีโทษประหารชีวิตแทน และกรณณ์ที่เกี่ยวข้องกับการสมรส

4. สามารถระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการได้ทุกรณณ์ แม้ว่าข้อพิพาทนั้นจะเป็นข้อพิพาททางอาญาหรือไม่ก็ตาม

นอกจากกระบวนการทางอนุญาโตตุลาการจะใช้ในการระงับข้อพิพาทแล้ว นักกฎหมายอิสลามบางท่านยังมีความเห็นว่า สามารถนำกระบวนการอนุญาโตตุลาการมาใช้ในกรณณ์ที่ไม่มีข้อพิพาทเช่นกรณณ์การทำสัญญาสมรสได้ โดยท่านคอฎิบ อัชชุกรบีนิยฺ (al-Khatīyb al-Shurbiyniy 1994/4:506) ได้อธิบายเนื้อหาในหนังสือมินฮาลูกอูลิเบียของอัลนาวาวียฺ ที่กล่าวว่า “และหากได้ทำการชี้ขาดแก่คู่พิพาททั้งสองโดยบุคคลหนึ่งในกรณณ์ที่ไม่ใช่ความผิดอาญาแผ่นดินนั้น สามารถกระทำได้” จุดประสงค์ของคำว่า “คู่พิพาททั้งสอง” ไม่ได้มีความหมายเพียงแค่เป็นกรณณ์

พิพาทเท่านั้น เพราะสามารถแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการในกรณีการสมรสได้ ดังนั้นในคำว่าคู่พิพาทควรใช้คำว่า “สองฝ่าย” จะเหมาะสมกับกรณีนี้

ดังนั้นกระบวนการทางอนุญาโตตุลาการจึงสามารถใช้ได้ในสองกรณี คือ 1) กรณีที่มีข้อพิพาทที่ไม่ใช่ความผิดอาญาแผ่นดิน 2) กรณีที่ไม่มีข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องกับการสมรสและสิ่งที่อยู่ภายใต้การสมรส

กระบวนการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการนั้นจำต้องมีองค์ประกอบของการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการทั้ง 3 ประการนี้จึงจะเป็นสัญญาทางอนุญาโตตุลาการที่สมบูรณ์ และมีผลทางกฎหมายต่อไป

ข. พยาน หลักฐานในกระบวนการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ

เนื่องจากสัญญาอนุญาโตตุลาการ เป็นสัญญาที่จัดทำขึ้นระหว่างคู่พิพาทที่ประสงค์ระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้น กับบุคคลที่ตนประสงค์จะแต่งตั้งให้เป็นอนุญาโตตุลาการเพื่อมอบข้อพิพาทนั้นให้ทำการวินิจฉัยชี้ขาดต่อไป ดังนั้นการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการจึงเป็นสัญญาที่ต้องมีผู้เสนอสองดังที่กล่าวผ่านมาแล้วในองค์ประกอบของกระบวนการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการข้างต้น

ดังนั้นเมื่อคู่พิพาทประสงค์จะมอบข้อพิพาทของตนต่ออนุญาโตตุลาการ คู่พิพาทจำเป็นต้องเสนอข้อพิพาทต่อบุคคลที่ตนประสงค์แต่งตั้งให้เป็นอนุญาโตตุลาการ และบุคคลที่คู่พิพาทถูกเสนอข้อพิพาทให้เพื่อแต่งตั้งให้เป็นอนุญาโตตุลาการนั้นต้องตอบรับข้อเสนอในการเป็นอนุญาโตตุลาการ กระบวนการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการนักกฎหมายอิสลามจึงมีความเห็นที่แตกต่างกันเกี่ยวกับการที่ต้องมีพยานหรือหลักฐานเพื่อเป็นหลักประกันว่าทั้งสองฝ่ายต้องทำตามสัญญาดังนี้

1) พยานในการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ

กอหฺฎอน อับดุลเราะฮมาน อัตุรฺรีย (2002 :122) กล่าวว่า นักกฎหมายอิสลามมีความเห็นต่างในความจำเป็นที่จะต้องมีพยานในสัญญาอนุญาโตตุลาการจากคู่พิพาททั้งสอง ออกเป็นสองทัศนะดังนี้

ก. ทัศนะที่หนึ่งเห็นว่า ไม่จำเป็นต้องมีพยานในการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการจากคู่พิพาททั้งสอง เนื่องจากคู่พิพาททั้งสองเป็นผู้ที่ถูกชี้ขาด ทัศนะนี้เป็นทัศนะของนักกฎหมายอิสลามสำนักกฎหมายอัลมาลิกีย

ข. ทัศนะที่สองเห็นว่า จำต้องมีพยานยืนยันในการยินยอมมอบข้อพิพาทแก่อนุญาโตตุลาการก่อนที่จะมีการชี้ขาดข้อพิพาทระหว่างทั้งสอง เพื่อไม่ให้มีการปฏิเสธข้อชี้ขาดจาก

คู่พิพาททั้งสอง และจะไม่มีกรยอมรับการปฏิเสสนั้นเว้นแต่จะด้วยการสาบาน ทศนะนี้เป็นทศนะของนักกฎหมายอิสลามสำนักกฎหมายฮะนาบิละฮ์

นักกฎหมายสำนักกฎหมายอัลฮะนะฟีมีความเห็นเช่นเดียวกันกับทศนะที่สอง เห็นว่า เมื่อไม่มีพยานในการชี้ขาดในขณะที่การชี้ขาดนั้นได้กระทำในสถานที่ต่างกัน การชี้ขาดนั้นไม่สามารถเชื่อถือได้ (Qaḥṭān Abdul al-Rahman al-Duriy .2002:122)

นอกจากนั้นนักกฎหมายสำนักกฎหมายอัชชาฟีอีย มีความเห็นว่า เมื่อมีการชี้ขาดข้อพิพาทระหว่างทั้งสอง จำต้องมีพยานในขณะที่มีการชี้ขาดข้อพิพาทในสถานที่ชี้ขาดก่อนที่จะมีการแยกกัน เพื่อไม่ให้มีการปฏิเสธข้อชี้ขาดจากทั้งสองฝ่ายหลังจากการแยกกัน(Qaḥṭān Abdul al-Rahman al-Duriy .2002:122)

อับดุลลอฮฺ บิน มุฮัมมัด (1420: 43) กล่าวว่า นักวิชาการบางส่วนเห็นว่าการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการนั้นจำต้องมีพยาน ในการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ ซึ่งการมีพยานในการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการดังกล่าว ทำให้คู่พิพาทฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดไม่สามารถยกเลิกกระบวนการอนุญาโตตุลาการได้ หลังจากทีอนุญาโตตุลาการได้เริ่มกระบวนการแล้ว

ดังนั้นการมีพยานในการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการตามกฎหมายอิสลามนั้น ไม่ได้เป็นเงื่อนไขในการเสนอข้อพิพาทเพื่อแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการแต่อย่างใด แต่การมีพยานในการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการนั้นเหมาะสมอย่างยิ่ง (Abdullah bin Muhammad.1420: 43)

2) การบันทึกสัญญาอนุญาโตตุลาการ

อับดุลลอฮฺ บิน มุฮัมมัด (1420: 43) กล่าวว่า การบันทึกสัญญานั้น ถูกบัญญัติให้มีการบันทึกในพันธะสัญญา กรรมสิทธิ์ และสัญญาต่างๆ ซึ่งอัลลอฮฺ ﷻ ได้ตรัสว่า

﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدِينٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى

فَاكْتُبُوهُ...﴾ (سورة البقرة من آية: 282)

ความว่า “บรรดาผู้ศรัทธาทั้งหลาย เมื่อพวกเขาต่างมีหนี้สินกันจะด้วยหนี้สินใด ๆ ก็ตาม จนกระทั่งถึงกำหนดเวลา(ใช้หนี้) ที่ถูกระบุไว้แล้ว ก็จงบันทึกหนี้สินนั้นเสีย”

จากอายะฮ์ดังกล่าวบ่งชี้ว่า การจดบันทึกสัญญาอนุญาโตตุลาการนั้นเป็นสิ่งซึ่งเกี่ยวเนื่องกับสิทธิของคู่พิพาททั้งสอง เพื่อป้องกันการปฏิเสธสัญญาอนุญาโตตุลาการ

อับดุลลอฮฺ บิน มุฮัมมัด (1420: 44) มีความเห็นว่า “จำเป็นต้องบันทึกหลักฐานสัญญาอนุญาตตุลาการ ซึ่งจะช่วยให้ป้องกันการปฏิเสธสัญญาอนุญาตตุลาการ และปกป้องสิทธิจากฝ่ายที่ปฏิเสธที่เกิดขึ้นในภายหลัง”

ดังนั้นสัญญาอนุญาตตุลาการนั้น หากมีการบันทึกสัญญาเป็นลายลักษณ์อักษร เพื่อป้องกันการปฏิเสธคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการจากคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง และสามารถนำไปใช้เป็นหลักฐานในชั้นศาลหากคู่พิพาทฝ่ายใดไม่ปฏิบัติตามคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการได้ในอนาคต

เมื่อสัญญาอนุญาตตุลาการมีองค์ประกอบ เงื่อนไข และวิธีการต่างๆที่กำหนดไว้ เป็นการเฉพาะครบถ้วนแล้วกระบวนการแต่งตั้งอนุญาตตุลาการจึงเกิดขึ้น โดยจำมี วิธีการแต่งตั้งองค์คณะอนุญาตตุลาการ และคุณสมบัติของอนุญาตตุลาการดังนี้

1) วิธีการแต่งตั้งอนุญาตตุลาการ

วิธีการแต่งตั้งอนุญาตตุลาการนั้นนอกจากจะต้องมีองค์ประกอบและเงื่อนไขครบตามที่กล่าวมาแล้ว นักกฎหมายอิสลามมีความเห็นต่างกันในเรื่องวิธีการแต่งตั้งอนุญาตตุลาการว่าสามารถแต่งตั้งได้เมื่อใด เนื่องจากอายะฮ์อัลกุรอานที่บัญญัติเกี่ยวกับการแต่งตั้งอนุญาตตุลาการ คือ สุเราะฮ์ อัลนีสอาอ อายะฮ์ 35 บัญญัติว่า

﴿وَإِنْ حِفْظُكُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمَا مِّنْ أَهْلِهِمَا إِنْ بُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقُ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا﴾

(النساء : 35)

ความว่า “และหากพวกเจ้าหวั่นเกรงการแตกแยกระหว่างเขาทั้งสอง ก็จงส่งผู้ตัดสินคนหนึ่งจากครอบครัวของฝ่ายชาย และผู้ตัดสินอีกคนหนึ่งจากครอบครัวฝ่ายหญิง หากทั้งสองปรารถนาให้มีการประนีประนอมกันแล้ว อัลลอฮ์ก็จะทรงให้ความสำเร็จในระหว่างทั้งสอง แท้จริงอัลลอฮ์เป็นผู้ทรงรอบรู้ ผู้ทรงสหัพพัญญู”

(อันนีสอาอ :35)

นักกฎหมายอิสลามในความหมายของคำว่า (إِنْ حَفِظْتُمْ شِقَاقَ) นั้นเป็นการแต่งตั้ง อนุญาตโตตุลาการในขณะที่เกิดข้อพิพาทขึ้นมา หรือว่ามีความเกรงกลัวจะมีข้อพิพาท ซึ่งนักกฎหมาย อิสลามมีความเห็นต่างกันดังนี้

ทัศนะแรก มีความเห็นว่าคำดังกล่าวหมายถึง “เจ้าเชื่อว่า” หรือ “เจ้ารู้ว่า” ทัศนะ นี้เป็นทัศนะของอบีบัย อับยัดะฮฺ และอิบนุ อับบาส โดยทัศนะแรกเห็นว่าจำต้องปรากฏสาเหตุแห่งความ ชัดแย้งก่อน ซึ่งหลักฐานของทัศนะแรกนี้ คือ

ก. หากฝ่ายหญิงได้ทำการหยศต่อสามี หลังจากนั้นสามีได้ตกเดือน และออกห่าง นาง โดยเป็นกระบวนการที่ได้กล่าวไว้ในสุเราะฮฺอัลนีสอาอ์ อายะฮฺที่ 34 ซึ่งปรากฏก่อนจากอายะฮฺนี้ จึงเป็นการรับรู้ถึงการหยศของภรรยา ดังนั้นจึงถือว่ารู้แล้วว่าความขัดแย้งได้เกิดขึ้น

ข. แท้จริงการกล่าวสิ่งใดนั้นคือการรู้ถึงความจริงว่าสิ่งนั้นต้องมีแน่นอน ดังนั้นจึง สามารถใช้คำว่า “รู้” แทนคำว่า “กลัว” ได้ (Qaḥṭan Abdul al-Rahman al-Duriy .2002:408-410)

ทัศนะที่สอง มีความเห็นว่าคำดังกล่าวหมายถึง “ เจ้าคาดว่า” หรือ “เจ้าเกรงว่า” ทัศนะนี้เป็นทัศนะของอัซซัจญญาญ และ อิบนุ อะฎีเยฮฺ และอัฎฏออบร์ซีย์ กล่าวว่า ทัศนะนี้เป็นทัศนะที่มี ความน่าเชื่อถือที่สุด ซึ่งหลักฐานของทัศนะนี้คือ

ก. คำว่า (الشِّكَاكُ) หากเขารู้ด้วยความมั่นใจ แน่ใจว่าข้อพิพาทนั้นย่อมต้องอยู่ที่ อนุญาตโตตุลาการทั้งสองแล้ว

ข. คำว่า “คาดว่า (ظن)” มีความหมายเดียวกับคำว่า “ น่าจะ (كنا)” และผู้ที่กลัว นั้น เขาคาดหวัง ดังนั้นด้วยเหตุดังกล่าวจึงมีความใกล้เคียงกับคำว่ากลัว และคาดว่า (Qaḥṭan Abdul al-Rahman al-Duriy .2002:410-412)

ทัศนะที่สาม มีความเห็นว่า “حَفِظْتُمْ” นั้น ส่วนหนึ่งจากการกลัว คือ กลัวว่าจะเกิด การไม่รักษาสัจจะ ทัศนะนี้เป็นทัศนะของมุฮัมมัด บิน กะอับ

การเกรงกลัวระหว่างสามีภรรยา คือ การเกรงกลัวว่าภรรยาจะหยศต่อสามี และ กลัวว่าสามีจะอธรรมต่อภรรยา (Qaḥṭan Abdul al-Rahman al-Duriy .2002:413)

จากความเห็นของนักกฎหมายอิสลามที่กล่าวมาข้างต้นนั้น สามารถสรุปได้ว่าการ แต่งตั้งอนุญาตโตตุลาการนั้น สามารถแต่งตั้งได้ตลอดเวลาไม่ว่าข้อพิพาทนั้นเกิดขึ้นแล้วหรือไม่ ดังนั้น วิธีการแต่งตั้งอนุญาตโตตุลาการจึงแบ่งได้ดังนี้

(1) แต่งตั้งอนุญาโตตุลาการในขณะที่มีข้อพิพาทเกิดขึ้นระหว่างทั้งสอง โดยคู่พิพาททั้งสองฝ่ายยินยอมมอบข้อพิพาทของตนแก่อนุญาโตตุลาการ

(2) แต่งตั้งโดยสัญญาอนุญาโตตุลาการ กล่าวคือ หากคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายเกรงว่าต่อไปจะมีการกระทำที่ผิดสัญญาระหว่างกันแล้ว คู่พิพาททั้งสองฝ่ายประสงค์จะนำข้อพิพาทที่อาจเกิดขึ้นในอนาคตนั้นให้แก่อนุญาโตตุลาการชี้ขาด คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายสามารถทำสัญญาอนุญาโตตุลาการไว้ก่อนจะมีข้อพิพาทได้

(3) แต่งตั้งอนุญาโตตุลาการขึ้นมาในขณะที่มีความจำเป็นต้องใช้กระบวนการอนุญาโตตุลาการ เช่น กรณีการสมรสที่ต้องใช้อนุญาโตตุลาการ เป็นต้น

2) คณะอนุญาโตตุลาการ

จำนวนคณะอนุญาโตตุลาการตามกฎหมายอิสลามนั้น ไม่ได้มีเงื่อนไขว่าต้องเป็นจำนวนคี่หรือจำนวนคู่แต่อย่างใด โดยอายะฮ์อัลกุรอานที่บัญญัติเกี่ยวกับการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการได้บัญญัติว่า

﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا﴾

(النساء : 35)

ความว่า “และหากพวกเจ้าหวั่นเกรงการแตกแยกระหว่างเขาทั้งสอง ก็จงส่งผู้ตัดสินคนหนึ่งจากครอบครัวของฝ่ายชาย และผู้ตัดสินอีกคนหนึ่งจากครอบครัวฝ่ายหญิง หากทั้งสองปรารถนาให้มีการประนีประนอมกันแล้ว อัลลอฮ์ก็จะทรงให้ความสำเร็จในระหว่างทั้งสอง แท้จริงอัลลอฮ์เป็นผู้ทรงรอบรู้ ผู้ทรงสัพพัญญู”

(อันนิสาอ : 35)

อายะฮ์ข้างต้นอัลลอฮ์ ﷻ ได้บัญญัติถึงหลักการระงับข้อพิพาทโดยใช้วิธีการทางอนุญาโตตุลาการเพื่อหาทางออกให้แก่คู่สามีภรรยาที่มีความขัดแย้งกัน โดยให้ทั้งสองฝ่ายแต่งตั้งผู้ที่ตนเชื่อถือมาเป็นอนุญาโตตุลาการเพื่อระงับข้อพิพาทภายในครอบครัว โดยอิบนุ กะษีร

(1999/2: 296) กล่าวว่า “นักกฎหมายอิสลามกล่าวว่า เมื่อเกิดข้อพิพาทระหว่างคู่สามีภรรยา โดยมีผู้ที่จะเป็นอนุญาโตตุลาการที่มีความน่าเชื่อถือ สามารถวินิจฉัยข้อพิพาทของทั้งสอง และสามารถยับยั้งความไม่ชอบธรรมที่เกิดขึ้นจากทั้งสองได้ และข้อพิพาทนั้นมีความรุนแรงมากขึ้น ซึ่งอาจทำให้ข้อพิพาทของทั้งสองนั้นขยายต่อไป ให้แต่งตั้งอนุญาโตตุลาการที่มีความน่าเชื่อถือหนึ่งคนจากฝ่ายหญิง และหนึ่งคนจากฝ่ายชาย เพื่อให้ทั้งสองนั้นได้ร่วมกันพิจารณาข้อพิพาทที่เกิดขึ้น และให้ทั้งสองปฏิบัติตามที่อนุญาโตตุลาการพิจารณาแล้วเห็นควรจากการหย่าหรือได้รับทางนำ”

กอดีร์มุฮัมมัด มะฮ์มุด(Qadiry Muhammad Mahmud , 2009:47) กล่าวว่า “อายะฮฺ แท้จริงอัลลอฮฺﷻได้มีคำสั่งให้แต่งตั้งผู้ชี้ขาดสองคนเพื่อทำการชี้ขาด โดยให้แต่งตั้งหนึ่งคนมาจากตัวแทนของฝ่ายชายและอีกหนึ่งคนมาจากตัวแทนของฝ่ายหญิง เมื่อทั้งสองฝ่ายเกรงกลัวจะเกิดความขัดแย้งในระหว่างพวกเขา ซึ่งอายะฮฺดังกล่าวเป็นหลักฐานที่อัลลอฮฺﷻอนุญาตให้มีการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการขึ้นมาสืบหาข้อพิพาทในสิทธิของคู่สามีภรรยา”

จากคำอธิบายของนักวิชาการข้างต้น จะเห็นได้ว่าการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการตามกฎหมายอิสลามนั้นไม่จำเป็นต้องมีการแต่งตั้งคณะอนุญาโตตุลาการเป็นจำนวนกี่แต่อย่างใด โดยกฎหมายอิสลามได้บัญญัติให้คู่พิพาททั้งสองฝ่ายแต่งตั้งตัวแทนฝ่ายที่ตนเชื่อถือขึ้นมาเป็นอนุญาโตตุลาการฝ่ายละเท่ากัน

นอกจากนั้นคู่พิพาททั้งสองอาจแต่งตั้งบุคคลที่เป็นอนุญาโตตุลาการเป็นบุคคลเดียวกันหรือเป็นจำนวนก็ได้ หากทั้งสองประสงค์จะแต่งตั้งบุคคลเดียวกันดังมีปรากฏในหะดีษที่รายงานจากท่านหญิงอาอิชะฮฺ ว่า

((عَنْ عَائِشَةَ قَالَتْ: كَانَ بَيْنِي وَبَيْنَ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ
كَلَامٌ، فَقَالَ: «أَجْعَلُ بَيْنِي وَبَيْنَكَ عُمَرَ؟» فَقُلْتُ: لَا. فَقَالَ: «أَجْعَلُ
بَيْنِي وَبَيْنَكَ أَبَاكَ؟» قُلْتُ: نَعَمْ))

(رواه الطبراني : 4879)

ความว่า “รายงานจากท่านหญิงอาอิชะฮฺกล่าวว่า ได้เกิดวิวาทะกันระหว่างฉันและท่านเราะฮ์ซูลุลลอฮ์ﷺ โดยท่านเราะฮ์ซูลุลลอฮ์ﷺ จึงเสนอว่าฉันจะแต่งตั้งอุมร์(ให้ระงับข้อพิพาท)ระหว่างเธอกับฉัน

ได้ไหม ท่านหญิงอาอีซะฮฺกล่าวว่า ไม่ ท่านเราะซูลุลลอฮฺ ﷺ จึงเสนอว่าฉันจะแต่งตั้งบิดาของเธอ(ให้ระงับข้อพิพาท)ระหว่างเธอกับฉันได้ไหม ท่านหญิงอาอีซะฮฺกล่าว ยอมรับ”

(บันทึกโดย al-Tabraniy.n.d./5:4879)

จากอัลหะดีษดังกล่าวข้างต้นท่านเราะซูลุลลอฮฺ ﷺ จึงเสนอแต่งตั้งอุมร์เป็นอนุญาโตตุลาการ ท่านหญิงอาอีซะฮฺไม่เห็นด้วย ท่านเราะซูลุลลอฮฺ ﷺ จึงเสนอว่าฉันจะแต่งตั้งอูบัยกร ท่านหญิงอาอีซะฮฺยินยอมแต่งตั้งท่านอูบัยกร ซึ่งเป็นอนุญาโตตุลาการเพียงผู้เดียวในการระงับข้อพิพาทครั้งนี้

ดังนั้นคณะอนุญาโตตุลาการตามกฎหมายอิสลามจึงสามารถเป็นจำนวนคู่หรือจำนวนคี่ก็ได้ โดยขึ้นอยู่กับความเห็นชอบของคู่พิพาทที่ได้ตกลงกัน

3) คุณสมบัติของอนุญาโตตุลาการ

นักกฎหมายอิสลามมีความเห็นเกี่ยวกับคุณสมบัติของอนุญาโตตุลาการแตกต่างกันหลายประการ ซึ่งคุณสมบัติของอนุญาโตตุลาการนั้นจำเป็นต้องมีคุณสมบัติเฉกเช่นเดียวกับผู้พิพากษา และคุณสมบัติที่สำคัญของผู้พิพากษาคือความเป็นกลาง ซึ่งผู้ที่เป็นอนุญาโตตุลาการนั้นจึงต้องมีความยุติธรรมในการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทที่เกิดขึ้น โดยอัลลอฮฺ ﷻ ได้กำชับเรื่องการตัดสินชี้ขาดด้วยความยุติธรรมไว้ในสุเราะฮ์อัลนีสอาฮ์ ส่วนหนึ่งจากอายะที่ 58 ว่า

﴿...وَإِذَا حَكَّمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ...﴾

سورة النساء من آية : 58

ความว่า“...และเมื่อพวกเจ้าตัดสินระหว่างผู้คน พวกเจ้าก็จะต้อง

ตัดสินด้วยความยุติธรรม...”

อิบน์ กะซีร์ (1999/2: 341) ได้อธิบายอายะฮ์นี้ว่า “อัลลอฮฺ ﷻ ได้ทรงใช้ให้การตัดสินชี้ขาดระหว่างมนุษย์ให้เป็นไปด้วยความยุติธรรม และเนื่องจากอายะฮ์นี้มัมฮัมมัด บิน กะอับ ซัยด บิน อัสลัม และชะฮฺร บิน เฮวซั บกล่าวว่า อายะฮ์นี้ได้ประทานลงมาบัญญัติถึงการตัดสินชี้ขาดระหว่างมนุษย์

ทั้งยังปรากฏในหะดีษว่า “แท้จริงอัลลอฮ์ทรงอยู่กับผู้ตัดสินที่ไม่อยุติธรรม ดังนั้นเมื่อมีการอธรรมเขาก็ต้องมอบหมายตัวเอง (อัลลอฮฺ ﷻ จะไม่ทรงพร้อมผู้ธรรม)” (1999/2: 341)

กอดีร์มฮัมมัด มะฮ์มุด (2009:51) กล่าวว่า “บัญญัติใช้จากอัลลอฮ์ผู้ พระองค์ ทรงใช้ให้มีความยุติธรรมในการตัดสินชี้ขาดระหว่างมนุษย์”

ดังนั้นคุณสมบัติหลักของอนุญาโตตุลาการคือ ต้องเป็นผู้ที่มีความยุติธรรมในการ พิจารณาและตัดสินชี้ขาด โดยคุณสมบัตินี้นักกฎหมายอิสลามทุกสำนักก็ความเห็นพ้องกันว่าจำต้องมี ในอนุญาโตตุลาการทุกฝ่าย

นอกจากความยุติธรรมแล้วนักกฎหมายอิสลามได้มีความเห็นเกี่ยวกับคุณสมบัติ อื่น ๆ หลายประการโดยแบ่งเป็นคุณสมบัติทั่วไป และคุณสมบัติเฉพาะดังนี้

1) คุณสมบัติทั่วไป

คุณสมบัติของอนุญาโตตุลาการนั้นเป็นคุณสมบัติที่นักกฎหมายอิสลามส่วนใหญ่ได้ กำหนด อันจะมีผลผูกพันเกี่ยวข้องกับหลักการทำนิติกรรม โดยอนุญาโตตุลาการต้องมีคุณสมบัติ ดังต่อไปนี้

1.1) ด้านศาสนา

นักกฎหมายอิสลามมีมติเอกฉันท์ว่า ผู้ที่จะได้รับการแต่งตั้งเป็นอนุญาโตตุลาการจาก คู่พิพาทที่เป็นมุสลิมจำเป็นต้องนับถือศาสนาอิสลาม

นักกฎหมายอิสลามมีมติเอกฉันท์ว่าไม่อนุญาตให้ผู้ที่ไม่ใช่มุสลิมได้รับการแต่งตั้งให้ ทำหน้าที่ตัดสินชี้ขาดข้อพิพาทที่เกิดระหว่างมุสลิม หรือคู่พิพาทฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดเป็นมุสลิม (Abdullah bin Muhammad.1420: 58)

นักกฎหมายอิสลามส่วนใหญ่ได้กำหนดเงื่อนไขคุณสมบัติของผู้พิพากษาซึ่งจำต้องมี ในอนุญาโตตุลาการว่าจำเป็นต้องเป็นมุสลิม โดยอับดุลลอฮ์ บิน มุฮัมมัด อัลดุรีย์ (1420: 58) กล่าวว่า “นักกฎหมายอิสลามส่วนใหญ่จากสำนักกฎหมายอัลมะลิกีย์ อัชชาฟีอี และอัลฮัมบาลีย์ เห็นว่า คุณสมบัติของผู้พิพากษาจำเป็นต้องเป็นมุสลิม ดังนั้นจึงไม่อนุญาตให้มีการแต่งตั้งผู้ที่ไม่ใช่มุสลิมที่อาศัยอยู่ ในเมืองมุสลิมทำหน้าที่ตัดสินชี้ขาด แม้ว่าเป็นการตัดสินชี้ขาดระหว่างผู้ที่ไม่ใช่มุสลิมก็ตาม

อรรอมลีย์ (2003/8: 238) กล่าวว่า “และเงื่อนไขของผู้ที่ได้รับการแต่งตั้งเป็นผู้ ตัดสินชี้ขาดนั้นต้องเป็นมุสลิม ไม่สามารถแต่งตั้งผู้ที่ไม่ใช่มุสลิม เนื่องจากอำนาจปกครอง”

แต่นักกฎหมายอิสลามสำนักกฎหมายอัลฮะนาฟีมี มีความเห็นว่าอนุญาตให้มีการ แต่งตั้งผู้ที่ไม่ใช่มุสลิมที่อาศัยอยู่ในเมืองอิสลาม (อัชชิมมี) ในระหว่างพวกเขาด้วยกันได้ (Abdullah bin Muhammad.1420: 59) โดยอัลกอติรีย์ ซึ่งนักกฎหมายอิสลามสำนักกฎหมายอัลฮะนาฟีกล่าวว่า

ว่า ไม่มีเงื่อนไขว่าผู้พิพากษาต้องเป็นมุสลิม ดังนั้นผู้ไม่ใช่มุสลิมที่อาศัยอยู่ในเมืองอิสลาม (อัชชิมมี) สามารถเป็นอนุญาโตตุลาการแก่ชาวอัชชิมมีได้ (al-Qadiriyy, al-Hanafiyy.1997/7:41)

อัลกอติรีย ยังได้อธิบายต่อว่า อนุญาโตตุลาการที่ออกนอกศาสนาอิสลามในขณะที่ได้แต่งตั้งให้เป็นอนุญาโตตุลาการแล้ว หากเขาได้มีคำชี้ขาดหลังจากนั้นคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการนั้นถือเป็นโมฆะ (al-Qadiriyy, al-Hanafiyy.1997/7:41)

เมื่อพิจารณาความเห็นของนักกฎหมายสำนักกฎหมายอัลฮะนาฟี เกี่ยวกับกรณีที่ผู้ไม่ใช่มุสลิมนั้นจะเป็นอนุญาโตตุลาการได้นั้น จะต้องเป็นข้อพิพาทที่เกิดขึ้นระหว่างผู้ที่ไม่ใช่มุสลิมเท่านั้น ซึ่งอับดุลลอฮ บิน มุฮัมมัด กล่าวว่า และชัดเจนจากทัศนะของนักกฎหมายสำนักกฎหมายอัลฮะนาฟี อัลมะลิกีย์ และอัชชาฟีอีย์นั้นไม่อนุญาตให้ผู้ที่ไม่ใช่มุสลิมเป็นอนุญาโตตุลาการตัดสินชี้ขาดข้อพิพาทระหว่างมุสลิม (Abdullah bin Muhammad.1420: 59)

จากทัศนะนักกฎหมายอิสลามข้างต้นสามารถแบ่งได้เป็น 2 กลุ่มดังนี้

1. ไม่อนุญาตให้ผู้ที่ไม่ใช่มุสลิมเป็นอนุญาโตตุลาการได้
2. อนุญาตให้ผู้ที่ไม่ใช่มุสลิมเป็นอนุญาโตตุลาการเฉพาะกรณีที่เป็นข้อพิพาทระหว่างผู้ที่ไม่ใช่มุสลิมเท่านั้น

ดังนั้นคุณสมบัติของอนุญาโตตุลาการด้านศาสนาผู้วิจัยจึงเห็นว่าคุณสมบัติของอนุญาโตตุลาการนั้นต้องมีกำหนด โดยหากคู่พิพาททั้งสองฝ่ายนั้นเป็นมุสลิม หรือเป็นมุสลิมเพียงฝ่ายหนึ่งฝ่ายใด อนุญาโตตุลาการจำเป็นต้องเป็นมุสลิมเท่านั้น แต่หากหากคู่พิพาททั้งสองฝ่ายนั้นเป็นมุสลิม หรือเป็นมุสลิมเพียงฝ่ายหนึ่งฝ่ายใด อนุญาโตตุลาการไม่จำเป็นต้องเป็นมุสลิม

1.2) บรรลุศาสนภาวะ

อนุญาโตตุลาการต้องบรรลุศาสนภาวะ หมายถึง ผู้ที่เป็นอนุญาโตตุลาการต้องบรรลุศาสนภาวะตามกฎหมายอิสลามกำหนด รวมทั้งต้องมีสติสัมปชัญญะเฉกเช่นวิญญูชนทั่วไป กล่าวคือไม่เป็นวิกลจริต หรือคนบ้า ดังนั้นการบรรลุศาสนภาวะ ในที่นี้หมายถึงการมีอายุถึงเกณฑ์ที่กฎหมายอิสลามกำหนดโดยไม่ใช่ผู้ที่บกพร่องทางสติปัญญาแต่อย่างใด

โดยนักกฎหมายอิสลามมีมติเอกฉันท์ว่าผู้ที่เป็นอนุญาโตตุลาการจำเป็นต้องเป็นผู้ที่บรรลุศาสนภาวะ อับดุลลอฮ บิน มุฮัมมัด กล่าวว่า นักกฎหมายอิสลามเห็นว่าไม่อนุญาตผู้ที่ไม่บรรลุนิติภาวะเป็นผู้ที่ทำหน้าที่ตัดสินชี้ขาด (Abdullah bin Muhammad.1420: 59)

การบรรลุศาสนภาวะ ถือเป็นคุณสมบัติที่สำคัญประการหนึ่งของอนุญาโตตุลาการ เนื่องจากการบรรลุศาสนภาวะเป็นเงื่อนไขหนึ่งที่สามารถแยกแยะสิ่งต่าง ๆ ได้ อนุญาโตตุลาการจึง

จำต้องบรรลุปุศนภาวะ โดยกอดิรีย มุฮัมมัด มะฮ์มุด (2009:206) กล่าวว่า เงื่อนไขของผู้ที่จะเป็นอนุญาโตตุลาการนั้น จำต้องบรรลุปุศนภาวะเงื่อนไขนี้ถือเป็นเงื่อนไขให้การดำเนินการทั้งหมดเป็นสิ่งอนุมัติ ดังนั้นจึงไม่อนุญาตให้อนุญาโตตุลาการเป็นเด็กที่ยังไม่สามารถแยกแยะสิ่งต่าง ๆ ได้ และคนวิกลจริต บุคคลทั้งสองนั้นไม่สามารถทำนิติกรรมใด ๆ ได้ เนื่องจากความบกพร่องของสติปัญญา และหากมีการมอบข้อพิพาทให้เด็กที่ยังไม่สามารถแยกแยะสิ่งต่าง ๆ ได้ หรือคนวิกลจริตด้วยสัญญาอนุญาโตตุลาการ สัญญาดังกล่าวถือเป็นโมฆะ ไม่สามารถนำมาเป็นหลักฐานได้ และหากบุคคลทั้งสองนี้ได้ตัดสินชี้ขาดข้อพิพาทแล้ว คำตัดสินชี้ขาดนั้นไม่สามารถนำมาบังคับใช้ได้

อิบรอฮิม บิน ชัมซุดดีน กล่าวว่า “หากบุคคลวิกลจริต บุคคลไร้ความสามารถ และผู้ที่ไม่ใช่มุสลิมเป็นผู้ตัดสินชี้ขาด คำตัดสินนั้นไม่มีผลบังคับโดยไม่มีนักกฎหมายอิสลามคนใดมีความเห็นต่าง” (Ibrahīm ibn Shamsudin, al-Malikīy. 2003/1:51)

อับดุลลอฮฺ บิน มุฮัมมัด กล่าวว่า “เป็นที่ชัดเจนว่านักกฎหมายอิสลามสำนักกฎหมาย อัลฮะนาฟีย อัลมาลิกีย์ และอัลฮัมบาลี เห็นว่า ไม่อนุญาตให้เด็กเป็นผู้ตัดสินชี้ขาด เนื่องจากเด็กนั้นไม่มีคุณสมบัติที่จะเป็นผู้พิพากษาได้ และการเป็นพยานของเด็กไม่สามารถใช้เป็นหลักฐานได้” (Abdulah bin Muhammad. 1420: 61)

นอกจากนี้นักกฎหมายอิสลามสำนักกฎหมายอัสชาฟีอีย์มีความเห็นเช่นเดียวกันกับนักกฎหมายอิสลามทั้งสามด้วยเช่นกัน โดยอัลคอฎิบ กล่าวว่า ไม่อนุญาตให้มีการแต่งตั้งเด็ก และบุคคลวิกลจริต และหากแม้การจริตวิกลนั้นสิ้นสุดลงยังถือว่าเป็นความบกพร่องของบุคคลทั้งสองประเภท (al-Khatīyb al-Shurbiyiy. 1994/4: 501)

นักกฎหมายอิสลามสำนักกฎหมายอัสชาฟีอีย์ให้ความสำคัญในคุณสมบัติข้อนี้เป็นอย่างมาก โดยเห็นว่าผู้ที่จะเป็นอนุญาโตตุลาการนั้นไม่เพียงแต่จะมีวิจาร์ณญาณเฉกเช่นวิญญูชนทั่วไปเท่านั้น หากแต่จำต้องมีความเฉลียวฉลาดมาก มีไหวพริบ มีความสามารถคิดวิเคราะห์เป็นอย่างดี โดยอัลมาวีรดียฺ กล่าวว่า “อนุญาโตตุลาการนั้นไม่เพียงแต่ต้องมีสติปัญญาที่เกี่ยวกับความสามารถบุคคล หากแต่อนุญาโตตุลาการจำต้องมีความสามารถในการคิดวิเคราะห์ และไหวพริบที่ดีด้วย โดยไม่หลงลืม และพลังผลลจนถึงขั้นมีความเฉลียวฉลาดที่สามารถจัดข้อสงสัยได้” (al-Khatīyb al-Shurbiyiy. 1994/4: 501) เห็นได้ว่านักกฎหมายอิสลามมีมติเป็นเอกฉันท์ว่าคุณสมบัติของผู้ที่จะเป็นอนุญาโตตุลาการนั้นจำต้องบรรลุปุศนภาวะ และมีสติสัมปชัญญะเฉกเช่นวิญญูชนทั่วไป เพื่อที่จะ

ทำหน้าที่อนุญาตโตตุลาการได้ จนกระทั่งนักกฎหมายอิสลามบางส่วนเห็นว่าผู้ที่ป็นอนุญาตโตตุลาการนั้นจะต้องมีสติสัมปชัญญะถึงขั้นเฉลี่ยฉลาด ไม่หลงลืม สามารถวิเคราะห์ข้อสงสัยต่างๆได้

ถึงอย่างไรก็ตามยังมีนักกฎหมายอิสลามสำนักกฎหมายอัลมะลิกีย์บางส่วนเห็นว่าอนุญาตให้เด็กเป็นอนุญาตโตตุลาการได้ตราบใดที่เด็กมีสติปัญญาที่สมบูรณ์ แม้ว่าเด็กจะยังไม่บรรลุนิติภาวะก็ตาม (Abdullah bin Muhammad.1420: 61) และกอติรีย มุฮัมมัด มะฮ์มูด (2009:213) กล่าวว่า นักกฎหมายสำนักกฎหมายอัลมะลิกีย์เห็นว่าอนุญาตให้เด็กเป็นอนุญาตโตตุลาการได้ กล่าวคือ เมื่อเด็กมีสติสัมปชัญญะ และสามารถแยกแยะได้ เนื่องจากบางครั้งเด็กอายุอาจไม่บรรลุนิติภาวะ แต่มีความรู้สึบนะฮย และมีความรู้ด้านการพิพากษา

เมื่อพิจารณาทัศนะของนักกฎหมายอิสลามข้างต้นแล้ว ผู้วิจัยเห็นว่าอนุญาตโตตุลาการนั้นจำต้องบรรลุนิติภาวะโดยมีอายุถึงเกณฑ์ที่กฎหมายอิสลามกำหนด และเป็นผู้ที่มีสติสัมปชัญญะที่สมบูรณ์ โดยไม่เป็นผู้ที่ไม่บกพร่องทางสติปัญญาแต่อย่างใด

ดังนั้นคุณสมบัติที่สำคัญอนุญาตโตตุลาการประการคือต้องบรรลุนิติภาวะ โดยการตัดสินใจขาดของผู้ที่ไม่บรรลุนิติภาวะนั้นไม่สามารถบังคับตามคำตัดสินได้

1.3) อิสระชน

นักกฎหมายอิสลามทั้งสี่สำนักกฎหมายเห็นว่าผู้ที่จะเป็นอนุญาตโตตุลาการนั้นจำต้องเป็นอิสระชน ไม่เป็นทาส เนื่องจากทาสนั้นไม่มีอิสระ และอยู่ในความควบคุมของเจ้านายของทาสตลอดเวลา

อับดุลลอฮฺ บิน มุฮัมมัด กล่าวว่า “เงื่อนไขการเป็นอนุญาตโตตุลาการนั้น ผู้ที่จะเป็นอนุญาตโตตุลาการจำต้องเป็นอิสระชน เนื่องจากทาสนั้นไม่มีอิสระ และอยู่ในความควบคุมของเจ้านายของทาส และไม่สามารถขัดขืนผู้ปกครองเขาได้ ทัศนะนี้เป็นทัศนะของนักกฎหมายอิสลามสำนักอัลฮนะฟีย อัลมะลิกีย์ อัชชาฟีอีย์ และอัลฮนะบาลียะฮฺ” (Abdullah bin Muhammad.1420: 63-64)

ตามทัศนะของนักกฎหมายอิสลามดังกล่าวนี้ แสดงให้เห็นว่าการตัดสินใจขาดของผู้ที่ไม่ใช่อิสระชนนั้นจึงไม่สามารถมีผลบังคับได้ โดยอัลกอติรีย กล่าวว่า หากผู้ที่ตัดสินใจขาดนั้นเป็นทาสหลังจากนั้นผู้นั้นเป็นอิสระชน หรือเด็กหลังจากนั้นก็บรรลุนิติภาวะ หรือผู้ที่ไม่ใช่อิสลามหลังจากนั้นเป็นมุสลิม การตัดสินใจขาดนั้นก็ยังคงไม่สามารถใช้ในการระงับข้อพิพาทได้ (al-Qadiriyy, al-Hanafiy.1997/7:41)

แม้ว่านักกฎหมายอิสลามส่วนใหญ่จะมีความเห็นว่า อนุญาตโตตุลาการนั้นต้องเป็นอิสระชนก็ตาม แต่นักกฎหมายอิสลามบางส่วนเห็นว่าอนุญาตให้ทาสเป็นอนุญาตโตตุลาการได้ ซึ่ง अबดุลลอฮฺ บิน มุฮัมมัด กล่าวว่า “นักกฎหมายอิสลามสำนักอัลมะลิกีย์บางส่วนเห็นว่าอนุญาตให้ทาสเป็นอนุญาตโตตุลาการได้” (Abdullah bin Muhammad.1420: 63-64)

จากทัศนะนักกฎหมายอิสลามข้างต้นผู้วิจัยเห็นว่า อนุญาตโตตุลาการนั้นจำเป็นต้องเป็นอิสระชน เพื่อความเป็นอิสระในการพิจารณาข้อพิพาท เนื่องจากการพิจารณาข้อพิพาทนั้นต้องการความเป็นอิสระและเที่ยงธรรม ซึ่งหากไม่ใช่อิสระชนก็ไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่นี้ได้

1.4) มีความสมบูรณ์ทางร่างกาย

ความสมบูรณ์ทางร่างกายในที่นี้คือ อนุญาตโตตุลาการนั้นจำเป็นต้องมีความสมบูรณ์ทางประสาทสัมผัสสามารถมองเห็น และได้ยินสิ่งต่าง ๆ ได้

นักกฎหมายอิสลามส่วนใหญ่มีมติเอกฉันท์ว่า ผู้ที่จะเป็นผู้ตัดสินชี้ขาดนั้นจำเป็นต้องสามารถได้ยินสิ่งต่าง ๆ ได้ แต่นักกฎหมายอิสลามสำนักอัลฮะนาฟีย์บางส่วนเห็นว่า อนุญาตให้ผู้หูหรือเป็นผู้ตัดสินชี้ขาดได้ (Qaḥṭān Abdul al-Rahman al-Duriy .2002:198)

1.5) เพศ

นักกฎหมายอิสลามมีความเห็นต่างกันในเรื่องเพศของอนุญาตโตตุลาการ ซึ่งนักกฎหมายอิสลามส่วนใหญ่เห็นว่า อนุญาตโตตุลาการจำเป็นต้องเป็นเพศชาย ซึ่งเป็นคุณสมบัติเบื้องต้นของผู้พิพากษา เว้นแต่นักกฎหมายสำนักกฎหมายอัลฮะนาฟีย์ที่เห็นว่าผู้พิพากษาไม่จำเป็นต้องเป็นเพศชาย โดยเห็นว่าผู้หญิงสามารถเป็นผู้พิพากษาได้ (Qaḥṭān Abdul al-Rahman al-Duriy. 2002:198)

अबดุลลอฮฺ บิน มุฮัมมัด กล่าวว่า “เงื่อนไขของผู้ที่จะได้รับการแต่งตั้งเป็นผู้พิพากษานั้นจำเป็นต้องเป็นผู้ชาย ดังนั้นจึงไม่อนุญาต และไม่สามารถใช้บังคับได้ในการแต่งตั้งผู้หญิงเป็นผู้พิพากษา ไม่ว่าจะเป็นการพิพากษาชุกุด และกิศอศ หรืออื่นจากนั้น และหากมีการแต่งตั้งให้พิพากษาคำพิพากษานั้นถือเป็นโมฆะ แม้ว่าคำพิพากษานั้นจะถูกตั้งก็ตาม ทัศนะนี้เป็นทัศนะของนักกฎหมายอิสลามสำนักกฎหมาย อัลมะลิกีย์ อัชชาฟีอี๊ยะ และอัลฮะนาบีละฮฺ” (Abdullah bin Muhammad.1420: 77)

โดยอัลคอฎิบ (1994/4: 501) ได้กล่าวว่า “ไม่อนุญาตให้แต่งตั้งผู้หญิงเป็นผู้พิพากษา เนื่องจากผู้หญิงวิจารณ์ญาณที่ด้อยกว่าผู้ชาย” และท่านนบี ﷺ กล่าวว่า

((لَنْ يُفْلِحَ قَوْمٌ وَلَوْ أَمَرَهُمْ امْرَأَةٌ))

(4425 : 1422، البخاري، أخرجه)

ความว่า “กลุ่มชนหนึ่งจะไม่ประสบความสำเร็จ เมื่อผู้หญิงเป็นผู้ดูแลในกิจการของพวกเขา”

บันทึกโดยอัลบุคอรี หะดีษที่ 4425

อรรอมลีย์ (2003/8:238) กล่าวว่า “ไม่อนุมัติแต่งตั้งผู้หญิงให้ทำหน้าที่ตัดสินชี้ขาด และจำต้องแต่งตั้งผู้ชายให้ทำหน้าที่เป็นผู้ตัดสินชี้ขาด และบุคคลสองเพศ(คฺุงษา)ก็ไม่สามารถเป็นผู้ชี้ขาดเฉกเช่นเดียวกับผู้หญิงเช่นกัน”

อย่างไรก็ตาม นักกฎหมายอิสลามสำนักกฎหมายอัชชาฟีอีย์บางส่วนเห็นว่า สามารถแต่งตั้งให้ผู้หญิงเป็นผู้พิพากษาได้ ซึ่งอรรอมลีย์(2003/8:240) กล่าวว่า “และหากเป็นเรื่องที่ต้องการความรู้เฉพาะให้แต่งตั้งผู้หญิงเป็นผู้พิพากษาได้ เนื่องจากมีความจำเป็น”

สำหรับนักกฎหมายอิสลามสำนักกฎหมายอัลหะนาฟีอีย์ไม่ได้กำหนดให้เพศชายเป็นคุณสมบัติเฉพาะของผู้พิพากษาแต่อย่างใด ซึ่ง अबดุลลอฮฺ บิน มุหัมมัด (1420:77) กล่าวว่า “นักกฎหมายอิสลามสำนักอัลหะนาฟีอีย์มิได้กำหนดเงื่อนไขการอนุญาตให้แต่งตั้งอนุญาโตตุลาการเพศชาย ดังนั้นการแต่งตั้งผู้หญิงเป็นผู้ตัดสินชี้ขาดจึงเป็นที่อนุมัติเว้นแต่ในบทบัญญัติหุ้ดุด และกิศอศ”

अबดุลลอฮฺ บิน มุหัมมัด (1420:77) อธิบายว่า แท้จริงการตัดสินชี้ขาดนั้นเป็นส่วนหนึ่งของการเป็นพยาน ดังนั้นจึงอนุมัติให้มีการแต่งตั้งผู้หญิงเป็นผู้ตัดสินชี้ขาดเฉกเช่นเดียวกันกับการเป็นพยาน”

अबดุลลอฮฺ บิน มุหัมมัด (1420:77) ได้สรุปทัศนะของนักกฎหมายอิสลามในเรื่องเพศของอนุญาโตตุลาการไว้ว่า นักกฎหมายอิสลามมีความเห็นต่างกันเป็นสองทัศนะดังนี้

ก. อนุมัติให้แต่งตั้งผู้หญิงเป็นอนุญาโตตุลาการได้เว้นแต่ในบทบัญญัติหุ้ดุด และกิศอศ ทัศนะนี้เป็นทัศนะของนักกฎหมายสำนักอัลหะนาฟีอีย์ และนักกฎหมายอิสลามสำนักอัลมาลิกีย์บางส่วน

ข. ไม่อนุมัติให้แต่งตั้งผู้หญิงเป็นอนุญาโตตุลาการ ทัศนะนี้เป็นทัศนะของนักกฎหมายสำนักอัชชาฟีอีย์ สำนักอัลหะนาบิละฮฺ และนักกฎหมายส่วนใหญ่ในสำนักกฎหมายอัลมาลิกีย์

คุณสมบัติด้านเพศของอนุญาโตตุลาการผู้วิจัยเห็นว่า อนุญาโตตุลาการควรเป็นเพศชาย เนื่องจากอนุญาโตตุลาการต้องมีคุณสมบัติเฉกเช่นเดียวกันกับผู้พิพากษา แต่ถึงอย่างไรก็ตาม เพศหญิงยังสามารถเป็นอนุญาโตตุลาการได้ในกรณีที่ข้อพิพาทนั้นเป็นเรื่องที่ต้องการความรู้เฉพาะ

ทาง เพื่อสามารถพิจารณาข้อพิพาทได้อย่างถูกต้องและเที่ยงธรรม แม่ว่านักกฎหมายอิสลามส่วนใหญ่ จะมีความเห็นที่ไม่สามารถแต่งตั้งผู้หญิงเป็นอนุญาโตตุลาการได้

1.6) คุณสมบัติอื่น ๆ

คุณสมบัติอื่น ๆ ของอนุญาโตตุลาการนั้น นักกฎหมายอิสลามมีการกำหนด คุณสมบัติอื่น ๆ ที่แตกต่างกันออกไป เช่น อนุญาโตตุลาการนั้นจำต้องมีความเฉลียวฉลาด มีความสมบูรณ์ด้านร่างกายหรือไม่อย่างไร ทั้งยังต้องเป็นบุคคลที่มีความสามารถไม่ใช่เป็นผู้ที่ถูกศาลสั่งให้เป็นบุคคลไร้ความสามารถ หรือบุคคลเสมือนไร้ความสามารถ หรือถูกศาลสั่งอายัดทรัพย์สิน ซึ่ง คุณสมบัติเหล่านี้ล้วนแล้วแต่เป็นคุณสมบัติเบื้องต้นของผู้ที่จะสามารถทำหน้าที่อนุญาโตตุลาการ

นอกจากคุณสมบัติข้างต้นแล้ว นักกฎหมายอิสลามบางส่วนได้กำหนดคุณสมบัติเพิ่มเติมว่า ผู้ที่จะได้รับการแต่งตั้งเป็นอนุญาโตตุลาการนั้นเป็นศัตรู หรือคู่พิพาทได้หรือไม่ นักกฎหมายอิสลามมีความเห็นเป็นสองทัศนะคือ 1) ไม่อนุมัติให้ผู้ที่เป็นศัตรู หรือคู่พิพาทนั้นเป็นอนุญาโตตุลาการ 2) อนุมัติให้ผู้ที่เป็นศัตรู หรือคู่พิพาทนั้นเป็นอนุญาโตตุลาการ ”(Abdulah bin Muhammad.1420: 84-88)

2) คุณสมบัติเฉพาะ

คุณสมบัติเฉพาะของอนุญาโตตุลาการ คือ ความรู้ความสามารถของ อนุญาโตตุลาการ จำต้องเป็นผู้ที่มีคุณสมบัติที่สามารถเป็นผู้พิพากษาได้ โดยนักกฎหมายอิสลามมีมติ เอกฉันท์ว่า อนุญาโตตุลาการนั้นจำต้องมีคุณสมบัติเฉพาะที่สำคัญประการหนึ่ง คือต้องเป็นผู้ที่มีความรู้ความสามารถในการวินิจฉัยข้อกฎหมายอิสลามได้ โดยนักกฎหมายอิสลามมีความเห็นที่ อนุญาโตตุลาการนั้นต้องมีคุณสมบัติที่สามารถเป็นผู้พิพากษาได้ ซึ่งนักกฎหมายอิสลามมีความเห็นที่ หลากหลายในคุณสมบัติเฉพาะนี้

อับดุลลอฮฺ บิน มุฮัมมัด (1420: 65) กล่าวถึงคุณสมบัติของอนุญาโตตุลาการว่า จำต้องมีความรู้ในข้อกฎหมายอิสลาม กล่าวคือต้องเป็นผู้พิพากษา ด้วยเหตุดังกล่าว ผู้ที่จะได้รับ แต่งตั้งเป็นอนุญาโตตุลาการนั้นจึงจำเป็นต้องมีความรู้ในบทบัญญัติกฎหมายอิสลาม ซึ่งทัศนะนี้เป็น ทัศนะของนักกฎหมายอิสลามสำนักกฎหมายอัชชาฟีอีย์ และอัลฮะนาบิละฮฺ รวมทั้งยังมีทัศนะของ นักกฎหมายสำนักอัลฮะนาฟีอีย์ และอัลมะลิกีย์บางส่วนด้วย

นักกฎหมายสำนักกฎหมายอัชชาฟีอีย์มีความเห็นที่ อนุญาโตตุลาการนั้นจำต้องมีความรู้ความสามารถระดับสูงถึงขั้นสามารถเป็นผู้พิพากษาได้ โดยอัลนาวารีย์ (2005: 558) กล่าวว่า

“และหากมีผู้ตัดสินชี้ขาดระหว่างคู่พิพาททั้งสองฝ่ายในบทบัญญัติที่นอกเหนือจากอัลดุลลอฮ์^๕ เป็นที่อนุมัติให้กระทำได้ โดยมีเงื่อนไขว่าผู้้นั้นจำเป็นต้องเป็นผู้ที่สามารถเป็นผู้พิพากษาได้”

อัลคอฎิบ (1994/4: 506) ได้อธิบายคำพูดของอัลลาวาเวียดังกล่าวไว้ว่า “ส่วนหนึ่งจากเงื่อนไขนี้คือ เมื่ออนุญาตตุลาการไม่ใช่ผู้ที่สามารถเป็นผู้พิพากษาได้ การตัดสินชี้ขาดของเขาไม่สามารถมีผลบังคับได้ ความหมายของการที่มีคุณสมบัติที่สามารถเป็นผู้พิพากษาได้ คือ การมีคุณสมบัติผู้พิพากษา ไม่จำเป็นต้องเป็นผู้ที่มีอาชีพเป็นผู้พิพากษาจริง ด้วยเหตุดังกล่าวจึงได้กล่าวไว้ในตำราอัลมัหฺรूरว่า เงื่อนไขของอนุญาตตุลาการนั้นจำเป็นต้องมีคุณสมบัติที่สามารถเป็นผู้พิพากษาได้ เว้นแต่อนุญาตตุลาการที่ทำหน้าที่เกี่ยวข้องกับการทำสัญญาสมรส ซึ่งอนุญาตให้อนุญาตตุลาการประเภทดังกล่าวไม่จำเป็นต้องเป็นผู้ที่มีความสามารถในการวินิจฉัย (มุญญติฮิด) แต่อย่างใด และอัลบัลกีนี ได้ยกเว้นเงื่อนไขดังกล่าวในอนุญาตตุลาการที่ทำหน้าที่เป็นตัวแทนผู้รับหมาย”

จากคำอธิบายของ อัลคอฎิบ เห็นได้ว่า อนุญาตตุลาการนั้นจำเป็นต้องมีความรู้ความสามารถสามารถในทางกฎหมายอิสลามสูง ซึ่งความรู้ความสามารถดังกล่าวจะต้องถึงระดับที่สามารถวินิจฉัยข้อกฎหมายอิสลามได้ ซึ่งคุณสมบัตินี้เป็นคุณสมบัติของผู้พิพากษา เว้นแต่อนุญาตตุลาการที่มีลักษณะเป็นการมอบหมาย เช่น อนุญาตตุลาการที่ทำหน้าที่ในการทำสัญญาสมรส อนุญาตตุลาการประเภทนี้ไม่จำเป็นต้องมีความรู้ความสามารถในการวินิจฉัยข้อกฎหมายสูงถึงขั้นที่สามารถที่จะเป็นผู้พิพากษาได้ เนื่องจากเป็นเพียงแค่การมอบหมาย หรือมอบอำนาจให้กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งเท่านั้น

กอฎอน อับดุลเราะห์มาน อัลดุรี (2002: 198) กล่าวว่า “ความสามารถในการวินิจฉัยกฎหมาย ซึ่งนักกฎหมายอิสลามมีมติเอกฉันท์ว่า อนุญาตตุลาการนั้นจำเป็นต้องมีความสามารถในการวินิจฉัยกฎหมายได้”

ปรากฏตำรา อิบุนุกามาล ว่า “สามารถแต่งตั้งบุคคลทั่วไปที่สามารถนำคำวินิจฉัยข้อกฎหมายจากบุคคลอื่นมาได้” และปรากฏในตำราอัลบัชชาซียะฮฺ ว่า “ความหมายของคำว่าเป็นผู้ที่ไม่มีความรู้ คือ ไม่สามารถเป็นผู้พิพากษาด้วยการวินิจฉัยได้ด้วยตัวเอง ดังนั้นผู้ที่ได้รับแต่งตั้งเป็นอนุญาตตุลาการนั้นจำเป็นต้องเป็นผู้ที่มีความรู้ศาสนา” (Qaḥṭān Abdul al-Rahman al-Duriy. 2002: 198)

นักกฎหมายอิสลามสำนักอัลมาลิกียะฮฺ เห็นว่า “การแต่งตั้งอนุญาตตุลาการนั้นสมควรแต่งตั้งผู้พิพากษา ผู้เสมือนกับผู้ที่สามารถดำเนินตามบุคคลที่มีการวินิจฉัยไว้ หรือทราบถึง

บทบัญญัติที่ผู้พิพากษาได้เคยวินิจฉัยไว้” (Abdulah bin Muhammad bin ṣād āl ḵanīn.1420 : 199)

นอกจากนี้ยังมีนักกฎหมายอิสลามสำนักอัลดมาลิกีย์บางส่วน เช่น อิบน์หุซม์ ซึ่งเป็นนักกฎหมายสำนักกฎหมายอัลดมาลิกีย์ เห็นว่าผู้ที่ได้รับแต่งตั้งเป็นอนุญาโตตุลาการนั้นจำเป็นต้องมีความรู้ในบทบัญญัติต่าง ๆ ที่ปรากฏในอัลกุรอาน และอัสสุนนะฮ์ที่รายงานจากท่านเราะสูลุลลอฮ์ ﷺ ทั้งยังต้องรู้ถึงบทบัญญัติที่มายกเลิกทั้งหมด และบทบัญญัติที่ถูกยกเลิกทั้งหมดจากหลักฐานทั้งหมด และต้องรู้ถึงความหมายของบทบัญญัติอื่นที่สามารถนำมาใช้ได้ (Qaḥṭan Abdul al-Rahman al-Duriy . 2002: 198)

จากความเห็นของนักกฎหมายอิสลามข้างต้นสามารถแบ่งได้เป็น 2 ทศณะดังนี้

ก. อนุญาโตตุลาการนั้นต้องมีคุณสมบัติที่สามารถวินิจฉัยข้อกฎหมายอิสลามได้ในระดับที่สามารถทำหน้าที่เป็นผู้พิพากษาที่สามารถวินิจฉัยบทบัญญัติจากอัลกุรอาน และอัสสุนนะฮ์ ซึ่งเป็นแหล่งที่มาเดิมของกฎหมายอิสลาม โดยผู้ที่ไม่มีความรู้ในคุณสมบัตินี้ไม่สามารถที่จะได้รับการแต่งตั้งเป็นอนุญาโตตุลาการได้ แม้ว่าเขาจะมีความรู้ถึงบทบัญญัติที่มีผู้วินิจฉัยไว้แล้วก็ตาม เว้นแต่อนุญาโตตุลาการที่ทำหน้าที่เป็นผู้รับมอบอำนาจให้ทำสัญญาสมรส

ข. อนุญาโตตุลาการนั้นไม่จำเป็นต้องมีคุณสมบัติที่สามารถวินิจฉัยข้อกฎหมายอิสลามได้ในระดับที่สามารถทำหน้าที่เป็นผู้พิพากษาที่สามารถวินิจฉัยบทบัญญัติจากอัลกุรอาน และอัสสุนนะฮ์ แต่ต้องมีความรู้ในบทบัญญัติ และรู้ถึงข้อวินิจฉัยชี้ขาดของนักกฎหมาย หรือผู้พิพากษาที่ได้เคยพิพากษาไว้แล้วถือว่ามีความรู้ที่มีคุณสมบัติที่สามารถเป็นอนุญาโตตุลาการได้

สำหรับผู้วิจัยเห็นว่าสามารถแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการโดยมีคุณสมบัติตามความเห็นของนักกฎหมายอิสลามที่มีทัศนะว่า อนุญาโตตุลาการนั้นไม่จำเป็นต้องมีคุณสมบัติที่สามารถวินิจฉัยข้อกฎหมายอิสลามได้ในระดับที่สามารถทำหน้าที่เป็นผู้พิพากษาที่สามารถวินิจฉัยบทบัญญัติจากอัลกุรอาน และอัสสุนนะฮ์ แต่ต้องมีความรู้ในบทบัญญัติ และรู้ถึงข้อวินิจฉัยชี้ขาดของนักกฎหมาย หรือผู้พิพากษาที่ได้เคยพิพากษาไว้แล้วถือว่ามีความรู้ที่มีคุณสมบัติที่สามารถเป็นอนุญาโตตุลาการได้เป็นอันใช้ได้ อันเนื่องจากการระงับข้อพิพาททางอนุญาโตตุลาการนั้นไม่ใช่กระบวนการทางศาล ดังนั้นผู้ทำการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทจึงไม่จำเป็นต้องเป็นผู้พิพากษา และไม่จำเป็นต้องมีความรู้ความสามารถในระดับที่สามารถวินิจฉัยข้อกฎหมายจากอัลกุรอาน และอัสสุนนะฮ์ได้เอง เพียงแต่มีความรู้ในทัศนะของนักกฎหมายอิสลามที่เคยวินิจฉัยบทบัญญัตินั้น ๆ ที่ตนได้รับแต่งตั้งเป็นอนุญาโตตุลาการให้ทำการชี้ขาดข้อพิพาทเพียงพอแล้ว

2.2.2 กระบวนการพิจารณาข้อพิพาท

กระบวนการพิจารณาข้อพิพาทของอนุญาโตตุลาการ ผู้วิจัยนำเสนอประเด็นสำคัญที่ต้องคำนึงถึงในกระบวนการอนุญาโตตุลาการ 3 ประเด็นคือ การเริ่มกระบวนการระงับข้อพิพาททางอนุญาโตตุลาการ วิธีการดำเนินการ และการสิ้นสุดกระบวนการอนุญาโตตุลาการ ซึ่งมีประเด็นดังนี้

1) การเริ่มกระบวนการระงับข้อพิพาท

การระงับข้อพิพาททางอนุญาโตตุลาการแตกต่างจากการระงับข้อพิพาททางศาล เนื่องจากการระงับข้อพิพาททางอนุญาโตตุลาการเป็นการระงับข้อพิพาทที่มีขึ้นเนื่องจากความยินยอมของคู่พิพาททั้งสองฝ่าย ซึ่งได้มีข้อตกลงกันจะมอบข้อพิพาทให้แก่อนุญาโตตุลาการพิจารณาชี้ขาด แต่การระงับข้อพิพาททางศาลเกิดจากการจัดตั้งและแต่งตั้งโดยรัฐ ซึ่งเป็นการใช้อำนาจอรัฐในการระงับข้อพิพาท

ดังนั้นกระบวนการพิจารณาข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการจึงเป็นไปในรูปแบบที่ไม่เป็นทางการ กล่าวคือ ไม่มีความชัดเจนด้านสถานที่ กระบวนการ และคณะอนุญาโตตุลาการ แต่เมื่อมีการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการอย่างความสมบูรณ์โดยคู่พิพาทแล้ว ซึ่งคู่พิพาทได้เสนอแต่งตั้งบุคคลที่ตนไว้วางใจให้เป็นอนุญาโตตุลาการดังที่ได้กล่าวผ่านมาแล้วในหัวข้อองค์ประกอบและเงื่อนไขของการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ และเมื่อกระบวนการระงับข้อพิพาทได้เริ่มโดยการมอบข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจากความยินยอมของคู่พิพาท กระบวนการระงับข้อพิพาททางอนุญาโตตุลาการจึงเริ่มต้นดังนี้

(1) เมื่อคู่พิพาทตกลงยินยอมกันมอบข้อพิพาทให้แก่อนุญาโตตุลาการ

นักกฎหมายอิสลามมีมติเป็นเอกฉันท์ว่า การเริ่มกระบวนการระงับข้อพิพาททางอนุญาโตตุลาการ จำต้องได้รับความยินยอมจากคู่พิพาทก่อนที่จะมีการชี้ขาดข้อพิพาท โดยอับดุลลอฮฺ บิน มุฮัมหมัด (1420: 41) กล่าวว่า จำต้องมีถ้อยคำซึ่งเป็นองค์ประกอบของการอนุญาโตตุลาการ และถ้อยคำดังกล่าวนี้ต้องบ่งชี้ถึงสัญญา

การอนุญาโตตุลาการนั้นจึงเป็นสัญญาที่เกิดจากการเสนอและการตอบรับทั้งจากคำพูด หรือมีการกระทำที่ชี้ถึงความต้องการของทั้งสอง โดยไม่มีเงื่อนไขว่าสัญญาอนุญาโตตุลาการนั้นใช้ได้แต่เฉพาะมีการตอบรับด้วยคำพูดอย่างเดียว ดังนั้นทุกกรณีที่ชี้ถึงสัญญาทั้งคำพูด หรือการตอบรับที่รับทราบกันทั่วไป ดังนั้นการตอบรับด้วยคำพูดหรือการกระทำย่อมมีผลใช้ได้เสมอ (Abdullah bin Muhammad, 1420: 41)

อัลคอฎิบ (1994/4: 507) กล่าวว่า “อนุญาโตตุลาการนั้นไม่สามารถชี้ขาดข้อพิพาทได้เว้นแต่จะได้รับความยินยอมให้ชี้ขาดข้อพิพาทจากคู่พิพาททั้งสอง เนื่องจากความยินยอมของคู่พิพาททั้งสอง คือ สิ่ง que แสดงถึงการให้อำนาจแก่อนุญาโตตุลาการ ดังนั้นการชี้ขาดข้อพิพาทนั้นจำเป็นต้องมีการยินยอมจากคู่พิพาทก่อน

ดังนั้นจึงไม่เพียงพอในการแสดงความยินยอมของคู่พิพาทด้วยการนิ่งเงียบของคู่พิพาท เนื่องจากจำเป็นต้องให้มีการกล่าวถ้อยคำในการมอบข้อพิพาทที่เกิดขึ้นแก่อนุญาโตตุลาการพิจารณาตัดสินชี้ขาดข้อพิพาทนั้น ดังที่ได้กล่าวผ่านมาแล้วในหัวข้อองค์ประกอบและเงื่อนไขของการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ กระบวนการระงับข้อพิพาททางอนุญาโตตุลาการอิสลามจึงไม่มีข้อกำหนดให้มีการส่งหนังสือ แต่หากมีการส่งหนังสือแก่คู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งแล้วได้รับการยอมรับจากคู่พิพาทอีกฝ่ายที่ชัดเจน กอหฎอน อับดุลเราะหมาน อัลดุรีย กล่าวว่า แต่การบันทึกนั้นไม่ใช่เงื่อนไขของสัญญาอนุญาโตตุลาการ เพียงแต่การบันทึกนั้นเป็นทางที่ทำให้ปรากฏสัญญาอนุญาโตตุลาการ ดังนั้นการอนุญาโตตุลาการจำเป็นต้องเป็นสัญญาที่บ่งชี้ถึงการยินยอมให้มีการระงับข้อพิพาท โดยอนุญาโตตุลาการไม่ใช่สัญญาที่เป็นรูปแบบ และด้วยเหตุดังกล่าวสัญญาอนุญาโตตุลาการจึงไม่จำเป็นต้องบันทึก เพียงแต่มีการยอมรับและยินยอมมอบข้อพิพาทให้อนุญาโตตุลาการชี้ขาดถือเพียงพอแล้ว (Qahtan Abdul al-Rahman al-Duriy . 2002: 198)

(2) ผู้ที่ถูกเสนอข้อพิพาทยอมรับเป็นอนุญาโตตุลาการ

การเริ่มกระบวนการระงับข้อพิพาททางอนุญาโตตุลาการนั้น นอกจากความยินยอมของคู่พิพาทที่ต้องการมอบข้อพิพาทให้อนุญาโตตุลาการแล้ว ผู้ที่ได้รับการเสนอให้เป็นอนุญาโตตุลาการจำเป็นต้องยินยอมตอบรับเป็นอนุญาโตตุลาการด้วย ซึ่งการอนุญาโตตุลาการจะเริ่มกระบวนการได้ก็ต่อเมื่อสัญญาอนุญาโตตุลาการนั้นได้รับความยินยอมให้มีการระงับข้อพิพาทด้วยการเสนอข้อพิพาทให้อนุญาโตตุลาการ และผู้ที่ถูกเสนอข้อพิพาทต้องยินยอมเป็นอนุญาโตตุลาการ ซึ่งการเสนอข้อพิพาทนั้นต้องเสนอจากคู่พิพาท โดยการเสนอข้อพิพาทอาจเกิดจากคู่พิพาทฝ่ายเดียวหรือทั้งสองฝ่ายแต่งตั้งผู้ระงับข้อพิพาทคนเดียวหรือมากกว่าหนึ่งคนให้ตัดสินชี้ขาดด้วยการกล่าวแก่ผู้ que คู่พิพาทต้องการแต่งตั้งว่า “ท่านจะตัดสินชี้ขาดข้อพิพาทของเราได้หรือไม่ หรือเราของแต่งตั้งท่านให้เป็นผู้ชี้ขาดระหว่างเราทั้งสอง” ดังนั้นสัญญาอนุญาโตตุลาการจึงไม่จำเป็นต้องมีมาตรการหรือรูปแบบที่เป็นทางการอื่นแต่อย่างใด ซึ่งการเริ่มกระบวนการระงับข้อพิพาททางอนุญาโตตุลาการเป็นรูปแบบที่ปรากฏในตำรากฎหมายอิสลาม ซึ่งนักกฎหมายอิสลามระบุในองค์ประกอบของอนุญาโตตุลาการว่า

จำเป็นต้องมีคำกล่าวแต่งตั้งพร้อมกับการยอมรับเป็นอนุญาโตตุลาการ (Qadiry Muhammad Mahmud. 2009 : 187)

เห็นได้ว่า การเริ่มกระบวนการระงับข้อพิพาททางอนุญาโตตุลาการต้องเริ่มจากการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการและการยินยอมเป็นอนุญาโตตุลาการจากผู้ที่ได้รับการแต่งตั้งให้เป็นอนุญาโตตุลาการ ซึ่งการกระบวนการเริ่มต้นดังกล่าวนี้นักกฎหมายอิสลามมีความเห็นต่างกันว่าจำเป็นต้องมีพยานหรือไม่ โดยกอดิรีย์ มุฮัมมัด มะฮ์มุด (2009:187-188) กล่าวว่า “นักกฎหมายอิสลามมีเห็นต่างเป็นสองทัศนะคือ 1) การเริ่มกระบวนการอนุญาโตตุลาการไม่จำเป็นต้องมีพยานในการที่คู่พิพาทแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ ทัศนะนี้เป็นทัศนะของนักกฎหมายอิสลามสำนักกฎหมายอัลมาลิกีย์ 2) การเริ่มกระบวนการอนุญาโตตุลาการจำเป็นต้องมีพยานในการที่คู่พิพาทแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ ทัศนะนี้เป็นทัศนะของนักกฎหมายอิสลามสำนักกฎหมายอัลฮะนะฟี

ดังนั้นการเริ่มกระบวนการอนุญาโตตุลาการตามกฎหมายอิสลามนั้น จำต้องเริ่มจากความยินยอมของคู่พิพาททั้งสองฝ่าย ซึ่งอาจเริ่มต้นจากคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเสนอให้คู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่งระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ หากคู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่งยินยอมที่จะมอบข้อพิพาทให้แก่อนุญาโตตุลาการพิจารณาตามที่คู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่งได้เสนอมา รวมทั้งผู้ที่ได้รับเสนอเป็นอนุญาโตตุลาการยอมรับที่จะเป็นอนุญาโตตุลาการโดยการรับข้อพิพาทไว้พิจารณาถือว่ากระบวนการระงับข้อพิพาททางอนุญาโตตุลาการได้เริ่มต้นขึ้นทันที และต้องเข้าสู่กระบวนการพิจารณาทางอนุญาโตตุลาการต่อไป

2) วิธีการดำเนินการ

วิธีการดำเนินการพิจารณาถือเป็นกระบวนการสำคัญของการระงับข้อพิพาททางอนุญาโตตุลาการอิสลาม มีความแตกต่างจากกระบวนการศาล และกระบวนการระงับข้อพิพาทอื่นๆ หัวข้อนี้ผู้วิจัยของนำเสนอ 2 ประเด็น คือ วิธีการพิจารณา และสถานที่ ดังนี้

ก. วิธีการพิจารณา

วิธีการพิจารณาทางอนุญาโตตุลาการตามกฎหมายอิสลามวางอยู่บน “หลักความเสมอภาค” และ “ความยุติธรรม” แก่คู่พิพาททั้งสองฝ่าย โดยให้อีกฝ่ายหนึ่งได้ชี้แจงพยานหลักฐานของตนต่ออนุญาโตตุลาการ โดยวิธีการพิจารณาทางอนุญาโตตุลาการตามกฎหมายอิสลามจะพิจารณาจากการยอมรับของคู่พิพาท พยานหลักฐาน และการสาบาน ซึ่งวิธีการพิจารณาในแต่ละประเภทดังนี้

(1) การยอมรับของคู่พิพาท หากได้มีการเสนอข้อพิพาทต่ออนุญาโตตุลาการ และอนุญาโตตุลาการได้เริ่มกระบวนการพิจารณาแล้ว ปรากฏว่าคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งยอมรับว่าสิ่งที่ตนกล่าวอ้าง หรือครอบครองนั้นเป็นของคู่พิพาทอีกฝ่าย อนุญาโตตุลาการจำเป็นต้องนำมาพิจารณาในการระงับข้อพิพาท

กอดิรีย์ มุฮัมมัด มะฮ์มุด (2009:187-190) กล่าวว่า นักกฎหมายอิสลามมีมติเอกฉันท์ถึงการอนุมัติให้อนุญาโตตุลาการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทโดยใช้การยอมรับของคู่พิพาทพยานในสถานที่พิพาท เมื่ออนุญาโตตุลาการได้รับฟังพยานแล้ว อนุญาโตตุลาการสามารถทำการตัดสินชี้ขาดตามหลักฐานได้ทันที

อัลกอฎีย์ กล่าวว่า “ไม่อนุมัติให้อนุญาโตตุลาการตัดสินชี้ขาดเว้นแต่จะต้องรับฟังพยานก่อน เนื่องจากหากไม่รับฟังพยานพร้อมกับการกล่าวยอมรับของคู่พิพาทนั้นถือเป็นการชี้ขาดที่รับฟังพยานหลักฐานเพียงฝ่ายเดียว” (Qadiry Muhammad Mahmud. 2009:190)

(2) พยานหลักฐาน การพิจารณาข้อพิพาทของอนุญาโตตุลาการนั้นจำเป็นต้องใช้พยานและหลักฐานในการพิจารณาข้อพิพาท เพื่อให้การระงับข้อพิพาทเป็นไปด้วยความยุติธรรมแก่คู่พิพาททั้งสองฝ่าย แต่การจะรับพยานไว้พิจารณานั้น พยานจำเป็นต้องมีความสมบูรณ์ทั้งเงื่อนไขและองค์ประกอบของการเป็นพยานตามที่ได้นักกฎหมายอิสลามได้กำหนดไว้ในตำราต่างๆ เช่น พยานต้องบรรลุนิติภาวะ เป็นต้น

กอดิรีย์ มุฮัมมัด มะฮ์มุด (2009:193) กล่าวว่า “ไม่อนุมัติให้อนุญาโตตุลาการรับฟังพยานที่เป็นศัตรูในการเป็นพยานกล่าวหาคู่กรณี และไม่อนุมัติให้รับฟังการเป็นพยานของบุพการีในการเป็นพยานช่วยเหลือบุตร และบุตรเป็นพยานช่วยเหลือบุพการี ทั้งยังไม่ให้รับฟังพยานซึ่งเป็นบุคคลที่เคยได้รับโทษในฐานความผิดฮุดูด เนื่องจากนักกฎหมายได้มีกำหนดเงื่อนไขดังกล่าวไว้ในตำรากฎหมายอิสลาม”

อนึ่งพยานหลักฐานนั้นจำเป็นต้องมาจากผู้กล่าวหา และหน้าที่ของผู้ถูกกล่าวหา นั้นจำเป็นต้องปฏิเสธข้อกล่าวหาด้วยการสาบาน เนื่องจากท่านเราะฮ์ลุลลอฮ์ ﷺ กล่าวว่า

((الْبَيِّنَةُ عَلَى الْمُدَّعِي، وَالْيَمِينُ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ))

(أخرجہ الترمذی : 1341)

ความว่า “สำหรับการนำสืบพยานนั้นเป็นหน้าที่ของผู้กล่าวหา และการสาบานนั้นเป็นหน้าที่ของผู้ถูกกล่าวหา”

(บันทึกโดยอัครมิมซี หะดีษลำดับที่ 1341)

และนอกจากพยานแล้ว วิธีการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการนั้น สามารถพิจารณาหลักฐานประกอบการพิจารณาได้ เช่น สัญญาที่เกิดขึ้นระหว่างคู่พิพาททั้งสอง เป็นต้น

ดังนั้นวิธีการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการจึงสามารถใช้พยาน และหลักฐานในการประกอบการพิจารณาได้

(3) การสาบาน หมายถึง การยืนยันสิ่งหนึ่งด้วยพระนามของอัลลอฮ์ ﷻ หรือคุณลักษณะของอัลลอฮ์ﷻ (Qadiry Muhammad Mahmud. 2009:194) กระบวนการพิจารณาทางกฎหมายอิสลามไม่ว่าจะเป็นในระบบศาลหรือกระบวนการทางอนุญาโตตุลาการต่างก็ใช้วิธีการสาบานเป็นองค์ประกอบในการพิจารณาของผู้ตัดสินชี้ขาดทั้งสิ้น ดังที่ได้กล่าวมาในประการที่ผ่านมา เรื่องพยานหลักฐาน

กอดีรีย์ มุฮัมมัด มะฮ์มุด (2009:193) กล่าวว่า ส่วนหนึ่งจากสิทธิและหน้าที่ของผู้ร้องต้องนำมาซึ่งพยานรับรองข้อกล่าวอ้างของตน และผู้ถูกร้องมีสิทธิที่จะปฏิเสธด้วยการการที่ผู้ตัดสินชี้ขาดให้ออกาสผู้ถูกกล่าวหาสาบานเพื่อปฏิเสธข้อกล่าวหา เนื่องจากมีหะดีษของท่านเราะสูลลอฮ์ ﷺ กล่าวว่า

((الْبَيْتَةُ عَلَى مَنْ ادَّعَى وَالْيَمِينُ عَلَى مَنْ أَنْكَرَ))

ความว่า “การนำมาซึ่งพยานนั้นเป็นหน้าที่ของผู้กล่าวหา และการสาบานนั้นเป็นหน้าที่ของผู้ปฏิเสธข้อกล่าวหา”

ข. สถานที่ดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการ

การระงับข้อพิพาททางอนุญาโตตุลาการเป็นการระงับข้อพิพาทที่ไม่เป็นทางการ ดังนั้น สถานที่ดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการจึงขึ้นอยู่กับคู่พิพาททั้งสองในการตกลงกันเรื่องสถานที่ในการดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการ ซึ่งนักกฎหมายอิสลามมิได้มีกำหนดในเรื่องสถานที่ที่จะต้องเป็นสถานที่ใด ทั้งนี้ก็ต้องขึ้นอยู่กับความยินยอมของอนุญาโตตุลาการด้วยว่าประสงค์จะใช้ที่ใด และการพิจารณาข้อพิพาทนั้น คู่พิพาทและพยานจำต้องอยู่ในสถานที่พิจารณาของอนุญาโตตุลาการ และการอยู่ในสถานที่พิจารณาจะมีผลต่อการพิจารณาและการรับฟังพยานหลักฐานด้วย ดังนั้นการพิจารณาข้อพิพาทของอนุญาโตตุลาการนั้นจะไม่ชี้ขาดตามพยานที่ไม่ได้อยู่ในสถานที่พิจารณา จนกว่าจะมีพยานอื่นมาอยู่ในสถานที่พิจารณาข้อพิพาท (al-Husain al-Hanafiy.2000/9:63)

3) การสิ้นสุดกระบวนการอนุญาตตุลาการ

เมื่อกระบวนการทางอนุญาตตุลาการได้เริ่มต้นขึ้น และดำเนินการระงับข้อพิพาทไปตามกระบวนการของอนุญาตตุลาการ ส่วนกระบวนการระงับข้อพิพาททางอนุญาตตุลาการนั้น นอกจากการสิ้นสุดด้วยการที่อนุญาตตุลาการมีคำสั่งขาดและคู่พิพาทยอมรับตามคำสั่งขาด ซึ่งเป็นกระบวนการปกติแล้ว กฎหมายอิสลามได้บัญญัติวิธีการสิ้นสุดของกระบวนการอนุญาตตุลาการด้วยเหตุอื่น ๆ โดยนักกฎหมายอิสลามมีความเห็นในประเด็นนี้ไว้ดังนี้

ก. อนุญาตตุลาการเสียชีวิต

เมื่ออนุญาตตุลาการทั้งสอง หรือเพียงคนเดียวคนหนึ่งเสียชีวิต ถือว่ากระบวนการอนุญาตตุลาการสิ้นสุดลงในทันที และคู่พิพาททั้งสองฝ่ายจำเป็นต้องตั้งอนุญาตตุลาการคนใหม่ขึ้นมา และหากคู่พิพาทฝ่ายที่แต่งตั้งอนุญาตตุลาการที่ยังมีชีวิตอยู่ประสงค์จะแต่งตั้งอนุญาตตุลาการคนเดิมก็ย่อมกระทำได้ (Abdullah bin Muhammad, 1420: 305)

เหตุที่การเสียชีวิตทำให้กระบวนการอนุญาตตุลาการสิ้นสุดลงเนื่องจากกระบวนการอนุญาตตุลาการเป็นกระบวนการที่คู่พิพาทเลือกที่จำใช้ในการระงับข้อพิพาท ซึ่งได้ทำการมอบข้อพิพาทของตนให้ผู้ที่ตนไว้วางใจเป็นผู้ตัดสินชี้ขาด ดังนั้นหากอนุญาตตุลาการผู้ที่ได้รับความไว้วางใจจากคู่พิพาทเสียชีวิตลง กระบวนการอนุญาตตุลาการจึงสิ้นสุดลงทันที

ข. สิ้นสุดด้วยระยะเวลาสำหรับอนุญาตตุลาการที่แต่งตั้งโดยศาล

หากศาลแต่งตั้งอนุญาตตุลาการให้แก่คู่พิพาทเพื่อระงับข้อพิพาท เมื่อถึงเวลาที่ศาลกำหนดไว้แต่อนุญาตตุลาการไม่สามารถชี้ขาดข้อพิพาทได้ การอนุญาตตุลาการนั้นถือว่าสิ้นสุดลงทันที (Abdullah bin Muhammad, 1420: 305-306)

ค. คู่พิพาทสาบสูญ

หากคู่พิพาททั้งสองฝ่าย หรือฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดสาบสูญหลังจากที่ได้มีการแต่งตั้งอนุญาตตุลาการแล้ว กระบวนการอนุญาตตุลาการจะสิ้นสุดลงหรือไม่นั้นนักกฎหมายอิสลามมีความเห็นต่างกันดังนี้

1) ทักษะแรกเห็นว่า ต้องพิจารณาว่าอนุญาตตุลาการที่ได้รับการแต่งตั้งนั้นเป็นการแต่งตั้งเพื่อเป็นตัวแทนของทั้งสอง หรือแต่งตั้งเพื่อเป็นผู้ตัดสินชี้ขาด หากอนุญาตตุลาการนั้นเป็นตัวแทน การเป็นอนุญาตตุลาการนั้นไม่ถือว่าสิ้นสุดลง เนื่องจากการมอบอำนาจนั้นไม่สามารถสิ้นสุดได้ด้วยการหายไปของผู้มอบอำนาจ แต่หากเป็นการแต่งตั้งให้เป็นผู้ชี้ขาด อนุญาตตุลาการนั้น

ถือว่าสิ้นสุดลงทันที เนื่องจากคู่พิพาทนั้นเป็นผู้ที่ต้องถูกชี้ขาด ดังนั้นหากไม่มีผู้ที่ถูกชี้ขาด อนุญาตตุลาการจึงไม่สามารถทำหน้าที่ได้ ทักษะนี้เป็นทักษะของนักกฎหมายสำนักกฎหมาย อชชาฟีอีย์ และนักกฎหมายอิสลามสำนักกฎหมายอัลชะนาบีละฮฺบางส่วน (Abdullah bin Muhammad,1420: 306)

และอิมามอชชาฟีอีย์กล่าวว่า หากอนุญาตตุลาการคนหนึ่งคนใดสาบสูญหรือขาดสติ ให้แต่งตั้งอนุญาตตุลาการคนอื่นขึ้นมาทำหน้าที่ (Al-Shafi'iy.1990/5: 209)

2) ทักษะที่สองเห็นว่า อนุญาตตุลาการไม่สามารถพิจารณาข้อพิพาทต่อไปได้ หากคู่พิพาททั้งสองฝ่ายหรือฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหายสาบสูญ ทักษะนี้เป็นทักษะของนักกฎหมายอิสลามสำนักกฎหมายอัลชะนาบีละฮฺ (Abdullah bin Muhammad,1420: 306)

ง. อนุญาตตุลาการไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่ได้

อนุญาตตุลาการไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่ได้นั้นไม่ว่าจะเกิดจากสาเหตุการสาบสูญ การเดินทางย้ายถิ่นฐาน หรือหรืออนุญาตตุลาการมีอาการเจ็บป่วยจนไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่ได้ นักกฎหมายอิสลามสำนักกฎหมายอชชาฟีอีย์เห็นว่าให้คู่พิพาทแต่งตั้งอนุญาตตุลาการขึ้นมาใหม่เพื่อปฏิบัติหน้าที่แทน(Abdullah bin Muhammad,1420: 306-307)

จ. คู่พิพาทขอถอนการแต่งตั้งอนุญาตตุลาการ

หากคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือทั้งสองฝ่ายขอถอนการแต่งตั้งอนุญาตตุลาการ ก่อนที่จะมีคำชี้ขาด หรือไม่ยินยอมมอบข้อพิพาทให้อุญาตตุลาการพิจารณาชี้ขาดอีกต่อไป เนื่องจากการแต่งตั้งอนุญาตตุลาการนั้นเกิดจากการแต่งตั้งของคู่พิพาท ดังนั้นหากคู่พิพาทต้องการเพิกถอนการเป็นอนุญาตตุลาการจึงสามารถกระทำได้ แต่หากอนุญาตตุลาการนั้นได้รับการแต่งตั้งโดยรัฐ คู่พิพาทไม่สามารถเพิกถอนได้แต่อย่างใด(Abdullah bin Muhammad,1420: 309-310)

ฉ. อนุญาตตุลาการขอยุติการปฏิบัติหน้าที่

เมื่ออนุญาตตุลาการขอยุติการทำหน้าที่ด้วยตนเอง กระบวนการระงับข้อพิพาททาง อนุญาตตุลาการนั้นถือเป็นอันสิ้นสุดลงโดยทันที(Abdullah bin Muhammad,1420: 311)

เนื่องจากกระบวนการระงับข้อพิพาททางอนุญาตตุลาการนั้น จำต้องได้รับความยินยอมจากทั้งสองฝ่าย คือ คู่พิพาททั้งสองผู้ซึ่งแต่งตั้งอนุญาตตุลาการ และอนุญาตตุลาการผู้ซึ่งถูกแต่งตั้งให้ปฏิบัติหน้าที่พิจารณาชี้ขาดข้อพิพาท

ช. อนุญาตตุลาการมีความเห็นต่างกัน

ตามที่ได้กล่าวมาแล้วในประเด็นจำนวนของอนุญาตตุลาการว่าจำนวนของคณะอนุญาตตุลาการในกฎหมายอิสลามนั้นไม่จำเป็นต้องเป็นจำนวนคี่ ดังนั้นหากอนุญาตตุลาการมีจำนวนคู่ และอนุญาตตุลาการนั้นมีความเห็นต่างในการชี้ขาดข้อพิพาททำให้ไม่สามารถสรุปหาข้อชี้ขาดได้ การอนุญาตตุลาการจึงสิ้นสุดลง

เนื่องจากภารกิจของอนุญาตตุลาการ คือ การระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นกับคู่พิพาททั้งสองฝ่าย ดังนั้นหากอนุญาตตุลาการไม่สามารถชี้ขาดในข้อพิพาทได้ กระบวนการอนุญาตตุลาการจึงจำต้องระงับลงในทันที (Abdullah bin Muhammad, 1420: 311)

ซ. อนุญาตตุลาการวิกัลจริต

อิมามอัชชาฟีอีย์กล่าวว่า หากอนุญาตตุลาการคนหนึ่งคนใดสาบสูญหรือขาดสติให้แต่งตั้งอนุญาตตุลาการคณะอื่นที่ไม่ได้สาบสูญ และไม่ได้เสียสติขึ้นมา (Al-Shafi'iy. 1990/5: 209)

ดังนั้นการสิ้นสุดกระบวนการอนุญาตตุลาการที่กล่าวมาข้างต้นถือเป็นการสิ้นสุดกระบวนการอนุญาตตุลาการอื่นที่นอกเหนือจากการสิ้นสุดโดยวิธีปกติคือการมีผลชี้ขาดจากอนุญาตตุลาการ

ดังนั้นการอนุญาตตุลาการในกฎหมายอิสลามมีประวัติความเป็นมาที่ยาวนานตั้งแต่ยุคก่อนอิสลามมาจนถึงยุคอิสลามได้มีบทบัญญัติรับรองกระบวนการอนุญาตตุลาการ และมีการนำกระบวนการอนุญาตตุลาการมาใช้ปรับใช้จนถึงปัจจุบัน ในส่วนองค์ประกอบและเงื่อนไขของการอนุญาตตุลาการในกฎหมายอิสลามได้มีกำหนดบทบัญญัติไว้อย่างสมบูรณ์ดังที่กล่าวมาแล้ว