

บทที่ 3

การรับฟังพยานหลักฐานทางด้านนิติวิทยาศาสตร์ในกฎหมายอิสลาม

เรื่องราวที่เกี่ยวข้องกับนิติวิทยาศาสตร์อันเป็นวิทยาการสมัยใหม่ อาศัยหลักวิชาการด้านการทดลองวิทยาศาสตร์และการสังเกต และการค้นพบทางวิทยาศาสตร์สมัยใหม่มาใช้ในการพิสูจน์ข้อเท็จจริงทางคดีตามที่ได้กล่าวมาแล้วในบทที่ 2 ส่วนหลักกฎหมายอิสลามนั้นเป็นหลักกฎหมายที่ถูกนำมาใช้มาตั้งแต่สมัยท่านเราะฮ์ลุล ๕ และสืบทอดกันมาเป็นระยะเวลาพันปีเศษแล้วแต่เป็นเรื่องที่น่าอัศจรรย์ยิ่งนักที่ระบบกฎหมายอิสลามยังมีความสอดคล้องกับสังคมยุคปัจจุบันได้นั้น เพราะว่าเป็นหลักกฎหมายที่ประทานโดยพระองค์อัลลอฮ์ ๕ ผู้ทรงสร้างทุกสรรพสิ่ง ผู้ทรงรอบรู้อย่าง

ความสำคัญของนิติวิทยาศาสตร์และพัฒนาการทางด้านนิติวิทยาศาสตร์นั้นไม่มีวันสิ้นสุดราบใดที่ยังมีสังคมอยู่นิติวิทยาศาสตร์เป็นการพิสูจน์โดยอาศัยหลักความเป็นจริงและสามารถพิสูจน์ได้ด้วยเหตุผลและอธิบายเชิงประจักษ์กฎหมายและวิทยาศาสตร์ จึงมีความจำเป็นสำหรับสังคมมนุษย์ ทำให้นิติวิทยาศาสตร์มีผลกระทบต่อปัจเจกบุคคลและสังคมส่วนรวมอย่างแน่นอนสาเหตุเพราะกฎหมายเป็นกติกาทางสังคมอย่างหนึ่ง ในฐานะที่นิติวิทยาศาสตร์เกี่ยวข้องกับอาชญากร ประชาชน และที่สำคัญที่สุดกับกฎหมายที่เกี่ยวกับครอบครัวมรดกของอิสลามทั้งนี้ขึ้นอยู่กับว่าบริบททางกฎหมายจะถูกนำมาใช้ในเรื่องใด สำหรับผู้วิจัยได้มุ่งประเด็นเรื่องเกี่ยวกับบริบทการรับฟังพยานหลักฐานนิติวิทยาศาสตร์ในกฎหมายอิสลามเปรียบเทียบกับกฎหมายไทย

ปัจจุบันระบบกฎหมายอิสลามหรือประเทศที่นำระบบกฎหมายอิสลามมาบังคับใช้ไม่สามารถหลีกเลี่ยงการนำนิติวิทยาศาสตร์มาใช้เป็นพยานผู้เชี่ยวชาญหรือพยานผู้ชำนาญการในศาลได้ เพราะในองค์ประกอบของคดีหรือกฎเกณฑ์เกี่ยวข้องกับหลักกฎหมายจำเป็นต้องพึ่งพานิติวิทยาศาสตร์ทั้งนี้เพื่อเป็นการรักษาความเป็นธรรมในสังคมกระบวนการยุติธรรมของอิสลามได้พัฒนาและสอดคล้องกับสังคมปัจจุบันได้อย่างไรนั้นจึงต้องทบทวนวรรณกรรมและเอกสารที่เกี่ยวข้องอย่างแน่นอนระบบกฎหมายอิสลามเริ่มตั้งแต่ท่านเราะฮ์ลุล ๕ รับโอองการมาเผยแผ่ เป็นบทบัญญัติที่มาจากอัลลอฮ์ ๕ ผู้ทรงประทานกฎหมายให้แก่มนุษย์ เพื่อความยุติธรรมในโลกนี้ แม้กระแสสังคมโลกและกระแสสังคมออนไลน์จะมองว่าป่าเถื่อนและโหดร้ายแต่กฎหมายอิสลามมีเจตนารมณ์เพื่อปกป้องศาสนาชีวิตร่างกายทรัพย์สิน สติปัญญา เกียรติยศและชื่อเสียงวงศ์ตระกูล และกฎหมายอิสลามได้ยืนหยัดท้าทายโลกและกฎหมายตระกูลอื่น ๆ ได้อย่างทรงงโดยมุ่งรักษาความสงบเรียบร้อยต่อสังคมส่วนรวม น่าแปลกที่เราจะพบว่าประเทศที่ปกครองด้วยกฎหมายอิสลาม จะมีอาชญากรรมน้อยกว่าประเทศที่ปกครองด้วยระบบกฎหมายที่ไม่ใช่กฎหมายอิสลาม (Secular Laws) ในปี ค.ศ. 2014 เปรียบเทียบเฉพาะประเทศซาอุดีอาระเบียอัตราการเกิดอาชญากรรมต่อประชากร 1,000 คน เท่ากับ

3.88 ครั้ง ในขณะที่ประเทศสหรัฐอเมริกาอัตราการเกิดอาชญากรรม 1,000 คน เท่ากับ 41.29 ครั้ง ทำให้เห็นตัวเลขในเชิงประจักษ์ว่าประเทศที่ปกครองโดยกฎหมายอิสลามมีสถิติการเกิดอาชญากรรมน้อยกว่าประเทศที่มีใช้กฎหมายอิสลามอย่างมีนัยยะสำคัญ⁵¹

3.1 ความหมายของกฎหมายอิสลาม

กฎหมายอิสลามหรือกฎหมายชะรีอะฮ์ (الشريعة) คือ ประมวลข้อปฏิบัติต่าง ๆ ของกฎหมายศาสนาของศาสนาอิสลาม คำว่า "ชะรีอะฮ์" แปลว่า "ทาง" หรือ "ทางไปสู่แหล่งน้ำ" กฎหมายชะรีอะฮ์คือโครงสร้างทางกฎหมายที่ครอบคลุมวิถีการดำเนินชีวิตของบุคคลและสาธารณชนที่มีพื้นฐานมาจากหลักนิติศาสตร์ (Jurisprudence) ของศาสนาอิสลามสำหรับใช้โดยมุสลิมกฎหมายชะรีอะฮ์ครอบคลุมด้านต่าง ๆ ของชีวิตประจำวันรวมทั้งระบบการปกครอง ระบบเศรษฐกิจ ระบบการดำเนินธุรกิจ ระบบการธนาคาร ระบบการทำสัญญา ความสัมพันธ์ในครอบครัว หลักของความสัมพันธ์ทางเพศ หลักการอนามัย และปัญหาของสังคม กฎหมายชะรีอะฮ์ในปัจจุบันเป็นกฎหมายศาสนาที่ใช้กันอย่างกว้างขวางที่สุดและเป็นกฎหมายที่ปรากฏบ่อยที่สุดของระบบกฎหมายของโลกพอ ๆ กับคอมมอนลอว์และซีวิลลอว์ ในช่วงยุคทองของอิสลาม กฎหมายอิสลามอาจถือว่ามีอิทธิพลต่อการวิวัฒนาการของคอมมอนลอว์ ซึ่งก็ทำให้มีอิทธิพลต่อการวิวัฒนาการของคอมมอนลอว์ระดับสถาบันต่าง ๆ นอกจากนี้คำสองคำดังกล่าวยังมีความหมายใกล้เคียงกับคำว่า “หุกุม” (كلمة) หรือ “ฟิกฮ์” (فقه) จึงมีความจำเป็นต้องทำความเข้าใจความหมายเกี่ยวกับเรื่องนี้อย่างถ่องแท้ทั้งในความหมายกฎหมายอิสลามในเชิงภาษาศาสตร์กฎหมายอิสลามในเชิงวิชาการ กล่าวโดยสรุปความหมายของกฎหมายอิสลาม จึงหมายถึง “โองการแห่งอัลลอฮ์ ﷻ และสุนนะฮ์ของศาสนทูตแห่งพระองค์ รวมทั้งข้อบัญญัติรายละเอียดที่ได้จากการวิเคราะห์วินิจฉัยของปวงปราชญ์ในส่วนที่เกี่ยวข้องการประพฤติปฏิบัติของมวลมนุษยชน ซึ่งมีลักษณะเป็นการกำหนดสิทธิ หน้าที่และกฎเกณฑ์ต่าง ๆ”

กฎหมายอิสลามจึงครอบคลุมถึงตัวบทอัลกุรอาน อัสสุนนะฮ์ และข้อบัญญัติที่ได้จากการวิเคราะห์ วินิจฉัยของบรรดานักปราชญ์มัซฮับต่าง ๆ เพียงแต่จำกัดเฉพาะส่วนที่เกี่ยวข้องพฤติกรรมและการกระทำต่าง ๆ ของบุคคล ไม่รวมถึงตัวบทอัลกุรอาน และอัสสุนนะฮ์ ที่เกี่ยวกับหลักการศรัทธา หลักจริยธรรม ประวัติศาสตร์ หรือความรื่นรมย์ในอนาคต เช่น วันสิ้นโลก การฟื้นคืนชีพ นรกและสวรรค์ จึงเกี่ยวข้องกับหัวข้อต่อไปนี้

⁵¹ <http://www.nationmaster.com/country-info/compare/Saudi-rabia/United-States/Crime>. สืบค้นเมื่อวันที่ 10 เมษายน 2559

3.2 อัลอะหฺกาม (الأحكام) และความหมายของอัลอะหฺกาม

3.2.1 อัลอะหฺกามเชิงภาษา

อัลอะหฺกามเป็นพหูพจน์ของอัลหฺกม (الحكم) ซึ่งแปลความว่า เป็นบทบัญญัติ เป็นการตัดสิน และการห้ามปราม

3.2.2 อัลอะหฺกามเชิงวิชาการ

หมายถึงบทบัญญัติคำสั่ง คำบังคับ ของอิสลามโดยมีที่มาจากกฎหมายหรือข้อบัญญัติของกฎหมายอิสลาม รวมถึงกฎเกณฑ์ต่างเพื่อมุ่งให้ทุกคนต้องปฏิบัติหรือละเว้นปฏิบัติอย่างมีระบบในตัวของมันเองอันมีที่มาจากอัลกุรอาน อัสนุนนะฮ์⁵²

และอัลลอฮ์ ﷻ ตรัสไว้ในกุรอานว่า

﴿قُلْ إِنِّي عَلَىٰ بَيِّنَةٍ مِّن رَّبِّي وَكَذَّبْتُمْ بِهِ مَا عِنْدِي مَا تَسْتَعْجِلُونَ بِهِ إِنِ الْحُكْمُ إِلَّا لِلَّهِ يَفْصُلُ الْحَقَّ وَهُوَ خَيْرُ الْفَاصِلِينَ﴾

(الأَنْعَام، آية : 57)

ความว่า “จงกล่าวเถิด (มุฮัมมัด) แท้จริงฉันอยู่บนหลักฐานอันชัดเจนจากพระเจ้าของฉัน ในขณะที่เดียวกันพวกเจ้าก็ปฏิเสธหลักฐานนั้นที่ฉันนั้นไม่มีสิ่งที่พวกเจ้าเร่งรีบดอกแท้จริงการชี้ขาดนั้นมีสิทธิของใครอื่นนอกจากเป็นสิทธิของอัลลอฮ์เท่านั้นโดยที่พระองค์จะทรงแจ้งความจริงและพระองค์เป็นผู้ที่เยี่ยมที่สุดในบรรดาผู้ชี้ขาด”

(อัล-อันอาม : อายะฮ์ 57)

อิบนุ กะษีร (Ibn Kathir, 2000, 5 : 245) ได้อธิบายเพิ่มเติมในอายะฮ์นี้ว่า อัลลอฮ์ ﷻ ได้แจ้งให้ท่านเราะสูล ﷺ ตระหนักว่า สิทธิในการชี้ขาดในเรื่องใดนั้นเป็นของอัลลอฮ์ ﷻ ไม่ได้เป็นของเราะสูล ﷺ และประโยคที่ว่า “แท้จริงฉันอยู่บนหลักฐานอันชัดเจนจากพระเจ้าของฉัน ...”) หมายความว่าฉันมีความเข้าใจที่ชัดเจนในกฎหมายของอัลลอฮ์ ﷻ ว่าเขาได้เปิดเผยให้ (แต่พวกเขา กลับปฏิเสธมัน) พวกเขาปฏิเสธหลักการที่มาจากอัลลอฮ์ ﷻ และอีกสุเราะฮ์หนึ่งบัญญัติว่า

﴿وَمَا اخْتَلَفْتُمْ فِيهِ مِنْ شَيْءٍ فَحُكْمُهُ إِلَى اللَّهِ ذَلِكُمُ اللَّهُ رَبِّي عَلَيْهِ تَوَكَّلْتُ وَإِلَيْهِ أَنِيبُ﴾

(الشورى، آية 10)

⁵²<http://:wikipedia:Islamic Legal Interpretation, Harvard University Press, 1996>

ความว่า “และอันใดที่พวกเจ้าขัดแย้งกันในเรื่องนั้นๆตั้งนั้นการชี้ขาดตัดสินย่อมกลับไปหาอัลลอฮ์ นั่นคืออัลลอฮ์พระเจ้าของฉันแต่พระองค์เท่านั้นฉันขอมอบหมายและยังพระองค์เท่านั้นฉันจะกลับไปหา”

(อิซซูรอ : อายะฮ์ 10)

เมื่อพิจารณาจากอายะฮ์ทั้งสองแล้วจะพบว่าหุกมนั้นเป็นของอัลลอฮ์ ﷻ องค์เดียวเท่านั้น ท่านเราะสูล ﷺ ได้นำมาเผยแพร่เพื่อให้ประชาชาติทั้งหลายได้ปฏิบัติโดยอาจจะเป็นพระวามะของท่านเราะสูล ﷺ และพระจริยวัตรวิถีปฏิบัติอันสวยงามของท่าน

3.3 ประเภทของอัล-อะหุกาม (الأحكام)

อัล-อะหุกามเป็นรูปพหูพจน์ของอัล-หุกม โดยทั่วไปบทบัญญัติแบ่งเป็นสองประเภทคือ อัลหุกม อัลตักลีฟีย (الحكم التكليفي) และอัลหุกม อัลวูฎีย (الحكم الوضي)

3.3.1 อัล-หุกม อัลตักลีฟีย

คือบทบัญญัติที่สั่งให้ (มุกัลลัฟ) ซื่อกำหนดบทบัญญัติกฎหมายที่มีลักษณะเนื้อหาบังคับ กระทำหรืองดกระทำ หรือให้เลือกระหว่างการกระทำกับการงดการกระทำบทบัญญัติแห่งกฎหมายอิสลามดังกล่าวจึงครอบคลุมการกระทำ 5 ลักษณะ ได้แก่

3.3.1.1 การกระทำที่จำเป็นต้องกระทำ เรียกว่า “วาญิบ” (واجب) คือบทบัญญัติที่กำหนดเด็ดขาดให้บุคคลปฏิบัติ (ما طلب الشارع من العبد فعله طلبا جازما)

สำนวนที่แสดงถึงกริยาบังคับ (Imperative mood : صيغة فعل الأمر) เช่น คำตรัสขององค์อัลลอฮ์ ﷻ ที่ว่า

﴿وَأَقِيمُوا الصَّلَاةَ وَآتُوا الزَّكَاةَ...﴾

(النساء ، من آية 27)

ความว่า “สุเจ้าทำการละหมาดและจงให้ทานซากาต”

(อันนิสาอ : อายะฮ์ 27)

จากคำตรัสของอัลลอฮ์ ﷻ นี้จะพบคำว่า (وَأَتُوا) กับ (أَقِيمُوا) แปลว่า “จงทำการ จงให้” ซึ่งเป็นสำนวนที่แสดงถึงกริยาบังคับให้ปฏิบัติตามและให้ทำ ส่วนคำว่า (الصَّلَاةُ ، الزَّكَاةُ) แปลว่า “ละหมาด , ทานซะกาต” ซึ่งเป็นกรรม (Passive) ที่บุคคลต้องกระทำ นั่นก็คือต้องละหมาด ต้องให้ทานซะกาต หากบุคคลใดที่เป็นผู้มีความสมบูรณ์ตามเงื่อนไขและลักษณะตามกฎหมายกำหนด จักต้องกระทำการละหมาด และจักต้องจ่ายซะกาต หากไม่แล้วถือว่าเป็นผู้ละเมิดกฎหมาย จะต้องถูก

ลงโทษด้วยการถูกขังจนถึงยอมกลับใจ⁵³ ปฏิบัติการละหมาด หากเป็นกรณีการละทิ้งการจ่ายชะกาต จะต้องถูกยึดทรัพย์ตามจำนวนที่ต้องจ่ายชะกาต หรือถูกปราบปรามจนถึงยินยอมจ่าย

สำนวนที่เป็นไวยากรณ์เกี่ยวกับปัจจุบันและอนาคตที่กำกับด้วยลามมุลอัมรี (ลามที่ให้ ความหมายบังคับ Obligatory particle) ตัวอย่างเช่น คำตรัสของอัลลอฮ์ที่ว่า

﴿...وَلِيَطُوفُوا بِالْبَيْتِ الْعَتِيقِ...﴾

(الحج، من آية 29)

ความว่า “...และสูเจ้าจงทำการเวียนรอบกะบะฮะฮ์.....”

(อัลหัจญ์ : ส่วนหนึ่งจากอายะฮ์ 29)

จากคำตรัสของอัลลอฮ์ ﷻ นี้จะพบ

คำว่า “ليطوفوا” แปลว่า “สูเจ้าจงทำการเวียน” ซึ่งประกอบด้วย 2 คำ กล่าวคือ ลามมุลอัมรี : ลามที่ให้ ความหมายบังคับให้กระทำ และคำว่า “يطوفوا” ซึ่งเป็นคำกริยา (Verb) ที่แสดง ถึงการกระทำในปัจจุบันหรืออนาคต

คำกริยาที่เกี่ยวกับปัจจุบันกาลและอนาคตเมื่อกำกับด้วยลามมุลอัมรี จัดอยู่ใน สำนวนบังคับจักต้องปฏิบัติตามอย่างเด็ดขาดแน่วแน่

โองการนี้เป็นบทกฎหมายที่แสดงถึงการทำฮัจญ์ (الحج) หรือ อุมเราะฮ์ (العمرة) มี องค์ประกอบสำคัญคือ จักต้องทำการเวียนรอบกะบะฮะฮ์ หากไม่กระทำถือว่าการทำฮัจญ์หรืออุมเราะฮ์ใช้ไม่ได้ และไม่เป็นที่ยอมรับของกฎหมาย

สำนวนที่แสดงถึงการเป็นลักษณะนามของกริยาบังคับ (Imperative Participle : اسم فعل الأمر)

ตัวอย่างเช่น คำตรัสขององค์อัลลอฮ์ ﷻ ที่ว่า (عليكم أنفسكم)

ความว่า “สูเจ้าจำต้องรับผิดชอบต่อการกระทำของตัวเอง”

จากคำตรัสของอัลลอฮ์ ﷻ นี้จะพบ

คำว่า “عليكم” แปลว่า “สูเจ้าจำต้องรับผิดชอบ” ซึ่งเป็นกริยาบังคับ (اسم فعل الأمر) ให้ปฏิบัติตามด้วยการรับผิดชอบ

คำว่า “أنفسكم” แปลว่า “ต่อการกระทำของตนเอง” เป็นกรรม (Passive) ที่บุคคล ต้องรับผิดชอบต่อการกระทำของตนเองในกรอบข้อกำหนดของกฎหมายทุกอย่าง

โองการนี้เป็นบทกฎหมายที่แสดงถึงหน้าที่ของการรับผิดชอบของบุคคลเมื่อได้ กระทำการใดๆแล้ว เขาก็ต้องรับผิดชอบต่อการกระทำนั้นๆ

⁵³ กลับใจทำการเตาบัต (Repentance)

สำนวนที่แสดงถึงการเป็นที่มาของคำที่เป็นตัวแทนของสำนวนกริยาบังคับ (المصدر
النائب عن فعل الأمر)

ตัวอย่างเช่น คำตรัสขององค์อัลลอฮ์ ที่ว่า

﴿... فإذا لقيتم الذين كفروا فضرب الرقاب...﴾

(مُحَمَّدٌ ، من آية 5)

ความว่า “เมื่อพวกเจ้าได้เผชิญกับปฏิเสธชน (ในภาวะสงคราม) ก็
จงฟันคอพวกเขาเสีย (ทำการสู้รบกับพวกเขา)”

(มุฮัมมัด : ส่วนหนึ่งจากอายะฮ์ 4)

จากคำตรัสของอัลลอฮ์ ﷻ นี้จะพบ

คำว่า “ضرب” แปลว่า “จงฟัน” เป็นที่มาของคำว่า يضرب ، يضرب ، يضرب ซึ่ง
เป็นคำเดิมหรือเป็นคำที่เป็นที่มาของคำกริยาต่างๆ ที่กล่าวถึงข้างต้นนี้ทำหน้าที่แทนคำกริยาบังคับ ซึ่ง
มีความหมายเดียวกันกับคำกริยาบังคับ นั่นก็คือ มีความหมายบังคับให้ทำ ซึ่งความหมายของ ضربใน
สำนวนนี้ก็คือ “จงตัด จงทำการรบ”

คำว่า “الرقاب” แปลว่า “คอ” ในที่นี้หมายถึง “คน” ที่เป็นผู้ปฏิเสธชน ซึ่งเป็นคำ
ขยายกรรม (คำสัมพันธ Possessive case) ที่อยู่ในสถานะของกรรม (Passive) โดยให้ความหมายว่า
เมื่อมุสลิมได้เผชิญกับปฏิเสธชนในภาวะสงครามก็จงฆ่าพวกนั้น หรือจงทำการรบกับพวกเขา

โองการนี้เป็นตัวบทกฎหมายที่แสดงถึงการทำการรบกับปฏิเสธชนในภาวะสงคราม
เป็นสิ่งบังคับกับมุสลิมทุกคน(ที่กฎหมายกำหนดลักษณะเฉพาะหรือกรณีเฉพาะ)จักต้องปฏิบัติตาม หา
ไม่แล้วถือว่าเป็นผู้ละเมิดกฎหมาย จักต้องรับโทษตามที่กฎหมายกำหนด

คำเฉพาะที่ให้ความหมายบัญชาให้ทำ (Obligation Word: لفظ الأمر) ซึ่งเป็นบท
กฎหมายที่ชัดเจนที่ให้ความหมายบังคับให้ทำตัวอย่างเช่น คำดำรัสขององค์อัลลอฮ์ที่กล่าวว่า

﴿... إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها...﴾

(النساء، من آية 58)

ความว่า “แท้จริงอัลลอฮ์ได้บัญชาสุเจ้าให้สุเจ้าจงมอบคืนบรรดาของ
ฝากแก่เจ้าของมัน”

(อัน-นินสาอ : ส่วนหนึ่งจากอายะฮ์ 58)

จากคำตรัสของอัลลอฮ์ ﷻ นี้จะพบ

คำว่า “يأمركم” แปลว่า “พระองค์ได้บัญชาสุเจ้า” ซึ่งคำว่า “يأمر” เป็นคำเฉพาะที่ให้
ความหมายบัญชาให้ทำ

คำว่า “**ك**” แปลว่า “**สูเจ้า**” ซึ่งเป็นกรรม (บุคคลที่ต้องปฏิบัติตาม) นั่นก็คือผู้รับ
ฝากของ

โองการนี้เป็นตัวบทกฎหมายที่กำหนดบังคับให้ผู้รับฝากของต้องส่งคืนของแก่
เจ้าของ เมื่อมีการร้องขอ หรือกรณีที่ต้องส่งคืนตามกำหนดอย่างสมบูรณ์ หากไม่แล้วจะถือว่าเป็นผู้
ละเมิดกฎหมายนี้ และจะต้องโทษตามที่กฎหมายได้กำหนดไว้

คำเฉพาะที่ให้ ความหมายบังคับ ถูกกำหนดเป็นคำที่แสดง ความหมายการบัญญัติเช่น
คำอัลอิญาบ (Ordainment : **الاجاب**) อัลฟารีฎอฮฺ (Ordinance : **الفريضة**) อัลกะต๊อบ (To draw up :
الكتب) ตัวอย่างเช่น คำดำรัสของค้ออัลลอฮฺที่กล่าวว่า

﴿ **كتب عليكم الصيام....** ﴾

(البقرة ، من آية 183)

ความว่า “การถือศีลอดนั้นได้ถูกกำหนดแก่พวกเจ้าแล้ว”

(อัล-บะเกาะรอฮฺ : ส่วนหนึ่งจากอายะฮฺ 183)

และคำดำรัสของพระองค์ที่ว่า

﴿ **...فريضة من الله....** ﴾

(النساء ، من آية 11)

ความว่า “.....ทั้งนี้เป็นบัญญัติที่มาจากอัลลอฮฺ.....”

(อันนิสาอ : ส่วนหนึ่งจากอายะฮฺ 11)

จากคำดำรัสของอัลลอฮฺ ﷻ นี้จะพบ

คำว่า “**كتب**” แปลว่า “**ถูกกำหนด**” และคำว่า “**فريضة**” ถูกบัญญัติ ซึ่งเป็นคำที่ให้
ความหมายวาญิบที่มีนัยแสดงถึงจักต้องปฏิบัติตามอย่างแน่วแน่เด็ดขาด

โองการเหล่านี้เป็นตัวบทกฎหมายที่แสดงถึงข้อกำหนด หรือบทบัญญัติที่มุสลิมทุก
คนต้องปฏิบัติตาม หากไม่แล้วถือว่าผิดกฎหมาย ต้องรับโทษตามที่กฎหมายกำหนด

ทุกสำนวนที่สื่อความหมายบังคับในภาษาอาหรับตัวอย่างเช่นพระดำรัสของอัลลอฮฺ
ในกุรอานที่กล่าวว่า

﴿ **...ولله على الناس حج البيت...** ﴾

(آل عمران ، من آية 97)

ความว่า “และเป็นสิทธิของอัลลอฮฺเหนือมนุษย์นั่นคือ เขาจำต้องไป

แสวงบุญ ณ บ้านหลังนั้น (กะบะฮฺที่มักกะฮฺ)”

(อาละอิมรอน : ส่วนหนึ่งจากอายะฮฺ 97)

จากคำตรัสของอัลลอฮฺ ﷻ นี้จะพบ

คำว่า “ﷻ” แปลว่า “และเป็นสิทธิของอัลลอฮฺ” และคำว่า “على الناس” แปลว่า “เหนือมนุษย์” ความหมายเชิงเกณฑ์กำหนดบังคับให้ต้องปฏิบัติตาม

คำว่า “حج البيت” ซึ่งเป็นเป้าหมายของสำนวนนี้ นั่นก็คือ ทุกคนที่เป็นมุสลิม หากมีความสามารถตามที่กฎหมายกำหนดแล้วเขาจำต้องไปแสวงบุญ ณ นครเมกะฮ์ หากไม่แล้วจะถือว่าเขามีความผิดฐานละเลยต่อหน้าที่

สำนวนที่แสดงถึงการกำหนดบทลงโทษและประณามผู้ละเมิดตัวอย่างเช่นพระดำรัสของอัลลอฮฺ ﷻ ในกรูอานกล่าวว่า “

﴿ فليحذر الذين يخالفون عن أمره أن تصيبهم فتنة أو يصيبهم عذاب أليم ﴾

(النور، آية 63)

ความว่า “ตั้งนั้นบรรดาผู้ที่ฝ่าฝืนคำสั่งของเขา (มุฮัมมัด) จงระวังตัวเถิดว่า เคราะห์กรรมจะเกิดขึ้นแก่พวกเขา หรือว่า การลงโทษอันเจ็บปวดจะเกิดขึ้นแก่พวกเขาเช่นกัน”

(อันนุร : อายะฮ์ 63)

จากคำตรัสของอัลลอฮฺ ﷻ นี้จะพบ

คำว่า “فليحذر” มีความหมายว่า “จงระวัง” ซึ่งเป็นการเตือนเพื่อไม่ให้สิ่งที่ถูกเตือนนั้นเกิดขึ้น

คำว่า “الذين يخالفون عن أمره” มีความหมายว่า “ผู้ที่ละเมิดคำสั่งของท่านศาสดา” ซึ่งเป็นสำนวนที่ประกอบด้วย 2 แง่มุม กล่าวคือ

1. แง่มุมผู้ที่ถูกเตือน กล่าวคืออย่าเป็นผู้ละเมิด
2. แง่มุมสิ่งที่ถูกเตือน กล่าวคือละเมิดคำสั่งของท่านศาสดา

คำว่า “أولئك الذين يخالفون عن أمره” แปลว่า “จะต้องได้รับโทษที่สาสม” ซึ่งเป็นการประณามและกำหนดบทลงโทษสำหรับผู้ที่มีพฤติกรรมละเมิดคำสั่งของศาสดา

โองการนี้เป็นตัวบทกฎหมายที่แสดงถึงการบังคับไม่ให้ละเมิดคำสั่งของท่านศาสดา หากไม่แล้วจะต้องรับโทษและต้องถูกประณาม

3.3.1.2 ประเภทของวาญิบ

วาญิบหรือข้อกำหนดกฎหมายที่บังคับให้ปฏิบัติโดยแน่นอนเด็ดขาด มี 4 ประเภทคือ

- ก. ลักษณะวาญิบที่คำนึงถึงผู้กระทำ
- ข. ลักษณะวาญิบที่คำนึงถึงสิ่งที่ต้องกระทำ
- ค. ลักษณะวาญิบที่คำนึงถึงเงื่อนไขเวลา

ง. ลักษณะวาญิบที่ค้ำนึ่งถึงปริมาณการกระทำ

ก. ลักษณะวาญิบที่ค้ำนึ่งถึงผู้กระทำ (الواجب بإعتبار فاعله)

หากค้ำนึ่งถึงผู้ที่ต้องกระทำหรือผู้ที่ถูกบังคับให้กระทำวาญิบนั้นก็จะแบ่งเป็น สองลักษณะ กล่าวคือ ลักษณะวาญิบอัยนีย์ (Individual obligation : الواجب العيني) และลักษณะวาญิบกีฟาอีย์ (Collective obligation : الواجب الكفائي)

1). ลักษณะวาญิบอัยนีย์ (Individual obligation : ข้อกำหนดสำหรับปัจเจกชน)

คือลักษณะข้อกำหนดบทบัญญัติกฎหมายที่สั่งให้ผู้บรรลุดุสตาสนภาวะทุกคนจะต้องปฏิบัติตาม ตัวอย่างเช่น การละหมาด 5 เวลาในหนึ่งวันการถือศีลอดในเดือนเราะมะฎอน ซึ่งทุกคนที่เป็นผู้บรรลุดุสตาสนภาวะ หากครบเงื่อนไขและไม่มีอุปสรรคเขาต้องปฏิบัติทำตามโดยไม่มีข้อยกเว้น และเป็นภาระที่ต้องกระทำโดยที่คนอื่นทำแทนไม่ได้

2). ลักษณะวาญิบกีฟาอีย์ (Collective obligation : ข้อกำหนดโดยส่วนรวม)

คือลักษณะข้อกำหนดบทบัญญัติกฎหมายที่สั่งให้ผู้บรรลุดุสตาสนภาวะโดยส่วนรวมกระทำ แต่มีใช้ทุกๆ คน หากผู้บรรลุดุสตาสนภาวะบุคคลใดหรือกลุ่มใดได้กระทำไปแล้วก็จะทำให้ผู้อื่นหมดภาระไปด้วย แต่ถ้าหากไม่มีบุคคลใดหรือกลุ่มใดกระทำ ทุกคนก็ต้องรับภาระและต้องรับบาป เพราะวัตถุประสงค์ของข้อกำหนดลักษณะวาญิบกีฟาอีย์ คือ ต้องการให้มีการกระทำโดยไม่ค้ำนึ่งถึงผู้กระทำ

ตัวอย่างเช่น การประกอบอาชีพที่มีความจำเป็นต่อสังคม เช่น แพทย์ ช่างรองเท้า ช่างตัดผม และเช่น การทอสลาม การช่วยเหลือผู้จมน้ำ การละหมาดญานาซะฮฺ เป็นต้น

ข. ลักษณะวาญิบที่ค้ำนึ่งถึงสิ่งที่ต้องกระทำ (الواجب بإعتبار الفعل المكلف به)

ถ้าหากค้ำนึ่งถึงลักษณะสิ่งที่ต้องกระทำแล้วก็จะแบ่งเป็นวาญิบให้ทำในสิ่งที่มีลักษณะแน่นอน (الواجب للمعين) และวาญิบที่ให้มีโอกาสเลือกทำสิ่งใดสิ่งหนึ่งในจำนวนหลายสิ่ง (الواجب المخير)

1). ลักษณะวาญิบให้ทำในสิ่งที่มีแน่นอน (Clear Obligation : ข้อกำหนดให้ทำใน

สิ่งที่มีลักษณะแน่นอน) คือตัวบทกฎหมายที่มีลักษณะกำหนดให้ทำในสิ่งที่มีลักษณะแน่นอน เช่น ให้ละหมาดห้าเวลาในหนึ่งวัน ให้ถือศีลอดในเดือนรอมฎอนตลอดทั้งเดือน

2). ลักษณะวาญิบที่ให้เลือกทำสิ่งใดสิ่งหนึ่งในหลายสิ่ง (Optional Obligation :

ข้อกำหนดบังคับเลือก) คือตัวบทกฎหมายที่มีลักษณะกำหนดให้เลือกทำสิ่งหนึ่งสิ่งใดในหลายๆ สิ่งที่กำหนดได้กำหนดไว้ ตัวอย่างเช่น การจ่ายกัฟวาเราะฮฺ (Penance : การชดเชยความผิด) เพราะผิดคำสาบาน ตัวอย่างเช่น คำรัสของอัลลอฮฺในกุรอานที่กล่าวว่า :

﴿ لا يؤاخذكم الله باللغو في أيمانكم ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الأيمان
فكفارته اطعام عشرة مساكين من أوسط ما تطعمون أهليكم أو كسوتهم
أو تحرير رقبة فمن لم يجد فصيام ثلاثة أيام ﴾

(المائدة ، آية 89)

ความว่า “อัลลอฮ์ไม่ทรงเอาผิดพวกเจ้า เพราะการสาบานที่ไม่ตั้งใจของพวกเจ้า แต่พระองค์ทรงเอาผิดพวกเจ้าเพราะสิ่งที่พวกเจ้าได้ตั้งใจผูกพันการสาบาน ดังนั้นการไถ่ความผิดของมันนั่นคือ การให้อาหารแก่คนอนาถาสิบคนจากระดับปานกลางที่พวกเจ้าให้แก่ครอบครัวของพวกเจ้า หรือเครื่องนุ่งห่มของพวกเจ้า หรือการปล่อยทาสเป็นอิสระ ถ้าผู้ใดไม่มีก็ต้องถือศีลอดสามวัน”

(อัลมาอิดะฮ : อายะฮ 89)

โองการนี้เป็นตัวบทกฎหมายที่มีลักษณะกำหนดให้ผู้ละเมิดคำสาบานของตนเอง ให้ต้องชดเชยด้วยการเลือกกระทำ ระหว่างการให้อาหารแก่คนอนาถาสิบคน หรือการให้เครื่องนุ่งห่มแก่คนอนาถาสิบคน หรือการปล่อยทาส ให้เลือกทำอย่างใดอย่างหนึ่งระหว่างสามอย่างดังกล่าว หากไม่สามารถก็ให้ถือศีลอดสามวัน

ค. ลักษณะวาญิบที่ค้ำึงถึงเงื่อนไข (الواجب بإعتباروقته الذي يقع فيه)

ถ้าหากค้ำึงถึงลักษณะเวลาของการกระทำที่เป็นวาญิบแล้ว ก็จะแบ่งเป็นลักษณะวาญิบแบบไม่มีเงื่อนไข (واجب مطلق) และลักษณะวาญิบแบบมีเงื่อนไขเวลา (واجب مؤقت)

1). ลักษณะวาญิบแบบไม่มีเงื่อนไขเวลา (Absolute obligation)

คือ ตัวบทกฎหมายที่สั่งให้กระทำอย่างแน่วแน่มิได้กำหนดลักษณะกรอบระยะเวลาไว้จะกระทำเมื่อไรก็ได้ ตัวอย่างเช่น การจ่ายกัฟฟาระฮุ (Penance: การชดเชยความผิด) จากการผิดคำสาบาน ซึ่งมีลักษณะการให้เลือก 4 อย่าง กล่าวคือให้อาหาร หรือให้เครื่องนุ่งห่ม หรือให้ปล่อยทาส หรือให้ถือศีลอด ซึ่งไม่ได้มีการระบุเวลาที่ชัดเจนในตัวบทกฎหมาย สามารถจะกระทำเมื่อไรก็ได้ หากผู้ละเมิดคำสาบานมีความประสงค์ที่ต้องการจะชดเชยความผิดหลังจากได้กระทำการละเมิดต่อคำสาบานโดยทันทีก็เป็นสิ่งที่พึงกระทำได้ หรือมีความประสงค์ที่ต้องการจะชดเชยความผิดด้วยการยึดระยะเวลาต่อไปโดยไม่กำหนดก็เป็นสิ่งที่พึงกระทำได้ แต่สิ่งที่ต้องค้ำึงถึง คือการเป็นไปได้อหากเขาเสียชีวิต เขาต้องรับผิดชอบ (บาป) ต่อสิ่งที่เขายังไม่ได้ทำการชดเชย

2). ลักษณะวาญิบแบบมีเงื่อนไขเวลา (Obligation which is contingent on a time-limit) คือตัวบทกฎหมายที่กำหนดให้บุคคลกระทำอย่างแน่วแน่มิได้กำหนดลักษณะกรอบระยะเวลาไว้อย่างแน่นอน ตัวอย่างเช่น การละหมาด 5 เวลาในหนึ่งวัน ซึ่งทุก ๆ การละหมาด 5 เวลานั้น จะมีระยะเวลาที่กำหนดโดยตัวบทกฎหมายอย่างแน่นอน จะกระทำก่อนหรือหลังเวลาที่กำหนดไว้ไม่ได้ตัวบทกฎหมายที่กำหนดลักษณะการกระทำของบุคคลอย่างแน่วแน่มิได้มีลักษณะเงื่อนไขเวลาที่แน่นอน แบ่งออกเป็น 2 ประเภท กล่าวคือ ลักษณะวาญิบที่มีช่วงเวลายาว (واجب موسع) ลักษณะวาญิบที่มีช่วงเวลากัด (واجب مضيق)

3). ลักษณะวาญิบที่มีช่วงเวลายาว (Expander obligation)

คือ ตัวยกกฎหมายที่มีลักษณะกำหนดให้บุคคลจะต้องกระทำอย่างแน่แน่ว ในช่วงเวลาที่ยาวเกินกว่าเวลาที่ต้องการใช้จริงในการกระทำสิ่งวาญิบนั้นๆ โดยที่สามารถจะกระทำศาสนกิจอื่นๆที่คล้ายกันในช่วงเวลาที่ถูกกำหนดได้ ตัวอย่างเช่น การละหมาดซุฮูรีย์ ได้ถูกกำหนดให้พึงกระทำได้ในช่วงเวลาประมาณ 12.30 - 15.30 นาฬิกา หรือประมาณ 3 ชั่วโมง ซึ่งการกระทำการละหมาดซุฮูรีย์จริงๆ แล้วใช้เวลาประมาณ 5-7 นาที และในช่วงเวลาที่เหลือก็สามารถทำการละหมาดอื่นๆ ได้ โดยมีได้จำกัดว่าต้องกระทำละหมาดซุฮูรีย์อย่างเดียว หากแต่สามารถทำการละหมาดสุนัตต่างๆอีกได้

4). ลักษณะวาญิบที่มีช่วงเวลากำกัด (Restricted obligation)

คือตัวยกกฎหมายที่มีลักษณะกำหนดให้บุคคลจะต้องกระทำอย่างแน่แน่วในช่วงเวลาที่ถูกจำกัด อย่างพอดีกับการกระทำวาญิบนั้นๆ โดยที่ไม่สามารถจะกระทำศาสนกิจอื่นๆที่คล้ายกันในช่วงเวลาที่ถูกกำหนดไว้ ตัวอย่างเช่น การถือศีลอดในเดือนรอมฎอน ซึ่งเป็นวาญิบที่มีลักษณะถูกกำหนดในช่วงเวลาอย่างจำกัด เพราะช่วงเวลาที่กำหนดให้บุคคลกระทำการถือศีลอดในเดือนรอมฎอนนั้นไม่สามารถทรกศาสนกิจอื่นๆที่คล้ายกัน เช่น การถือศีลอดชดเชย (صوم قضاء) หรือการถือศีลอดนาซร์ (صوم نذر) ได้

อนึ่ง การปฏิบัติศาสนกิจวาญิบที่มีเงื่อนไขเวลา หากทำการภายในเวลาของมันจะเรียกว่า “อาดออ” (Performance: أداء) และหากกระทำหลังเวลาของมันแล้วจะเรียกว่า “เกาะฎออ” (Making up for a missed worship : قضاء)

ง. ลักษณะวาญิบที่คำนึงถึงปริมาณการกระทำ (الواجب باعتبار تقديره وتحديدہ بحد معين)

ถ้าหากคำนึงถึงปริมาณที่จะต้องทำแล้วก็จะแบ่งวาญิบที่มีปริมาณที่แน่นอน (واجب) และวาญิบที่มีปริมาณที่ไม่แน่นอน (واجب غير عدد)

1). ลักษณะวาญิบที่มีปริมาณที่แน่นอน (Quantified Obligation) คือตัวยกกฎหมายที่มีลักษณะกำหนดให้บุคคลกระทำอย่างแน่แน่วโดยมีลักษณะการกำหนดกรอบปริมาณ และวิธีการไว้อย่างแน่นอน หากไม่กระทำตามกรอบปริมาณ หรือวิธีการที่ถูกกำหนด จะถือว่าการกระทำของบุคคลนั้นไม่สมบูรณ์ และยังไม่หลุดพ้นจากภาระ (لا تبرأ ذمة المكلف) ตัวอย่างเช่นการละหมาด 5 เวลา ได้ถูกกำหนดด้วยลักษณะปริมาณเราะกาอ์ที่แน่นอน ในเวลาที่แน่นอน และด้วยลักษณะเงื่อนไขที่แน่นอน ซึ่งหากไม่กระทำตามลักษณะปริมาณเราะกาอ์ที่ถูกกำหนดมา จะถือว่าการละหมาดนั้นไม่สมบูรณ์ ไม่ถูกต้อง และการละหมาดนั้นก็ยังคงอยู่ในภาระของบุคคลดังกล่าว ซึ่งจำต้องกระทำใหม่ให้ถูกต้อง จึงจะถือว่าภาระนั้นได้หมดไป

2). ลักษณะวาญิบที่มีปริมาณที่ไม่แน่นอน (Unqualified Obligation) คือตัวบทกฎหมายที่มีลักษณะสั่งให้บุคคลกระทำอย่างแน่วแน่ โดยมีได้กำหนดลักษณะกรอบปริมาณที่แน่นอน ตัวอย่างเช่น การใช้จ่ายในหนทางของอัลลอฮ์ ﷺ การช่วยเหลือในการกระทำความดี การให้อาหารแก่ผู้ที่กำลังหิวโหยโดยมิได้กำหนดว่าจะต้องให้เท่าไร ทั้งนี้เพราะจะแตกต่างกันตามสภาพของผู้ที่ต้องการและผู้ที่มีหน้าที่ต้องกระทำ ซึ่งการกระทำวาญิบที่มีปริมาณที่ไม่แน่นอนนี้ หากบุคคลใดได้กระทำไปในขอบเขตที่ได้ชื่อว่าเป็นผู้กระทำวาญิบแล้ว ส่วนที่เกินขอบเขตจากวาญิบนั้นถือว่าเป็นสุนัตเขาจะกระทำหรือไม่กระทำก็ได้โดยที่ไม่ถือว่าอยู่ในภาระของเขา

3.3.1.3 การกระทำที่จำเป็นต้องละเว้น เรียกว่า “หะรอม (حرام)” คือบทบัญญัติที่กำหนดเด็ดขาดให้บุคคลงดเว้นกระทำ

ماطلب الشارع من العبد الكف عن فعله طلبا جازما

“บทกฎหมายที่กำหนดบังคับให้บุคคลงด ละเว้น ไม่กระทำโดยแน่วแน่เด็ดขาด”

-สำนวนกฎหมายที่กำหนดบังคับให้งด ละเว้น ไม่ให้กระทำโดยแน่วแน่เด็ดขาด (Forms of prohibition) คือสำนวนที่แสดงถึงการห้ามไม่ให้กระทำหรือประพฤติดะเมิดต่อสิ่งต้องห้าม ซึ่งมีดังต่อไปนี้

-คำกริยาที่แสดงถึงการกระทำปัจจุบันหรืออนาคตที่ขึ้นหน้าด้วย “ลาอันนาฮียะฮ์” (Prohibitive particle : لا الناهية) ซึ่งเป็นคำที่แสดงถึงการห้ามไม่ให้กระทำตัวอย่างเช่นพระดำรัสของอัลลอฮ์ ﷻ ในอัลกุรอานที่กล่าวว่า :

﴿ فلاتقل لهما أف ولا تنهرهما ... ﴾

(الإسراء ، من آية 23)

ความว่า : “ตั้งนั้นผู้เจ้าอย่ากล่าวแก่ทั้งสองว่าอูฟ (แทนการแสดงถึงความไม่พอใจ) และจงอย่าขู่เข็ญท่านทั้งสอง”

(อัลอิสรออ : ส่วนหนึ่งจากอายะฮ์ 23)

และพระดำรัสของอัลลอฮ์ ﷻ ที่กล่าวว่า :

﴿ ولا تقتلوا اولادكم خشية إملاق ﴾

(الإسراء ، من آية 23)

ความว่า : “และพวกเจ้าอย่าฆ่าลูกๆของพวกเจ้าเพราะกลัวความยากจน”

(อัลอิสรออ : ส่วนหนึ่งจากอายะฮ์ 31)

และพระดำรัสของอัลลอฮ์ ﷻ ที่กล่าวว่า :

﴿ ولا تقربوا الزنا إنه كان فاحشة وساء سبيلا ﴾

(الإسراء ، آية 32)

ความว่า : “และพวกเจ้าอย่าเข้าใกล้การผิดประเวณีแท้จริงมันเป็นการลามกและทางอันชั่วช้า”

(อัลอิสรอฮฺ : อายะฮฺ 32)

จากคำตรัสของอัลลอฮฺ ﷻ นี้จะพบ

1.) คำว่า " فلا تقل لهما " แปลว่า “ตั้งนั้นสุเจ้าจงอย่ากล่าวคำว่าอุฟ และคำว่า “ ولا تقتلوا ” แปลว่า “และสุเจ้าอย่าฆ่า” และคำว่า “ ولا تقربوا ” แปลว่า “สุเจ้าอย่าเข้าใกล้” ล้วนแต่เป็นคำกริยาที่แสดงถึงการกระทำในปัจจุบันหรือการกระทำในอนาคตที่ขึ้นหน้าด้วย " لا اله الا الله " ซึ่งเป็นหนึ่งในสำนวนที่แสดงถึงการห้ามไม่ให้กระทำหรือทำการละเมิดต่อสิ่งที่ต้องห้าม

2.) คำว่า “ لهما ” แปลว่า “แก่ท่านทั้งสอง (บิดาและมารดา) และคำว่า “ بغير ” “การผิดประเวณี” ล้วนเป็นสิ่งต้องห้ามไม่ให้บุคคลใดละเมิดหรือกระทำโดยเด็ดขาด ซึ่งโองการที่หนึ่งเป็นบทกฎหมายที่ห้ามไม่ให้ทำร้ายจิตใจพ่อแม่อย่างเด็ดขาด โองการที่สองเป็นการห้ามการฆ่าลูกโดยเด็ดขาด และโองการที่สามเป็นบทกฎหมายที่ห้ามมิให้ทำการผิดประเวณีอย่างเด็ดขาด

3.) กริยาคำสั่งที่ให้ความหมายให้งด ละเว้น และให้หลีกเลี่ยง ตัวอย่างเช่น พระดำรัสของอัลลอฮฺ ﷻ ในอัลกุรอานที่กล่าวว่า

﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالْأَنْصَابُ وَالْأَزْلَامُ رِجْسٌ مِّنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمْ تَفْلَحُونَ ﴾
(المائدة ، آية 90)

ความว่า : “ศรัทธาชนทั้งหลาย แท้จริงสุรา การพนัน แท่นหินสำหรับเชือดสัตว์บูชาญ และการเล่นตั้งนั้น เป็นสิ่งโสมนอนเกิดจากการกระทำของชัยฏอน ตั้งนั้นพวกเจ้าจงห่างไกลจากมันเสีย เพื่อว่าพวกเจ้าจะได้รับความสำเร็จ”

(อัลมาอิดะฮฺ : อายะฮฺ 90)

จากคำตรัสของอัลลอฮฺ ﷻ นี้จะพบ

1.) คำว่า “ فَاجْتَنِبُوهُ ” แปลว่า “ ตั้งนั้นพวกเจ้าจงห่างไกลจากมันเสีย ” เป็นคำกริยาที่แสดงถึงการสั่งให้หลีกเลี่ยง ซึ่งเป็นหนึ่งในสำนวนที่แสดงถึงการห้ามไม่ให้กระทำการละเมิดต่อสิ่งที่ต้องห้ามในโองการนี้

2.) การดื่มสุราหรืออะไรก็ตามที่เกี่ยวข้องกับสุราเป็นสิ่งต้องห้ามอย่างเด็ดขาด การพนันและอะไรที่เกี่ยวข้องกับการพนันเป็นสิ่งต้องห้ามอย่างเด็ดขาดด้วยบทกฎหมายนี้ สัตว์ที่เชือดในสถานที่บูชาญการเล่นตั้ง เป็นสิ่งที่ต้องห้ามอย่างเด็ดขาดด้วยบทกฎหมายนี้

3.) สำนวนที่แสดงถึงการปฏิเสธการอนุมัติหรือไม่อนุญาตให้กระทำ

ตัวอย่างเช่นพระวณะของท่านเราะสูล ﷺ ที่ว่า

((لا يجل دم امرئ مسلم إلا بأحدى ثلاث.....))

(أخرجه بخاري : 6878 ومسلم : 1676)

ความว่า : “เลือดของมุสลิมคนใดคนหนึ่งจะไม่ใช่ที่อนุมัติ เว้นแต่หากอยู่ในกรณีหนึ่งในสามต่อไปนี้.....”

(บันทึกโดยบุคอรี : 6878 และมุสลิม : 1676)

จากพระวณะของท่านเราะสูล นี้จะพบคำว่า “لا يجل” แปลว่า “ไม่ใช่ที่อนุมัติ” แสดงถึงการห้ามและไม่อนุญาตให้เกิดการสังเวยเลือดของมุสลิม เว้นแต่ในกรณีเฉพาะที่กล่าวถึง ซึ่งสำนวนการปฏิเสธการอนุมัติเป็นสำนวนหนึ่งของการห้ามไม่ให้ละเมิดหรือกระทำการต่อสิ่งต้องห้ามดังกล่าว

4.) สำนวนที่ใช้คำว่า "حرام ، تحريم" ที่ให้ความหมายต้องห้ามในตัวของมันเอง

ตัวอย่างเช่น พระดำรัสของอัลลอฮ์ ﷻ ในอัลกุรอานที่กล่าวว่า

﴿ حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير... ﴾

(المائدة ، من آية 3)

ความว่า : “ได้ถูกห้ามแก่พวกเจ้าซึ่งสัตว์ที่ตายเองและเลือดและเนื้อสุกร...”

(อัลมาอิดะฮ์ : ส่วนหนึ่งจากอายะฮ์ 3)

จากคำตรัสของอัลลอฮ์ นี้จะพบ

ก. คำว่า : “حرمت” แปลว่า “ได้ถูกห้าม” ซึ่งคำนี้โดยตัวของมันเองแสดงถึง

ความหมาย

การห้ามไม่ให้ละเมิด

ข. สัตว์ที่ตายเอง เลือด และสุกร เป็นสิ่งต้องห้ามอย่างเด็ดขาด มุสลิมไม่สามารถบริโภคได้

ด้วยบทกฎหมายนี้

5.) สำนวนที่แสดงถึงผลตอบแทนของการกระทำนั้นจะต้องได้รับโทษ

ตัวอย่างเช่นพระดำรัสของอัลลอฮ์ ﷻ ที่ตรัสว่า

﴿ السارق والسارقة فاقطعوا أيديهما جزاء بما كسبا نكالا من الله والله عزيز حكيم ﴾

(المائدة. آية 34)

ความว่า : “และขโมยชายและขโมยหญิงนั้นจงตัดมือของเขาทั้งสองคน ทั้งนี้เพื่อเป็นการตอบแทนในสิ่งที่ทั้งสองนั้นได้แสวงหาไว้ และ

เพื่อเป็นเยี่ยงอย่างการลงโทษจากอัลลอฮ์ และอัลลอฮ์นั้นทรงเดชานุภาพ ทรงปรีชาญาณ”

(อัลมาอิดะฮ์ : อายะฮ์ 34)

จากคำตรัสของอัลลอฮ์ ﷻ นี้จะพบ

ก. คำว่า “السارق” และคำ “السارقة” แปลว่า “ผู้ขโมยชายและผู้ขโมยหญิง” ซึ่งเป็นลักษณะเฉพาะของคนที่เอาสิ่งของผู้อื่นที่เก็บไว้ในสถานที่สมควร โดยไม่ได้รับอนุญาต และไม่มีกรณียกเว้น

ข. ที่ลักษณะเฉพาะข้างต้น นั่นก็คือเป็นผู้ขโมยจะเป็นชายหรือหญิงก็ตาม

ค. สำนักบทกฎหมายนี้ได้กำหนดบทลงโทษสำหรับผู้ที่มีลักษณะเป็นผู้ขโมย ซึ่งด้วยบทลงโทษดังกล่าวแสดงให้เห็นว่าการขโมยนั้นเป็นการกระทำที่ต้องห้ามอย่างเด็ดขาด

3.3.1.4 การกระทำที่สมควรกระทำ เรียกว่า “มันดูบ”(مندوب) คือบทบัญญัติที่ส่งเสริมให้บุคคลพึงกระทำ

ก. ความหมายของอัลมันดูบ คือ

“ما طلب الشارع من العبد فعله طلبا غير جازما”

“ข้อกำหนดบทบัญญัติกฎหมายอิสลามที่มีลักษณะกำหนดบังคับให้บุคคลกระทำอย่างไม่เด็ดขาด” หรือ ในอีกความหมายหนึ่งคือ “ข้อกำหนดบทบัญญัติกฎหมายอิสลามที่ลักษณะส่งเสริมสนับสนุนให้บุคคลกระทำโดยการกำหนดผลตอบแทนในการกระทำนั้นๆ และจะไม่มี การลงโทษหากมิได้กระทำ”

ข. สำนักกฎหมายที่มีลักษณะแสดงถึงการบังคับปฏิบัติโดยไม่เด็ดขาด (Forms of recommendation: صيغ المندوب) มีดังต่อไปนี้

1). สำนักที่มีลักษณะแสดงถึงกริยาบังคับให้กระทำ (Imperative mood) เมื่อมีหมายบ่งบอก (Indication: قرينة) ถึงการเปลี่ยนสถานะจากวาญิบเป็นมันดูบ เช่น มีหลักฐานอื่นที่มาจากอัลกุรอานหรือสุนนะฮ์ที่แสดงถึงการเปลี่ยนสถานะดังกล่าว ตัวอย่างเช่น คำดำรัสของอัลลอฮ์ ที่กล่าวว่า

﴿ إذا تدابنتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه ﴾

(البقرة ، آية 282)

ความว่า “เมื่อสูเจ้าทำการกู้ยืมหนี้สิน โดยมีการกำหนดเวลาที่แน่นอน พวกเจ้าจงทำบันทึกมันไว้”

(อัลบะกอเราะฮ์ : อายะฮ์ 282)

ในอายะฮ์อื่น ๆ อัลลอฮ์ ได้ตรัสว่า

﴿ فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُكُمْ بَعْضًا فَلْيُؤَدِّ الَّذِي أُؤْتِنَتْهُ أَمَانَتَهُ وَلْيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ ﴾

(البقرة، آية 283)

ความว่า: “หากต่างฝ่ายต่างไว้วางใจซึ่งกันและกัน ลูกหนี้ผู้ได้รับความไว้วางใจก็ต้องชำระหนี้สินที่เขาได้รับความไว้วางใจเสีย และเขาจงอย่าเกรงต่ออัลลอฮ์ผู้ทรงเป็นผู้อภิบาลของเขา”

(อัลบะเกาะรอฮฺ : อายะฮ์ 283)

จากอายะฮ์ดังกล่าวจะพบ

คำว่า “فاكتبوه” แปลว่า “พวกเจ้าจงทำบันทึกมันไว้” เป็นสำนวนบังคับให้กระทำ ซึ่งเป็นคำสั่งให้บันทึกสัญญากู้ยืมที่ตามหลักแล้ว ถือเป็นวาญิบ

อายะฮ์ที่สอง แสดงถึงความไม่จำเป็นต้องทำการบันทึก หากต่างฝ่ายต่างไว้วางใจซึ่งกันและกัน เพราะโดยหน้าที่แล้วต้องชำระหนี้สินของเขาตามมารยาทที่เขาได้รับความไว้วางใจ

คำสั่งในโองการแรกที่เป็นวาญิบได้ถูกเปลี่ยนสถานะจากวาญิบเป็นมันดูบ โดยโองการที่สองเป็นหมายบ่งบอก (قريب) ว่าคำสั่งในโองการแรกนั้นไม่ได้ให้ความหมายของวาญิบโดยแท้ แต่ความหมายของมันคือมันดูบ ซึ่งหาไม่แล้วก็จะเกิดข้อขัดแย้งระหว่างความหมายคำสั่งบังคับในโองการแรก กับความหมายเชิงอนุญาตในโองการที่สอง

2). สำนวนที่บ่งบอกถึงการเป็นสุนตส่งเสริมให้กระทำ

ตัวอย่างเช่น คำกล่าวของท่านเราะซูลที่มีความว่า “ฉันได้ทำแบบอย่างแก่สุเจ้า การกียามุลลัย การละหมาดกลางคืนในเดือนเราะมะฎอน”

3). สำนวนที่บ่งบอกถึงการกระทำดีกว่าการละทิ้ง

ตัวอย่างเช่น คำกล่าวของท่านรอซูลที่กล่าวถึงการอาบน้ำในวันศุกร์โดยมีความว่า “ใครอาบน้ำ (วันศุกร์) แน่แท้การอาบน้ำย่อมประเสริฐกว่า”

4). ทุกสำนวนที่ให้ความหมายถึงการส่งเสริมให้กระทำ

ตัวอย่างเช่น คำกล่าวของท่านรอซูลที่เกี่ยวกับการแปลงฟันทุกครั้งทีละหมาด ที่มีความว่า “หากไม่เป็นสิ่งที่ลำบากแก่ประชาชาติของฉันแล้ว แน่อนฉันจะสั่งให้พวกเขาแปรงฟันทุกครั้งที่เขาละหมาด”

3.3.1.5 การกระทำที่สมควรละเว้น เรียกว่า “มักรุธ”(مكروه) คือบทบัญญัติที่ไม่ส่งเสริมและไม่สนับสนุนให้บุคคลพึงกระทำ

ก. ความหมายของอัลมักรูฮฺ คือ

"ماطلب الشارع من العبد الكف عن فعله طلبا غير جازم"

“บทกฎหมายที่กำหนดบังคับให้บุคคลงด ละเว้น ไม่กระทำอย่างไม่ได้เด็ดขาด”หรืออีกความหมายหนึ่งคือ “บทกฎหมายที่ไม่ส่งเสริมและไม่สนับสนุนให้บุคคลประพฤติ กระทำโดยการกำหนดผลตอบแทนให้กับบุคคลที่ละทิ้งการกระทำดังกล่าวแต่หากมีการละเมิดก็มีได้ถือว่าเป็นผู้กระทำผิด”

ข. สำนวนบทกฎหมายที่กำหนดบังคับให้งดละเว้นอย่างไม่ได้เด็ดขาด (Forms of abominable : صيغ المكروه)

สำนวนและคำที่ใช้ในบทกฎหมายและส่องแสดงถึงความไม่พึงประสงค์ ไม่ส่งเสริมและไม่สนับสนุนให้กระทำมีดังต่อไปนี้

คำว่า كره (Dislike : ความรังเกียจ) หรือคำที่มีรากศัพท์ดั้งเดิมคือ كره ตัวอย่างเช่น พระวณะของท่านเราะสูลที่ว่า

((إن الله كره لكم ثلاثا : قيل وقال وإضاعة المال وكثرة السؤال))

(أخرجه بخاري : 1407 ومسلم : 503)

ความว่า “แท้จริงอัลลอฮฺรังเกียจพฤติกรรม 3 ประการของพวกท่าน ทั้งหลาย : การกล่าวอ้างคำพูดคนโน้นคนนี้ (โดยไม่แนชัด), การทำลายทรัพย์สิน และการถ่มถุยความจำเป็นในหมู่ผู้เจ้า”

(บันทึกโดยบุคอรี : 1407 และมุสลิม : 503)

จากหะดีษนี้จะพบ

คำว่า “كره” แปลว่า “รังเกียจ” เป็นคำที่แสดงถึงความไม่ประสงค์ให้เกิดการกระทำที่ถูกระบุในหะดีษนี้ นั่นก็คือการถ่มถุยความจำเป็น การพูดพาดพิงถึงคนอื่นโดยที่ไม่มีความชัดเจนต่อต้านต่อของคำพูด แต่ถ้าหากว่าการกระทำที่เกี่ยวกับสิ่งที่กล่าวมาทั้งหมดนี้ ก็ไม่ถือว่าเป็นผู้กระทำผิดตราบใดที่ไม่ไปละเมิดสิทธิของผู้อื่น

คำว่า “بغض” (Hatred : ความชัง) ตัวอย่างเช่นพระวณะของท่านเราะสูลที่ว่า

((أبغض الحلال إلى الله الطلاق))

(أخرجه ابو داود : 2178 ابن ماجه 2018)

ความว่า :”สิ่งหะลาลที่อัลลอฮฺทรงชังมากที่สุด คือ การหย่าร้าง”

(บันทึกโดย อิบุนุ ดาอูด : 2178 อิบินุ มาญะฮฺ : 2018)⁵⁴

⁵⁴ เชค อัลอันบานีย์ กล่าวไว้ในหนังสือ مشكاة المصابيح หะดีษที่ 3208 ระบุว่าหะดีษนี้เป็นหะดีษฎะอ์ฟ

จากหะดีษนี้จะพบ

คำว่า “أبغض” แปลว่า “ทรงชังมากที่สุด” เป็นคำที่แสดงถึงการไม่พึงประสงค์ให้เกิดขึ้น นั่นก็คือการหย่าร้าง แต่หากมีความจำเป็นและจำต้องเกิดการหย่าร้างกันขึ้น ก็ไม่ถือว่าเป็นผู้ละเมิด

ค. ส่วนวนที่แสดงถึงการบังคับให้งด ไม่ให้กระทำ (Forms of prohibition) แต่มีหลายสิ่งที่บ่งบอก (Indication) การเปลี่ยนสถานะจากการต้องห้ามเด็ดขาด (التحريم) เป็นมักรุษ (การต้องห้ามที่ไม่เด็ดขาด) ตัวอย่างเช่น พระดำรัสของอัลลอฮ์ที่ตรัสไว้ในอัลกุรอานว่า

﴿ لا تسئلوا عن أشياء إن تبدلكن تسؤكن ﴾

(المائدة ، آية 101)

ความว่า : “ศรัทธาชนทั้งหลาย จงอย่าถามสิ่งต่างๆ (สิ่งที่อัลลอฮ์มิได้บัญญัติให้ปฏิบัติ) หากสิ่งเหล่านั้นถูกเปิดเผยขึ้น (ถูกบัญญัติให้ปฏิบัติสิ่งเหล่านั้นนั้น) มันก็จะก่อให้เกิดความเลวร้าย (เพิ่มภาระและความลำบาก) แก่พวกเจ้า”

(อัลมาอิดะฮฺ : อายะฮฺ 101)

และพระดำรัสของอัลลอฮ์ที่ตรัสไว้ในอัลกุรอานว่า

﴿ وإن تسئلوا عنها حين ينزل القرآن تبدلكن عفا الله عنها والله غفور حلیم ﴾

(المائدة ، آية 101)

ความว่า : “และถ้าพวกเจ้าถามถึงสิ่งเหล่านั้น ขณะที่อัลกุรอานถูกประทานลงมา มันก็จะถูกเปิดเผยขึ้น (ถูกบัญญัติให้ปฏิบัติ) แก่พวกเจ้าอัลลอฮ์ได้ทรงอภัยสิ่งเหล่านั้นแล้ว (โดยที่พระองค์มิได้ทรงบัญญัติไว้เป็นการอภัยให้แก่ผู้เจ้าแล้ว) และอัลลอฮ์เป็นผู้ทรงอภัย ผู้ทรงหนักแน่น”

(อัลมาอิดะฮฺ : อายะฮฺ 101)

จากอายะฮ์นี้จะพบ

คำว่า “لا تسئلوا” แปลว่า “จงอย่าถาม” เป็นคำสั่งห้าม ซึ่งโดยหลักการแล้วถือว่าเป็นส่วนวนที่แสดงถึงการห้ามไม่ให้กระทำโดยเด็ดขาด (لفظ النهي) นั่นก็คือการห้ามมิให้ละเมิดด้วยกัน ซักถามถึงบทบัญญัติต่างๆ ที่อัลลอฮ์มิได้กล่าวถึง

ในโอกาสเดียวกันในตอนสุดท้ายได้กล่าวถึงสาเหตุที่พระองค์ทรงห้ามมิให้ซักถามก็เพื่อมิให้เกิดความลำบากแก่บ่าวของพระองค์หากคำถามนั้นถูกเปิดเผยขึ้นมาและถูกบัญญัติขึ้นในขณะที่ยังมิได้ถูกกล่าวถึงนั้น เป็นสิ่งที่อัลลอฮ์ทรงประสงค์และเป็นสิ่งที่พระองค์ได้ยกประโยชน์แก่บ่าวของพระองค์โดยที่มิได้บัญญัติเป็นภาระของพวกเขาก็ความหมายในตอนนี้เป็นเสมือนการบอกถึง

เหตุผลที่ห้ามไม่ให้ถามนั้นก็คือเป็นสิ่งที่ไม่สมควร ฉะนั้นการห้ามในโองการนี้จึงถือว่าเป็นการห้ามที่ไม่เด็ดขาด หากเกิดการถามขึ้นมาในขณะนั้นก็ไม่ถือว่าเป็นผู้ละเมิด

คำสั่งห้ามในตอนแรกถึงแม้ว่าโดยหลักถือว่าเป็นสำนวนที่แสดงถึงการห้ามไม่ให้กระทำโดยเด็ดขาด แต่เมื่อมีหมายที่บ่งบอก (قرينة) นั่นก็คือความในท่อนสุดท้ายของโองการที่เป็นตัวเปลี่ยนสถานะจากห้ามเด็ดขาดมาเป็นห้ามไม่เด็ดขาด ฉะนั้นความหมายของการห้ามในตอนแรกจึงถือว่าเป็นสิ่งที่ถูกห้ามอย่างไม่เด็ดขาดหรือที่เรียกว่า “ มักรูฮ ”

3.3.1.6 การกระทำที่อนุญาติให้กระทำหรือละเว้นก็ได้ เรียกว่า “ มุบาหฺ ” (مباح) คือ บทบัญญัติไม่มีการบังคับแต่เปิดโอกาสเลือกกระทำหรือไม่กระทำก็ได้

ก. ความหมายของอัลมุบาหฺ

" ماخير الشارع العبد بين فعله وتركه "

คือ “ กฎหมายที่กำหนดให้บุคคลสามารถเลือกกระทำหรือละทิ้ง “ โดยที่ไม่ได้บังคับให้กระทำหรือห้ามไม่ให้ปฏิบัติ แต่เปิดโอกาสให้บ่าวสามารถเลือกว่าจะกระทำหรือไม่ ซึ่งเป็นสิทธิของแต่ละบุคคลโดยที่การกระทำหรือไม่นั้นมีสภาพเท่าเทียมกันหรือเป็นสิ่งที่อนุญาตให้บุคคลสามารถเลือกได้

1) สำนวนกฎหมายที่แสดงถึงการอนุญาตเลือกกระทำหรือละทิ้ง (Forms of Legal Permissibility : صيغ الإباحة)

คือสำนวน คำ หรือหมายบ่งบอก (Indication) ต่างๆที่สื่อความหมายให้บุคคลสามารถเลือกกระทำหรือละทิ้งไม่กระทำซึ่งมีหลากหลาย แต่ที่สำคัญคือ

2) ตัวบทกฎหมายที่สื่อความหมายปฏิเสธความผิดหรือผลบาปของผู้กระทำ เช่น คำว่า " لا يثم " " لا جناح " " لا حرج " ตัวอย่างเช่น คำตรัสของอัลลอฮ์ที่ตรัสในอัลกุรอานที่ว่า

﴿ لَيْسَ عَلَى الْأَعْمَى حَرْجٌ وَلَا عَلَى الْأَعْرَجِ حَرْجٌ وَلَا عَلَى الْمَرِيضِ حَرْجٌ وَلَا عَلَى أَنْفُسِكُمْ أَنْ تَأْكُلُوا مِنْ بُيُوتِكُمْ أَوْ بُيُوتِ آبَائِكُمْ أَوْ بُيُوتِ أُمَّهَاتِكُمْ أَوْ بُيُوتِ إِخْوَانِكُمْ أَوْ بُيُوتِ أَخْوَاتِكُمْ أَوْ بُيُوتِ أَعْمَامِكُمْ أَوْ بُيُوتِ عَمَّاتِكُمْ أَوْ بُيُوتِ أَخْوَالِكُمْ أَوْ بُيُوتِ خَالَاتِكُمْ أَوْ مَا مَلَكَتُمْ أَيْمَانُهُمْ أَوْ صَدِيقِكُمْ ؕ لَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَنْ تَأْكُلُوا جَمِيعًا أَوْ أَشْتَاتًا ؕ فَإِذَا دَخَلْتُمْ بُيُوتًا فَسَلِّمُوا عَلَى أَنْفُسِكُمْ تَحِيَّةً مِنْ عِنْدِ اللَّهِ مُبَارَكَةً طَيِّبَةً ؕ كَذَلِكَ يُبَيِّنُ اللَّهُ لَكُمْ آيَاتِهِ لَعَلَّكُمْ تَعْقِلُونَ ﴾

(النور، آية 61)

ความว่า : “ไม่เป็นการลำบากใจอันใด ไม่เป็นโทษแก่คนตาบอดและไม่เป็นการลำบากใจอันใดแก่คนพิการ และไม่เป็นการลำบากใจอันใดแก่คนป่วย และไม่เช่นกันแก่ตัวของพวกเจ้า ที่จะรับประทานที่บ้านของพวกเจ้า (รวมทั้งบ้านของบรรดาลูก ๆ ของพวกเจ้า) หรือบ้านของพ่อ

ๆ ของพวกเจ้า หรือบ้านของแม่ ๆ ของพวกเจ้า หรือบ้านของพี่ชาย
น้องชายของพวกเจ้าหรือบ้านของพี่สาวน้องสาวของพวกเจ้าหรือบ้าน
ของลุง อา ของพวกเจ้าหรือบ้านของป้า อาสาวของพวกเจ้า หรือบ้าน
ของลุง อาของพวกเจ้า หรือบ้านของป้า นางสาวของพวกเจ้า (คือไม่
เป็นโทษแก่พวกเจ้าที่จะรับประทานในบรรดาบ้านของญาติใกล้ชิด
ดังกล่าว) หรือบ้านที่พวกเจ้าครอบครองกุญแจของมัน (คือเมื่อเวลา
เจ้าของบ้านไม่อยู่และเขามอบกุญแจไว้เพื่อช่วยดูแลรักษา) หรือบ้าน
ของเพื่อนๆ ของพวกเจ้า ไม่เป็นการบาปอันใดแก่พวกเจ้า ที่จะร่วมกัน
รับประทานกันเป็นหมู่หรือแยกกัน เมื่อพวกเจ้าเข้าไปในบ้านก็จง
กล่าวสลามให้แก่ตัวของพวกเจ้าเองเป็นการคำนับอันจำเริญยิ่ง
จากอัลลอฮ์ เช่นนั้นแหละอัลลอฮ์ทรงชี้แจงโองการทั้งหลายให้เป็นที่
ชัดเจนแก่พวกเจ้าจะได้ใช้สติปัญญาพิจารณา”
(อันนุร : อายะฮ์ 61)

จากอายะฮ์นี้จะพบ

คำว่า " ليس على الأعمى حرج " แปลว่า ไม่เป็นการลำบากใจอันใด (ไม่เป็นโทษ) แก่
คนตาบอด และคำว่า " لس عليكم جناح " แปลว่า “ไม่เป็นการบาปอันใดแก่พวกเจ้า” ซึ่งเป็นการ
ปฏิเสธโทษและบาปสำหรับผู้ใดที่กระทำการต่างๆที่ถูกระบุในโองการดังกล่าว

การปฏิเสธโทษหรือบาปเป็นสำนวนที่แสดงถึงการอนุมัติสามารถกระทำได้และเป็น
สิ่งที่อนุญาตละทิ้งโดยไม่กระทำก็ได้

การรับประทานอาหารในบ้านของญาติใกล้ชิดหรือได้ถูกระบุในโองการนี้เป็นสิ่งอนุมัติ
พึงกระทำได้ และเป็นสิ่งที่อนุญาตให้งดกระทำก็ได้

3) ตัวอย่างที่ส่งความหมายอนุญาตหรืออนุมัติเช่น คำว่า " أحل "
ตัวอย่างเช่น พระดำรัสของอัลลอฮ์ในอัลกุรอานที่กล่าวว่า

﴿اليوم أحل لكم الطيبات وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم وطعامكم حل لهم﴾

(المائدة، آية 5)

ความว่า “วันนี้สิ่งดีทั้งหลายได้ถูกอนุมัติแก่พวกเจ้าแล้ว และอาหาร
ของบรรดาผู้ที่ได้รับคัมภีร์นั้น (พวกยิวและพวกคริสต์) เป็นที่อนุมัติแก่
พวกเจ้า และอาหารของพวกเจ้าก็เป็นที่อนุมัติแก่พวกเขา”

(อัลมาอิดะฮ์ : อายะฮ์ 5)

จากอายะฮ์นี้จะพบ

คำว่า "أحل" และคำว่า حل แปลว่า “เป็นที่อนุมัติ” ซึ่งเป็นสำนวนที่แสดงถึงการอนุญาตกระทำได้

สิ่งต่างๆทั้งหลายที่องค์อัลลอฮ์ประทานเป็นเครื่องยังชีพแก่มนุษย์ มนุษย์สามารถเลือกรับประทานสิ่งใดหรือละสิ่งไหนก็ได้ เป็นสิทธิของมนุษย์สามารถเลือกได้ตราบดีสิ่งนั้นอยู่ในขอบเขตของสิ่งที่อนุมัติ

อาหารของชาวคัมภีร์ (ยกเว้นสิ่งที่ต้องห้าม) และอาหารของชาวมุสลิมเป็นสิ่งที่อนุมัติซึ่งกันและกัน

สำนวนกฎหมายที่แสดงถึงกริยาบังคับให้กระทำ (Imperative mood) แต่มีหมายบ่งบอก (Indication فريضة) การเปลี่ยนสถานะจากวาญิบ และมันดูบ เป็นมุบาหฺ เช่นหลักฐานอื่นที่มาจากอัลกุรอาน หรืออัสสุนนะฮ์ ตัวอย่างเช่น พระดำรัสขององค์อัลลอฮ์ในอัลกุรอานว่า

﴿فَإِذَا قُضِيَتِ الصَّلَاةُ فَانْتَشِرُوا فِي الْأَرْضِ وَابْتَغُوا مِنْ فَضْلِ اللَّهِ﴾

(الجمعة ، آية 5)

ความว่า “ต่อเมื่อการละหมาดได้สิ้นสุดลงแล้วก็จงแยกย้ายกันไปตามแผ่นดินและจงแสวงหาความโปรดปรานของอัลลอฮ์”

(อัลญุมอะฮ์ : อายะฮ์ 10)

และพระดำรัสของพระองค์อัลลอฮ์ที่ตรัสว่า

﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذْ نُودِيَ لِلصَّلَاةِ مِنْ يَوْمِ الْجُمُعَةِ فَاسْعَوْا إِلَى ذِكْرِ اللَّهِ وَذَرُوا الْبَيْعَ﴾

(الجمعة، آية 9)

ความว่า “บรรดาศรัทธาชนทั้งหลาย เมื่อได้มีเสียงเรียกร้อง (อะซาน) เพื่อทำการละหมาดเนื่องในวันศุกร์ ก็จงรีบเร่งไปสู่การรำลึกถึงอัลลอฮ์ และจงละทิ้งการค้าขายเสีย”

(อัลญุมอะฮ์ : อายะฮ์ 9)

จากอายะฮ์นี้จะพบ

คำว่า "فانتشروا في الأرض" แปลว่า “จงแยกย้ายกันไปตามแผ่นดิน (คือหลังจากพวกเจ้าได้เสร็จสิ้นการละหมาดวันศุกร์แล้วก็จงแยกย้ายกันออกไปทำธุรกิจและกิจกรรมต่างๆ ของพวกเจ้า) ซึ่งเป็นคำสั่งให้ทำการแยกย้ายเพื่อการธุรกิจที่ตามหลักแล้วคำบัญชาหรือคำสั่งถือว่าเป็นวาญิบที่ต้องปฏิบัติตามอย่างเด็ดขาด

โองการที่สอง แสดงถึงการไม่อนุญาตทำการค้าขายหรือธุรกิจก็เพราะเนื่องจากการอะซาน ซึ่งแสดงถึงการละหมาดวันศุกร์จะเริ่มขึ้นแล้ว ซึ่งการห้ามทำธุรกิจในช่วงเวลาละหมาดวันศุกร์นั้นเป็นการห้ามเฉพาะเวลา ที่แสดงถึงการทำธุรกิจก่อนจะมีเสียงอะซานนั้นเป็นสิ่งที่อนุมัติสามารถกระทำได้หรือสามารถละทิ้งได้

คำบัญชาหรือคำสั่งในโองการแรกที่ทำให้แยกย้ายออกทำกิจกรรมหรือธุรกิจที่เป็นวาญิบ ได้ถูกเปลี่ยนสถานะจากวาญิบเป็นมูบาหฺโดยโองการที่สองที่เป็นตัวบ่งบอก (منع) ว่าคำบัญชาหรือคำสั่งในโองการแรกนั้นมิได้ให้ความหมายวาญิบ หากแต่ความหมายของมันคือมันดับ เพื่อความสอดคล้องของความหมายของการอนุญาต การทำกิจกรรมหรือธุรกิจก่อนมีการอะซานละหมาดวันศุกร์กับความหมายของการอนุญาตให้แยกย้ายทำกิจกรรมหรือธุรกิจหลังจากที่ทำการละหมาดวันศุกร์ได้สิ้นสุดลงแล้ว

กฎทั่วไปที่ถือว่าในกรณีไม่มีตัวบ่งว่าเป็นสิ่งต้องห้ามก็ให้ถือว่า เป็นสิ่งที่อนุมัติ (Original Permission : الإباحة الأصلية) โดยการยึดถือตัวบทกฎหมายที่ถูกตั้งกล่าวในอัลกุรอานที่ว่า

﴿هو الذي خلق لكم ما في الأرض جميعاً﴾

(البقرة ، آية 29)

ความว่า “พระองค์คือผู้ที่ได้ทรงสร้างสิ่งทั้งหมดในโลกไว้สำหรับพวกเจ้า”

(อัลบะกอเราะฮฺ : อายะฮฺ 29)

ซึ่งด้วยอายะฮฺนี้นักกฎหมายอิสลามได้ทำการถอดความ (Derivation : الاستنباط) หลักการหนึ่งที่เป็นหลักการทั่วไปที่สำคัญ คือ

"الأصل في الأشياء الإباحة حتى دل دليل على التحريم"

ความว่า “โดยหลักแล้วทุกสิ่งนั้นถือว่าเป็นสิ่งอนุมัติ เว้นแต่มีหลักฐานที่แสดงถึงการเป็นสิ่งต้องห้าม” (มะรอนิง สาแลมิง, ม.ป.ป.)

3.3.2 อัล-หุกุม อัล-วัฎอีย

อัล-หุกุม อัล-วัฎอีย คือข้อกำหนดบทบัญญัติกฎหมายที่มีลักษณะเป็นรูปแบบกำหนดวิธีการ ซึ่งอาจเป็นหุกุมดังต่อไปนี้

3.3.2.1 สาเหตุ (السبب)

สาเหตุคือลักษณะที่ชัดเจนและแน่นอนที่ถูกกำหนดให้เป็นสัญญาณของหุกุม เมื่อมีสาเหตุก็มีหุกุมเมื่อนั้น เช่น การคล้อยของดวงอาทิตย์เป็นสัญญาณของการละหมาดซุฮรี

3.3.2.2 เงื่อนไข (الشروط)

เงื่อนไข คือลักษณะที่ชัดเจนและแน่นอนที่ทำให้เกิดความสมบูรณ์ แต่ไม่ได้เป็นส่วนหนึ่งของสิ่งนั้น หากขาดเงื่อนไขหุ้มนก็จะไม่มีด้วย เช่น การอยู่ในสภาพมีวิญญู (น้ำละหมาด) เป็นเงื่อนไขของการละหมาด

3.3.1.3 สิ่งกีดขวางหรือมานอิ (مانع)

สิ่งกีดขวางคือลักษณะที่ชัดเจนและแน่นอนที่จะกีดขวางผลของหุ้มน เมื่อมีสิ่งกีดขวาง หุ้มนก็ไม่มีอาจมีได้ เช่น การเป็นบิดา เป็นสิ่งกีดขวางในการดำเนิการ กิศอศ การติดหนึ่เป็นสิ่งกีดขวางสำหรับการจ่ายชะกาต แม้จะมีทรัพย์สินครบตามพิกัดก็ตาม

3.3.2.4 ข้อผ่อนปรน (الرخصة)

รุคเศาะฮฺ คือข้อผ่อนปรนกฎเกณฑ์ที่มีอยู่แล้วแต่ผ่อนปรนให้มุ้กัลลัฟกระทำได้เมื่อมีเหตุจำเป็นจริง ๆ เช่น ผู้ที่อดอยากกำลังจะตายไม่มีของทะเลาที่จ้ะรับประทานก็อนุ้มติให้รับประทานของหะรอมได้เช่นเมื่อมุ้กัลลัฟหลงป่าไม่มีอาหารดำรงชีพหากไม่รับประทานแล้วอาจถึงตายก็อนุ้ญาติให้รับประทานสิ่งหะรอมแทนได้ เช่นการรับประทานเนื้อสัตว์ที่ตายเอง

3.3.2.5 ข้อกำหนดเดิม (العزيمة)

อาซีมะฮฺ คือข้อกำหนดเดิมที่มีอยู่ในกฎหมายในภาวะปกติทั่วไป ให้ปฏิบัติโดยไม่มีข้อยกเว้นใด ไม่มีการผ่อนปรน เช่น การละหมาด การถือศีลอด เป็นต้น

3.3.2.6 การมีผลถูกต้อง (الصحة)

คือการกระทำของบุคคลใดบุคคลหนึ่งที่บรรลุผลสำเร็จแล้ว การกระทำนั้นกฎหมายถือว่าเป็นการกระทำที่ถูกต้องสมบูรณ์และมีผลตามกฎหมาย เช่นการถือศีลของมุ้กัลลัฟเมื่อบรรลุผลสำเร็จและถูกต้องสมบูรณ์เรียกว่า “เศาะฮฺ”

3.3.2.7 โม่ฆะ (البطلان)

คือผลของการกระทำของบุคคลหนึ่งบุคคลใดขัดหรือแย้งกับหลักการของพิกษุถือว่าการกระทำนั้นเป็นโม่ฆะไม่มีผลตามกฎหมาย เช่น การละหมาดของมุ้กัลลัฟแต่ไม่มีน้ำละหมาดถือว่าการละหมาดนั้นเป็นโม่ฆะใช้ไม่ได้ (มะรอนิง สาแลมิง, ม.ป.ป.)

3.4 เจตนารมณ์แห่งกฎหมายอิสลาม

เจตนารมณ์ของกฎหมายอิสลามหรือกฎหมายทั่วไปนั้นไม่ได้แตกต่างกันมากนัก ไม่ว่าจะเป็นกฎหมายสกุลแองโกล-อเมริกัน กล่าวคือ มีตัวบทกฎหมาย และมีการตีความโดยนักกฎหมายและผู้พิพากษา การตีความดังกล่าวไม่ได้กระทำโดยพลการ หากแต่เป็นไปตามกฎเกณฑ์และหลักการ

ที่ถูกต้องและมีมาตรฐานตามหลักสากล และศาลที่พิจารณาคดีก็มีหลายชั้นเหมือนกัน ตั้งแต่ศาลชั้นต้น และศาลอุทธรณ์ และศาลสูงด้วย

กฎหมายอิสลามจึงมีความเกี่ยวพันอย่างแน่นแฟ้นในการควบคุมพฤติกรรมของบุคคลซึ่งครอบคลุมถึงทั้งด้านการกระทำภายนอกและการกระทำภายใน ซึ่งแตกต่างจากกฎหมายทั่วไปซึ่งมีแนวคิดที่ว่ากฎหมายเป็นเรื่องของธรรมชาติ มนุษย์เป็นผู้กำหนดเองโดยอาศัยบรรทัดฐานทางสังคมและพัฒนาเป็นจารีตประเพณี อย่างไรก็ตามกฎหมายอิสลามนั้นแตกต่างกันในเรื่องตัวบทเรียกว่า “อันนัศ” (النص) และมีความศักดิ์สิทธิ์มากกว่าตัวบทกฎหมายที่บัญญัติหรือตราขึ้นเพื่อบังคับใช้โดยมนุษย์ นั่นเพราะว่าตัวบทในกฎหมายอิสลามนั้นมาจากพระผู้เป็นเจ้าของเจ้า ถึงแม้ว่าบางครั้งกฎหมายนั้นจะถูกตราขึ้นบังคับใช้โดยพระมหากษัตริย์หรืออาจจะถูกบัญญัติขึ้นโดยหัวหน้าเผ่าหรืออาจจะถูกบัญญัติขึ้นโดยผ่านสมาชิกสภาผู้แทนหรือฝ่ายนิติบัญญัติหรือพระมหากษัตริย์จะทรงใช้อำนาจตรากฎหมายนั้นผ่านทางระบบรัฐสภา แต่เมื่อระยะเวลาผ่านไปกฎหมายนั้นอาจจะถูกยกเลิกหรือแก้ไขโดยบุคคลหรือคณะบุคคลหรือเมื่อบังคับใช้ไปสักระยะเวลาหนึ่งหรือยุคหนึ่งอาจจะไม่สอดคล้องกับสมัยนั้น ๆ จนทำให้อารมณ์ของคนหรือความคิดอ่านของคนสมัยต่อมาเปลี่ยนแปลงกฎหมายนั้นได้หรือมีอำนาจใหม่เช่นมีการปฏิวัติรัฐประหารหรืออาจจะกล่าวได้ว่ากฎหมายอาจจะเปลี่ยนแปลงได้ตามกาลเวลา หรืออีกนัยหนึ่งอาจจะถูกต้องชอบธรรมในสมัยหนึ่งแต่ในสมัยต่อมาอาจจะไม่เป็นที่ชอบธรรมได้การกระทำหนึ่งซึ่งในสมัยก่อนนั้นอาจจะถูกเรียกว่าเป็นอาชญากรรม แต่สมัยต่อมาอาจเป็นที่ยอมรับการกระทำเช่นนั้นได้ก็ไม่เรียกการกระทำเช่นนั้นว่าเป็นอาชญากรรมอีกต่อไป ถึงแม้บางครั้งจะพบว่าข้อบัญญัติต่าง ๆ นั้นอาจจะใช้เวลาในการเปลี่ยนแปลงเป็นเวลานานอย่างเช่นกฎหมายรัฐธรรมนูญในเรื่องของนโยบายความมั่นคงของประเทศอาจจะเปลี่ยนแปลงยากแต่กฎหมายลูกซึ่งเป็นส่วนย่อยอาจจะมีการเปลี่ยนแปลงได้ง่ายกว่าเป็นต้น

กรณีดังกล่าวข้างต้นกฎหมายอิสลามเป็นข้อยกเว้น ความสำคัญและสาระสำคัญซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายอิสลามจะเพิ่มเติมในตัวบทนั้นไม่สามารถกระทำได้ หรือยอมรับการยกเว้นกฎเกณฑ์ก็จะถูกปฏิเสธโดยตัวบททันที เช่นกฎหมายที่ออกเกี่ยวกับการรับประทานอาหารหรือการบริโภคเนื้อสุกรเป็นสิ่งหะรอม (حرام) ในกรูอานการยกเว้นว่าเป็นการอนุมัติให้กระทำได้นั้นเป็นเรื่องที่รุนแรงมากในทัศนะของอิสลาม เนื่องจากการยกเว้นดังกล่าวเป็นการยกเลิกตัวบทในอัลกรูอาน ถึงแม้ว่าจะอ้างว่าเป็นการปกป้องชีวิตก็ตามเพราะการยกเลิกกรูอานนั้นหมายความว่าเนื้อสุกรจะเป็นสิ่งหะลาล (حلال) ไปทันทีแต่ถ้าหากว่าขณะนั้นไม่มีอาหารชนิดใดแล้วถ้าไม่รับประทานก็ถึงแก่ชีวิตอย่างนี้ถือเป็นการยกเว้นได้แต่ไม่ใช่ยกเลิกตัวบทในกรูอาน การตีความและให้ความเห็น กฎเกณฑ์ที่ยกเว้นได้นั้นต้องอาศัยผู้ที่มีหน้าที่และความรับผิดชอบของผู้มีคุณสมบัติเฉพาะเรียกว่า อัจญ์ติฮาด (اجتهاد) และการตีความและให้ความเห็นดังกล่าวจะต้องยืนบนหลักการที่มีอยู่ในอัลกรูอานตลอดเวลาตัวบท (النص) ที่พบในกฎหมายอิสลามนั้นเมื่อพิเคราะห์แล้วจะพบว่ามืองค์ประกอบที่สำคัญ

เป็นอันดับแรกคือส่วนที่เรียกว่า อะหฺกามในกุรอานหรือตัวบทมีประมาณ 500 บทจากจำนวน 6,000 กว่าบท ซึ่งถือว่าเป็นคำสั่งที่ชัดเจน (Explicit commands) และส่วนสำคัญลำดับรองลงมาคือ ซุนนะฮฺ (السنة) ซึ่งถูกบันทึกไว้ในอัลหะดีษ (الحديث) ซึ่งในกุรอานเองก็รับรองว่าไว้ว่า

﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ فَإِنْ تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ذَلِكَ خَيْرٌ وَأَحْسَنُ تَأْوِيلًا﴾

(النساء، آية : 59)

ความว่า “โอ้บรรดาผู้ศรัทธาทั้งหลาย จงเชื่อฟังอัลลอฮฺ และเชื่อฟังเราะสูล และผู้ปกครองในหมู่พวกเจ้าเถิดแต่หากพวกเจ้าขัดแย้งกันสิ่งใด ก็จงนำสิ่งนั้นกลับไปยังอัลลอฮฺ และเราะสูล หากพวกเจ้าศรัทธาต่ออัลลอฮฺและวันปรโลก นั้นแหละเป็นสิ่งที่ดียิ่งและเป็นการกลับไปที่สวยงามยิ่ง”

(อันนิสาอ : อายะฮฺ 59)

หลักฐานจากโองการดังกล่าวรับสั่งให้ผู้ศรัทธาเชื่อฟังท่านเราะสูล ﷺ ซึ่งท่านเป็นแบบอย่างของการสร้างบรรทัดฐานทางสังคม เมื่อเกิดความขัดแย้งเกิดขึ้นจึงต้องยึดแบบอย่างจากท่านเราะสูล ﷺ ในยุคของการก่อตั้งอิสลามจะพบว่ามี การแต่งตั้งบุคคลที่ทำหน้าที่ตัดสินคดีความนั้น ล้วนแล้วแต่เป็นที่มีความสมบัติเหมาะสมและเป็นผู้มีความรู้ทั้งสิ้น ซึ่งต่อมาได้ถูกเปลี่ยนแปลงหลังจากเข้าสู่ยุคของการล่าอาณานิคมของชาวตะวันตก ซึ่งผู้ที่ทำหน้าที่ตัดสินคดีความได้รับการแต่งตั้งโดยผู้มีอำนาจ

บทบัญญัติในกุรอานส่วนใหญ่จะครอบคลุมข้อขัดแย้งบางบทบัญญัติเป็นเรื่องเฉพาะ และบางบทบัญญัติเป็นเรื่องทั่วไป แต่ไม่ครอบคลุมทุกสถานการณ์และทุกสภาพการณ์ที่จะสามารถรับมือได้ อิสลามจึงมีการวิเคราะห์และวินิจฉัยโดยอาศัยสติปัญญาและเหตุผล (العقل) ซึ่งใช้หลักอนุমানจากหลักการทั่วไปโดยเฉพาะอย่างยิ่งคำสั่งที่สามารถประยุกต์เรื่องดังกล่าวได้อย่างเหมาะสมที่เคยเกิดขึ้นมาแล้วกับสถานการณ์ใหม่และเข้าใจถึงเจตนารมณ์ของคำสั่งทั่วไปได้อย่างเหมาะสมในฐานะกฎหมายกับหลักจริยธรรม ในขณะที่เดียวกันนักวิชาการต้องเข้าใจว่าตัวบทในหะดีษมีเจตนารมณ์เช่นไร

ความพยายามเรียนรู้เพื่อให้เข้าใจกุรอานและหะดีษในฐานะเป็นกฎหมายเรียกว่า “ฟิกฮฺ” (الفقه) ส่วน “อะหฺกาม” (أحكام) ในกุรอานที่ได้กล่าวมาแล้วหากบทใดไม่ชัดเจนนักปราชญ์อิสลามก็มักจะนำหะดีษมาอธิบาย หมายความว่า หะดีษถูกนำมาอธิบายกุรอานเพื่อให้เกิดความกระจ่างอีกทีหนึ่งโดยเฉพาะนักวิชาการที่มีความกังวลใจ เนื่องจากระยะเวลาที่ยาวนานของประวัติศาสตร์อิสลามโดยเริ่มมาตั้งแต่ศุนย์กลางการเรียนรู้จนถึงผู้รับอาจมีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้

แต่อย่างไรก็ตามหะดีษบางบทเป็นบทที่คนทั่วไปทราบดีในท้องที่หนึ่ง ๆ แต่อาจไม่เป็นที่ทราบในอีกท้องที่หนึ่งทำให้นักวิชาการอิสลามจึงต้องชั่งน้ำหนักหรือให้น้ำหนักในแง่กฎหมายเพื่อเปรียบเทียบกับส่วนอื่นๆ บางบทตั้งอยู่บนพื้นฐานของสายรายงานที่มีหลายคนบันทึกและสายรายงานเป็นทอด ๆ ต่อเนื่องกันไม่ขาดสายโดยผู้บันทึกที่มีความน่าเชื่อถือและมีความจรรยาบรรณดี บางบทมีความชัดเจนในเรื่องของกิจกรรมหรือการกระทำหรือละเว้นการกระทำหรือสิ่งใดของท่านศาสดาหรือที่เรียกว่าสุนนะฮฺ (السنة) อย่างไรก็ตามหะดีษบางบทบันทึกโดยนักรายงานหะดีษเพียงคนเดียวและอ้างถึงว่าเหตุการณ์นั้นผู้รายงานจำได้แต่ผู้เดียวและมีรูปแบบคำของตนเพียงคนเดียวและนักวิชาการจึงต้องตรวจสอบย้อนไปว่าเป็นบทที่มีความขัดแย้งกับบทอื่นอีกหรือไม่ เมื่อได้ตรวจสอบความแตกต่างกับสายรายงานอื่น

ในยุคต่อมารูปแบบของการพยายามสื่อความหมายของคำว่า “ฟิกฮฺ” (الفقه) หรือการพัฒนาการของศาสตร์สาขาวิชา “ฟิกฮฺ” และการจัดตั้งเป็นสำนักคิดต่าง ๆ (مذهب) (school of Islamic law) ที่ได้รับการยอมรับและได้รับความนิยมนั้นมี 4 สำนักคิด (مذهب) ซึ่งบางสำนักคิดอาจได้รับความนิยมในท้องที่หนึ่งแต่อาจไม่ได้รับความนิยมในอีกท้องที่หนึ่ง แต่ส่วนใหญ่ 4 สำนักคิดนี้จัดได้ว่ามีผู้นิยมเสมอมา และมักจะใช้เป็นหลักฐานอ้างอิงมาเป็นระยะเวลาหลายร้อยปีมาแล้ว 4 สำนักคิดกล่าวถึงก็คือสำนักคิดมาลิกี สำนักคิดชาฟีอี สำนักคิดฮันบาลี และสำนักคิดหะนะฟี

ความสำคัญของกฎหมายอิสลามในฐานะที่เป็นธรรมนูญที่มีความเป็นอิสระจากรัฐหรืออำนาจการเมือง กฎหมายหรือกฎระเบียบที่ออกโดยรัฐตามหลักคุณธรรมและจริยธรรม หรือเจ้าหน้าที่ตามกฎหมาย เหมือนกับกฎหมายลายลักษณ์อักษรหรือที่เรียก “กอนูน” (قانون) หมายถึงข้อบัญญัติ และอาจจะประกาศบังคับใช้ในกิจการหนึ่ง ๆ อาจจะเป็นแค่กิจกรรมเล็ก ๆ เท่านั้น เช่น กฎจราจร กฎของโรงพยาบาล กฎเกี่ยวกับที่ดินหรือข้อบังคับชั่วคราวเกี่ยวกับการเข้าเขตมหาวิทยาลัย เป็นต้นจึงไม่อาจเปรียบเทียบกับกฎหมายชะรีอะฮฺที่มีเจตนาหลักเพื่อมุ่งคุ้มครองชีวิต ทรัพย์สิน ครอบครัว (การแต่งงาน, หย่า, การอบรมสั่งสอนเยาวชน) ความแพ่ง พาณิชยกรรม อาชญากรรม และการตัดสินลงโทษ รวมทั้งการจัดเก็บภาษีและรายจ่าย การบริจาค นิตินสัมพันธ์กับมุสลิมและผู้ที่ไม่ใช่มุสลิม รัฐบาล ผู้บริหาร กิจการต่างประเทศและสนธิสัญญาและอีกหลายประการ กฎหมายชะรีอะฮฺจึงไม่ใช่กฎหมายศาสนาในคำจำกัดความของชาวตะวันตกซึ่งมองว่าเป็นเรื่องเกี่ยวกับพิธีกรรมหรือการปฏิบัติตนเมื่ออยู่ในโบสถ์เหมือนชาวคริสต์เท่านั้น แต่เมื่อศึกษาถึงรายละเอียดในกฎหมายชะรีอะฮฺจะพบว่าเป็นระบบกฎหมายที่มีความศักดิ์สิทธิ์และมีการบังคับใช้ที่เข้มงวดมากกว่ากฎหมายที่ออกโดยรัฐ และจะพบว่ากฎหมายอิสลามเกี่ยวข้องกับการดำเนินชีวิตของบุคคลที่บังคับให้บุคคลหนึ่งมีหน้าต้องปฏิบัติหรือจำเป็นต้องปฏิบัติเรียกว่า “วาญิบ” (واجب) และการกระทำที่ต้องงดเว้นหรือมีหน้าที่ต้องงดเว้น เรียกว่า “หะรอม” (حرام) (Kutaiba S.Chaleby, 2004. 10-15)

3.5 กฎเกณฑ์หรือที่มาของฟิกฮ์ (The Principles or Source of Fiqh)

กิจการที่ว่าด้วยอิจญ์ติฮาด (اجتهاد) หรือ (วิเคราะห์ วินิจฉัย) ซึ่งมีความจำเป็นต่ออาศัยสติปัญญาและเหตุผล โดยผู้ทรงคุณวุฒิหรืออุลามาอ์ที่เข้าใจตัวบท (النص) ในฐานะที่เป็นกฎหมาย ซึ่งจะกระทำโดยพลการนั้นไม่ได้ ต้องเป็นเรื่องที่ถูกนำหยิบยกขึ้นเป็นประเด็นทางศาสนาขึ้นมา และที่เป็นเรื่องที่น่าสนใจ อีกทั้งต้องเป็นเรื่องที่ได้รับการสนับสนุนเป็นอย่างดีจะไม่ถูกกีดกันหรือป้องกันการสิ่งที่เป็นอันตราย ภายใต้หลักการที่เข้มงวด ซึ่งสามารถอธิบายอย่างให้เห็นข้อแตกต่างได้ เพราะฉะนั้นการวิเคราะห์ วินิจฉัย (اجتهاد) จึงต้องเข้าใจในหลักการอย่างถ่องแท้ในเรื่องของ อูซูลุลฟิกฮ์ (أصول الفقه) ซึ่งเป็นส่วนที่เกี่ยวข้องกับเบื้องหลังตัวบท (النص) ในฐานะที่เป็นที่มาของกฎหมาย

3.5.1 หลักการอิจญ์มาอ์ (إجماع) มติเอกฉันท์ (Juristic Consensus)

อิจญ์มาอ์หมายความว่าเมื่อนักปราชญ์กฎหมายอิสลามเห็นพ้องกันในประเด็นปัญหาใดแล้ว และความเห็นอันนั้นได้รับการยอมรับโดยนักกฎหมายอิสลาม มติของนักปราชญ์ในประเด็นนี้อาจมีความเห็นเป็นสองฝ่าย ฝ่ายหนึ่งเห็นว่ามติเอกฉันท์นั้นถือเป็นสิ่งสำคัญและยุติแล้ว เช่นเมื่อนักปราชญ์อิสลามพบและโต้แย้งกันในประเด็นใดประเด็นหนึ่ง และได้ข้อยุติเกี่ยวกับกฎเกณฑ์หรือเมื่อมีการตัดสินใจในเรื่องใดเรื่องหนึ่งเฉพาะซึ่งนักปราชญ์ของอิสลามได้กระทำขึ้นและนักปราชญ์อิสลามส่วนใหญ่ในโลกเห็นด้วย และส่วนที่สองเห็นว่ามติในเรื่องที่ไม่สำคัญในฐานะที่เมื่อนักปราชญ์ของอิสลามคนหนึ่งคนใดให้ความเห็นไปแล้วส่วนอีกฝ่ายหนึ่งไม่เห็นด้วยเนื่องจากนักปราชญ์ฝ่ายนั้นมองว่าผู้ที่ให้ความเห็นยังไม่เป็นที่รู้จักโดยนักปราชญ์ส่วนอื่น ๆ ของโลกและบางคนอาจขาดสมบัติของมุญญ์ตะฮิดก็ได้

3.5.2 หลักการกียาส (قياس) การใช้หลักการกฎหมายเทียบเคียง (Analogy)

กียาส หมายความว่าเมื่อเหตุการณ์ใดเหตุการณ์หนึ่งไม่พบในกูรอาอันหรือหะดีษ ซึ่งเป็นแหล่งที่มาของกฎหมายจำต้องทำการเทียบเคียง โดยเฉพาะอย่างยิ่งต้องตั้งอยู่บนพื้นฐานของสถานการณ์ที่คล้ายกันเช่นกฎหมายอิสลามห้ามดื่มไวน์เนื่องจากเป็นเครื่องดื่มที่ทำให้มึนเมา ทำให้กฎเกณฑ์ตีความขยายเพิ่มเติมโดยหลักการเทียบเคียงให้ครอบคลุมไปถึงยาที่ทำให้มึนเมา จึงอยู่ในสถานะเดียวกันกับไวน์ บางอย่างจึงมีปัญหาว่าในการใช้หลักการเทียบเคียงที่มักจะต้องตั้งอยู่บนพื้นฐานภายใต้กฎเกณฑ์ในอัลกูรอาอัน มันเป็นเรื่องง่ายตายที่จะตัดสินเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการห้ามดื่มแอลกอฮอล์ เพราะเป็นที่ชัดเจนว่าแอลกอฮอล์เป็นสาเหตุการทำลายสติปัญญา อย่างไรก็ตามยาชนิดอื่นที่ใช้หลักการกำหนดว่าเป็นสิ่งต้องห้ามในลักษณะเดียวกับหลักการการข้างต้น ถึงกระนั้นก็ตามภายใต้ลักษณะของกฎบางอย่างไม่เป็นที่สำคัญที่สุดในกูรอาอันแต่ถูกอธิบายและขยายความโดยหะดีษให้กระจ่างชัดยิ่งขึ้นหรือแนวทางปฏิบัติของท่านเราะสุล ﷺ ไม่ว่าจะเป็นการวางเฉยหรือการยอมรับท่าน ทำ

ให้สามารถใช้เป็นแหล่งอ้างอิงว่ามีเหตุผลที่เป็นสิ่งเชื่อถือได้อย่างมีประสิทธิภาพในการอนุญาตให้มีการเทียบเคียง แน่ใจว่าเป็นภาระที่สำคัญอย่างยิ่งสำหรับนักปราชญ์อิสลาม

3.5.3 อิสติหซาน (استحسان) สิ่งที่นักกฎหมายเห็นดีเห็นงาม (Juristic Preference)

อิสติหซาน อาจมีความหมายว่าสิ่งที่มุญญะฮิดถือว่าดีด้วยสติปัญญาของตนเองโดยมีหลักฐาน ความหมายเช่นนี้ย่อมไม่เป็นที่พึงประสงค์ของปราชญ์กฎหมายมัซฮับหะนะฟีและมัซฮับอื่น ๆ トラบไคที่บุคคลเหล่านั้นถือว่าอิสติหซานเป็นแหล่งที่มาและหลักฐานของฟิกฮอย่างหนึ่ง การที่อิมามอัชชาฟีอีย์ปฏิเสธอิสติหซานอาจปฏิเสธอิสติหซานตามความหมายดังกล่าวก็เป็นได้

3.5.4 หลักอัลมะสอลิฮอัลมุรสะละฮ (المصالح المسلمة) ประโยชน์สาธารณะ (Public Interest)

หลักประโยชน์สาธารณะนี้ หมายความว่าทุกสิ่งที่เป็นประโยชน์ที่ไม่มีตัวบทยอมรับว่าสามารถยึดมาใช้ในการกำหนดบทบัญญัติได้แต่การยึดถือผลประโยชน์ดังกล่าวนี้จะนำมาซึ่งผลดีหรือกำจัดผลเสียได้อย่างแน่นอนหรืออาจนิยามมะสอลิฮมุรสะละฮว่าเป็นผลประโยชน์ที่มีความเหมาะสมในการบัญญัติกฎหมายแต่ไม่มีตัวบทให้การยอมรับว่าใช้ได้

ตัวอย่างในกรณีของการกำหนดบทบัญญัติหรือการกำหนดระบบโดยยึดหลักการประโยชน์สาธารณะนั้นมีมากมาย เช่น ไม่มีตัวบทในอัลกุรอานหรือสุนนะฮ์ที่สั่งหรือห้ามการรวบรวมอัลกุรอานที่ได้รับการรักษาในยุคแรก ๆ ด้วยการท่องจำและการบันทึกไว้ในกระดาษและหนังสือตัวอย่างการจัดกระจายให้รวบรวมอยู่ในเล่มเดียวกัน จนมีอิจญ์มาอ์ของเศาะหาบะฮ์ในสมัยของท่านอบูบักร رضي الله عنه ให้รวบรวมขึ้นเป็นเล่มเดียวกัน เพื่อรักษาประโยชน์ของอิสลามซึ่งในตอนแรก ๆ ท่านอบูบักรหนักใจเหมือนกันที่จะตัดสินใจในเรื่องนี้และได้กล่าวว่า “ฉันจะอย่างไรในสิ่งที่ท่านเราะสุลุลลอฮ์ มิเคยทำมาก่อน” ท่านเคาะลีฟะฮ์อุมัยร رضي الله عنه ได้ทบทวนเรื่อย ๆ จนในที่สุดอัลลอฮ์ ﷻ ก็ทรงชี้ทางนำให้แก่ท่านในการรวบรวมโองการของอัลกุรอานไว้ในเล่มเดียวกัน (อิสมาแอ อาลี , 2545, กฎหมายอิสลามเบื้องต้น : 174)

3.5.5 หลักอัลอูรฟู (العرف) จารีตประเพณีและบรรทัดฐานทางสังคมของท้องถิ่น (Local Social Norms and Custom) เป็นหลักการธรรมดาที่เกิดขึ้นเกือบจะมีอยู่ในทุกสกุลกฎหมาย ฟิกฮอิสลามก็เป็นหนึ่งในสกุลกฎหมายที่ใช้หลักจารีตประเพณีท้องถิ่นเช่นกัน และตราบไคที่ประเพณีท้องถิ่นนั้นไม่ขัดหรือแย้งกับหลักที่มาของกฎหมายอิสลามคือกุรอานและสุนนะฮ์ จารีตประเพณีท้องถิ่นและกิจกรรมที่ครอบคลุมเฉพาะธรรมเนียมการแต่งกายหรือภาษา แต่ยังรวมถึงแนวทางการทำธุรกิจ การฉลองการแต่งงาน เป็นต้นอีกทั้งบรรทัดฐานทางสังคมมาสู่การเป็นองค์ประกอบของความคาดหวังให้เป็นมาตรฐานสำหรับการบริการเป็นกรณีพิเศษหรือการเป็นมืออาชีพที่ปราศจากความจำเป็นของคำว่าเงื่อนไขทางกฎหมาย ในกรณีเดียวกันแน่นอนชนิดของการทำการค้าหรือพาณิชย์กรรมเป็นการดำเนินการบนรากฐานของการเข้าใจร่วมกันในลักษณะที่ไม่จำเป็นต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษร (Kutaiba S.Chaleby, 2004 : 20-21) ดังที่อัลกุรอานได้ระบุไว้ว่า

﴿لَا تَأْكُلْ أَمْوَالَكُم مِّن بَيْنِكُمْ أَسْوَأَ مِن الَّذِي كُنْتُمْ تَأْكُلُونَ﴾

(الأعراف، آية : 199)

ความว่า “เจ้าจงยึดไว้ซึ่งการผ่อนปรน และจงสั่งใช้ในสิ่งที่ดีงาม”

(อัลอะรอฟ : อายะฮฺ 199)

คำว่าสิ่งที่ดีงามในที่นี้จึงหมายความว่ารวมถึงอัลลอฮ์ และจากคำกล่าวของอิบนุมัสอูด⁵⁵ ที่ว่า “สิ่งใดที่บรรดามุสลิมเห็นว่าเป็นสิ่งที่ดี สิ่งนั้นย่อมเป็นสิ่งที่ดีสำหรับอัลลอฮ์ด้วย” แต่อย่างไรก็ตามจารีตประเพณียุคก่อนอิสลามของชาวอาหรับได้ถูกพัฒนาขึ้นและถูกยกเลิกเมื่อกูรอานมาถึงพวกเขาเหล่านั้น ท่านเราะฮ์สุล ﷺ ได้ยอมรับการสืบทอดบางอย่างมาและห้ามหรือปรับเปลี่ยนจารีตประเพณีด้วย

3.5.6 หลักการออกมาที่อบละนา (شرع ما قبلنا) หรือหลักกฎหมายที่อยู่ก่อนเรา (The Law Before Ours’)

หลักกฎหมายอิสลามยอมรับคำวินิจฉัยที่อยู่บนหลักการของกฎหมายที่มีอยู่ในศาสนายิวและศาสนาคริสต์ที่ถูกบัญญัติไว้ในคัมภีร์ไบเบิลโดยอนุโลม และบทดังกล่าวยังไม่ถูกยกเลิกในกรณีบทนั้นไม่ขัดหรือแย้งกับในกูรอานและหะดีษ เช่น ในเรื่องการประกอบพิธีฮัจญ์อิสลามยกเอาแบบอย่างที่ท่านนบีอิบรอฮีม ﷺ มาปฏิบัติ เป็นต้น

3.5.7 หลักอิสติศฮาบ (استصحاب) (Status Quo) หรือข้อสันนิษฐานทางกฎหมาย

อิสติศฮาบหมายถึง หลักการยึดสภาพเดิม หรือหลักการยึดข้อสันนิษฐานของกฎหมายโดยหลักแล้วข้อสันนิษฐานเป็นสิ่งที่กฎหมายกำหนดขึ้นเพื่อเป็นเครื่องมือหรือเครื่องช่วยพิสูจน์ข้อเท็จจริงหนึ่งข้อเท็จจริงใด โดยยึดหลักการที่ว่าสิ่งทั้งปวงทั้งหลายย่อมเป็นไปตามกฎเกณฑ์แห่งธรรมชาติและบุคคลย่อมกระทำไปโดยสุจริต ข้อสันนิษฐานที่บัญญัติไว้ในกฎหมายนั้นกฎหมายเรียกว่า “ข้อสันนิษฐานตามกฎหมาย” เช่นในกฎหมายของไทยกำหนดว่าผู้ใดครอบครองยาเสพติดประเภท 2 คำนวณสารบริสุทธิ์ได้เกินกว่า 100 กรัมขึ้นไปถือว่าเป็นการครอบครองเพื่อจำหน่าย เป็นต้น และข้อสันนิษฐานอีกประการหนึ่งที่ปรากฏตามปกติธรรมดาของเหตุการณ์เรียกสั้น ๆ ว่า “ข้อสันนิษฐานตามความเป็นจริง” เช่น ถ้านาย ก. อยู่ในสภาพปลอดภัย ก็ให้ถือว่าเขาไม่มีภาระต้องรับผิดชอบใด ๆ ในการชำระหนี้ในกรณีที่มีการโต้แย้งสิทธิอย่างใดอย่างหนึ่งและถูกนำขึ้นสู่ศาล โดยคู่ความฝ่ายหนึ่งได้ยกข้อสันนิษฐานตามกฎหมาย ซึ่งเป็นข้อสันนิษฐานไม่เด็ดขาดขึ้นอ้างเพื่อประโยชน์ในทางคดีซึ่งคู่ความที่ยกประเด็นขึ้นดังกล่าวย่อมคาดหวังว่าข้อสันนิษฐานนั้น จะเป็นการสนับสนุนข้อกล่าวอ้างของตนให้มีน้ำหนัก จนกว่าคู่ความอีกฝ่ายจะนำหลักฐานมาโต้แย้งเช่น บุคคลทั่วไปย่อมต้อง

⁵⁵คือ อับดุลลอฮ์ บุตร มัสอูด บุตร ฆอฟีล บุตร หะบิบ บุตร ชัมด บุตร มัคซุม บุตร ศออีละฮ์ เข้ารับอิสลามในช่วงแรกของอิสลาม เสียชีวิตที่ มดีนะฮ์ ปี ฮ.ศ. 32

เชื่อตามวิสัยและพฤติการณ์ว่า มารดาย่อมต้องการดูแลบุตรของตนเป็นอย่างดีจนกว่าจะมีหลักฐานมาหักล้าง เพื่อแสดงให้เห็นว่ามารดาดูแลบุตรในรูปแบบที่เลวร้ายเป็นต้น หรือกรณีในกรณีที่บุคคลใด บุคคลหนึ่งอยู่ในสภาพที่เป็นหนึ่งคนหนึ่งอยู่ ก็ให้เขาถือว่าเขาอยู่ในสภาพดังกล่าวตลอดไป จนกว่าจะมีหลักฐานแสดงว่าเขาได้ชำระหนี้แล้วหรือ หรือบุตรอายุ 7 ขวบ ย่อมอยู่ในความดูแลของมารดา เว้นเสียแต่ว่าศาลจะมีเหตุผลที่หนักแน่นเพียงพอที่ยกข้อกล่าวอ้างว่ามารดาไม่มีสิทธิดูแลหลักพื้นฐานของการพิสูจน์ตามคำกล่าวอ้างตั้งอยู่บนข้อสันนิษฐานตามกฎหมายเพื่อให้ศาลเกิดความเชื่อมั่นต่อในประเด็นที่อ้างเท่านั้น แต่ผู้ปฏิเสธประเด็นใดต้องนำสืบประเด็นนั้นให้ศาลเชื่อ

3.5.8 หลักว่าด้วยการปิดกั้นหนทางสู่พฤติกรรมต้องห้าม (Blocking avenue of temptation)

หลักปิดกั้นหนทางไปสู่พฤติกรรมที่ต้องห้ามนี้หมายความว่าตัวบทกฎหมายได้บัญญัติชัดเจนว่าสิ่งใดเป็นสิ่งต้องห้ามสำหรับผู้ศรัทธาหรือที่เรียกกันว่าตัดไฟเสียแต่ต้นลม ถึงอย่างไรก็ตาม มีหลายสภาพการณ์ที่บางอย่างไม่สามารถจะหลีกเลี่ยงได้และบางอย่างไม่สามารถคาดการณ์ล่วงหน้าได้ว่าสิ่งใดต้องห้ามจำต้องออกเป็นข้อกำหนดว่าเป็นสิ่งต้องห้ามหรือเป็นสิ่งนอกกฎหมาย หรือสิ่งนั้นเป็นเพียงข้อห้ามธรรมดา เพื่อป้องกันมิให้กระทำในสิ่งต้องห้ามใหญ่ ๆ เช่น โน้ตคล้ายยอมเป็นที่เข้าใจกันดีว่ามุสลิมไม่ควรเข้าไป เนื่องจากเป็นสถานที่ใช้สำหรับดื่มเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ หรือกิจกรรมที่ต้องห้ามอย่างอื่นเช่นการพนันและโสเภณี เป็นต้นจึงจำเป็นต้องออกเป็นข้อห้าม ในขณะที่เดียวกันความเสียหายที่เกิดจากการมีข้อห้ามจะต้องมีน้ำหนักเพียงพอ ถ้าเป็นไปได้ความเสียหายจากการออกข้อห้ามเป็นเรื่องเล็กน้อย เปรียบเทียบกับประโยชน์ที่ได้รับย่อมคุ้มค่ากว่าสิ่งที่จะเกิดขึ้น หากปล่อยปละละเลยอาจส่งผลกระทบต่อที่รุนแรงตามมาได้ แต่ไม่ถึงกับห้ามมิให้มีเตรียมพื้นที่เพาะปลูกงุ่นซึ่งอาจถูกนำไปแปรรูปเป็นไวน์ได้ การทำและการจำหน่ายไวน์ย่อมต้องเป็นสิ่งที่จะต้องห้ามแน่นอน เป็นต้น เมื่อความเป็นไปได้ที่กิจกรรมบางอย่างที่อาจจะนำไปสู่ผลของการกระทำที่ชั่วร้ายนั้นเกิดขึ้นสูง และความเข้มงวดจึงต้องสูงตามไปด้วย

แต่มีสถานการณ์บางอย่างที่เกือบจะเป็นหรือกลายเป็นสิ่งเลวร้ายหรือก่อให้เกิดประโยชน์เป็นเรื่องที่ยากจะตัดสิน การกระทำดังกล่าวหรือสถานการณ์ดังกล่าวได้ นักกฎหมายอิสลามค่อนข้างที่จะโต้แย้งกัน เช่น ภายใต้กฎหมายอิสลามเมื่อสามีกล่าวและแสดงเจตนาในการหย่ากับภรรยา 3 ครั้ง การหย่าครั้งนั้นต่อมาภายหลังชายผู้นั้นเสียใจในการกระทำของตนที่กระทำลงไปแต่ไม่สามารถจะเรียกหรือให้อดีตภรรยาของเขากลับมาแต่งงานกับเขาอีกต่อไปแล้วเว้นแต่อดีตภรรยาของเขาจะแต่งงานกับชายอื่นเสียก่อนและชายคนใหม่ได้หย่าให้แล้วด้วยปัจจุบันถ้าสองฝ่ายคืออดีตสามีกับอดีตภรรยา เสียใจกับเหตุการณ์ที่เกิดขึ้น จะทำให้เกิดการเจ็บปวดด้วยกันทั้งหมดเจ็บปวดเพราะกฎหมายจะไม่อนุญาตให้คู่กรณีกลับมาคืนดีกันได้ เว้นแต่ฝ่ายหญิงจะแต่งงานใหม่และถูกหย่าร้าง ในสถานการณ์เช่นนี้ทัศนะของอิมามอัชชาฟีอีย์และอิมามหะนะฟีอีย์อนุญาตให้กระทำดังกล่าวคือ

อนุญาตให้อดีตสามีจัดเตรียมการแต่งงานสำหรับอดีตภรรยา นั้นได้ ซึ่งเป็นไปได้ว่านางอาจจะได้รับการหย่าร้างจากชายคนใหม่และทำให้อดีตสามีได้กลับมาแต่งงานกับภรรยาได้อีกครั้ง ในทางตรงข้ามการจัดเตรียมการของอดีตสามีตามที่อ้างถึงข้างต้นเป็นสิ่งที่ต้องห้ามในทัศนะของอิมามมาลิกและอิมามอะหมัด อิบินู หันบัล นั้นเพราะอาจเป็นไปได้ว่าท่านทั้งสองเห็นว่ากฎหมายอิสลามนั้นต้องการให้ศาสนิกชนได้ตระหนักในเรื่องของการหย่าร้างว่าเป็นสิ่งที่รุนแรง และการอนุญาตให้ชายผู้หย่าร้างได้กระทำการที่เป็นการรู้จักหรือจัดฉากขึ้นอาจทำให้กฎหมายคลายความศักดิ์สิทธิ์ลงได้ (Kutaiba S.Chaleby, 2004 : 16-17)

3.5.9 หลักความสัมพันธ์ระหว่างผลได้และผลเสีย

หลักกฎหมายชะรีอะฮ์มีเจตนารมณ์เพื่อจรรโลงมนุษยชาติทั้งมวลและตลอดเวลา ไม่ได้มีไว้เฉพาะเชื้อชาติหรือสังคมใดสังคมหนึ่งโดยเฉพาะหรือเพื่อลงผิดลงถูกหรือตามอารมณ์ของใครคนใดคนหนึ่ง หรือเป็นเพียงแค่ประวัติศาสตร์ช่วงใดช่วงหนึ่งเฉพาะ อิสลามมีผู้นำที่เข้มแข็งและมีชื่อเสียงโด่งดังเป็นแบบอย่างของการตัดสินใจแล้วคือท่านเคาะลีฟะฮ์คนที่ 2 คือท่านอุมร์ อิบินิ ค็อฏฏอบ رضي الله عنه ในเรื่องของห้ามปรามทรัพย์สินที่ได้มาจากการชนะสงครามเมื่อครั้งที่พิชิตดินแดนอิรักและเปอร์เซียซึ่งเดิมกำหนดให้เป็นของทหาร แต่ท่านเคาะลีฟะฮ์ อุมร์ رضي الله عنه ได้นำเอาเจตนารมณ์ที่ซ่อนอยู่ในตัวบทมาใช้และให้ทรัพย์สินดังกล่าวเป็นของส่วนรวม ในยุคแห่งอนาคตอาจยึดดินแดนและทรัพย์สินสมบัติเกิดขึ้นได้และคำวินิจฉัยของท่านอุมร์ رضي الله عنه สามารถใช้เป็นบรรทัดฐานได้

ในฐานะที่หลักการของอิสลามมุ่งแสวงหาการรักษาผลประโยชน์ของมวลมนุษยชาติ ในขณะที่ตัวบทกฎหมายอิสลามเป็นกฎหมายที่มุ่งสู่การหลีกเลี่ยงผลร้ายเมื่อผลประโยชน์ของคู่กรณีฝ่ายหนึ่งเชื่อมโยงกับผลร้ายของผู้อื่น กฎหมายชะรีอะฮ์ยอมแสวงหาหนทางซึ่งจะก่อให้เกิดการประนีประนอมกัน หนทางแรกจะทำให้เกิดการประนีประนอมได้คือการยอมรับในผลเสียบางส่วนเพื่อผลประโยชน์ที่สำคัญกว่าเช่น การรักษาชีวิตของคนมีความสำคัญมากกว่าการรักษาไว้ซึ่งทรัพย์สิน ถ้าสถานการณ์นั้นลุกลามใหญ่โต ซึ่งการรักษาไว้ซึ่งชีวิตผู้คนหรือสุขอนามัย ทรัพย์สินต้องจัดทำให้พอเพียงกับความต้องการอาจจะประมาณการให้กระจายลงไปหรือแม้จะสิ้นเปลืองก็ตาม อย่างเช่นการใช้จ่ายต้องเชื่อว่ามีความเป็นธรรมในทางกฎหมาย ในบางสถานการณ์พิพากษาอาจใช้ดุลพินิจชั่งน้ำหนักเพื่อที่ก่อให้เกิดเป้าหมายที่ดีเช่น เป็นเรื่องที่ยกไม่ค่อยเป็นที่ปรารถนาที่จะถอนสิทธิของคนใดคนหนึ่งในทางกฎหมาย แต่ในกรณีพิพาทซึ่งเป็นต้นเหตุของอันตรายที่เกิดกับบุตรของเขา ผู้พิพากษาจะยอมรับหรือตัดสิทธิของบิดาโดยเอาตัวไปกักขังไว้ได้ทั้งนี้เพื่อเป็นการคุ้มครองสวัสดิภาพเด็กก็ได้เช่นเดียวกันประโยชน์หรือสิทธิของกลุ่มใดกลุ่มหนึ่งหรือของสังคมใดสังคมหนึ่งอาจจะก่อให้เกิดความขัดแย้งต่อกันระหว่างสองสิ่งได้ คือประโยชน์สาธารณะและสิทธิของปัจเจกชนจะเห็นได้ว่ากฎหมายอิสลามแตกต่างจากกฎหมายตามแนวคิดของสำนักคิดทางกฎหมายต่าง ๆ เช่น สำนักคิดทางกฎหมายธรรมชาติ (Natural Law) ที่กล่าวว่ากฎหมายเป็นสิ่งที่มิได้อยู่เองตามธรรมชาติ

กล่าวโดยสรุป เราอาจจะมั่นใจในพลังที่ไม่ธรรมดาของกฎหมายชะรีอะฮ์ในการปรับใช้ในสถานการณ์หนึ่ง ๆ ในการรับใช้สังคมทั้งหมด การสนับสนุนในสิ่งที่ดีและป้องปรามในสิ่งที่เลวร้าย ในระหว่างสิ่งที่ดีกับสิ่งที่เลว ความพึงพอใจต้องนำมาซึ่งความดี ระหว่างสองอย่างคือผลเสียหรืออันตรายทางเลือกที่น้อยกว่า เพื่อจุดมุ่งหมายที่ดีกว่ายอมให้เกิดผลเสียที่น้อยกว่าเพื่อรักษาผลประโยชน์ที่ใหญ่กว่าหรือถ้าผลตอบแทนไม่สามารถคำนวณเป็นเลขได้ผลเสียอันนั้นต้องป้องกันไม่ให้เกิด

พลังของการปรับเปลี่ยนในกฎหมายนี้บางสิ่งนักกฎหมายอิสลามไม่ได้วางแผนกันไว้ล่วงหน้า เจ้าหน้าที่ได้รับประเด็นมาแล้วก็นำมาพิจารณาว่ามีอยู่ในตัวบทหรือไม่ อย่างไรก็ตามในการปรับเปลี่ยนให้เข้ากันนั้น สิ่งเหล่านี้ถูกปรับเปลี่ยนโดยนักกฎหมายอิสลามที่เก่ง ๆ และมีความรู้ไม่ได้เป็นการล้มล้างกฎหมายโดยใช้ความฉลาด แต่ใช้การทำงานด้วยความพิถีพิถันใส่ใจในงานเขียน ในการบูรณาการกับจิตวิญญาณและเป้าประสงค์ (Kutaiba S.Chaleby, 2004 : 18-19)

3.6 พยานหลักฐานในอิสลามและประเภทของพยาน

การใช้พยานหลักฐานเพื่อพิสูจน์ความจริงในศาลในระบบกฎหมายอิสลามมี 2 ประเภท คือ พยานบุคคล และพยานวัตถุ

3.6.1 พยานบุคคลใช้คำให้การในการยืนยันการกระทำความผิดผู้อื่นในการดำเนินคดีในศาล ซึ่งจะเกี่ยวข้องกับกระบวนการสืบพยานในศาล เพื่อให้ศาลชั่งน้ำหนักว่าข้อเท็จจริงเป็นอย่างไร เพื่อใช้ดุลพินิจในการรับฟังในการตัดสินคดีว่าเป็นผู้กระทำความผิดหรือไม่ได้กระทำความผิด

3.6.2 พยานวัตถุเป็นสิ่งที่บ่งชี้ว่ามีการกระทำผิดหรืออนุมานว่ามีความผิดเกิดขึ้น อาจเป็นพยานโดยตรงหรือพยานแวดล้อมกรณี ซึ่งในระบบกฎหมายอิสลามมีหลักการในการรับฟังพยานหลักฐานแตกต่างไปจากระบบกฎหมายทั่วไป ซึ่งเป็นเรื่องปกติเนื่องจากเป็นระบบกฎหมายที่มีบ่อเกิดและที่มาต่างกัน พัฒนาการด้านกฎหมายจนถึงปัจจุบันจึงแตกต่างกัน รวมทั้งประเพณีปฏิบัติในสังคมอิสลามก็แตกต่างกับสังคมทั่วไป พยานหลักฐานเป็นสิ่งที่สำคัญประการหนึ่งในกฎหมายอิสลาม

พยานหลักฐานหมายถึงสิ่งหนึ่งสิ่งใดที่กฎหมายรับฟังในการใช้พิสูจน์ความจริงในเหตุการณ์ใดเหตุการณ์หนึ่งเกี่ยวกับคดีความ

พยานหลักฐานอาจหมายถึง ทุกสิ่งทุกอย่างที่ยืนยันเพื่อแสดงถึงสิทธิอันได้แก่พยานต่างๆ คำสาบาน ปัจจัยแวดล้อม หรือสิ่งอื่นๆ⁵⁶

⁵⁶Muhammad b. Ibrahim al-Tuwajiriy, 2010, al-Mukhtasar al-ighiy, สืบค้นเมื่อ 1 เมษายน 2559, สืบค้นจาก www.Islamhouse.com

พยานหลักฐานในอิสลามคือความหมายเดียวกับที่ท่านเราะฮ์ลุพูดถึงคำว่า “บัยยีนะฮ์” (البينة) หมายถึงสิ่งใดก็ตามที่สามารถพิสูจน์ข้อโต้แย้งให้เกิดความกระจ่างได้ในศาลดังหะดีษที่เราะฮ์ลุ ได้มีวจนะไว้เกี่ยวกับเรื่องสืบพยานว่า

((البينة على المدعي، والمبين على المدعى عليه))

(أخرجه الترمذي : 1341)

ความว่า “การนำมาซึ่งพยานหลักฐานนั้นเป็นหน้าที่ของผู้กล่าวหา ส่วนการสาบานตนนั้นหน้าที่ของผู้ถูกกล่าวหา”

(บันทึกโดยอัครมีชัย : 1341)

ท่านซัยนุดดีน (Sainudden, 2001 : 230) นักวิชาการมีมติเอกฉันท์ว่า “แท้จริงการนำมาซึ่งหลักฐานนั้นเป็นหน้าที่ของผู้กล่าวหา (ผู้เสียหายหรือโจทก์) ส่วนการสาบานตนนั้นเป็นหน้าที่ของผู้ถูกกล่าวหา (ผู้ต้องหาหรือจำเลย) คำว่า البينة على المدعى หมายถึง สิทธิการนำมาซึ่งพยานหลักฐานของสิ่งที่กล่าวหานั้น อันเนื่องมาจากจำเป็นแก่ผู้กล่าวหาในการนำมาซึ่งหลักฐานและความหมายของคำว่า البينة على المدعى หมายถึง การแสดงความบริสุทธิ์ด้วยการสาบาน อันเนื่องมาจากจำเป็นแก่ผู้ถูกกล่าวหา (ผู้ต้องหาหรือจำเลย) ต้องมีการสาบานในทุกกรณี

นอกจากนี้พยานหลักฐานยังมีการบัญญัติไว้ในอัลกุรอานคือ

﴿... وَلَا يَأْبُ الشُّهَادَةَ إِذَا مَا دُعُوا...﴾

(البقرة ، من آية : 282)

ความว่า “.....และบรรดาพยานนั้นก็จงอย่าได้ปฏิเสธเมื่อพวกเขาถูกเรียกร้อง.....”

(อัลบะกอเราะฮ์ : ส่วนหนึ่งจากอายะฮ์ 282)

จากตัวบทในอัลกุรอานดังกล่าวจะพบว่าอัลลอฮ์ สั่งให้พยานบุคคลต้องมาให้การไม่มาเป็นสิ่งต้องห้าม

และอีกอายะฮ์หนึ่งว่าด้วยการเป็นพยาน

﴿ فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِّنكُمْ وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ ۚ ذَٰلِكُمْ يُوعَظُ بِهِ مَن كَانَ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ
الْآخِرِ ۚ وَمَن يَتَّقِ اللَّهَ يَجْعَلْ لَهُ مَخْرَجًا ۝﴾

(الطلاق ، آية : 2)

ความว่า “ต่อเมื่อพวกนางได้อยู่จนครบกำหนดของพวกนางแล้วก็จงยับยั้งพวกนางให้อยู่โดยดี หรือให้พวกนางจากไปโดยดีและจงให้มีพยานสองคนเป็นผู้เที่ยงธรรมในหมู่พวกเจ้าและจงให้การเป็นพยานนั้นเป็นไปเพื่ออัลลอฮ์ดังกล่าวนั้นผู้ที่ศรัทธาต่ออัลลอฮ์

และวันอาคิเราะฮจะถูกต้องให้ถือปฏิบัติและผู้ใดยำเกรงอัลลอฮ
พระองค์ก็จะทรงหาทางออกให้แก่เขา”

(อัตถะฮะลาฏ : อายะฮ 2)

จากตัวบทที่กล่าวมานักปราชญ์ในอิสลามมีความเห็นว่าการเป็นพยานนั้นถือเป็นฟัรฎู
กิฟายะฮ (เป็นหน้าที่จำเป็นกับบุคคลเพียงกลุ่มหนึ่ง) และถ้าหาว่าสิ่งนั้นเป็นกรรมสิทธิ์ของมนุษย์การ
ทำหน้าที่เป็นพยานนั้นเป็นฟัรฎูอัยน (เป็นหน้าที่ระดับปัจเจกบุคคล) หากสิ่งนั้นเป็นกรรมสิทธิ์ของ
มนุษย์ (Muhammad b.Ibrohim al-Tuwaijiry, 2010 : 5)

ในกฎหมายอิสลามนั้นพยานหลักฐานมีหลายชนิดบางครั้งเป็นพยานนั้นเป็นพยานที่
ให้คำแนะนำศาลและศาลรับฟัง บางครั้งต้องลงลายมือชื่อ บางครั้งแค่รับสารภาพเท่านั้น โดยเฉพาะ
อย่างยิ่งเมื่อคำรับนั้นเป็นประโยชน์ โดยแบ่งพยานได้ดังนี้

3.6.3 พยานเอกสาร หมายถึงเมื่อมีพยานหลักฐานบางอย่างเกิดขึ้นก่อนที่นำเข้าสู่ศาลอาจจะ
เป็นเนื้อความหรือการลงลายมือชื่อเอกสาร อาจต้องมีการพิสูจน์ทางเทคนิคโดยผู้เชี่ยวชาญได้

3.6.4 พยานพฤติเหตุแวดล้อมหรือออรินะฮ (بيئة) พยานแวดล้อมหมายถึง พยานหลักฐานที่
มุ่งพิสูจน์ข้อเท็จจริงเรื่องใดเรื่องหนึ่งซึ่งมิได้เป็นประเด็นพิพาทในคดีโดยตรงหากแต่พิสูจน์ข้อเท็จจริง
อื่นที่บ่งชี้ว่าข้อเท็จจริงอันเป็นประเด็นพิพาทน่าจะเกิดขึ้น หรือไม่เกิดขึ้นซึ่งต้องอาศัยการใช้เหตุผล
หรือพฤติการณ์ที่สามารถเชื่อมโยงกันและอนุมานเอาอีกต่อหนึ่งซึ่งหนึ่ง นักกฎหมายบางท่านเรียกว่า
พยานเหตุผล อาทิ

3.6.4.1 พยานเห็นคนถือมีดเปื้อนเลือดออกมาจากบ้านที่เกิดเหตุด้วยอาการลุกลี้ลุกลน
ที่มีคนถูกฆ่าอาจอนุมานได้ว่าเขาเป็นคนร้าย หมายความว่า การถือมีดเปื้อนเลือดออกมาจากที่เกิดเหตุ
ไม่ได้เรื่องที่พิพาทกันโดยตรง แต่พิสูจน์กันเพื่อบ่งชี้ว่าอาจอนุมานได้ว่าเขาเป็นคนร้าย อันนี้คล้ายกับ
กฎหมายไทย

3.6.4.2 กรณีการตั้งครุฑของสตรีที่ไม่มีสามีเป็นสิ่งบ่งชี้ว่าสตรีคนนั้นอาจผิดประเวณี

3.6.4.3 อาการที่บุคคลอาเจียนจากสุรา อาจบ่งชี้ได้ว่าบุคคลนั้นดื่มสุราโดยเจตนา

3.6.4.4 ผลพิสูจน์ดีเอ็นเอ (DNA) เป็นสิ่งบ่งชี้ว่าเกี่ยวพันเป็นบิดามารดาและบุตรได้

(เงาะเหล้าะ แยกพงศ์, ม.ป.ป. : 103)

3.6.5 คำรับสารภาพของจำเลยนั้นรับฟังได้ถ้าคำรับนั้นรับด้วยความสมัครใจ ปราศจากการ
บังคับ ชูเชื้อหรือสัญญา และสอดคล้องกับคดีไม่มีการขัดแย้งกัน แต่ต้องพิเคราะห์ถึงลักษณะทั่วไป
ของพยานเช่นไม่ได้เสียดสีหรืออยู่ในภาวะมีนเมา

3.6.6 พยานความเห็นหรือพยานผู้เชี่ยวชาญหมายถึงพยานผู้มีความรู้เชี่ยวชาญในสาขาใด
สาขาหนึ่งในการมาให้ความเห็นต่อศาลในสิ่งที่ศาลอาจไม่รู้

3.6.7 พยานบอกเล่า หมายถึงพยานบุคคลที่ให้การต่อศาลถึงสถานการณ์หนึ่งโดยไม่ได้ประสพมาหรือเห็นด้วยมาด้วยตนเองแต่ได้ยินมาจากบุคคลอื่นอีกทอดหนึ่ง

3.7 การใช้ผู้เชี่ยวชาญในยุคเราะสุล

ในสมัยท่านเราะสุล ﷺ ซึ่งเป็นยุคเริ่มแรกของอิสลาม ได้มีการวางรากฐานทางด้านฟิกฮฺ ไว้แล้ว เนื่องจากบททั่วไปของฟิกฮฺไม่มีทฤษฎีเฉพาะในเรื่องเกี่ยวกับการรับฟังพยานหลักฐาน หรือกล่าวถึงบทบาทของพยานในชั้นศาลหรือมีเอกสารที่อธิบายข้อกำหนดในเรื่องการรับฟังพยานหลักฐานโดยตรงเหมือนกับสมัยปัจจุบันทำให้ไม่สามารถมาประยุกต์ใช้ในกฎหมายโดยตรงใน การที่จะนำมาปฏิบัติได้อย่างชัดเจนเกี่ยวกับการรับฟังพยานหลักฐานผู้เชี่ยวชาญในที่นี้หมายถึง คำให้การของพยานผู้เชี่ยวชาญและผลการตรวจพิสูจน์ในฐานะพยานผู้เชี่ยวชาญในการนำเสนอ ข้อเท็จจริงต่อศาลเพื่อค้นหาความจริง (Fact Finding) ซึ่งอาจเป็นคำตอบในความพยายามแสวงหา หลักฐานในการสร้างแนวคิดของการรับฟังพยานหลักฐานผู้เชี่ยวชาญได้ ความรู้เฉพาะทางกิติหรือ ความเชี่ยวชาญสาขาใดสาขาหนึ่งกิติซึ่งอาจเป็นการสร้างความกระจ่างในคดีใดคดีหนึ่งเพื่อเป็น แนวทางในการใช้ดุลยพินิจของศาล เมื่อศาลได้มีหมายมายังพยานผู้เชี่ยวชาญสาขานั้น ๆ ภายใต้อหลักการที่ว่าฟังให้ความเคารพต่อผู้เชี่ยวชาญสาขานั้น ๆ ในการแสวงหาความร่วมมือจากผู้เชี่ยวชาญสาขานั้นที่ดีที่สุด เก่งที่สุดมาใช้ให้เป็นประโยชน์ซึ่งในสมัยท่านเราะสุล ﷺ มีหลักฐานบันทึกว่า ครั้งหนึ่งเคาะหาบะฮฺของท่านคนหนึ่งชื่อ สอด บิน อบีวักกอศ (เสียชีวิต ฮ.ศ.54) ได้เกิดเจ็บป่วย เมื่อท่านเราะสุล ﷺ ไปเยี่ยม เมื่อได้ตรวจอาการแล้ว ท่านเราะสุล ﷺ ได้ตระหนักว่ามีผู้ที่ความรู้ ทางด้านการแพทย์มากกว่าพระองค์ พระองค์จึงรับสั่งให้ ฮาริษ บิน กลาดะ (เกิด ค.ศ.670) จากเผ่าตอกิฟซึ่งเป็นผู้ที่บุคคลที่มีชื่อเสียงในฐานะแพทย์ที่เก่งคนหนึ่งเป็นผู้รักษาจากขุนนะฮฺดังกล่าวทำให้ วินิจฉัยได้ว่าท่านเราะสุล ﷺ ได้ทำแบบอย่างไว้ว่าการใช้ผู้เชี่ยวชาญ ผู้ชำนาญในเรื่องนั้นเป็นสิ่งที่ ถูกต้อง ทำให้เราเห็นได้ว่าการใช้ผู้เชี่ยวชาญหรือผู้ชำนาญการในเรื่องใดเรื่องหนึ่งสามารถนำมา ประยุกต์ใช้ในศาลได้โดยอาศัยหลักฐานในส่วนนี้ แต่อย่างไรก็ตามความเชี่ยวชาญจากผู้มีประสบการณ์ นี้ต้องมีการสอบคำให้การพยานปากนั้นไว้เพื่อให้เกิดความกระจ่างในความรอบรู้ที่ซ่อนอยู่ในตัวของ พยานนั้น เพื่อให้เห็นความแตกต่างระหว่างผู้เชี่ยวชาญกับผู้ที่ไม่เชี่ยวชาญ (Expert and Layman's eye) ซึ่งความเห็นของผู้เชี่ยวชาญนั้นย่อมมีความแตกต่างจากบุคคลทั่วไปอยู่แล้วเช่นเมื่อมีการยกคำที่ เป็นวลีขึ้นมามีว่า “มีใครเห็นสิ่งใดอยู่ในทุ่งนี้บ้าง” อิบุนุตัยเมียะฮฺ⁵⁷(เกิด ค.ศ. 1263) ซึ่งเป็นนักปราชญ์

⁵⁷ มีชื่อเต็มว่า อะฮฺมัด ตะกีตุดีน อบุล อับบาส บิน อับดุลอะลิม บิน อับดุลสลาม บิน อับดุลลอฮฺ บิน อะบี กอเซ็ม อัล-ฆอฎ็อร บิน มุฮัมหมัด อัล-ฆอฎ็อร บิน อะลี บิน อับดุลลอฮฺ บิน ตัยมียะฮฺ อัล-ฮุรอนีย์

จากสำนักคิดอิหม่ามหันบาลี (เสียชีวิต ค.ศ.1328 ที่เมืองตามัสกัส) กล่าวว่า บุคคลทั่วไปย่อมไม่อาจรู้ว่ามูลค่าผลผลิตมีจำนวนเท่าใดที่ซ่อนอยู่ในแปลงเกษตรแต่ถ้าถามคำถามนี้กับพ่อค้าเขาย่อมจะมองเห็นและตีราคาได้ทันทีว่าในแปลงเกษตรดังกล่าวที่มีต้นแครอทปลูกอยู่และกำลังจะให้ผลผลิตอย่างเต็มที่และหากสามารถเก็บผลผลิตนำมาจำหน่ายได้พ่อค้าจำพวกนี้จะทราบดี จากหลักทั่วไปดังกล่าวจึงสามารถนำมาใช้ในหลักการของฟิกฮ์ได้เราเรียกพ่อค้านั้นว่าผู้รู้ (معلوم) นั่นเอง (Ibn Taymiyyah, 2009 : 3/64)

อย่างไรก็ตามอิบนุตัยเมียฮ์ ยังได้อธิบายเพิ่มเติมอีกว่า ผู้ที่มีความเชี่ยวชาญทางการเกษตรกรรม ย่อมรู้ดีว่าการปลูกแครอทให้ได้ผลผลิตที่ดีนั้นต้องทำอะไรแต่ผู้พิพากษาอาจไม่รู้หรือรู้ไม่เท่ากับเกษตรกรว่าจะปลูกให้ได้ผลผลิตที่ดีนั้นจะต้องทำอะไร

ซารักสัย (เสียชีวิต ฮ.ศ 1097) ได้แต่งหนังสือชื่ออัลมับสูต (1993) ซึ่งเป็นหนังสือจากสำนักคิดหะนะฟีได้อธิบายว่า คำให้การของผู้เชี่ยวชาญที่ให้ความเห็นในฐานะเป็นที่ปรึกษาของผู้พิพากษา เป็นการยึดหลักฐานจากอัลกุรอาน

﴿وَمَا أَرْسَلْنَا مِنْ قَبْلِكَ إِلَّا رِجَالًا نُوْحِي إِلَيْهِمْ فَاسْأَلُوا أَهْلَ الدِّكْرِ إِنْ كُنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ﴾

(النحل، آية : 43)

ความว่า “และเราได้ส่งผู้ใดมาก่อนหน้าเจ้านอกจากเป็นผู้ชายที่เราได้วะฮีย์แก่พวกเขา ดังนั้น พวกเจ้าจงถามบรรดาผู้รู้ หากพวกเจ้าไม่รู้”

(อัลนะหลุ : อายะฮ์)

จากโองการดังกล่าวกุรอานแจ้งว่าให้ไปถามผู้รู้ถ้าหากไม่รู้เกี่ยวกับเรื่องนั้น ๆ ในหนังสือดังกล่าวได้อธิบายคำว่า (الدِّكْرِ) ไว้ว่าหมายถึงผู้ให้ความเห็น (Commentator) ไม่ได้หมายความว่าคือผู้เชี่ยวชาญเนื่องจากส่วนหนึ่งในโองการดังกล่าวได้กล่าวถึงชาวคัมภีร์ (Sarakhshi, 1993)

ท่านอับดุลกออเบรีย (al-Tabry, 2000 : 17/208) กล่าวว่าคำว่า فَاسْأَلُوا أَهْلَ الدِّكْرِ หมายถึงบรรดากลุ่มชนที่พวกเขาได้อ่านคัมภีร์นั้นคือคัมภีร์เตารอฮ์ คัมภีร์อินญีลและคัมภีร์ของอัลลอฮ์เล่มอื่น ๆ ที่ได้ประทานลงมาแก่บ่าวของพระองค์

อิบนุ กะซีร์ (Ibn Kathir, 1419 : 2/502) กล่าวว่า จงถามกับบรรดาผู้มีความชำนาญการ (ผู้ทรงคุณวุฒิ) จากบรรดามนุษยชาติ เช่นชาวยิว ชาวคริสต์และกลุ่มชนอื่น ๆ นอกเหนือจากนั้นการใช้ผู้เชี่ยวชาญในการให้ความเห็นนั้นมีหลักฐานที่ปรากฏในอัลกุรอานอย่างกรณีของท่านนบียุซุฟ عليه السلام ซึ่งอัลลอฮ์ได้ตรัสไว้ว่า

﴿وَلَقَدْ هَمَّتْ بِهٖ وَهَمَّ بِهَا لَوْلَا اَنْ رَّاى بُرْهَانَ رَبِّهٖ كَذٰلِكَ لِنَصْرِفَ عَنْهٖ السُّوءَ﴾

وَالْفَحْشَاءَ إِنَّهُ مِنْ عِبَادِنَا الْمُخْلَصِينَ ﴿٢٤﴾

(โยสุฟ, آية : 24)

ความว่า “และแท้จริงนางได้ตั้งใจมั่นในตัวเขาและเขาก็ตั้งใจในตัวนาง หากเขาไม่เห็นหลักฐานแห่งพระเจ้าของเขาเช่นนั้นแหละเพื่อเราจะให้ความชั่วและการลามกห่างไกลจากเขาแท้จริงเขาคือคนหนึ่งในปวงบ่าวของเราที่สุจริต”

(ยูสุฟ : อายะฮฺ 24)

﴿وَاسْتَبَقَا الْبَابَ وَقَدَّتْ قَمِيصَهُ مِنْ دُبُرٍ وَالْقَبَا سَيِّدَهَا لَدَى الْبَابِ قَالَتْ مَا جَزَاءُ مَنْ أَرَادَ بِأَهْلِكَ سُوءًا إِلَّا أَنْ يُسْجَنَ أَوْ عَذَابٌ أَلِيمٌ﴾

(โยสุฟ , الآية 25)

ความว่า “และทั้งสองได้วิ่งไปที่ประตูและนางได้ดึงเสื้อของเขาขาดทางด้านหลัง และทั้งสองได้พบสามีของนางที่ประตูนางกล่าวว่า “อะไรคือการตอบแทนของผู้ประสังค์ร้ายต่อภริยาของท่านนอกจากการจำคุกหรือการลงโทษอย่างเจ็บปวด”

(ยูสุฟ : อายะฮฺ 25)

﴿قَالَ هِيَ رَاوَدْتَنِي عَنْ نَفْسِي وَشَهِدَ شَاهِدٌ مِنْ أَهْلِهَا إِنْ كَانَ قَمِيصُهُ قُدَّ مِنْ قُبُلٍ فَصَدَقَتْ وَهُوَ مِنَ الْكَاذِبِينَ﴾

(โยสุฟ, آية : 26)

ความว่า “เขากล่าวว่า “นางได้ยั่วยวนขึ้นใจฉัน” และพยานคนหนึ่งในบ้านของนางได้เป็นพยาน ”หากเสื้อของเขาถูกดึงขาดทางด้านหน้า ดังนั้นนางก็พูดจริง และเขาอยู่ในหมู่ผู้กล่าวเท็จ”

(ยูสุฟ : อายะฮฺ 26)

﴿وَإِنْ كَانَ قَمِيصُهُ قُدَّ مِنْ دُبُرٍ فَكَذَبَتْ وَهُوَ مِنَ الصَّادِقِينَ﴾

(โยสุฟ, آية : 26)

ความว่า “และหากว่าเสื้อของเขาถูกดึงขาดทางด้านหลัง นางก็กล่าวเท็จและเขาอยู่ในหมู่ผู้พูดจริง”

(ยูสุฟ : อายะฮฺ 27)

﴿فَلَمَّا رَأَى قَمِيصَهُ قُدَّ مِنْ دُبُرٍ قَالَ إِنَّهُ مِنْ كَيْدِكُنَّ إِنَّ كَيْدَكُنَّ عَظِيمٌ﴾

(โยสุฟ, آية : 28)

ความว่า” ดังนั้น เมื่อเขาเห็นเสื้อของเขาถูกดึงขาดทางด้านหลังเขา
กล่าวว่า “แท้จริงมันเป็นอุบายของพวกเขาแท้จริงอุบายของพวกเขา
นั้นยิ่งใหญ่”

(ยอห์น : อายะฮ 28)

ผู้วิจัยเห็นว่า การขาดง่ายของอาการก็ตื้นนั้นถือว่าเป็นลักษณะเฉพาะที่เกิดขึ้นจาก
วัตถุพยานเอง และถือว่าเป็นพยานที่มีน้ำหนักมั่นคง ซึ่งในปัจจุบัน หากมีการนำชิ้นส่วนอาการที่ขาด
และติดมีอนางไว้ที่นั่นเมื่อนำมาต่อเหมือนจิ๊กซอว์แนวที่ฉีกขาด วัสดุที่ใช้ทำอาการเป็นชนิดเดียวกัน
และสามารถเข้ากันได้ พยานหลักฐานชิ้นนี้เชื่อได้โดยปราศจากข้อสงสัยเลยว่าเป็นอาการของท่านปี
ยอห์น ^{19:28} จึงถือว่าเป็นพยานที่มีน้ำหนักมั่นคง

มีหลักฐานในยุคของท่านเราะสุล ^ﷺ ในเรื่องการใช้ผู้เชี่ยวชาญและผู้มีความรู้
เหตุการณ์หนึ่งกล่าวคือมีพี่น้อง 2 คน โต้แย้งเกี่ยวกับการแบ่งทรัพย์สินเกี่ยวกับรั้วแนวเขตในการแยก
ที่ดินกันและร้องขอให้ท่านเราะสุล ^ﷺ เป็นผู้ตัดสิน ท่านเราะสุล ^ﷺ ได้มอบหมายให้สหายของท่านคือ
ฮุซัยฟะฮฺ บิน อัลยามัน ^{رضي الله عنه} รับผิดชอบคดีนั้นเมื่อท่านฮุซัยฟะฮฺ ^{رضي الله عنه} เข้าไปรับฟังข้อถกเถียงเกี่ยวกับรั้ว
ขอบเขตที่ดินติดกัน โดยการใช้ลวดเหล็กในการแบ่งที่ดิน เมื่อได้เรื่องการตัดสินคดีนี้มารายงานท่าน
ท่านศาสตราจารย์ก๊อจจากงานตัดสินคดีครั้งนี้ (Geertz, Clifford, 1983)

นอกจากนี้ยังมีเหตุการณ์อีกเรื่องคือมีหญิงชาวมะดีนะฮฺคนหนึ่งหลงรักชายหนุ่มแต่
ถูกชายหนุ่มที่ตนหลงรักปฏิเสธที่เกี่ยวข้องพาราสิด้วย หญิงคนนั้นโกรธและหาทางแก้แค้นชายหนุ่มด้วย
การนำเอาไข่ขาวมาป้ายที่อาการของนางและที่โคนขาอ่อนของนางจากนั้นได้นำเรื่องมาฟ้องร้องเคาะ
ลิพะฮุมมาร อิบน์ ค็อตต็อบ ^{رضي الله عنه} ว่าชายหนุ่มที่ตนหลงรักข่มขืนกระทำชำเรานาง ท่านฮุมมาร ^{رضي الله عنه} ได้ขอให้
ท่านอาลี อิบน์ อับตอลิบ ^{رضي الله عنه} ไต่สวนเรื่องราวที่เกิดขึ้นในคดีนี้ วิธีการของท่านอาลี ^{رضي الله عنه} คือได้นำเอา
อาการของนาง มาราดด้วยน้ำที่ต้มจนร้อนที่บริเวณของเหลวเปื้อนตามที่โจทก์กล่าวอ้างว่าเป็นน้ำ
อสุจิของจำเลย และท่านอาลี ^{رضي الله عنه} สามารถพิสูจน์ได้ว่าคราบที่เปื้อนดังกล่าวเป็นอะไรและโจทก์ก็รับ
สารภาพว่าได้กระทำอย่างที่ท่านอาลี ^{رضي الله عنه} กล่าวจริง (อ้างถึงใน Rosen, Lawrence, 1989)

ในทัศนะของผู้วิจัยสิ่งที่เรียนรู้ได้จากเหตุการณ์ดังกล่าวพอจะสรุปได้ว่า

1. ท่านอาลี ^{رضي الله عنه} ใช้การตรวจพิสูจน์เชิงวิทยาศาสตร์ เนื่องจากวิธีการที่ท่านทำเป็น
การแสวงหาพยานหลักฐานและรวบรวมพยานหลักฐานอย่างหนึ่ง
2. ท่านอาลี ^{رضي الله عنه} ใช้เครื่องมือทางด้านวิทยาศาสตร์คือการใช้น้ำร้อนที่ผ่านการต้มจน
อุณหภูมิจุดเดือด
3. ท่านอาลี ^{رضي الله عنه} มีหลักการการตรวจพิสูจน์ที่สอดคล้องกับสมัยใหม่ที่แสวงหาได้

ยุคนั้น

4. ท่านอาลี رضي الله عنه ได้ใช้หลักการพิสูจน์ในเชิงประจักษ์ทำให้ฝ่ายที่สร้างพยานหลักฐานเท็จไม่สามารถปฏิเสธได้

5. กล่าวในแง่ของนักกฎหมายท่านอาลี رضي الله عنه เป็นพยานผู้เชี่ยวชาญที่ให้ความเห็นต่อผู้พิพากษา ซึ่งขณะนั้นคือท่านเคาะลีฟะฮ์อุมัร رضي الله عنه

อย่างไรก็ตามนักกฎหมายอิสลามเองก็ยังเห็นต่างกันในเรื่องการนำความเห็นของพยานผู้เชี่ยวชาญว่าการรับฟังพยานหลักฐานชนิดนี้จะต้องให้ความเห็นด้วยวาจาต่อศาลหรือเพียงแต่ทำเป็นรายงานอย่างเดียวก็น่าได้ แต่ส่วนใหญ่จะนิยมใช้ทั้งการให้การต่อศาล และการรายงานเป็นหนังสือ แต่อย่างไรก็ตามการทำความเห็นเป็นหนังสือและการให้ปากคำต่อศาลก็เป็นแค่ความเห็นที่ศาลจะนำไปใช้ดุลพินิจในการรับฟังพยานอีกครั้งหนึ่ง

ในทัศนะของผู้วิจัยเห็นว่าจริงอยู่ความเห็นของพยานผู้เชี่ยวชาญบางเรื่องนั้นหากว่าเป็นเรื่องที่ไม่สำคัญหรือคู่ความรับข้อเท็จจริงแล้วก็ไม่จำเป็นต้องสืบพยานปากนั้นอีก รายงานดังกล่าวก็สามารถใช้มารับฟังได้แล้ว แต่บางครั้งพยานผู้เชี่ยวชาญจำต้องมาให้การประกอบรายงานเนื่องจากการเป็นพยานอาจมีบางประเด็นที่ไม่แจ่มแจ้ง การซักถามปากคำพยานจึงเป็นสิ่งจำเป็น ถึงแม้ว่าการให้ปากคำต่อศาลมีข้อดีคือมีการสาบานตนและสามารถสอบถามได้ว่าซึ่งอาจมีสาเหตุโกรธเคืองกับตัวโจทก์หรือตัวจำเลยก็ได้ และอาจมีการตรวจสอบถึงคุณสมบัติของพยานปากนั้นด้วยว่าเชี่ยวชาญเพียงใด และหลักสำคัญอีกประการหนึ่งคือพยานผู้เชี่ยวชาญที่มาให้การก็ตีหรือแถลงเป็นหนังสือที่ดีคุณสมบัติที่สำคัญอย่างยิ่งยวดของพยานชนิดนี้คือต้องมีใจเป็นธรรม อีกทั้งต้องไม่มีส่วนได้เสียในเรื่องที่มีการฟ้องร้องนั้นด้วย

อิบนุก็อยยิม อัล เญาซีเยฮ์⁵⁸ (เกิด ฮ.ศ 691) ได้ให้ทัศนะเกี่ยวกับการให้การของพยานผู้เชี่ยวชาญเพียงอย่างเดียวกับการทำความเห็นเป็นหนังสือเพียงอย่างเดียวไว้ว่า โดยทั่วไปพยานนั้นไม่สามารถแยกแยะได้ชัดเจนเกี่ยวกับกฎของธรรมชาติและสัญญาทางธรรมชาตินอกจากผู้ที่เป็นพยานผู้เชี่ยวชาญเท่านั้นเช่นพยานที่ประเมินราคาที่สามารถแยกแยะได้ซึ่งบางครั้งอาจต้องใช้พยานถึงสองคนในการอธิบายเพื่อให้ได้ความกระจ่าง และได้ยกตัวอย่างเกี่ยวกับการที่คนกลุ่มหนึ่งกำลังเฝ้ามองดวงจันทร์เพื่อนับวันถือศีลอดวันแรกแต่มีเฉพาะหนึ่งหรือสองคนเท่านั้นที่มองเห็นและได้รายงานการมองเห็นดวงจันทร์ดังกล่าวต่อกอฎี การประกาศว่ามีผู้เห็นดวงจันทร์นี้เป็นพื้นฐานในการนับวันแรกของเดือนโดยไม่ต้องยึดถือความเห็นส่วนใหญ่ของกลุ่มที่เฝ้ามองดวงจันทร์กลุ่มนั้น (Ibn Qayyim al-Jawziyya, 2000)

มีข้อสังเกตสองประการที่เกี่ยวกับความเห็นของอิบนุก็อยยิม ข้างต้นกล่าวคือ

⁵⁸คือ อบูอับดุลลอฮ์ ชัมซุดดีน มุฮัมมัด บินอบีบักร บินอัยยูบ บินชะฮุด บินฮะรีซ บินมุกกีร์ ชัยนุดดีน อัรซัรอีฮ์ อัลดิมชีกี อัลฮัมบาลีย์ เสียชีวิตที่เมืองดามัสกัส

ประการที่หนึ่ง อิบน์ก้อยยิม ไม่ได้พิจารณาถึงจำนวนของพยานผู้เชี่ยวชาญ เหมือนกล่าวเป็นนัย ๆ ว่าพยานนั้นต้องมีความเห็นแตกต่างกันไม่ใช่เป็นการกล่าวลอย ๆ ของคนโกหกเป็นไปไม่ได้ที่จะมีคนให้ความเห็นที่โกหกถึงสองคนในเรื่องดังกล่าว

ประการที่สอง อิบน์ก้อยยิมเทียบเคียงคำแถลงเป็นหนังสือหรือความเห็นของพยานผู้เชี่ยวชาญเกี่ยวข้องกับการประกอบศาสนกิจ เป็นเรื่องที่ควรเคารพ เช่นการมองเห็นดวงจันทร์

ในทัศนะของผู้วิจัยเห็นว่าถึงแม้นักปราชญ์ของอิสลามสำนักต่าง ๆ มีข้อคิดเห็นแตกต่างกันในเรื่องจำนวนของพยานในคดีต่าง ๆ ต้องอาศัยแนวทางสุนนะฮ์และแนวทางของเคาะลีฟะฮ์ อรรอซิดีน ประกอบความเห็นของมัซฮับต่าง ๆ และแนวทางวินิจฉัยของนักปราชญ์อิสลามที่มีชื่อเสียง เช่น อิบน์ก้อยยิม อัลญะซียะฮ์ หรือนักปราชญ์อีกท่านหนึ่งคือ อิบน์ตุย์มียะฮ์ เป็นต้น

ได้กล่าวถึงมาแล้วว่าระหวางการให้ปากคำของพยานความเห็นเพียงคนเดียวที่เกี่ยวข้องกับพิธีกรรมทางศาสนาและรายงานหะดีษและอีกหลายคำถามเกี่ยวกับจำนวนพยาน ศาลจะพิเคราะห์พยานผู้เชี่ยวชาญหรือพยานความเห็นที่ทำแถลงการณ์เป็นเอกสารเพียงคนเดียวได้หรือไม่ในฐานที่เป็นเพียงคำบอกเล่า กับพยานที่มาให้การต่อศาลถึงสองคนซึ่งมีความน่าเชื่อถือกว่า นอกจากนี้ในทางกลับกันถ้าหากว่าพยานผู้เชี่ยวชาญที่เป็นสตรีเพศและทำรายงานความเห็นต่อศาล ศาลจะอนุญาตให้รับฟังได้หรือไม่ การนำเสนอรายละเอียดในการจำแนกประเภทของพยานต่าง ๆ เช่น ล่าม แปล แพทย์ นักประเมินราคา ศิลปนิติวิทยาศาสตร์ (Art Forensic) และการนำเสนอพยานความเห็นที่แถลงการณ์เป็นเอกสาร กับพยานความเห็นที่ให้ปากคำต่อศาลโดยตรง เช่น

3.7.1 พยานผู้เชี่ยวชาญในกรณีของล่ามแปล

ล่ามแปลและคุณสมบัติของล่ามแปล ยังคงยึดหลักการเดิมของพยานทั่วไป คือต้องเป็นมุสลิมที่มีใจเป็นธรรม หากไม่ใช่มุสลิมอนุญาตให้ได้ถ้าเป็นสิ่งจำเป็นเทียบเคียงกับกรณีของแพทย์ที่มีไข้มุสลิมได้ ต้องเป็นโหมิไซเป็นทาส และต้องไม่มีส่วนได้เสียในเรื่องนั้น ๆ

ตามทัศนะของออบูหะนีฟะฮ์ ทัศนะออบูยูสุฟ ทัศนะออบูหันบัล ล่ามแปลไม่ต้องใช้พยานคู่หมายถึงล่ามเพียงคนเดียวก็สามารถใช้ได้ โดยจัดกลุ่มล่ามแปลไว้เป็นประเภทเดียวกับพยานที่แถลงการณ์เป็นหนังสือ ไม่ใช่พยานในประเภทของผู้มาให้ปากคำ แต่อย่างไรก็ตามมีหลักฐานว่าท่านเราะฮ์ลุส ใช้ท่านซัยด์ บิน ซาบิต⁵⁹ (เสียชีวิต ฮ.ศ.45) เป็นล่ามแปลเพียงคนเดียวในการสื่อสารกับชาวฮิว (Ibn Majuz, Muhammad, 1984)

ทัศนะของมุหัมหมัด ซัยบานี⁶⁰ มีความเห็นแย้งกับความเห็นของออบู หะนีฟะฮ์ และออบู ยูสุฟ โดยเห็นว่าล่ามแปลต้องเป็นสองคนหรือพยานคู่ และล่ามแปลก็คือพยานบุคคลประเภท

⁵⁹ ชื่อจริงของท่าน คือ ซัยด์ บิน ซาบิต บิน อับดุลอะฮ์ กะฮ์ บิน ซัยด์ ลุดซาน บิน อัมรุ

⁶⁰ คือ มุหัมหมัด บิน หะสัน อัซซัยบานี (132 – 189 ฮ.ศ.) ซึ่งทันศึกกับอิมามออบูหะนีฟะฮ์ช่วงหนึ่ง และศึกษา

หนึ่ง ซึ่งสิ่งที่ล้ามพูดคือผลกระทบจากความสัมพันธ์ที่ได้จากพยาน ศาลจะรับรู้ความจริงผ่านล้ามเท่านั้น ซึ่งโดยปกติจะไม่เรียกล้ามว่าเป็นพยาน เพราะล้ามแปลเมื่อแปลตามความสัตย์จริงย่อมไม่อาจกล่าวเท็จ พยานที่ให้การต่างหากที่กล่าวเท็จผ่านล้ามแปล ล้ามแปลย่อมไม่มีแรงจูงใจในการกล่าวเท็จ (Tarabulsi, `Ala al-Din `Ali b. Khalil, 1973)

ทัศนะของมัชฮับอัชชาฟีอีย์ก็ยึดหลักการเรื่องล้ามแปลต้องใช้สองคน เพื่อสร้างความเชื่อมั่นในการรับรู้ เพราะความเชื่อมั่นต้องการความเป็นอิสระและความภาคภูมิใจ จึงต้องการจำนวนของพยานในการสร้างเชื่อมั่น มาวรีดี⁶¹ (364-450) คัดค้านความเห็นของอบู หนะนิฟะฮฺ ที่กล่าวอ้างถึงเฉพาะเรื่องที่เกี่ยวข้องกับศาสนาเท่านั้นที่ต้องใช้เพียงหนึ่งคน ส่วนเรื่องอื่นต้องใช้พยานสองคน และทัศนะของมาวรีดี ยอมรับการส่งต่อความเห็นของพยานที่เป็นทาสอีกด้วยโดยให้ความเห็นว่า ถ้าคำแปลของล้ามที่เป็นทาสไม่ได้ก่อให้เกิดผลทางกฎหมาย และเที่ยงเคียงกับความเห็นของอิมามหะนะฟีอีย์ในเรื่องสายรายงานหะดีษและคำแปลที่ไม่สมบูรณ์ และในฐานะที่ล้ามของคนตาบอดและคำแถลงการณ์ของคนตาบอด ซึ่งท่านยอมรับฟังพยานที่เป็นคนตาบอดซึ่งได้ยินแต่เสียงอีกด้วย (Tarabulsi, 1973 : 94)

อิบนุ กุตามะ⁶² (541-620) นักปราชญ์อีกท่านหนึ่งในสำนักหันบาลี ได้ขยายความในความเห็นของทัศนะดังกล่าวว่า การโต้แย้งของล้ามแปลภาษาในการถ่ายทอดเรื่องราว บางครั้งได้ถูกซ่อนอยู่โดยที่ศาลยังมองไม่เห็นและเกี่ยวข้องกับการฟ้องร้องและเห็นว่าล้ามแปลต้องใช้สองคนและอยู่ในฐานะพยานประเภทหนึ่ง การแปลแตกต่างจากการรายงานทางด้านศาสนาและคล้ายกับการรายงานให้ศาลทราบที่ให้ความกระจ่างภายนอกศาล อิบนุ กุตามะยังกล่าวถึงถ้าคดีความดังกล่าวเป็นแปลในเรื่องการที่กูรอกำหนดโทษไว้ (หุดูต) และความผิดที่ทำให้บุคคลอื่นตายโดยเจตนาและทำร้ายร่างกายโดยเจตนา (กิศอศ) ต้องอาศัยพยานที่เป็นล้ามแปลสองคน ถ้าหากเรื่องการฟ้องร้องเป็นเรื่องที่เกี่ยวกับการเงินต้องอาศัยพยานที่เป็นชายหนึ่งคนหากเป็นหญิงต้องใช้สองคนและอนุญาตให้ใช้ทาสได้ (Ibn Majuz, Muhammad, 1984)

3.7.2 พยานผู้เชี่ยวชาญที่ประเมินค่าเสียหาย

ในบางครั้งมีคดีที่พิพาทกันเรื่องความเสียหายที่เกิดขึ้นที่เป็นคดีแพ่ง อาจเกิดจากการประเมินค่าเสียหายโดยผู้เชี่ยวชาญสาขานั้น บางครั้งอาจจะโต้แย้งเรื่องน้ำหนักของสินค้า หรือบางครั้งหากมีการคำนวณผิดพลาดได้ ในกรณีเช่นนี้นักวิชาการท่านหนึ่งชื่อมุฮัยยิ อัดดีน อัลนาวาวี ซึ่งเป็นนักวิชาการจากสำนักคิดของอิหม่ามอัชชาฟีอีย์ แห่งเมืองดามัสกัส (เสียชีวิต ค.ศ.1277) ให้

กับอบูยูสุฟ ท่านเป็นคนแรกที่เริ่มแรกเขียนหนังสือนิติศาสตร์ตามแนวทางของสำนักศึกษาของอิมามอบูหนะนิฟะฮฺและเผยแพร่

⁶¹คือ อบู หนะสัน อัลมาวรีดี (364-450) เกิดที่เมืองบัศเราะฮฺ

⁶²อิบนุ กุตามะฮฺ อัลมักดีซีฮฺ ชื่อเดิมคือ อบูมุหัมมัด अबดุลลอฮฺ บินอะหฺมัด บินกุตามะฮฺ อัลมักดีซีฮฺ อัลหันบาลีฮฺ

ความเห็นในกรณีที่เกิดความผิดพลาดดังกล่าวรัฐต้องรับผิดชอบความเสียหายอันเกิดจากความผิดพลาดนั้น ๆ หรือในบางกรณีคดีที่พิพาทที่เกิดจากการตรวจพิสูจน์ลายมือเขียน ล่ามแปลภาษา หรือความผิดพลาดที่เกิดจากการโต้ตอบเอกสารระหว่างผู้พิพากษาด้วยกันเอง ในกรณีที่มีการส่งเอกสารนั้น ๆ ไม่สามารถระบุได้ว่าเป็นลายมือของผู้พิพากษาท่านใด หรือในคดีที่เกิดข้อพิพาทในเรื่องการเกษตร ศาลอาจจะต้องให้พยานผู้เชี่ยวชาญทางด้านเกษตรมาให้ความเห็นเกี่ยวกับผลิตภัณฑ์ที่ได้ วัตถุประสงค์เมื่อจะชดเชยความเสียหายเรื่องเกี่ยวกับเรื่องนี้ว่าในกรณีการซื้อเมล็ดพันธุ์ของข้าวสาลีแล้วเมื่อหว่านเมล็ดพันธุ์แล้วไม่งอก และผู้ซื้อได้เรียกร้องให้ผู้ขายชดเชยค่าเสียหาย วัตถุประสงค์เมื่อพยานผู้เชี่ยวชาญยืนยันว่าผู้ขายขายผลิตภัณฑ์ไม่ได้คุณภาพจะต้องรับผิดชอบในความเสียหายนั้น ๆ (Ibn Taymiyya, n.d. : 29/394-95)

ความเชี่ยวชาญสาขาใดสาขาหนึ่งย่อมเป็นตัวแทนของสาขานั้น ๆ โดยพิจารณาในกรณีต่อไปเช่นถ้าคุณภาพของแป้งโดของขนมปังซึ่งเมื่อนำไปอบในเตาแล้วเกิดหลงลืมจนกระทั่งขนมปังไหม้หรือครูอาจารย์ลงโทษด้วยการตีลูกศิษย์เพื่อเป็นการสั่งสอนแล้วเกิดหนักมือจนทำให้เด็กเสียชีวิต ศาลต้องรับฟังพยานผู้เชี่ยวชาญว่าการลงโทษของครูดังกล่าวเป็นการลงโทษตามวิสัยของคนทั่วไปหรือไม่หรือขนมปังไหม้เพราะการอบนานจนเกินไปเป็นต้น (Nawawi, 1992 : 4/300)

ได้กล่าวถึงข้อโต้แย้งในเรื่องจำนวนของพยานผู้เชี่ยวชาญที่ปรากฏอยู่ในฟิกฮมาบ้างแล้ว จะกล่าวถึงผู้เชี่ยวชาญสาขาประเมินทรัพย์สิน สินค้า มูลค่าความเสียหาย ทั้งสังหาริมทรัพย์และอสังหาริมทรัพย์ และค่าเช่า ซึ่งส่วนใหญ่พยานประเภทนี้มักจะมาจากกลุ่มพ่อค้าพาณิชย์เป็นส่วนใหญ่ โดยหลักแล้วต้องมีผู้ประเมินถึงสองคนและต้องเป็นผู้เชี่ยวชาญในสาขาเดียวกัน หลังจากที่ประเมินแล้วจำต้องไปให้การต่อศาลอีกด้วย สำนักคิดจากมัซฮับชาฟีอีและมาลิกี เห็นตรงกันว่าต้องใช้พยานสองคน (Wadghiri Kamal, 2001)

3.7.3 วิทยาการว่าด้วยเรื่องเค้าโครงหน้า (Physiognomy)

จากการศึกษาค้นคว้าพบว่าอิสลามได้นำหลักวิทยาศาสตร์ว่าด้วยเค้าโครงหน้าและศีระของมนุษย์เพื่อให้ความเห็นเกี่ยวกับเผ่าพันธุ์และชาติกำเนิดทางสายเลือดมาแล้วโดยอาศัยความเหมือนของเค้าโครงหน้า (تۛۛ) ตามที่ปรากฏในหลักฐานประวัติศาสตร์ถูกบันทึกไว้คือการวาดรูปหน้าบุคคลเพื่อคาดหมายเผ่าพันธุ์และสายโลหิต โดยมีเผ่าหนึ่งที่ได้รับการยอมรับว่าเป็นผู้มีความเชี่ยวชาญด้านนี้คือ “เผ่ากออิฟ” ซึ่งต่อมาเราได้เรียกหลักวิชาการนี้ว่า “อัลกียาพะฮฺ” (المۛ) ถือว่าศาสตร์แขนงนี้ได้ถูกนำมาใช้ตั้งแต่ยุคต้น ๆ ของอิสลาม อัลกียาพะฮฺเป็นวิธีพิสูจน์ความจริงประการหนึ่งของชาวอาหรับในยุคก่อนอิสลาม เมื่อมีปัญหาขัดแย้งในเรื่องสายโลหิต เด็กพลัดหลงไม่อาจรู้ได้ว่าเป็นลูกเต้าเหล่าใคร ชาวอาหรับจะใช้นักคาดเดาเค้าโครงหน้าหรืออัลกียาพะฮฺ นอกจากการคาดเดาเค้าโครงหน้าแล้วอัลกียาพะฮฺยังมีบทบาทในการพิสูจน์รอยฝ่าเท้าของโจรผู้ร้ายหรือฆาตกร ซึ่งได้รับการยอมรับและน่าเชื่อถือในความแม่นยำ (เจ๊ะเหลาะ แยกพงศ์, ม.ป.ป. : 117) หากเปรียบเทียบ

ศาสตร์ในปัจจุบันหรือวิทยาการสมัยใหม่ ยังคงมีการใช้ศาสตร์แขนงนี้อยู่เรียกว่า Forensic Art และได้มีแนวคิดในการรวมกันระหว่าง Forensic Art กับ Technology สมัยใหม่ในการนำตัวคนร้ายมาดำเนินคดี โดยมีมหาวิทยาลัยแห่งรัฐมิชิแกน เป็นผู้พัฒนา แต่มีข้อสังเกตว่าท่านเคาะลีฟะฮฺอฮ์ลี رضي الله عنه เองท่านเคยรับฟังพยานความเห็นของเผ่ากอออิฟแล้ว ท่านไม่ได้มีความเห็นตาม ซึ่งทำให้เราเห็นได้ว่าพยานประเภทนี้เป็นพยานผู้เชี่ยวชาญ เป็นพยานความเห็น ซึ่งผู้พิพากษาจะรับฟังหรือไม่นั้นเป็นดุลยพินิจของศาล ศาลอังกฤษก็ยึดถือหลักนี้เช่นกัน (Mawardi, 1994 : 16/246-47)

ปัจจุบันวิธีการในการพิสูจน์ความผิดทางอาญาได้พัฒนาและก้าวหน้าไปมาก มีวิชาการพิสูจน์ลายพิมพ์นิ้วมือ วิชานิติเวชศาสตร์ มีการตรวจโลหิต มีสุนัขนำตรวจและอื่น ๆ ซึ่งมีความใกล้เคียงคล้ายคลึงกับอัลกียาพะฮฺในอดีต จึงไม่ควรละเลยหรือมองข้ามสิ่งเหล่านี้ แต่จะต้องนำมาประยุกต์ใช้ให้เหมาะสมกับลักษณะทางคดี เช่นการตรวจพิสูจน์ดีเอ็นเอ (DNA) ก็อาจนำมาใช้ในการพิสูจน์เชื้อสายวงศ์ตระกูลได้ การตรวจพิสูจน์ลายพิมพ์นิ้วมือแฝงอาจใช้ในคดีลักทรัพย์ได้ เป็นต้น (เจ๊ะเหลาะ แยกพงศ์, ม.ป.ป. : 117)

3.7.3.1 ความหมายของอัลกียาพะฮฺ

อัลกียาพะฮฺ หมายถึง ศิลปะการดรูปร่าง หน้าตา เพื่องชี้ถึงเชื้อสายวงศ์ตระกูลในกรณีที่มีการคลุมเครือ บุคคลที่มีความรู้เชี่ยวชาญในเรื่องนี้เรียกว่า “อัลกอออิฟ” (المعلم) ในอดีตชาวอาหรับเผ่ามุดลิจญ์ (بنو مودلج) เป็นเผ่าที่มีชื่อเสียงเป็นที่ยอมรับว่ามีความเชี่ยวชาญในด้านกียาพะฮฺแต่ไม่ได้หมายความว่า ศิลปะในด้านนี้จะมีได้เฉพาะเผ่ามุดลิจญ์เผ่าเดียว

3.7.3.2 ทักษะของนักปราชญ์เกี่ยวกับอัลกียาพะฮฺ

ปวงปราชญ์มีทักษะแตกต่างกันเกี่ยวกับการพิพากษาของท่านเราะฮูล رضي الله عنه คำกล่าวของ “กอออิฟ” ในการยืนยันเชื้อสายวงศ์ตระกูลว่าเป็นที่อนุญาตในศาสนบัญญัติหรือไม่ เนื่องจากส่วนหนึ่งยอมรับการพิสูจน์ความจริงแห่งคดีโดยคดีของอัลกียาพะฮฺ แต่อีกส่วนหนึ่งปฏิเสธ ซึ่งอาจมองได้เป็น 3 ทักษะ

ทักษะแรก เป็นทักษะของอิมามอัชชาฟีอีย์ อิมามอะหมัดและอิบนุหะซิม มีความเห็นว่าอนุญาตตามคำของ “กอออิฟ” ได้ไม่ว่าเป็นการยืนยันเชื้อสายของเด็กให้กับคนเสรีชนหรือทาส โดยอ้างอิงหลักฐานจากสุนนะฮฺ คำกล่าวของเศาะหาบะฮฺและอิจญ์มาอ์

ตัวอย่างที่ชัดเจนที่สุดก็คือท่านหญิงอาอิชะฮฺ ภรรยาของท่านศาสดาเล่าว่ามีนักคาดเดาโครงหน้าจากเผ่ากอออิฟท่านหนึ่งชื่อ มุญซซิซ อัลมุดลิจญ์ สามารถระบุความเป็นบิดาให้กับท่านเซตบิณ ฮารีษะฮฺ (ซึ่งภายหลังท่านเราะฮูลเปลี่ยนชื่อให้เป็นเซตบิณมุฮัมมัด) ซึ่งมีผิวขาวซึ่งแตกต่างกับอุซามะฮฺ ซึ่งมีผิวดำ (เพราะมารดาท่านเป็นชาวเอธิโอเปีย ชื่ออุมม อัยมาน) ด้วยการมองดูเท้าทั้งสองส่วนอื่นๆ ก็เหมือนกัน ท่านเราะฮูล รู้สึกพอใจกับระบุอัตลักษณ์ครั้งนี้มาก จากหลักการอันนี้สามารถบอกนัยที่สำคัญของหลักการนี้นั่นเอง (Ibn Qayyim, 2000)

ดังหะดีษที่รายงานโดยท่านหญิงอาอิชะฮฺ เล่าว่า

((عن عائشة قالت دخل علي رسول الله ذات يوم مسرورا فقال يا عائشة ألم تري أن مجزاً المدلجي دخل علي فرأى أسامة وزيدا وعليهما قتيبة قد غطيا رؤسهما وبدت أقدامهما فقال إن هذه الأقدام بعضهما من بعض))

(أخرجه سنن أبي داود رقم 3877 باب في تمر العجوة)

ความว่า “เล่าจากท่านหญิงอาอิชะฮฺเล่าว่า วันหนึ่งท่านนบีเข้ามาหาฉันด้วยความดีใจ ใบหน้ามีประกายส่องใส พลังกล่าวว่า โอ้อ้อ อาอิชะฮฺ เธอไม่ได้ยินดอกหรือว่ามุญ์ซิบได้มาหาฉันแล้วได้เห็นอุสามะฮฺและซัยด์กำลังห่มผ้าโพล์เท้าปิดศีรษะด้วยผ้าผืนเดียวกันแล้วได้บอกว่าเท้าทั้งหมดนี้แต่ละข้างมีความสัมพันธ์ซึ่งกันและกัน”⁶³

(รายงานโดยสุนันอบีดาอูด : 3877)

แนวทางการให้เหตุผล การดีใจของท่านเราะฮ์ลุสซึ่งการอนุมัติให้ดำเนินการดังกล่าวของ “กออิฟ” ได้ และสามารถนำมาเป็นพยานหลักฐานยืนยันได้ตามหลักศาสนบัญญัติ อิมามนะวาเวียกกล่าวว่า ชาวอาหรับรังเกียจที่จะให้อูสามะฮฺซึ่งมีผิวดำมีเชื้อสายสัมพันธ์กับเชตซึ่งมีผิวขาว แต่เมื่อกออิฟได้กล่าวเช่นนั้นชาวอาหรับญะฮ์ลียะฮ์ก็ยอมปฏิบัติตามท่านเราะฮ์ลุส จึงดีใจ (เจ๊ะเหลีละ แยกพงค์, ม.ป.ป.. : 108)

แต่อย่างไรก็ตามท่านอาลี ได้ใช้ดุลพินิจในการตัดสินใจว่าจะใช้หลักกียาพะฮ์ฮ์ด้วยดังที่มีสุนนะฮ์เล่าจากท่านเชต บิน อีร์กอมว่า

((عن زيد بن ارقم قال أتى علي ﷺ بثلاثة وهو باليمن وقعوا على امرأتني في طهر واحد فسأل اثنين اتقران لها بالوالد قال لا حتى سألهم جميعا فجعله كلما سأل اثنين قال لا فافرفع بينهم فالحق الوالد بالذي صارت عليه القرعة وجعل عليه ثلثي الدية قال فذكر ذلك للنبي ﷺ فضحك حتى بدت نواجذه))

(أخرجه أبو داود: 1933)

ความว่า “เล่าจากเชต บินอีร์กอมว่า ขณะที่ท่านอาลี ﷺ เป็นกอฎีอยู่เยเมน ได้มีชายสามคนซึ่งได้ร่วมหลับนอนกับหญิงคนหนึ่งในช่วงปลอดประจำเดือนช่วงเดียวกันมายังเขา อาลี ﷺ จึงได้สอบถามยังแก่คนทั้งสองว่าจะยอมรับให้เด็กที่คลอดมานั้นเป็นลูกของคนใดสามหรือไม่ ทั้งสองตอบว่าไม่ กระทั่งอาลี ﷺ ได้สอบถามทุกคน และทุกครั้งที่ถูกถามแก่ทั้งสองคนก็จะได้รับคำตอบเหมือนกันว่าไม่ อาลี ﷺ จึงได้ตัดสินด้วยการจับสลากในระหว่างพวกเขา โดยให้เด็กเป็น

⁶³ สถานะหะดีษนี้เป็นหะดีษเศาะหี้หฺ

เลือดเนื้อเชื้อไขของผู้จับสลากได้ ท่านอาลี رضي الله عنه กล่าวว่า ต่อมาฉันเล่าให้ท่านนบี ﷺ ฟัง ท่านนบี ﷺ ได้หัวเราะจนกระทั่งฟันกรามโผล่”

(บันทึกโดยอบู ดาวูด : 1933)

กรณีนี้การที่ท่านเราะซูล ได้ฟังเรื่องราวจากท่านอาลี แล้วท่านหัวเราะยอมเป็นการแสดงถึงความพอใจและให้การสนับสนุนความเห็นของท่านอาลี และถ้าหากกียาพะฮุสามารถนำมาพิสูจน์ข้อเท็จจริงโดยเด็ดขาดแล้ว ท่านอาลี จะต้องไม่เปลี่ยนไปใช้การจับสลาก จึงสรุปได้ว่าการใช้กียาพะฮุเป็นดุลพินิจของกอฎี (เจ๊ะเหลาะ แยกพงศ์, ม.ป.ป. : 109)

อิบนุก็อยยิม อัล ญะฮะซียะฮฺ ได้อธิบายเรื่องนี้ไว้ว่า การคาดเดาคำโครงหน้าตานี้ผู้ที่ไม่มีความรู้ในสาขานี้ก็ไม่อาจกระทำได้ จึงเป็นความรู้เฉพาะทางสำหรับนักคาดเดาคำโครงหน้าตาเท่านั้นในการแยกแยะความแตกต่าง อิบนุก็อยยิม ยังได้อธิบายเพิ่มเติมว่า ท่านเราะซูล ﷺ และสหายของท่านและเคาะลีฟะฮฺมองเห็นว่าการคาดเดาคำโครงหน้าตาสามารถยืนยันความเป็นบิดาและบุตรได้ และสำนักคิดของนิกายซุนนีย์ต่างยอมรับหลักกฎหมายนี้ โดยเฉพาะสำนักคิดของอิมามหะนาฟีมีความเชื่อมั่นในศาสตร์สาขานี้มาก (Ibn Qayyim, 2000 : 17/386-88)

ตามแนวคิดของ อัลมาวัรติ ได้ยึดหลักการในการคาดเดาคำโครงสายโลหิต 4 ประการ คือ ลักษณะของร่างกาย ลักษณะของอวัยวะ สีผิวและชนิดของเส้นผม ท่าทางเคลื่อนไหว ท่าทางการพูดจา เสียงที่เปล่งออกมา และอารมณ์ ซึ่งรายละเอียดเหล่านี้เห็นได้ด้วยลักษณะภายนอกและภายใน บางลักษณะมีการแยกย่อยเป็นส่วน ๆ และพยานประเภทนี้ถ้าจะให้แม่นยำจึงต้องใช้นักคาดเดาคำโครงจำนวน 2 คน โดยเทียบเคียงกับพยานประเภทประเมินราคาทรัพย์สิน (Ibn Qayyim, 2000 : 17/386-88)

อิบนุก็อยยิม อัลญะฮะซียะฮฺ มีทัศนะว่าการใช้นักคาดเดาคำโครงหน้าตานี้ไม่จำเป็นต้องใช้ 2 คน ถึงแม้จะเทียบเคียงกับแพทย์ แต่แพทย์มีมากกว่านักคาดเดาคำโครงหน้าตา จึงไม่จำเป็นต้องใช้ 2 คน (Ibn Qayyim, n.d. : 226-28.)

ในกรณีนี้ผู้วิจัยเห็นว่า การใช้นักคาดเดาคำโครงนี้ไม่จำเป็นต้องใช้สองคน เนื่องจากศาสตร์สาขานี้เป็นศาสตร์ที่ต้องใช้ศิลปะ ต้องอาศัยจินตนาการขั้นสูงโดยมีหลักวิชาการมาประกอบและศาลก็สามารถใช้ดุลพินิจว่าจะรับฟังพยานประเภทนี้หรือไม่ก็ได้

3.8 กระบวนการนำพยานผู้เชี่ยวชาญมาใช้ในศาลอิสลามยุคแรก (Procedures For Using Expert Witness)

มีการตั้งคำถามว่าคุณสมบัติของพยานผู้เชี่ยวชาญเป็นอย่างไร เราจะเลือกผู้เชี่ยวชาญมาอย่างไร การนำรายงานผลการตรวจพิสูจน์ของพยานผู้เชี่ยวชาญเพียงอย่างเดียวโดยไม่

ต้องมาให้การต่อศาลด้วยหรือไม่ จะใช้มาตรฐานการสืบพยานเช่นเดียวกับพยานทั่วไปหรือไม่ แต่อย่างไรก็ตามมักจะไม่ค่อยมีการกล่าวถึงกระบวนการแต่งตั้งพยานผู้เชี่ยวชาญ การคัดเลือกพยานผู้เชี่ยวชาญที่ขึ้นบัญชีไว้โดยเฉพาะอย่างยิ่งพยานในท้องที่ พยานคนนั้นจะเชี่ยวชาญเรื่องการคาดเดาเค้าโครงหน้าได้หรือไม่ จะมีผู้ที่มีความรู้เชี่ยวชาญเกี่ยวกับการตรวจสายโลหิตและจะมีประสบการณ์เพียงพอหรือไม่ ตามที่เราะสูล ได้รับความรู้เกี่ยวกับพยานผู้เชี่ยวชาญเบื้องต้นไว้ใน

หมายเลขหะดีษ 2033 จากอัมรี อบี สอิด อัลคุดรีย์ รายงานว่า⁶⁴

((لا حليم الا ذو عثرة ولا حكيم الا ذو تجربة))

(أخرجه الترمذی: 2033)

ความว่า “ไม่ถือว่าเป็นผู้ทรงปัญญาที่แท้จริงเว้นแต่ผู้ที่ใช้ความผิดพลาดเป็นบทเรียน และไม่ถือว่าเป็นที่ผู้เฉลียวฉลาดที่แท้จริง เว้นแต่ผู้ที่นำประสบการณ์การทดสอบทั้งหลายเป็นวิถีแห่งตน”

(บันทึกโดยอัคริมชีฮ์ : 2033)

ท่านอลี บิน (สุนอูน) มุหัมมัด (Ali bin Muhammad, 2002/8 : 3163) กล่าวว่า “ท่านอัคริมชีฮ์ ให้ความหมายคำว่า “لا حليم الا ذو تجربة” หมายถึง ไม่ถือว่าเป็นที่ผู้เฉลียวฉลาดที่แท้จริง เว้นแต่ผู้ที่มีการทดสอบในสิ่งต่างๆ และมีความรู้ในสิ่งที่เป็นผลดี กับสิ่งที่ไม่ทำให้เกิดความเสียหาย”

ในยุคแรกวิธีการทดสอบความเชี่ยวชาญของพยานผู้เชี่ยวชาญเกี่ยวกับการคาดเดาเค้าโครงหน้าเช่นการนำเด็กกรายล้อมหญิงหลายคนซึ่งมีมารดาของเด็กนั้นด้วย สามครั้ง ถ้าสามารถแยกได้ถูกต้องว่าใครเป็นมารดาเด็ก ถ้าเขาสามารถแยกได้ถูกต้องจะได้รับการแต่งตั้งเป็นพยานผู้เชี่ยวชาญในการคาดเดาเค้าโครงหน้าเพื่อหาความสัมพันธ์ทางสายโลหิต (Mawardi 1994 : 17/387)

3.9 กระบวนการยุติธรรมในประเทศอิสลามในปัจจุบัน (Islamic Country Today)

ประเทศซาอุดีอาระเบีย ซึ่งได้กำเนิดขึ้นเมื่อประมาณ 70 ปีที่แล้ว เป็นตัวอย่างขั้นต้น ๆ ของประเทศอิสลามที่ไม่ได้รับอิทธิพลจากระบบกฎหมายจากประเทศตะวันตก ในที่นี้หมายความว่า เป็นแนวทางหนึ่งที่จะยกตัวอย่างให้เห็นภาพว่าเป็นประเทศอิสลามที่ร่วมสมัย ซึ่งจะได้วิจารณ์อย่างสรุปความในองค์กรของกระบวนการยุติธรรมในประเทศซาอุดีอาระเบียระบบศาลในประเทศซาอุดีอาระเบียนำโดยผู้พิพากษา เป็นรูปแบบของศาลเดี่ยว และไม่ได้เป็นแบบของคณะลูกขุน

⁶⁴ หะดีษนี้มีสถานะเป็นหะดีษหะสันฆอริบ

ศาลทั่วไปรับพิจารณาคดีทุกคดี ทั้งคดีแพ่งและคดีอาญา รวมไปถึงคดีที่เกี่ยวกับคดีครอบครัว ในคดีอาญานั้นปัจจุบันอัยการเขต (District Attorney) เป็นโจทก์ฟ้องในฐานะตัวแทนรัฐ ซึ่งเริ่มทำการสอบสวนคดีโดยเจ้าหน้าที่ตำรวจและเป็นฝ่ายตั้งข้อหาจากนั้นเจ้าหน้าที่ตำรวจจะเป็นผู้ที่มีความเห็นทางคดีว่าคดีใดควรจะนำเสนอสู่ศาล และอัยการเขตจะเป็นผู้กลั่นกรองว่าจะฟ้องหรือสั่งไม่ฟ้อง ตำแหน่งอัยการเขตเพิ่งมีในประเทศซาอุดีอาระเบียเมื่อทศวรรษที่แล้วนี้เองก่อนหน้านี้ยังไม่มีตำแหน่งอัยการเขต คดีอาญาต่าง ๆ ถูกส่งตรงมาโดยเจ้าหน้าที่ตำรวจ ส่วนคดีแพ่งเริ่มต้นคดีโดยเอกชนเป็นฝ่ายฟ้องคดีโดยผ่านทนายความ (Kutaiba S.Chaleby, 2004 : 28)

ในประเทศอียิปต์ อิรัก ซีเรีย และประเทศอิสลามส่วนใหญ่ ศาลมี 2 ชั้น คือ ศาลชั้นต้น และศาลสูง หากคู่ความไม่พอใจในคำพิพากษาศาลชั้นต้นก็สามารถโต้แย้งโดยการยื่นอุทธรณ์ต่อศาลและจำต้องชี้แจงทุกเหตุผล ทั้งในข้อเท็จจริงและข้อกฎหมาย ซึ่งคล้ายกับระบบกฎหมายของชาวอเมริกันและอังกฤษ คือศาลรับคดีทุกคดีซึ่งมี 3 ชั้น เหมือนอย่างระบบกฎหมายในตระกูลกฎหมายแองโกล-อเมริกัน ซึ่งศาลสูงจะรับพิจารณาคดีที่ผ่านการพิจารณามาแล้วทั้งสองศาลและไม่ได้วินิจฉัยในข้อกฎหมายอย่างเดียวแต่ยังรวมทั้งข้อเท็จจริงด้วย

ในประเทศซาอุดีอาระเบียคดีที่คู่ความยื่นอุทธรณ์นั้นจะมีองค์คณะผู้พิพากษาพิจารณาคดีจำนวน 3 ท่านเพื่อกลั่นกรอง ถ้าเป็นคดีต่อชีวิตและร่างกายหรือคดีที่ตัดสินประหารชีวิตต้องพิจารณาคดีโดยองค์คณะ 5 ท่าน เป็นต้น (Kutaiba S.Chaleby, 2004 : 29)

ในประเทศซาอุดีอาระเบียยินยอมให้มีการอุทธรณ์ในข้อเท็จจริงและยินยอมให้มีการรื้อฟื้นคดีได้ เช่น เมื่อศาลได้พิจารณาคดีโดยคู่ความไม่มาศาลหรือขาดนัด ต่อมาคู่ความมาศาลก็สามารถได้อีกทั้งในกรณีที่มีข้อเท็จจริงใหม่ปรากฏขึ้นมาที่คู่ความประสงค์จะให้ชี้ให้ศาลเห็นในศาลชั้นต้นก็สามารถทำได้

ในคดีที่มีความสำคัญอย่างกรณีคดีเกี่ยวกับคดีปกครอง เช่นคดีแรงงาน ไม่อยู่ในกระบวนการพิจารณาคดีของศาลประเทศซาอุดีอาระเบีย แต่มีแต่คณะกรรมการเกี่ยวกับแรงงานเข้าไปรับผิดชอบดูแลคดี อันนี้ถือว่าเป็นระบบที่แตกต่างจากระบบทั่วไป นิติจิตเวชหรือในกรณีเป็นพยานผู้เชี่ยวชาญในคดีนั้นศาลมีอำนาจเรียกตัวพยานผู้เชี่ยวชาญนั้นมาให้การต่อศาล ศาลอาจจะเป็นผู้ทำหน้าที่เรียกให้พยานมาให้การด้วยตัวเองหรือคู่ความร้องขอ ทนายความอาจจะไม่เข้ามาในทุกคดี แต่จะเข้าร่วมในกรณีที่คู่ความแต่งทนายมาและคู่ความอาจจะอ้างพยานผู้เชี่ยวชาญได้ ศาลมักจะรับรายงานการพิสูจน์เกี่ยวกับนิติเวชเป็นเอกสารและยึดถือตามเอกสารนั้น และมีจำนวนน้อยครั้งที่ศาลจะไม่รับฟังพยานผู้เชี่ยวชาญในประเทศซาอุดีอาระเบีย (Kutaiba S.Chaleby, 2004 : 29)

3.10 กระบวนการพิจารณาคดีของศาลอิสลาม(Judicial Proceedigs in Contemporary Islamic Courts)

กระบวนการพิจารณาคดีของศาลในประเทศอิสลามในปัจจุบันนี้ส่วนใหญ่ ตามอย่างระบบการปกครองโดยรัฐ (A Secular system) สืบเนื่องต่อกันมาเนื่องจากบางประเทศได้รับอิทธิพลจากระบบกฎหมายของประเทศฝรั่งเศสมาประยุกต์ใช้ คงมีแต่กฎหมายที่เกี่ยวกับครอบครัวเท่านั้นที่อาจเป็นที่ยอมรับ ประเทศมุสลิมทุกประเทศได้นำกฎหมายชะรีอะฮ์ในคดีที่เกี่ยวข้องกับการแต่งงาน การหย่า และสิทธิการดูแลบุตร และมีประมาณ 4-5 ประเทศที่เป็นกฎหมายไม่มีลายลักษณ์อักษรหรือรูปแบบประมวลกฎหมายและใช้ระบบกฎหมายอิสลามอย่างเข้มข้นทั้งในกฎหมายแพ่งและกฎหมายอาญาแต่อย่างไรก็ตามปัจจุบันประเทศอิสลามหลายประเทศกำลังพยายามที่จะนำกฎหมายอิสลามมาใช้ในฐานะที่เป็นกฎหมายหลักหรือถ้าเป็นไปได้ก็อาจเป็นที่มาของกฎหมายที่บังคับใช้ในศาลเท่านั้นพวกนักกฎหมายมักจะวิจารณ์กฎหมายเก่าที่มีอยู่ก่อนหน้าว่าไม่ทันสมัย ซึ่งเริ่มตั้งแต่ยุคสมัยของท่านเราะฮ์ลุส และสิ้นสุดลงในยุคสมัยของจักรวรรดิออตโตมันในศตวรรษที่ 19 (Kutaiba S.Chaleby, 2004 : 27)

3.11 แนวคิดเกี่ยวศาล (The Concept of a Courts)

การจัดการแบบบูรณาการศาลส่วนใหญ่อยู่ในสภาพที่ศาลสามารถปรับเปลี่ยนรายละเอียดที่เกี่ยวกับความรับผิดชอบและจำกัดอำนาจไว้ศาลไม่ได้อาศัยอยู่บนกรอบแนวคิดและวาระหากแต่มีอิสระในการพิจารณาคดี อย่างไรก็ตามการพูดว่า “ที่ทำการศาล” หมายถึงพื้นที่ที่ตั้งทางภูมิศาสตร์ที่เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจทำการและเป็นสถานที่ที่มีการพิจารณาคดี และเป็นสถานที่ที่มีเจ้าหน้าที่ศาลปฏิบัติงานเดิมนั้นมีนักปราชญ์ทางกฎหมายปฏิบัติหน้าที่ ซึ่งอาจมีการรับผิดชอบคดีที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายครอบครัว คดีแพ่งและพาณิชย์ หรือคดีอาญา ศาลจึงต้องมีความเชี่ยวชาญเฉพาะทางในการรับผิดชอบในการพิจารณาคดีเช่นเกี่ยวกับเรื่องตำรวจ ทหารหรือเกษตรกร เป็นต้น ถ้าหากในพื้นที่นั้นมีศาลสองท่านหรือมากกว่าในแต่ละท่านอาจมีความเชี่ยวชาญกันคนละทาง เป็นเรื่องปกติที่จะมีศาลมากกว่าหนึ่งคนในท้องถิ่นนั้น ศาลที่มีอำนาจรับผิดชอบทุกคดีเรียกว่า “ผู้พิพากษาตรวจสอบทั่วไป” (Kutaiba S.Chaleby, 2004 : 26)

3.12 ประเภทและอำนาจในการพิจารณาคดีในศาลอิสลาม (Judicial system in Islam)

การแบ่งประเภทของศาลในกฎหมายอิสลามแล้วส่วนใหญ่จะพบว่าหากมองในแง่ของอำนาจหน้าที่ในการพิจารณาคดีแล้วมักจะแบ่งศาลแบ่งเป็น 3 ประเภท คือศาลยุติธรรมทั่วไป (القضاء العام) ศาลมะซอลิม (القضاء المظالم) ศาลหิสบะฮฺ (القضاء الحسبة)

3.12.1 ศาลยุติธรรมทั่วไป (Court of Ordinary Jurisdiction)

ศาลยุติธรรมทั่วไป หมายถึง ศาลที่รับพิจารณาคดีที่เกี่ยวข้องกับแพ่งและพาณิชย์เป็นหลัก บางคดีอาจจะต้องให้ผู้นำของรัฐนั้นเป็นผู้ตัดสินไม่ใช่อยู่ในอำนาจศาล โดยปกติแล้วเมื่อมีคดีเกิดขึ้น เมื่อเจ้าหน้าที่รับคำร้องแล้วส่งต่อถ้าคดีนั้นไม่เกี่ยวข้องกับกुरอานหรืออัสนุนนะฮฺหรือเห็นว่า เป็นคดีแพ่งหรือพานิช คดีครอบครัวหรือผู้พิพากษาเห็นว่าเป็นคดีที่มีอยู่ในกฎหมายลักษณะอาญาอยู่ แล้วซึ่งใช้ดุลพินิจกำหนดกฎเกณฑ์อยู่ในกฎหมายชะรีอะฮฺอยู่แล้วว่ามี การตัดสินลงโทษ (หุดุด)⁶⁵ หรือ บางสิ่งบางอย่างใช้ดุลพินิจในการพิจารณาลงโทษอย่างเหมาะสม (ตะอฮิร)⁶⁶ ศาลยังทำหน้าที่ในการให้คำแนะนำในการแต่งงานของหญิงที่ไม่มีผู้ปกครองโดยชอบธรรมตามกฎหมายหรือทำหน้าที่รักษาผลประโยชน์ของเด็กกำพร้าหรือแต่งตั้งผู้จัดการมรดก ในยุคแรกของประวัติศาสตร์อิสลามผู้พิพากษาได้รับการแต่งตั้งโดยผู้นำรัฐ บางครั้งอยู่ในความรับผิดชอบทางด้านการเมืองหรือผู้บริหารจัดการรัฐ ภายหลังต่อมารูปแบบรัฐของอิสลามได้มีการพัฒนาอย่างต่อเนื่อง นโยบายและการบริหารจัดการ ถูกจับแยกจากระบบศาลและศาลที่ทำหน้าที่เฉพาะทางได้ถูกจัดตั้งขึ้น (Kutaiba s.chaleby, 2004. : 16-17)

3.12.2 ศาลมะซอลิม (The Administrative Judicial System)

ศาลประเภทนี้มีหน้าที่รับฟ้องเหมือนศาลยุติธรรมทั่วไป แต่มีอำนาจมากกว่าและมี ลักษณะแตกต่างจากศาลยุติธรรมทั่วไป โดยเฉพาะ “สำนักรับฟ้อง” ที่ถูกเรียกเช่นนั้นเนื่องจากเห็น ว่าเป็นการรับฟ้องคดีที่เป็นปฏิปักษ์โดยตรงคดีที่เกี่ยวกับเจ้าหน้าที่ของรัฐใช้อำนาจหน้าที่ในทางมิชอบ และเป็นที่ยกรงขามและรู้จักกันดีว่า เป็นศาลที่อยู่ในฐานะผู้ที่คำนึงถึงความยุติธรรมความนอบน้อม ถ่อมตนและหลักคุณธรรมและจริยธรรมทั้งหมด ไม่เพียงแต่ข้อหาที่ถูกฟ้องในปัจจุบันเท่านั้น แต่ยังคง ต้องดูในเรื่องที่เป็นต้นเหตุถ้าถูกสงสัยว่าเป็นผู้กระทำความผิดอีกด้วยสำนักรับฟ้องได้ถูกทำให้เป็นกลไกที่คล้าย ๆ กับกฎหมายปกครองในระบบกฎหมายในปัจจุบันมากแตกต่างกันที่ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณา คดีที่เกี่ยวข้องกับการออกคำสั่งทางปกครองแล้วไปกระทบถึงสิทธิของประชาชนและมีอำนาจสั่งคดีให้เพิก

⁶⁵ คือการกำหนดบทลงโทษต่าง ๆ ตามจำนวนที่บทบัญญัติศาสนากำหนด ประกอบด้วย เรื่องต่าง ๆ ดังต่อไปนี้ คือ การกระทำความผิดประเวณี การใส่ร้ายป้ายสีเรื่องการผิด การดื่มสุรา การลักขโมย การปิดทางสัญจร ผู้เป็นกบฏ

⁶⁶ ตะอฮิร คือ บทลงโทษที่ไม่มีการกำหนดโทษอย่างชัดเจนสำหรับความผิดบางประเภท ไม่ใช่บทลงโทษประเภทฮัด และกีย็อศ โดยให้อยู่ในดุลพินิจของผู้พิพากษาหรือผู้นำประเทศ แต่ต้องกำหนดโทษไม่สูงกว่าบทลงโทษประเภทฮัด

ถอนคำสั่งที่กระทบถึงสิทธิเท่านั้น ศาลปกครองภายใต้กฎหมายอิสลามในฐานะที่เป็นศาลที่มีลำดับชั้นสูงกว่าศาลปกติ ซึ่งมีอำนาจในการสืบสวนสอบสวนและสามารถนำยุทธศาสตร์ต่าง ๆ มาใช้อย่างเหมาะสมเพื่อรวบรวมข้อมูลเกี่ยวกับการกระทำผิด ยังต้องรับผิดชอบในการตัดสินใจและเขียนคำพิพากษาในเรื่องนั้นหรือเรื่องบุคคลใดบุคคลหนึ่งเกี่ยวกับการสอบสวนและการเรียกพยาน และในการที่เสนอข้อประนีประนอมในกรณีที่เพื่อแก้ปัญหาความขัดแย้งระหว่างคู่กรณี การจัดการเกี่ยวกับคำฟ้องไม่ได้มีเฉพาะประชาชนธรรมดาแต่ยังมีการรับฟ้องที่เกี่ยวกับการโต้แย้งการกระทำของเจ้าหน้าที่ภายใต้หน่วยงานที่เรียกว่า ตีวันอัลมะศอลิม เป็นรูปแบบศาลปกครองที่ไม่ได้เป็นนวัตกรรมของกฎหมายอิสลาม แต่เป็นกิจการที่ถูกจัดตั้งขึ้นสมัยของกษัตริย์เปอร์เซีย และยังเป็นกิจการที่เคยมีก่อนยุคอิสลาม ซึ่งรู้จักกันดีว่าเป็นสนธิสัญญาระหว่างเผ่าท่านเราะฮ์สูล เองยังเคยไต่สวนคำฟ้องเจ้าหน้าที่ด้วยตัวท่านเองมาแล้ว และยังมีเหตุการณ์ในสมัยเคาะลีฟะฮ์อุมัยยะฮ์คือเคาะลีฟะฮ์อุมัร อิบน์ อับดุลอะซีซ ซึ่งได้จัดตั้งอีกครั้งเกี่ยวกับเรื่องดังกล่าว (Kutaiba s.chaleby, 2004 : 25)

นักประวัติศาสตร์มีความเห็นขัดแย้งกันเกี่ยวกับความเป็นมาของศาลประเภทนี้ กล่าวคือ

บางทัศนะกล่าวว่า ศาลประเภทนี้ถือกำเนิดในยุคของท่านอลีบินออบีฏอลิบ رضي الله عنه โดยอาศัยหลักฐานว่าท่านอลี رضي الله عنه รับคำร้องทุกข์จากประชาชนโดยตรง

บางทัศนะกล่าวว่า ศาลประเภทนี้มีมาตั้งแต่ยุคของท่านอุมัร บินอัลค็อฎฏอบ رضي الله عنه หรือมีมาตั้งแต่ท่านออบูบักร อัศคีดีก رضي الله عنه

3.12.3 ศาลหิสบะฮ์

ศาลหิสบะฮ์ หมายถึงศาลศาสนา มีหน้าที่ในการรักษากฎหมายเกี่ยวกับศาสนา ดูแลกิจการด้านศาสนา และห้ามปรามการทำผิดมีหน้าที่ดูแลด้านคุณธรรม จริยธรรมในสังคม มีอำนาจในการควบคุมดูแลตลาด ร้านค้าพาณิช ทำหน้าที่สอดส่อง (Monitoring) ให้เป็นไปอย่างยุติธรรม ไม่มีการโกงตาชั่ง กักตุนสินค้า การกีดขวางทางเดิน หรือซื้อขายโดยไม่เป็นธรรม แต่ไม่มีอำนาจจับกุมและชี้ขาดข้อพิพาท อย่างไรก็ตามศาลหิสบะฮ์เป็นกระบวนการเริ่มต้นในการพิจารณาคดีในศาลอื่น (Muhammad Mahmud Hashim, 1988)

3.13 ชั้นศาลในอิสลาม (Court levels)

เท่าที่อธิบายมาแล้วว่ากฎหมายอิสลามนั้นศาลและระบบการพิจารณาคดีมีศาลเฉพาะทาง อีกทั้งเป็นที่ทราบกันดีว่าศาลมีการแยกย่อยเป็นลำดับชั้นต่างกันมากกว่า 1 ชั้น(ศาลชั้นต้นและศาลสูง) การจัดตั้งศาลในลักษณะนี้เริ่มตั้งแต่สมัยเคาะลีฟะฮ์ท่านที่สองคือท่านอุมัร อิบน์ อัลค็อฎฏอบ رضي الله عنه ในขณะที่ท่านได้แต่งตั้งผู้พิพากษาคนหนึ่งเพื่อพิจารณาคดีต่าง ๆ กับผู้ช่วยศาลอีก

ท่านหนึ่งและตัวท่านเองขณะนั้นกำลังพิจารณาคดีที่มีข้อยุ่งยากหรือในกรณีผู้พิพากษาที่มีความรู้เฉพาะทาง ได้ตัดสินคดีที่พิพาททางการเงินแล้วคู่ความไม่พอใจในจำนวนเงินที่ศาลตัดสินก็สามารถอุทธรณ์คำพิพากษาต่อศาลสูงได้

รูปแบบศาลที่มีลำดับชั้นไม่ว่าจะเป็นศาลอุทธรณ์ที่มีลำดับชั้นต่ำกว่าศาลสูง ในสมัยท่านเคาะลีฟะฮฺอาลี อิบนี อปีตอลิบ رضي الله عنه ซึ่งเป็นลูกพี่ลูกน้องของท่านเราะฮ์สู رضي الله عنه ได้กล่าวว่า “ตั้งแต่ท่านศาสดาจากไป การตัดสินคดีของฉันก็จะยังดำรงอยู่ ถึงแม้ว่าท่านศาสดาจะกลับมาทั้งโจทก์และจำเลยไม่พอใจในคำตัดสินของฉัน เขาเหล่านั้นก็สามารถอุทธรณ์คำตัดสินของฉันต่อท่านศาสดาได้ด้วยตัวของเขาเอง”

หมายความว่า การตัดสินของท่านอาลี رضي الله عنه อาจถูกอุทธรณ์ได้และท่านเราะฮ์สู رضي الله عنه อาจจะยกคำตัดสินของท่านอาลี رضي الله عنه ได้ทำให้เรามีหลักฐานที่แสดงว่าคำตัดสินของศาลสามารถอุทธรณ์ได้ไปยังศาลที่มีอำนาจสูงกว่า กฎหมายอิสลามมีรูปแบบของการอุทธรณ์ได้ในตัวของมันเองนั่นก็คือการทบทวนกระบวนการพิจารณาคดีนั่นเอง (อ้างถึงใน Kutaiba S.Chaleby, 2004 : 26-27) หรืออาจกล่าวโดยสรุปก็คือชั้นศาลในอิสลามมีหลายชั้นคล้ายกับศาลสมัยปัจจุบันซึ่งมีทั้งศาลอุทธรณ์และฎีกาประเทศมาเลเซียมีชั้นศาลเพียง 2 ศาลคือ ศาลล่าง (Subordinate Courts) และศาลสูง (Superior Courts) เท่านั้น⁶⁷ และประเทศอินโดนีเซียซึ่งเป็นประเทศที่มีผู้นับถือศาสนาอิสลามมากที่สุดในโลกก็มีศาล 2 ชั้นเช่นกัน แม้จะมีศาลประเภทต่าง ๆ อีกหลายศาลเช่น ศาลรัฐธรรมนูญ ศาลทหารและศาลศาสนาด้วยก็ตาม⁶⁸

3.14 เอกสิทธิ์และความน่าเชื่อถือของพยานผู้เชี่ยวชาญ (Privilege and Confidentiality)

โดยปกติแล้วพยานผู้เชี่ยวชาญในศาลที่พิจารณาอยู่ในศาลนั้น ส่วนใหญ่จะเป็นพยานที่เชี่ยวชาญสาขาต่าง ๆ ไม่ว่าจะเป็นแพทย์หรือเจ้าหน้าที่นิติวิทยาศาสตร์คล้ายกับระบบของกฎหมายทั่วไป บางครั้งแพทย์ผู้ทำหน้าที่พยานผู้เชี่ยวชาญมีหน้าที่หลักในการดูแลคนไข้ จึงอาจมีความสัมพันธ์ระหว่างแพทย์กับคนไข้ เช่น ความสัมพันธ์ระหว่างคนไข้ทางจิตกับจิตแพทย์ผู้ทำการรักษา ซึ่งบางครั้งความสัมพันธ์ระหว่างคนไข้กับแพทย์อาจจะมองเห็นได้ว่าเป็นการล่วงรู้ข้อมูลส่วนบุคคลจนเกินไป อาจจะทำให้ขาดความเป็นธรรมหรือบางครั้งต้องคำนึงถึงจริยธรรมและจรรยาบรรณของแพทย์ด้วยว่าอาจจะมีผลกระทบต่อคนไข้ที่แพทย์เป็นผู้รักษาด้วยซึ่งประเด็นนี้อาจจะไม่มี

⁶⁷ สืบค้นจาก www.kehakiman.gov.my สืบค้นเมื่อ 2 พฤษภาคม 2558

⁶⁸ สืบค้นจาก www.hierarchystructure.com/indonesian-courts-hierarchy สืบค้นเมื่อ 2 พฤษภาคม 2558

ผลกระทบระหว่างคนไข้กับแพทย์ซึ่งมีความสัมพันธ์กันระหว่างกันแค่สองฝ่าย แต่เมื่อแพทย์ได้รับหมายเรียกที่จะต้องไปให้การในฐานะพยานผู้เชี่ยวชาญต่อศาลในห้องพิจารณาคดีหรือให้การในฐานะที่ได้รับการอ้างพยานของบริษัทประกันภัยในฐานะที่เป็นผู้มีส่วนได้เสียในประเด็นเรื่องโรคและความเจ็บป่วยในคดีที่ฉ้อโกงเพื่อเอาประกันหรือบางคดีในเรื่องความเห็นเกี่ยวกับความหนักเบาแห่งอาชญากรรมบาดเจ็บซึ่งความเห็นแพทย์หรือผู้เชี่ยวชาญเป็นพยานปากสำคัญในการชดใช้ค่าเสียหายในทางแพ่ง เป็นต้น

อย่างไรก็ตามพยานผู้เชี่ยวชาญในการพิจารณาคดีของศาลประเทศซาอุดีอาระเบียนั้น รับผิดชอบในฐานะผู้ให้ความเห็นหรือแนะนำศาลในเรื่องเกี่ยวกับคดีเพื่อประกอบการใช้ดุลยพินิจในประเด็นนั้น ๆ ในกรณีของแพทย์อาจจะเกี่ยวข้องในเรื่องการรักษากายให้ยาหรือการบำบัดของแพทย์ ซึ่งโดยปกติแพทย์จะไม่ยื่นเอกสารมาทั้งฉบับแต่จะทำความเห็นเป็นเอกสารแต่อย่างไรก็ตาม แพทย์จะไม่ให้ความเห็นเกี่ยวกับคดีผ่านทางคนไข้โดยตรง และพยานผู้เชี่ยวชาญจะหลีกเลี่ยงการให้ความเห็นผ่านทางเอกชน เนื่องจากอาจจะเกิดปัญหาเกี่ยวกับความเห็นผู้เชี่ยวชาญขัดแย้งกันหรือความเห็นดังกล่าวอาจจะเป็นประเด็นทางสังคมหรืออาจจะมีการฟ้องพยานผู้เชี่ยวชาญมาหักล้างความเห็นพยานผู้เชี่ยวชาญผู้ให้ความเห็นไว้ก่อน พยานผู้เชี่ยวชาญจึงต้องทำความเห็นผ่านเจ้าหน้าที่ตำรวจหรืออัยการเขตหรือศาลโดยตรง ซึ่งในประเด็นดังกล่าวนี้เคยเกิดขึ้นมาแล้วคดีนายห้างทอง ธรรมวัฒน์ ซึ่งเมื่อความเห็นของผู้เชี่ยวชาญถูกนำมาเผยแพร่ต่อสื่อทำให้เกิดข้อโต้แย้งได้ไม่น่าเชื่อถือซึ่งความจริงแล้วในการตรวจที่เกิดเหตุ นั้น ผู้ตรวจที่เกิดเหตุจะเข้าใจและมองที่เกิดเหตุได้ชัดเจนกว่าที่ปรากฏในสื่อหรือการถ่ายทอดข้อความออกไปอาจจะไม่สิ้นกระแสความ ทำให้เกิดการวิพากษ์วิจารณ์ซึ่งเห็นตัวอย่างมาแล้วหลายคดี ศาลจึงควรรับฟังความเห็นของผู้ตรวจพิสูจน์เป็นสำคัญส่วนจะนำมาประกอบการตัดสินใจหรือไม่ น่าเชื่อรับฟังหรือไม่เป็นดุลยพินิจของศาลในการพิจารณาซึ่งน้ำหนักพยานที่น่าสืบมา

ความสัมพันธ์ระหว่างแพทย์กับคนไข้ซึ่งเกิดขึ้นโดยอัตโนมัติเมื่อแพทย์มีหน้าที่ในการดูแลคนไข้ แต่หน้าที่ของแพทย์นี้ไม่ใช่จะเป็นสิ่งที่มองว่าเป็นการรักษาผลประโยชน์คนไข้อย่างเดียวเท่านั้น แพทย์ยังต้องคำนึงถึงหลักจริยธรรมและหลักกฎหมายสากลอีกด้วยส่วนใหญ่แพทย์ผู้ได้รับหมายเรียกให้ไปเป็นพยานเพื่อให้การต่อศาลนั้นจะอ้างหลักจริยธรรมและหลักกฎหมายสากลนี้เพื่อป้องกันความน่าเชื่อถือและความเป็นกลางทั้งในการอ้างโดยเอกชนและโดยเจ้าหน้าที่รัฐหรือคู่ความอีกด้วยและเป็นเอกสิทธิ์ของแพทย์ที่จะอ้างหลักดังกล่าวด้วย (Kutaiba S.Chaleby, 2004 : 8)

แต่อย่างไรก็ตามเอกสิทธิ์และความคุ้มครองทางกฎหมายเกี่ยวกับความเห็นของแพทย์นี้เคยเป็นประเด็นปัญหามาแล้วเช่นกัน เนื่องจากการอ้างเอกสิทธิ์ของแพทย์ที่เกี่ยวกับการรักษาของแพทย์นั้นกระทบต่อสังคมเนื่องจากหากเป็นประเด็นว่าคนไข้มีอาการผิดปกติทางจิตหรือไม่ การบำบัดรักษาโรคดังกล่าวหรือไม่ ถ้าไม่มีความเห็นแพทย์มาประกอบย่อมทำให้ศาลไม่สามารถ

นำมาใช้ในการพิจารณาคดีได้ซึ่งอาจทำให้ศาลยกฟ้องคดีและเนื่องจากบทบาทของกฎหมายอิสลามนั้นมุ่งคุ้มครองชีวิต ร่างกาย ทรัพย์สิน สติปัญญา และสายโลหิต จึงต้องพิจารณาว่าจะขัดกับหลักการของอิสลามหรือไม่ และเรื่องดังกล่าวเคยมีตัวอย่างแล้วในประเทศสหรัฐอเมริกา ในคดีของ ทารา ซอฟฟ์ ซึ่งเกิดขึ้นเมื่อปี ค.ศ.1974 เมื่อศาลสูงของมลรัฐแคลิฟอร์เนีย ได้ออกคำสั่งว่าแพทย์หรือผู้บำบัดโรคต้องให้ความเห็นเกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่ เหตุผลการรักษาโรค ความอันตรายที่เกิดขึ้นจากคนไข้ ศาลจึงได้ออกฎเกณฑ์ไว้ว่า “การอ้างเอกสิทธิ์ทางการแพทย์สิ้นสุดเมื่อกระทบต่อความสงบเรียบร้อยของสังคม” ซึ่งศาลได้วางกฎนี้ไว้เมื่อปี ค.ศ.1976 (Sadoff,R.L, 1988)

ตามที่ได้กล่าวมาแล้วว่าแพทย์ก็ดี เจ้าหน้าที่นิติวิทยาศาสตร์ก็ดี เป็นพยานที่มาให้การต่อศาลในฐานะพยานผู้เชี่ยวชาญหรือพยานความเห็น และมีฐานะเป็นผู้ช่วยเหลือศาลในการให้ความเห็นทางคดีซึ่งท้ายที่สุดแล้วศาลจะเป็นผู้ใช้ดุลพินิจในการตัดสินคดีได้ ในฐานะที่เป็นพยานชนิดหนึ่งจึงมีความเข้มงวดในการทำเป็นหนังสือและความเห็นทางคดีที่เกี่ยวกับความเป็นจริงที่ได้จากการตรวจพิสูจน์และทำให้ศาลเข้าใจในพยานหลักฐานที่พิสูจน์ความเป็นหลัก ลักษณะที่สำคัญของพยานชนิดนี้จึงเป็นพยานผู้เชี่ยวชาญโดยองค์ความรู้ที่ได้ร่ำเรียนมา ความชำนาญ ประสบการณ์ การฝึกอบรมหรือการศึกษาที่อาจให้การต่อศาลในเรื่องที่ตนได้รู้มา การสืบพยานผู้ชำนาญการเป็นที่รู้จักกันโดยทั่วไปและปัจจุบันศาสตร์ชนิดได้มีการศึกษากันอย่างกว้างขวางในระบบกฎหมายอิสลามซึ่งโดยปกติเป็นองค์ความรู้ที่มีความชัดเจน ผู้เชี่ยวชาญจึงต้องมีความเป็นพิเศษและต้องแตกต่างจากบุคคลทั่วไป คำให้การของพยานผู้เชี่ยวชาญนั้นเป็นที่น่าเชื่อถือและเป็นที่เคารพความเห็นของพยานผู้เชี่ยวชาญในระบบศาลในประเทศอิสลามนั้นควรเป็นที่กล่าวขานในฐานะมีความชำนาญและเป็นมืออาชีพในเรื่องที่ตนมีคุณสมบัติพิเศษนั้น

ยกตัวอย่างเช่นพยานผู้เชี่ยวชาญอาจจะถูกถามเพื่อที่จะให้คำจำกัดความหรืออธิบายธรรมชาติของอาการป่วยทางจิตเพศโดยไม่เกี่ยวกับคดีใดคดีหนึ่งโดยเฉพาะ ข้อแตกต่างนี้เป็นสิ่งที่เหมือนกันหรือแตกต่างระหว่างกฎหมายทั่วไปในการให้การต่อศาลในฐานะ “ความเห็น” หรือ “ความจริง” ในแต่ละชนิดของคำให้การของพยานผู้เชี่ยวชาญถ้าเป็นเรื่องที่เจาะจงหรือไม่เจาะจงขึ้นอยู่กับว่าเป็นสถานะและความประสงค์

การให้การต่อศาลของพยานผู้เชี่ยวชาญในความเห็นทั่วไปที่ไม่เกี่ยวข้องโดยตรงกับความเชี่ยวชาญจำเป็นจะต้องให้สืบพยานอย่างน้อย 2 ปาก ส่วนการสืบพยานผู้เชี่ยวชาญเพียงปากเดียวจะให้สืบในประเด็นที่เกี่ยวกับความเชี่ยวชาญเฉพาะนั้นเป็นที่ยอมรับได้และพยานที่เป็นผู้หญิงเพียงปากเดียว นั้นจะอนุญาตให้สืบได้ถ้าประเด็นนั้นเป็นความเห็นที่เกี่ยวกับผู้เชี่ยวชาญด้านนิติเวชวิทยา

คำให้การของผู้เชี่ยวชาญนั้นถ้าเป็นประเด็นที่กล่าวถึงคดีใดโดยเฉพาะจำต้องใช้พยานผู้เชี่ยวชาญอย่างน้อย 2 ปาก ซึ่งหากพยานผู้เชี่ยวชาญทั้ง 2 ปากนั้นให้การสอดคล้องต้องกันจะ

ทำให้น้ำหนักของความจริงนั้นมีมากและเป็นที่น่าเชื่อถือ คำให้การของผู้หญิงนั้นปกติจะไม่ยอมรับมาเป็นพยานตามกฎหมายอิสลามว่าด้วยการสืบพยานเว้นแต่จะมีพยานที่เป็นผู้หญิงอื่นมาสนับสนุนถึง 3 คน คำให้การของพยานผู้เชี่ยวชาญที่เป็นผู้หญิงนั้นจะถูกเรียกมาให้การเฉพาะในกรณีที่มีจำเป็นจริง ๆ เท่านั้น และเมื่อถูกซักถามในระหว่างให้การต่อศาลจะพิจารณาถ้าเป็นประเด็นที่เกี่ยวข้องของผู้หญิง เช่น เรื่องที่เกี่ยวกับริเวซหรือเรื่องเกี่ยวกับเช็กชีวิตถาวร

ถ้าคำให้การของผู้เชี่ยวชาญนั้นเป็นเรื่องที่กับความเห็นทั่วไปตามหลักวิชาการไม่เฉพาะเจาะจงเกี่ยวกับคดีใดคดีหนึ่ง ปกติจะทำความเห็นเป็นเอกสาร ผู้พิพากษาบางท่านในประเทศซาอุดีอาระเบียจะไม่ยอมรับไว้พิจารณา การทำความเห็นที่ทำเป็นเอกสาร จนกว่าพยานผู้เชี่ยวชาญจะสืบประกอบเอกสารในศาลอีกครั้ง

สถานะของพยานผู้เชี่ยวชาญเกี่ยวข้องกับกฎเกณฑ์ทั่วไปในตามหลักการทางด้านวิทยาศาสตร์ ในกฎหมายอิสลามมีหลักว่า คำให้การของพยานผู้เชี่ยวชาญที่มีไช่มุสลิมจะไม่ถูกนำมาเป็นปฎิบัติยืนยันความผิดผู้กระทำผิดหรือผู้ต้องหาหรือจำเลยที่เป็นมุสลิม อย่างไรก็ตามมีนักปราชญ์บางท่านจะยอมรับคำให้การพยานผู้เชี่ยวชาญที่มีไช่มุสลิมยืนยันความผิดของมุสลิมภายใต้กฎเกณฑ์ที่ชัดเจนว่าพยานผู้เชี่ยวชาญปากนั้นศาลเป็นผู้แต่งตั้งและขึ้นบัญชีในฐานะพยานผู้เชี่ยวชาญไว้แล้วซึ่งอาจจะเป็นความเห็นตามหลักวิชาทั่วไปในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับประเด็นแต่จะไม่ยอมรับถ้าเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับคดีใดคดีหนึ่งที่เป็นการเฉพาะเจาะจงและมีเงื่อนไขว่าเรื่องดังกล่าวหรือสาขาดังกล่าว ที่พยานผู้เชี่ยวชาญที่มีไช่มุสลิมมาให้ความเห็นนั้นไม่มีพยานผู้เชี่ยวชาญที่เป็นมุสลิมเลย

ในกฎหมายทั่วไปมีความแตกต่างอย่างเห็นได้ชัดเจนในประเด็นที่เกี่ยวข้องกับประมวลจริยธรรมกับความเป็นมืออาชีพ อาจมีสาเหตุที่พยานผู้เชี่ยวชาญนั้นมีความเชี่ยวชาญจากการฝึกฝน การศึกษา การทดลอง อย่างไรก็ตามในประมวลจริยธรรมนั้น มีใจความเกี่ยวกับหลักการของศาสนาอิสลามอยู่แล้ว รวมทั้งทางการแพทย์และทางกฎหมายเป็นเรื่องที่รู้กันทั่วไปว่าไม่มีความคลาดเคลื่อนหรือไม่มีข้อโต้แย้งที่เกิดขึ้นระหว่างประมวลจริยธรรมทางการแพทย์และบทบัญญัติแห่งศาสนาหรือคุณธรรมทางกฎหมายบ้านเมืองความเชื่อมั่นในอิสลามมีการยืนยันที่สูงการรักษาความเป็นส่วนตัวด้วยความเป็นมืออาชีพและได้รับการรับรองในกูรอ่านและหะดิษในแนวทางของท่านศาสดาที่กล่าวว่าการทรยศในความไว้วางใจเป็นบาปใหญ่ กูรอ่านได้อ้างถึงและเน้นย้ำเรื่องการรักษา หลักการสำคัญของการการไว้วางใจระหว่างนักบำบัดและคนไข้ตกอยู่ภายในคำสั่งทั่วไปที่จะรักษาสัญญา ท่านเราะสุล ﷺ ได้มีพระวจาว่าผลที่ได้รับอัลลอฮจะปกป้องผู้ที่รักษาความลับของมุสลิมจากการถูกเปิดเผย เขายังได้กล่าวถึงผู้แส่สร้างมีลักษณะ 3 ประเภท 1 ในนั้นคือผู้ที่ทรยศหักหลังจากการรับความไว้วางใจ ท่านยังได้กล่าวถึงผลกระทบว่าถ้าคนใดคนหนึ่งได้บอกสิ่งหนึ่งสิ่งใดในความไว้วางใจ ความไว้วางใจจะเป็นการส่วนหนึ่งของ “อะมานะฮฺ” ตั้งแต่คำว่า “อะมานะฮฺ” สามารถอยู่เหนือความไว้วางใจ และตั้งแต่ถูกนำมาใช้และการส่งความไว้วางใจไปสู่ความซื่อสัตย์เป็นความผูกพันกับการปฏิบัติศาสนกิจในอิสลาม

เป็นเรื่องสำคัญที่เต็มเปี่ยมอยู่หลักนิติธรรมมีความเกี่ยวข้องกันอยู่ประการที่เกี่ยวกับบททั่วไปในกฎหมายอิสลามดังจะกล่าวต่อไปนี้

1. แพทย์ย่อมไม่ประสงค์จะให้การที่เป็นปฏิปักษ์ต่อคนไข้ของตน ถึงแม้ว่าแพทย์จะอาสาให้การ ก็จะไม่เป็นที่ยอมรับเพราะกระตือรือร้นมาให้การ ศาลจะรับฟังพยานดังกล่าวก็ต่อเมื่อมีการร้องขอจากศาลหรือจำเลย

2. ถ้าคำให้การของผู้รักษาคนไข้นั้นทำให้คนไข้ต้องได้รับโทษ คำให้การนั้นจะไม่ถูกยอมรับถึงแม้ว่าคนไข้ของตนจะให้การรับสารภาพก็ตาม คำรับสารภาพจะเป็นที่ยอมรับก็ต่อเมื่อคนไข้ได้ยอมรับสารภาพก่อนที่จะเข้าสู่กระบวนการพิจารณา

3. ในกรณีที่ผู้รักษาโรคไม่ถูกบังคับให้มาให้การในการเปิดเผยประวัติคนไข้ อิบнуหะญูร์ ได้กล่าวไว้ว่า ความจำเป็นในการรักษาความลับของคนไข้ในขณะเผชิญกับความกดดันต่อศาลและผู้รักษากฎหมายนั้น เขามองว่าเป็นเรื่องความรับผิดชอบโดยตรงแพทย์ในการให้ความเป็นธรรม ถ้าแพทย์รู้สึกว่าการเปิดเผยความลับของคนไข้อาจมีผลเสียตามมามากกว่าการปกปิดหรือถ้าการเปิดเผยนั้นมีผลทำให้เกิดความเสียหายแก่คนไข้หรือผลประโยชน์ของผู้อื่นก็ไม่ควรที่จะเปิดเผย แพทย์มีสิทธิ์ที่จะไม่เปิดเผยความลับของคนไข้ถึงแม้ว่าศาลจะสั่งให้เปิดเผยก็ไม่จำเป็นต้องเปิดเผย อิบнуหะญูร์ยังกล่าวอีกว่าถ้าผู้รักษากฎหมายกดดันผู้รักษาคนไข้ให้เปิดเผยความลับของคนไข้ด้วยข่มขู่ก็ตาม ผู้รักษาคนไข้อนุญาตให้พูดเท็จได้และการกระทำดังกล่าวไม่เป็นบาปผู้รักษาคนไข้ที่รับความไว้วางใจจากคนที่ตนรักษานั้นสิ่งที่เขาต้องรับผิดชอบหากมีความเสียหายเกิดขึ้นจากการนั้น ประการที่สองอาจถูกรับโทษซึ่งโดยปกติไม่ได้มีบัญญัติไว้ในอัลกุรอานและอัซซุนนะฮฺ ซึ่งโดยปกติอยู่ในดุลพินิจของศาลว่าจะลงโทษแค่ไหนเพียงใด การลงโทษโดยศาลเป็นผู้ใช้ดุลพินิจนี้ในทางกฎหมายอิสลามเรียกว่า “ตะออลีร” ซึ่งเป็นการลงโทษอย่างหนึ่งไม่ว่าจะให้เข้าห้องขัง ปรับ ซึ่งมักจะกำหนดโดยผู้รักษากฎหมายและคำพิพากษาที่เคยได้ตัดสินมาแล้วก็ได้ (Kutaiba, S.Chaleby, 2004 : 10-11)

3.15 หมายศาลในกฎหมายทั่วไปและกฎหมายอิสลาม

ทนายความซึ่งเกี่ยวข้องกับกระบวนการทางกฎหมายมีสิทธิ์ในการร้องขอให้ศาลออกหมายเรียกให้บุคคลใดบุคคลหนึ่งเข้ามาให้การหรือเข้ามาในกระบวนการยุติธรรมได้หมายเรียกดังกล่าวเป็นอำนาจของศาลโดยเฉพาะที่จะเรียกผู้ใดเข้ามา หมายเรียกของศาลนั้นมีอำนาจสั่งให้ผู้ใดกระทำการหรือไม่กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งซึ่งมักจะเข้ามาในฐานะเป็นพยานบุคคลหรือผู้ครอบครองวัตถุพยานหรืออาจจะเป็นพยานผู้เชี่ยวชาญซึ่งมาให้การในฐานะพยานในศาล อย่างไรก็ตามศาลไม่สามารถบังคับให้พยานให้การร้องที่เป็นเกี่ยวข้องกับนิติเวชได้ หมายเรียกแบ่งเป็นสองประเภทประเภทแรกเกี่ยวข้องกับบันทึกการรักษากับอีกประเภทหนึ่งคือหมายเรียกให้มาให้การอย่าง

เดียว ถ้าหมายเรียกที่เรียกมาดังกล่าวพยานสามารถขัดขึ้นคำบังคับหรือหมายเรียกของศาลได้ ถึงแม้ว่าการกระทำดังกล่าวอาจจะเสี่ยงที่จะถูกศาลมองว่าเป็นการขัดขึ้นและอาจจะถูกศาลลงโทษจำคุกได้ถ้าพยานดังกล่าวเป็นพยานผู้เชี่ยวชาญถูกบังคับให้ให้การ พยานผู้เชี่ยวชาญดังกล่าวจะอ้างถึงหลักจริยธรรมได้และสามารถส่งเหตุผลดังกล่าวให้ศาลก่อนการพิจารณาได้ คำขอเพื่อให้ให้การเกี่ยวกับข้อมูลที่ไม่เกี่ยวข้องกับหรือปรากฏว่าเป็นการละเมิดขอบเขต ศาลควรต้องถามตรงไปตรงมา และถ้าพยานผู้เชี่ยวชาญรู้สึกว่าการให้การของเขาอาจจะทำให้คนใช้ของเขาอาจได้รับความเสียหายจากคำให้การหรือถ้าไม่มีการมอบอำนาจให้ยินยอมจากคนใช้หรือทนายความของคนใช้แล้ว พยานผู้เชี่ยวชาญอาจขัดขึ้นคำสั่งศาลได้ ทั้งนี้เรื่องดังกล่าวตั้งอยู่บนพื้นฐานของเอกสิทธิ์ของแพทย์และคนใช้ดังกล่าวแล้ว ผู้พิพากษาจะตัดสินใจเกี่ยวกับการขัดขึ้นดังกล่าวโดยการสอบถามว่าให้การหรือไม่ให้การหรือกลับคำให้การหรือไม่ก็ได้ดังที่อัลลอฮ์ ﷻ ตรัสไว้ในอัลกุรอานว่า

﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدِينٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ وَلْيَكْتُب بَيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ وَلَا يَأْب كَاتِبٌ أَنْ يَكْتُبَ كَمَا عَلَّمَهُ اللَّهُ فَلْيَكْتُبْ وَلْيُمْلِلِ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ وَليَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ وَلَا يَبْخَسَ مِنْهُ شَيْئًا فَإِن كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَنْ يُمْلَِّهُ هُوَ فَلْيُمْلِلْ وَلِيُّهُ بِالْعَدْلِ وَلَا تَسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ أَن تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَىٰ وَلَا يَأْب الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا وَلَا تَسْأَمُوا أَنْ تَكْتُبُوهُ صَغِيرًا أَوْ كَبِيرًا إِلَىٰ أَجَلِهِ ذَلِكُمْ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ وَأَقْوَمٌ لِلشُّهَادَةِ وَأُدْنَىٰ أَلَّا تَرْتَابُوا إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً حَاضِرَةً تُدِيرُونَهَا بَيْنَكُمْ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَلَّا تَكْتُبُوهَا وَأَشْهِدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ وَلَا يُضَارَّ كَاتِبٌ وَلَا شَهِيدٌ وَإِنْ تَفَعَّلُوا فَإِنَّهُ مُسَوِّقٌ بِكُمْ وَأَنْتُمْ وَاللَّهُ وَيَعْلَمُكُمْ اللَّهُ وَاللَّهُ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ﴾

(البقرة ، آية : 282)

ความว่า “บรรดาผู้ศรัทธาทั้งหลาย! เมื่อพวกเจ้าต่างมีหนี้สินกันจะด้วยหนี้สินใด ๆ ก็ตาม จนกว่าจะถึงกำหนดเวลา (ใช้หนี้) ที่ถูกระบุไว้แล้วก็จงบันทึกหนี้สินนั้นเสียและผู้เขียนก็จงบันทึกระหว่างพวกเจ้าด้วยความเที่ยงธรรมและผู้เขียนคนหนึ่งคนใดก็จงอย่าปฏิเสธที่จะบันทึก ดังที่อัลลอฮ์ได้ทรงสอนเขาตั้งนั้นเขาจงบันทึกเถิด และจงให้ผู้ที่มีสิทธิเหนือเขา (ลูกหนี้) บอกให้บันทึกและเขาจงอย่าเกรงอัลลอฮ์ผู้เป็นพระเจ้าของเขา และจงอย่าให้บกพร่องแต่อย่างใดจากสิทธินั้นและถ้าผู้มีสิทธิเหนือเขา (ลูกหนี้) เป็นคนโง่ หรือเป็นผู้อ่อนแอหรือไม่สามารถจะบอกให้บันทึกได้ ก็จงให้ผู้ปกครองของเขาบอกด้วยความเที่ยงธรรมและพวกเจ้าจงให้มีพยานขึ้นสองนายจากบรรดาผู้ชายในหมู่พวกเจ้า แต่ถ้ามีปรากฏว่าพยานทั้งสองนั้นเป็นชายก็ให้มีผู้ชายหนึ่งกับผู้หญิงสองคนจากผู้ที่พวก

เจ้าพิงใจในหมู่พยานทั้งหลาย เพื่อว่าหญิงใดในสองคนนั้นหลงไปคนหนึ่ง ในสองคนนั้นก็จะได้เตือนอีกคนหนึ่ง และบรรดาพยานนั้นก็จงอย่าได้ ปฏิเสธเมื่อพวกเขาถูกเรียกร้องและพวกเจ้าจงอย่าเบื่อหน่ายที่จะบันทึก หนี้สินนั้นไม่ว่าน้อยหรือมากก็ตามจนกว่าจะถึงกำหนดเวลาของมัน นั่นแหละคือสิ่งที่ยุติธรรมยิ่งกว่า ณ ที่อัลลอฮ์และเที่ยงตรงยิ่งกว่าสำหรับ เป็นหลักฐานยืนยันและเป็นสิ่งใกล้ยิ่งกว่าที่พวกเจ้าจะไม่สงสัยนอกจาก ว่ามันเป็นสินค้าที่ปรากฏอยู่ต่อหน้า ซึ่งพวกเจ้าหมุ่นเวียนมัน (ซื้อขาย แลกเปลี่ยน)ระหว่างพวกเจ้าก็ไม่มีโทษอันใดแก่พวกเจ้าที่พวกเจ้าจะไม่ บันทึกมันและพวกเจ้าจงให้มีพยานขึ้น เมื่อพวกเจ้าต่างซื้อขายกันและ ผู้เขียนก็จงอย่าก่อให้เกิดความเดือดร้อนขึ้นและผู้เป็นพยานด้วยและ หากว่าพวกเจ้ากระทำ แน่นนอนมันก็เป็นการค้าเนื่องด้วยพวกเจ้าและ พวกเจ้าจงพึงยำเกรงอัลลอฮ์เถิด และอัลลอฮ์นั้นทรงให้ความรู้แก่พวก เจ้าอยู่และอัลลอฮ์นั้นทรงรอบรู้ในทุกสิ่งทุกอย่าง”

(อัลบะเกาะเราะฮฺ : อายะฮฺ 282)

ได้ถูกตีความโดยนักปราชญ์บางท่านว่าการไม่ยอมให้การของพยานนั้นขัดต่อ บทบัญญัติบทนั้นนั้นหมายความว่าต้องเป็นพยานทุกครั้งแต่ก็ต้องถูกยกเว้นได้ถ้าพยานนั้นเป็นแพทย์ ผู้ทำการรักษาเพื่อรักษาผลประโยชน์ของคนไข้ดังที่ได้กล่าวมาแล้วการยกข้ออ้างว่าจิตฟั่นเฟือนและ ความรับผิดชอบทางอาญาองค์ประกอบของความรับผิดชอบทางอาญาในความหมายความรับผิดชอบทางอาญาในแง่ ของกฎหมายแบ่งเป็นสององค์ประกอบคือการกระทำนั้นมิกฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิดและได้ กระทำไปโดยเจตนา ถึงจะเรียกได้ว่าเป็นผู้กระทำผิดก็ต่อเมื่อกฎหมายกำหนดไว้ว่าเป็นความผิดและ ผู้กระทำต้องรู้สำนึกในการกระทำและมุ่งโดยตรงต่อผล และพนักงานอัยการต้องนำสืบให้ศาลเห็นจน สิ้นสงสัยว่าเขาเป็นผู้กระทำผิดไม่เจตนา ไม่มีความผิดหรือรับโทษน้อยกว่าแรกเริ่มที่นำแนวคิดเกี่ยวกับ ความรับผิดชอบทางอาญากรออกมาเผยแพร่โดย อริสโตเติลปราชญ์ชาวกรีกได้กล่าวถึงเรื่องของความ รับผิดชอบทางศีลธรรมของบุคคลก็ต่อเมื่อเขาได้รู้สำนึกในการกระทำของเขา และได้แสดงออกมา ภายนอก เขาย่อมมีขอบธรรมที่จะเลือกกระทำการใดๆ เองได้ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งว่าเขาผู้กระทำรู้ สำนึกในการกระทำและมีสิทธิเลือกที่จะกระทำหรือไม่กระทำการได้ (Kutaiba S.Chaleby, 2004 : 11-12) ต้นศตวรรษที่ 7 ของคริสตกาลคดียาตรากรรมและทำร้ายร่างกายถูกตัดสินให้มีการชดใช้ ค่าเสียหายซึ่งก่อให้เกิดการล้างแค้นตามมา ในคดีที่เกี่ยวกับอาชญากรที่เป็นจิตฟั่นเฟือน ครอบครัว ของผู้เสียชีวิตถูกศาลตัดสินให้ได้รับการเยียวยาค่าเสียหายเท่านั้น กระทั่งปลายศตวรรษที่ 7 จึงได้มีการ ปฏิรูปการตัดสินคดีไม่มีการชดใช้ค่าเสียหายที่เป็นเงินทองอีกต่อไปไม่ว่าจะเป็นคดีอาชญากรรมและ คดีเกี่ยวกับหลักทรัพย์ความเข้าใจเกี่ยวกับมีความผิดกับไม่มีความผิดในประเด็นที่เกี่ยวกับเรื่องความรับ

ผิดทางอาญาของอาชญากรนั้นได้มีกฎหมายที่ถูกบันทึกไว้ก่อนปีที่สิบแปดก่อนคริสตกาลไว้ในกฎหมายของฮัมมูราบีซึ่งเป็นกฎหมายโบราณสมัยเมโสโปเตเมียกล่าวว่า คนไข้ คนปัญญาอ่อนหรือผู้เยาว์นั้นผู้ใดทำร้ายย่อมถูกตำหนิ แต่ถ้าเขาเหล่านั้นไปทำร้ายผู้อื่นเขาจะไม่ถูกตำหนิ หรือแม้แต่ในกฎหมายโรมัน ถ้าผู้เยาว์หรือคนสติไม่ดีถูกตัดสินว่าผิดแต่ไม่ต้องรับผิดชอบเนื่องจากว่าการกระทำของเขาไม่รู้นึกในการกระทำ และการกระทำของเด็กที่อายุต่ำกว่าเจ็ดปีก็ย่อมไม่รู้สำนึกในการกระทำด้วยการปฏิบัติของผู้กระทำผิดที่อายุต่ำกว่าสิบเจ็ดปีย่อมแตกต่างกับผู้ที่มากกว่าสิบเจ็ดปีซึ่งยังมีความแยกแยะไม่ดีเท่าที่ควรสิ่งไหนดีและสิ่งไหนเลว

ในประเทศอังกฤษมีคดีประวัติศาสตร์โด่งดังอยู่หนึ่งคดีและเป็นบรรทัดฐานทางด้านกฎหมายในสมัยปัจจุบันคือคดีของแม็กนอตันซึ่งถูกดำเนินคดีในความผิดฐานฆ่าเอ็ดเวิร์ด ดรัมมอนด์ ซึ่งเป็นเลขาของโรเบิร์ต ฟิล นายกรัฐมนตรีอังกฤษและคดีดังกล่าวได้ถูกนำสู่ศาลเพื่อพิจารณาใน ปี ค.ศ.1843 คดีดังกล่าวแม็กนอตัน ได้ใช้อาวุธปืนยิงเอ็ดเวิร์ด ดรัมมอนด์ จากด้านหลังเนื่องจากเข้าใจผิดคิดว่า เป็นโรเบิร์ต ฟิล ซึ่งคดีดังกล่าวแม็กนอตัน เจตนากระทำต่อบุคคลหนึ่งแต่เข้าใจผิดคิดว่าเป็นอีกบุคคลหนึ่ง และคดีนี้ศาลได้ตัดสินยกฟ้องเนื่องจากมีพยานหลักฐานเพียงพอที่จะเชื่อว่านายแม็กนอตัน คนนี้เป็นคนบ้า (The Mc Naughton Case. www.wikipedia) และคดีนี้กลายเป็นบรรทัดฐานในการรับฟังพยานในสมัยต่อมาการรับฟังพยานหลักฐานทางด้านนิติเวชเกี่ยวกับการวินิจฉัยว่าเป็นการกระทำโดยเจตนาการรับฟังพยานหลักฐานในอิสลามก็ได้ยอมรับหลักการเกี่ยวกับการรับผิดทางอาญาต่อเมื่อได้กระทำโดยเจตนาเช่นกัน กล่าวคือไม่มีความผิดถ้าไม่มีเจตนาถ้าเป็นการกระทำของคนที่จิตบกพร่อง ซึ่งในอิสลามเราเรียกว่าเป็นเจตนา (عقود) หมายความว่าผู้กระทำความผิดต้องรู้สำนึกในการกระทำและผู้กระทำมีจิตมุ่งต่อการกระทำนั้นในขณะที่เดียวกันผู้กระทำประสงค์ต่อผลหรือยอมเล็งเห็นผลแห่งการกระทำนั้น ๆ ถ้าผู้กระทำไม่รู้สึกรู้ตัวในขณะที่ลงมือถึงแม้ว่ามีผลของการกระทำก็ไม่ถือว่าเป็นการกระทำโดยเจตนา (سليمان دوعلا، عقود العك ميسمر، 2557) ซึ่งการที่จะวินิจฉัยถึงเจตนาอันเป็นองค์ประกอบที่อยู่ภายในจิตใจจึงต้องดูผลของการกระทำ และในบางคดีผู้พิพากษาอาจต้องฟังฟังความเห็นของแพทย์นิติเวชในการวิเคราะห์เจตนา นอกจากการที่ผู้กระทำที่ต้องรับผิดเมื่อกระทำโดยเจตนาแล้วบางครั้งผู้กระทำอาจต้องรับผิดในความผิดที่ได้กระทำไปโดยกึ่งเจตนาเจตนา (Guasi Intentional) หรือ (عقود شبه) หมายถึงการกระทำที่ผู้กระทำรู้สำนึกในการกระทำโดยผู้กระทำมีเจตนากระทำเพียงอย่างเดียวหนึ่งแต่ผลของการกระทำหนักกว่าการเจตนากระทำครั้งแรกเช่น ผู้กระทำมีเจตนากระทำทำร้ายร่างกายด้วยมือเปล่าโดยการชกเพียงหนึ่งครั้งแต่ผลของการกระทำทำให้ผู้ถูกกระทำถึงแก่ความตาย กฎหมายอิสลามเรียกว่าเป็นการฆ่าคนตายกึ่งเจตนา ส่วนอีกการกระทำอีกอย่างหนึ่งคือการกระทำโดยไม่เจตนา (عقود غير) หมายความว่าผู้กระทำไม่ได้มีตั้งใจแต่เกิด

ผิดพลาด ทำให้เกิดเหตุขึ้น⁶⁹ ส่วนการฆ่าคนตายโดยเจตนา นั้นเป็นจะเห็นการกระทำที่ชัดเจนว่าเป็น การกระทำที่นำไปสู่การตาย อย่างไรก็ตามการกระทำที่เจตนาหรือไม่เจตนา ก็ตีผลของการกระทำ คือทำให้ผู้ถูกระทำถึงแก่ความตาย แต่ผลของการกระทำดังกล่าวมีผลต่อค่าสินไหมที่อิสลามเรียกว่า ค่าดีย์ตหรือเงินเลือด (Bloodwit) ส่วนมัชฮับอื่น ๆ ต่างแยกองค์ประกอบภายในเกี่ยวกับเจตนาได้ไม่ เหมือนกันเช่นมัชฮับมาลิกีย์แบ่งเป็นแค่ 2 ประเภทคือ ฆ่าคนตายโดยเจตนา กับฆ่าคนตายโดยไม่ เจตนาเท่านั้น และในมัชฮับหะนะฟีย์แบ่งเป็น 5 ประเภท คือ ฆ่าคนตายโดยเจตนา ฆ่าคนตายเสมือน เจตนา ฆ่าคนตายโดยไม่เจตนา ฆ่าคนตายเสมือนไม่เจตนา และ ฆ่าคนตายโดยอ้อม แต่อย่างไรก็ตาม ผลการลงโทษด้วยการ ก็คือศนั้นเฉพาะความผิดที่กระทำโดยเจตนาเท่านั้น ส่วนความผิดฐานอื่นจะ ลงโทษโดยการจ่ายดีย์ตแทนความรับผิดชอบในการกระทำของผู้มีจิตบกพร่องโดยปกติค่าและความหมาย ของคำว่าจิตบกพร่องและความผิดในคดีอาญานั้นส่วนใหญ่จะเข้าใจง่ายที่สุดคือ “บ้า” ซึ่งในภาษา อาหรับใช้คำว่า (جنون) ซึ่งมีรากศัพท์มาจากคำว่า “ซ่อน” หรือ “มองไม่เห็น” ซึ่งชี้ให้เห็นว่าความมี จิตบกพร่องนี้อาจจะถูกครอบครองโดยภูินหรือผีที่เรามองไม่เห็น แต่อย่างไรก็ตามกฎหมายอิสลามได้ ให้ความหมายว่า บ้าไว้ และในมัชฮับต่าง ๆ อธิบายความหมายได้เหมือนกันทุกมัชฮับคือมีจิต บกพร่องไม่สมประกอบซึ่งไม่สามารถป้องกันกรกระทำของตนหรืออธิบายก็ไม่เข้าใจเหตุผลซึ่ง ผู้กระทำไม่สามารถแยกแยะได้ว่าสิ่งใดดีหรือเลวได้ (Kutaiba S.Cheleby, 2004 : 20) ซึ่งการ แยกแยะประเภทของผู้มีจิตฟั่นเฟือนประเภทใดนั้นจะมีผลต่อคดีก็ต่อเมื่อคดีดังกล่าวเป็นคดีโต้แย้งกัน ในกรณีสามีมีย่าร้างภรรยาในขณะที่อยู่ในสภาวะที่จิตบกพร่องหรือไม่ ซึ่งหากผลการวินิจฉัยของ แพทย์นิติจิตเวชยอมทำให้ศาลตัดสินได้ว่าเป็นการแสดงเจตนาฆ่าหรือไม่ ฟันสภาพการเป็นสามี ภรรยากันหรือไม่ ซึ่งต้องอาศัยพยานผู้เชี่ยวชาญในการให้ความเห็นต่อศาล ในฐานะที่เป็นผู้ช่วยผู้ พิพากษา (المُحَاوِر)

พยานบุคคลในกฎหมายอิสลามกฎหมายอิสลามได้กำหนดลักษณะการเป็นพยาน บุคคลไว้โดยได้กำหนดความน่าเชื่อถือและชี้ให้เห็นว่าการเป็นพยานนั้นเป็นสิ่งจำเป็นอย่างยิ่งในการให้ ความเป็นธรรมต่อคู่ความ โดยกำหนดลักษณะไว้ดังนี้

1. พยานบุคคลต้องเป็นมุสลิม
2. พยานบุคคลต้องบรรลุนิติภาวะ (عقل البالغ)
3. พยานบุคคลต้องมีภาวะทางจิตปกติสติสัมปชัญญะดี
4. พยานบุคคลต้องสามารถจำเรื่องราวหรือเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นเพื่อให้การได้ถูกต้อง
5. พยานบุคคลต้องมีความเป็นธรรม ไม่ลำเอียงเพราะโลภ โกรธ หลง

⁶⁹ การแบ่งดังกล่าวนี้เป็นไปตามมัชฮับฮาฟีอีและมัชฮับซัยดีย์ แยกการกระทำผิดที่เป็นการประกอบภายในแค่ 3 ประเภทเท่านั้น

ในทัศนะของมัชฮับอัชชาฟีอีย์ได้เพิ่มเติมลักษณะของพยานเล็กน้อยคือต้องเป็นไท หรือไม่ได้เป็นทาสเต็มเปี่ยมไปด้วยความยุติธรรม ละเว้นจากกิจที่เป็นบาบใหญ่ ไม่เคยมีประวัติการก่อ อาชญากรรม ส่วนทัศนะของมัชฮับหันบาลีย์เพิ่มเติมอีกว่าพยานบุคคลต้องสามารถพูดได้ หรือต้องไม่ เป็นคนใบ้ แต่ยอมรับพยานบุคคลที่เป็นใบ้ได้ถ้าหากว่าสามารถถ่ายทอดให้คนอื่นที่เข้าใจภาษาใบ้ได้ และมัชฮับนี้ยังกำหนดว่าพยานบุคคลต้องมีความจำที่ดี และต้องมีจิตใจเป็นธรรมเลื่อมใสในบทบัญญัติ อิสลามและปฏิบัติศาสนกิจเป็นนิจและปฏิบัติตามคำสั่งของอัลลอฮ์ ﷻ อย่างดี และหลีกเลี่ยงจากกิจที่ เป็นบาบใหญ่ ถ้าพิจารณาจากข้อกำหนดดังกล่าวบุคคลที่ไม่บรรลุนิติภาวะย่อมไม่สามารถเป็น พยานได้ แต่อย่างไรก็ตามข้อกำหนดดังกล่าวได้รับการยกเว้นได้ถ้าเข้าเงื่อนไขสองประการต่อไปนี้

1. ถ้าบุคคลที่อายุยังไม่ถึงศาสนภาวะนั้นมีความคิดเหมือนหรือเท่าเทียมกับผู้ใหญ่ แล้วก็สามารถเป็นพยานได้ โดยอาศัยการเทียบเคียงในสมัยของท่านเราะซูล ﷺ จากคำอธิบายการ เทียบเคียง (กียาส) ของเชค อัลเลฮัยดัน ในกรณีการแต่งตั้งอูษามะฮฺ อิบน์ เชค อิบน์ หารีษะฮฺ เป็นแม่ ท้าพจับศึกสู้กับกองทัพโรมัน ในขณะที่ยังเยาว์วัยมากซึ่งมีนักรบที่อายุมากกว่าเขาเป็นผู้ได้บังคับบัญชา ซึ่งทัศนะนี้ยอมรับการเป็นพยานของผู้เยาว์ (Kutaiba S.Cheleby, 2004 : 88)

2. พยานที่เป็นผู้เยาว์อาจจะรับฟังได้ในกรณีที่พยานแวดล้อมแต่ไม่ให้น้ำหนักใน การรับฟังมากนัก พยานชนิดนี้เรียกว่า เกาะรีนะฮฺ (القرينة) พยานแวดล้อมหมายถึง พยานหลักฐานที่มุ่ง พิสูจน์ข้อเท็จจริงเรื่องใดเรื่องหนึ่งซึ่งมิได้เป็นประเด็นพิพาทในคดีโดยตรงหากแต่พิสูจน์ข้อเท็จจริงอื่นที่ บ่งชี้ว่าข้อเท็จจริงอันเป็นประเด็นพิพาทน่าจะเกิดขึ้น หรือไม่เกิดขึ้นซึ่งต้องอาศัยการใช้เหตุผลหรือ พฤติการณ์ที่สามารถเชื่อมโยงกันและอนุมานเอาอีกต่อหนึ่งซึ่งหนึ่ง นักกฎหมายบางท่านเรียกว่า พยานเหตุผล อาทิ

(1) พยานเห็นคนถือมีดเปื้อนเลือดออกมาจากบ้านที่เกิดเหตุด้วยอาการ ลุกลี้ลุกกลนที่มีคนถูฆ่าตาย อาจอนุมานได้ว่าเขาเป็นคนร้าย หมายความว่า การถือมีดเปื้อนเลือดออก มาจากที่เกิดเหตุไม่ได้เรื่องพิพาทกันโดยตรง แต่พิสูจน์กันเพื่อบ่งชี้ว่าอาจอนุมานได้ว่าเขาเป็นคนร้าย อันนี้คล้ายกับกฎหมายไทย

(2) กรณีการตั้งครุฑของสตรีที่ไม่มีสามีเป็นสิ่งบ่งชี้ว่าสตรีคนนั้นอาจผิดประเวณี

(3) อาการที่บุคคลอาเจียนจากสุรา อาจบ่งชี้ได้ว่าบุคคลนั้นดื่มสุราโดยเจตนา

(4) ผลพิสูจน์ดี เอ็น เอ เป็นสิ่งบ่งชี้ว่าเกี่ยวพันเป็นบิดามารดาและบุตรได้ (เจ๊ะ เหล๊ะาะ แชกพงค์, ม.ป.ป.)

(5) คำให้การของพยานที่เป็นผู้เยาว์ควรต้องให้การผ่านพยานผู้เชี่ยวชาญ เพราะ พยานผู้เชี่ยวชาญได้รับความเชื่อถือสูงมากในศาลอิสลามนักกฎหมายอิสลามบางท่านยอมรับพยาน ผู้เชี่ยวชาญเพียงปากเดียวมากกว่าพยานบุคคลที่เป็นพยานคู่ นักกฎหมายอิสลามเชื่อถือคำให้การของ พยานผู้เชี่ยวชาญในสาขาต่าง ๆ เช่น วิศวกรรม การแพทย์ รวมทั้งผู้เชี่ยวชาญทางเทคนิคอื่น ๆ

อย่างไรก็ตามหาใช่เฉพาะศาลเท่านั้นที่ใช้ประโยชน์จากพยานผู้เชี่ยวชาญดังกล่าวทั้งจำเลย พนักงานอัยการ สามารถนำมาใช้เพื่อประโยชน์ในคดีได้และศาลอาจจะยอมหรือไม่ยอมตามคำร้องขอก็ได้ (Kutaiba S.Chaleby, 2004 : 87-89)

3.16 พยานที่เป็นสตรีเพศและจำนวนของพยานที่ต้องนำสืบ

สถานะของสตรีเพศในสังคมมุสลิมโดยทั่วไป โดยเฉพาะในเรื่องเกี่ยวพิกฮุสะทอน ภาพได้ชัดเจนในเรื่องบทบาทของพยานหลักฐาน การพุดจาทั่วไปของสตรีเพศ นักปราชญ์มุสลิมและนักปราชญ์อิวัไม่ค่อยเต็มใจในการให้สตรีเพศมาให้การต่อศาล ซึ่งนักปราชญ์ส่วนใหญ่ต่างมีความเห็นสอดคล้องกันในเรื่องการนี้ไม่เป็นทั้งหมดเสียทีเดียว โดยเฉพาะโทษที่กำหนดไว้ในกูรอาณ(หุดูด)และบทกำหนดโทษแต่ยังเหมารวมไปในเรื่องของสถานภาพการแต่งงานและการหย่าร้างอาจมีสาเหตุมาจากเรื่องสรีระทางด้านเพศ สถานภาพทางการเงิน ซึ่งอัลกูรอาณได้วางหลักการไว้ว่าด้วยเรื่องจำนวนการเป็นพยานศาลคือถ้าเรื่องนั้น ๆ สามารถใช้พยานที่เป็นเพศชายเพียง 1 คน ก็รับฟังได้ แต่หากเป็นพยานที่เป็นสตรีเพศต้องใช้พยานในเรื่องนั้นจำนวน 2 คน

หลักทั่วไปของลักษณะพยานอีกข้อหนึ่งคือต้องเป็นชายและต้องเป็นโหมมิใช่ทาส พยานที่เป็นสตรีเพศไม่ได้รับความเชื่อถือเนื่องจากสตรีเพศมักจะอ่อนไหวและจริยธรรม ถูกกลดเกียรติได้ง่าย ต้องใช้พยานคู่หมายความว่าพยานที่เป็นสตรีเพศมาให้การนั้นต้องใช้สองคน

การกำหนดให้มีพยานในเรื่องใดก็คั้นนั้นบางเรื่องกูรอาณได้กำหนดไว้ว่าจำต้องมีกี่คน เช่นเรื่องเกี่ยวกับการเงินดังที่อัลลอฮฺ ตรัสไว้ในอัลกูรอาณว่า

﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدَيْنٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ وَلْيَكْتُب بَيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ وَلَا يَأْبَ كَاتِبٌ أَنْ يَكْتُبَ كَمَا عَلَّمَهُ اللَّهُ فَلْيَكْتُبْ وَلْيُمْلِلِ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ وَليَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ وَلَا يَبْخَسَ مِنْهُ شَيْئًا فَإِن كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَنْ يُمْلِئَ هُوَ فَلْيُمْلِلْ وليُّهُ بِالْعَدْلِ وَلَا تَشْهَدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ أَن تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكَّرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَىٰ وَلَا يَأْبَ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا وَلَا تَسْأَمُوا أَن تَكْتُبُوهُ صَغِيرًا أَوْ كَبِيرًا إِلَىٰ أَجَلِهِ ذَلِكُمْ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ وَأَقْوَمُ لِلشَّهَادَةِ وَأَدْنَىٰ أَلَّا تَرْتَابُوا إِلَّا أَن تَكُونَ تِجَارَةً حَاضِرَةً تُدِيرُونَهَا بَيْنَكُمْ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَلَّا تَكْتُبُوهَا وَأَشْهَدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ وَلَا يُضَارَّ كَاتِبٌ وَلَا شَهِيدٌ وَإِن تَفَعَّلُوا فَإِنَّهُ فَسُوقٌ بِكُمْ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَيُعَلِّمُكُمُ اللَّهُ وَاللَّهُ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ﴾

(البقرة ، آية : 282)

ความว่า “บรรดาผู้ศรัทธาทั้งหลายเมื่อพวกเขาต่างมีหนี้สินกันจะด้วยหนี้สินใด ๆก็ตาม จนกว่าจะถึงกำหนดเวลา(ใช้หนี้)ที่ถูกระบุไว้แล้วก็จงบันทึกหนี้สินนั้น

เสียและผู้เขียนก็จึงบันทึกระหว่างพวกเขาด้วยความเที่ยงธรรมและผู้เขียนคนหนึ่งคนใดก็จงอย่าปฏิบัติที่ จะบันทึก ดังที่อัลลอฮ์ ได้ทรงสอนเขาตั้งนั้นเขาจึงบันทึกเกิด และจงให้ผู้ที่มีสิทธิเหนือเขา(ลูกหนี้)บอกให้บันทึกและเขาจงอย่าเกรงอัลลอฮ์ผู้เป็นพระเจ้าของเขาและจงอย่าให้บกพร่องแต่อย่างใดจากสิทธินั้น และถ้าผู้ที่มีสิทธิเหนือเขา(ลูกหนี้)เป็นคนโง่ หรือเป็นผู้อ่อนแอหรือไม่สามารถจะบอกให้บันทึกได้ก็จงให้ผู้ปกครองของเขาบอกด้วยความเที่ยงธรรมและพวกเขาจงให้มีพยานขึ้นสองนายจากบรรดาผู้ชายในหมู่พวกเขา แต่ถ้ามิปรากฏว่าพยานทั้งสองนั้นเป็นชายก็ให้มีผู้ชายหนึ่งกับผู้หญิงสองคนจากผู้ที่พวกเขาพึงใจในหมู่พยานทั้งหลาย เพื่อว่าหญิงใดในสองคนนั้นหลงไปคนหนึ่งในสองคนนั้นก็จะได้เตือนอีกคนหนึ่ง และบรรดาพยานนั้นก็จงอย่าได้ปฏิเสธเมื่อพวกเขาถูกเรียกร้องและพวกเขาจงอย่าเพื้อหนายที่จะบันทึกหนี้สินนั้นไม่ว่าน้อยหรือมากก็ตามจนกว่าจะถึงกำหนดเวลาของมัน นั่นแหละคือสิ่งที่ยุติธรรมยิ่งกว่า ณที่อัลลอฮ์ และเที่ยงตรงยิ่งกว่าสำหรับเป็นหลักฐานยืนยันและเป็นสิ่งใกล้ยิ่งกว่าที่พวกเขาจะไม่สงสัยนอกจากว่ามันเป็นสินค้าที่ปรากฏอยู่ต่อหน้า ซึ่งพวกเขาหมุ่นเวียนมัน (ซื้อขายแลกเปลี่ยน)ระหว่างพวกเขาก็ไม่มีโทษอันใดแก่พวกเขาที่พวกเขาจะไม่บันทึกมันและพวกเขาจงให้มีพยานขึ้น เมื่อพวกเขาต่างซื้อขายกันและผู้เขียนก็จงอย่าก่อให้เกิดความเดือดร้อนขึ้นและผู้เป็น พยานด้วยและหากว่าพวกเขากระทำ แน่นอนมันก็เป็น การฝ่าฝืนเนื่องด้วยพวกเขาและพวกเขาจงพึงยำเกรงอัลลอฮ์เถิด และอัลลอฮ์นั้นทรงให้ความรู้แก่พวกเขาอยู่และอัลลอฮ์นั้นทรงรอบรู้อย่างยิ่ง”

(อัลบะเกาะเราะฮฺ : อายะฮฺ 282)

ถึงแม้ว่านักวิชาการมุสลิมถือว่าพยานที่เป็นสตรีเพศจะไม่ถือว่าเป็นพยานพื้นฐาน แต่ก็อนุญาตให้ใช้พยานที่เป็นสตรีเพศได้ถ้าหากเรื่องดังกล่าวเป็นเรื่องที่เกี่ยวกับผู้หญิงและเรื่องที่เกี่ยวข้องกับอวัยวะที่ปกปิดเนื่องจากอิสลามห้ามมิให้เพศชายมองอวัยวะที่ต้องปกปิดของสตรีเพศ ซึ่งฟิกฮ์มองว่าเป็นสิ่งจำเป็น (ضرورات) อนุญาตให้สตรีเพศให้การเพียงปากเดียวได้ (Sarakhsi, Muhammad b. Ahmad : 1993)

นักวิชาการมุสลิมส่วนใหญ่ไม่เห็นด้วยในการให้ผู้หญิงมาเกี่ยวข้องกับคดี ทั้งยังห้ามมิให้ผู้ชายจ้องมองผู้หญิงอีกด้วย แต่ยังคงแยกให้เห็นถึงเรื่องการเป็นพยานของผู้หญิงโดยแบ่งเป็น 2 ประเภท คือประเภทแรกจะมีน้ำหนักมากขึ้นถ้าผู้หญิงนั้นเห็นเหตุการณ์ในระยะเวลาที่ใกล้กว่าพยานที่เป็นชายเช่นการเป็นพยานในเรื่องการคลอดซึ่งหญิงจะอยู่ใกล้กว่าผู้ชายซึ่งอาจอยู่ไกลกว่าหรือได้ยินแต่เสียงร้องของทารกเท่านั้นประเภทที่สองพยานที่เป็นหญิงแต่เป็นผดุงครรภ์ (Midwife) หรือเภสัชกร

หญิงที่จำหน่ายยาให้กับหญิงที่มาหาซื้อยาหลังจากการเพิ่งแต่งงาน อาจเป็นยาแก้ปวดหรือยาแก้
 อักเสบ ซึ่งอาจคาดหมายว่าเป็นสิ่งบ่งชี้ว่าหญิงนั้นอาจจะเสียพรหมจรรย์ได้ แต่การถามปากคำพยาน
 ทั้งสองประเภทนี้แตกต่างกันการถามปากคำพยานประเภทแรกใช้การถามแบบทั่วไป แต่ถ้าเป็นการ
 ถามปากคำประเภทที่สองเป็นประเภทพยานผู้เชี่ยวชาญซึ่งต้องนำเรื่องการถามปากคำพยาน
 ผู้เชี่ยวชาญมาใช้ (Ibn Qudama, 1990 : 17/19-20)

การเป็นพยานของหญิงในฐานะผู้เชี่ยวชาญอาจถูกนำมาใช้หรืออาจถูกศาลออก
 หมายเรียกให้มาเป็นพยานได้กรณีของหญิงที่ถูกศาลลงโทษประเวศกักขัง ซึ่งหญิงอ้างว่าตั้งครรรค์อย่าง
 นี้จำเป็นต้องมีการตรวจร่างกายเพื่อป้องกันทารกที่อยู่ในครรภ์หญิงนั้น ซึ่งอาจต้องเลื่อนเวลาการลงโทษ
 ออกไป (Sarakhsi 1993 : 9/73-74)

เรื่องการสอบสวนพยานหญิงเป็นสิ่งที่อนุญาตให้กระทำได้ โดยมีเหตุการณ์กรณีที่เป็น
 เป็นเรื่องที่เป็นเรื่องเฉพาะสำหรับหญิงเช่นการเป็นผู้ทำคลอดหรือผดุงครรภ์ ท่านเราะฮูล ﷺ ได้
 อนุญาตให้ใช้พยานสตรีเพียงคนเดียวมาแล้ว โดยเหตุการณ์นั้นเกิดขึ้นเมื่อท่านได้มอบหมายให้สหาย
 ของท่านชื่อ ฮุซัยฟะฮฺ บิน ยามัน رضي الله عنه (เสียชีวิต ฮ.ศ.36) ไปทำการสอบสวนในคดีครอบครัวในกรณี
 ของอุกบะฮฺ บิน อัลฮาริษ แต่งงานกับอุมมฺ ยะฮฺยา บินตี อาบี อีฮาบ และต่อมาได้ทาสีมิดำ (ไม่
 ปรากฏบันทึกรายชื่อไว้) หญิงนั้นอ้างว่าเป็นผู้ให้นมทั้งของอุกบะฮฺ และภรรยาของเขา ซึ่งเป็นการ
 แต่งงานที่เป็นการไม่ชอบเพราะสองคนเป็นพี่น้องเพราะการให้นม อุกบะฮฺได้ฟ้องท่านศาสดาว่าทาสี
 มิดำนั้นกล่าวเท็จ ท่านศาสดาไม่ได้ใส่ใจในคำฟ้องร้องของเขา ท่านได้ศาสดาได้กำชับว่าให้แยกแยะ
 ระหว่างคำให้การของเขาและคำให้การของทาสีที่เป็นผู้ให้นม ดังหะดีษต่อไปนี้

((عن عقبه بن الحارثه رضى الله عنه انه تزوج ابنة لأبي اهاب بن عزيز فأتته
 امرأة فقالت إني قد أرضعت عقبه والتي تزوج فقال لها عقبه ما أعلم أنك
 أرضعتني ولا أخرجني فركب إلى رسول الله ﷺ بالمدينة فسأله فقال رسول الله
ﷺ كيف وقد قيل ففارقتها عقبه ونكحت زوجا غيره))

(اخرجه البخاري: 88)

ความว่า “รายงานจากอุกบะฮฺ บิน ฮาริษ ว่าเขาได้แต่งงานกับลูก
 สาวคนหนึ่งของออบู อีฮาบ บิน อะซีซ หลังจากนั้นได้มีผู้หญิงคนหนึ่ง
 มาหาเขา แล้วกล่าวว่า ฉันได้ให้นมตีมแก่อุกบะฮฺ และผู้หญิงที่เขา
 แต่งงานด้วยจากเต้านมของฉัน อุกบะฮฺได้กล่าวแก่ผู้หญิงคนนั้นว่า
 ฉันไม่รู้เลย เขาจึงได้ชี้พาหนะไปหาท่านศาสนทูต ที่เมืองมะดีนะฮฺ
 และได้ถามท่าน ท่านศาสนทูต ได้ตอบว่า ท่านจะยึดเอาผู้หญิงคน
 นั้นเป็นภรรยาต่อไปได้อย่างไร ในเมื่อมีผู้พูดว่านางเป็นน้องสาวจาก

การร่วมตีมนมจากแม่นมคนเดียวของท่าน อุกบะฮ์จึงได้แยกทาง
จากนาง และนางได้ไปแต่งงานกับชายอื่น”

(รายงานโดยบุคอรี : 88)⁷⁰

จากเหตุการณ์นักวิชาการด้านฟิกฮ์ได้แยกเป็นสองทัศนะ

ทัศนะแรกเป็นของอิมามมาลิกี และอิมามอัชชาฟีอีย์ ซึ่งอธิบายว่าต้องพิเคราะห์ว่า
พยานผู้เชี่ยวชาญที่เป็นหญิงสองคนหรือสี่คนเท่านั้นที่จะรับฟังได้ ซึ่งต้องลงลึกในรายละเอียดว่า
พยานที่เป็นหญิงนั้นเป็นประจักษ์พยานหรือพยานบอกเล่าด้วย (ประจักษ์พยานมีน้ำหนักมากกว่าพยาน
บอกเล่า) และพยานคู่หรือพยานที่เป็นหญิงหลายปากย่อมมีน้ำหนักมากกว่าปากเดียว และยึดกฎที่ว่า
พยานชายหนึ่งคนหากเป็นหญิงต้องใช้สองคนด้วยตามทัศนะของอิมามมาลิกี ในขณะที่ทัศนะของอ
ิมามอัชชาฟีอีย์เห็นว่าต้องใช้พยานหญิงสี่คน ขณะเดียวกันต้องยึดหลักการเรื่องพยานที่เป็นหญิงนั้น
ต้องเป็นอิสระชน และต้องยึดหลักมาตรฐานการรับฟังพยานด้วย

ทัศนะที่สองเป็นทัศนะของอิมามหะนาฟี และอิมามหันบะลี มองว่าอนุญาตให้รับฟัง
พยานที่เป็นหญิงเพียงหนึ่งปากได้ โดยไม่ต้องยึดหลักมาตรฐานการรับฟังพยานแต่พยานทั่วไปย่อมมี
น้ำหนักมากกว่าพยานบอกเล่า โดยอาศัยจากสุนนะฮ์ที่ได้กล่าวถึงข้างต้น ในเรื่องของอุกบะฮ์ บิน ฮาริษ
ﷺ ที่ให้รับฟังคำให้การของหญิงทาสีที่ให้นมทารก และทัศนะของอิมามหะนาฟีและอิมามหันบะลี ใน
เรื่องหลักการพยานที่เป็นชายหนึ่งคนต่อผู้หญิงสองคน นั้นใช้เฉพาะพยานที่เป็นเรื่องเกี่ยวกับการเงิน
เท่านั้น

มีการพยายามนำหลักฐานมาหักล้างทัศนะอิมามหะนาฟี ในประเด็นการอนุญาตให้
รับฟังพยานที่เป็นหญิงผู้เชี่ยวชาญเพียงหนึ่งปากได้ อิมามอัชชาฟีอีย์ให้ความเห็นว่าอิมามหะนาฟีก็มี
ทัศนะว่าพยานผู้เชี่ยวชาญที่เป็นหญิงสองปากดีกว่าหนึ่งปาก มีจุดมุ่งหมายเพื่อเป็นระมัดระวังและ
ความแน่นอน บอกเป็นนัย ๆ ว่าพยานหญิงผู้เชี่ยวชาญนั้นต้องเป็นพยานประเภทที่รู้เห็นเรื่องนั้น ๆ
มาโดยตรงไม่ใช่พยานบอกเล่า

กล่าวโดยสรุปในเรื่องเกี่ยวกับพยานผู้เชี่ยวชาญที่เป็นหญิงก็ดี จำนวนพยานที่ดีจะ
เห็นว่านักกฎหมายอิสลามยึดหลักการทั้งเรื่องของพยานผู้เชี่ยวชาญและจำนวนพยานตามที่ถูกบัญญัติ
ไว้ในกุรอานและหะดีษและยังนำการเทียบเคียงมาใช้ด้วย โดยการตีความคำว่า (٥٠٠) ในฐานะผู้
รอบรู้ ผู้เชี่ยวชาญ และจำนวนของพยานผู้เชี่ยวชาญที่มีอยู่ในหะดีษที่อนุญาตให้ใช้พยานเพียงปาก
เดียวได้จากกรณีของ เซด บิน ซาบิต ﷺ ในฐานะผู้เป็นล่ามแปลคัมภีร์ของชาวยิวให้ศาสดา ﷺ ต่อมา
ท่านเราะฮ์ลุล ﷺ ได้ส่งท่านอับดุลลอฮ์ บิน รอวาฮะฮ์ ﷺ ในการประเมินวันเก็บเกี่ยวอินทผลัมที่ไคบาร์
และการรับฟังความเห็นเพียงลำพังของท่านมุญ์ซิบิซ อัลมุคัลลีซี ﷺ ต่อท่านศาสดาในเรื่องของความ

⁷⁰ อรุณ บุญชม, 2559. หะดีษคอเฮียะฮ์บุคอรี อัลญามิอ์ อัศคอเฮียะฮ์ เล่ม 1 : 82-83

เป็นพ่อของเซต บิน หารีษะฮฺ และการยกเลิกการแต่งงานของอุกบะฮฺ บิน หารีษะฮฺ رضي الله عنه และอุมมฺ ยะฮฺยา จากพยานที่เป็นทาสีเพียงปากเดียวในเรื่องการให้มทารถทั้งสองของภรรยาอุกบะฮฺ บิน หารีษะฮฺ رضي الله عنه

จากหลักฐานและแนวทางของท่านเราะฮฺลุส رضي الله عنه ตามที่ได้ยกตัวอย่างข้างต้น สรุปได้ว่าท่านเราะฮฺลุส رضي الله عنه อนุญาตให้ใช้พยานผู้เชี่ยวชาญได้ สำหรับจำนวนของพยานนั้นแม้จะมองว่ามีความสับสนอยู่บ้างแต่นักกฎหมายอิสลามบางท่านยังยึดหลักการเรื่องพยานผู้ชายหนึ่งคนต่อผู้หญิงสองคนอยู่ดี แต่ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับว่าพยานที่ได้มานั้นเป็นพยานโดยตรงหรือพยานบอกเล่า ซึ่งเป็นเรื่องที่ศาลต้องนำมาพิจารณาและอาจต้องนำพยานอื่น ๆ มาสืบประกอบได้ ซึ่งอาจจะมองว่าอ้างหลักความจำเป็น (ضرورات) มาปรับใช้

เป็นเรื่องที่ทำทนายและถกเถียงกันในประเด็นเกี่ยวกับพยานผู้เชี่ยวชาญที่เป็นสตรีเพศจะรับฟังได้ในกฎหมายอิสลามหรือไม่ หรือในกรณีที่แพทย์ผู้เชี่ยวชาญได้ถ่ายทอดความรู้และวิทยาการในการดูแลคนไข้ที่เป็นสตรีเพศด้วยกันโดยเฉพาะอย่างยิ่งโรคหรือบาดแผลที่อวัยวะที่ต้องสงวนหรือปกปิดของคนไข้ที่เป็นสตรีเพศหรือจะอย่างไรถ้าพยานผู้เชี่ยวชาญไม่มีสตรีเพศ ในกรณีนี้มีอยู่ในหนังสือของ ซารักฮิระบุว่า แพทย์จะทำการรักษาคนไข้ที่เป็นสตรีเพศได้ถ้าหากไม่รับทำการรักษาชีวิตของคนไข้ที่เป็นสตรีเพศจะถึงแก่ความตายลง (Sarakhsi, 1993 : 305-6.)

ในยุคของออตโตมัน เติร์ก ได้จัดตั้งโรงพยาบาลแยกเด็กผู้ชายระหว่างโรงพยาบาลชายและโรงพยาบาลหญิง โดยโรงพยาบาลหญิงได้ให้แพทย์หรือพยาบาลที่เป็นหญิงเป็นผู้ดูแลคนไข้ การวินิจฉัยและให้ยายังคงเป็นของแพทย์ชาย เนื่องจากแพทย์หญิงมีจำนวนน้อย แต่อย่างไรก็มีข้อยุ่งยากพอควรและต่อมาได้พัฒนาเป็นโรงพยาบาลรวมในปัจจุบัน

ในยุคแรกๆของอิสลามนั้นวิทยาการและความรู้ด้านการแพทย์ยังไม่แพร่หลาย ประกอบกับตำราที่เกี่ยวกับการแพทย์แผนใหม่ยังไม่แพร่หลาย ทำให้สังคมอิสลามอยู่ในภาวะที่ล้าหลังกว่ายุโรปซึ่งอยู่ในยุคของวิทยาการที่เริ่มเจริญรุ่งเรืองแล้ว การผดุงครรภ์และการดูแลคนไข้มักจะเป็นหญิงหม้ายหรือหญิงที่จิตอาสามาช่วยงานหลังจากที่เหล่าบุตรของนางเติบโตไปแล้ว จึงมีลักษณะเหมือนมือสมัครเล่น บางครั้งถูกถ่ายทอดความรู้ในรูปแบบเป็นทางการและไม่เป็นทางการงานผดุงครรภ์ถูกวางไว้ในฐานะช่วยให้การทารกเกิดความปลอดภัยเท่านั้น และงานผดุงครรภ์ไม่ได้รับการคุ้มครองหรือได้รับความยินยอมจากสามี เนื่องจากหญิงผดุงครรภ์มีสถานะทางสังคมต่ำ ตรงกันข้ามในฝั่งยุโรปงานผดุงครรภ์และการพยาบาลได้รับการยกย่องและมีเกียรติในสังคมพอสมควร บางครั้งอาจต้องให้ความเห็นต่อศาลในกรณีที่มีคดีเกี่ยวกับข่มขืน ความรุนแรงต่อเด็กและสตรีอีกด้วย ในยุคแรกของยุโรปงานผดุงครรภ์ถูกวางตัวเป็นเสมือนแขนขาของศาลในฐานะพยานผู้เชี่ยวชาญ (Ron Shaham, 2011)

มีคดีที่เกี่ยวข้องกับการเป็นพยานของสตรีเพศในยุคเริ่มต้นศตวรรษที่ 5 มีหญิงนางหนึ่งอาศัยอยู่ที่เมืองตุเอยา (อยู่ทางทิศตะวันออกของเมืองคอร์โดวา) มีหน้าตาเหมือนผู้ชาย นางจึงแต่ง

กลายเป็นชายและท่องเที่ยวไปตามที่สาธารณะ จนกระทั่งถูกจับได้และศาลแห่งเมืองคอร์โดวาได้สั่งให้พยานที่เป็นหญิงตรวจนาง ต่อมาศาลได้มีคำสั่งมิให้นางแต่งกายเป็นชายและโกนหนวดออกเสีย และห้ามมิให้นางเดินทางโดยไม่มีญาติผู้ชายเดินทางไปด้วย (Yaqut, Shihab al-Din b. 'Abd Allah al-Hamawi, 1866)

นอกจากนี้พยานที่เป็นสตรีเพศยังเคยถูกใช้ในการพิสูจน์ความเป็นพรหมจรรย์หญิงที่แต่งงาน กรณีที่ฝ่ายชายไปฟ้องต่อศาลว่าภรรยาไม่หญิงบริสุทธิ์และมีเจ็อนไขก่อนแต่งแล้ว เมื่อศาลรับคำฟ้องจะต้องให้พยานผู้เชี่ยวชาญที่เป็นหญิงไปตรวจร่างกาย หากตรวจพบว่าภรรยาเป็นหญิงที่พรหมจรรย์ขาดแล้ว อาจถูกหย่าได้ แต่ในปัจจุบันพิสูจน์ได้ว่าการที่พรหมจรรย์ขาดอาจเกิดการช่วยตัวเองด้วยนิ้วของหญิงก็ได้

การตรวจพิสูจน์ของพยานผู้เชี่ยวชาญที่เป็นหญิงในประวัติศาสตร์อิสลามยังมีคดีที่ถูกบันทึกไว้ว่ามีภรรยาฟ้องต่อศาลว่าสามีมีความต้องการทางเพศสูง และมีบ่อยจนนางไม่สามารถทนได้ ศาลได้ส่งพยานที่เป็นหญิงสองคนไปร่างกายนาง หลังจากนั้นได้ส่งรายงานให้ศาลเป็นผู้ตัดสิน (al-Jaziri, Abd al-Rahman, 1980 : 4/215)

3.17 พยานผู้เชี่ยวชาญในศาลอิสลาม

พยานผู้เชี่ยวชาญที่ได้กล่าวมาแล้วว่าเปรียบเสมือนแขนขาหนึ่งของศาล ในการที่จะใช้เป็นเครื่องมือในการรับฟังและใช้ดุลพินิจในการการตัดสินคดีความ เป็นดั่งแขนขาของศาลที่จะหยิบฉวยได้คล่องแคล่วถนัดมือ แต่เป้าหมายของการเขียนงานวิจัยนี้มิได้ติดอยู่กับกรอบของกระบวนการยุติธรรมของอิสลามเท่านั้นแต่หมายถึงการศึกษาถึงปรับใช้พยานผู้เชี่ยวชาญตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบัน ในฐานะที่กฎหมายเป็นกฎหมายสากลหนึ่งซึ่งเป็นเครื่องมือในการจัดระเบียบสังคมและการศึกษาจึงไม่ใช่เพียงเป็นข้อมูลเท่านั้น แต่ยังสามารถนำมาเปรียบเทียบกับกฎหมายสากลอื่นที่บางประเทศเพิ่งนำกฎหมายแบบตะวันตกมาใช้เมื่อไม่กี่ร้อยปีมานี้เอง

ไทอัน (1955) เจ้าหน้าที่ที่กระบวนการยุติธรรมของศาลอียิปต์อยู่ในสมัยก่อนที่มีรูปแบบศาลในปัจจุบัน กล่าวถึงเจ้าหน้าที่ในกระบวนการยุติธรรมว่าขณะนั้นมีอยู่ 6 ประเภท คือ

1. ชูฮุด อุดลุ (شهود عدل) ทำหน้าที่เปรียบเสมือนเสมียนศาล คอยรับเอกสารตรวจสอบพยานหลักฐาน
2. มุชกกี (مذكي) ทำหน้าที่ถามปากคำพยาน
3. มุตฺรณิม (مترجم) เจ้าหน้าที่ประเภทนี้ทำหน้าที่เป็นล่ามแปล ติความในเอกสาร
4. กอสมิ (كاسم) เจ้าหน้าที่ประเภทนี้ทำหน้าที่ประเมินราคา

5. อามีน อัลหุคัม (امين الحكيم) ทำหน้าที่เป็นที่ปรึกษา และจัดการทรัพย์สินของเด็กกำพร้า

6. ผู้ช่วยอื่น ๆ เช่น เจ้าหน้าที่รักษาความปลอดภัยผู้พิพากษา

ไทอันไม่ได้กล่าวถึงว่าในยุคนั้นมีพยานที่เป็นผู้เชี่ยวชาญประจำอยู่ที่ศาลในฐานะผู้ช่วยผู้พิพากษาแต่อย่างไรก็ตามพยานที่เป็นผู้เชี่ยวชาญนี้ได้กล่าวถึงเป็นช่วง ๆ แต่เวลาผ่านไปบ้าง น่าจะเป็นเรื่องปกติของแต่ละศาลไป และบางครั้งศาลจะมีหมายเรียกไปยังพยานผู้เชี่ยวชาญเรื่องนั้น ๆ เป็นครั้งคราวเมื่อศาลต้องการ ตัวอย่างเช่น ในสมัยการปกครองของออตโตมันที่ปกครองอียิปต์ทั้งผู้อำนวยการศาลและรองผู้พิพากษา ซึ่งเปรียบเสมือนเป็นตัวแทนของอิสลามิกายชุมชนนี้ การควบคุมอาชญากรรมและนิติเวช รวมทั้งการชั้นสูตรพลิกศพในฐานะตัวแทนของผู้พิพากษาและการเขียนรายงาน ซึ่งในแต่ละคดีต้องอาศัยพยานผู้เชี่ยวชาญทั้งนั้น คดีใดที่พยานผู้เชี่ยวชาญต้องมาให้ปากคำผู้พิพากษาจะเป็นผู้ออกหมายเรียกมาให้การต่อศาลเป็นราย ๆ ไป บางครั้งผู้พิพากษาอาจมอบหมายให้จำศาลหรือผู้อำนวยการศาลหรือองค์คณะผู้พิพากษาไปเดินเผชิญสืบนอกศาล ศาลอาจจะออกหมายเรียกผู้เชี่ยวชาญให้ไปร่วมที่เดินเผชิญสืบด้วย (Tyan Emile, 1955)

อันวารุลลอฮฺ (2004) ได้เขียนหนังสือชื่อ Principles of Evidence in Islam หรือความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับพยานในอิสลามว่า ผู้พิพากษาที่พิจารณาคดีต้องยึดหลักการที่ว่าพยานต้องมาให้การต่อศาลเป็นหลัก การทำรายงานเป็นเอกสารแทนการให้ปากคำต่อศาลตามสมัยปัจจุบันนั้นถือเป็นการขัดต่อหลักการเบื้องต้นของการเป็นพยานในกฎหมายอิสลาม การรับสารภาพ พยานแวดล้อม พยานเอกสาร พยานผู้เชี่ยวชาญ พยานความเห็นเหล่านี้ต้องมาให้การต่อศาล จะมีผลทำให้ศาลที่พิจารณาคดีเกิดความมั่นใจการพิจารณาคดีและเป็นระบบกฎหมายของอิสลาม อิสลามวางอยู่บนพื้นฐานของการรับฟังพยาน พยานนั้นอาจพิสูจน์ความจริงว่าข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นเป็นการพิสูจน์ความผิดหรือพิสูจน์ความบริสุทธิ์ก็ได้ (Anwarullah, 2004 : abstract)

3.18 พยานผู้เชี่ยวชาญบางประเภทในอิสลาม

3.18.1 การคาดเดาเค้าโครงหน้าเพื่อทำนายสายโลหิตในระบบกฎหมายอิสลาม

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วการคาดเดาเค้าโครงหน้าเพื่อทำนายสายโลหิตในอิสลาม (القيافة) ถือเป็นหลักการด้านนิติวิทยาศาสตร์ในยุคนั้นที่สามารถกล่าวได้ว่ามีความสมบูรณ์ที่สุด และเป็นการวางพื้นฐานด้านแนวคิดที่เป็นนำอัจฉริยะใจมาก นั่นคือนำหลักการหาความเข้ากันได้ (Matching) ของเด็กเปรียบเทียบกับบิดา อันเป็นหลักการเดียวกับการตรวจรหัสพันธุกรรม (การหาค่าความเข้ากันได้ของ A T C G นั่นเอง) อิบน์ุก็อยยิม อัลญะฮิยะฮฺ ได้อธิบายหลักการนี้ว่า หลักความเหมือนหรือการเข้ากันได้นี้เป็น การเห็นความเหมือนกันอย่างชัดเจน ด้วยสายตาคนธรรมดาและเฉพาะนักคาดเดา

โครงหน้า มุ่งหาความแตกต่างจากบุคคลทั่วไป อิบน์ก๊อยยิม ยังได้อธิบายเพิ่มเติมว่าท่านศาสดา และ สหายของท่าน ก็ใช้หลักการในการพิสูจน์ความเป็นบิดามาก่อนในกรณีของเศาะหาบะฮ์ เซด บินหะ ร็ยะฮ์

หลักการนี้มุสลิมนิกายสุนนีต่างยอมรับหลักการทรงคุณค่านี้ทุกสำนักคิด ยกเว้น สำนักคิดของอิมามอะฮ์มาดี ที่ปฏิเสธหลักการนี้ซึ่งมองว่าความคล้ายคลึงในลักษณะทางกายภาพอาจ ต้องมองถึงความสัมพันธ์ทางสายเลือดด้วยหากเป็นกรณีที่มีการกล่าวอ้างความเป็นบิดาหลายคน ก็ อาจจะเป็นการยากที่จะระบุความเป็นบิดากับบุตร อิบน์ก๊อยยิม ได้แย้งแนวคิดของอะฮ์มาดีใน ประเด็นนี้ว่ารู้สึกแปลกใจที่คนปฏิเสธแนวคิดนี้ในขณะที่กลับยอมรับง่าย ๆ ในการรับรองความเป็น บิดาและบุตรเพราะการแต่งงานเพียงอย่างเดียว หากเป็นกรณีที่บิดามาจากสถานที่แห่งหนึ่งและ มารดาก็มาจากอีกสถานที่หนึ่งใครจะไปรู้ว่าอดีตที่ผ่านมาของบุคคลทั้งสอง เพราะการใช้หลักการคาดเดา โครงหน้านี้เป็นหลักการง่าย ๆ ฟัน ๆ เท่านั้นเองและอยู่บนหลักการที่กฎหมายอิสลามรับรองและ ควรได้รับการเคารพเช่นพยานผู้เชี่ยวชาญสาขาอื่น เช่นนักประเมินราคาสินทรัพย์ อิบน์ก๊อยยิม อธิบาย อย่งไรก็ตามหลักการนี้ควรนำมาใช้ในกรณีที่บิดาไม่ได้อยู่หรืออยู่ห่างไกลหรือมีเหตุที่ต้องจาก กันเท่านั้น สอดคล้องกับหลักการที่ว่าบุตรย่อมถือกำเนิดมาจากการแต่งงานกันของบิดมารดา เป็น สิทธิของบุตรที่จะได้รับรู้ว่าใครเป็นบิดาและบิดาก็มีสิทธิจะรู้ว่าใครเป็นทายาท วิทยาการด้านการ คาดเดาโครงหน้าเป็นกระบวนการหนึ่งในการช่วยสานต่อหลักการดังกล่าวได้ (Ibn Qayyim, 2000 : 226-28.)

จากทัศนะที่เกี่ยวกับหลักการนี้ทำให้เห็นได้ชัดเจนในการนำเอามาปฏิบัติเพื่อให้ สอดคล้องกับหลักการบุตรย่อมถือกำเนิดมาจากการแต่งงานกันของบิดมารดา มีประเด็นปัญหาอยู่ คดีหนึ่ง เมื่อพบว่าชาย 2 คน มีเพศสัมพันธ์กับหญิงทาสีนางหนึ่ง แต่ละคนต่างเชื่อว่าหญิงที่เป็นทาสี นั้นคือภรรยาของตน ซึ่งทั้งสองคนต่างก็แต่งงานกับหญิงทาสีคนนั้นด้วยวิธีที่ผิดหลักการทั่วไป คือ คน หนึ่งเปิดเผยตามหลักการแต่อีกคนปกปิด

ประเด็นแรกผลทางกฎหมายจะเป็นอย่างไรถ้าหญิงนั้นถูกชายทั้งสองหย่าแล้วระยะ อดิตะฮ์ของนางจะเป็นอย่างไรเมื่อระยะอดิตะฮ์นางหลังจากหย่า 60 วัน แล้วนางแต่งงานใหม่และนาง ให้กำเนิดบุตรหลังจากที่ได้แต่งงานเพียง 6 เดือนครึ่ง ใครจะเป็นบิดาระหว่างสามีคนแรกกับสามีคนที่ สอง

ประเด็นที่สองผลทางกฎหมายจะเป็นอย่างไรถ้าเกิดมีการปฏิเสธไม่ได้รับมรดกเมื่อ พี่ชายของเขาเป็นไม่ได้เป็นทายาทกับอีกคนหนึ่งยอมรับเป็นทายาทการใช้หลักการกียาพะฮ์จะเข้ามา แก้ปัญหาเฉพาะความเหมือนกันเท่านั้น

ประเด็นที่สามผลทางกฎหมายจะเป็นอย่างไรถ้าชายทั้งสองคนอ้างว่าบุตรเป็นทายาท ของตน หลักการกียาพะฮ์น่าจะช่วยให้หรือไม่

ประเด็นที่สี่ผลทางกฎหมายจะเป็นอย่างไรถ้าชายสองคนอ้างว่านางไม่ได้เป็นแม่ของเด็ก หลักการกียาพะฮุนน่าจะช่วยตัดสินได้หรือไม่ว่าใครคือแม่เด็ก

จากตัวอย่างและแนวคิดของกฎหมายอิสลามในเรื่องความสับสนของสายโลหิตของทาสหญิงที่อาจจะมองว่ากระทำการสำส่อนทางเพศ เนื่องจากความเป็นทาสของนางอาจจะถูกกดขี่ทางเพศจากชายที่เป็นไท หรือนางอาจจะหาโอกาสในการปลดปล่อยตัวเองจากความเป็นทาสและดูเหมือนว่ามีคดีทำนองเดียวกันนี้หลายคดีด้วยกันในประวัติศาสตร์อิสลาม (Sarakhshi, 1993 : 7/135-36)

การใช้วิทยาการด้านกียาพะฮุนนี้เป็นที่แพร่หลายในสมัยของออโตมัน เติร์ก เป็นอย่างมาก มิใช่พิสูจน์ความเป็นบิดากับบุตรเท่านั้นแต่ยังนำมาใช้ประโยชน์ในการทำนายคุณภาพของคนอีกด้วย ผู้เชี่ยวชาญสาขานี้ที่เป็นที่ปรึกษาของสุลต่านนำวิทยาการด้านนี้มาใช้ในการคัดเลือกแม่ทัพและผู้บริหาร และในการเลือกซื้อทาส น่าสังเกตว่าในประเทศโมร็อกโคก็นำวิทยาการด้านนี้มาใช้ในการให้คำปรึกษาแก่กษัตริย์หรือผู้พิพากษาโดยอาศัยหลักการพื้นฐานด้านหน้าตา สรีระ และความเหมือนของคนที่เป็นเครือญาติและอาจนำไปสู่การคาดเดาความเป็นบิดาได้เช่นเดียวกับประเทศอิสลามอื่น ๆ แต่ปฏิเสธที่จะใช้รูปแบบการตรวจพิสูจน์สมัยใหม่ ซึ่งถือว่ายังเป็นประเทศอนุรักษนิยมอยู่ในปัจจุบันในขณะที่ประเทศมุสลิมอื่น ๆ ได้ยอมรับในหลักการตรวจทางด้านนิติเวชแล้ว (Rosen, Lawrence, 1989)

มีนักกฎหมายประเทศซาอุดีอาระเบียสมัยใหม่คนหนึ่งชื่อ อิบน์มาญุส แย้งว่าความเจริญด้านวิทยาศาสตร์สมัยใหม่มีความน่าเชื่อถือและเป็นสิ่งที่พิสูจน์ได้ดีกว่าการใช้วิธีการตรวจแบบกียาพะฮุน อีกทั้งกียาพะฮุนต้องรวบรวมพยานหลักฐานแวดล้อมประกอบด้วยจึงจะทำให้มีความสมบูรณ์ ส่วนการตรวจพิสูจน์แบบสมัยใหม่หากมีจำเป็นต้องรวบรวมพยานแวดล้อมอื่น ๆ ประกอบไม่ แต่มีข้อสังเกตอีกประการหนึ่งคือ อาลี อัลดักลี ในฐานะที่เป็นอัยการและนักกฎหมายที่เป็นที่ปรึกษากฎหมายยังคงใช้วิธีการกียาพะฮุนอยู่ในการใช้เป็นทางเลือกในการตรวจพิสูจน์ความเป็นบิดาอยู่ในปัจจุบัน (Ibn Majuz Muhammad, 1984)

ช่วงปี ค.ศ 1940 กฎหมายสหรัฐอเมริกาเองก็ไม่ได้ปฏิเสธหลักการที่คล้ายกันนี้ในการหาความเป็นบิดาในคดีความ แม้แต่ในกฎหมายของประเทศอิสราเอลเองก็ตามยังยอมรับหลักการนี้แต่มีใช้แค่ 2 รูปแบบ

รูปแบบที่ 1 ยอมรับในหลักการความละม้ายคล้ายคลึงของใบหน้าแต่จะใช้เพื่อเป็นการสนับสนุนพยานหลักฐานอื่นเท่านั้นเช่นสนับสนุนคำให้การของแม่เด็ก

รูปแบบที่ 2 ใช้ในกรณีที่มีการเจรจาความนอกศาลแต่จะใช้ในการความเห็นของผู้เชี่ยวชาญด้วยกันเองแล้วนำมาเสนอศาลว่าผู้เชี่ยวชาญด้วยกันยอมรับแล้ว หรือรับข้อเท็จจริงกันแล้วนั่นเอง ศาลก็จะยินดียินดีรับฟังคำรับประเพณีนี้ นอกจากนี้ผู้พิพากษาเฮม โคน ซึ่งรับคดีพิพาทระหว่าง

โพลนิต กับ อัลโมนี (1960) อ้างว่าการใช้หลักการนี้เป็นศิลปะในอดีตกาล ศาสตราจารย์นำหลักการด้านวิทยาศาสตร์สมัยใหม่มาใช้ในการพิจารณาคดีที่เป็นพยานผู้เชี่ยวชาญ การพิจารณาพิพากษาคดีไปตามความรู้สึกนั้นย่อมหาความยุติธรรมได้ยาก (Kaplan, Brautbar, and Nelken, 1979-80 : 50-51)

3.18.2 นิติเวชในอิสลาม

ได้กล่าวมาแล้วว่าสำนักคิดจากมัซฮับมาลิกี การเป็นพยานต่าง ๆ นิยมพยานคู่เป็นพื้นฐานไม่ว่าจะเป็นพยานผู้เชี่ยวชาญก็ต้องมาให้ปากคำต่อศาล แต่แนวโน้มการรับฟังพยานที่เป็นแพทย์สามารถใช้เพียงหนึ่งคนก็รับฟังได้ แต่ถ้าพยานที่เป็นแพทย์ไม่ใช่มุสลิมและเกิดความสงสัยในบุคลิกภาพ ในความเห็นแตกต่างกันส่วนใหญ่จะยอมรับฟังความเห็นของแพทย์ที่มีมุสลิมโดยยกเหตุผลว่า ความเห็นแพทย์นั้นเป็นเรื่องที่เกี่ยวกับหลักวิชาการและไม่จำเป็นต้องมาให้การก็ได้ แต่อิบน์ หิซาม (เสียชีวิตปี ค.ศ 1209) แย้งว่าต้องแยกให้ออกระหว่างความรู้และการให้การพยาน ความรู้เป็นเรื่องที่สามารถพิสูจน์ได้ แต่ผู้พิพากษาส่วนใหญ่มักจะมองข้ามการให้การเป็นพยานในฐานะผู้บอกเล่าเรื่องราว ซึ่งแพทย์อาจให้ความเห็นไปทางที่โน้มเอียงได้การป่วยตายจากการติดเชื้อซึ่งในกรณีแพทย์สามารถให้ความกระจ่างได้ว่าติดเชื้อจากสาเหตุใดและเป็นเชื้อประเภทใด ซึ่งอนุญาตให้ใช้แพทย์ลงความเห็นเพียงหนึ่งคนได้ (Ibn Nujaym, Zayn al-Din, n.d)

ตำรับตำราที่เกี่ยวกับวิทยาการด้านการแพทย์ในศูนย์กลางของมุสลิมก่อนยุคของจักรวรรดิออตโตมัน เต็มค มีมากมาย ตำราทางด้านการแพทย์นี้มีลักษณะของความขัดแย้งในวงแคบ ๆ ไม่ว่าในเรื่องการฝึกฝนด้านการแพทย์ ซึ่งกิจกรรมด้านการแพทย์นี้เคลื่อนไหวอยู่ในโรงพยาบาล ซึ่งอยู่ต้องปฏิบัติตามมาตรฐานด้านวิชาชีพ วิชาการด้านนี้ได้ถูกจัดให้มีขึ้นเป็นรูปธรรมในยุคของสุลต่านสุไลมาน โดยจัดตั้งสถาบันในมัสยิดสุไลมานียะฮ์ ได้มีการฝึกอบรมด้านการแพทย์ในยุคแรก เริ่มแรกสุดได้มีการติดต่อกับออตโตมันและการแพทย์ของยุโรปในยุคฟื้นฟูศิลปวิทยาการ ซึ่งเป็นความร่วมมือระหว่างกันไม่ว่าจะเป็นยุโรป การแพทย์ของยิว ซึ่งได้รับมาจากฝรั่งเศสและสเปนระหว่างศตวรรษที่ 14 และ 15 ซึ่งอพยพเข้ามาอยู่ในอาณาจักรออตโตมัน เต็มค ส่วนการแพทย์ของกรีกนั้นอยู่ในอาณานิคมของจักรวรรดิออตโตมัน เต็มค อยู่แล้วซึ่งเป็นวิทยาการที่ศึกษามาจากมหาวิทยาลัยของอิตาลีในระหว่างศตวรรษที่ 17ซึ่งจะได้พิเคราะห์ในเรื่องของพยานผู้เชี่ยวชาญทางด้านการแพทย์ได้โดยตรง(Ihsanoglu, Ekmeleddin, 1992)

หน้าที่ของแพทย์ที่ต้องรับผิดชอบค่าใช้จ่ายเสียหายให้กับคนไข้ที่แพทย์ทำการรักษาผิดพลาดได้ถูกกล่าวถึงในฟิกฮ์และวิทยาการด้านการแพทย์สมัยใหม่ อย่างไรก็ตามนักวิชาการมุสลิมได้คิดอย่างรอบคอบแล้วซึ่งหากเป็นดังนี้แล้วแพทย์อาจจะปฏิเสธไม่รักษาคคนไข้ได้ นักวิชาการเหล่านั้นทราบดีว่าการให้ยาเป็นส่วนหนึ่งของวิทยาการด้านวิทยาศาสตร์ โดยวางมาตรฐานไว้เกี่ยวกับเรื่องนี้โดยเฉพาะ ซึ่งไม่รวมถึงแพทย์ที่เอาใจใส่และมีเจตนาบริสุทธิ์ต่อคนไข้

กฎหมายในยุคของออตโตมัน เดิร์ก ได้ออกกฎหมายเฉพาะเกี่ยวกับความรับผิดชอบของแพทย์ในกรณีที่เกิดความผิดพลาดจากการรักษาคนไข้ เช่นในกรณีปี ค.ศ. 1644 ศาลแห่งนครเยรูซาเลม ที่ได้ขอรับความเห็นจากศาลแพทย์ในคดีที่มีการฟ้องร้องต่อชาวฮิวผู้ทำการชริบอวัยวะเพศชาย ซึ่งต้องอาศัยความเห็นของพยานผู้เชี่ยวชาญ ศาลได้ตัดสินให้แพทย์ต้องรับผิดชอบหากความผิดพลาดจากการเผลอเรอของแพทย์และห้ามมิให้แพทย์ดำเนินการเกี่ยวกับการรักษาต่อไป หลังจากที่ได้ฟังความเห็นจากพยานผู้เชี่ยวชาญแล้ว (Cohen, Amnon, 2001)

บางคดีศาลต้องรับฟังความคิดเห็นของแพทย์ในกรณีมีข้อโต้แย้งเกี่ยวกับคดีครอบครัว อย่างเช่นเรื่องสติของสามีซึ่งพิพาทว่าเป็นบ้าหรือไม่ ซึ่งอาจส่งผลต่อสถานะความเป็นสามีภรรยา กัน กรณีเช่นนี้ต้องอาศัยความเห็นของแพทย์เป็นผู้วินิจฉัยบางครั้งความเจ็บป่วยทางกายก็เป็นประเด็นในการถกเถียงกันว่าความเห็นของแพทย์สามารถนำมาเป็นเหตุผลในการงดกิจกรรมทางศาสนาได้หรือไม่ ตัวอย่างเช่น กรณีมุสลิมอ้างว่าความเจ็บป่วยของตนทำให้ยืนละหมาดไม่ได้หรือการอาบน้ำละหมาดมีผลกระทบต่อผิวหนังหรือการถือศีลอดทำให้การฟื้นจากไข้ซาลงซึ่งสำนักคิดของมัซฮับหะนาฟี มีความเห็นว่าอนุญาตให้กระทำได้ หรือกรณียืนละหมาดไม่ได้ก็อนุญาตให้นั่งหรือนอนก็ได้ หรือกรณีที่อาบน้ำละหมาดไม่ได้ก็อนุญาตให้กระทำตะยัมมูมเป็นต้น แต่ต้องอยู่บนพื้นฐานของความจำเป็นที่สุดเท่านั้น รวมถึงการอนุญาตให้งดถือศีลอดของแม่ที่อยู่ในช่วงให้นมบุตรซึ่งอาจเป็นอันตรายได้ถ้าเป็นการถือศีลอดของแม่ในกรณีที่ความเจ็บป่วยของมุสลิมที่จำเป็นต้องถือตามคำแนะนำของแพทย์ที่ต้องให้คนไข้รับประทานอาหารต่อเนื่องก็ดี ต้องรับยาที่มีส่วนผสมของสุกร งามบ หรือซากสัตว์ ปัสสาวะ เลือด หรือไวน์ได้หรือไม่ นักวิชาการมุสลิมมีความขัดแย้งกันในประเด็นนี้พอสมควร บางท่านเห็นว่าอนุญาตได้ถ้าได้สอบถามคำแพทย์แล้วยืนยันว่าการรักษาที่มีส่วนผสมของสารต้องห้ามดังกล่าวทำให้อาการบาดเจ็บดีขึ้นกรณีที่ไม่มีสารตัวอื่นมาทดแทนสารต้องห้ามดังกล่าวได้ อีกฝ่ายเห็นว่าอนุญาตให้ทำการรักษาได้เลย โดยอ้างว่าอัลลอฮ์ ﷻ จะไม่ถือโทษสำหรับผู้ที่รักษาจากส่วนผสมจากของต้องห้ามดังกล่าวกรณีที่ปัญหาโต้แย้งกัน และเป็นเรื่องที่มีประโยชน์เมื่อมีการกล่าวถึงและคำตอบต่าง ๆ เป็นวาทะที่โต้แย้งกันในปัญหาศาสนาเท่านั้น (Sarakhshi, 1993 : 1/215)

มาสู่ประเด็นในเรื่องของสถานะของบุคคล กรณีโต้แย้งกันเรื่องสถานะผู้เยาว์ พิกฮุได้ยืนยันเรื่องบุตรต้องอยู่ในความดูแลของบิดามารดา ในกรณีที่บิดามารดาเปลี่ยนศาสนาหันมารับอิสลามในขณะที่เด็กยังไม่บรรลุนิติภาวะ ถ้าบิดามารดาสามารถแสดงหลักฐานว่าขณะที่รับอิสลามนั้นเด็กยังไม่บรรลุนิติภาวะเด็กคนนั้นเป็นมุสลิม ในกรณีนี้ศาลจำต้องไต่สวนตัวเด็กด้วยว่าขณะนั้นได้บรรลุนิติภาวะแล้วหรือไม่เป็นต้น (Ibn Abi al-Dam, Ibrahim b. Abd Allah, 1987)

ท่านอิบน์ฮุญาญ์ อัลไฮตามียี หนึ่งในนักวิชาการมุสลิมจากสำนักอิหม่ามอัชชาฟีอียี (เกิดในอียิปต์ เสียชีวิต ปี ค.ศ. 1567 ที่นครมักกะฮ์) ได้หยิบยกประเด็นปัญหาขึ้นมาว่าถ้ามีหญิงมาร้องว่าการแต่งงานของนางไม่ถูกต้องตามกระบวนการเนื่องจากขณะที่นางแต่งงานนั้นนางยังไม่บรรลุนิติ

สนภาวะ แต่สามีของนางโต้แย้งว่านางบรรลุศาสนภาวะแล้วและนางมีประจำเดือนแล้ว ศาสดาได้ตัดสินว่า ถ้าพยานผู้เชี่ยวชาญให้ความเห็นเกี่ยวกับตัวนางว่าบรรลุศาสนภาวะโดยอาศัยตัวบ่งชี้จากประจำเดือน ลักษณะทางกายภาพ คำให้การของแพทย์ผู้เชี่ยวชาญสามารถนำมารับฟังได้ (al-Haytami, Ibn Hajar., n.d.)

ในประเด็นเรื่องเกี่ยวกับความเห็นแพทย์นี้ถูกนำมาใช้ในเรื่องเกี่ยวกับสถานะของครอบครัวหลายเรื่อง เช่นกรณีมีข้อโต้แย้งว่าก่อนแต่งงานสามีหรือภรรยาเป็นคนที่ดื่มสุราเป็นประจำ คราวตามวงรอบและอาการฟันเฟือนอาจจะหายไปบางเวลาหรือโรคที่เกี่ยวกับประสาท (مجنون) กรณีเช่นนี้นักวิชาการเห็นว่าศาลต้องรับฟังความคิดเห็นของแพทย์ผู้ทำการจ่ายยาว่าอาการป่วยฟันเฟือนดังกล่าวสามารถรักษาให้หายได้หรือไม่และสถานะของการแต่งงานจะเกิดประโยชน์ต่ออาการป่วยฟันเฟือนหรือไม่ความเห็นของแพทย์ผู้เชี่ยวชาญยังถูกนำมาเกี่ยวข้องกับการชั้นสูตรพลิกศพว่ามีกฎหมายของรัฐบัญญัติไว้อย่างไร ซึ่งประเด็นที่นี้อาจทำให้มองเห็นได้ว่าจำเลยมีเจตนาอย่างไร บาดแผลของเหยื่อเป็นอย่างไร ซึ่งบาดแผลดังกล่าวอาจจะตัดสินได้ว่าจำเลยเจตนาทำร้ายหรือเจตนาฆ่า ในกรณีที่จำเลยโต้แย้งว่ามีเจตนาเพียงทำร้ายเท่านั้น กรณีเช่นนี้ต้องมีคำให้การของแพทย์ถึงสาเหตุการตายประกอบคดี ท่านอิมามนะวารีย์จากสำนักคิดของอิหม่ามอัชชาฟีอี้อธิบายว่าในคดีใดมีประจักษ์พยานเห็นก็ให้ฟังพยาน แต่ถ้าหลังจากที่เหยื่อตายแล้วก็ให้รับฟังพยานผู้เชี่ยวชาญประกอบ ถ้าผู้เชี่ยวชาญให้การว่าเลือดที่ตกอยู่ในที่เกิดเหตุเป็นของผู้มีชีวิตอยู่ ญาติของเหยื่ออาจได้รับเงินค่าชดใช้เรียกว่า “เงินเลือด” (ديات) ถ้าผู้เชี่ยวชาญพบว่าเลือดที่ตกอยู่ในที่เกิดเหตุเป็นของศพและจำเลยรับสารภาพตามฟ้องก็ให้ตัดสินได้เลย อิมามนะวารีย์(1992) ยึดหลักว่าถ้ามีคำรับแล้วไม่ต้องแยกอีกต่อไปว่าเลือดที่ตกอยู่เป็นของใคร (al-Nawawi, Abu Zakariyya Yahya b. Sharaf Muhyi al-Din, 1992)

ในประวัติศาสตร์ของการรับฟังพยานด้านนิติวิทยาศาสตร์นี้ได้ถูกบันทึกไว้ในยุคของออกตโตมัน เดิร์ก ที่ปกครองอียิปต์ว่า แพทย์ ศัลยแพทย์ ผู้อาบน้ำศพ และหน้าบัลลังก์จำต้องตรวจดูศพซึ่งเสียชีวิตจากการกระทำผิดอาญาทุกคดีเกี่ยวกับศพและบาดแผลเกี่ยวกับศพรวมทั้งสาเหตุการตายให้ศาลทราบ (Isa, 1998)

การกระทำโดยเจตนาของจำเลยเป็นสาเหตุหนึ่งการวินิจฉัยข้อกฎหมาย โดยดูจากบาดแผลว่าเป็นการกระทำโดยเจตนาหรือไม่ เนื่องจากบทลงโทษที่กูรอานบัญญัติไว้มีบทบัญญัติที่รุนแรงตามที่อัลลอฮ์ ﷻ ตรัสไว้ในกูรอานว่า

﴿ كَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنْ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ وَلَا أُنْفُ
بِالْأَنْفِ وَالْأُذُنَ بِالْأُذُنِ وَالسِّنَّ بِالسِّنِّ وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ فَمَنْ تَصَدَّقَ
بِهِ فَهُوَ كَفَّارَةٌ لَهُ وَمَنْ لَمْ يُحْكَمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ ﴾

(المائدة، آية : 45)

ความว่า “และเราได้บัญญัติแก่พวกเขาไว้ในคัมภีร์นั้นว่า ชีวิตด้วยชีวิต และตาดูด้วยตา และจมูกด้วยจมูก และหูด้วยหู และฟันด้วยฟัน และบรรดาบาดแผลก็ให้มีการชดเชยเยี่ยงเดียวกัน และผู้ใดให้การชดเชยนั้นเป็นทาน มันก็เป็นสิ่งลบล้างบาปของเขา และผู้ใดมิได้ตัดสินด้วยสิ่งอัลลอฮฺทรงประทานลงมาแล้วชนเหล่านั้นแหละคือผู้อธรรม”

(อัลมาอิดะฮฺ : อายะฮฺ 45)

จากโองการที่กล่าวถึงข้างต้น หลักการของอิสลามมีบทลงโทษที่เฉียบขาดอย่างที่เรียกกันว่า ตาต่อตา ฟันต่อฟัน เพื่อให้สาสมกัน เป็นการป้องกันมิให้มนุษย์กระทำการละเมิดต่อกัน แต่กรุอาณยังให้ทางเลือกแก่เหยื่อหรือญาติของเหยื่อในการแสวงหาหนทางที่ให้อภัย ซึ่งจะมีผลต่อเขาในเรื่องการลบล้างบาปของเขาด้วย

การวินิจฉัยบาดแผลนั้นสามารถนำไปปรับใช้ตามวิสัยและพฤติการณ์หรือไม่ เป็นจุดที่สำคัญหรือไม่ เสี่ยงต่อชีวิตหรือไม่ และเป็นบาดแผลที่สาหัสหรือไม่ เช่น กระโหลกศีรษะแตก กระดูกแตก เป็นแผลฉกรรจ์ สูญเสียการมองเห็น อย่างนี้ต้องนำมาคำนึงด้วยเนื่องจากเหยื่ออาจต้องการล้างแค้นเอาคืนด้วยวิธีการตาต่อตาดังกล่าวข้างต้น ประการสำคัญที่เกี่ยวกับแพทย์ในการให้ปากคำต่อศาลนั้นจำต้องมีการระบุถึงจำนวนบาดแผล ความยาว ความกว้าง ความลึก และจำเลยอาจนำพยานผู้เชี่ยวชาญมาแถลงว่าบาดแผลดังกล่าวเกิดมาก่อนแล้วหรือเกิดจากสาเหตุธรรมชาติ ถ้าศาลลงความเห็นว่าเป็นบาดแผลเกิดจากธรรมชาติศาลต้องยกเรื่องการเอาคืนออกไปจากสารบบหากบาดแผลดังกล่าวเกิดจากความไม่เจตนาแล้ว หากเหยื่อต้องการเอาคืน ศาลต้องให้จำเลยชดใช้ค่าเสียหาย ซึ่งต้องจ่ายเป็นจำนวนเท่านั้นต้องไปดูจำนวนของค่าใช้จ่ายในแต่ละคดีว่าสูญเสียอวัยวะส่วนใดจำเลยต้องจ่ายเท่าใดเป็นต้นหนังสือพิภพหลายเล่มได้กล่าวถึงการชดใช้ค่าเสียหายจากการทำละเมิดโดยไม่เจตนา เช่น ฟันหัก นิ้วขาด กระดูกหัก กระโหลกยุบทำให้สติไม่สมประกอบ หรือนำมาซึ่งหลายอาการร่วมด้วยอย่างสูญเสียการมองเห็น สูญเสียการได้ยิน การพูด มีการยกประเด็นขึ้นมาจากสำนักคิดของอิหม่ามหะนาฟี เรื่องที่จำเลยเจตนาทำให้ฟันของเหยื่อหักและต้องรอนานถึงหนึ่งปีและถ้าฟันที่หักนั้นไม่งอกมาในหนึ่งปีถือว่าเป็นผลโดยตรงจากการกระทำของจำเลย ศาลต้องรับฟังความเห็นจากทันตแพทย์ถ้าภายหลังปรากฏว่าฟันได้หายไปบางส่วนและยังคงใช้ฟันนั้นได้ ศาลต้องอนุญาตให้ผู้เสียหายหรือเหยื่อล้างแค้นเอาคืนจากจำเลยให้สาสมกัน (Nawawi, Abu Zakariyya Yahya b. Sharaf Muhyi al-Din, 1992)

ศาลชะรีอะฮฺได้บันทึกไว้ในยุคของออตโตมัน เติร์ก ปกครองอียิปต์ ซึ่งได้วางหลักการเกี่ยวกับการชดใช้ค่าเสียหายที่เกิดจากการรักษาของแพทย์ รวมทั้งศัลยแพทย์ และช่างตัดผม ตามลักษณะอาการบาดเจ็บ มีคดีตัวอย่างที่ศาลใช้ดุลพินิจกำหนดโทษ(ตะอซีร)กรณีที่มีทำร้ายร่างกาย

ภรรยาถึงขั้นบาดเจ็บสาหัสแขนหัก โดยอาศัยความเห็นของแพทย์ (Farhat, Muhammad Nur, 1988)

ในปี 1765 ของศตวรรษเดียวกัน ครั้งนี้มีชาวอนาโตเลีย เบอร์ซา ได้มายื่นคำร้องขอให้ชดใช้ค่าเสียหายเนื่องจากจำเลยที่บังอาจใช้อาวุธปืนไรเฟิลยิงถูกเขาซ้ายและเป็นสาเหตุให้เท้าซ้ายของเขาต้องเป็นอัมพฤกษ์ คำฟ้องได้ถูกนำเสนอสู่ศาลและศาลได้เรียกหัวหน้าศัลยแพทย์มาให้การ ต่อมาศาลได้ตัดสินให้จำเลยชดใช้ค่าเสียหายกึ่งหนึ่งจากราคาที่ต้องเต็มจำนวนจากเงินเลือด (ดิยะฮฺ) อีกคดีหนึ่งจำเลยถูกฟ้องว่าทำให้ผู้เสียหายตาบอดและศาลได้เรียกหัวหน้าจักษุแพทย์มาให้ประเมินค่าเสียหาย (Gerber, Haim, 1994)

3.18.3 สถาปนิกและวิศวกร

อิบนุ คอลดูน (เสียชีวิตปี ค.ศ.1382) ได้เขียนหนังสือ (مقدمة) ในหนังสือของเขา กล่าวถึงความสำคัญของการก่อสร้างในรูปแบบของชาวตะวันออกกลางว่า เขาได้กล่าวถึงความหนาแน่น ความสับสนวุ่นวายของชาวเมืองว่า ผู้คนทะเลาะวิวาททั้งในและนอกอาคาร มีการทะเลาะกันเรื่องสิทธิในการเดินผ่าน การก่อสร้างลำเส้นทาง การเปิดท่อน้ำทิ้ง ตัวอย่างเช่นมีคดีที่เพื่อนบ้านไปฟ้องร้องว่าเพื่อนบ้านที่อยู่ติดกันสร้างกำแพงไม่มั่นคงแข็งแรงอาจจะพังลงมา เขาต้องการที่จะให้มีช่างผู้เชี่ยวชาญมาให้ความเห็นว่าการก่อสร้างกำแพงผิดวิธีไม่ถูกต้องตามหลักการของสถาปัตยกรรมและต้องการให้ทุบกำแพงทิ้ง เพื่อป้องกันไม่ให้เกิดอันตรายแก่บ้านของเพื่อนบ้าน หรือลานบ้านควรจะแยกกันหรือไม่เพื่อป้องกันอันตราย อิบนุ คอลดูน กล่าวว่า เรื่องเหล่านี้ต้องอาศัยความเห็นของสถาปนิก เพราะสถาปนิกเรียนวิชาด้านการก่อสร้างมาโดยตรง ตัวเชื่อม ตัวรัด การวางแผ่นพื้น จะวางอย่างไร คำนวณการไหลของน้ำในแม่น้ำ การสูบน้ำอย่างไรไม่ให้เกิดความเสียหายต่อกำแพงและอาคารเพื่อนบ้าน เป็นต้น (Ibn Khaldun, 1958)

ในขณะที่อิบนุ คอลดูน รายงานในฐานะนักประวัติศาสตร์เกี่ยวกับบทบาทของผู้เชี่ยวชาญด้านการก่อสร้าง ในศตวรรษที่ 14 มัฆริบ อิบนุ อัลรามิ นักก่อสร้างชาวตูนิเซีย(เสียชีวิตที่เคอซาใน ค.ศ.1334) ซึ่งเป็นหนึ่งในนักก่อสร้าง การก่อสร้างของเขาทำให้มีการออกกฎหมายเกี่ยวกับการก่อสร้างซึ่งอิบนุ อัลรามิได้รวบรวมรายชื่อผู้เชี่ยวชาญในด้านการก่อสร้างที่สามารถให้ความเห็นต่อศาลซึ่งทำให้นักก่อสร้างอื่น ๆ พัฒนาตนเองเพื่อให้เกิดความเชี่ยวชาญ

อิบนุ อัลรามิ ได้แต่งหนังสือและใช้ชื่อแฝงว่า “มุหัมมัดผู้รอบรู้เกี่ยวกับการก่อสร้าง” และกล่าวว่าเขาเรียนรู้เพื่อให้เกิดความเชี่ยวชาญในการก่อสร้าง ซึ่งนักก่อสร้างต้องสามารถนำไปใช้ให้การต่อศาลได้ แต่อย่างไรก็ตามความเห็นของอิบนุ อัลรามิ ยังไม่ตรงกับสุนนะฮฺของท่านเราะฮูล ในกรณีท่านมอบหมายให้สหายของท่านชื่อฮุซัยฟะฮฺ บิน อัลยามัน ไปตัดสินการก่อสร้างรั้วของเพื่อนบ้าน ซึ่งท่านใช้พยานผู้เชี่ยวชาญถึงสองคน

อิบนุ อัลรามิ ได้กล่าวถึงคดีที่เข้าไปเกี่ยวข้องถึง 8 คดี มี 6 คดีที่ศาลใช้พยานผู้เชี่ยวชาญที่เป็นสถาปนิกถึง 2 คน ส่วนอีก 2 คดี ใช้พยานที่เป็นสถาปนิกเพียงคนเดียว ซึ่งเข้าใจว่าศาลอาจจะเห็นว่าข้อเท็จจริงปรากฏชัดเจนไม่จำเป็นต้องใช้พยาน 2 คน ซึ่งสรุปได้ว่าการใช้จำนวนพยานผู้เชี่ยวชาญนี้เป็นดุลพินิจของศาล ซึ่งในเมืองใหญ่การหาพยานผู้เชี่ยวชาญ 2 คน เป็นเรื่องที่ไม่ยากเย็นเลย

อีกคดีหนึ่งที่อิบนุ อัลรามิ ได้ยกตัวอย่างถึงกรณีที่มีความขัดแย้งกันเรื่องกลิ่นของสัตว์เลี้ยงที่ส่งกลิ่นให้กับบ้านใกล้เรือนเคียงและเสียงร้องในยามค่ำคืน อิบนุ อัลรามิ ได้ให้ความเห็นต่อศาลโดยผู้เลี้ยงสัตว์สร้างแผงกั้น (Barrier) เพื่อป้องกันกลิ่นและเสียง และเมื่อศาลได้รับรายงานได้เรียกคู่กรณีมาสอบถามและให้สาบานว่าจะไม่ทำลายแผงกั้นดังกล่าว จะเห็นได้ว่าความเห็นของพยานผู้เชี่ยวชาญเป็นข้อมูลเบื้องต้นในการให้ศาลใช้ดุลพินิจในการตัดสินใจ (Ibn al-Rami al-Banna, Muhammad b. Ibrahim al-Lakhmi, 1994)

ในยุคออตโตมัน เติร์ก ปกครองอียิปต์ สถาปนิกยังมีความเกี่ยวข้องกับคดีอาญาด้วย ในคดีหนึ่งมีผู้ฟ้องต่อศาลว่า มีขโมยมาลักเอาถ่านที่เก็บไว้ในบ้าน เมื่อศาลได้ส่งรองผู้พิพากษาและผู้อำนวยการศาลไปเดินเผชิญสืบพร้อมด้วยสถาปนิก ผลปรากฏว่าสถาปนิกยืนยันว่าเป็นไปได้ที่ขโมยจะมาลักเอาถ่านออกไป เนื่องจากมีช่องที่สามารถใช้มือล้วงมาจากภายนอกและลักเอาถ่านที่อยู่ในบ้านไปได้ (al-Baghdadi, Ahmad Muhammad, 1998)

จากตัวอย่างที่หยิบยกมาข้างต้นจะเห็นได้ว่ากฎหมายอิสลามยุคแรก ใช้คำให้การพยานผู้เชี่ยวชาญเป็นเรื่องปกติเป็นช่วงเดียวกับประเทศที่มีมุสลิมในยุคนั้น (Golan, Tal., 2004) ซึ่งเป็นยุคเดียวกับที่ประเทศอังกฤษซึ่งเป็นประเทศที่ใช้กฎหมายจารีตประเพณีก็มีการใช้พยานผู้เชี่ยวชาญแล้วแต่ศาลอังกฤษถือว่าพยานประเภทนี้เป็นพยานที่ศาลไม่สามารถรู้ได้ทั่วไป เช่นเดียวกับความรู้เกี่ยวกับคอนกรีต ประเพณีนิยมในการซื้อขาย การก่อสร้าง ภาษาลาติน ธรรมชาติของบาดแผล เป็นต้น ต้องมีการนำสืบให้ศาลทราบ ซึ่งถือเป็นเรื่องที่ไม่น่าประหลาดใจอะไรเลยที่กฎหมายอิสลามได้พัฒนาและมีกิจกรรมและมีความอ่อนไหวตามสถานการณ์ในชีวิตประจำวัน ในฐานะที่พยานผู้เชี่ยวชาญได้ถูกยอมรับว่าเป็นผู้ที่ให้ความเห็น ให้คำแนะนำ ต่อศาล รวมทั้งนอกที่ทำการศาลในฐานะนิติเวชและผู้เชี่ยวชาญที่มีมาตรฐาน

จากข้อมูลที่ผู้วิจัยค้นคว้าแล้วพบว่าแนวคิดและการยอมรับพยานผู้เชี่ยวชาญนี้ขึ้นอยู่กับสำนักคิดของแต่ละสำนักคิดด้วย แนวทางของศาล จารีตนิยม กลไกตลาดและความชำนาญ จากข้อมูลที่ได้มีการทบทวนวรรณกรรมต่าง ๆ ไม่ว่าจะในยุคของออตโตมัน เติร์กก็ได้ข้อสรุปหนึ่งข้อว่าพยานผู้เชี่ยวชาญสองคนดีกว่าพยานผู้เชี่ยวชาญเพียงคนเดียว จะช่วยให้เกิดความกระจ่างดีกว่าพยานเพียงปากเดียวและพยานผู้เชี่ยวชาญอยู่ในสถานะของพยานประเภทหนึ่งเท่านั้น

อีกหนึ่งข้อพบว่าการเลือกพยานผู้เชี่ยวชาญในสาขาใดสาขาหนึ่ง เขาต้องเป็นพยานที่มีความเชี่ยวชาญในสาขานั้นมาจริง ๆ และต้องมีประสบการณ์ในการทดลอง ตรวจสอบพิสูจน์มาก่อนแล้ว ซึ่งในสมัยนั้นหน้าบัลลังก์เป็นผู้ตรวจสอบคุณสมบัติของพยานผู้เชี่ยวชาญ

ถึงแม้ว่ากระบวนการในการนำพยานผู้เชี่ยวชาญมาสู่ศาลจะมีหลายวิธีแต่จากการศึกษาพบว่ากระบวนการทั้งหมดเริ่มที่ผู้พิพากษาเป็นหลัก โดยเฉพาะอย่างยิ่งถ้าเรื่องดังกล่าวอยู่ในสายตาสาธารณชน คดีที่มีบทบัญญัติและกำหนดโทษไว้แล้ว และถึงแม้ว่าการใช้พยานผู้เชี่ยวชาญในยุคแรกจะไม่แยกแยะว่าคดีใดเป็นคดีอาญาและคดีใดเป็นคดีแพ่งแต่นำมาใช้รวม ๆ กัน ซึ่งถือว่ากฎหมายอิสลามเป็นกฎหมายที่เป็นรูปแบบเฉพาะแตกต่างจากกฎหมายทั่วไป ใกล้เคียงกับกฎหมายจารีตประเพณีของประเทศอังกฤษมากที่สุด พยานผู้เชี่ยวชาญไม่ได้เป็นแขนขาของอำนาจรัฐหรือกระบวนการยุติธรรมโดยตรง ตรงข้ามพวกเขาคือปุถุชนคนธรรมดาที่มีความรู้เชี่ยวชาญในสาขานั้น อาจผ่านการกระทำ ทดลอง มีประสบการณ์ การอบรม เรียนรู้ หรือค้นคว้า ค้นพบก็ได้ แต่ที่เห็นชัดเจนคือพยานผู้เชี่ยวชาญของอิสลามยุคแรกมีความเป็นอิสระไม่อยู่ใต้อาณัติของศาล

3.18.4 การตรวจการตั้งครุกรรม

ในกฎหมายอิสลามเมื่อมีเหตุหย่าร้างกันหรือตกพุ่มหม้าย หญิงต้องถูกกักตัวให้ช่วงหนึ่งเรียกว่า “ระยะอิดตะฮฺ” หรือจนกว่านางจะคลอดบุตร และถือเป็นจุดเริ่มต้นที่นางจะได้รับค่าอุปการะระหว่างที่อยู่ในระยะอิดตะฮฺจากอดีตสามีของนางหรือจากวันที่สามีของนางเสียชีวิตลง เมื่อนางแจ้งว่านางตั้งครุกรรมและขอรับค่าอุปการะเลี้ยงดูระหว่างอิดตะฮฺนั้นสำนักคิดของอิหม่ามอัชชาฟีอีย์และอิบนุ หัสม์ เห็นว่า เมื่อฝ่ายอดีตสามีปฏิเสธว่านางไม่ได้ตั้งครุกรรม ศาลควรส่งพยานผู้เชี่ยวชาญไปตรวจร่างกายนางจำนวน 4 คน และหากความปรากฏว่านางตั้งครุกรรม อดีตสามีต้องจ่ายค่าอุปการะเลี้ยงดูในระยะอิดตะฮฺ หากตรวจพบว่านางไม่ได้ตั้งครุกรรม นางต้องคืนเงินค่าอุปการะเลี้ยงดูรวมทั้งเสื้อผ้า คืนให้กับอดีตสามี (Shafi'iy, Muhammad b. Idris.1903)

3.18.5 การสูญเสียอวัยวะ

ความเข้าใจบทลงโทษที่ถูกกำหนดไว้ในกฎหมายอิสลาม ไม่ว่าจะการกระทำอันนั้นจะเกิดกับผู้หญิงก็ตาม เมื่อพยานผู้เชี่ยวชาญได้ตรวจสอบและได้รายงานต่อศาล หรือหากมีการร้องอีกครั้งว่าจำนวนเงินเลือด “ดิยะฮฺ” ที่ถูกจ่ายเป็นค่าเสียหายมาแล้ว หากพบว่าอาการบาดเจ็บถึงขั้นสาหัส และจำนวนเงินค่าดิยะฮฺ ไม่เป็นที่พอใจ กรณีนี้ศาลต้องส่งพยานผู้เชี่ยวชาญไปตรวจร่างกายอีกครั้งได้ ในหนังสือมุสลัมได้เขียนไว้ว่า มีคดีเกิดขึ้นหนึ่งคดีกล่าวคือ มีชายคนหนึ่งมาที่ศาลและแจ้งว่าภรรยาของเขาเสียชีวิตลงเนื่องจากหลังคาบ้านถล่มลงมา เขาได้นำพยานที่เป็นหญิง 4 คน ไปตรวจร่างกายภรรยา และเรียกมาให้การต่อศาลและแจ้งว่าศีรษะและหน้าของภรรยาชายผู้นั้นยุบ จากคานหลังคาตกลงมา และไม่พบว่ามีสัญญาณใด ๆ ที่ความตายเกิดจากการกระทำผิดของสามี ในคดีนี้ศาลได้ปล่อยตัวสามีไปไม่ต้องรับผิดชอบการตายของภรรยา จากเรื่องดังกล่าวเป็นเรื่องที่น่าสนใจไม่

น้อยเนื่องจากคดีนี้สามีนำพยานที่เป็นหญิง 4 คน เพื่อพิสูจน์ว่าตัวเองเป็นผู้บริสุทธิ์ (Musallam, B. F, 1983)

จะเห็นได้ว่าพยานผู้เชี่ยวชาญที่เป็นหญิงนั้นสามารถนำมารับฟังได้ในศาล แต่จำนวนพยานจะเป็นเท่าใดนั้นขึ้นอยู่กับแต่ละสำนักคิดของแต่ละสำนัก ส่วนใหญ่จะนิยมอยู่ 2 สำนักคือสำนักของอิมามหันบาลี และสำนักคิดของอิมามอัชชาฟีอีฮ์ ซึ่งเห็นว่าต้องใช้พยานที่เป็นหญิง 4 คน

3.18.6 พยานเด็กในอิสลาม

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วว่าคุณสมบัติประการสำคัญของพยานในอิสลามคือการบรรลุนิติภาวะ ซึ่งในแต่ละคนขึ้นอยู่กับว่าชายหรือหญิงนั้นสามารถสืบพันธุ์ได้หรือไม่เป็นหลักคือชายมีสุจิและหญิงมีประจำเดือน ซึ่งหลักการนี้ไม่สอดคล้องกับกฎหมายทั่วไปนักโดยเฉพาะกฎหมายไทย ซึ่งระบุว่าพยานบุคคลนั้นใครก็ได้ที่รู้เห็นเหตุการณ์มาโดยตรงและสามารถเข้าใจและตอบคำถามได้ก็สามารถเป็นพยานได้ ไม่ได้กำหนดว่าจะต้องเป็นบุคคลที่จำเป็นต้องบรรลุนิติภาวะหรือบรรลุนิติภาวะจึงสามารถเป็นพยานได้ และยังกำหนดเกี่ยวกับอายุบุคคลว่าเป็นเด็กและผู้เยาว์ไว้อย่างชัดเจนอีกด้วย แต่มีตัวอย่างในประวัติศาสตร์อิสลามอยู่บ้างเช่นในกรณีการแต่งตั้งอูซามะฮ์ อิบน์ เซด อิบน์ ฮารีษะฮ์ เป็นแม่ทัพจับศึกสู้กับกองทัพโรมัน ในขณะที่ยังเยาว์วัยมากซึ่งมีนักรบที่อายุมากกว่าเขาเป็นผู้บังคับบัญชาซึ่งทัศนคติยอมรับการเป็นพยานของผู้เยาว์ และนักปราชญ์อิสลามมีความเห็นขัดแย้งกันอยู่บ้าง

3.18.7 พยานที่เกี่ยวข้องกับอิเล็กทรอนิกส์หรือดิจิทัล

ในโลกปัจจุบันมนุษย์ไม่อาจหลีกเลี่ยงสิ่งที่เรียกว่าคำสั่งทางอิเล็กทรอนิกส์หรือเกี่ยวข้องกับระบบดิจิทัลได้ ซึ่งในปัจจุบันวิทยาการด้านนี้นับวันจะเกี่ยวข้องกับชีวิตประจำวันของมนุษย์ตลอดเวลาไม่ว่าจะเป็นคลื่นไฟฟ้าที่ส่งผ่านระบบดิจิทัลไปยังเครื่องรับอีกเครื่องหนึ่งแล้วแปลงค่าคลื่นไฟฟ้าอีกครั้ง

ดิจิทัลหรือดิจิทัล หมายถึง เซิงเลข ในทฤษฎีข้อมูลหรือระบบข้อมูล เป็นวิธีแทนความหมายของข้อมูลหรือชิ้นงานต่างๆในรูปแบบของตัวเลข โดยเฉพาะเลขฐานสอง ที่ไม่ต่อเนื่องกัน ซึ่งต่างจากระบบแอนะล็อกที่ใช้ค่าต่อเนื่องหรือสัญญาณแอนะล็อกซึ่งเป็นค่าต่อเนื่อง หรือแทนความหมายของข้อมูลโดยการใช้ฟังก์ชันที่ต่อเนื่อง

ประเด็นอยู่ที่ว่าข้อกำหนดหรือกฎหมายเกี่ยวกับการดิจิทัลเป็นอย่างไร ในเมื่อมันสามารถคำนวณเป็นทฤษฎีสินได้ และมีกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับสื่ออิเล็กทรอนิกส์หลายฉบับและแพร่หลายอยู่หลายประเทศ เช่น กฎหมายเกี่ยวกับลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์ หรือ พ.ร.บ.คอมพิวเตอร์ ของไทย และในโลกอิสลามอีกหลายประเทศล้วนมีกฎหมายเกี่ยวกับสื่ออิเล็กทรอนิกส์ทั้งสิ้น จึงเกิดศาสตร์ชนิดหนึ่งคือ Digital Forensic

ในเรื่องนี้มีญาติพิมพ์ในวารสาร GEOGRAFIA (Online TM Malaysian Journal of Society and Space 11 issue 4) โดยอ้างถึงรายงานวิจัยเรื่อง Document forensic, the fiqh and the Syariah Courts หรือการตรวจพิสูจน์เอกสารฟิกฮ์และศาลชะรีอะฮ์ โดยวัน अबดุลฟัตตะฮ์ วันอิสมาอีล (2015) ได้กล่าวถึงการวิจัยที่เคยทำไว้อีกงานหนึ่งชื่อ Kekuatan Keterangan Dokumen Dalam Kes-Kes Muamalat Menurut Fiqh Dan Undang-Undang Keterangan Di Malaysia โดยกล่าวว่าคำให้การของพยานผู้เชี่ยวชาญที่ตรวจพิสูจน์เอกสารทางอิเล็กทรอนิกส์นั้นเป็นพยานหลัก มีน้ำหนักมั่นคงในการพิสูจน์ในเชิงคุณค่าของพยานหลักฐานนั้นและจากการวิจัยพบว่าสื่อดิจิทัลมีความน่าเชื่อถือระดับปานกลางจากการเก็บข้อมูลในประเทศมาเลเซีย

จากการรวบรวมข้อมูลในเรื่องการใช้นิติวิทยาศาสตร์ พยานผู้เชี่ยวชาญ ได้กล่าวถึงแนวคิดของกฎหมายอิสลาม ที่มาของกฎหมายอิสลาม และที่มาของพยานผู้เชี่ยวชาญตั้งแต่สมัยเราะสูล ﷺ การกำเนิดระบบศาลในอิสลาม กระบวนการยุติธรรมในอิสลามและระบบดังกล่าวได้พัฒนามาจนถึงปัจจุบัน และมีแนวโน้มในการได้รับความนิยมเพิ่มมากขึ้นถึงแม้ว่าจะมีกลุ่มนักปราชญ์อนุรักษ์นิยมจะคัดค้านอยู่บ้างแต่ในอนาคตเชื่อว่าศาสตร์สาขานี้จะได้รับความนิยมในโลกอิสลามอย่างแน่นอน

Prince of Songkhla
Pattani Campus