

บทที่ 4

การเปรียบเทียบการรับฟังพยานหลักฐานทางนิติวิทยาศาสตร์ของกฎหมายไทยและ กฎหมายอิสลาม

การวิจัยครั้งนี้ผู้วิจัยมีวัตถุประสงค์นอกจากเพื่อศึกษาการรับฟังพยานหลักฐานทางด้านนิติวิทยาศาสตร์ในกฎหมายไทยและกฎหมายอิสลามแล้ว ผู้วิจัยยังศึกษาเชิงเปรียบเทียบ (A Comparative Study Research) การรับฟังพยานหลักฐานทางด้านนิติวิทยาศาสตร์ในกฎหมายไทยและกฎหมายอิสลาม การเปรียบเทียบครั้งนี้ผู้วิจัยใช้หลักทฤษฎีของ เดอร์วิน (2003/133-163) กล่าวคือผู้วิจัยจะนำเสนอข้อมูลเพื่อหาความสัมพันธ์ระหว่างกัน โดยนำข้อมูลที่ได้มาของ A เปรียบเทียบข้อมูลของ B มาสังเคราะห์ความเหมือนและความต่างกัน (A similarities and differences) ของข้อมูล A และ B แล้วสรุปผลการเปรียบเทียบ (Conclusions) ในการเปรียบเทียบครั้งนี้ผู้วิจัยเปรียบเทียบข้อมูลเพียงบางส่วนเท่านั้นตามข้อมูลที่ได้รับรวบรวมมาดังนี้

4.1 การเปรียบเทียบถึงที่มาของกฎหมายไทยและกฎหมายอิสลาม

กฎหมายอิสลามมีที่มาและบ่อเกิดจากคัมภีร์อัลกุรอาน และสุนนะฮ์อิจญ์มาฮ์กียาฮ์อิสติซฮาน อัลมะศอลิฮ์อัลมุรสะละฮ์อัลอูรฟู หลักกฎหมายที่มีอยู่ก่อนอิสลาม อิสติสหาบ หลักปิดกั้นหนทางสู่พฤติกรรมต้องห้าม หลักความสัมพันธ์ระหว่างผลได้และผลเสียส่วนกฎหมายไทยมีที่มาจาก

กฎหมายตราสามดวงซึ่งเริ่มต้นเมื่อรัชกาลที่ 1 และถูกปรับปรุงมาใช้อีกครั้งคือกฎหมายลักษณะอาญา และถูกนำไปปรับปรุงอีกครั้งก็คือประมวลกฎหมายอาญา กฎหมายแพ่งและพาณิชย์อีกครั้งเมื่อปี 2499 จนถึงปัจจุบัน โดยรับเอาอิทธิพลทางด้านกฎหมายมาจากประเทศในแถบยุโรปซึ่งส่วนใหญ่มาจากสำนักคิดกฎหมายธรรมชาติ

เมื่อนำข้อมูลที่ได้นำเสนอในบทที่ 3 จะพบว่านิติวิทยาศาสตร์เป็นพยานหลักฐานชนิดหนึ่งซึ่งจัดอยู่ในพยานความเห็นในฐานะผู้เชี่ยวชาญ ซึ่งพยานผู้เชี่ยวชาญนี้อิสลามไม่ได้ปฏิเสธโดยมีหลักฐานจากสุนนะฮ์ของท่านเราะสูล ในกรณีของการให้แพทย์ผู้เชี่ยวชาญรักษาอาการของเศาะหาบะฮ์ฮัด บิน อบีวักกอศ (เสียชีวิต ฮ.ศ.54) ที่เกิดเจ็บป่วยเมื่อท่านเราะสูล ﷺ ไปเยี่ยมท่านเราะสูล ﷺ ตระหนักดีว่ามีผู้มีความรู้ทางการแพทย์มากกว่าคือท่านหาริษ บิน กลาดะ (เกิด ค.ศ.670) จากเผ่าตอกิฟ และการส่งท่านอับดุลลอฮ์ บินรอวาฮะฮ์ ประเมินวันเก็บเกี่ยวอินทผลัมที่ไคบ์ และการรับฟังความเห็นท่านมูญซฮิซ อัลมุดลิสี ถึงความเป็นบิดาของเซด บิน หาริษะฮ์ และการยกเลิกการแต่งงานของอุกบะฮ์ บิน หาริษ กับนางอุมม ยะฮยา จากการเป็นมุหริมโดยพยานที่เป็นทาสเพียงปากเดียวที่ยืนยันถึงการให้หมกกับบุคคลทั้งสองเมื่อยังเยาว์วัย ส่วนกฎหมายไทยยังไม่ได้มีการบันทึกไว้ว่าใช้การรับฟังพยานที่เกี่ยวข้องกับพยานความเห็นมาแต่โบราณแต่อย่างใด คงมีแต่กฎหมายตราสามดวงที่ระบุว่าเมื่อมีการตายเกิดขึ้นให้กรมพระท่ามระงไปดูศพ และมีหลักฐานเกี่ยวกับงานวิทยากรเริ่มเมื่อปี พ.ศ.2475 โดยรับเอาแนวคิดทางด้านนี้มาจากประเทศในแถบยุโรป

เมื่อนำหลักของเดอริวิน มาใช้จะพบว่า มีความแตกต่างกันถึงที่มาและแนวคิดของกฎหมายไทยและกฎหมายอิสลาม

4.2 เปรียบเทียบแนวคิดในการรับฟังผู้เชี่ยวชาญของกฎหมายไทยและกฎหมายอิสลาม

พยานผู้เชี่ยวชาญได้รับความนิยมน้อยอย่างมากในศตวรรษที่ 19 มีการปรับใช้ระบบการพิสูจน์ข้อเท็จจริง เพื่อความเป็นธรรมในศาล ระบบการรับฟังพยานหลักฐานทางด้านนี้ได้เปลี่ยนยุคจากยุคเริ่มแรกมาสู่พยานผู้เชี่ยวชาญยุคใหม่ในฐานะที่เป็นส่วนหนึ่งของสังคมอิสลามซึ่งปรับเปลี่ยนตามความเปลี่ยนแปลงของสังคมและตามอำนาจทางการเมืองที่เปลี่ยนแปลงไปจากอำนาจหนึ่งไปสู่อีกอำนาจหนึ่งในฐานะที่กฎหมายเป็นเครื่องมือในการปกครองของรัฐ

ตั้งแต่ศตวรรษที่ 19 ยุคล่าอาณานิคมของตะวันตกได้เข้ามาในดินแดนตะวันออกกลางและได้นำรูปแบบการปกครองและรูปแบบศาลมาใช้ในตะวันออกกลางโดยเฉพาะประเทศที่ถูกยึดครองและรื้อระบบกฎหมายที่ได้นำมาบังคับใช้ตั้งแต่ยุคของจักรวรรดิออตโตมันเติร์ก และนำระบบกฎหมายอิสลามมาปรับใช้เพื่อให้สอดคล้องกับวิถีชีวิตและหลักการเดิมไป โดยเฉพาะพยานผู้เชี่ยวชาญนั้นได้ถูกนำมาใช้อย่างเป็นระบบตั้งแต่ยุคจักรวรรดิออตโตมันเติร์กตามที่ได้ยกตัวอย่าง

มาแล้วข้างต้น แต่ที่เห็นชัดเจนผู้วิจัยอาจจะยกรูปแบบของพยานผู้เชี่ยวชาญในประเทศอียิปต์บ่อยครั้ง เนื่องจากถือว่าเป็นประเทศแนวหน้าในการนำพยานประเภทนี้มาใช้ในศาล และจะทำให้เห็นภาพของระบบของศาลในการนำพยานผู้เชี่ยวชาญมาใช้ ลักษณะของพยานผู้เชี่ยวชาญ กระบวนการในการเกี่ยวพันของระบบศาลและพยานผู้เชี่ยวชาญ เพื่อจะทำให้เห็นภาพของการเปรียบเทียบระหว่างพยานผู้เชี่ยวชาญในกลุ่มประเทศอาหรับ ประเทศในยุโรป และกฎหมายไทยในการใช้พยานผู้เชี่ยวชาญ ซึ่งมีการประชุมกลุ่มประเทศอาหรับครั้งที่ 3 มีหัวข้อเรื่องเกี่ยวกับการเก็บหลักฐานในคดีอาญามาใช้ในการคลี่คลายคดี โดยได้จัดประชุมที่ประเทศโอมาน ระหว่างวันที่ 12-20 พฤษภาคม ค.ศ.1993 ซึ่งนักวิทยาศาสตร์อิสลามได้กล่าวรายงานในที่ประชุมว่าด้วยเรื่องกระบวนการจัดเก็บของเหลว ชีวภาพ และสารพันธุกรรมหรือ (DNA) รวมทั้งขอบเขตความเป็นไปได้ในการใช้ประโยชน์จากนิติวิทยาศาสตร์ ในการรับมือกับอาชญากรรมในกลุ่มประเทศอาหรับ มีการนำวิทยาการด้านวิทยาศาสตร์ที่เชื่อถือได้ในการเตรียมความพร้อมเกี่ยวกับการนำวิชาการด้านพันธุกรรมศาสตร์และการสืบสวนสอบสวนอาชญากรรม และรายงานการศึกษาเกี่ยวกับความจำเป็นในลายพิมพ์ (DNA) และความน่าเชื่อถือในการใช้ประโยชน์จาก (DNA) เพื่อต่อกรกับอาชญากรในกลุ่มประเทศอาหรับ และกลุ่มประเทศอาหรับบางประเทศได้ยอมรับวิธีการตรวจพิสูจน์ (DNA) เพื่อรับฟังการเป็นทนายโดยชอบธรรมแล้ว และนอกจากนี้เราจะเห็นได้ว่ากลุ่มประเทศอาหรับหลายประเทศได้ยอมรับการชันสูตรพลิกศพตามหลักการแพทย์ได้เช่น ประเทศอียิปต์ อิหร่าน มาเลเซีย อินโดนีเซีย ซึ่งการชันสูตรพลิกศพ (Autopsy) เป็นแขนงวิชาหนึ่งของนิติวิทยาศาสตร์ดังที่ได้กล่าวถึงไว้แล้วข้างต้น (FuaadAbd al-Munaimahmad, 2004)

นักกฎหมายในประเทศซาอุดีอาระเบีย เองก็ยอมรับดังที่ปรากฏเป็นข่าวในอาหรับนิวส์ ที่ศาลลงโทษประหารชีวิตแก๊งค์ข่มขืนกระทำชำเราหญิงที่มีไซ่ภรรยาตนที่เมืองเจดดาห์ และมีการเสนอข่าวในสื่อต่าง ๆ เมื่อวันที่ 19 พฤษภาคม ค.ศ. 2001 แม้คดีนี้จะมีประจักษ์พยานเพียงผู้หญิงที่เป็นผู้เสียหายเพียงคนเดียวก็ตาม ซึ่งทำให้มองเห็นได้ว่า ปัจจุบันเริ่มมีแนวคิดในการรับฟังพยานหลักฐานโดยอาศัยนิติวิทยาศาสตร์ ซึ่งเป็นการอาศัยหลักการยึดหยุ่นในการรับฟังพยานหลักฐาน⁷¹

ก่อนที่กระบวนการยุติธรรมของไทยจะพัฒนามาเป็นกระบวนการยุติธรรมแบบนานาอารยประเทศ ประเทศไทยมีการแสวงหาข้อเท็จจริงในคดีด้วยการขู่บังคับ และวิธีการทรมานผู้ต้องหาเพื่อให้ยอมรับผิด หรือที่รู้จักกันดีว่า “จารีตนครบาล” เพราะฉะนั้นจะเห็นได้ว่าคำรับสารภาพของผู้ต้องหาหรือจำเลยในยุคนั้น จึงถือว่าเป็นวิธีการที่ศาลใช้ในการรับฟังเพื่อลงโทษจำเลย

⁷¹ สืบค้นจาก www.arabnews.com, Death penalty for rapist sought, Thursday 15 October

2015 สืบค้นเมื่อวันที่ 8 มีนาคม 2559

ได้ โดยไม่จำเป็นต้องมีพยานหลักฐาน หรือมีการพิสูจน์ความบริสุทธิ์ด้วยวิธีการลายนํ้าลุ่มไฟถือเป็นวิธีการพิสูจน์ที่ล้าหลังและโบราณมาก กฎหมายเก่าก่อนที่จะมีประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญานั้น มีกฎหมายบัญญัติเกี่ยวกับการชั้นสูตรพลิกศพไว้เช่นกัน โดยกำหนดให้นายพระทามะรงไปดูศพ ถ้ามีการตีรันฟันแทงกันถึงตายและถ้าผู้ร้ายตายลงในเวรมหาตไทย กระลาโหม กรมวังไปดูศพ (กฎหมายตราสามดวง เล่ม 4, 2506) กระบวนการยุติธรรมของไทยจึงเปลี่ยนแปลงและพัฒนาการมาเป็นกระบวนการยุติธรรมแบบนานาอารยประเทศ และมีการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงเล็ก ๆ น้อย ๆ จนถึงปัจจุบันตามยุคและสมัยเมื่อการแสวงหาข้อเท็จจริงได้รับวิทยาการด้านการตรวจที่เกิดเหตุและมีการใช้วิทยาการด้านการเก็บรวบรวมลายนิ้วมือมาเมื่อปี พ.ศ. 2443 โดยพระเจ้าพี่ยาเธอ กรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์ ซึ่งทรงดำรงตำแหน่งเสนาบดีกระทรวงยุติธรรม ได้ทรงดำริที่จะตรากฎหมายลักษณะอาญาขึ้นใหม่ เพื่อที่จะใช้แทนกฎหมายลักษณะอาญาหลวง ซึ่งแต่เดิมกฎหมายฉบับนี้มีได้ตราบทบัญญัติให้มีการเพิ่มโทษผู้กระทำผิดไม่ขีดหลาบไว้ แต่ในกฎหมายลักษณะอาญาที่จะทรงตราขึ้นใหม่นั้น ให้มีการเพิ่มโทษผู้กระทำผิดไม่ขีดหลาบไว้ด้วย ทรงพิจารณาเห็นว่าในการหาหลักฐานมาพิสูจน์หรือมาแสดงต่อศาล เป็นการยืนยันตัวบุคคลว่าได้เคยกระทำผิดมาก่อนหรือไม่นั้น ไม่มีอะไรที่จะพิสูจน์ยืนยันได้ดีเท่าลายพิมพ์นิ้วมือของมนุษย์ซึ่งในสมัยนั้นบรรดาอารยประเทศก็ได้นำลายพิมพ์นิ้วมือของมนุษย์มาใช้ในการพิสูจน์ยืนยันตัวบุคคลเช่นเดียวกันและต่อมาในปี พ.ศ. 2444 ได้ทรงโปรดให้มีการจัดตั้งกองพิมพ์ลายนิ้วมือขึ้นในกองหลุโทษและในปี พ.ศ. 2447 กองพิมพ์ลายนิ้วมือได้ถูกยกฐานะขึ้นเป็นกรม มีชื่อว่า “กรมพิมพ์ลายนิ้วมือ” ซึ่งมีพระขานินเณตีสารเป็นปลัดกรม ส่วนกฎหมายอิสลามนั้นตามประวัติศาสตร์แล้วได้มีการใช้พยานความเห็นนี้มาตั้งแต่สมัยเราะสุล ﷺ แล้ว และที่เห็นเด่นชัดในสมัยของท่านคอลีฟะฮ์อุมร์อิบนิ ค็อตต็อบ ﷺ ซึ่งถือว่าเป็นยุคทองของกระบวนการยุติธรรมในอิสลามก็มีการใช้พยานประเภทนี้ด้วยและได้มีการบัญญัติเป็นกฎหมายที่ชัดเจนในการรับฟังพยานประเภทความเห็นนี้ตั้งแต่ยุคจักรวรรดิของออตโตมันเติร์ก

เมื่อได้นำหลักของเตอร์วินมาใช้ในกรณีนี้แล้วจะพบว่าทั้งกฎหมายไทยและกฎหมายอิสลามมีความเหมือนกันในเรื่องแนวคิดในการรับฟังพยานหลักฐาน

4.3 เปรียบเทียบระบบกฎหมายของไทยและกฎหมายอิสลาม

ระบบการพิจารณาคดีคือวิธีการดำเนินคดีในศาลของไทยใช้ระบบกล่าวหา ส่วนระบบกฎหมายในประเทศอิสลามใช้ระบบไต่สวน ซึ่งจะขอกกล่าวถึงข้อเปรียบเทียบระบบกฎหมายทั้ง 2 ระบบหลักเกณฑ์การฟ้องร้องคดีต่าง ๆ ภาระการพิสูจน์และแสวงหาพยานหลักฐานนำเสนอต่อศาลนั้น นักกฎหมายได้แบ่งออกเป็น 2 ระบบหลัก ๆ คือระบบกล่าวหาและระบบไต่สวน

4.3.1 ระบบกล่าวหา (Accusatorial System)

ระบบกล่าวหานี้ใช้กับระบบกฎหมายจารีตประเพณี (Common Law) มีที่มาจากประเทศอังกฤษและกลุ่มประเทศที่ใช้กฎหมายระบบคอมมอนลอว์ เช่นสหรัฐอเมริกา นิวซีแลนด์ แคนาดา รวมทั้งกลุ่มประเทศอาณานิคมของอังกฤษ

หลักการของระบบกล่าวหานี้มีวิวัฒนาการจากการแก้แค้นกันระหว่างผู้กระทำผิดกับผู้เสียหาย โดยผู้เสียหายฟ้องคดีอาญาเพื่อลงโทษผู้กระทำผิดด้วยตนเอง แล้วรวบรวมพยานหลักฐานมานำสืบความผิดของจำเลยในศาล ส่วนศาลหรือผู้พิพากษาจะวางตัวเป็นกลางโดยเคร่งครัดคู่กรณีทั้งสองฝ่ายต่อสู้คดีกันเอง (Trial by Battle) ส่วนศาลจะทำหน้าที่เป็นคนกลางหรือกรรมการ ต่อมาได้วิวัฒนาการมาเป็นการเอาพยานมาพิสูจน์ความผิดของจำเลย โดยฝ่ายโจทก์จะเอาพยานที่เป็นพรรคพวกของตนมาเบิกความกล่าวหาจำเลย ส่วนจำเลยก็เอาพวกของตนมาเบิกความรับรองความบริสุทธิ์ของตนให้ศาลฟังแล้วตัดสินคดีไปตามน้ำหนักของพยานแต่ละฝ่ายจากการที่ใช้วิธีการต่อสู้กันเอง หากขาดพยานหลักฐานในส่วนใด ศาลจะถือว่าเป็นความบกพร่องของผู้เสียหายเองและจะยกประโยชน์ในข้อนี้ให้แก่จำเลย สำหรับระบบกล่าวหานี้ บางประเทศอาจจะนิยมใช้คณะลูกขุนในการตัดสินข้อเท็จจริง แต่บางประเทศก็ไม่ใช้คณะลูกขุนแต่ยกหน้าที่ในการตัดสินทั้งข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายให้ศาลเป็นผู้วินิจฉัยทั้งหมด ทั้งนี้แล้วแต่บริบททางสังคมของแต่ละประเทศนั้น

ลักษณะหลักการที่สำคัญของระบบกล่าวหาที่เด่นชัด มีดังนี้

4.3.1.1 หลักการสันนิษฐานว่าจำเลยเป็นผู้บริสุทธิ์ไว้ก่อนจนกว่าจะพิสูจน์ให้ศาลเชื่อโดยปราศจากข้อสงสัยว่าจำเลยได้กระทำความผิดจริง

4.3.1.2 การพิจารณาคดีเน้นการเท่าเทียมกันของคู่ความทั้งระหว่างรัฐกับเอกชนหรือเอกชนกับเอกชน ถือว่าโจทก์และจำเลยมีฐานะในศาลเท่าเทียมกัน

4.3.1.3 ศาลวางตนเป็นกลางโดยเคร่งครัด ทำหน้าที่เหมือนกรรมการตัดสินคอยควบคุมให้ทั้งสองฝ่ายปฏิบัติตามกฎหมายลักษณะพยานโดยเคร่งครัดการปฏิบัติผิดหลักเกณฑ์อาจถูกศาลพิพากษายกฟ้องได้

4.3.1.4 ศาลไม่มีอำนาจแสวงหาพยานหลักฐานการแสวงหาพยานหลักฐานและนำเสนอพยานหลักฐานเป็นหน้าที่ของคู่ความ การนำเสนอพยานหลักฐานคู่ความจะต้องเปิดเผยหรือยื่นบัญชีระบุพยานให้คู่ความอีกฝ่ายทราบก่อนเริ่มพิจารณา ซึ่งทำให้เกิดความเท่าเทียมในการเตรียมตัวสู้คดีศาลจะมีหน้าที่ฟังและทำการบันทึกคำให้การต่าง ๆ

4.3.1.5 ผู้เสียหายฟ้องคดีได้เองโดยไม่ต้องอาศัยพนักงานอัยการ ส่วนคดีแพ่งผู้เสียหายฟ้องคดีเองเท่านั้น

4.3.1.6 การพิจารณาคดีกระทำโดยเปิดเผยต่อหน้าศาล คณะลูกขุน ในศาล

4.3.1.7 วิธีพิจารณามีบทตัดพยานชัดเจนเคร่งครัด เช่น หากพยานหลักฐานนั้นเกิดขึ้นโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ไม่สามารถที่จะนำมาให้ศาลรับฟังเป็นพยานได้

4.3.2 ระบบไต่สวน (Inquisitorial System)

ระบบการพิจารณาคดีแบบไต่สวนนี้ใช้ในระบอบกฎหมายลายลักษณ์อักษร(Civil Law)มีแนวคิดพื้นฐานว่าผู้มีอำนาจในการไต่สวน ควรจะเป็นผู้มีอำนาจในบ้านเมือง ซึ่งระบบไต่สวนนี้ที่มาจากศาลทางศาสนาคริสต์ นิกายคาทอลิกในสมัยกลางซึ่งทางศาสนจักรโดยเฉพาะอย่างยิ่งพระสันตปาปาแห่งกรุงโรมมีอิทธิพลเหนือฝ่ายอาณาจักรซึ่งมีกษัตริย์ปกครองศาสนจักรในยุโรปมีวิธีพิจารณาคดีผู้กระทำผิด ด้วยวิธีการซักพยานในรูปของคณะกรรมการที่เกี่ยวข้องกับคดี โดยมีพระเป็นผู้ทำการไต่สวนกับผู้กระทำผิดเป็นผู้ถูกไต่สวน ไม่ต้องมีผู้พิพากษาเป็นคนกลาง พระผู้ไต่สวนมีอำนาจแสวงหาพยานหลักฐานซักถามตัวผู้กระทำผิดพยานได้โดยตรงและชำระความโดยการไต่สวนด้วยตนเองตลอด ต่อมาได้วิวัฒนาการมาเป็นระบบไต่สวนในปัจจุบันศาลไม่ได้ทำหน้าที่วางตัวเป็นกลางอย่างเคร่งครัดเหมือนระบบกล่าวหาแต่จะทำหน้าที่ในการแสวงหาพยานหลักฐานต่าง ๆ ค้นหาความจริงด้วยตนเอง ดังนั้นกฎเกณฑ์ในการดำเนินคดีไม่ว่าจะเป็นการสืบสวน การสอบสวน การดำเนินการต่าง ๆ ในระบบนี้มีความยืดหยุ่นกว่าระบบกล่าวหา

ลักษณะที่สำคัญของระบบไต่สวน

4.3.2.1 ศาลเป็นผู้ทำการไต่สวน มีอำนาจสืบพยานและควบคุมการไต่สวนเอง

4.3.2.2 ไม่เน้นความเท่าเทียมกันของคู่ความ

4.3.2.3 การพิจารณา อาจมิได้กระทำโดยเปิดเผย

4.3.2.4 ศาลมีอำนาจในการสืบพยานและไต่สวน การพิจารณาพยานหลักฐาน

ขึ้นอยู่กับดุลยพินิจของศาลโดยศาลมีอำนาจเรียกพยานหลักฐานที่ศาลสงสัยหรืออาจจะเห็นว่าเป็นพยานหลักฐานที่สำคัญเข้ามาในคดีได้ด้วยอำนาจของศาลเอง พยานหลักฐานศาลมีอำนาจเรียกเพิ่มเติมเรื่อย ๆ トラบเท่าที่ศาลต้องการ เพื่อประโยชน์ในการพิจารณาคดี ดังนั้นคู่ความอาจจะไม่ทราบเลยว่าศาลจะเรียกพยานหลักฐานใด และใช้หลักฐานใดในการวินิจฉัยการกระทำของตนเป็นประโยชน์ในคดี ดังนั้นจึงทำได้ค่อนข้างลำบาก เพราะไม่มีการเปิดเผยพยาน หลักฐานในการใช้ต่อสู้คดีก่อนการพิจารณาคดีเหมือนกับระบบกล่าวหา

4.3.2.5 ใช้ประมวลกฎหมายในการกำหนดความผิดและโทษ

กล่าวโดยสรุปได้ว่าระบบกล่าวหาและระบบไต่สวนข้างต้น จะทำให้เห็นข้อแตกต่างอย่างชัดเจนคือการนำเสนอพยานหลักฐาน การแสวงหาพยานหลักฐาน ทำให้สองระบบนี้มีความแตกต่างกันในระบบกล่าวหา ศาลไม่สามารถล้วงลูกต่อพยานหลักฐานได้ แต่ระบบไต่สวนเป็นอำนาจของศาลโดยตรงที่จะล้วงลูกต่อพยานหลักฐานได้ เมื่อใดที่คู่ความหรือคู่กรณีมีสถานะเท่าเทียมกัน การใช้ระบบกล่าวหาจะเกิดความเป็นธรรมแก่ทั้งสองฝ่าย เพราะเป็นเรื่องที่ต่างฝ่ายต่างต้องปกป้องรักษาสิทธิของตนเอง แต่ถ้าเมื่อใดที่คู่กรณีหรือคู่ความมีสถานะไม่เท่าเทียมกันแล้วการใช้ระบบไต่สวนย่อมจะเหมาะสมและเป็นธรรมแก่คู่กรณีฝ่ายหนึ่งอยู่ในสถานะเสียเปรียบ เพราะศาลสามารถหา

พยานหลักฐาน เช่นในกรณีพิพาทระหว่างประชาชนกับรัฐ พยานหลักฐานต่าง ๆ มักจะอยู่ในการครอบครองของฝ่ายรัฐเสียส่วนใหญ่ จึงเป็นการยากที่ฝ่ายราษฎรจะนำสืบหรืออ้างพยานหลักฐานตามระบบได้ ในประเทศไทยก็มีการใช้ระบบไต่สวนในคดีที่ใช้อำนาจตามกฎหมายมหาชนเช่น ศาลรัฐธรรมนูญ ศาลปกครองและศาลฎีกาแผนกคดีอาญาสำหรับผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง เป็นต้น (กองบัญชาการการศึกษา, สำนักงานตำรวจแห่งชาติ, 2557)

ในปลายศตวรรษที่ 19 มีระบบกฎหมายที่มีอิทธิพลอยู่ 2 ระบบที่มีอิทธิพลต่อแนวคิดของกฎหมายประเทศในตะวันออกกลางคือระบบกฎหมายแบบคอมมอนลอว์ของประเทศอังกฤษและระบบกฎหมายภาคพื้นยุโรป (โดยเฉพาะกฎหมายฝรั่งเศส) และประเทศอียิปต์ได้รับอิทธิพลจากระบบกฎหมายภาคพื้นยุโรป ระบบกฎหมายภาคพื้นยุโรป (ฝรั่งเศสและเยอรมนี) มีระบบการแสวงหาข้อเท็จจริงจากระบบกฎหมายแองโกลอเมริกันซึ่งอยู่ฝั่งตรงข้ามกับระบบคอมมอนลอว์ (Brown, 1997)

ในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์นั้นมีการแสวงหาข้อเท็จจริงว่าจำเลยมีความผิดหรือไม่และยังต้องพิสูจน์ว่าจำเลยบริสุทธิ์อีกด้วยในระบบนี้ศาลจะมีบทบาทอย่างสูงในการดำเนินกระบวนการพิจารณา ต้องพิจารณาว่าพยานหลักฐานที่น่าเสนอนั้นชอบหรือไม่ และยังต้องชี้แจงน้ำหนักพยานดังกล่าวอีกด้วย ตรงข้ามกับระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ซึ่งหน้าที่ในการพิสูจน์ข้อเท็จจริงตามข้อกล่าวหาอันเป็นหน้าที่ของโจทก์ดังที่ได้กล่าวมาแล้ว (Ron Shaham, 2011)

เปรียบเทียบกับระบบกฎหมายภาคพื้นยุโรปนั้นจะพบว่าศาลมีบทบาทสูงในการพิจารณาคดี ด้วยสาเหตุดังกล่าวจึงมีระบบกฎหมายที่ว่าศาลคือตัวแทนกฎหมาย (*juge de la mise en etat*) เมื่อศาลเป็นตัวแทนในการนำเสนอพยานในการแสวงหาข้อเท็จจริงหลังจากนั้นศาลจะเป็นผู้ตัดสินเองว่าจำเลยมีความผิดหรือบริสุทธิ์ ศาลจะเรียกใครมาเป็นพยานให้การต่อศาล เมื่อใดก็ได้ ซึ่งโดยปกติคู่ความจะเป็นผู้ยื่นบัญชีระบุพยานให้คู่ความอีกฝ่ายทราบก่อนล่วงหน้า (Taylor F., 1996 : 194-95)

ในกรณีเดียวกันระบบกฎหมายแองโกลอเมริกันซึ่งเป็นอีกระบบหนึ่ง บทบาทของศาลในการแสวงหาข้อเท็จจริงนั้นมีความยืดหยุ่นกว่าระบบกล่าวหา ซึ่งมักจะยึดหลักความเคร่งครัดเกี่ยวกับวิธีพิจารณาและต้องเป็นไปตามกระบวนการหากไม่ปฏิบัติตามขั้นตอนของการพิจารณาจะไม่รับฟังพยาน จึงมีบทตัดพยานเข้มงวดกว่าระบบไต่สวน

ผู้วิจัยเห็นว่าในระบบกฎหมายจารีตประเพณีกับกฎหมายลายลักษณ์อักษรต่างก็มีรูปแบบของการรับฟังพยานผู้เชี่ยวชาญไม่เหมือนกัน ทั้งสองระบบต่างก็มีวัตถุประสงค์ของการรับฟังในฐานะที่เป็นพยานที่ให้ความเห็นต่อศาล ซึ่งพัฒนามาเป็นระยะเวลาไม่น้อยกว่า 150 ปี หลังจากทฤษฎีการด้านวิทยาศาสตร์พัฒนาอย่างรวดเร็วรวมทั้งเทคนิคต่าง ๆ ได้ถูกนำมาใช้อย่างกว้างขวางในศตวรรษที่ 19 ต่อเนื่องจนถึงศตวรรษที่ 20 มีการพัฒนาแนวคิดในการรับฟังพยานและเครื่องมือที่

ทันสมัยมากขึ้นอย่างไม่เคยมีมาก่อน ทำให้วิทยาการด้านนี้เป็นที่ตื่นตาตื่นใจและถือเป็นยุคทองของศาสตร์สาขานี้เลยทีเดียว และยังได้รับความเชื่อมั่นจากกระบวนการยุติธรรมในหลายประเทศทั่วโลกว่าเป็นสิ่งที่พิสูจน์ให้เห็นได้ตามหลักวิชาการ โดยเฉพาะประเทศแถบตะวันตกได้พัฒนาศาสตร์สาขานี้ได้ครอบคลุมกว้างขวางได้หลายแขนง มีการคิดค้นทฤษฎีต่าง ๆ และการฝึกฝนเรียนรู้จนชำนาญ และนักวิชาการได้โต้เถียงกันจนตกลึกและสามารถสร้างมาตรฐานในการรับฟังว่าวิธีการใดเป็นวิธีการที่ดีที่สุดและศาลควรรับฟังพยานหลักฐานชิ้นนั้นหรือไม่ เพียงใด

พัฒนาการเหล่านี้ได้ส่งผลกระทบต่อระบบกฎหมายในกลุ่มประเทศอาหรับ เนื่องจากมีการกล่าวถึงเรื่องพยานหลักฐานทางด้านวิทยาศาสตร์ ซึ่งถูกกำหนดให้มาอยู่ในกลุ่มของการบริการสาธารณะนั้นได้ถูกพัฒนามาก่อนแล้วหลายสิบปี อย่างเช่นระบบกฎหมายของตะวันตก

เพราะฉะนั้นเมื่อนำหลักการของเดอริวินมาใช้และเปรียบเทียบแล้วจะพบว่ากฎหมายไทยใช้ระบบกล่าวหาและระบบกฎหมายอิสลามนั้นใช้ระบบไต่สวนตามอิทธิพลของกฎหมายฝรั่งเศส ซึ่งศาลมีบทบาทในการรวบรวมพยานหลักฐาน ในระบบกล่าวหาของไทย การซักถามและการซักค้านเป็นหน้าที่ของคู่ความ เพื่อสร้างความเชื่อมั่นและเพื่อให้พยานที่คู่ความนำเสนอขึ้นมื่อน้ำหนักมากขึ้นจะเห็นว่าระบบการแสวงหาข้อเท็จจริงโดยใช้พยานผู้เชี่ยวชาญของกฎหมายไทยนี้ ยังไม่พบและยังไม่มีการใช้นิติวิทยาศาสตร์มาก่อนแต่อย่างใด เพิ่งจะถูกนำมาใช้เป็นกฎหมายสมัยใหม่ในสมัยรัชกาลที่ 7 ดังที่ได้กล่าวมาแล้วในบทที่ 2

4.4 เปรียบเทียบการรับฟังรายงานของพยานผู้เชี่ยวชาญในกฎหมายไทยและกฎหมายอิสลาม

การรับฟังรายงานของพยานผู้เชี่ยวชาญของศาลไทยแตกต่างจากกฎหมายอิสลามในประเด็นของฐานะของพยานผู้เชี่ยวชาญ ซึ่งกฎหมายไทยมีความเห็นว่าพยานหลักฐานชนิดนี้เป็นพยานหลักฐานชั้นหนึ่งมีน้ำหนักมั่นคง แตกต่างกับการรับฟังพยานหลักฐานในกฎหมายอิสลามซึ่งเห็นว่าพยานประเภทนี้เป็นพยานความเห็น ตัวของพยานไม่สามารถยืนยันข้อเท็จจริง ต้องอาศัยความเห็นของพยานนั้นในการใช้ดุลพินิจรับฟัง จึงต้องแบ่งแยกพยานประเภทนี้เป็น 3 ประเภท

4.4.1 เป็นพยานในฐานะประจักษ์พยาน (Eye witness) คือมีจะเป็นความเห็นแต่เป็นพยานที่พบเห็นเรื่องดังกล่าวมาโดยตรง

4.4.2 เป็นพยานบอกเล่า (Hear say witness) พยานประเภทนี้ไม่ได้พบเห็นเหตุการณ์มาโดยตรง หากแต่เรื่องดังกล่าวได้รับการถ่ายทอดมาอีกทอดหนึ่ง พยานประเภทนี้มีน้ำหนักน้อย

4.4.3 เป็นพยานรายงานการตรวจพิสูจน์ พยานประเภทนี้เป็นพยานที่มีน้ำหนักน้อยที่สุดเมื่อเทียบกับประจักษ์พยานกับพยานบอกเล่า เนื่องจากพยานประเภทนี้ไม่ต้องให้การต่อศาล ไม่ต้องสอบปากคำ ไม่ต้องถูกคู่ความซักค้านกรณีมีการซักถาม

เปรียบเทียบกับกฎหมายอิสลามซึ่งได้กล่าวมาแล้วว่ามีข้อห้ามต่าง ๆ ในการรับฟังพยานประเภทพยานความเห็นมาแล้วจากบทที่ 3 แต่ในปัจจุบันจะพบว่าระบบศาลในกลุ่มประเทศอาหรับร่วมสมัยไม่ได้คำนึงถึงกฎของพิกษเท่าใดนัก ศาลส่วนใหญ่ยึดหยุ่นตามระบบกฎหมายตะวันตกหรือใช้เป็นทางเลือก นักกฎหมายส่วนมากตรากฎหมายขึ้นโดยไม่ได้คำนึงถึงทฤษฎีที่มีการโต้แย้งกันตรงกันข้ามกลับไปนิยมระบบกฎหมายตามตะวันตก

นอกจากนี้มุมมองของนักกฎหมายในโลกอิสลามต่อพยานประเภทผู้เชี่ยวชาญนี้มีความแตกต่างกันกล่าวคือนักกฎหมายอิสลามไม่ได้มองว่าผู้เชี่ยวชาญเป็นพยานชั้นหนึ่งตราบใดที่ยังไม่ได้มาให้การต่อศาล ซึ่งโต้แย้งโดยระบบกฎหมายฝ่ายแองโกลอเมริกันที่ว่า พยานผู้เชี่ยวชาญเป็นพยานชั้นหนึ่งแม้เป็นแค่เพียงรายงานที่เสนอมาก็รับฟังได้ ซึ่งถือเสมือนว่าเป็นสิ่งที่พยานประเภทนี้พบเห็นได้ขึ้นมาด้วยตนเอง และมองว่าพยานประเภทนี้ได้ประมวลเรื่องราวแล้วสรุปเป็นรายงานโดยอาศัยจากความจริงที่ได้ตรวจพิสูจน์มาแล้วโดยอาศัยความเป็นมืออาชีพ หรือจากศาสตร์ที่ตนได้ร่ำเรียนมาหรือผ่านการฝึกฝนมาแล้วนำเสนอให้ศาลทราบ กลุ่มประเทศที่เห็นว่าพยานประเภทนี้เป็นพยานชั้นหนึ่งคือสหรัฐอเมริกา อังกฤษ ฝรั่งเศส อียิปต์ และประเทศซีเรีย ในขณะที่กลุ่มประเทศที่เห็นว่าเป็นพยานชั้นสองคือ ประเทศเยอรมัน อิตาลี โมร็อกโค และประเทศเลบานอน แต่มีบางประเทศที่มองว่าเป็นหลักประนีประนอมใช้ทั้งพยานชั้นหนึ่งและชั้นที่สองโดยเฉพาะกฎหมายฝรั่งเศสเก่าและอียิปต์ก่อนปี 1968 (Wadghiri, Kamal, 2001)

ความเหมือนและความคล้ายกันของระบบกฎหมายแล้วความมุ่งหมายของกฎหมายอิสลามโดยเฉพาะนักกฎหมายประเทศอียิปต์สมัยใหม่ ผู้วิจัยเห็นว่าพยานประเภทนี้เป็นพยานที่ศาลต้องให้น้ำหนักมากเป็นพิเศษโดยให้ศาลเป็นผู้ที่ทำหน้าที่ตรวจสอบพยานหลักฐานด้วยตนเองในการใช้ดุลพินิจรับฟัง รวมทั้งพยานชนิดอื่นที่ให้การต่อศาล รายงานการตรวจพิสูจน์ การให้ความกระจ่าง การสาบานตนของพยาน การใช้พยานประเภทเกาะสามะฮฺ (การสาบานตนหลาย ๆ ครั้งกรณีที่กล่าวหาแล้วไม่มีพยาน) พยานพฤติเหตุแวดล้อมกรณี พยานกอรินะฮฺพยานที่ทำนายสายโลหิตด้วยเค้าโครงหน้า (กียาพะฮฺ)

สำหรับกฎหมายไทยนั้นมีหลักการอยู่ว่าพยานบุคคลต้องมาให้การต่อศาล และสิทธิของจำเลยที่จะเผชิญหน้ากับพยาน (Right to confront witness) (ดุลพาท นิตยสารสำนักงานศาลยุติธรรม ฉบับที่ 1 ปีที่ 47) จากหลักการดังกล่าวเป็นการให้จำเลยได้ตรวจสอบความน่าเชื่อถือของพยานว่ามีความน่าเชื่อถือเพียงใด เห็นเหตุการณ์มาจริงหรือไม่ หรือเป็นพยานเท็จ วิธีการตรวจสอบความน่าเชื่อถือโดยอาศัยการถามค้านและสังเกตอาการกิริยาของพยาน สิทธิการถามค้านของจำเลยถือว่าสำคัญที่สุดต่อจำเลยในการตรวจสอบความน่าเชื่อถือของพยาน ทั้งความสามารถรับรู้ การจดจำ และความจริงใจของพยานโดยเฉพาะระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ที่รับฟังพยานหลักฐานเป็นระบบกล่าวหาที่คู่ความต้องต่อสู้กันเอง หากไม่ให้เผชิญหน้าถือว่าเป็นการกระทบสิทธิของจำเลยในการต่อสู้

คดี จึงมีความแตกต่างกันอย่างชัดเจนวิธีพิจารณาความของกฎหมายไทยกับกฎหมายอิสลามย่อมมีความแตกต่างกันโดยเฉพาะเรื่องการเกาะสามะฮฺ ซึ่งไม่มีในกฎหมายอิสลาม

เมื่อนำหลักของเดอริวีนมาใช้เปรียบเทียบแล้วมีในการพิจารณาคดีของศาลและการรับฟังพยานหลักฐาน การรับรายงาน การสาบานตน จึงมีความแตกต่างกัน แต่ประเด็นพยานบุคคลนั้นกฎหมายอิสลามกำหนดว่าต้องมาให้การต่อศาล จึงเหมือนกับกฎหมายไทยเช่นกัน

4.5 เปรียบเทียบการนำสืบพยานผู้เชี่ยวชาญในกฎหมายไทยและกฎหมายอิสลาม

4.5.1 วิธีการนำนิติวิทยาศาสตร์เข้าสู่คดี

ตามที่ได้กล่าวมาแล้วในบทที่ 2 ว่าปัจจุบันได้มีการนำเอานิติวิทยาศาสตร์หรือการพิสูจน์หลักฐานในคดีอาญานั้นโดยเริ่มตั้งแต่การรับแจ้งความหรือการร้องทุกข์ต่อเจ้าหน้าที่ฝ่ายรักษาความสงบเรียบร้อยทำให้ทราบว่ามีกรกระทำผิดอาญาฐานใดฐานหนึ่งขึ้น อาจจะเป็นการแจ้งความหรือร้องทุกข์โดยผู้เสียหายหรือความปรากฏต่อเจ้าหน้าที่เองโดยการรับแจ้งเหตุในความผิดต่อรัฐ⁷² เมื่อมีการรับแจ้งความแล้วพนักงานสอบสวนจึงเข้าทำการสอบสวน รวมพยานหลักฐานซึ่งการสอบสวนนี้เริ่มมีการนำหลักนิติวิทยาศาสตร์เข้ามาหมายความว่าเมื่อพนักงานสอบสวนรับแจ้งเหตุแล้วจึงเดินทางไปตรวจสอบสถานที่เกิดเหตุในคดีนั้น ๆ โดยเริ่มจากการปิดกั้นสถานที่เกิดเหตุไว้ เพื่อแสวงหาข้อเท็จจริงจากพยานหลักฐานที่ปรากฏในสถานที่เกิดเหตุเรียกว่าการสืบสวนจากการตรวจสอบสถานที่เกิดเหตุ การตรวจสอบสถานที่เกิดเหตุเป็นหัวใจสำคัญของการสืบสวนสอบสวนโดยใช้หลักการสังเกต ในต่างประเทศการตรวจสอบสถานที่เกิดเหตุ การจัดทำแผนประทุษกรรมในที่เกิดเหตุ ตลอดจนพฤติกรรมคนร้ายถือเป็นเรื่องสำคัญมาก พนักงานสอบสวนผู้รับแจ้งเหตุต้องรีบเดินทางไปสถานที่เกิดเหตุโดยเร็ว การรักษาสถานที่เกิดเหตุ การบันทึกข้อมูลรายละเอียดต่าง ๆ การเก็บรวบรวมพยานหลักฐาน สอบปากคำผู้เสียหายหรือพยานที่อยู่ในสถานที่เกิดเหตุ หากพนักงานสอบสวนไม่เดินทางไปตรวจสอบสถานที่เกิดเหตุหรือเดินทางไปล่าช้า พยานหลักฐานอาจถูกทำลาย เคลื่อนย้าย สับเปลี่ยน หรือสูญหายไป พนักงานสอบสวนมีหน้าที่โดยตรงในการตรวจสอบสถานที่เกิดเหตุ เพื่อเก็บพยานหลักฐาน ถ้าจำเป็นก็สามารถร้องขอผู้ตรวจสอบสถานที่เกิดเหตุจากกองพิสูจน์หลักฐานสำนักงานตำรวจ แพทย์นิติเวชวิทยาจากโรงพยาบาลตำรวจหรือสถาบันนิติวิทยาศาสตร์กระทรวงยุติธรรมเข้าร่วมในการตรวจสอบสถานที่เกิดเหตุได้เนื่องจากต้องใช้ผู้มีความชำนาญรวมทั้งอุปกรณ์เครื่องมือพิเศษอื่น ๆ ในประเทศ

⁷² ความผิดต่อรัฐหมายถึงความผิดที่มีผลกระทบต่อความสงบเรียบร้อยของสังคม รัฐจึงต้องเข้าไปดำเนินการเอาตัวผู้กระทำผิดมาลงโทษให้ได้ แม้ผู้ถูกระทำไม่ตั้งใจเอาความกับผู้กระทำผิดไปแล้วก็ตามทั้งนี้เพื่อป้องกันสังคมส่วนรวม

อิสลามหลายประเทศไม่ว่าจะเป็นอียิปต์ ซูดาน ตุรกี ซีเรีย และประเทศอิรัก การสืบพยานผู้เชี่ยวชาญได้ถูกวางระเบียบไว้ในกฎหมายของรัฐ ซึ่งจะขอยกตัวอย่างของประเทศอียิปต์มาเปรียบเทียบ องค์กรที่รับผิดชอบพยานผู้เชี่ยวชาญนี้ถือว่าประเทศอียิปต์ได้รับอิทธิพลจากระบบกฎหมายของประเทศฝรั่งเศสแต่อาจจะพัฒนาเป็นรูปแบบเฉพาะตัวเนื่องจากเป็นประเทศอิสลามจึงมีความแตกต่างอยู่บ้าง

4.5.2 การนำพยานผู้เชี่ยวชาญเข้าสู่ศาลโดยการอ้างของคู่ความและศาลแต่งตั้ง

ในกฎหมายของไทยการอ้างพยานผู้เชี่ยวชาญในคดีอาญานั้นคู่ความต้องคำนึงมาตรา 226 ด้วยหมายความว่าต้องเป็นพยานบุคคลที่น่าจะพิสูจน์ว่าจำเลยมีความผิดหรือบริสุทธิ์ให้อ้างได้นั้นคือต้องเกี่ยวกับประเด็นที่ฟ้องร้องกันอยู่ และการนำมาตรา 98 วิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้ในการอ้างพยานผู้เชี่ยวชาญนั้นโดยคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจะอ้างบุคคลใดเป็นพยานของตนก็ได้ เมื่อบุคคลนั้นเป็นผู้มีความรู้ความเชี่ยวชาญในด้านใดด้านหนึ่งโดยเฉพาะ ซึ่งความเห็นของผู้เชี่ยวชาญนั้น เป็นประโยชน์และเกี่ยวข้องกับประเด็นในคดีที่ถกเถียงกัน และพยานที่กล่าวอ้างนั้นต้องคู่ความต้องคำนึงถึงคุณสมบัติของผู้เชี่ยวชาญสาขานั้นจริงเป็นประโยชน์ต่อการพิจารณา

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วว่าระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษรมองว่าพยานผู้เชี่ยวชาญอยู่ในฐานะเป็นผู้ที่ให้ความเห็นต่อศาลมีน้ำหนักมากกว่าระบบกฎหมายจารีตประเพณี อาจจะมองว่าประเทศอียิปต์ซึ่งได้รับอิทธิพลจากฝรั่งเศสก็ได้ แต่จากการวิจัยพบว่า ประเทศอียิปต์ให้ความสำคัญกับพยานประเภทนี้มากกว่าโดยสนับสนุนงบประมาณ ให้ความเป็นกลางมากกว่าประเทศฝรั่งเศสที่ลอกแบบมาเสียอีก นั้นเพราะว่าที่ประเทศอียิปต์พยานประเภทนี้ศาลเป็นผู้จ้าง ขึ้นตรงกับกระทรวงยุติธรรม ปรากฏการณ์นี้ไม่พบในประเทศฝรั่งเศส และยังพบในประเทศตะวันตกหลายประเทศในฐานะที่พยานประเภทนี้เป็นองค์กรอิสระ จนกระทั่งปี 1955 ศาลอียิปต์ใช้ทั้งสองระบบ ศาลชะรีอะฮ์ซึ่งบังคับใช้ในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับครอบครัว มรดกและการบริจาค และกฎหมายพื้นเมืองซึ่งต่อมาเปลี่ยนเป็นกฎหมายของประเทศในปี 1936 ครอบคลุมทั้งประเทศ ทั้งกฎหมายแพ่งและกฎหมายอาญา และในปี 1955 กฎหมายชะรีอะฮ์ได้ถูกรวบรวมมาไว้เป็นกฎหมายของประเทศด้วยกล่าวคือศาลใช้พยานผู้เชี่ยวชาญในฐานะที่ได้รับค่าตอบแทนจากรัฐขึ้นตรงต่อรัฐ (Ron Shaham, 2011 : Chap. 4)

ก่อนที่จะมีการปรับปรุงและรวบรวมกฎหมายชะรีอะฮ์เป็นกฎหมายที่บังคับใช้ในประเทศในปี 1955 พยานผู้เชี่ยวชาญไม่ได้ถูกพัฒนาตามยุคสมัย ยังคงใช้รูปแบบเช่นเดียวกับกฎหมายพื้นเมืองดั้งเดิม เหตุผลไม่แน่ชัด อาจเป็นเพราะว่าพยานประเภทนี้จำกัดให้อยู่แต่ในกฎหมายว่าด้วยครอบครัวเท่านั้น จะด้วยเหตุผลใดก็ตามเมื่อพยานประเภทความเห็นนี้อยู่ในกฎหมายชะรีอะฮ์ซึ่งต้องการแต่เฉพาะความเห็นเท่านั้น จึงถูกจำกัดอยู่แต่เฉพาะกฎหมายพื้นเมือง

เพราะเกรงว่าจะเกิดความขัดแย้งกับกฎหมายของบ้านเมือง ในฐานะที่เป็นพยานผู้เชี่ยวชาญขึ้นตรง
กับรัฐ (Ron Shaham, 2011 : 4)

อย่างไรก็ตามประเทศอียิปต์ได้แบ่งพยานผู้เชี่ยวชาญเป็น 2 ประเภทประเภทแรกคือ
เป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐครอบคลุมไปถึงเจ้าหน้าที่นิติเวชขึ้นตรงกับกระทรวงยุติธรรม อีกประเภทหนึ่ง
พยานผู้เชี่ยวชาญที่ไม่ใช่เจ้าหน้าที่ของรัฐแต่เป็นพยานผู้เชี่ยวชาญที่ขึ้นบัญชีไว้ ซึ่งมีความชำนาญ
ส่วนตัวที่อาจได้มาจากประสบการณ์ การฝึกฝน การขึ้นบัญชีไว้สามารถให้การต่อศาลได้หากไม่ได้ขึ้น
บัญชีไว้ไม่สามารถให้การต่อศาลได้ก่อนที่จะขึ้นบัญชีระบุพยานนั้นต้องได้รับความเห็นชอบจากคู่ความ
ก่อน (Ron Shaham, 2011 : Chap. 4)

คุณลักษณะเฉพาะของพยานประเภทนี้เป็นที่สามารถขึ้นบัญชีไว้อาจมีหนังสือรับรอง
จากสถาบันผู้เชี่ยวชาญสาขานั้น ๆ เช่นพยานผู้เชี่ยวชาญในกฎหมายฝรั่งเศส เป็นต้น การขึ้นบัญชี
พยานผู้เชี่ยวชาญนี้ไม่มีการกำหนดเป็นสถาบันที่รับขึ้นบัญชีพยานผู้เชี่ยวชาญในกฎหมายแองโกลอเม
ริกัน ในประเทศอียิปต์มีองค์กรที่รับผิดชอบจัดการเกี่ยวกับการขึ้นบัญชีพยานผู้เชี่ยวชาญแต่
ในขณะเดียวกันนิติวิทยาศาสตร์กลับไปขึ้นตรงกับนิติเวชซึ่งเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐในการบริหารจัดการผู้
ที่ถูกขึ้นบัญชีพยานผู้เชี่ยวชาญนี้ มีเจ้าหน้าที่องค์กรทำหน้าที่ให้หนังสือรับรอง กำหนดคุณสมบัติผู้
จะเป็นพยานผู้เชี่ยวชาญ และมีสภาวิชาชีพสาขาต่าง ๆ ทำหน้าที่ตรวจสอบคุณสมบัติด้วยเช่น
สภาวิศวกร การบัญชี เกษตรกรรม และยังมีสภาตรวจสอบวิชาชีพอีกต่อหนึ่ง และยังมี
สภาจรรยาบรรณวิชาชีพเพื่อตรวจสอบการได้มาของผู้เชี่ยวชาญอีกด้วย (Ibrahim, Ahmad
Muhammad, 1964)

เมื่อนำหลักของเดอริวินมาเปรียบเทียบกับทั้งกฎหมายไทยและกฎหมายอิสลามมี
ส่วนเหมือนกันในสาระสำคัญโดยเฉพาะกฎหมายไทยนิติวิทยาศาสตร์ขึ้นตรงกับสถาบันนิติ
วิทยาศาสตร์มีหัวหน้าสถาบันนิติวิทยาศาสตร์บริหารงานเป็นองค์กรขึ้นตรงกับศาล อีกทั้งเจ้าหน้าที่
นิติวิทยาศาสตร์ยังขึ้นกับสภาวิชาชีพเฉพาะคู่ขนานกับหน่วยบริหารจัดการเกี่ยวกับนิติวิทยาศาสตร์

อย่างไรก็ตามเมื่อพิจารณาถึงกฎหมายของประเทศอียิปต์ส่วนใหญ่แล้วปัจจุบันไม่ได้
ยึดหลักตามกฎของฟิกฮ์แล้ว แต่กลับหันไปนิยมกฎหมายตามแนวทางของฝรั่งเศส ตามที่ประมวล
กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของฝรั่งเศสในปี ค.ศ.1909 ได้วางหลักเกี่ยวกับพยานผู้เชี่ยวชาญไว้ว่า
พยานผู้เชี่ยวชาญในศาสตร์สาขาใดสาขาหนึ่งก็ได้ เข้ามาสู่กระบวนการพิจารณาต้องมีไม่น้อยกว่า 3
คน ต้องผ่านการรับรองจากสภาวิชาชีพนั้น ๆ ขึ้นอยู่กับดุลพินิจของศาล ต่อมาในปี 1944 ศาลเห็นว่า
พยานผู้เชี่ยวชาญเพียงปากเดียวก็มีประสิทธิภาพจึงได้แก้กฎหมายใหม่ ปรากฏว่ากฎหมายอียิปต์ยึด
กฎหมายเก่าแต่เฉพาะในคดีแพ่งคือใช้พยานผู้เชี่ยวชาญ 3 คน แต่กลับแก้ไขกฎหมายวิธีพิจารณา
ความอาญาตามแบบอย่างฝรั่งเศสนั้นคือรับฟังพยานผู้เชี่ยวชาญเพียงปากเดียวก็ได้ (Wadghiri,
Kamal, 2001)

ในส่วนของกฎหมายไทยนั้นไม่ได้กำหนดจำนวนของพยานผู้เชี่ยวชาญว่ามีกี่คนเพียง แต่พยานผู้เชี่ยวชาญนั้นมีความเชี่ยวชาญในศาสตร์สาขาใดสาขาหนึ่งก็ได้ แต่ในทางปฏิบัติเมื่อมีการ ศาลมักจะเชื่อถือพยานผู้เชี่ยวชาญที่เป็นหัวหน้ามากกว่าพยานผู้เชี่ยวชาญที่เป็นผู้ได้บังคับบัญชาเช่น ศาลจะเชื่อถือแพทย์หญิงคุณหญิงพรทิพย์ โรจนสุนันท์ ผู้อำนวยการสถาบันนิติวิทยาศาสตร์มากกว่า เจ้าหน้าที่ตรวจพิสูจน์ทางเทคนิค เป็นต้น และพยานผู้เชี่ยวชาญที่อ้างถึงข้างต้นไม่จำเป็นต้องมาให้การก็ได้ถ้าคู่ความรับข้อเท็จจริงและไม่ติดใจในเรื่องการนำเสนอ ผู้วิจัยพบว่าจำนวนตัวเลขที่คู่ความรับข้อเท็จจริงในศาลมีจำนวนมาก ซึ่งทำให้ลดภาระการนำเสนอและทำให้ศาลพิจารณาคดีได้รวดเร็วยิ่งขึ้น และมีมาตรการในตรวจที่มีมาตรฐานมากขึ้นเนื่องจากผู้ตรวจพิสูจน์ไม่ทราบว่าคุณความในคดีเป็นใคร เนื่องจากขั้นตอนการรับวัตถุพยานโดยฝ่ายตุลาการแล้วลงรหัสเป็นตัวเลขจากนั้นส่งผ่านไปยังผู้ตรวจพิสูจน์ผู้ตรวจพิสูจน์จึงไม่ทราบว่าเป็นใครเป็นคู่กรณีกัน

เมื่อนำหลักการของเดอริวินแล้วจะพบว่ากฎหมายและอิสลามนั้นมีความแตกต่างกันในเรื่ององค์การที่รับผิดชอบเกี่ยวกับพยานนิติวิทยาศาสตร์กล่าวคือขึ้นตรงกับรัฐ ซึ่งมีความแตกต่างจากกฎหมายไทยซึ่งพยานผู้เชี่ยวชาญจะเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐก็ได้หรือไม่เป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐก็ได้ ซึ่งแตกต่างจากกฎหมายอิสลาม และกฎหมายไทยไม่ได้กำหนดว่าการเป็นผู้เชี่ยวชาญต้องขึ้นบัญชีต่อศาล ซึ่งหลักการดังกล่าวนี้คล้ายกับกฎหมายของยุโรปหรือแองโกลอเมริกัน ซึ่งถ้ามองในประเด็นนี้อาจจะเห็นว่าเป็นการเปิดกว้างแต่อีกประเด็นหนึ่งทำให้มองว่าผู้เชี่ยวชาญนั้นอาจมีคุณสมบัติไม่พอ และกฎหมายไม่ได้กำหนดจำนวนของพยานผู้เชี่ยวชาญที่จะตรวจพิสูจน์ ให้ความเห็น หรือให้การต่อศาล ซึ่งบางครั้งอาจจะมองเห็นได้ว่าไม่มีการตรวจสอบและถ่วงดุลพยานผู้เชี่ยวชาญ สำหรับผู้วิจัยมีความเห็นในเรื่องนี้ในฐานะที่ปฏิบัติหน้าที่เกี่ยวข้องกับการเก็บและรวบรวมวัตถุพยานและสอบปากคำพยานผู้เชี่ยวชาญแล้วมีความเห็นว่าพยานผู้เชี่ยวชาญเพียงปากเดียวก็น่าจะเพียงพอแล้วแต่ถ้าจะให้ประเด็นที่ถกเถียงหรือนำสืบนั้นมีน้ำหนักมันคงการมีพยานผู้เชี่ยวชาญมากกว่า 1 ปาก จะทำให้คดีมีน้ำหนักน่าเชื่อถือ โดยเฉพาะในคดีของมะลี ดาโอะ ผู้วิจัยสอบปากคำแพทย์หญิงคุณหญิงพรทิพย์ โรจนสุนันท์ และเจ้าหน้าที่นิติวิทยาศาสตร์ เป็นพยานรวม 2 คน จึงทำให้มีน้ำหนักน่าเชื่อถือมากกว่า การสอบสวนปากคำพยานเพียงคนเดียว หลักการนี้มีแนวโน้มจะเป็นที่นิยมในประเทศแถบยุโรปมากขึ้น

4.5.3 การสืบพยานผู้ชำนาญการพิเศษในศาล

กฎหมายลักษณะพยานของไทยการสืบพยานผู้ชำนาญการพิเศษในศาลนั้นได้กล่าวมาแล้วในบทที่ 2 แยกพิจารณาออกเป็น 2 กรณีคือ

1) วิธีการสืบพยานผู้ชำนาญการพิเศษที่ศาลสั่งหรือแต่งตั้งพยานผู้ชำนาญการนี้ มีฐานะเป็นผู้ช่วยเหลือศาลในการให้ความรู้ ความเข้าใจในเรื่องที่ศาลไม่รู้ โดยเป็นผู้ที่มีความเชี่ยวชาญในศาสตร์เฉพาะและให้ความเห็นต่อศาล โดยศาลเป็นผู้แต่งตั้งและมอบหมายงานเมื่อศาลเห็นว่า

จำเป็นและสมควร ในคดีอาญาศาลจะมีคำสั่งให้พยานผู้ชำนาญการพิเศษทำความเห็นเป็นหนังสือและต้องส่งให้คู่ความทราบล่วงหน้าก่อนมีการเบิกความประกอบไม่น้อยกว่าสามวัน ทั้งนี้เป็นไปตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาตรา 243 วรรคสอง ที่บัญญัติว่า “ศาลจะให้ผู้ชำนาญการพิเศษทำความเห็นเป็นหนังสือก็ได้ แต่ต้องให้มาเบิกความประกอบหนังสือนั้น ให้ส่งสำเนาหนังสือดังกล่าวแล้วแก่คู่ความทราบล่วงหน้าไม่น้อยกว่าสามวันก่อนวันเบิกความ”

2) สถานะผู้เชี่ยวชาญที่คู่ความอ้างมาเป็นพยานหรือผู้มีความรู้เชี่ยวชาญคือการที่คู่ความอ้างผู้มีความรู้เชี่ยวชาญเป็นพยานความเห็นที่มีความรู้ความชำนาญในวิชาการบางอย่างซึ่งความเห็นอาจเป็นประโยชน์ในการวินิจฉัยข้อความในประเด็นทั้งนี้ไม่ว่าพยานจะเป็นผู้มีอาชีพนั้นหรือไม่ ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 98 ประกอบประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาตรา 15 ในกรณีดังกล่าวพยานผู้เชี่ยวชาญตามมาตรานี้มีสถานะเป็นพยานบุคคลที่คู่ความอ้างมาเพื่อให้ความเห็นในคดี

หมายความว่ากฎหมายไทยให้ศาลรับรายงานได้แต่กฎหมายอิสลามพยานประเภทนี้ต้องไปให้การต่อศาลเมื่อนำหลักของเดอริวินมาเปรียบเทียบแล้วจึงพบว่ามีความแตกต่างกัน

4.5.4 การการตรวจสอบและกลั่นกรองพยานผู้เชี่ยวชาญของคู่ความ

ในกฎหมายไทยการกลั่นกรองและตรวจสอบคุณสมบัติของผู้เชี่ยวชาญในกฎหมายไทยทำได้หลายทางเช่นการถามค้าน การคัดค้านเพราะมีส่วนได้เสีย ซึ่งศาลจะเป็นผู้วินิจฉัย

ในกฎหมายอิสลามประเด็นนี้ไม่มีปัญหาเนื่องจากผู้เชี่ยวชาญศาลเป็นผู้แต่งตั้งเนื่องจากระบบศาลเป็นระบบไต่สวน

เมื่อนำหลักการของเดอริวินมาเปรียบเทียบแล้วบทบาทของคู่ความในการตรวจสอบและกลั่นกรองพยานผู้เชี่ยวชาญ จึงพบว่ามีความแตกต่างกัน

4.6 เปรียบเทียบการใช้นิติวิทยาศาสตร์สมัยใหม่ในกฎหมายไทยและกฎหมายอิสลาม

4.6.1 การคาดเดาโครงหน้ามนุษย์มาสู่รหัสพันธุกรรมในการพิสูจน์ความเป็นสายโลหิต

จากการที่ผู้วิจัยได้กล่าวถึงการคาดเดาเค้าโครงหน้าเพื่อพิสูจน์สายโลหิตถือว่าศาสตร์ดังกล่าวเป็นการค้นพบด้านวิทยาการในสมัยนั้น ในปัจจุบันคือศิลปะนิติวิทยาศาสตร์ (Art Forensic) และยังคงมีการใช้อยู่ในปัจจุบันแต่จะเน้นหนักไปทางด้านการสเกตซ์ภาพใบหน้าของจิตรกรผู้เชี่ยวชาญ ผู้วิจัยเองก็เคยใช้ศาสตร์สาขานี้จนนำไปสู่การสืบสวนจับกุมตัวคนร้ายแล้วหลายครั้ง ถือว่าเป็นศาสตร์ที่มีความน่าเชื่อถือระดับหนึ่ง แต่ในปัจจุบันการพิสูจน์ความเป็นสายโลหิตนั้นได้มีวิทยาการใหม่แล้วนั่นก็คือการค้นพบดีเอ็นเอ (DNA) หรือสารพันธุกรรม กล่าวได้ว่าการค้นพบรหัส

พันธุกรรมของมนุษย์ดังที่กล่าวมาแล้วในบทที่ 2 การค้นพบครั้งนี้ถือว่าเป็นการค้นพบที่ยิ่งใหญ่ที่สุดครั้งหนึ่งในประวัติศาสตร์ของมนุษย์

สำหรับความจำเป็นและเกี่ยวข้องกับกฎหมายอิสลามก็มีคดีตัวอย่างเกิดขึ้นแล้วเมื่อชายชาวอียิปต์คนหนึ่งแต่งงานกับหญิงสาวและอยู่กินกันฉันท์สามีภรรยาถึง 7 ปี แต่ไม่มีบุตรด้วยกัน จนกระทั่งในปี 1941 สามีระแคะระคายว่าภรรยามีความสัมพันธ์เชิงชู้สาวกับชายอื่นและกำลังตั้งครรภ์ นางกำลังจะคลอดบุตรที่เกิดจากชายชู้ เมื่อวันที่ 3 สิงหาคม 1914 ชายชาวอียิปต์คนนั้นได้นำเรื่องไปร้องอัยการเพื่อทำการสอบสวนคดีนี้ 3 วันต่อมาชายชาวอียิปต์ได้หย่ากับภรรยาของเขา และหลังจากนั้นไม่กี่วัน เขาได้ไปร้องขอให้แพทย์ตรวจหาเชื้อในอสุจิของเขา ผลการตรวจไม่พบเชื้อในอสุจิของเขา ต่อมาวันที่ 15 กันยายน หญิงที่เป็นอดีตภรรยาได้ให้กำเนิดบุตร หลังจากนั้น 4 วัน นางได้แต่งงานใหม่กับชายชู้ทันที แต่นางแจ้งในสูติบัตรว่าเด็กเกิดจากอดีตสามี เมื่อศาลได้พิจารณาคดีปรากฏว่าศาลมีคำสั่งให้ชายอียิปต์ผู้นั้นจ่ายค่าอุปการะเลี้ยงดูบุตร ชายที่เป็นอดีตสามีได้อุทธรณ์ต่อศาลชะรีอะฮ์ให้พิจารณาความเป็นบิดาของเด็ก ภายใน 1 ปีตั้งแต่เด็กคลอดออกมานับตั้งแต่หย่าร้างกัน โดยให้ศาลมีคำสั่งเก็บเลือดจากเขา อดีตภรรยา ชายชู้และทารกที่เพิ่งเกิดใหม่ เพื่อหาความสัมพันธ์ทางสายโลหิตและเรียกค่าเสียหายคืนที่นางเรียกค่าอุปการะเลี้ยงดู ซึ่งศาลได้พิจารณาคดีและนำเอาวิทยาการด้านพันธุกรรมมาใช้จนกระทั่งพิพากษาว่าคำร้องขออดีตสามีฟังขึ้นและพิพากษาให้เป็นฝ่ายชนะคดี จึงเห็นได้ว่าวิทยาการประเภทนี้มีความแม่นยำกว่าการคาดเดาเค้าโครงหน้ามากมายนัก⁷³

ในกฎหมายไทยการใช้ศิลปนิติวิทยาศาสตร์ยังไม่เป็นที่แพร่หลายมากนักและยังไม่เคยพบเรื่องการนำวิทยาการด้านนี้มาใช้แต่อย่างใด แต่การสเก็ทซ์ภาพคนร้ายนั้นเป็นการทำอย่างแพร่หลายในระบบกฎหมายไทย ผู้วิจัยเองก็เคยใช้การสเก็ทซ์ภาพคนร้ายในทำคดีมาแล้วหลายครั้ง เมื่อนำหลักของเดออร์วินมาเปรียบเทียบแล้วกฎหมายไทยและกฎหมายอิสลามจึงมีความแตกต่างกัน แต่หากมองในแง่หลักคิดการเข้ากันได้ของวิทยาการด้านดีเอ็นเอและกียาพะฮุแล้วถือว่าเป็นหลักการเดียวกัน

4.6.2 การใช้ดีเอ็นเอ (DNA)

ตามที่ผู้วิจัยได้กล่าวถึงการพิสูจน์ความจริงในศาล โดยอาศัยวิทยาการด้านต่าง ๆ ล้วนแต่เป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับศาสตร์สมัยใหม่ที่นำมาปรับใช้ทั้งคดีอาญาและคดีแพ่ง ในคดีแพ่ง โดยเฉพาะบรรพที่เกี่ยวกับครอบครัว มรดก มีส่วนช่วยในการพิจารณาคดีได้ง่ายขึ้น ผู้พิพากษา และคู่ความรู้สึกรู้สึกมั่นใจในกระบวนการพิสูจน์หลักฐานหรือกระบวนการทางด้านนิติวิทยาศาสตร์ ซึ่งแตกต่างกับสมัยก่อนซึ่งจะมองว่าเป็นสิ่งที่ไม่น่าเชื่อถือ เมื่อเกิดความน่าเชื่อถือแล้วทำให้เกิดพัฒนาและวิจัย

⁷³ ศาล Alexandria Indigenous Court(FI) ตัดสินเมื่อวันที่ 26/1/1942

องค์ความรู้ด้านนิติวิทยาศาสตร์กันอย่างกว้างขวาง เหตุผลอันใดที่ทำให้ศาสตร์สาขานี้เป็นที่ยอมรับ ทั้ง ๆ ที่เคยถูกมองว่าเป็นพวกหัวก้าวหน้า เคยถูกมองว่าเป็นพวกอู่อุดรกรรมนอกรีตอย่างกรณีของผู้ว่าการรัฐ หลังจากกล่าวเปิดงานว่ามนุษย์จะบินได้เหมือนนก จึงถูกบาทหลวงของอังกฤษตำหนิว่าเป็นพวกนอกรีต มีแต่เทวดาเท่านั้นที่สามารถบินได้ (Juan Enriques, 2001) ก่อนปี ค.ศ.1985 คดีความที่เกี่ยวกับสามีปฏิบัติต่อภรรยาในรูปแบบเลวร้ายถูกนำเสนอสู่ศาลมากขึ้น และค่อนข้างจะถูกปฏิเสธในการพิจารณาคดีเนื่องจากนักกฎหมายในสมัยนั้นมองว่าเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับภายในครอบครัว จนกระทั่งที่ประชุมสภาพิภพระดับสูงของกลุ่มพิภพสมัยใหม่มองว่าเป็นเรื่องที่มีความจำเป็นและลงมดีในการประชุมว่าให้วางกฎเกณฑ์เบื้องต้นในการให้สามีปฏิบัติต่อภรรยาเนื่องจากภรรยาอาจจะไม่สามารถนำเสนอและทำกิจกรรมบางอย่างได้ โดยการให้ญาติของหญิงสามารถเข้าร่วมปรึกษาหารือได้ นอกจากนี้ยังที่ประชุมสภาพิภพยังอนุญาตให้หญิงสามารถเข้าถึงการรักษาและการปฏิบัติต่อแพทย์ได้ โดยไม่ต้องขออนุญาตจากสามี และควรจะมีแพทย์หญิงเป็นผู้ทำการรักษา และหากมีความจำเป็นก็สามารถรับการรักษาแพทย์ชายได้ (Mansur, Muhammad Khalid, 1999)

สำหรับกฎหมายไทยไม่มีข้อกำหนดเกี่ยวกับหลักการเกี่ยวกับข้อห้ามหรือข้อจำกัดในการใช้สารพันธุกรรม (DNA) ในการตรวจพิสูจน์แต่อย่างใด ตามคำพิพากษาฎีกา

4.6.3 การคำนวณอายุโดยอาศัยความเห็นของแพทย์

กฎหมายของประเทศอิสลามบางประเทศได้กำหนดเกณฑ์ขั้นต่ำเรื่องการมีครอบครัวไว้ต่างกันในประเทศอียิปต์หญิงสามารถแต่งงานได้ถ้ามีอายุ 16 ปีบริบูรณ์ ส่วนชายสามารถแต่งงานได้เมื่อมีอายุครบ 18 ปีบริบูรณ์ แต่ปัญหาพบว่าบางครั้งไม่มีใบสูติบัตรซึ่งกฎหมายส่วนใหญ่ได้กำหนดว่าต้องมีใบสูติบัตรไปแสดงต่อนายทะเบียน (Marriage Notary) หรือมีฉะนั้นต้องมีใบรับรองการตรวจร่างกายจากแพทย์มาประกอบ⁷⁴

เปรียบเทียบกับกฎหมายไทยซึ่งกำหนดให้ฝ่ายชายและหญิงต้องมีอายุไม่ต่ำกว่า 17 ปีบริบูรณ์ และต้องนำบิดา มารดา หรือผู้ปกครองมาให้ความยินยอมด้วย กรณีมีอายุต่ำกว่า 17 ปีจะต้องได้รับอนุญาตจากศาลให้ทำการสมรสได้ ส่วนผู้ที่มีอายุ 20 ปีขึ้นไป สามารถดำเนินการได้ด้วยตนเอง และต้องไม่เป็นคนวิกลจริตหรือไร้ความสามารถ ต้องไม่เป็นพี่น้องร่วมบิดามารดาหรือร่วมแต่บิดามารดา ต้องไม่เป็นคู่สมรสของบุคคลอื่น ผู้รับบุตรบุญธรรมจะสมรสกับบุตรบุญธรรมไม่ได้ หญิงหม้ายที่จะสมรสใหม่ เมื่อการสมรสครั้งก่อนได้สิ้นสุดลงไปแล้วไม่น้อยกว่า 310 วัน เว้นแต่หญิงนั้นคลอดบุตรแล้วในระหว่างนั้นหรือสมรสกับคู่สมรสเดิม หรือมีใบรับรองแพทย์ว่าไม่ได้ตั้งครรภ์ หรือศาลมีคำสั่งให้สมรสได้ เป็นต้น

⁷⁴ สืบค้นจาก <https://www.socwomen.org/wp-content/uploads/Muslim-Family-Laws.pdf>, สืบค้นเมื่อ 27 เมษายน 2558

เมื่อนำหลักของเดอ์วินมาใช้เปรียบเทียบแล้วจะพบว่าในเรื่องเกี่ยวกับการใช้ความเห็นแพทย์ในการหาอายุนั้นมีความเหมือนกันทั้งกฎหมายไทยและกฎหมายอิสลามยอมรับในเรื่องนี้ แต่เรื่องอายุของหญิงที่กฎหมายอนุญาตให้แต่งงานได้นั้นมีความแตกต่างกัน

4.6.4 พยาธิวิทยาและความไร้ความสามารถหรือเสมือนไร้ความสามารถของสามี

ในเรื่องเกี่ยวกับการฟ้องหย่านี้มีบัญญัติไว้ในอัลกุรอานดังที่อัลลอฮ์ ตรัสไว้ว่า

﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ فَإِمْسَاكَ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٍ بِإِحْسَانٍ وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا بِمَا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ﴾

(البقرة ، آية : 229)

ความว่า “การหย่านั้นมีสองครั้งแล้วให้มีการยับยั้งไว้โดยชอบธรรมหรือไม่ก็ปล่อยให้พร้อมด้วยการทำความดีและไม่อนุญาตแก่พวกเจ้าในการที่พวกเจ้าจะเอาสิ่งหนึ่งสิ่งใดจากสิ่งที่พวกเจ้าได้ให้แก่พวกนาง (มะฮัร) นอกจากทั้งทั้งสองเกรงว่าจะไม่สามารถดำรงไว้ซึ่งขอบเขตของอัลลอฮ์ได้เท่านั้นถ้าหากพวกเจ้าเกรงว่า เขาทั้งสองจะไม่ดำรงไว้ซึ่งขอบเขตของอัลลอฮ์แล้วไซ้ไรก็ไม่มีบาปใด ๆ แก่เขาทั้งสองในสิ่งที่นางใช้มันไถ่ตัวนางเหล่านั้นแหละคือขอบเขตของอัลลอฮ์ พวกเจ้าจงอย่าละเมิดมันและผู้ใดละเมิดขอบเขตของอัลลอฮ์แล้ว คนเหล่านั้นแหละคือผู้ที่อธรรมแก่ตัวเอง”

(อัลบาเกาะเราะฮ์ : อายะฮ์ 229)

กฎหมายว่าด้วยครอบครัวของอิสลามหลายประเทศได้วางหลักการไว้ว่าการเจ็บป่วยทุพพลภาพของสามีนั้นเป็นสาเหตุที่ทำให้ฝ่ายหญิงยกขึ้นอ้างในการหย่าร้างได้ (Jolo) โดยเฉพาะอย่างยิ่งการเจ็บป่วยเรื้อรัง เช่น โรควิกลจริต โรคเรื้อน ซึ่งรักษาไม่หายขาดหรือรักษาให้หายขาดได้แต่ต้องใช้เวลานาน ซึ่งกระทบต่อชีวิตสมรส ศาลของประเทศอิสลามอาจต้องขอความเห็นจากแพทย์พยาธิวิทยาเกี่ยวกับการรักษาอาการเจ็บป่วยดังกล่าวการเสื่อมสมรรถภาพทางเพศของสามีก็เป็นอีกสาเหตุหนึ่งที่ภรรยายกขึ้นกล่าวอ้างเพื่อขอให้ศาลมีคำสั่งหย่าร้างได้ถ้าภรรยาอ้างว่าสามีไร้สมรรถภาพทางเพศหรือหากผื่นทนต่อไปอาจทำให้การแต่งงานไม่อาจจะดำเนินต่อไปได้ สามารถยกข้ออ้างดังกล่าวให้ศาลมีคำสั่งหย่าร้างได้หรือศาลอาจจะกำหนดระยะเวลาไว้ 1 ปี ตามจันทรคติเพื่อว่าสามีอาจฟื้นฟูสมรรถภาพทางเพศได้ โดยอาจจะให้แพทย์ตรวจช่องคลอดว่าหากเยื่อพรหมจรรย์ยังไม่ฉีกขาดก็ย่อมฟังได้ว่าสามีไม่สามารถฟื้นฟูสมรรถภาพทางเพศได้ (Kutaiba S.Chaleby, 2004 : 61-62)

ในส่วนของกฎหมายไทยการโดยคำพิพากษาของศาล หมายถึง การที่คู่สมรสฝ่ายหนึ่งหยิบยกเอาเหตุแห่งการหย่าตามที่กฎหมายกำหนดไว้มาฟ้องขอให้ศาลมีคำพิพากษาให้หย่าขาดจากอีกฝ่ายหนึ่งมาตรา 1516 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ได้บัญญัติเรื่องเหตุแห่งการฟ้องหย่า ไว้ดังนี้

- (1) สามีอุปการะเลี้ยงดูหรือยกย่องหญิงอื่นฉันทันกริยาหรือกริยามิซู้ อีกฝ่ายหนึ่งฟ้องหย่าได้
- (2) สามีหรือกริยาประพฤตชั่ว ไม่ว่าจะความประพฤตชั่วนั้นจะเป็นความผิดอาญาหรือไม่ ถ้าเป็นเหตุให้อีกฝ่ายหนึ่ง
 - (ก) ได้รับความอับอายขายหน้าอย่างร้ายแรง
 - (ข) ได้รับความดูถูกเกลียดชังเพราะเหตุที่คงเป็นสามีหรือกริยาของฝ่ายที่ประพฤตชั่วอยู่ต่อไป(ค) ได้รับความเสียหายหรือเดือดร้อนเกินควร ในเมื่อเอาสภาพฐานะและความเป็นอยู่ร่วมกันฉันทันสามีกริยามาคำนี้ประกอบอีกฝ่ายหนึ่งฟ้องหย่าได้
- (3) สามีหรือกริยาทำร้าย หรือทรมาณร่างกายหรือจิตใจหรือหมิ่นประมาทหรือเหยียดหยามอีกฝ่ายหนึ่งหรือบุพการีของอีกฝ่ายหนึ่งทั้งนี้ ถ้าเป็นการร้ายแรง อีกฝ่ายหนึ่งฟ้องหย่าได้
- (4) สามีหรือกริยาจงใจละทิ้งร้างอีกฝ่ายหนึ่งไปเกินหนึ่งปีอีกฝ่ายหนึ่งฟ้องหย่าได้
 - (4/1) สามีหรือกริยาต้องคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุกและได้ถูกจำคุกเกินหนึ่งปีในความผิดที่อีกฝ่ายหนึ่งมิได้มีส่วนก่อให้เกิดการกระทำความผิดหรือยินยอมหรือรู้เห็นเป็นใจในการกระทำความผิดนั้นด้วย และการเป็นสามีกริยากันต่อไปจะเป็นเหตุให้อีกฝ่ายหนึ่งได้รับความเสียหายหรือเดือดร้อนเกินควรอีกฝ่ายหนึ่งได้รับความเสียหายเดือดร้อนเกินควร อีกฝ่ายหนึ่งฟ้องหย่าได้
 - (4/2) สามีและกริยาสมัครใจแยกกันอยู่เพราะเหตุที่ไม่อาจอยู่ร่วมกันฉันทันสามีกริยาได้โดยปกติสุขตลอดมาเกินสามปีหรือแยกกันอยู่ตามคำสั่งของศาลเป็นเวลาเกินสามปี ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งฟ้องหย่าได้
- (5) สามีหรือกริยาถูกศาลสั่งให้เป็นคนสาบสูญ หรือไปจากภูมิลำเนาหรือถิ่นที่อยู่เป็นเวลาเกินสามปีโดยไม่มีใครทราบแน่ว่าเป็นตายร้ายดีอย่างไรอีกฝ่ายหนึ่งฟ้องหย่าได้
- (6) สามีหรือกริยาไม่ให้ความช่วยเหลืออุปการะเลี้ยงดูอีกฝ่ายหนึ่งตามสมควรหรือทำการเป็นปฏิปักษ์ต่อการที่เป็นสามีหรือกริยาอย่างร้ายแรง ทั้งนี้ ถ้าการกระทำนั้นถึงขนาดที่อีกฝ่ายหนึ่งเดือดร้อนเกินควรในเมื่อเอาสภาพ ฐานะและความเป็นอยู่ร่วมกันฉันทันสามีกริยามาคำนี้ประกอบอีกฝ่ายหนึ่งฟ้องหย่าได้

(7) สามีหรือภริยาวิกลจริตตลอดมาเกินสามปี และความวิกลจริตนั้นมีลักษณะยากจะหายได้กับทั้งความวิกลจริตถึงขนาดที่จะนอนอยู่ร่วมกันฉันสามีภริยาต่อไปไม่ได้ อีกฝ่ายหนึ่งฟ้องหย่าได้

(8) สามีหรือภริยาผิดพันท์บนที่ให้ไว้เป็นหนังสือในเรื่องความประพฤติอีกฝ่ายหนึ่งฟ้องหย่าได้

(9) สามีหรือภริยาเป็นโรคติดต่อย่างร้ายแรงอันอาจเป็นภัยแก่อีกฝ่ายหนึ่งและโรคมีลักษณะเรื้อรังไม่มีทางที่จะหายได้อีกฝ่ายหนึ่งฟ้องหย่าได้

(10) สามีหรือภริยามีสภาพแห่งกายทำให้สามีหรือภริยานั้นไม่อาจร่วมประเวณีได้ตลอดกาลอีกฝ่ายหนึ่งฟ้องหย่าได้

ทั้งนี้เหตุฟ้องหย่าตามมาตรา 1516(1) และ(2) ถ้าสามีหรือภริยาแล้วแต่กรณีได้ยินยอมหรือรู้เห็นเป็นใจในการกระทำที่เป็นเหตุหย่านั้น ฝ่ายที่ยินยอมหรือรู้เห็นเป็นใจนั้นจะยกเป็นเหตุฟ้องหย่าไม่ได้เหตุฟ้องหย่าตามมาตรา 1516(10) ถ้าเกิดเพราะการกระทำของอีกฝ่ายหนึ่งอีกฝ่ายหนึ่งนั้นจะยกเป็นเหตุฟ้องหย่าไม่ได้ซึ่งจะเห็นว่าทั้งกฎหมายประเทศอียิปต์และกฎหมายไทยมีส่วนคล้ายกันบางส่วนและแตกต่างกันบางส่วน

อย่างไรก็ตามผู้วิจัยตั้งข้อสังเกตว่าเรื่องเกี่ยวกับการฟ้องหย่าในกรณีที่สามีเจ็บป่วยจนไม่สามารถรักษาให้หายได้นั้นกฎหมายตะวันตกวิจารณ์ประเด็นนี้มากเนื่องจากชาวตะวันตกมองว่าเป็นเรื่องที่อ่อนไหวต่อจริยธรรมสูงมาก เพราะชาวตะวันตกแต่งงานจะให้คำสัญญาต่อบาทหลวงที่ทำพิธีว่าจะรับฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นสามีภรรยาและจะรักกันไม่ว่าจะสุขหรือทุกข์ การฟ้องหย่าเพราะเจ็บป่วยเรื้อรังถือว่าเป็นการผิดคำสัญญา

4.6.5. สิทธิการดูแลบุตร

เมื่อสามีภรรยาหย่าร้างกันสิทธิในการเลี้ยงดูบุตรเป็นมารดา ไม่ว่าจะ เป็นบุตรชายหรือบุตรสาว จนกว่าจะมีอายุ 7 ปีและ 9 ปี แต่อย่างไรก็ตามสามารถขยายเวลาการเลี้ยงดูบุตรเพิ่มไปอีก 2 ปี หากว่าบุตรยังช่วยเหลือตัวเองไม่ได้โดยเฉพาะหากบุตรมีปัญหาด้านสุขภาพซึ่งการตรวจพิสูจน์ดังกล่าวมารดาหรือศาลก็ได้สามารถร้องขอให้แพทย์ลงความเห็นได้ซึ่งปกติแล้วหากมีเหตุที่ยกประเด็นนี้ขึ้นกล่าวอ้างว่าจะขยายการเลี้ยงดูต้องเข้าข้อสันนิษฐานของกฎหมายหรือหลักการยึดสภาพเดิม หากไม่สามารถนำสืบได้ศาลต้องยกคำร้อง (KutaibaS.Chaleby. 2004. :.72)

สำหรับกฎหมายไทยในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1566 บัญญัติไว้ว่า

“บุตรซึ่งยังไม่บรรลุนิติภาวะต้องอยู่ใต้อำนาจปกครองของบิดาและมารดาและอำนาจปกครองจะอยู่กับบิดาหรือมารดาได้ฝ่ายเดียว ต้องเข้ากรณีดังต่อไปนี้เท่านั้น

- (1) บิดาหรือมารดาตาย
- (2) ไม่แน่นอนว่ามารดาหรือบิดามีชีวิตอยู่หรือตาย
- (3) บิดาหรือมารดาถูกศาลสั่งให้เป็นคนไร้ความสามารถหรือเสมือนไร้ความสามารถ
- (4) มารดาหรือบิดาเข้ารับการรักษาทันทีในโรงพยาบาลเพราะจิตฟั่นเฟือน
- (5) ศาลสั่งให้อำนาจปกครองอยู่กับบิดาหรือมารดา
- (6) บิดาและมารดาตกลงกันตามที่มีกฎหมายบัญญัติไว้ให้ตกลงกันได้

โดยอำนาจปกครองของบิดามารดา ฝ่ายใดจะสิ้นสุดได้ ต้องเข้าตาม (1)-(6) เท่านั้น”

ในเมื่อการหย่าร้าง บุตรมักจะถูกกำหนดให้ไปอยู่กับคนใดคนหนึ่ง ไม่อยู่กับพ่อ ก็ต้องอยู่กับแม่ มีบางรายที่หย่าร้างกันแล้ว แต่ทั้งคู่ยังอยู่กับบุตรต่อไป การที่บุตรจะไปอยู่กับใครนี้ บางครั้งก็ขึ้นอยู่กับอารมณ์ใจของบุตร บางทีก็ขึ้นอยู่กับผลแห่งกฎหมาย ที่จะตัดสินออกมาว่าจะให้ไปอยู่กับพ่อหรือแม่ เพราะส่วนมากมักจะตกลงกันไม่ได้เมื่อหย่ากันแล้ว จะให้บุตรไปอยู่กับใคร ก็อาจต้องให้ศาลเป็นผู้ตัดสินตามที่บัญญัติไว้ใน (5) ศาลจะไม่พิจารณาถึงฐานะหรือความร่ำรวยของฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง แต่ศาลจะหยิบยกมาดูว่าฝ่ายใดจะเป็นผู้เลี้ยงดูแล้วเด็กจะอบอุ่นกว่ากัน ความผาสุก สุขภาพจิตของผู้เยาว์เป็นสำคัญ

เมื่อนำหลักของเดออร์วินมาใช้และจะเห็นว่าประเด็นเรื่องการใช้สิทธิดูแลบุตรนั้น กฎหมายอิสลามกำหนดไว้ชัดเจนว่าให้ภรรยาเป็นผู้ดูแลบุตรจนกว่าบุตรที่เป็นชายจะมีอายุพ้น 7 ปี และหญิงอายุ 9 ปี หรือจนกว่าหญิงนั้นแต่งงานใหม่สิทธิการดูแลบุตรจึงเป็นของสามี สำหรับกฎหมายไทยนั้นไม่ได้กำหนดหลักการนี้ไว้ชัดเจนโดยให้ศาลเป็นผู้ใช้ดุลพินิจ

4.6.6 การตรวจครรภ์

เมื่อมีการหย่าร้างกันระหว่างสามีภรรยาเป็นการสิ้นสภาพของครอบครัว และกฎหมายได้กำหนดข้อบัญญัติให้หญิงต้องรอรยะฮะอิดตะฮฺ ในกฎหมายอิสลามซึ่งถือระยะรอบเดือนของหญิง 3 รอบ ซึ่งทำให้หมดลูกของหญิงสะอาดจากการอุ้มครรภ์ เพื่อไม่ให้มีใครมาสัมผัสสัมพันธ์ เมื่อหย่ากันแล้วจะป้องกันการคลุมเครือ และเป็นการให้เกียรติในการแต่งงานครั้งที่แล้วมา ตัวอย่างของอิดตะฮฺที่ถูกกำหนดไว้เช่น

อิดตะฮฺของสตรีที่อุ้มครรภ์คือหลังคลอด ไม่ว่านางจะไม่มีสิทธิคืนดีหรือมีสิทธิคืนดีกับสามีตามที่ถูอรานบัญญัติไว้ว่า

﴿وَاللَّائِي يَمْسَنُ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنْ رَزَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَاللَّائِي لَمْ يَحْضَنْ وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ وَمَنْ يَتَّقِ اللَّهَ يَجْعَلْ لَهُ مِنْ أَمْرِهِ يُسْرًا﴾

(الطلاق، آية : 4)

ความว่า “ส่วนบรรดาผู้หญิงในหมู่ภรรยาของพวกเขาที่หมดหวังในการมีระดู หากพวกเขาอ้างสงสัย (ในเรื่องอิตตะฮฺของนาง) ดังนั้นพึงรู้เถิดว่าอิตตะฮฺของพวกนางคือสามเดือนและบรรดาผู้หญิงที่ไม่มีระดูก็เช่นกันส่วนบรรดาผู้ที่คร่ำคร่ากำหนดของพวกนางก็คือพวกนางจะคลอดทารกที่อยู่ครรภ์ของพวกนางและผู้ใดยำเกรงต่ออัลลอฮฺ พระองค์จะทรงทำให้กิจการของเขาสะดวกง่ายดายแก่เขา”

(อัญญาละลา : อายะฮฺ 4)

ระยะอิตตะฮฺของหญิงที่ถูกหย่าขณะมีประจำเดือนนั้นคือ 3 รอบเดือนดังพระดำรัสของอัลลอฮฺ ﷻ ที่ว่า

﴿وَالْمُطَلَّاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ وَلَا يَحِلُّ لَهُنَّ أَنْ يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ اللَّهُ فِي أَرْحَامِهِنَّ إِنْ كُنَّ يُؤْمِنُنَّ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَبِعَوْنِهِنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ إِنْ أَرَادُوا إِصْلَاحًا وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ وَلِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ﴾

(البقرة، آية : 228)

ความว่า “และบรรดาหญิงที่ถูกหย่าร้างพวกนางจะต้องรอคอยตัวของตนเองสามกรู่อและไม่อนุมัติให้แก่พวกนางในการที่พวกนางจะปกปิดสิ่งที่อัลลอฮฺได้ทรงให้บังเกิดขึ้นในมดลูกของพวกนางหากพวกนางศรัทธาต่ออัลลอฮฺและวันปรโลกและบรรดาสามีของพวกนางนั้นเป็นผู้มีสิทธิกว่าในการให้พวกนางกลับมาในกรณีดังกล่าวหากพวกเขาปรารถนาประนีประนอมและพวกนางนั้นจะได้รับเช่นเดียวกับสิ่งที่เห็นหน้าที่ของพวกนางจะต้องปฏิบัติโดยชอบธรรมและสำหรับบรรดาชายนั้นมีฐานะเหนือพวกนางชั้นหนึ่งและอัลลอฮฺนั้นเป็นผู้ทรงเดชานุภาพผู้ทรงปรีชาญาณ”

(อัลบะกอเราะฮฺ : อายะฮฺ 228)

ระยะอิตตะฮฺของหญิงที่สามีเสียชีวิตดังที่ถูกรอานบัญญัติไว้

﴿وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِي مَا فَعَلْنَ فِي أَنْفُسِهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ﴾

(البقرة، آية : 234)

ความว่า “และบรรดาผู้ที่ถึงแก่ชีวิตลงในหมู่พวกเจ้าและทิ้งคูครองไว้ นั้น พวกนางจะต้องรอคอยตัวของพวกนางเองสี่เดือนกับสิบวันครั้น เมื่อพวกนางครบกำหนดเวลาของพวกนางแล้ว ก็ไม่มีบาปใด ๆ แก่ พวกเจ้าในสิ่งที่พวกนางได้กระทำไปในส่วนตัวของพวกนางโดยชอบธรรม และอัลลอฮ์นั้นทรงรอบรู้อย่างละเอียด ในสิ่งที่พวกเจ้ากระทำ นั้น”

(อัลบะกอเราะฮฺ : อายะฮฺ 234)

อิบนุ กะษีร (Ibn Kathir, 2000 : 5/479) ได้อธิบายเกี่ยวกับเรื่องนี้ว่า หากเป็นกรณีที่ยังไม่เข้าห้องหอเป็นเรื่องที่เห็นพ้องต้องกันในหมู่ผู้รู้ สตรีนั้นเมื่อถูกหย่าก่อนจะเข้าห้องหอ ก็ไม่มีระยะฮิดดะฮฺนางจะแต่งงานกับใครก็ได้ตามที่นางประสงค์

จากข้อมูลที่ได้จะเห็นว่า การรอรยะฮิดดะฮฺเป็นการป้องกันการโต้แย้งเรื่องทายาทที่จะเกิดภายหลัง ซึ่งเมื่อพ้นแล้วถือว่าครมภ์ของหญิงสะอาด

การตรวจพิสูจน์ว่าตั้งครรภ์หรือไม่นี้เคยมีคดีเกิดขึ้นในศาลของอียิปต์แล้วเมื่อหญิงนางหนึ่งชื่อฟาติมะฮฺ ได้ฟ้องร้องต่อศาลว่าตนเองตั้งครรภ์กับสามีที่เสียชีวิตไปแล้ว เพื่อหวังผลทางทางมรดกแต่มีญาติของสามีนางชื่อมุหัมมัด ได้คัดค้านว่าสามีนางฟาติมะฮฺอายุมากแล้วไม่สามารถมีบุตรได้และนางกำลังจะวางแผนเพื่อจะตั้งท้องกับชายอื่น ทำให้กองมรดกได้รับการกระทบ มุหัมมัดจึงได้ขอให้ศาลตรวจครรภ์นาง ซึ่งกฎของฟิกฮกำหนดให้แพทย์ผดุงครรภ์ที่เป็นหญิงเท่านั้นเป็นผู้ตรวจ แต่มุหัมมัดประสงค์จะให้แพทย์ทั่วไปเป็นผู้ตรวจ ศาลได้วางมาตรการว่า เพื่อความกระจ่างในการค้นหาความจริง ศาลจึงได้อนุญาตให้แพทย์ชายตรวจได้ (คำพิพากษาที่ M 16:406/181) คดีนี้ศาลชั้นต้นเมืองอเล็กซานเดรีย ประเทศอียิปต์ พิพากษาเมื่อวันที่ 21 ตุลาคม 1935)

สำหรับกฎหมายไทยการตรวจครรภ์เพื่อพิสูจน์ทายาทก็สามารถกระทำได้ แต่ไม่จำเป็นต้องใช้แพทย์หญิงดังกฎหมายอิสลาม และตรวจครรภ์ได้หลายวิธีเช่นการกระทำอุลตราซาวด์โดยการใช้คลื่นแม่เหล็กตรวจดูเด็กในครรภ์ และยังสามารถตรวจรหัสพันธุกรรมเพื่อยืนยันการเป็นสายโลหิตได้อีกด้วย

เมื่อนำหลักการของเตอร์วินมาใช้แล้วจะพบว่ากฎหมายไทยและกฎหมายอิสลามมีความแตกต่างกัน

4.6.7 การคลอดบุตร

จากการที่นำคดีตัวอย่างของหญิงที่ถูกเรื่องการตั้งครรภ์เพื่อกรรโชกทรัพย์มาแล้วข้างต้น แต่ยังมีคดีตัวอย่างที่หญิงว่ามีบุตรกับสามีที่หย่าร้าง อาจจะได้ด้วยเหตุผลเพื่อเรียกร้องค่าอุปการะเลี้ยงดูตัวบุตรและอดีตภรรยา

อัยการและศาลชะรีอะฮ์รับคำร้องว่านางฮาฟิซะฮฺให้กำเนิดบุตรกับอดีตสามีอะหมัด

หรือไม่ในปี ค.ศ.1930 ชาวอเล็กซานเดรียคนหนึ่งฟ้องว่าอะหมัดอดีตสามีเป็นบิดาของบุตรชื่อแรมซี ซึ่งได้หย่าร้างกับนางฮาฟิซะฮฺ เมื่อหกเดือนก่อน โดยนางมีพยานเป็นหมอตำแยชื่ออามินะฮฺมายืนยันว่าเป็นผู้ทำคลอด ทำให้อะหมัดเดินทางเข้าพบอัยการผู้ฟ้องคดีเพื่อชี้แจงว่านางฮาฟิซะฮฺไม่เคยให้กำเนิดบุตร การสืบสวนสอบสวนจึงเริ่มขึ้น

สำนักคิดจากมัซฮับหะนาฟีได้ให้ความเห็นเกี่ยวกับการหย่าร้างในขณะที่หญิงตั้งครรภ์ในการฟังคำให้การของพยานเพื่อให้ยืนยันความเป็นบิดานั้นต้องมีพยานแวดล้อมอื่น เนื่องจากสามีหย่าร้างโดยไม่ทราบว่าเป็นบุตรหรือตายตั้งครรภ์ (ปัจจุบันไม่น่ามีปัญหาคดีประเภทนี้ เนื่องจากสามารถตรวจดีเอ็นเอได้) เนื่องจากมองไม่เห็นว่าเป็นนางกำลังตั้งครรภ์ซึ่งสำนักคิดมัซฮับหะนาฟีต้องมีพยาน 2 คน เพื่อยืนยันว่านางให้กำเนิดบุตร คดีนี้อัยการออกหมายเรียกให้นางฮาฟิซะฮฺและหมอตำแยมาพบเพื่อทำการสอบสวนและส่งตัวนางฮาฟิซะฮฺไปตรวจทางนิติเวช มีการเก็บเลือดของนางฮาฟิซะฮฺ บุตร และของอะหมัด ต่อมาได้รับรายงานจากแพทย์นิติเวชว่านางฮาฟิซะฮฺ อายุ 50 ปีแล้ว แรมซี ไม่ได้เป็นทั้งบุตรของนางฮาฟิซะฮฺและอะหมัดและในชีวิตของนางฮาฟิซะฮฺก็ไม่เคยตั้งครรภ์มาก่อน ด้วยเหตุผลดังกล่าวข้างต้น อัยการจึงส่งตัวนางฮาฟิซะฮฺไปฟ้องที่ศาลอาญารวมทั้งหมอตำแยด้วยในขณะเดียวกันนางฮาฟิซะฮฺก็นำเรื่องไปฟ้องร้องต่อศาลชะรีอะฮฺด้วยว่าอะหมัดเป็นบิดาของแรมซีต่อศาลคาร์มุซแห่งอเล็กซานเดรียเพื่อให้อะหมัดส่งค่าเลี้ยงดูบุตร ศาลแพ่งจึงรอให้ศาลชะรีอะฮฺตัดสินคดีก่อน

ศาลชะรีอะฮฺได้วางมาตรการในการรับฟังพยาน 3 ประการคือ ประการแรกรับฟังคำให้การของหมอตำแยและต้องมีพยาน 2 คน ประการที่สองต้องมีใบสูติบัตร ประการที่สามนางฮาฟิซะฮฺแย้งว่ารายงานการตรวจพิสูจน์ของแพทย์ไม่ได้ทำตามขั้นตอนของแพทย์และแย้งว่าในกฎของฟิกฮ์ก็ไม่ได้ระบุว่าภรรยาต้องรับรองบุตรต้องมีใบสูติบัตร เนื่องจากบุตรเกิดจากการแต่งงานและมีเพศสัมพันธ์กัน

ผู้พิพากษายกคำร้องของนางฮาฟิซะฮฺ โดยอาศัยรายงานการตรวจพิสูจน์ของแพทย์และพยานหลักฐานอื่นอีกทั้งพยานที่เป็นหมอตำแยที่มาให้การนั้น การปฏิเสธของชายหลังจากที่หย่าร้างกันจนมีการกำเนิดบุตรนั้นเป็นช่วงระยะเวลาที่นานกว่าปกตินอกจากนี้คำให้การของหมอตำแยเองก็มีพิรุณหลายอย่างเช่นระยะเวลาการปฏิบัติภารกิจคลอด วัน เวลาและสถานที่ก็แตกต่างกัน ระยะเวลาที่หมอตำแยอยู่นางฮาฟิซะฮฺก็แตกต่างกัน และกระบวนการลงทะเบียนบุตรหลังคลอด และยังปฏิเสธคำให้การของพยานที่เป็นชายสองคนเกี่ยวกับสถานที่เกิดอีกด้วยโดยอ้างว่าเป็นแค่พยานบอกเล่าเท่านั้นโดยรับว่ามีคนนำมาให้ชั่งน้ำหนักทารก

ศาลได้พิพากษาไปตามพยานหลักฐานโดยเฉพาะพยานที่เป็นแพทย์รับรองว่านางไม่เคยมีบุตรมาก่อนและตลอดระยะเวลาที่อยู่กัน 7 ปีและไม่เคยเข้ารับการรักษาเพื่อให้ตั้งครรภ์

ตลอดระยะเวลาที่อยู่กินกันและนางมีอายุมากเกินไปจึงยกคำร้อง (Stoler, Ahikam, and Yoram Plotzki, 2001)

4.6.8 นิติเวชในอิสลาม

ปัจจุบันนิติเวชถือว่าเป็นสิ่งจำเป็นในการพิสูจน์ข้อเท็จจริงในศาลตั้งแต่มีการนำนิติวิทยาศาสตร์เข้ามาสู่กระบวนการยุติธรรมตั้งแต่เริ่มศตวรรษที่ 19 แล้ว ในระบบกฎหมายอิสลามหลังจากได้รับอิทธิพลจากกฎหมายฝรั่งเศสแล้ว ในระบบกฎหมายของอิสลามมีแนวโน้มในการรับฟังพยานประเภทนี้มากขึ้นดังที่ได้ยกตัวอย่างในบทที่ 3 และความเห็นของนักปราชญ์ของอิสลามต่างก็ยอมรับในศาสตร์นี้เช่นในปี 1765 ของศาลเดียวกัน ครั้งนี้มีชาวอนาโตเลีย ได้มายื่นคำร้องขอให้ชดใช้ค่าเสียหายเนื่องจากจำเลยที่บังอาจใช้อาวุธปืนไรเฟิลยิงถูกเข้าซ้ายและเป็นสาเหตุให้เท้าซ้ายของเขาต้องเป็นอัมพฤกษ์ คำฟ้องได้ถูกนำเสนอสู่ศาลและศาลได้เรียกหัวหน้าศัลยแพทย์มาให้การ ต่อมาศาลได้ตัดสินให้จำเลยชดใช้ค่าเสียหายกึ่งหนึ่งจากราคาที่ต้องเต็มจำนวนจากเงินเลือด (ดิยะฮ) อีกคดีหนึ่งจำเลยถูกฟ้องว่าทำให้ผู้เสียหายตาบอดและศาลได้เรียกหัวหน้าจักษุแพทย์มาให้ประเมินค่าเสียหาย จะเห็นว่าในคดีนี้ศาลได้ใช้นิติเวชเป็นผู้ประเมินค่าเสียหายเพื่อกำหนดเงินเลือด และในยุคของออกโตมันเติร์ก ปกครองอียิปต์ ได้วางหลักการเกี่ยวกับการชดใช้ค่าเสียหายที่เกิดจากการรักษาของแพทย์รวมทั้งศัลยแพทย์ และช่างตัดผม ตามลักษณะอาการบาดเจ็บ มีคดีตัวอย่างที่ศาลใช้ดุลพินิจกำหนดโทษ (ตะอซีร์) กรณีที่สามีทำร้ายร่างกายภรรยาถึงขั้นบาดเจ็บสาหัสแขนหัก โดยอาศัยความเห็นของแพทย์ อย่างนี้เป็นต้น (Gerber, 1994)

สำหรับกฎหมายไทยการรับฟังพยานหลักฐานทางด้านนิติเวชเป็นสิ่งจำเป็นในคดีทุกคดีโดยเริ่มตั้งชั้นของพนักงานสอบสวนเลยทีเดียว

เมื่อนำหลักการของเดออร์วินมาเปรียบเทียบแล้วทั้งศาลไทยและศาลอิสลามมีความเหมือนกัน

4.6.9. สถาปนิกและวิศวกร

ในบทที่ 3 ได้กล่าวถึงนักปราชญ์อิสลามที่โด่งดังชื่ออิบน์ คอนดูน ซึ่งได้บรรยายถึงวิถีชีวิตในสมัยของท่านว่าบ้านเรือนของประชาชนมีลักษณะเป็นเมืองและการปลูกสร้างบ้านเรือนที่หนาแน่นแล้ว มีตัวอย่างความขัดแย้งและพิพาทกันเรื่องการสร้างบ้านเรือน การก่อกำแพง การสร้างคูระบายน้ำ ฯลฯ ว่าพยานประเภทสถาปนิกและวิศวกร สามารถให้การเป็นพยานต่อศาลในฐานะพยานผู้เชี่ยวชาญได้ และมีกรณีของท่านเราะฮูล มอบหมายให้เคาะลีฟะฮุซซัยฟะฮฺ บินอัลยามัน ไปตัดสินเรื่องรั้วบ้านเป็นต้น

ในประเด็นนี้จะพบว่าในกฎหมายไทยก็ยอมรับเรื่องการประเมินค่าเสียหายของพยานประเภทนี้ได้เช่นกัน เมื่อนำหลักการของเดออร์วินมาเปรียบเทียบแล้วจะพบว่าทั้งกฎหมายไทยและกฎหมายอิสลามมีความเหมือนกัน

4.6.10 พยานเด็ก

ดังได้กล่าวมาแล้วในบทที่ 3 เกี่ยวกับคุณสมบัติของผู้ที่จะเป็นพยานนั้นก็คือพยานต้องบรรลุนิติภาวะแล้ว แต่มีการแย้งกันในกรณีการแต่งตั้งอุษามะฮิบน์ เซตอิบน์ ฮารีษะฮฺ เป็นแม่ทัพจับศึกสู้กับกองทัพโรมัน ในขณะที่ยังเยาว์วัยมากซึ่งมีนักรบที่อายุมากกว่าเขาเป็นผู้ได้บังคับบัญชาของเขาซึ่งทัศนะนั้นยอมรับการเป็นพยานของผู้เยาว์ และนักปราชญ์อิสลามมีความเห็นขัดแย้งอยู่บ้าง และนักกฎหมายอิสลามสมัยใหม่ได้วางข้อกำหนดในเรื่องนี้ว่าให้พยานที่เป็นเด็กให้การต่อศาลโดยผ่านผู้เชี่ยวชาญ โดยได้วางหลักการว่า คำให้การของพยานที่เป็นผู้เยาว์ควรต้องให้การผ่านพยานผู้เชี่ยวชาญ เพราะพยานผู้เชี่ยวชาญได้รับความเชื่อถือสูงมากในศาลอิสลามนักกฎหมายอิสลามบางท่านยอมรับพยานผู้เชี่ยวชาญเพียงปากเดียวมากกว่าพยานบุคคลที่เป็นพยานคู่ นักกฎหมายอิสลามเชื่อถือคำให้การของพยานผู้เชี่ยวชาญในสาขาต่าง ๆ เช่น วิศวกรรม การแพทย์ รวมทั้งผู้เชี่ยวชาญทางเทคนิคอื่น ๆ อย่างไรก็ตามหาใช่เฉพาะศาลเท่านั้นที่ใช้ประโยชน์จากพยานผู้เชี่ยวชาญดังกล่าวทั้งจำเลย พนักงานอัยการ สามารถนำมาใช้เพื่อประโยชน์ในคดีได้และศาลอาจจะยอมหรือไม่ยอมตามคำร้องขอก็ได้

ในส่วนกฎหมายไทยเรื่องการรับฟังพยานนั้นกฎหมายไม่ได้กำหนดเรื่องอายุเพียงแต่พยานนั้นสามารถเข้าใจและตอบคำถามได้เท่านั้น พยานที่เป็นเด็กนี้กฎหมายไทยได้วางหลักไว้ในมาตรา 133 ตี

มาตรา 133 ตี”.....การถามปากคำผู้เสียหายหรือพยานที่เป็นเด็กอายุไม่เกินสิบแปดปีให้พนักงานสอบสวนแยกกระทำเป็นส่วนสัดส่วน ในสถานที่ที่เหมาะสมสำหรับเด็ก และให้มีนักจิตวิทยาหรือนักสังคมสงเคราะห์ บุคคลที่เด็กร้องขอ และพนักงานอัยการร่วมอยู่ด้วยในการถามปากคำเด็กนั้น และในกรณีที่นักจิตวิทยาหรือนักสังคมสงเคราะห์ เห็นว่าการถามปากคำเด็กคนใดหรือคำถามใด อาจจะมีผลกระทบกระเทือนต่อจิตใจเด็กอย่างรุนแรง ให้พนักงานสอบสวนถามผ่านนักจิตวิทยาหรือนักสังคมสงเคราะห์เป็นการเฉพาะ ตามประเด็นคำถามของพนักงานสอบสวน โดยมีให้เด็กได้ยินคำถามของพนักงานสอบสวนและห้ามมิให้ถามเด็กซ้ำซ้อนหลายครั้งโดยไม่มีเหตุอันสมควรให้เป็นหน้าที่ของพนักงานสอบสวนที่จะต้องแจ้งให้นักจิตวิทยาหรือนักสังคมสงเคราะห์ บุคคลที่เด็กร้องขอ และพนักงานอัยการทราบ รวมทั้งแจ้งให้ผู้เสียหายหรือพยานที่เป็นเด็กทราบถึงสิทธิตามวรรคหนึ่งด้วย

นักจิตวิทยาหรือนักสังคมสงเคราะห์ หรือพนักงานอัยการที่เข้าร่วมใน การถามปากคำอาจถูกผู้เสียหายหรือพยานซึ่งเป็นเด็กตั้งรังเกียจได้ หากมีกรณีดังกล่าวให้เปลี่ยนตัวผู้นั้น

ภายใต้บังคับแห่ง มาตรา 139 การถามปากคำเด็กตามวรรคหนึ่ง ให้พนักงานสอบสวนจัดให้มีการบันทึกภาพและเสียงการถามปากคำดังกล่าว ซึ่งสามารถนำออกถ่ายทอดได้อย่างต่อเนื่องไว้เป็นพยานในกรณีจำเป็นเร่งด่วนอย่างยิ่งซึ่งมีเหตุอันควรไม่อาจรอนักจิตวิทยา หรือนักสังคม

สงเคราะห์บุคคลที่เด็กร้องขอ และพนักงานอัยการเข้าร่วม ในการถามปากคำพร้อมกันได้ ให้พนักงานสอบสวนถามปากคำเด็กโดย มีบุคคลใดบุคคลหนึ่งตามวรรคหนึ่งอยู่ร่วมด้วยก็ได้ แต่ต้องบันทึกเหตุที่ไม่อาจรอบบุคคลอื่นไว้ในสำนวนการสอบสวน และมีให้ถือว่าการถามปาก คำผู้เสียหายหรือพยานซึ่งเป็นเด็กในกรณีดังกล่าว ที่ได้กระทำไปแล้วไม่ชอบด้วยกฎหมาย

มาตรา 133 ตรี ในกรณีที่พนักงานสอบสวนมีความจำเป็นต้องจัดให้ผู้เสียหายหรือพยานที่เป็นเด็กอายุไม่เกินสิบแปดปีชี้ตัวบุคคลใด ให้พนักงานสอบสวนจัดให้มีการชี้ตัวบุคคลในสถานที่ที่เหมาะสมสำหรับเด็ก และสามารถป้องกันมิให้บุคคลซึ่งจะถูกชี้ตัวนั้นเห็นตัวเด็ก โดยให้นักจิตวิทยาหรือนักสังคมสงเคราะห์ บุคคลที่เด็กร้องขอและพนักงานอัยการร่วมอยู่ด้วยในการชี้ตัวบุคคลนั้น เว้นแต่มีเหตุจำเป็นไม่อาจหาหรือรอบบุคคลใดบุคคลหนึ่งได้ และเด็กไม่ประสงค์จะให้มิหรือรอบบุคคลดังกล่าวต่อไป ทั้งนี้ ให้พนักงานสอบสวนบันทึกเหตุดังกล่าวไว้ในสำนวนการสอบสวนด้วยในกรณีการชี้ตัวผู้ต้องหาที่เป็นเด็กอายุไม่เกินสิบแปดปี ให้พนักงานสอบสวนจัดให้มีการชี้ตัว ในสถานที่ที่เหมาะสมสำหรับเด็กและสามารถป้องกันมิให้ผู้ต้องหาที่เป็นเด็กนั้น เห็นตัวบุคคลที่จะทำการชี้ตัว

จะเห็นได้ว่าการสอบสวนหรือการนำเด็กมาสู่กระบวนการของกฎหมายมีขั้นตอนและรายละเอียดมากกว่าพยานทั่วไป กฎหมายคำนึงถึงภาวะและวิสัยของเด็กด้วย ซึ่งเมื่อนำหลักการของเดออร์วินมาเปรียบเทียบแล้วจะพบว่าพยานเด็กในกฎหมายไทยและกฎหมายอิสลามมีส่วนคล้ายกันมาก

4.6.11 พยานที่เป็นหญิง

ได้เปรียบเทียบพยานที่เป็นเด็กมาแล้วจะเปรียบเทียบพยานที่เป็นหญิงซึ่งในบทที่ 3 ผู้วิจัยได้กล่าวถึงหลักฐานพยานที่เป็นหญิงแล้ว โดยปกตินักกฎหมายจะยึดหลักการที่ว่าพยานที่เป็นหญิง 1 คน เท่ากับพยานที่เป็นชาย 2 คนเป็นหลักซึ่งประเด็นนี้สำนักคิดได้ให้ความเห็นขัดแย้งกัน บางสำนักคิดว่าเป็นการอนุโลม จากคดีของทาสีเพียงปากเดียวที่เป็นแม่นมของท่านอูกบะฮฺ บิน อัลฮาริษ แต่งงานกับอุมมยะฮฺยา บินตี ออบีฮาบ ท่านเราะฮูล รัฟฟิงพยานหญิงที่เป็นทาสเพียงปากเดียว ถึงแม้ว่านักวิชาการมุสลิมถือว่าพยานที่เป็นสตรีเพศจะไม่ถือว่าเป็นพยานพื้นฐาน แต่ก็อนุญาตให้ใช้พยานที่เป็นสตรีเพศได้ถ้าหากเรื่องดังกล่าวเป็นเรื่องที่เกี่ยวกับผู้หญิงและเรื่องเกี่ยวกับอวัยวะที่ปกปิดเนื่องจากอิสลามห้ามมิให้เพศชายมองอวัยวะที่ต้องปกปิดของสตรีเพศ ซึ่งพิกฮฺมองว่าเป็นสิ่งจำเป็น (ضرورات) อนุญาตให้สตรีเพศให้การเพียงปากเดียวได้

ในกฎหมายของไทยไม่มีข้อจำกัดในเรื่องเพศแต่อย่างใดหากพยานนั้นสามารถเข้าใจและตอบคำถามได้ก็ถือว่าใช้ได้แล้ว เมื่อนำหลักการของเดออร์วินมาเปรียบเทียบแล้ว พยานที่เป็นหญิงในกฎหมายไทยกับกฎหมายอิสลามนั้นมีความแตกต่างกัน

4.6.12 การตรวจพิสูจน์ทางดิจิทัล (Digital Forensic)

การตรวจพิสูจน์ทางดิจิทัล ถือเป็นศาสตร์สาขาใหม่ที่เกี่ยวข้องกับมนุษย์ในปัจจุบัน และอนาคต หากทำความเข้าใจในการระบบดิจิทัลแล้วจะเข้าใจว่าระบบดิจิทัลเป็นเอกสารทางด้าน อิเลคทรอนิกส์ประเภทหนึ่งที่ไม่เหมือนกับเอกสารที่เป็นตัวอักษรหรือตัวเลข แผนผัง ที่สื่อความหมาย และเป็นสิ่งที่จับต้องได้แต่สื่อดิจิทัลต้องมีเครื่องมือทางอิเล็กทรอนิกส์มาเกี่ยวข้องในการแปลงค่าในรูป กระแสไฟฟ้า เลเซอร์ หรือคลื่นความถี่ แลกแม่เหล็ก เมื่อได้บันทึกแล้วดิจิทัลจึงอยู่รูปแบบเฉพาะแต่ สามารถสื่อความหมายได้โดยใช้เครื่องมือแปลงค่า กฎหมายเกี่ยวกับสื่อดิจิทัลหลายฉบับทั้งกฎหมาย ไทยและต่างประเทศต่างก็เชื่อถือว่าดิจิทัลเป็นเอกสารทางอิเล็กทรอนิกส์ชนิดหนึ่งที่สามารถใช้เป็น พยานหลักฐานในคดีได้

จากตัวอย่างในบทที่ 3 เรื่องรายงานวิจัยของนักกฎหมายอิสลามที่ดี ความน่าเชื่อถือ การรับฟังเป็นพยานในศาลเริ่มเป็นที่ยอมรับในศาลอิสลามโดยเฉพาะประเทศมาเลเซีย

ส่วนกฎหมายไทยนั้นได้ยอมรับพยานหลักฐานด้านสื่ออิเล็กทรอนิกส์แล้วโดยมี กฎหมายรองรับหลายฉบับเช่น พ.ร.บ.คอมพิวเตอร์ กฎหมายเกี่ยวกับอีคอมเมิร์ซ เป็นต้น

เมื่อนำหลักการของเดอรวินมาเปรียบเทียบแล้วจะพบว่า การรับฟังพยานหลักฐาน ทางด้านดิจิทัลในกฎหมายไทยและกฎหมายอิสลามจึงมีความคล้ายกัน

4.6.13 พยานผู้เชี่ยวชาญในกรณีของล้ามแปล

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วล้ามแปลและคุณสมบัติของล้ามแปล อิสลามยังคงยึดหลักการ เดิมของพยานทั่วไป คือต้องเป็นมุสลิมที่มีใจเป็นธรรม หากไม่ใช่มุสลิมอนุญาตให้ได้ถ้าเป็นสิ่งจำเป็น เทียบเคียงกับกรณีของแพทย์ที่มีใจมุสลิมได้ ต้องเป็นไหมีไซ่เป็นทาส และต้องไม่มีส่วนได้เสียในเรื่อง นั้น ๆ

ตามทัศนะของอบูหะนีพะฮ์ที่คณะอบูยูสุฟที่คณะอบูหันบัล ล้ามแปลไม่ต้องใช้พยาน คู่หมายถึงล้ามเพียงคนเดียวก็สามารถใช้ได้ โดยจัดกลุ่มล้ามแปลไว้เป็นประเภทเดียวกับพยานที่ แดลงการณ์เป็นหนังสือ ไม่ใช่พยานในประเภทของผู้มาให้ปากคำ แต่อย่างไรก็ตามมีหลักฐานว่าท่าน เราะสุล ใช้ท่านซัยด บิน ซาบิต (เสียชีวิต ฮ.ศ.45) เป็นล้ามแปลเพียงคนเดียวในการสื่อสารกับ ชาวฮิว

ในกฎหมายไทยได้บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 13 ว่าการสอบสวนไต่สวนมูลฟ้องหรือพิจารณาให้ใช้ภาษาไทยแต่ถ้ามีการจำเป็นต้องแปลภาษาไทย เป็นภาษาต่างประเทศ หรือภาษาต่างประเทศเป็นภาษาไทยก็ให้ใช้ล้ามแปล

เมื่อมีล้ามแปลคำให้การคำพยานหรืออื่นๆ ล้ามต้องแปลให้ถูกต้องล้ามต้องสาบาน หรือปฏิญาณตนว่าจะทำหน้าที่โดยสุจริตใจจะไม่เพิ่มเติมหรือตัดทอนสิ่งที่แปลให้ล้ามลงลายมือชื่อใน คำแปลนั้น

ในกรณีที่ผู้เสียหายผู้ต้องหาจำเลย หรือพยาน ไม่สามารถพูดหรือเข้าใจภาษาไทยได้

และไม่มีลามให้พนักงานสอบสวน พนักงานอัยการหรือศาลจัดหาลามให้โดยมิชักช้า

ให้พนักงานสอบสวน พนักงานอัยการ หรือศาล สั่งจ่ายคูปองการแปลภาษาที่จัดทำใ้ตามมาตรฐานที่ระเบียบที่กระทรวงมหาดไทย สำนักงานอัยการสูงสุด หรือกระทรวงยุติธรรม แล้วแต่กรณีกำหนดโดยได้รับความเห็นชอบจากกระทรวงการคลัง”

กฎหมายไทยมิได้บังคับว่าในการพิจารณาของศาลทุกครั้งจะต้องแปลภาษาไทยเป็นภาษาต่างประเทศในกรณีที่จำเลยเป็นชาวต่างประเทศการจะให้ล่ามแปลหรือไม่เป็นดุลพินิจของศาล แม้ในวันสอบคำให้การจำเลยศาลชั้นต้นจะมีได้จัดล่ามแปลคำฟ้องเป็นภาษาอังกฤษให้แก่จำเลยซึ่งเป็นชาวออสเตรเลียฟังแต่จำเลยยังมีได้ให้การในวันนั้นโดยได้แต่งตั้งทนายความและยื่นคำให้การต่อศาล ในอีกหนึ่งเดือนต่อมาโดยมีลายมือชื่อของล่ามลงไว้ด้วยแสดงว่าจำเลยเข้าใจคำฟ้องที่ศาลได้อ่านให้ฟัง ในวันสอบคำให้การจำเลยแล้วทั้งต่อมาก็ปรากฏว่ามีล่ามแปลทุกครั้งที่มีการพิจารณาคดีจึงไม่เป็นเหตุให้เพิกถอนและพิจารณาพิพากษาใหม่(คำพิพากษาฎีกาที่ 52/2529)

เมื่อนำหลักการของเดอริวินมาเปรียบเทียบกับแล้วการใช้ล่ามแปลในกฎหมายไทยและกฎหมายอิสลามมีความแตกต่างกันเรื่องคุณสมบัติของพยาน

4.6.14 ผู้เชี่ยวชาญในการประเมินราคาทรัพย์สิน

ได้กล่าวมาแล้วในบทที่ 3 คดีที่พิพาทกันเรื่องความเสียหายที่เกิดขึ้นที่เป็นคดีแพ่ง อาจเกิดจากการประเมินค่าเสียหายโดยผู้เชี่ยวชาญสาขานั้น บางครั้งอาจจะได้แย้งเรื่องน้ำหนักของสินค้า หรือค่าเสียหายจากการทำละเมิด ความเสียหายที่เกิดขึ้นกับทรัพย์สิน ซึ่งกฎหมายอิสลามให้ใช้ผู้เชี่ยวชาญในการประเมินราคาถึง 2 คน และต้องเป็นผู้เชี่ยวชาญในสาขานั้น ๆ เช่น สถาปนิกหรือวิศวกรย่อมมีความเชี่ยวชาญในการประเมินราคาสินค้าก่อสร้าง หรือช่างซ่อมรถยนต์ย่อมมีความรู้ในการประเมินราคาอะไหล่รถ เป็นต้น

ในกฎหมายไทยก็มีการใช้ผู้เชี่ยวชาญในการประเมินราคาเช่นกันดังตัวอย่างคำพิพากษาต่อไปนี้ คำพิพากษาฎีกาที่ 5607/2550 เป็นคดีที่ศาลฎีกามีคำพิพากษาเมื่อวันที่ 4 กุมภาพันธ์ 2551 เป็นคดีพิพาทเรื่องภาษีธุรกิจเฉพาะที่มีประเด็นน่าสนใจในหลายมุมมอง ทั้งในเรื่องที่เป็นประเด็นใหม่ คือฐานภาษีธุรกิจเฉพาะของการขายที่ดินซึ่งไม่มีราคาตลาดที่แน่นอน การใช้ความเห็นจากพยานผู้เชี่ยวชาญด้านการประเมินราคาอสังหาริมทรัพย์และน้ำหนักการให้ปากคำของพยานดังกล่าวในศาลคดีนี้ในปี พ.ศ. 2539 บริษัท พบ. จำกัด ขายที่ดินพร้อมตึกแถวสองชั้นจำนวน 268 คูหาในราคา 230 ล้านบาท ราคาประเมินทุนทรัพย์เพื่อเรียกเก็บค่าธรรมเนียมในการจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรมตามประมวลกฎหมายที่ดิน มีมูลค่าสูงถึง 1,035 ล้านบาท เจ้าพนักงานประเมินของกรมสรรพากรประเมินภาษีธุรกิจเฉพาะจากฐานภาษีที่ 932 ล้านบาท แต่ศาลภาษีอากรกลางพิพากษาว่าราคาตลาดของที่ดินแปลงนี้ ซึ่งเป็นฐานภาษีธุรกิจเฉพาะคือ 505 ล้านบาท ศาลฎีกาพิพากษายืนตามศาลภาษีอากรกลางอะไรคือที่มาและเหตุผลของราคาตลาดดังกล่าว

เมื่อนำหลักการของเตอร์วินมาเปรียบเทียบกับจะเห็นว่ากฎหมายไทยและกฎหมายอิสลามมีความเหมือนกันในเรื่องการใช้ผู้เชี่ยวชาญในการประเมินราคา แต่อาจจะแตกต่างในประเด็นของจำนวนพยานผู้เชี่ยวชาญและคุณสมบัติพยาน

จากตัวอย่างที่ยกขึ้นกล่าวข้างต้นจะเห็นว่ารายงานการตรวจพิสูจน์ได้รับความนิยมมากขึ้นโดยเฉพาะในศตวรรษที่ 20 ไม่จำกัดเฉพาะการให้ความเห็นต่อศาลเท่านั้นปัจจุบันรายงานการตรวจพิสูจน์ได้ถูกแนบมากับคำฟ้องเลยเช่นการขยายเวลาอุทธรณ์การอุทธรณ์ก็อาจจะนำรายงานความเห็นแพทย์มาประกอบคำฟ้องเลย เป็นต้น ซึ่งทำให้ศาลมีความสะดวกในการสั่งคดีหรือยกคำร้องบางคดีที่เป็นคดีฟ้องหย่าเพราะเสื่อมสมรรถภาพทางเพศก็อาจจะแนบผลเอ็กซเรย์ ผลตรวจเลือด ผลตรวจทางด้านจิตเวช อีกทั้งงานผดุงครรภ์รวมทั้งการพยาบาลได้รับการพัฒนามากในกลางศตวรรษที่ 20 รวมทั้งงานด้านนิติเวช ความก้าวหน้าทางการแพทย์ รวมทั้งแพทย์เป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐทำให้มีความเป็นกลางมากขึ้นและน่าเชื่อถือมากขึ้น (Kutaiba S.Chaleby, 2004 : 88)

4.7 บรรทัดฐานกำหนดความเป็นบิดาในฟิกฮ์และกฎหมายทั่วไป

บรรทัดฐานที่ฟิกฮ์ได้วางหลักในการรับฟังความเป็นบิดาซึ่งอนุญาตให้ได้ 2 กรณี กรณีแรกต้องเป็นไปเพื่อสวัสดิภาพและผลประโยชน์ของเด็ก และเพื่อความชอบธรรม เพื่อให้สอดคล้องกับหลักการที่กูรอานและหะดีษได้วางไว้ อีกทั้งยังต้องคำนึงถึงหลักมนุษยธรรมและความชอบด้วยกฎหมายอีกด้วย กับสิ่งที่ต้องคำนึงอีกกรณีหนึ่งคือเมื่อมีการยกกล่าวอ้างนั้นย่อมหมายความว่าหญิงกระทำซินาหรือทำผิดประเวณีเกิดขึ้นด้วย ซึ่งผลที่ตามมาคือบทลงโทษหุดุดซึ่งเป็นลงโทษที่ถูกกำหนดไว้ในบทบัญญัติในศาสนา เพื่อป้องกันการละเมิดบทบัญญัติเหล่านี้ กฎหมายจึงต้องระบุให้ชัดเจนในการวางบรรทัดฐานในการกำหนดความเป็นบิดาในฟิกฮ์ ตามหลักการทั่วไปที่กำหนดไว้ว่า บุตรย่อมกำเนิดจากการแต่งงานของบิดามารดา เด็กย่อมต้องมีบิดาที่เกิดขึ้นระหว่างแต่งงานกับมารดาจึงเป็นบุตรที่ชอบโดยอัตโนมัติ

จากการศึกษาวิจัยจะเห็นว่าฟิกฮ์ได้วางข้อกำหนดเกี่ยวกับการเป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายในกฎหมายอิสลามคล้ายคลึงกับกฎหมายโรมันและกฎหมายจารีตประเพณีของอังกฤษ นอกจากนี้ฟิกฮ์ได้รับอิทธิพลจากศาสนาคริสต์ในลักษณะของกฎหมายเกี่ยวกับการเป็นบิดาไม่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งถูกปรับใช้ในกฎหมายของอังกฤษ และกฎหมายสหรัฐอย่างเห็นได้ชัดเจน

ดังที่กล่าวมาแล้วว่ากฎหมายอังกฤษและกฎหมายสหรัฐมีส่วนคล้ายคลึงกับกฎหมายอิสลามในเรื่องเกี่ยวกับการเป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมาย หลักการนี้เป็นหลักการที่ได้รับการปฏิบัติอย่างเคร่งครัดมาตั้งแต่ต้นศตวรรษที่ 18 เรียกหลักนี้ว่าหลักศีลธรรมและหลักความสอดคล้องในการปฏิบัติที่ดี โดยเฉพาะอย่างยิ่งเจตนารมณ์ในการดำรงสถาบันครอบครัวและสิทธิการรับมรดกรวมทั้งการกีดกันการเข้ามาถือสิทธิรับมรดกของบุตรนอกกฎหมายอีกด้วย (Kaplan, Brautbar, and

Nelken, 1979-80) เมื่อนำหลักของเตอร์วินมาใช้ในการเปรียบเทียบทั้งกฎหมายไทยและกฎหมายอิสลามแล้วมีส่วนคล้ายคลึงกันมาก

4.8 การพิสูจน์ความเป็นบิดากับบุตร

วิทยาการในเรื่องการพิสูจน์ความเป็นบิดากับบุตรนี้ ยังคงนำมาใช้อยู่เสมอ ในกฎหมายของประเทศตะวันตกกล่าวคือ มีคดีตัวอย่างเรื่องที่จำเลยแย้งว่าในกรณีที่มาตราพยายามทำแท้งหรือการที่ฝ่ายชายพยายามใกล้ชิดกับแม่เด็กในระหว่างที่ตั้งครรภ์ อาจจะสนับสนุนเหตุผลว่าฝ่ายชายเป็นบิดาของเด็ก หรือในกรณีที่ภรรยาที่ชอบด้วยกฎหมายของฝ่ายชายปฏิเสธความเป็นบิดาของเด็กหรือหญิงปฏิเสธความเป็นแม่เด็กก็ตามหรือเมื่อหญิงนั้นไม่ยอมแต่งงานหรือในกรณีที่ฝ่ายปฏิเสธว่าไม่ร่วมหลับนอนกับฝ่ายหญิงหรือฝ่ายโต้แย้งว่าตนไม่ใช่คนที่หลับนอนกับหญิงเพียงคนเดียวหากแต่ยังมีชายอื่นนอนกับนางอีกด้วย แล้วนางที่ตั้งครรภ์ จะตัดสินใจว่าใครคือพ่อของเด็กจึงต้องอาศัยพยานหลักฐานอื่นประกอบกันเช่นระยะเวลาการตั้งครรภ์ และพัฒนาการของครรภ์ต่าง ๆ รวมทั้งการสอบถามคำให้การของพยานผู้เชี่ยวชาญเพื่อคาดเดาระยะเวลาปฏิสนธิ อย่างไรก็ตามพยานผู้เชี่ยวชาญมีส่วนช่วยในการพิสูจน์ได้น้อยมากซึ่งประเด็นนี้หากมีการนำวิธีการตรวจพิสูจน์ด้วยดีเอ็นเอแล้ว จะเป็นสิ่งที่ง่ายมากและมีความน่าเชื่อถือสูง ดังที่ได้ยกตัวอย่างในบทที่ 2 กรณีของนักร้องนั้น

เมื่อนำหลักการของเตอร์วินมาเปรียบเทียบในเรื่องการพิสูจน์ความเป็นบิดาและบุตร ในกฎหมายไทยกับกฎหมายอิสลามนั้นยังมีความแตกต่างกัน แต่ในอนาคตเชื่อว่าการตรวจพิสูจน์ทางด้านดีเอ็นเอนี้จะถูกยอมรับมากขึ้นในโลกอิสลาม

4.9 ผลกระทบของวิทยาการสมัยใหม่ต่อการพิสูจน์ความเป็นบิดาและบุตร

ความชัดเจนในเรื่องการพิสูจน์ความเป็นบิดากับบุตรที่เด่นชัดเริ่มตั้งแต่ศตวรรษที่ 20 การค้นพบทางด้านวิทยาศาสตร์สมัยใหม่สามารถพิสูจน์ชัดเจนจนเป็นที่ยอมรับกันทั่วไปและกฎหมายก็ยอมรับในวิทยาการนี้ด้วย ในยุคเริ่มต้นของศตวรรษที่ 20 นักวิทยาศาสตร์ชื่อ คาร์ล แลนด์สไตน์เนอร์ ได้ค้นกรู๊ปเลือด โดยแบ่งกรู๊ปเลือด A B O ในร่างกายมนุษย์และได้นำเสนอต่อการประชุมนักวิทยาศาสตร์ในสแกนดิเนเวียในเมืองโคเปนเฮเก้นประเทศเดนมาร์ก ในปี ค.ศ.1952 ซึ่งยังทำให้เกิดการรับหรือปฏิเสธความเป็นบิดากับบุตรได้ส่วนหนึ่ง และโลกอิสลามก็ไม่ได้ปฏิเสธเรื่องกรู๊ปเลือดแต่อย่างใด เช่น ในปี ค.ศ.1937 มูฮัมมัด อะมารอ แพทย์และอาจารย์บรรยายอยู่ที่มหาวิทยาลัยอัลฮัซรฺ หลักสูตรปริญญัตริกฎหมายชะรีอะฮฺ ได้เขียนหนังสือเพื่อเตรียมความพร้อมให้กับนักศึกษาที่จะจบไปเป็นผู้พิพากษาในอนาคตว่า ได้วิเคราะห์ว่าวิทยาศาสตร์สมัยใหม่จะมีความ

น่าเชื่อถือกว่าระบบการพิสูจน์ความเป็นบิดาจากหลักวิชาพะฮุตร.มุฮัมหมัดกล่าวว่าหลักวิชาพะฮุมีน้ำหนักความน่าเชื่อถือน้อยกว่าการตรวจพิสูจน์ทางด้านการแพทย์ และหากนักศึกษาใช้การตรวจพิสูจน์ทางด้านการแพทย์ในศาล อาจทำให้ผู้พิพากษารุ่นก่อนไม่พอใจ ในหนังสือนี้ได้กล่าวถึง แลนด์สไตเนอร์ นักวิทยาศาสตร์ผู้ค้นพบและเป็นเจ้าของทฤษฎีกรุ๊ปเลือด ซึ่งจะเป็นแนวทางในการวินิจฉัยความเป็นบิดากับบุตรได้ ('Amara, Muhammad. 1937)

ต่อมาในปี ค.ศ.1970 ได้มีการค้นพบ Major histocompatibility complex (MHC) คือบริเวณที่เป็นที่ตั้งของกลุ่มยีน ที่ถูกค้นพบครั้งแรกจากการทดลองในหนู ว่ามีความสำคัญมาก ในการกำหนดการตอบรับ หรือปฏิเสธ เนื้อเยื่อ (tissue rejection) โดยพบว่า เกิดจากคุณสมบัติของ Classical MHC molecule หรือ MHC antigen ซึ่งเป็นโมเลกุลสำคัญ ที่สร้างจากยีนบน MHC โมเลกุลเหล่านี้ แสดงออกบนพื้นผิวเซลล์ (cell surface molecule) และมีรูปแบบแตกต่างกันมาก (highly polymorphic) บุคคลที่มี MHC ต่างชนิดกัน จะไม่สามารถเปลี่ยนถ่ายเนื้อเยื่อแก่กันได้ เราเรียก MHC ในหนู ว่า "H-2" ส่วน MHC ในคน มีชื่อเรียกว่า "human leukocyte antigen (HLA)" เนื่องจากโมเลกุลจำพวกนี้ ถูกค้นพบครั้งแรกบนผิวของเม็ดเลือดขาวในคน การศึกษาต่อมาพบว่า นอกจากคุณสมบัติที่เกี่ยวกับ tissue rejection แล้ว MHC มีความสำคัญมาก ในการควบคุมปฏิกิริยาตอบสนองทางภูมิคุ้มกัน จนได้ชื่อว่าเป็น Immune response (Ir) gene โดยที่ MHC Class I molecules ทำหน้าที่นำเสนอ Antigenic peptides ที่มาจาก endogenous pathway ให้แก่ CD8⁺ T Cell ในขณะที่ Class II molecules จะนำเสนอ Antigenic peptides จาก endocytic หรือ exogenous pathway แก่ CD4⁺ T cell นอกจากนี้ MHC ยังเป็นปัจจัยสำคัญ ที่เป็นตัวกำหนด Tcell repertoire ในบุคคลหนึ่งๆ จากกระบวนการ positive และ negative selection ในบทนี้ จะเน้นถึงความสำคัญของ MHC โมเลกุล ต่อระบบภูมิคุ้มกันของร่างกาย รวมทั้งความสัมพันธ์ต่อโรคต่างๆ ด้วย โดยจะกล่าวถึงเฉพาะ MHC ของคน นั่นคือระบบ HLA ซึ่งสามารถอธิบายได้ถึงความเป็นพ่อลูกกัน การค้นพบครั้งนี้นำไปสู่การค้นพบพรหัสพันธุกรรม (DNA) ในปีค.ศ.1985 โดยชาวอังกฤษชื่อ ศาสตราจารย์เจฟฟรี จากมหาวิทยาลัยเลสเตอร์ ในที่สุดซึ่งได้กล่าวมาแล้วในบทที่ 2 เปรียบเทียบกับกฎหมายไทยแล้วการตรวจพิสูจน์ทางด้านพันธุกรรมหรือ (DNA) ในปัจจุบันนี้ได้รับการยอมรับและเชื่อถืออย่างไม่มีข้อสงสัยในเรื่องนี้เลยดังเช่นปรากฏในต่อไปนี้

พบศพขามาเลยฝังดินในสภาพขึ้นอืดที่สวนทุเรียน ม.3 ต.เมาะมาวี สอบสวนทราบว่าผู้ตายเข้าไปจับตุ๊กแกในปากก่อนจะหายตัวไป ขณะนี้เจ้าหน้าที่ทราบตัวคนร้ายแล้วและเตรียมจะออกหมายจับเพื่อดำเนินคดีต่อไป วันนี้ (20 ม.ค.56) เมื่อเวลา 13.00 น. พ.ต.ท.อันธิร์ ก่ออารี รอง ผกก.สส.สภ.ยะรัง จ.ปัตตานี ได้รับแจ้งพบศพถูกฝังอยู่ในพื้นที่สวนทุเรียน ม.3 ต.เมาะมาวี จึงไปตรวจสอบพร้อมหน่วยกู้ภัยปัตตานี ถึงที่เกิดเหตุพบศพถูกฝังดินอยู่ในสภาพขึ้นอืดส่งกลิ่นเหม็นไปทั่วบริเวณเนื่องจากเสียชีวิตมาแล้ว 4 วันหน่วยกู้ภัยจึงได้นำศพขึ้นมาตรวจสอบ ทราบชื่อนายวาฮะ เจ๊ะส

แม่ อายุ 50 ปี เป็นชาวรัฐเคดาห์ ประเทศมาเลเซีย สภาพศพมีบาดแผลถูกแทงตามลำตัวหลายแห่ง ในที่เกิดเหตุไม่พบหลักฐานใด ๆ สอบสวนทราบว่า ผู้ตายได้เดินทางมาจากประเทศมาเลเซียมายัง บ้านญาติที่ อ.ยะรัง เพื่อมาจับตุ๊กแกไปขาย โดยช่วงก่อนเกิดเหตุผู้ตายได้ไปจับตุ๊กแกกับเพื่อนตามป่า และสวนยางจากนั้นก็ได้หายตัวไปทางญาติจึงเข้ามาแจ้งความต่อเจ้าหน้าที่จนกระทั่งมาพบว่าถูกฆ่า ตาย จากการสอบสวนของเจ้าหน้าที่ขณะนี้ทราบตัวคนร้ายแล้วและเตรียมที่จะออกหมายจับเพื่อดำเนินคดีต่อไป (หนังสือพิมพ์ผู้จัดการออนไลน์, พบศพชาวมาเลย์ฝังดินชั้นใต้ในสวนทุเรียน จ.ปัตตานี, เสนอข่าวเมื่อวันที่ 20 มกราคม 2555 (สืบค้นเมื่อวันที่ 22 เมษายน 2558)

ต่อมาได้นำเส้นผมและชิ้นส่วนของศพแล้วไปตรวจพิสูจน์กับบุตรชายผลการตรวจที่ ศูนย์พิสูจน์หลักฐาน 10 จังหวัดยะลา ได้รับผลตรวจต่อมายืนยันได้ว่าผู้ตายเป็นบิดาที่หายออกมา จากบ้านจริง จะเห็นได้ว่าดีเอ็นเอ (DNA) มีส่วนช่วยให้การปฏิบัติในพิสูจน์และหาตัวคนร้ายมา ดำเนินคดี และต่อมาได้จับกุมตัวผู้ต้องหา ผู้ต้องหาให้การรับสารภาพตลอดข้อกล่าวหา

เมื่อนำหลักการของเทอร์วินมาเปรียบเทียบแล้วจะเห็นว่ากฎหมายไทยและกฎหมาย อิสลามมีความแตกต่างกันในประเด็นของผลกระทบของวิทยาการสมัยใหม่

4.10 ทักษะของนักวิชาการมุสลิมและการยอมรับศูนย์รวบรวมฐานข้อมูลรหัสพันธุกรรมมนุษย์

เป็นเรื่องที่น่ายินดีที่นักวิชาการมุสลิมได้ยอมรับการวิทยาการทางด้านนิติ วิทยาศาสตร์ในกรณีของการพิสูจน์หลักฐานทางดีเอ็นเอ (DNA) เมื่อมีการอภิปรายในที่ประชุมอัล ฟิกฮ์อัลอิสลามี่ ในเมืองมักกะฮ์ ในปี 2002 โดยนาญิม अबดุลลอฮ์ अबดุลวาฮิด ว่าสามารถยืนยัน ความเป็นพ่อลูกกันได้ถึง 100 เปอร์เซ็นต์⁷⁵

ในที่ประชุมยังได้กล่าวถึงการนำดีเอ็นเอ (DNA) มาใช้ในการพิจารณาคดีอาญาได้อีก ด้วยเมื่อนาสีร์ฟาริด วาซิล⁷⁶ อดีตหัวหน้ามุฟตีแห่งประเทศอียิปต์ยอมรับว่าเป็นพยานหลักฐานที่ทรงคุณค่า และมีประสิทธิภาพที่สุด ในฐานะหลักการวิเคราะห์และพยานปากเอก การตรวจพิสูจน์เป็นสิ่งสำคัญ และสามารถบอกความจริงและสามารถคุ้มครองสิทธิของประชาชนได้ อย่างไรก็ตามถึงแม้ว่าเป็นเรื่อง ใหม่และต้องอาศัยระยะเวลาบ้างในการเป็นที่ยอมรับของนักวิชาการแต่เชื่อว่าในอนาคตจะได้รับการ ยอมรับอย่างกว้างขวาง

⁷⁵ สืบค้นจาก http://www.bab.com/articles/full_article.cfm?id=7010, สืบค้นเมื่อ 25 ธันวาคม 2558

⁷⁶ Nasrfarid al-wasil อดีตหัวหน้ามุฟตีแห่งอียิปต์ (1996-2002) ปัจจุบันยังเป็นอาจารย์ที่ปรึกษางานวิจัยของ มหาวิทยาลัยอัลฮัร

ชัยคฺ ซอลิฮฺ อัลชัยคฺ หัวหน้าผู้พิพากษาแห่งเมืองรียาด ประเทศซาอุดีอาระเบียศาล ประเทศซาอุดีอาระเบีย ได้ยอมรับคุณค่าและให้น้ำหนักของพยานจากดีเอ็นเอ (DNA) สูงมาก เช่นเดียวกับศาลของนานาอารยประเทศ เป็นพยานแวดล้อมที่มีน้ำหนักมากที่สุด แต่จะไม่ถือเอา พยานชนิดนี้เพียงอย่างเดียวเพื่อรับฟังมาลงโทษทางอาญาได้ จำต้องรวบรวมพยานหลักฐานอื่นมา ประกอบเพื่อจะรับฟังผลการตรวจพิสูจน์ของดีเอ็นเอ (DNA)⁷⁷

หลักพื้นฐานในการรับฟังพยานหลักฐานจากการตรวจพิสูจน์ทางด้านดีเอ็นเอ (DNA) ในการนำมาใช้คดีแพ่งและคดีอาญาอย่างแพร่หลายนี้ถือเป็นเรื่องใหม่ทางด้านวิทยาศาสตร์บางครั้งมีการตรวจแบบเท็จและเป็นเรื่องปกติในสังคมสะอูดีอะระเบียและกลุ่มประเทศอาหรับในคดีข่มขืนช่า นั้นปกติแล้วเจ้าหน้าที่จะมีการเก็บหลักฐานและส่งดีเอ็นเอ (DNA) ไปตรวจพิสูจน์ตามปกติอยู่แล้วหรือ ในกรณีที่มีคดีสงครามและทำลายศพก็มีการเก็บดีเอ็นเอ (DNA) เพื่อพิสูจน์อัตลักษณ์บุคคล ซอลิฮฺอัล ชัยคฺ ได้กล่าวเพิ่มเติมว่ามีกลุ่มประเทศอาหรับไม่กี่ประเทศที่รับเอาผลการตรวจพิสูจน์ทางด้านดีเอ็นเอ (DNA) มารับฟังประกอบการพิจารณาคดีอาญาและใช้คุ้มครองสิทธิทั้งสองฝ่ายไม่ว่าโจทก์หรือจำเลย โดยเฉพาะประเทศจอร์แดนได้รับการยืนยันจากฮานี จาซาน ที่ปรึกษาด้านนิติวิทยาศาสตร์ของ กระทรวงสาธารณสุขประเทศจอร์แดน กล่าวว่าประเทศจอร์แดนพิจารณาผลการตรวจดีเอ็นเอ (DNA) อย่างเดียวกับรับฟังลงโทษจำเลยได้แล้ว (Ron Shahan, 1997) และเรื่องที่เกี่ยวข้องกับคดีข่มขืนการ ตรวจเก็บดีเอ็นเอ (DNA) มักจะไม่มีพยานยืนยันเมื่อมีการตรวจพิสูจน์และพยานแวดล้อมอื่น ๆ มา ประกอบก็สามารถรับฟังลงโทษได้ และในการประชุมนักวิชาการด้านฟิสิกส์ที่เมืองมักกะฮฺ ปี ค.ศ. 2002 เองก็ไม่มีบทห้ามมิให้รับฟังพยานหลักฐานทางด้าน การตรวจพิสูจน์ดีเอ็นเอ (DNA) จาก ชะรีอะฮฺเลย แต่ไม่รวมในคดีที่เกี่ยวกับหุุดุดและคดีกิกศอศ

การใช้ผลการตรวจพิสูจน์ทางด้านดีเอ็นเอ (DNA) ในการพิจารณาคดีในศาลเพื่อ พิสูจน์ความเป็นบิดาและบุตรซึ่งแต่งงานโดยไม่ได้มีการจดทะเบียนสมรสและรับรองโดยเจ้าหน้าที่หรือ กระทำผิดประเวณีก่อให้เกิดปัญหาในทางเทคนิคมากกว่าคดีอาญาโดยเฉพาะในประเทศ ซาอุดีอาระเบีย เซด ผู้อำนวยการสถาบันศาลสูง ได้อธิบายอย่างชัดเจนว่าปัญหาการตรวจดีเอ็นเอ (DNA) นี้มักจะใช้ในกรณีที่ก่อให้เกิดประโยชน์ต่อสาธารณะเท่านั้น เช่น เพื่อพิพากษาคดีอาญา เพื่อ พิสูจน์อัตลักษณ์บุคคลหรือเพื่อพิสูจน์การสวมสิทธิ์ทางทะเบียนของบุคคลใดบุคคลหนึ่ง แต่ไม่ควร นำมาใช้ในคดีที่เกี่ยวข้องกับการทุจริตคอร์รัปชัน เช่นในคดีที่เกี่ยวกับการฟ้องร้องให้บิดารับรองบุตร ตั้งแต่กฎหมายอิสลามได้ปกป้องการสืบสนในเรื่องสายโลหิตตามหลักบุตรย่อมกำเนิดมาจากการบิดา มารดา แทนหลักฐานอื่น ๆ เพื่อจะปกป้องเด็กจากการกระทำสิ่งเลวร้ายจากบิดาของเขาซึ่งเมื่อมีการ

⁷⁷ สืบค้นจาก www.ashargalawsat.com/details.asp?section=43&article=337484&issue=9873, สืบค้นเมื่อ 25 ธันวาคม 2558

ฟ้องร้องแล้วยอมเป็นที่รู้จักทั่วไปและห้ามมิให้มีการใช้ดีเอ็นเอ (DNA) ในการฟ้องร้องถอดถอนความเป็นบิดา อีกทั้งอิสลามปกป้องเกียรติยศและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ จึงห้ามมิให้มีการใช้ดีเอ็นเอ (DNA) ในการฟ้องร้องว่าเด็กเกิดจากการทำผิดประเวณีของบิดามารดา โดยให้ใช้พยาน 4 คน ที่เป็นประจักษ์พยานในการรับฟังว่ามีการกระทำผิดประเวณี

การประชุมนักวิชาการด้านฟิกฮ์อิสลาม ในปี ค.ศ.2002 ที่นครมักกะฮ์ ซึ่งเป็นการประชุมในลักษณะนี้เป็นครั้งที่ 16 ในที่ประชุมลงมติให้บัญญัติวิธีการใช้ (DNA) ในการฟ้องร้องให้บิดารับรองบุตร มีลักษณะจำกัดเฉพาะ 3 ประการต่อไปนี้เท่านั้น

ประการแรกภายใต้ข้อบังคับของฟิกฮ์ บุคคลย่อมมีสิทธิในการฟ้องร้องและพิสูจน์ (DNA) ในกรณีที่ไม่ทราบว่าเป็นบิดา

ประการที่สองใช้ในกรณีที่เกิดความสับสนในเรื่องเด็กที่เกิดในโรงพยาบาลจากความผิดพลาดจากการดูแลเด็กหรือการทดลองเด็กหลอดแก้ว

ประการที่สามการพิสูจน์อัตลักษณ์ของเด็กในกรณีพลัดหลงจากเหตุภัยพิบัติและภัยจากสงครามซึ่งที่ประชุมลงมติเป็นเอกฉันท์ในการบังคับใช้ในศาลชะรีอะฮ์ทั่วไป

ทัศนะคติในลักษณะเดียวกันนี้ได้มีนักวิชาการด้านฟิกฮ์ 3 ท่าน คือ อาจารย์จากมหาวิทยาลัยอัลฮัร อับดุลมาญิด ซุบฮิ ท่านมุหัมมัด อิกบัล นัดวี อิหม่ามมัสญิดคัลการี ประเทศแคนาดา และอดีตศาสตราจารย์จากมหาวิทยาลัยคิงส์สะอูด ประเทศซาอุดีอาระเบียและโดยท่านอับดุลคอลิกหะซันอัซซารีฟ โต้แย้งว่าการตรวจพิสูจน์ (DNA) มีผลต่อการการสนับสนุนน้ำหนักของพยานหลักฐานเท่านั้น ยังไม่มีประสิทธิภาพพอในการพิสูจน์ความสายโลหิตได้ เพราะการตรวจพิสูจน์ไม่สามารถบ่งบอกได้ว่าเกิดจากการผิดประเวณีหรือเกิดจากความพอใจและถูกบังคับ ซึ่งแตกต่างจากพยานบุคคลหรือคำรับสารภาพและคำสาบาน⁷⁸

เมื่อตั้งคำถามว่าสามีคนหนึ่งถูกฟ้องว่าภรรยาตนเองกระทำผิดประเวณีและปฏิเสธการเป็นบิดาและสูญเสียสถานะการสมรส แล้วสามีหรือภรรยาก็จะนำเรื่องการตรวจดีเอ็นเอ (DNA) มาใช้ในการตรวจพิสูจน์กรณีนั้นหรือ สำหรับผู้ที่ถูกฟ้องว่าทำผิดประเวณีโดยไม่ได้นำพยาน 4 คน มายืนยันยอมกระทำไม่ได้ และอีกประเด็นหนึ่งเรื่องการทำลิอาน (لِيَان) พิธีสาบานระหว่างสามีภรรยา เมื่อสามีกล่าวหาว่า ภรรยาของตนได้ทำผิดซินา โดยสามีจะสาบาน 4 ครั้ง ว่าตนพูดความจริงในการกล่าวหาว่าภรรยาของตนมีชู้เพื่อหลีกเลี่ยงโทษฮัฎดในการใส่ร้ายป้ายสี (بُيُوت) ภรรยาของตน (ไบย 80 ครั้ง หากนำพยานมา 4 คน มายืนยันไม่ได้) และการที่ภรรยาของตนได้เสียก่อนแต่งงานแล้ว จะจัดการอย่างไร ในเมื่อมีกูรอานไว้ในบทต่อไปนี้ระบุไว้ว่า

⁷⁸ สืบค้นจาก www.Islamonline.net/fatwa/english/FatwaDisplay.asp?liFatwaID=80635. Dateoffatwa : 9 september 2002, สืบค้นเมื่อวันที่ 2 ตุลาคม 2558

﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ﴾

(النور، آية : 4)

ความว่า “และบรรดาผู้กล่าวโทษบรรดาหญิงบริสุทธิ์ แล้วพวกเขา มิได้นำพยานสี่คนมา พวกเขาจึงโดยพวกเขาแปดสิบที และพวกเขา เจ้าอย่ารับการเป็นพยานของพวกเขาเป็นอันขาด คนเหล่านั้นพวกเขาเป็นผู้ฝ่าฝืน”

(อัลนุร : อายะฮ์ 4)

ซึ่งบทนี้เป็นบทที่เรียกว่าถูกกำหนดไว้ชัดเจนแล้วว่าการใส่ร้ายภรรยาของตนว่าทำผิดประเวณีย่อมต้องรับโทษตามที่กำหนดไว้และที่ตามมาหลังจากจากการโดยแล้ว บทลงโทษสำหรับความผิดฐานใส่ร้ายป้ายสีภรรยา คือการไม่ยอมรับการเป็นพยานของผู้กระทำผิด นักกฎหมายอิสลามส่วนใหญ่ให้ทัศนะว่าการเป็นพยานของผู้กระทำผิดจะเป็นที่ยอมรับอีกครั้งถ้าหากเขาอุกแกโทษหรือสำนึกในบาป

จากการรวบรวมข้อมูลการวิจัยแล้วสามารถสรุปเพื่อให้สอดคล้องกับสถานการณ์ในปัจจุบันคือในประเทศอียิปต์การฟ้องร้องในเรื่องรับรองบุตรต้องมีพยานหลักฐานที่มั่นคงไม่สามารถนำพยานอื่นมาหักล้างได้เท่านั้น และอีกประการหนึ่งการฟ้องร้องคดีประเภทนี้เป็นตัวชี้วัดความตกต่ำทางด้านจริยธรรมทางสังคม และความเคร่งครัดทางด้านศาสนา นอกจากนี้ยังเป็นการปกป้องเกียรติยศและศักดิ์ศรีของเด็กและบรรพบุรุษทางสังคมอีกด้วย

อย่างไรก็ตามในประเทศอิสลามบางประเทศยังมีความเห็นขัดแย้งกันในประเด็นนี้พอสมควรเช่นปรากฏในข่าวสารทางสื่อออนไลน์ว่าเมื่อวันที่ 30 พฤษภาคม 2013 ในประเทศปากีสถานโดยคณะกรรมการอิสลามออกแถลงการณ์ว่าดีเอ็นเอ (DNA) ซึ่งเป็นพยานทางด้านนิติวิทยาศาสตร์นั้นศาลอิสลามแห่งประเทศปากีสถาน ไม่อาจยอมรับเป็นพยานหลักฐานเพื่อลงโทษผู้กระทำผิดในคดีข่มขืนได้ แต่เป็นพยานพหุติเหตุแวดล้อมกรณีได้ หมายความว่า การนำดีเอ็นเอเพียงอย่างเดียวเพื่อรับฟังโทษผู้กระทำผิดนั้นไม่ได้ต้องฟังพยานอื่นประกอบ⁷⁹

ในประเทศสหรัฐอเมริกามีการพัฒนาการสังคมก้าวหน้าในตลอดระยะเวลา 4 ทศวรรษ ได้ขยายวัฒนธรรมความเชื่อที่คลุมเครือของสถาบันครอบครัว จำนวนของการหย่าร้าง หญิงท้องไม่มีพ่อ มารดาไม่ผ่านการแต่งงาน รสนิยมทางเพศที่เป็นเพศเดียวกันไม่ว่าจะเป็นเกย์หรือเลสเบี้ยน เกิดคำถามทางสังคมมากมาย การอุ้มบุญกับการเช่าหลักจริยธรรม(ตามที่ปรากฏในสื่อของ

⁷⁹ สืบค้นจาก <http://www.dawn.com/news>, สืบค้นเมื่อวันที่ 10 เมษายน 2559

ประเทศไทย) การทำโคลนนิ่งถึงแม้จะมีการห้ามมิให้กระทำแต่เชื่อว่ามีแพทย์นอกريتแอบทำโคลนนิ่งอย่างลับ ๆ ในหลายประเทศ ดูตัวอย่างประเด็นต่อไปนี้

จากกรณีมีเพจ Bringcarmenhome ประกาศตามหาหญิงสาวที่เคยอุ้มบุญให้ชาว 2 ต่างชาติ Manuel กับ Bud Lake ซึ่งยังอยู่ในเมืองไทยตอนนี้ โดยทั้งสองมีลูกชายคนโตหนึ่งคนแล้วที่เกิดจากการอุ้มบุญในประเทศอินเดีย แต่ทั้งสองอยากได้ลูกอีกหนึ่งคน เลยเลือกที่จะมาดำเนินการตามที่เขาให้เหตุผลดังนี้ "เราเลือกประเทศไทยในการผสมเทียมและการจัดการตั้งครรภ์แทนโดยใช้ไข่จากผู้บริจาคเพื่อให้เกิดการตั้งครรภ์แทนกับแม่อุ้มบุญ (ซึ่งแม่อุ้มบุญนี้ไม่ใช่เจ้าของไข่ในการให้กำเนิดคาร์เมน) บริษัทตัวแทนในการจัดการผสมเทียมนี้ก็คือเป็นบริษัทที่มีชื่อเสียง พวกเขาไม่เคยเตือนเราว่าอาจจะเกิดปัญหาใดๆในการดำเนินการนี้หากเราเป็นคู่เกย์ แน่แน่นอนว่าเราจะไม่เริ่มต้นกระบวนการนี้ หากเรารู้ว่าจะเกิดเหตุการณ์เช่นนี้กับเรา" "แม่อุ้มบุญเคยเป็นมิตรและยินดีที่จะลงนามรับรองในเอกสารทั้งหมดในกระบวนการตั้งครรภ์แทนและรับรองเรื่องการเลี้ยงดูบุตรจนกระทั่งเมื่อคาร์เมนอายุได้สามวัน เธอได้พบกับมานูเอล คู่ชีวิตของผม เมื่อเธอรู้ว่าเราไม่ได้เป็นครอบครัว "ธรรมดา" ในสายตาเธอ เธอได้หยุดให้ความร่วมมือในทุกๆด้าน ในกระบวนการที่จะทำให้เราสามารถนำคาร์เมนกลับบ้านของเรา ตอนนี้ไม่เพียงแต่ตัวแม่อุ้มบุญที่ปฏิเสธในการให้ความร่วมมือ แต่กฎหมายใหม่ในประเทศไทยก็ไม่รองรับการจัดการตั้งครรภ์แทนในลักษณะนี้ และแม้ว่ากฎหมายนี้มีบทบัญญัติชั่วคราวที่อนุญาตให้พ่อแม่สามารถทำการเรียกร้องสิทธิในการเป็นผู้ปกครองเด็กของเขาได้อย่างเต็มรูปแบบ มันก็เป็นการเลือกปฏิบัติโดยใช้คำบัญญัติว่า "สามีและภรรยา" ด้วยเหตุนี้ จึงเหมือนเป็นการปิดเส้นทางของเราในการนำคาร์เมนออกจากประเทศที่เราสมควรที่จะได้รับสิทธิ เพียงเพราะเราเป็นคู่ชีวิตเกย์"

ต่อมาศาลแพ่งได้ตัดสินให้คู่เกย์เป็นผู้มีสิทธิในการปกครองบุตร เมื่อเดือนมีนาคม 2559 และเป็นที่ได้แย้งกันหมุ่กกฎหมายทั่วไป⁸⁰

ปัญหาในการทำงานนี้ผู้วิจัยเห็นว่าจะเกิดขึ้นในอนาคตเนื่องจากเทคโนโลยีการทางด้านจีโนมิกส์มีความก้าวหน้ามาก และเป็นไปได้ว่าในอนาคตมนุษย์ที่เกิดจากการผสมในหลอดแก้ว เช่น สมมติว่าได้ไข่หญิงจากนาง ก.และผสมกับเชื้อของชาย ข.จากนั้นได้นำไปปลูกถ่ายให้นาง ค.อุ้มท้อง แต่ปรากฏว่านาง ค.มีสามีอยู่ชื่อนาย ง. ความเกี่ยวกันทางด้านกฎหมายแล้วบุคคลที่กล่าวถึงทุกคนข้างต้นต่างก็มีสิทธิในตัวเด็กแต่อย่างไรก็ตามเทคโนโลยีด้านนี้ก็มีประสิทธิภาพหากนำมาใช้เพื่อคุ้มครองสังคม

สำหรับกฎหมายไทยการรับฟังพยานหลักฐานทางด้านดีเอ็นเอถือว่าเป็นพยานหลักฐานชั้นหนึ่งมีน้ำหนักน่าเชื่อถือมาก หลายคดีผู้วิจัยเก็บและรวบรวมพยานหลักฐานทางด้าน

⁸⁰ สืบค้นจาก www.facebook.com/bringcarmenhome, สืบค้นเมื่อ 1 เมษายน 2559

ดีเอ็นเอจากที่เกิดเหตุและศาลรับฟังลงโทษจำเลยหลายคดี เมื่อนำหลักของเดอริวินมาเปรียบเทียบ แล้วจะพบว่านักกฎหมายอิสลามค่อนข้างยอมรับพยานหลักฐานทางด้านดีเอ็นเอสูงขึ้น และกฎหมายชะรีอะฮ์ก็ไม่ได้มีบทห้ามเกี่ยวกับการเก็บและรวบรวมพยานหลักฐานชนิดนี้แต่อย่างใด บางประเทศรับฟังลงโทษจำเลยโดยอาศัยดีเอ็นเอแล้วด้วยซ้ำไป แต่ไม่นำมาใช้ในบทที่เกี่ยวกับหุุดและกิสอก จึงมีความเหมือนกันในสาระสำคัญและแตกต่างในข้อปลีกย่อยบ้าง

4.11 ความบกพร่องในการใช้นิติวิทยาศาสตร์

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วคุณสมบัติที่สำคัญประการหนึ่งของพยานผู้เชี่ยวชาญ หรือเจ้าหน้าที่ผู้จัดเก็บวัตถุพยานคือจิตสำนึกคุณธรรมและจริยธรรม จะทำให้ประชาชนศรัทธาในกระบวนการยุติธรรมและกระบวนการตรวจพิสูจน์ของนิติวิทยาศาสตร์ และขอยกตัวอย่างคดีหนึ่ง เพื่อให้เห็นภาพความจำเป็นที่ต้องสร้างจิตสำนึกคุณธรรมและจริยธรรม

ในเดือนมกราคม 1997 เจ้าหน้าที่ตำรวจสถานี Strathclyde Police Department จากเมืองสกอตแลนด์ ประเทศอังกฤษ ได้รับแจ้งว่ามีเหตุฆาตกรรม นางมาเรียน รอส ใกล้กับเมืองคิลมานอก อายุ 51 ปี อดีตเสมียนธนาคาร ถูกแทงตายในห้องน้ำภายในบ้าน ศพซีโครงหัก ถูกแทงที่ดวงตาและคอถูกเชือดด้วยกรรไกร เจ้าหน้าที่ตำรวจตั้งสมมติฐานว่าผู้ต้องสงสัยคือชายหนุ่มข้างบ้านคือคิลเบอร์นี แอชเบอร์รี่ และเจ้าหน้าที่จับกุมได้ภายใน 20 วัน โดยอาศัยลายนิ้วมือจากทะเบียนประวัติอาชญากรรมแห่งเมืองสกอตแลนด์ จากกระป๋องขนมปัง โดยผู้เก็บคือเจ้าหน้าที่เซอร์ แมกกี เจ้าหน้าที่ประวัติอาชญากรรมสกอตแลนด์ เจ้าหน้าที่เซอร์ รู้สึกไม่สบายใจที่ตนเองถูกอ้างว่าเป็นผู้เก็บลายนิ้วมือ เขาตั้งใจว่าจะไปร้องต่อศาลแต่เจ้าหน้าที่คนอื่น ๆ ขอร้องให้เขาปิดเรื่องนี้ไว้และให้เขาเปลี่ยนใจแล้วหนีไป แต่เขาคิดว่าเหยื่อฆาตกรรมนางมาเรียน รอสไม่ใช่แอชเบอร์รี่ ทำให้เซอร์ไม่ยอมเธอตัดสินใจแจ้งให้ศาลทราบว่าเขาไม่ได้เป็นผู้เก็บลายนิ้วมือคดีฆาตกรรมนางมาเรียน ในที่สุดเซอร์ก็ถูกดำเนินคดีฐานให้การเท็จต่อศาล เซอร์ ต่อสู้ว่าเขาไม่ได้ไปตรวจที่เกิดเหตุและไม่ได้ทิ้งลายนิ้วมือในที่เกิดเหตุ ในขณะที่แอชเบอร์รี่ ยังคงถูกดำเนินคดีอยู่ ผู้กระทำผิดยังคงลอยนวล ถือเป็นฝันร้ายของทศวรรษนี้เลยทีเดียว ผู้เชี่ยวชาญด้านลายพิมพ์นิ้วมือของอังกฤษยืนยันว่าเป็นลายนิ้วมือของเซอร์ อยู่ในที่เกิดเหตุและเธอโกหก ในสกอตแลนด์ลายพิมพ์นิ้วมือ ต้องตรงกันถึง 16 จุด และรอยลายนิ้วมือ ต้องได้รับรอง 2 คน ที่ทำงานแยกกัน และต้องเช็ค 3 ครั้งก่อนถึงศาล แต่เซอร์ ปฏิเสธคดีล่วงเลยต่อมาอีก 2 ปี ถ้าศาลเห็นว่าผิดจริงเซอร์ต้องถูกจำคุก 2 ปี เซอร์ ได้วางแผนในการสู้คดีของเธอโดยได้ขอให้ศาลนำเจ้าหน้าที่อเมริกันผู้เชี่ยวชาญ 2 นาย มาสนับสนุนคำให้การของเธอศาลอนุญาต และเจ้าหน้าที่อเมริกันต้องดูรอยลายนิ้วมือที่เก็บได้ว่าตรงกับลายนิ้วมือของเซอร์ หรือไม่ จึงเกิดการเผชิญหน้ากันระหว่างผู้เชี่ยวชาญรอยลายนิ้วมือระหว่างเจ้าหน้าที่ตำรวจสกอตแลนด์และอเมริกัน

เจ้าหน้าที่ผู้เชี่ยวชาญลายนิ้วมือจากอเมริกาคนแรก บอกว่าลายเส้นไม่ไขว้ของเซอร์ โดยอธิบายว่าใช้วิธีการเปรียบเทียบกับอาหารรอยต่อและรอยแยก โดยพบว่ามียรอยต่อ 5 จุด และยังต้องหาจุดที่ไม่เหมือนกันด้วย และพบว่ารอยเส้นทางขวาแตกออก 2 เส้น แต่เมื่อไม่พบจึงสรุปว่าเซอร์ แบกก็ไม่ได้ไปที่เกิดเหตุ เจ้าหน้าที่อีกคนยืนยันว่าเซอร์ ไม่ได้ไปที่เกิดเหตุ โดยพบรอยที่ไม่เหมือนกันถึง 10 จุด การพิสูจน์ลายนิ้วมืองดกล่าว ศาลจึงต้องปล่อยตัวเซอร์ ไป สรุปว่ากระบวนการระบุลายนิ้วมือเกิดการผิดพลาด การฆาตกรรมมาเรียน รอส ไมไซรอลายนิ้วมือของแอชเบอร์รี่ จากคดีดังกล่าวทำให้วิทยาศาสตร์เสียชื่อเสียงเป็นอย่างมากเพราะความผิดพลาดของผู้เชี่ยวชาญ คำถามคือถ้าเจ้าหน้าที่ผิดพลาด แล้วคนบริสุทธิ์ที่คนที่ติดคุก (Jim Fisher, 2008)

แต่ผู้วิจัยเห็นว่า เทคโนโลยีสมัยใหม่ยังคงล้ำค่าแม้แต่ในคดีของเซอร์ ซึ่งให้เห็นว่ามนุษย์ผิดพลาดได้จึงสรุปว่าหลักฐานทางนิติวิทยาศาสตร์ก็ผิดพลาดกันได้

เมื่อวันที่ 15 กันยายน 2557 เวลา 06.30 น.พนักงานสอบสวนสถานีตำรวจภูธรเกาะพะงัน จังหวัดสุราษฎร์ธานี ได้รับแจ้งเหตุพบศพ 2 นักท่องเที่ยวชาวอังกฤษ ที่เกาะเต่า อำเภอเกาะพะงัน จังหวัดสุราษฎร์ธานี เสียชีวิตอยู่ที่โขดหินหาดทรายรี สภาพศพนักท่องเที่ยวผู้ชายทราบชื่อต่อมาว่าชื่อนายเดวิด ถูกตีด้วยของแข็งที่ศีรษะนอนอยู่ห่างจากศพของนักท่องเที่ยวหญิงทราบชื่อต่อมาว่าชื่อ น.ส.ฮันนาห์ ประมาณ 15 เมตร ถูกตีด้วยของแข็งที่ใบหน้าและศีรษะเป็นผลจนกระทั่งจากการตรวจที่เกิดเหตุพบว่าร่างของบุคคลทั้งสองถูกลากออกจากกองเสื้อผ้าห่างจากจุดพบศพบนชายหาดประมาณ 12-15 เมตร ห่างออกไปประมาณ 60 เมตร บริเวณขอบไม้ริมชายหาดพบกันบูหรี่ยี่ห้อมาร์ลโบโรติดลิปสติคสีแดง 1 ชิ้น ยี่ห้อแอลเอ็ม 2 ชิ้น ถุงยางอนามัยใช้แล้ว 1 ชิ้น รองเท้าแตะ 1 คู่ ใกล้เคียงกันพบจอบด้ามไม้เปื้อนเลือด 1 อัน แพทย์ประจำโรงพยาบาลเกาะเต่าเข้าร่วมตรวจชันสูตรพลิกศพ ในที่เกิดเหตุ หลังจากนั้นเจ้าหน้าที่ตำรวจได้ส่งศพทั้งสองไปยังสถาบันนิติเวชวิทยาโรงพยาบาลตำรวจ สำนักงานตำรวจแห่งชาติ เพื่อชันสูตรโดยละเอียด ศพผู้หญิงพบว่ามีคราบอสุจิที่ช่องคลอดและทวารหนักของ น.ส.ฮันนาห์ เชื่อว่าคนร้ายในคดีนี้ข่มขืนแล้วฆ่า หลังจากนั้นเจ้าหน้าที่ตำรวจสืบสวนพบว่าผู้ต้องสงสัยคือนายซอร์รินหรือโซเรน อายุ 21 ปี ชาวพม่า กับนายอาพิว อายุ 21 ปี เท่ากัน ทำงานในสถานบริการไม่ไกลจากที่เกิดเหตุ และยังมีพยานชื่อนายเมามา เป็นเพื่อนผู้ต้องสงสัยชาวพม่า และจับกุมนายโซเรน และนายอาพิว ดำเนินคดี ผู้ต้องหาทั้งสองคนให้การรับสารภาพว่านั่งเล่นกีตาร์อยู่บริเวณที่เกิดเหตุ เห็นนักท่องเที่ยวทั้งสอง จึงใช้จอบทำร้ายนายเดวิด และข่มขืน น.ส.ฮันนาห์ และใช้จอบตีศีรษะและใบหน้า น.ส.ฮันนาห์ จนเสียชีวิตแล้วลากศพออกจากที่เกิดเหตุ ขณะที่ผลการตรวจดีเอ็นเอ (DNA) จากแรงงานพม่าในเกาะเต่าและคนที่อยู่ใกล้เคียงดีเอ็นเอ (DNA) ของผู้ต้องหาทั้งสองคนตรงกับศพของ น.ส.ฮันนาห์ แม้ว่าต่อมาเจ้าหน้าที่ตำรวจสามารถจับกุมคนร้ายได้ และกันนายเมามา เพื่อนของผู้ต้องหาเป็นพยานไว้ และมีการทำแผนประทุษกรรมในที่เกิดเหตุ ประกอบคำรับสารภาพไปแล้ว แต่ต่อมาผู้ต้องหาได้ร้องขอความเป็นธรรมว่าไม่ได้เป็นผู้กระทำ

ความผิดและถูกทำร้ายร่างกายให้รับสารภาพ นอกจากนั้นในโลกโซเชียลมีเดียสังคมออนไลน์ก็ได้มีการตั้งข้อสงสัยเกี่ยวกับผู้ต้องหาชาวพม่า 2 คน ว่าไม่ใช่คนร้ายในคดีนี้ แต่ต่อมาศาลจังหวัดเกาะสมุยได้ตัดสินลงโทษประหารชีวิตจำเลยทั้งสองคนเมื่อวันที่ 24 ธันวาคม 2558 โดยศาลอาศัพยาณหลักฐานได้จากการตรวจพิสูจน์ (DNA) จากถุงยางอนามัยที่ตกอยู่ในที่เกิดเหตุและจอบที่ใช้เป็นอาวุธ โดยอาศัยระยะเวลาที่ส่งของกลางคือส่งเวลา 10.00 น.ในวันเกิดเหตุ และได้ตัวจำเลยมาเมื่อเวลา 22.00 น.ซึ่งเป็นไปไม่ได้ว่าจะนำพยานที่เป็น (DNA) จากอสุจิไปวางไว้ในที่เกิดเหตุ⁸¹

คดีนี้ศาลใช้รับฟังพยานเพราะอาศัยการรับฟังพยานหลักฐานทางด้านนิติวิทยาศาสตร์เนื่องจากไม่มีประจักษ์พยานเห็นเหตุการณ์ขณะที่เกิดเหตุ ถึงแม้จะมีสื่อและหลายฝ่ายพูดจาโจมตีว่าการเก็บรวบรวมพยานหลักฐานเกิดจากการเก็บไม่ถูกต้อง จึงชอบที่จำเลยจะอุทธรณ์ต่อไป เพื่อให้ศาลเห็นว่ากระบวนการและขั้นตอนการเก็บของเจ้าหน้าที่พิสูจน์หลักฐานของตำรวจจะแสวงหาความยุติธรรมได้หรือไม่

4.12 ห่วงโซ่ความต่อเนื่องการครอบครองวัตถุพยาน (Chain of Custody)

ห่วงโซ่ความต่อเนื่องการครอบครองวัตถุพยานคือ ขั้นตอนของการกระทำของเจ้าหน้าที่ในครอบครองวัตถุพยานที่มีการต่อเนื่องสอดรับกัน โดยมีการบันทึกเอกสารและบุคคลที่ได้ครอบครองวัตถุพยาน โดยปกติเป็นลำดับของลายมือชื่อที่แสดงการผ่านจากบุคคลหนึ่งไปยังอีกบุคคลหนึ่งจนกระทั่งวัตถุพยานนั้นได้ถูกนำเสนอต่อศาลเพื่อพิจารณาซึ่งน้ำหนัก ทั้งนี้เพื่อเป็นหลักประกันว่าไม่ได้มีการแต่งเติมหรือกลั่นแกล้งให้มีวัตถุพยานเพิ่มขึ้นหรือขาดหายไป

โดยทั่วไปศาลหรือคณะลูกขุนจะรับฟังพยานหลักฐานที่เจ้าหน้าที่ตำรวจหรือเจ้าหน้าที่นิติวิทยาศาสตร์หรือเจ้าหน้าที่กองพิสูจน์หลักฐานที่ถูกนำเสนอต่อศาลว่าพยานหลักฐานชิ้นนั้นมีน้ำหนักน่าฟังหรือไม่ ไม่ว่าจะระบบงานยุติธรรมนั้นจะเป็นระบบกล่าวหาหรือระบบไต่สวน ศาลหรือคณะลูกขุนจำเป็นต้องพิจารณาลึกลงไปอีกว่าพยานหลักฐานชิ้นนั้นได้มีการจัดเก็บตามหลักมาตรฐานสากลที่จะทำให้พยานหลักฐานชิ้นนั้นไม่เป็นที่สงสัยว่ามีการจัดฉากหรือมีการนำพยานที่เจ้าหน้าที่เจตนาให้มีน้ำหนักเพิ่มขึ้นเพื่อกลั่นแกล้งให้ได้รับโทษ ดังตัวอย่างที่ได้นำเสนอไปแล้วหรือไม่ หลักสากลที่ศาลส่วนใหญ่ใช้หลักการหนึ่งเรียกว่า หลักการตรวจสอบวัตถุพยาน หมายความว่า ศาลต้องมั่นใจว่ากระบวนการจัดเก็บ การบรรจุภัณฑ์ การลงลายมือชื่อ การถ่ายภาพการจัดเก็บ การส่งต่อวัตถุพยาน การตรวจรับ วันเวลาที่ลงรับ การกำหนดเลขรหัสโดยที่เจ้าหน้าที่ผู้ตรวจไม่ทราบตัวตน

⁸¹สืบค้นจาก <http://news.coj.go.th/document/25122015170806kao%20tao.pdf>, สืบค้นเมื่อ 6 เมษายน 2559

คู่ความเป็นใคร การตรวจพิสูจน์ เครื่องมือการตรวจพิสูจน์ ความน่าเชื่อถือของเครื่องมือที่ตรวจพิสูจน์ จำนวนเจ้าหน้าที่ที่ผู้ตรวจพิสูจน์ การลงลายมือชื่อรับรองการตรวจพิสูจน์ การเก็บรักษาวัตถุพยาน และส่งรายงานการตรวจพิสูจน์ให้พนักงานสอบสวนหรือศาล เป็นต้น ซึ่งขั้นตอนดังกล่าวเมื่อเจ้าหน้าที่คนใดครอบครองวัตถุพยานที่ส่งมาตรวจนั้นต้องลงลายมือชื่อทุกขั้นตอนได้กระทำถูกต้อง สอดรับกัน ศาลสามารถเรียกเจ้าหน้าที่ครอบครองวัตถุพยานมาให้ปากคำได้ จากประสบการณ์ที่ผู้วิจัยปฏิบัติงานเกี่ยวข้องกับวัตถุพยานพบว่าสิ่งที่ต้องระมัดระวังมากที่สุดคือขั้นตอนการเก็บวัตถุพยาน เช่น การรักษาสถานที่เกิดเหตุ การสวมถุงมือถุงเท้า ความละเอียดและทักษะความชำนาญของเจ้าหน้าที่ในการเก็บเป็นสิ่งจำเป็นมากที่สุดในปัจจุบันอีกประเด็นหนึ่งการกักขังในตัวเจ้าหน้าที่ที่จัดเก็บก็ถือเป็นเรื่องสำคัญ เนื่องจากเจ้าหน้าที่ส่วนใหญ่เป็นเจ้าหน้าที่ตำรวจผู้จัดเก็บ และส่วนใหญ่ไม่ได้เป็นมุสลิม ผู้ตรวจพิสูจน์ก็เป็นเจ้าหน้าที่ตำรวจอาจมีการกลั่นแกล้งและอาจมีการลำเอียงแล้วแต่เติมวัตถุพยานอาจเพื่อต้องการปิดคดีหรือด้วยเหตุผลใด ๆ ก็ตาม จากประสบการณ์ผู้วิจัยพบว่าประเด็นดังกล่าวค่อนข้างละเอียดอ่อน แต่จะทำให้ที่น่าเชื่อถือมากยิ่งขึ้นหากเจ้าหน้าที่ที่จัดเก็บมีเจ้าหน้าที่เป็นมุสลิมร่วมด้วย

Prince of Songkhro
Pattani Campus