

บทที่ 4

เปรียบเทียบหลักการการอนุญาตตุลาการในกฎหมายอิสลามและกฎหมายไทย

หลังจากศึกษาการอนุญาตตุลาการในกฎหมายอิสลามและกฎหมายไทยในบทที่ 2 และบทที่ 3 นั้น ผู้วิจัยจึงนำข้อมูลของทั้งสองบทดังกล่าวมาศึกษาเปรียบเทียบโดยใช้วิธีการของมิลล์ (Mill's Method) โดยพิจารณาหลักของความสอดคล้อง (Agreement) หลักของความแตกต่าง (Difference) หลักของความสอดคล้องและไม่สอดคล้อง (Agreement and Disagreement) ซึ่งจะศึกษาเปรียบเทียบในประเด็นประวัติความเป็นมาของการอนุญาตตุลาการ องค์ประกอบและเงื่อนไขของการอนุญาตตุลาการของกฎหมายอิสลามและกฎหมายไทย ดังนี้

4.1 ประวัติความเป็นมาของการอนุญาตตุลาการ

ประวัติความเป็นมาของการอนุญาตตุลาการทั้งในกฎหมายอิสลามและกฎหมายไทยนั้นมีทั้งส่วนที่สอดคล้องและความแตกต่างกัน ทั้งในด้านนิยามความหมาย และความเป็นมาของการอนุญาตตุลาการดังต่อไปนี้

4.1.1 นิยามความหมาย

นิยามความหมายการอนุญาตตุลาการทั้งในกฎหมายอิสลามและกฎหมายไทยนั้นมีความสอดคล้องกันในการให้นิยามความหมายทางวิชาการ โดยได้แยกการให้ความหมายระหว่างการอนุญาตตุลาการ และอนุญาตตุลาการซึ่งมีความหมายดังนี้

1) ความหมายของการอนุญาตตุลาการในกฎหมายอิสลามสามารถสรุปได้ดังนี้

1. การอนุญาตตุลาการ คือ “การระงับข้อพิพาทโดยการแต่งตั้งบุคคลภายนอกบุคคลหนึ่ง หรือคณะหนึ่งขึ้นมาเพื่อทำหน้าที่ชี้ขาดข้อพิพาทหรือข้อเรียกร้องต่าง ๆ ของคู่พิพาท ด้วยความยินยอมของคู่พิพาททั้งสองฝ่าย”

2. อนุญาตตุลาการ คือ “บุคคล หรือกลุ่มบุคคลซึ่งได้รับการแต่งตั้งจากคู่พิพาทเพื่อทำการชี้ขาดข้อพิพาท”

2) ความหมายของการอนุญาตตุลาการในกฎหมายไทยสามารถสรุปได้ดังนี้

1. การอนุญาตตุลาการ คือ “การระงับข้อพิพาททางแพ่งและพาณิชย์โดยการแต่งตั้งบุคคลภายนอกบุคคลหนึ่ง หรือคณะหนึ่งขึ้นมาเพื่อทำหน้าที่ระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้น ด้วยการชี้ขาดข้อพิพาทนั้นๆ”

2. อนุญาโตตุลาการ คือ “บุคคล หรือกลุ่มบุคคลซึ่งได้รับการแต่งตั้งจาก คู่กรณีที่มีข้อพิพาทกันเพื่อการระงับข้อพิพาทโดยการชี้ขาด”

เมื่อพิจารณานิยามความหมายข้างต้นแล้ว การให้ความหมายของคำว่า การอนุญาโตตุลาการ และอนุญาโตตุลาการมีความสอดคล้องกันมาก ซึ่งในระบบกฎหมายทั้งสองได้มีการ ให้นิยามความหมายแยกกันระหว่างกระบวนการอนุญาโตตุลาการและอนุญาโตตุลาการ ดังนั้นนิยาม ความหมายของการอนุญาโตตุลาการนั้นสามารถสรุปได้ว่า การอนุญาโตตุลาการทั้งในกฎหมาย อิสลาม และกฎหมายไทยมีนิยามความหมายที่สอดคล้องกัน สามารถนำมาปรับและประยุกต์ใช้ ระหว่างกฎหมายทั้งสองระบบได้

4.1.2 ความเป็นมาของการอนุญาโตตุลาการ

ประวัติความเป็นมาของการอนุญาโตตุลาการทั้งในกฎหมายอิสลาม และกฎหมาย ไทยล้วนแล้วแต่มีวิวัฒนาการมาจากสังคมมนุษย์ยุคโบราณ และค่อยๆพัฒนาเป็นระบบกฎหมาย โดยพัฒนาการของการอนุญาโตตุลาการทั้งสองระบบมีดังนี้

1) พัฒนาการการอนุญาโตตุลาการในกฎหมายอิสลาม

พัฒนาการการอนุญาโตตุลาการในกฎหมายอิสลามสามารถแบ่งได้เป็น 2 ยุค คือ ยุคสังคมมนุษย์ก่อนอิสลาม และยุคอิสลาม โดยสามารถอธิบายได้ดังนี้

1.1) การอนุญาโตตุลาการยุคก่อนอิสลาม

การอนุญาโตตุลาการยุคก่อนอิสลามเป็นการระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นและมีอยู่คู่กับ สังคมมนุษย์มาอย่างช้านานตั้งแต่สมัยยุคโบราณ และเป็นการระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นก่อนองค์กร ระงับข้อพิพาทอื่น เช่น องค์กรศาล ซึ่งองค์กรศาลเป็นวิวัฒนาการที่มีการพัฒนาขึ้นมาเมื่อสังคมมนุษย์ มีความเจริญขึ้นและมีการขยายตัวของสังคมมากขึ้นเท่านั้น และเมื่อย้อนกลับไปดูอารยธรรมของ มนุษย์ยุคโบราณที่เป็นอารยธรรมที่ยิ่งใหญ่ก่อนที่อิสลามจะได้รับการเผยแพร่โดยท่านนบีมุฮัมมัด ﷺ คืออารยธรรมโรมัน ซึ่งเป็นอารยธรรมที่พัฒนาสังคมมนุษย์ยุคนั้นเป็นอย่างมาก ยุคโรมันได้มีการเริ่ม ร่างกฎหมายขึ้นมาเพื่อควบคุมสังคม โดยกฎหมายสำคัญในยุคนั้นคือกฎหมายสิบสองโต๊ะ

เมื่อก้าวถึงการอนุญาโตตุลาการในกฎหมายอิสลามจำเป็นต้องเริ่มศึกษาประวัติ วิวัฒนาการจากวิถีชีวิตของชาวอาหรับยุคก่อนอิสลาม ซึ่งมีการใช้ชีวิตเป็นเผ่าต่างๆ ทุกเผ่าจะมี หัวหน้าเผ่า พวกเขาจะเรียกว่า “ผู้นำเผ่า” หรือ “หัวหน้าเผ่า” โดยทุกเรื่องภายในเผ่าจะขึ้นอยู่กับ ผู้นำเผ่า หรือแม้แต่เรื่องนอกเผ่าเองผู้นำเผ่าก็ต้องจัดการ เช่นเดียวกัน ซึ่งชาวอาหรับในยุคก่อนไม่มี

กษัตริย์ที่มีความด้านรู้กฎหมายแต่อย่างใด ดังนั้นผู้ตัดสินหรือผู้ชี้ขาด มักจะตัดสินหรือผู้ชี้ขาดโดยไม่เป็นไปในรูปแบบที่เป็นทางการ

ดังนั้นรูปแบบการอนุญาตตุลาการของชาวอาหรับในยุคญาฮิลียะฮฺ(ก่อนอิสลาม)นั้น เป็นการเสนอข้อพิพาทที่เกิดขึ้นให้แก่บุคคลหนึ่งเป็นผู้ชี้ขาด ซึ่งบุคคลที่จะเป็นอนุญาตตุลาการจึงเป็นหัวหน้าเผ่า หรือผู้ที่มีความเชี่ยวชาญ และการชี้ขาดนั้นพวกเขาจะพิจารณาตามที่พวกเขาเห็นสมควร

นับได้ว่าการตัดสินข้อพิพาทของชาวอาหรับในสมัยก่อนอิสลามจะเป็นไปในรูปแบบของการอนุญาตตุลาการผสมผสานกับการใช้อำนาจของผู้ที่เป็นหัวหน้าเผ่าหรือผู้ที่มีอำนาจสูงสุดในเผ่าานั้น กล่าวคือ หากมีข้อพิพาทเกิดขึ้นภายในกลุ่มคู่พิพาทจะแต่งตั้งผู้ตัดสินชี้ขาดข้อพิพาทขึ้นมาหนึ่งคน ซึ่งส่วนมากจะเป็นหัวหน้าเผ่า หรือผู้นำวงศ์ตระกูล เป็นผู้ตัดสินชี้ขาดข้อพิพาทเนื่องจากต้องอาศัยอำนาจของบุคคลเหล่านี้ในการจัดการข้อพิพาทนั้นๆ

ดังนั้นอนุญาตตุลาการในยุคสมัยก่อนอิสลามผู้ที่ทำหน้าที่จึงเป็นผู้ที่มีอำนาจหรืออิทธิพลในสังคม เพื่อที่จะใช้อำนาจของผู้ที่ตัดสินมาบังคับคู่กรณีให้กระทำตามคำตัดสินที่ได้ทำการตัดสินโดยอนุญาตตุลาการ และมีได้มีบทบัญญัติทางกฎหมายใดๆมาเป็นเครื่องมือตัดสินในกรณีพิพาทที่เกิดขึ้นระหว่างคู่กรณี เพียงแต่เกิดจากความไว้วางใจของผู้คนในสังคมที่ไว้วางใจให้บุคคลใดมาระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นในระหว่างพวกเขาเท่านั้น

1.2) การอนุญาตตุลาการยุคอิสลาม

เมื่อศาสนาอิสลามได้ถูกบัญญัติเมื่อ 1400 กว่าปีที่แล้ว เพื่อการพัฒนาและฟื้นฟูสังคม การระงับข้อพิพาททางสังคมก็เป็นสิ่งที่อิสลามให้ความสำคัญเป็นอย่างมาก โดยได้เริ่มมีบทบัญญัติต่างๆเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทในรูปแบบต่าง ๆ ผ่านท่านเราะฮ์สูล ﷺ กระบวนการอนุญาตตุลาการเป็นกระบวนการระงับข้อพิพาทกระบวนการหนึ่งที่อิสลามได้กำหนดให้มีมาในบทบัญญัติอิสลามอย่างชัดเจน ทั้งในอัลกุรอาน อัสนุนนะฮ์ และบรรดาการกระทำของเหล่าบรรดาอัครสาวกของท่านเราะฮ์สูล ﷺ ที่ได้ใช้หลักการอนุญาตตุลาการอิสลามในการระงับข้อพิพาท ซึ่งได้มีการบัญญัติให้มีการระงับข้อพิพาททางอนุญาตตุลาการในอัลกุรอาน และปรากฏการส่งเสริมการใช้การระงับข้อพิพาททางอนุญาตตุลาการโดยอัสนุนนะฮ์ในหลายสายรายงาน จนกระทั่งในยุคของบรรดาอัครสาวกของท่านเราะฮ์สูล ﷺ ยังมีปรากฏการนำวิธีการระงับข้อพิพาททางอนุญาตตุลาการมาใช้ในการระงับข้อพิพาทเช่นกัน ดังที่กล่าวมาในบทที่ 2

ดังนั้นประวัติความเป็นมาของกระบวนการอนุญาตตุลาการอิสลามนั้นจึงมีปรากฏที่มาตั้งแต่ยุคก่อนอิสลาม จนกระทั่งมีปรากฏในยุคอิสลามโดยได้มีบทบัญญัติทั้งในอัลกุรอาน และ อัศสุนนะฮฺ ตลอดจนมาถึงยุคของเคาะหะบะฮฺก็ได้นำกระบวนการอนุญาตตุลาการมาใช้ในการระงับข้อพิพาทกันอย่างแพร่หลาย ซึ่งเป็นที่ยอมรับกันอย่างกว้างขวาง จนกระทั่งถือได้ว่าเป็นมติเอกฉันท์ถึงการอนุญาตของกฎหมายอิสลาม ให้มีการระงับข้อพิพาทโดยกระบวนการอนุญาตตุลาการ นอกจากกระบวนการระงับข้อพิพาทกระแสหลักด้วยกระบวนการศาล

2) พัฒนาการการอนุญาตตุลาการในกฎหมายไทย

พัฒนาการการอนุญาตตุลาการในกฎหมายไทย มีวิวัฒนาการเฉกเช่นเดียวกับ การอนุญาตตุลาการในกฎหมายอิสลาม กล่าวคือ มีพัฒนาการมาจากสังคมมนุษย์ยุคโบราณมาเป็น เวลาช้านานแต่ไม่มีหลักฐานว่าการอนุญาตตุลาการเกิดขึ้นมาเมื่อใด แล้วค่อยๆมีวิวัฒนาการทาง กฎหมายมาจนกระทั่งมีหลักฐานที่เป็นบทบัญญัติที่ชัดเจนปรากฏในกฎหมายตราสามดวง ถือว่าเป็น กฎหมายหมายที่เกี่ยวข้องกับการอนุญาตตุลาการที่เป็นลายลักษณ์อักษรฉบับแรกของไทยที่มีการค้นพบ ได้นั้นคือ พระไอยการลักษณะตระลาการ จุลศักราช 1068 ซึ่งอยู่ในอาณาจักรกรุงศรีอยุธยา มีรากฐาน มาจากกฎหมายพระธรรมมนูศาสน์ประเทศอินเดียและกฎหมายนี้ได้คัดลอกไว้ในกฎหมายตรา 3 ดวง ที่ใช้มาจนถึงกรุงรัตนโกสินทร์ตอนต้น

ต่อมาได้มีการยกเลิกการใช้กฎหมายตราสามดวงในสมัยพระบาทสมเด็จพระ จุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวรัชกาลที่ 5 แห่งกรุงรัตนโกสินทร์ เมื่อได้มีการปฏิรูปกฎหมายตามารูปแบบ กฎหมายตะวันตก โดยประเทศสยามขณะนั้นได้เลือกวิธีการใช้กฎหมายแบบลายลักษณ์อักษร (Civil Law System) จึงได้มีการบัญญัติกฎหมายเป็นประมวลขึ้นประกอบด้วยประมวลกฎหมาย 4 ฉบับ คือ ประมวลกฎหมายอาญา ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ประมวลกฎหมายแพ่งและ พานิชย์ และประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง กฎหมายทั้ง 4 ฉบับนี้เรียกอีกชื่อหนึ่งว่า กฎหมาย 4 มุมเมือง ซึ่งวิธีการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาตตุลาการนั้น ถูกบัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติ กระบวนวิธีพิจารณาความแพ่ง ร.ศ. 115 ตรงกับพุทธศักราช 2439 ในหมวดที่ 19 มาตรา 116-121 จึงมีผลทำให้รัฐสามารถเข้าแทรกแซงการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาตตุลาการได้ เนื่องจากกฎหมาย ฉบับนี้ได้มีการกำหนดให้มีเฉพาะการอนุญาตตุลาการในศาลเท่านั้น

หลังจากประเทศไทยได้มีการบังคับใช้กฎหมายพระราชบัญญัติกระบวนวิธีพิจารณา ความแพ่ง ร.ศ. 115 มาระยะหนึ่งแล้วได้มีการปรับปรุงพระราชบัญญัติกระบวนวิธีพิจารณาความแพ่ง

เรื่อยมา จนมีการบังคับใช้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง พุทธศักราช 2477 ยังมีบัญญัติกระบวนการระงับข้อพิพาททางอนุญาโตตุลาการ แต่กระบวนการระงับข้อพิพาททางอนุญาโตตุลาการดังกล่าวเป็นอนุญาโตตุลาการในชั้นศาลเท่านั้น

จนกระทั่งประเทศไทยได้ลงนามในอนุสัญญานิวยอร์ค (New York Convention) จึงได้มีการร่างพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 ซึ่งเป็นกฎหมายฉบับแรกของไทยที่ได้มีการบัญญัติเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการนอกศาลในประเทศไทย และประเทศไทยได้ใช้กฎหมายฉบับดังกล่าวมาจนมีการบังคับใช้พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ดังที่กล่าวมาแล้วในบทที่ 3

ดังนั้นการอนุญาโตตุลาการในกฎหมายไทยมีประวัติความเป็นมาที่ยาวนานควบคู่มา กับสังคมมนุษย์ เฉกเช่นเดียวกันกับประวัติความเป็นมาของอนุญาโตตุลาการอิสลาม จนกระทั่งได้มีการบัญญัติเรื่องการอนุญาโตตุลาการไว้ในกฎหมายตราสามดวง และได้มีการพัฒนาเรื่อยมาจนถึงพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ที่ใช้อยู่ในปัจจุบัน

เมื่อพิจารณาประวัติความเป็นมาของการอนุญาโตตุลาการทั้งในกฎหมายอิสลาม และกฎหมายไทยแล้ว สามารถสรุปได้ว่าการอนุญาโตตุลาการตามกฎหมายอิสลามและกฎหมายไทยมีประวัติความเป็นมาที่มีความสอดคล้องกันมาก กล่าวคือ มีวิวัฒนาการมาจากสังคมมนุษย์ในยุคโบราณ จนกระทั่งได้มีการบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการในกฎหมายทั้งสอง โดยการอนุญาโตตุลาการในกฎหมายอิสลามได้บัญญัติไว้ตั้งแต่ยุคท่านเราะสูลุลลอฮ์ ﷺ เมื่อกว่า 1,400 ปีก่อน และมีการรับใช้มาจนถึงปัจจุบัน ส่วนในกฎหมายไทยได้มีหลักฐานปรากฏกระบวนการระงับข้อพิพาททางอนุญาโตตุลาการในกฎหมายตราสามดวง ต่อมาเมื่อมีการชำระกฎหมายใหม่ได้มีการบรรจุไว้ในประมวลวิธีพิจารณาความแพ่ง จนกระทั่งได้มีการตราพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 และพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 รวมถึงการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 โดยการตราพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2562 ในปัจจุบัน

4.2 องค์ประกอบและเงื่อนไขของการอนุญาโตตุลาการ

องค์ประกอบและเงื่อนไขของการอนุญาโตตุลาการทั้งในกฎหมายอิสลาม และกฎหมายไทย มีทั้งส่วนที่มีความสอดคล้องกัน และส่วนที่มีความแตกต่างกัน ซึ่งผู้วิจัยขออธิบายตามหัวข้อดังนี้

4.2.1 กระบวนการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ

กระบวนการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการทั้งในกฎหมายอิสลามและกฎหมายไทย มีความสอดคล้องกัน คือ คู่พิพาททั้งสองต้องมีความเห็นพ้องกันที่จะมอบข้อพิพาทของตนให้อนุญาโตตุลาการ เพื่อระงับข้อพิพาทระหว่างทั้งสอง ถึงแม้ว่ากระบวนการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการทั้งในกฎหมายอิสลามและกฎหมายไทยจะมีความสอดคล้องกัน แต่ยังคงมีความแตกต่างในกระบวนการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการบางประเด็น ดังนี้

ก. สาเหตุการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ

สาเหตุการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการตามกฎหมายอิสลาม ไม่ได้จำกัดเพียงกรณีที่มีข้อพิพาทเท่านั้น หากแต่กฎหมายอิสลามได้เปิดโอกาสให้มีการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการในกรณีที่ไม่มีข้อพิพาทด้วย เช่น กรณีการทำสัญญาสมรส เรื่องครอบครัว ตามทัศนะของนักกฎหมายอิสลามบางส่วนในสำนักกฎหมายอัลมะลิกีย์ อัซฮาฟีอี และอัลชะนาบีละฮฺ ซึ่งเห็นว่ากฎหมายอิสลามได้มีบัญญัติให้มีการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการขึ้นมาเพื่อทำการในกรณีดังกล่าวได้ แต่ในกฎหมายไทยได้บัญญัติให้มีการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการไว้เพียงกรณีที่มีข้อพิพาทเท่านั้น ตามที่ปรากฏในมาตรา 11 ของพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545

ดังนั้นในประเด็นสาเหตุการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการทางกฎหมายอิสลามและกฎหมายไทยจึงมีความแตกต่างกัน ซึ่งกฎหมายไทยไม่ได้เปิดโอกาสให้มีการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการขึ้นมาเพื่อการทำสัญญาสมรส หรือเรื่องต่างๆที่เกี่ยวข้องได้แต่อย่างใด โดยการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการตามกฎหมายไทยนั้นแต่งตั้งขึ้นมาด้วยสาเหตุการเกิดข้อพิพาทที่เกิดขึ้นแล้ว หรืออาจเกิดขึ้นในอนาคตเท่านั้น

ข. การเสนอ และการตอบรับเพื่อการเข้าสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการ

การเสนอ และการตอบรับเพื่อการเข้าสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการทางกฎหมายอิสลามและกฎหมายไทยนั้นต่างคำนึงถึงความยินยอมของคู่พิพาทที่ประสงค์นำข้อพิพาทของตนเข้าสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการ รวมทั้งผู้ที่ตนเสนอให้เป็นอนุญาโตตุลาการนั้นจำเป็นต้องยินยอมเป็นอนุญาโตตุลาการด้วย โดยนักกฎหมายอิสลามมีความเห็นพ้องกันทั้งสี่สำนักกฎหมายว่า การแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการนั้นจำเป็นต้องได้รับความยินยอมจากคู่พิพาท หรือคู่สัญญาทั้งสอง ซึ่งสอดคล้องกับพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 11

ดังนั้นในประเด็นการเสนอ และการตอบรับเพื่อการเข้าสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการทั้งทางกฎหมายอิสลาม และกฎหมายไทยนั้นมีความสอดคล้อง โดยกระบวนการอนุญาโตตุลาการในระบบกฎหมายทั้งสองนั้นไม่อาจเกิดขึ้นได้หากกระบวนการแต่งตั้งไม่ได้รับความยินยอมจากคู่พิพาททั้งสองฝ่าย รวมถึงไม่ได้รับการตอบรับจากผู้ที่ได้รับการเสนอให้เป็นอนุญาโตตุลาการ

ค. ผู้ที่เสนอแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ

อนุญาโตตุลาการตามหลักกฎหมายอิสลามมิได้จำกัดขอบเขตของสาเหตุการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการไว้เพียงกรณีที่มีข้อพิพาทหรืออาจมีข้อพิพาทเท่านั้น แต่สามารถแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการในกรณีที่ไม่มีข้อพิพาทได้เช่นกัน ซึ่งแตกต่างจากกฎหมายไทยที่บัญญัติให้การแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการนั้นจำต้องแต่งตั้งในกรณีที่เกิดข้อพิพาทขึ้นมาหรืออาจเกิดข้อพิพาทในอนาคตเท่านั้น ตามมาตรา 11 ดังนั้นผู้ที่เสนอแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการตามกฎหมายอิสลามจึงไม่จำเป็นต้องเป็นคู่พิพาทเพียงอย่างเดียว หากแต่ผู้ที่เสนอแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการนั้น อาจเป็นเพียงคู่สัญญาที่ต้องการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการขึ้นมาเพื่อทำการอย่างใด อย่างหนึ่งก็ได้ เช่น แต่งตั้งอนุญาโตตุลาการขึ้นมาเพื่อทำสัญญาสมรระหว่างบุคคลทั้งสองฝ่าย เป็นต้น

ดังนั้นในประเด็นผู้ที่เสนอแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการทางกฎหมายอิสลาม และกฎหมายไทยจึงมีความแตกต่างกัน เนื่องจากผู้ที่เสนอแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการทางกฎหมายอิสลามอาจเป็นคู่พิพาทกันหรือไม่ก็ได้ แต่ผู้ที่เสนอแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการทางกฎหมายไทยจำเป็นต้องเป็นคู่พิพาท หรืออาจเป็นคู่พิพาทกันในอนาคตเท่านั้น

ง. บทบัญญัติที่นำเข้าสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการ

กฎหมายอิสลามมิได้จำกัดขอบเขตบทบัญญัติเพียงแต่ข้อพิพาททางการค้า หรือข้อพิพาททางแพ่งเท่านั้น หากแต่สามารถนำข้อพิพาททางอาญาซึ่งมิใช่ความผิดที่มีโทษทางสูงสุด และก็คือศ กล่าวคือ การอนุญาโตตุลาการทางกฎหมายอิสลามสามารถนำมาใช้ในการระงับข้อพิพาทได้ทั้งที่เป็นข้อพิพาททางแพ่ง และข้อพิพาททางอาญาที่มิใช่ความผิดที่มีโทษทางสูงสุด และก็คือศ ตามทัศนะของนักกฎหมายอิสลามสำนักกฎหมาย อัลชะนาฟี อี้ฮฮาฟีอี อัลชะนาบีละฮฺ และบางส่วนจากนักกฎหมายสำนักกฎหมายอัลมะลิกีย์ รวมทั้งในกรณีที่ไม่มีข้อพิพาทที่นักกฎหมายอิสลามบางส่วนมีความเห็นว่าจะสามารถแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการได้ แต่การอนุญาโตตุลาการทางกฎหมายไทย

สามารถใช้ระงับข้อพิพาทได้แต่เพียงกรณีที่เป็นข้อพิพาททางแพ่ง หรือข้อพิพาททางพาณิชย์เท่านั้น และข้อพิพาททั้งสองนั้นต้องไม่ใช้ในกรณีที่กฎหมายกำหนดว่าจะต้องใช้คำสั่งของศาลเท่านั้นอีกด้วย

ดังนั้นบทบัญญัติที่นำเข้าสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการตามกฎหมายไทย และกฎหมายอิสลามจึงมีความแตกต่างกัน กล่าวคือ การแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการตามกฎหมายอิสลามนั้น สามารถแต่งตั้งขึ้นมาเพื่อระงับข้อพิพาทได้ทั้งข้อพิพาททางแพ่ง พาณิชย และทางอาญา แต่กฎหมายไทยนั้นสามารถแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการขึ้นมาเพื่อระงับข้อพิพาทได้เพียงแต่ข้อพิพาททางแพ่ง และพาณิชย์เท่านั้น

จ. พยานหลักฐานในกระบวนการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ

การแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการตามกฎหมายอิสลามไม่ได้บัญญัติให้มีหลักฐานในกระบวนการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ โดยนักกฎหมายอิสลามมีความเห็นแตกต่างกันในประเด็นนี้ ซึ่งนักกฎหมายอิสลามส่วนใหญ่เห็นว่าจำเป็นต้องมีพยานบุคคลในการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ ตลอดจนมีพยานในขณะที่มีการชี้ขาดข้อพิพาทในสถานที่ชี้ขาดก่อนที่จะมีการแยกกันระหว่างคู่พิพาททั้งสอง เพื่อป้องกันการปฏิเสธคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ซึ่งทัศนะนี้เป็นทัศนะของนักกฎหมายอิสลามสำนักกฎหมายอัลฮะนาบียะฮ์ และอัลฮะนาฟีฮ์ และอัชชาฟีอีฮ์ โดยที่มึนักกฎหมายอิสลามอิสลามบางส่วนมีความเห็นว่าไม่จำเป็นต้องมีพยานบุคคลในการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการตามทัศนะของนักกฎหมายอิสลามสำนักกฎหมายอัลมะลิกียะฮ์ ส่วนหลักฐานในการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการเป็นหนังสือมีเพียงนักกฎหมายอิสลามบางส่วนเท่านั้นที่เห็นว่าการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการนั้นจำเป็นต้องทำเป็นหนังสือ เช่น อับดุลลอฮ์ บิน มุฮัมมัด แต่กฎหมายไทยนั้น ได้บัญญัติอย่างชัดเจนว่าจำเป็นต้องทำเป็นหนังสือ โดยทำเป็นสัญญาอนุญาโตตุลาการขึ้น และลงลายมือชื่อคู่พิพาททั้งสองฝ่าย พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 11 ซึ่งอาจมีพยานบุคคลด้วยหรือไม่ก็ได้

ดังนั้นประเด็นหลักฐานในกระบวนการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการทั้งในกฎหมายอิสลาม และกฎหมายไทยมีความแตกต่างกัน โดยนักกฎหมายอิสลามส่วนใหญ่เห็นว่าการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ ตลอดจนขณะที่มีการชี้ขาดอนุญาโตตุลาการนั้นจำเป็นต้องมีพยานบุคคล เพื่อป้องกันการปฏิเสธการชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ โดยมึนักกฎหมายอิสลามเพียงบางส่วนเท่านั้นที่เห็นว่าการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการจำเป็นต้องมีการจดบันทึกเป็นลายลักษณ์อักษร แต่อนุญาโตตุลาการตามกฎหมายไทยจำเป็นต้องทำเป็นหนังสือลงลายมือชื่อคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย โดยไม่จำเป็นต้องมีพยานบุคคลแต่อย่างใด

1) วิธีการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ

นักกฎหมายอิสลามมีความเห็นต่างกันเกี่ยวกับวิธีการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการว่า คู่พิพาทจะสามารถแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการเมื่อใด โดยทัศนะแรกซึ่งเป็นเป็นทัศนะของอบีอับดุลอะฮ์และอับนุ อับบาส เห็นว่า การแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการนั้นจำเป็นต้องแต่งตั้งในขณะที่มีข้อพิพาทเกิดขึ้นแล้ว ทัศนะที่สองซึ่งเป็นเป็นทัศนะของอัซซัจญาด และ อับนุ อะฎียะฮ์ และอ็ฏฏออบร์เศาะอ์ เห็นว่า การแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการนั้นไม่จำเป็นต้องให้เกิดข้อพิพาทขึ้นมาก่อน แต่การแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการนั้นสามารถแต่งตั้งได้หากคู่พิพาทคาดว่าจะเกิดข้อพิพาทขึ้นมา และทัศนะที่สาม ซึ่งเป็นเป็นทัศนะของมุฮัมมัด บิน กะอับ เห็นว่า การแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการนั้นแต่งตั้งได้เมื่อมีการเกรงกลัวเหตุพิพาทอย่างใดอย่างหนึ่ง ดังนั้นวิธีการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการตามกฎหมายอิสลามจึงแบ่งได้ดังนี้

(1) แต่งตั้งอนุญาโตตุลาการในขณะที่มีข้อพิพาทเกิดขึ้นระหว่างทั้งสอง โดยคู่พิพาททั้งสองฝ่ายยินยอมมอบข้อพิพาทของตนแก่อนุญาโตตุลาการ

(2) แต่งตั้งโดยสัญญาอนุญาโตตุลาการ กล่าวคือ หากคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายเกรงว่าต่อไปจะมีการกระทำที่ผิดสัญญาระหว่างกันแล้ว คู่พิพาททั้งสองฝ่ายประสงค์จะนำข้อพิพาทที่อาจเกิดขึ้นในอนาคตนั้นให้แก่อนุญาโตตุลาการชี้ขาด คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายสามารถทำสัญญาอนุญาโตตุลาการไว้ก่อนจะมีข้อพิพาทได้

(3) แต่งตั้งอนุญาโตตุลาการขึ้นมาในขณะที่มีความจำเป็นต้องใช้กระบวนการอนุญาโตตุลาการ เช่น กรณีการสมรสที่ต้องใช้อนุญาโตตุลาการ เป็นต้น

ส่วนวิธีการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการตามกฎหมายไทยนั้น พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 11 บัญญัติให้สัญญาอนุญาโตตุลาการนั้น เป็นสัญญาที่คู่พิพาทตกลงให้ระงับข้อพิพาททั้งหมดหรือบางส่วน ทั้งที่เป็นข้อพิพาทที่เกิดขึ้นแล้วหรือที่อาจเกิดขึ้นในอนาคต และพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 18 ได้กำหนดวิธีแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการไว้ 3 วิธีคือ

(1) การแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการโดยสัญญา กล่าวคือ กรณีที่คู่พิพาทได้กำหนดการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการไว้อย่างไรให้คู่พิพาทดำเนินการตามที่มีกำหนดไว้ในสัญญานั้น

(2) การแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการโดยกฎหมาย กล่าวคือ กรณีที่คู่พิพาทไม่อาจตกลงกันได้ในกรณีที่กำหนดให้มีอนุญาโตตุลาการเพียงคนเดียว หรือคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ดำเนินการ

แต่งตั้งอนุญาตตุลาการภายในระยะเวลา 30 วันตามที่กฎหมายกำหนด ให้คู่พิพาทอีกฝ่ายยื่นคำร้องต่อศาลให้มีคำสั่งแต่งตั้งอนุญาตตุลาการ

(3) การแต่งตั้งอนุญาตตุลาการโดยศาล กล่าวคือ กรณีที่มีได้มีการกำหนดวิธีการที่จะได้มาซึ่งอนุญาตตุลาการ ให้คู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งยื่นคำร้องต่อศาลให้แต่งตั้งอนุญาตตุลาการให้ตั้งนั้นเมื่อนำความเห็นของนักกฎหมายอิสลามมาพิจารณาประกอบกับพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 11 และ 18 แล้ว จะเห็นว่า มีความสอดคล้องกัน กล่าวคือ การแต่งตั้งอนุญาตตุลาการนั้นสามารถทำสัญญาแต่งตั้งอนุญาตตุลาการได้ทุกขณะไม่ว่าจะมีข้อพิพาทเกิดขึ้นแล้วหรืออาจเกิดขึ้นในอนาคต และการวิธีการแต่งตั้งอนุญาตตุลาการนั้นมีความสอดคล้องบางส่วน คือ การแต่งตั้งโดยมีสัญญาอนุญาตตุลาการระหว่างคู่พิพาททั้งสอง

2) คณะอนุญาตตุลาการ

กฎหมายอิสลามมิได้จำกัดจำนวนอนุญาตตุลาการไว้แต่อย่างใด ซึ่งนักกฎหมายมีมติเป็นเอกฉันท์เกี่ยวกับจำนวนคณะอนุญาตตุลาการนั้น ไม่จำเป็นต้องเป็นจำนวนคี่ เนื่องจากอายะฮ์อัลกุรอาน สุเราะฮ์ อัลนิสาอ์ อายะฮ์ที่ 35 ซึ่งได้บัญญัติให้มีการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาตตุลาการได้บัญญัติให้มีการแต่งตั้งอนุญาตตุลาการเป็นจำนวนคู่ ถึงอย่างไรก็ตามกฎหมายอิสลามยังเปิดโอกาสให้สามารถแต่งตั้งคณะอนุญาตตุลาการเป็นจำนวนคี่ได้ ดังที่มีปรากฏในอัลสุนนะฮ์ คณะอนุญาตตุลาการตามกฎหมายอิสลามจึงสามารถมีได้ทั้งจำนวนคู่และจำนวนคี่ แต่พระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 17 ได้จำกัดองค์คณะอนุญาตตุลาการไว้ให้เป็นจำนวนคี่เท่านั้น เพื่อที่จะให้สามารถลงมติในการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทได้

ดังนั้นคณะอนุญาตตุลาการตามกฎหมายอิสลาม และกฎหมายไทยนั้นมีความแตกต่างกัน กล่าวคือกฎหมายอิสลามมิได้จำกัดว่าคณะอนุญาตตุลาการนั้นต้องเป็นจำนวนคู่หรือจำนวนคี่ แต่กฎหมายไทยนั้นได้กำหนดให้คณะอนุญาตตุลาการนั้นต้องเป็นจำนวนคี่เท่านั้น

3) คุณสมบัติของอนุญาตตุลาการ

คุณสมบัติของอนุญาตตุลาการทั้งในกฎหมายอิสลาม และกฎหมายไทยมีทั้งที่เป็นคุณสมบัติพื้นฐาน คุณสมบัติทั่วไป และคุณสมบัติเฉพาะ โดยมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

1) คุณสมบัติพื้นฐาน

มีคุณสมบัติพื้นฐานสำคัญคือ ต้องมีความเป็นกลาง และตัดสินใจด้วยความยุติธรรม ซึ่งคุณสมบัติเหล่านี้มีบัญญัติไว้อย่างชัดเจนทั้งในบทบัญญัติกฎหมายอิสลามและกฎหมายไทยดังนี้

นักกฎหมายอิสลามมีความเห็นเกี่ยวกับคุณสมบัติของอนุญาโตตุลาการแตกต่างกันหลายประการ ซึ่งคุณสมบัติของอนุญาโตตุลาการนั้นต้องมีคุณสมบัติเฉกเช่นเดียวกับผู้พิพากษา และคุณสมบัติที่สำคัญของผู้พิพากษาคือความเป็นกลาง ซึ่งผู้ที่เป็นอนุญาโตตุลาการนั้นจึงต้องมีความยุติธรรมในการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทที่เกิดขึ้น โดยอัลลอฮ์ได้กำชับเรื่องการตัดสินชี้ขาดด้วยความยุติธรรมไว้ในสุเราะฮ์อันนิสาอ ส่วนหนึ่งจากอายะที่ 58 ว่า

﴿...وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ الْبَيْنِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ...﴾

سورة النساء من آية : 58

ความว่า “...และเมื่อพวกเจ้าตัดสินระหว่างผู้คน พวกเจ้าก็ต้อง

ตัดสินด้วยความยุติธรรม...”

อิบ努กะษีร์ (1999/2: 341) ได้อธิบายอายะฮ์นี้มีความว่า “อัลลอฮ์ได้ทรงชี้ให้การตัดสินชี้ขาดระหว่างมนุษย์ให้เป็นไปด้วยความยุติธรรม และเนื่องจากอายะฮ์นี้ห้ามหมัด บิน กะอับ ซัยด บิน อัลลัม และชะฮฺร บิน เทวาชับ กล่าวว่ อายะฮ์นี้ได้ประทานลงมาบัญญัติถึงการตัดสินชี้ขาดระหว่างมนุษย์

มีปรากฏในหะดีษว่า “แท้จริงอัลลอฮ์ทรงอยู่กับผู้ตัดสินที่ไม่อยุติธรรม ดังนั้นเมื่อมีการอธรรมเขาก็ต้องมอบหมายตัวเอง (อัลลอฮ์จะไม่ทรงพร้อมผู้ธรรม)” (1999/2: 341)

ดังนั้นคุณสมบัติพื้นฐานของอนุญาโตตุลาการตามกฎหมายอิสลามต้องเป็นผู้ที่มีความยุติธรรมในการพิจารณาและตัดสินชี้ขาด โดยคุณสมบัตินักกฎหมายอิสลามมีความเห็นพ้องกันว่าต้องมีในอนุญาโตตุลาการทุกฝ่าย

ส่วนในกฎหมายไทยได้มีการบัญญัติไว้อย่างชัดเจนในพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 19 วรรคแรก ดังนี้

- 1) อนุญาโตตุลาการต้องมีความเป็นกลาง
- 2) อนุญาโตตุลาการต้องมีความเป็นอิสระ และ
- 3) อนุญาโตตุลาการต้องมีคุณสมบัติตามที่กำหนดไว้ในสัญญาอนุญาโตตุลาการหรือในกรณีที่คู่สัญญาตกลงกันให้หน่วยงานซึ่งจัดตั้งขึ้นเพื่อดำเนินการระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการเป็นผู้ดำเนินการต้องมีคุณสมบัติตามที่หน่วยงานดังกล่าวกำหนด

จะเห็นได้ว่าพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 19 วรรคแรกได้กำหนดคุณสมบัติของอนุญาโตตุลาการซึ่งเป็นคุณสมบัติพื้นฐานไว้อย่างกว้างๆ โดยอาศัยหลักพื้นฐานคือ ความเป็นกลางและมีอิสระ รวมทั้งให้มีคุณสมบัติเป็นไปตามที่คู่พิพาทได้กำหนดไว้ในสัญญาอนุญาโตตุลาการ ซึ่งคู่พิพาทอาจกำหนดไว้ในสัญญาอนุญาโตตุลาการไว้ในเรื่องคุณสมบัติของ

อนุญาโตตุลาการในเรื่องความเชี่ยวชาญ หรือความชำนาญเฉพาะด้าน ซึ่งเป็นความต้องการเฉพาะสำหรับคู่พิพาทที่นอกเหนือไปจากเรื่องพื้นฐานที่สำคัญ ซึ่งการกำหนดคุณสมบัติของอนุญาโตตุลาการไว้ในสัญญาถือได้ว่าเป็นสิทธิ์ของคู่พิพาทที่จะมีความเป็นอิสระในการกำหนดคุณสมบัติต่างๆของอนุญาโตตุลาการไว้ในสัญญา เช่น คู่พิพาทอาจกำหนดในสัญญาว่าหากมีข้อพิพาทเกิดขึ้นคู่พิพาทต้องเสนอข้อพิพาทต่อสถาบันอนุญาโตตุลาการของสิงคโปร์ เป็นต้น

ส่วนประเด็นความเป็นอิสระของอนุญาโตตุลาการนั้น แม้ว่ากฎหมายไทยได้มีบัญญัติไว้ในมาตรา 19 แต่กฎหมายอิสลามไม่ได้กำหนดให้เป็นคุณสมบัติพื้นฐาน แต่ความเป็นอิสระนั้นเป็นคุณสมบัติเฉพาะของอนุญาโตตุลาการ เนื่องจากคุณสมบัติเฉพาะของอนุญาโตตุลาการตามกฎหมายอิสลาม คือ อนุญาโตตุลาการต้องมีคุณสมบัติเฉกเช่นเดียวกับผู้พิพากษา ซึ่งหนึ่งในคุณสมบัติของผู้พิพากษานั้นจำเป็นต้องมีความเป็นอิสระนั้น

ดังนั้นคุณสมบัติพื้นฐานของอนุญาโตตุลาการตามกฎหมายอิสลาม และกฎหมายไทยนั้นมีความสอดคล้องกันทั้งในด้านความยุติธรรม ความเป็นกลาง และความเป็นอิสระของอนุญาโตตุลาการ

2) คุณสมบัติทั่วไป

คุณสมบัติทั่วไปของอนุญาโตตุลาการตามกฎหมายอิสลาม และกฎหมายไทยนั้นเป็นคุณสมบัติที่อนุญาโตตุลาการจำเป็นต้องมีตามกฎหมาย โดยสามารถแยกได้ดังนี้

กฎหมายอิสลามนั้น นักกฎหมายอิสลามสำนักกฎหมายต่าง ๆ ได้กล่าวถึงคุณสมบัติทั่วไปของอนุญาโตตุลาการไว้หลากหลายดังต่อไปนี้

- 1) ด้านศาสนา
- 2) บรรลุศาสนภาวะ
- 3) อิสระชน
- 4) มีความสมบูรณ์ทางร่างกาย
- 5) เพศชาย
- 6) คุณสมบัติอื่นๆ เช่น ไม่อนุมัติให้ผู้ที่เป็นศัตรู หรือคู่พิพาทนั้นเป็นอนุญาโตตุลาการ

ส่วนกฎหมายไทยพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ได้ให้อิสระแก่คู่พิพาทในการกำหนดคุณสมบัติอย่างอื่นของผู้ที่จะมาเป็นอนุญาโตตุลาการตามแต่ความใจสมัครของคู่พิพาทนั้นๆจะตกลงกันในเรื่องคุณสมบัติทั่วไปของอนุญาโตตุลาการรวมทั้งต้องมีคุณสมบัติตามที่กำหนดไว้ในสัญญาอนุญาโตตุลาการ และต้องเปิดเผยให้คู่พิพาทอีกฝ่ายรับรู้ได้

ดังนั้นคุณสมบัติทั่วไปของอนุญาโตตุลาการตามกฎหมายอิสลาม และกฎหมายไทยจึงมีความแตกต่างกัน โดยกฎหมายอิสลามได้กำหนดคุณสมบัติของอนุญาโตตุลาการไว้อย่างละเอียดโดยกำหนดคุณสมบัติทั้ง 6 ประการไว้ แต่กฎหมายไทยให้อิสระแก่คู่พิพาทในการกำหนดคุณสมบัติทั่วไปของอนุญาโตตุลาการแต่จำเป็นต้องระบุในสัญญาอนุญาโตตุลาการ ซึ่งหากคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่เป็นด้วยกับคุณสมบัติของอนุญาโตตุลาการก็สามารถคัดค้านได้

3) คุณสมบัติเฉพาะ

กฎหมายอิสลามได้กำหนดคุณสมบัติเฉพาะของอนุญาโตตุลาการไว้ว่า ผู้ที่เป็นอนุญาโตตุลาการนั้นจำเป็นต้องมีความสามารถในการวินิจฉัยข้อกฎหมายได้ โดยให้นำเอาคุณสมบัติของผู้พิพากษามาใช้กับอนุญาโตตุลาการ

ส่วนของกฎหมายไทยนั้น การตั้งอนุญาโตตุลาการนั้นขึ้นอยู่กับสัญญาอนุญาโตตุลาการที่คู่พิพาทตกลงกันแต่งตั้งขึ้นมา ดังนั้นคุณสมบัติต่างๆที่นอกเหนือจากที่กฎหมายกำหนดจึงขึ้นอยู่กับคู่พิพาทจะกำหนดขึ้นมา ซึ่งคู่พิพาทอาจกำหนดคุณสมบัติที่เกี่ยวข้องกับความเชี่ยวชาญเฉพาะของผู้ที่จะถูกแต่งตั้งเป็นอนุญาโตตุลาการ เช่น สัญญาซื้อขายพืชผลทางการเกษตร คู่พิพาทอาจกำหนดว่าผู้ที่จะมาเป็นอนุญาโตตุลาการต้องเป็นผู้ที่มีความเชี่ยวชาญทางด้านเกษตรโดยเฉพาะ หรือข้อพิพาททางครอบครัวและมรดกอิสลามคู่พิพาทอาจกำหนดว่าผู้ที่จะมาเป็นอนุญาโตตุลาการต้องเป็นผู้ที่มีความรู้ความสามารถทางกฎหมายครอบครัวและมรดกอิสลามก็ได้

ดังนั้นคุณสมบัติเฉพาะของอนุญาโตตุลาการตามกฎหมายอิสลามและกฎหมายไทยจึงมีความแตกต่างกัน โดยกฎหมายอิสลามจะเน้นในเรื่องความสามารถในการวินิจฉัยข้อกฎหมาย แต่กฎหมายไทยนั้นอนุญาตให้คู่สัญญาระบุคุณสมบัติเฉพาะไว้ในสัญญาอนุญาโตตุลาการ ซึ่งในทางปฏิบัติส่วนใหญ่จะมีการระบุเกี่ยวกับความเชี่ยวชาญเฉพาะด้าน

4.2.2 กระบวนการพิจารณาข้อพิพาท

กระบวนการพิจารณาข้อพิพาทของอนุญาโตตุลาการมี 3 ประเด็นคือ การเริ่มกระบวนการระงับข้อพิพาททางอนุญาโตตุลาการ วิธีการดำเนินการ และการสิ้นสุดกระบวนการอนุญาโตตุลาการ

1) การเริ่มกระบวนการระงับข้อพิพาท

กระบวนการพิจารณาข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการจึงเป็นไปในรูปแบบที่ไม่เป็นทางการ กล่าวคือ ไม่มีความชัดเจนด้านสถานที่ กระบวนการ และคณะอนุญาโตตุลาการ ดังนั้นการเริ่มกระบวนการอนุญาโตตุลาการจึงมีรูปแบบที่แตกต่างจากการเริ่มกระบวนการทางศาล ซึ่งระบบกฎหมายทั้งสองระบบมีการเริ่มต้นกระบวนการอนุญาโตตุลาการ โดยกระบวนการระงับข้อพิพาททางอนุญาโตตุลาการตามกฎหมายอิสลามนั้นเริ่มโดยการมอบข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจากความยินยอมของ

คู่พิพาท กระบวนการระงับข้อพิพาททางอนุญาโตตุลาการจึงเริ่มต้น เมื่อคู่พิพาทตกลงยินยอมกันมอบข้อพิพาทให้แก่อนุญาโตตุลาการและผู้ที่ถูกเสนอข้อพิพาทยอมรับเป็นอนุญาโตตุลาการ

การเสนอแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการฝ่ายหนึ่ง และการตอบรับที่จะยินยอมให้ระงับข้อพิพาททางอนุญาโตตุลาการของคู่พิพาทนั้น สามารถกระทำได้ทั้งด้วยคำพูด และการกระทำ กล่าวคือ การยินยอมกันมอบข้อพิพาทให้แก่อนุญาโตตุลาการของคู่พิพาทนั้นไม่จำเป็นจะต้องทำเป็นหนังสือหรือสัญญาแต่เพียงอย่างเดียว หากแต่สามารถแสดงเจตจำนงในการยินยอมกันมอบข้อพิพาทให้แก่อนุญาโตตุลาการด้วยคำพูดได้ และผู้ที่ได้รับเสนอให้เป็นอนุญาโตตุลาการนั้นสามารถทำการตอบด้วยการแสดงเจตจำนงในรูปแบบใดรูปแบบหนึ่งได้เช่นกัน

ส่วนกระบวนการระงับข้อพิพาททางอนุญาโตตุลาการตามกฎหมายไทยนั้น เริ่มต้นของการเสนอข้อพิพาทให้อนุญาโตตุลาการชี้ขาดข้อพิพาทตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 นั้นได้บัญญัติให้การดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการจะเริ่มต้นได้นั้นจะต้องเกิดจากกรณีใดกรณีหนึ่งจาก 4 กรณีดังต่อไปนี้ 1) เมื่อคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งได้รับหนังสือแจ้ง 2) เมื่อคู่พิพาทฝ่ายหนึ่งบอกกล่าวเป็นหนังสือให้ตั้งอนุญาโตตุลาการหรือให้ความเห็นชอบในการตั้งอนุญาโตตุลาการ 3) คู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งแจ้งความประสงค์ในการระงับข้อพิพาทแก่อนุญาโตตุลาการ 4) คู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเสนอข้อพิพาทแก่สถาบันอนุญาโตตุลาการ ซึ่งทั้ง 4 กรณีดังกล่าวหากคู่พิพาทฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดได้เริ่มเสนอข้อพิพาทโดยวิธีหนึ่งวิธีใดแล้ว คู่พิพาทอีกฝ่ายตอบรับข้อเสนอนั้นถือได้ว่าการระงับข้อพิพาททางอนุญาโตตุลาการได้เริ่มขึ้นแล้ว

ดังนั้นสามารถสรุปได้ว่าการเริ่มกระบวนการระงับข้อพิพาททางอนุญาโตตุลาการตามกฎหมายอิสลามและกฎหมายไทยนั้นมีความสอดคล้องกันในการเริ่มกระบวนการโดยต้องได้รับความยินยอมจากคู่พิพาททั้งสองฝ่าย รวมทั้งผู้ที่ได้รับการเสนอให้เป็นอนุญาโตตุลาการยินยอมทำหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการเมื่อมีเงื่อนไขดังกล่าวครบถ้วนจึงถึงว่ากระบวนการระงับข้อพิพาททางอนุญาโตตุลาการได้เริ่มต้นขึ้นแล้ว เพียงแต่ในพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ได้แจกแจงรูปแบบการแสดงเจตจำนงในการเริ่มกระบวนการอนุญาโตตุลาการออกมาเป็น 4 รูปแบบซึ่งทั้งสี่รูปแบบคือการเสนอและการยอมรับที่จะเริ่มต้นการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการทั้งสิ้น

2) วิธีการดำเนินการ

ระบบกฎหมายทั้งสองได้กำหนดวิธีการดำเนินการพิจารณาซึ่งถือเป็นกระบวนการสำคัญของการระงับข้อพิพาททางอนุญาโตตุลาการอิสลามที่มีความแตกต่างจากกระบวนการศาล

และกระบวนการระงับข้อพิพาทอื่นๆ มี 2 ประเด็น คือ วิธีการพิจารณา และสถานที่สามารถนำมาเปรียบเทียบได้ดังนี้

1) วิธีการพิจารณา

กฎหมายอิสลามได้กำหนดวิธีการพิจารณาทางอนุญาโตตุลาการให้วางอยู่บน“หลักความเสมอภาค” และ “ความยุติธรรม” แก่คู่พิพาททั้งสองฝ่าย โดยให้โอกาสคู่พิพาททั้งสองฝ่ายได้ชี้แจงพยานหลักฐานของตนต่ออนุญาโตตุลาการ โดยวิธีการพิจารณาทางอนุญาโตตุลาการตามกฎหมายอิสลามจะพิจารณาจากการยอมรับของคู่พิพาท พยานหลักฐาน และการสาบาน ซึ่งสอดคล้องกับกฎหมายไทยวางหลักสำคัญไว้คือ“หลักความเสมอภาค” โดยได้บัญญัติให้คู่พิพาทได้รับการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกัน และให้มีโอกาสนำเสนอพยานหลักฐานและเสนอข้ออ้างข้อต่อสู้ของตนได้ตามพฤติการณ์แห่งข้อพิพาทนั้น ดังนั้นคณะอนุญาโตตุลาการจึงจำเป็นต้องให้ความเสมอภาคแก่คู่พิพาทในการนำเสนอพยานหลักฐานและเสนอข้ออ้างข้อต่อสู้ของตน เพียงแต่ยังมีข้อแตกต่างกันในเรื่องการรับฟังพยานหลักฐานที่กฎหมายอิสลามให้มีการรับฟังและยอมรับการสาบานจากคู่พิพาท ซึ่งกฎหมายไทยไม่ได้ให้รับฟังการสาบาน แต่ให้รับฟังพยานหลักฐานเพียงอย่างเดียว

2) สถานที่

กฎหมายอิสลามและกฎหมายไทยมิได้กำหนดสถานที่ที่จะดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการเป็นการเฉพาะ โดยเปิดโอกาสให้คู่พิพาทสามารถตัดสินใจเลือกสถานที่การระงับข้อพิพาทได้ตามความต้องการ ซึ่งกฎหมายอิสลามได้กำหนดให้มีความสำคัญเพียงว่าการพิจารณาข้อพิพาทนั้น คู่พิพาทและพยานจำต้องอยู่ในสถานที่พิจารณาของอนุญาโตตุลาการ และการอยู่ในสถานที่พิจารณาจะมีผลต่อการพิจารณาและการรับฟังพยานหลักฐานด้วย ดังนั้นการพิจารณาข้อพิพาทของอนุญาโตตุลาการนั้นจะไม่ชี้ขาดตามพยานที่ไม่ได้อยู่ในสถานที่พิจารณา จนกว่าจะมีพยานอื่นมาอยู่ในสถานที่พิจารณาข้อพิพาท

ส่วนกฎหมายไทยให้ความสำคัญในเรื่องสถานที่ในประเด็นการกำหนดสถานที่ซึ่งนักกฎหมายมีความเห็นว่าแม้กฎหมายมิได้กำหนดว่าการดำเนินการระงับข้อพิพาททางอนุญาโตตุลาการจะต้องมีสถานที่เฉพาะ แต่สมควรที่จะมีการกำหนดสถานที่ไว้ในสัญญาอนุญาโตตุลาการ ส่วนพยานหลักฐานจะมีอยู่ในสถานที่เหล่านั้นหรือไม่ นักกฎหมายมิได้มีการกล่าวถึงประเด็นนี้แต่อย่างใด

ดังนั้นวิธีการดำเนินการพิจารณาทางอนุญาโตตุลาการทั้ง 2 ประเด็น คือ วิธีการพิจารณา มีความแตกต่างกันเนื่องจากการรับฟังพยานหลักฐานที่กฎหมายอิสลามให้มีการรับฟังและ

ยอมรับการสาบานจากคู่พิพาท ซึ่งกฎหมายไทยไม่ได้บัญญัติให้รับฟังการสาบาน โดยให้รับฟังพยานหลักฐานเพียงอย่างเดียว ส่วนสถานที่ในระบบกฎหมายทั้งสองมีความสอดคล้องกัน กล่าวคือสถานที่ในการในระงับข้อพิพาททางอนุญาโตตุลาการไม่จำเป็นต้องมีสถานที่อย่างเป็นทางการ เพียงแต่คู่พิพาทสามารถกำหนดสถานที่ในการระงับข้อพิพาทร่วมกันก็สามารถเป็นสถานที่ระงับข้อพิพาททางอนุญาโตตุลาการได้

4.2.3 การสิ้นสุดกระบวนการอนุญาโตตุลาการ

การสิ้นสุดกระบวนการอนุญาโตตุลาการตามกฎหมายอิสลามนั้นสามารถสิ้นสุดได้โดยวิธีหนึ่งวิธีใดดังนี้ 1) อนุญาโตตุลาการมีคำตัดสินชี้ขาด 2) อนุญาโตตุลาการเสียชีวิต 3) สิ้นสุดด้วยระยะเวลาสำหรับอนุญาโตตุลาการที่แต่งตั้งโดยศาล 4) คู่พิพาทสาบสูญ 5) อนุญาโตตุลาการไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่ได้ 6) คู่พิพาทขอถอนการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ 7) อนุญาโตตุลาการขอยุติการปฏิบัติหน้าที่ 8) อนุญาโตตุลาการมีความเห็นต่างกัน 9) อนุญาโตตุลาการวิกลจริต

ส่วนการสิ้นสุดกระบวนการอนุญาโตตุลาการตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 สามารถสิ้นสุดได้โดยวิธีหนึ่งวิธีใดดังนี้ 1) เมื่อมีคำชี้ขาดเด็ดขาด 2) การเป็นอนุญาโตตุลาการสิ้นสุดลงเมื่อตาย 3) อนุญาโตตุลาการขาดคุณสมบัติอย่างหนึ่งอย่างใด 4) คู่พิพาทฝ่ายที่เรียกร้องขอถอนข้อเรียกร้อง 5) คู่พิพาทตกลงกันให้ยุติกระบวนการพิจารณา 6) คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่าไม่มีความจำเป็นที่จะดำเนินกระบวนการพิจารณาต่อไป หรือไม่อาจดำเนินกระบวนการพิจารณาต่อไปได้

ดังนั้นเมื่อพิจารณาการสิ้นสุดกระบวนการอนุญาโตตุลาการในกฎหมายทั้งสองระบบสามารถนำมาเปรียบเทียบได้ดังนี้

1. อนุญาโตตุลาการมีคำตัดสินชี้ขาดเป็นที่เด็ดขาด

การสิ้นสุดกระบวนการอนุญาโตตุลาการด้วยการที่อนุญาโตตุลาการมีคำตัดสินชี้ขาดนั้น ถือเป็น การสิ้นสุดกระบวนการอนุญาโตตุลาการที่ได้มีกำหนดไว้ในระบบกฎหมายทั้งสองระบบ ดังนั้นประเด็นการสิ้นสุดกระบวนการอนุญาโตตุลาการด้วยการชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการนั้นจึงมีความสอดคล้องกัน

2. อนุญาโตตุลาการเสียชีวิต

กฎหมายอิสลามได้กำหนดการสิ้นสุดกระบวนการอนุญาโตตุลาการว่าหากอนุญาโตตุลาการเสียชีวิตถือว่ากระบวนการอนุญาโตตุลาการนั้นสิ้นสุดลง ซึ่งพระราชบัญญัติ

อนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 21 วรรคแรก ดังนั้นการเสียชีวิตของอนุญาตตุลาการถือเป็นการสิ้นสุดกระบวนการอนุญาตตุลาการที่มีสอดคล้องกันระหว่างกฎหมายอิสลามและกฎหมายไทย

3. สิ้นสุดด้วยระยะเวลาสำหรับอนุญาตตุลาการที่แต่งตั้งโดยศาล

กฎหมายอิสลามได้กำหนดให้การกระบวนการระงับข้อพิพาททางอนุญาตตุลาการสิ้นสุดด้วยระยะเวลาสำหรับอนุญาตตุลาการที่แต่งตั้งโดยศาล การสิ้นสุดกระบวนการอนุญาตตุลาการด้วยระยะเวลาสำหรับอนุญาตตุลาการที่แต่งตั้งโดยศาล สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2545 ที่มีการบัญญัติกำหนดระยะเวลาในกระบวนการขั้นตอนต่าง ๆ ทางอนุญาตตุลาการ หากไม่ดำเนินการตามระยะเวลาที่กฎหมายกำหนดการอนุญาตตุลาการนั้นถือว่าสิ้นสุดลงทันที

4. คู่พิพาทสาบสูญ

คู่พิพาทสาบสูญถือเป็นการสิ้นสุดกระบวนการระงับข้อพิพาททางอนุญาตตุลาการตามกฎหมายอิสลามเนื่องจากไม่มีคู่สัญญาสัญญาอีกฝ่ายให้สามารถดำเนินการต่อได้ ซึ่งสอดคล้องกับกฎหมายไทยที่ยึดถือคู่สัญญาในสัญญาอนุญาตตุลาการเป็นสำคัญ ดังนั้นเมื่อคู่พิพาทสาบสูญถือเป็นการสิ้นสุดกระบวนการระงับข้อพิพาททางอนุญาตตุลาการ

5. อนุญาตตุลาการไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่ได้

การที่อนุญาตตุลาการไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่ได้นั้นถือเป็นการสิ้นสุดกระบวนการระงับข้อพิพาททางอนุญาตตุลาการที่สอดคล้องทั้งในกฎหมายอิสลามและกฎหมายไทย โดยการไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่ได้ของอนุญาตตุลาการนั้นมีหลายสาเหตุ เช่น อนุญาตตุลาการบกพร่องในด้านความสามารถไม่ว่าจะเป็นบุคคลวิกลจริต บุคคลไร้ความสามารถ บุคคลเสมือนไร้ความสามารถ เป็นต้น

6. คู่พิพาทขอถอนการแต่งตั้งอนุญาตตุลาการ

การสิ้นสุดกระบวนการระงับข้อพิพาททางอนุญาตตุลาการโดยการที่คู่พิพาทขอถอนการแต่งตั้งอนุญาตตุลาการ หรือขอยุติการระงับข้อพิพาททางอนุญาตตุลาการนั้นมีความสอดคล้องกันทั้งในกฎหมายอิสลามและกฎหมายไทย โดยมีบัญญัติอย่างชัดเจนในกฎหมายทั้งสองระบบ

7. อนุญาตตุลาการขอยุติการปฏิบัติหน้าที่

การสิ้นสุดกระบวนการระงับข้อพิพาททางอนุญาตตุลาการโดยการที่อนุญาตตุลาการขอยุติการปฏิบัติหน้าที่ เนื่องจากเห็นว่าไม่มีความจำเป็นที่จะดำเนินกระบวนการพิจารณาต่อไป หรือไม่อาจดำเนินกระบวนการพิจารณาต่อไปได้นั้น มีความสอดคล้องกันในกฎหมายทั้งสองระบบอิสลามและกฎหมายไทย

8. อนุญาตตุลาการมีความเห็นต่างกัน

กฎหมายอิสลามกำหนดว่าหากอนุญาตตุลาการมีความเห็นต่างกัน ไม่สามารถชี้ขาดข้อพิพาทได้ ถือเป็นที่สุดการระงับข้อพิพาททางอนุญาตตุลาการทันที เนื่องจาก องค์คณะอนุญาตตุลาการตามกฎหมายอิสลามไม่จำเป็นต้องเป็นจำนวนคี่ ดังนั้นจึงมีความเป็นไปได้ที่อนุญาตตุลาการจะไม่สามารถชี้ขาดข้อพิพาทได้ ซึ่งแตกต่างกับกฎหมายไทยที่พระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2545 กำหนดให้คณะอนุญาตตุลาการเป็นจำนวนคี่เท่านั้น การสิ้นสุดกระบวนการอนุญาตตุลาการด้วยสาเหตุนี้จึงไม่มีกำหนดในกฎหมายไทย

ดังนั้นการสิ้นสุดกระบวนการระงับข้อพิพาททางอนุญาตตุลาการด้วยการที่อนุญาตตุลาการมีความเห็นต่างกันระหว่างกฎหมายอิสลามและกฎหมายไทย

จากการศึกษาวิจัยหลักการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาตตุลาการตามกฎหมายอิสลามและกฎหมายไทยมาศึกษาเปรียบเทียบระหว่างกฎหมายอิสลามในประเด็นประวัติความเป็นมาองค์ประกอบและเงื่อนไขของการอนุญาตตุลาการ จะเห็นได้ว่ามีความสอดคล้องกันมาก โดยมีประเด็นปลีกย่อยที่แตกต่างกันจำนวนน้อย ซึ่งผู้วิจัยจะสรุปและข้อเสนอแนะในบทที่ 5 ต่อไป