



ศึกษาเปรียบเทียบการอนุญาโตตุลาการในกฎหมายอิสลามและกฎหมายไทย
A Comparative Study of the Arbitration in Islamic Law and Thai Law

ซาฟารี เหาะไบ

Safari Hohbai

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญาศิลปศาสตรมหาบัณฑิต

สาขาวิชาอิสลามศึกษา

มหาวิทยาลัยสงขลานครินทร์

A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements for the Degree of

Master of Arts in Islamic Studies


Prince of Songkla University

2562

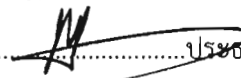
ลิขสิทธิ์ของมหาวิทยาลัยสงขลานครินทร์

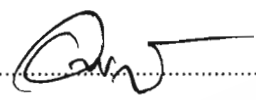
ชื่อวิทยานิพนธ์ ศึกษาเปรียบเทียบการอนุญาโตตุลาการในกฎหมายอิสลามและกฎหมายไทย
ผู้เขียน นายซาฟารี เหาะใบ
สาขาวิชา อิสลามศึกษา

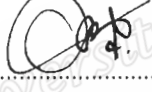
อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก


.....
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.อิสมาแอ กาเต๊ะ)

คณะกรรมการสอบ



..... ประธานกรรมการ
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. นิเลาะ แวอุเซ็ง)


..... กรรมการ
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.อิสมาแอ กาเต๊ะ)


..... กรรมการ
(ดร.อัสมัน แทอาลี)


..... กรรมการ
(รองศาสตราจารย์ ดร.มุฮัมมัดซากี เจ๊ะหะ)

บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยสงขลานครินทร์ อนุมัติให้บัณฑิตวิทยาลัยนี้เป็น
ส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญาศิลปศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชาอิสลามศึกษา


.....
(ศาสตราจารย์ ดร.ดำรงศักดิ์ ฟาร์รุ่งแสง)
คณบดีบัณฑิตวิทยาลัย

ขอรับรองว่า ผลงานวิจัยนี้มาจากการศึกษาวิจัยของนักศึกษาเอง และได้แสดงความขอบคุณบุคคลที่มีส่วนช่วยเหลือแล้ว

ลงชื่อ.....

(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.อิสมาแอ กาเต๊ะ)

อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก

ลงชื่อ.....

(นายซาฟารี เหาะโบ)

นักศึกษา

Prince of Songkla University
Pattani Campus

ข้าพเจ้าขอรับรองว่า ผลงานวิจัยนี้ไม่เคยเป็นส่วนหนึ่งในการอนุมัติปริญญาในระดับใดมาก่อนและ
ไม่ได้ถูกใช้ในการยื่นขออนุมัติปริญญาในขณะนี้

ลงชื่อ 

(นายชาฟารี เทาะโป)

นักศึกษา

Prince of Songkla University
Pattani Campus

ชื่อวิทยานิพนธ์ ศึกษาเปรียบเทียบการอนุญาตตุลาการในกฎหมายอิสลามและกฎหมายไทย

ผู้เขียน นายซาฟารี เหาะใบ

สาขาวิชา อิสลามศึกษา

ปีการศึกษา 2561

บทคัดย่อ

การวิจัยนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อศึกษา 1) หลักการอนุญาตตุลาการตามกฎหมายอิสลาม 2) หลักการอนุญาตตุลาการตามหลักกฎหมายไทย 3) เปรียบเทียบหลักการอนุญาตตุลาการตามหลักกฎหมายอิสลามและกฎหมายไทย โดยใช้วิธีวิจัยเชิงคุณภาพ (Qualitative Research) ในรูปแบบวิจัยเอกสาร (Document Research) เป็นการวิเคราะห์เชิงเปรียบเทียบสาระสำคัญจากการรวบรวมข้อมูลจากอัลกุรอาน อัสสุนนะฮ์ ประกอบกับตำราอรรถาธิบายอัลกุรอาน ตำราอธิบายอัลหะดีษ ตลอดจนตำรากฎหมายอิสลาม พระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ.2545 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง คำอธิบายพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ.2545 เอกสารและงานวิจัยที่เกี่ยวข้องกับการอนุญาตตุลาการในกฎหมายอิสลามและกฎหมายไทย

ผลการศึกษวิจัยพบว่า 1) การอนุญาตตุลาการตามกฎหมายอิสลามนั้นมีประวัติความเป็นมาตั้งแต่สังคมมนุษย์ยุคก่อนอิสลาม จนกระทั่งในยุคอิสลามได้มีการบัญญัติรูปแบบของการอนุญาตตุลาการไว้ในอัลกุรอาน อัสสุนนะฮ์ โดยกฎหมายอิสลามได้กำหนดองค์ประกอบและเงื่อนไขต่างๆของการอนุญาตตุลาการไว้ 2) การอนุญาตตุลาการตามหลักกฎหมายไทยนั้นมีประวัติความเป็นมาตั้งแต่สังคมมนุษย์ยุคโบราณเช่นเดียวกับการอนุญาตตุลาการในกฎหมายอิสลาม และมีวิวัฒนาการเรื่อยมาจนกระทั่งได้มีบัญญัติรูปแบบการอนุญาตตุลาการไว้ในพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2545 ซึ่งเป็นกฎหมายอนุญาตตุลาการที่อยู่ในปัจจุบัน โดยพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2545 ได้กำหนดองค์ประกอบและเงื่อนไขต่างๆของการอนุญาตตุลาการไว้อย่างชัดเจน 3) เมื่อเปรียบเทียบหลักการอนุญาตตุลาการตามหลักกฎหมายอิสลามและกฎหมายไทยแล้ว ปรากฏว่าการอนุญาตตุลาการในกฎหมายอิสลามและกฎหมายไทยมีความสอดคล้องกันในหลายประเด็นเช่น การแต่งตั้งอนุญาตตุลาการนั้นจำเป็นต้องได้รับความยินยอมจากคู่พิพาททั้งสองฝ่าย เป็นต้น แต่ยังมีบางประเด็นที่มีความแตกต่างกัน เช่น ประเด็นบทบาทผู้พิพากษาที่สามารถระงับข้อพิพาททางอนุญาตตุลาการได้ คุณสมบัติบางประการของอนุญาตตุลาการ เป็นต้น จึงสามารถนำหลักการอนุญาตตุลาการอิสลามมาปรับใช้กับบริบทสังคมไทยตามกฎหมายไทย เพื่อให้ประชาชนยอมรับและเชื่อถือในกระบวนการยุติธรรม อันจะส่งผลต่อความผาสุกของสังคมโดยรวมต่อไปได้

Thesis Title A Comparative Study of the Arbitration in Islamic Law and Thai Law
Author Mr.Safari Hohbai
Major Program Islamic Studies
Academic Year 2018

ABSTRACT

This research's objectives were 1) to study arbitration principles in Islamic law 2) to study arbitration principles according to Thai law 3) to compare arbitration principles according to Islamic law and Thai law. The research methodology was qualitative as: document research, a comparative analysis by collecting information from the Quran, the Sunnah and the Qur'anic texts The textbook describes Al Hadith As well as Islamic law texts Arbitration Act, BE 2545 (2002) Code of Civil Procedure Description of the Arbitration Act BE 2545, documents and research related to arbitration in Islamic law and Thai law

The results of the research found that 1) there was arbitration since pre-Islamic society in form of Islamic law until in the Islamic era that was a form of arbitration in the Qur'an, the Sunnah, which the Islamic law has defined the elements and conditions of the arbitration. 2) there was arbitration under Thai law since Ancient human society as well as arbitration in Islamic law, further it evolved until establishment in the Arbitration Act BE 2545, which is the current arbitration law By the Arbitration Act BE 2545, clearly defines the elements and conditions of the arbitration. 3) the comparison arbitration principles between to Islamic law and Thai law, it appears that arbitration in Islamic law and Thai law is consistent in many points such as the appointment of such arbitrators requires consent from both parties. In contrast, there are differently points such as the provisions that can be arbitrarily disputed. Therefore, there are some qualifications of arbitrators able to apply Islamic arbitration principles in the Thai society context according to Thai law, further acceptable and trust in the justice system, which can affect the well-being of society as a whole.

موضوع البحث	دراسة مقارنة بين التحكيم في الشريعة الإسلامية والقانون التايلاندي
الباحث	سفري هؤباي
التخصص	الدراسات الإسلامية
العام الجامعي	1440 هجرية

مستخلص البحث

يهدف هذا البحث إلى (1) دراسة قواعد التحكيم في الشريعة الإسلامية. (2) دراسة قواعد التحكيم في القانون التايلاندي. (3) دراسة مقارنة بين قواعد التحكيم في الشريعة الإسلامية والقانون التايلاندي. وقد اعتمد الباحث في جمع المعلومات على جانبين النظري والميداني في تحليل المعلومات، ومقارنة البيانات الأساسية، وأما المصادر الأساسية في الشريعة الإسلامية، القرآن الكريم، والسنة النبوية، وكتب التفسير، وكتب شروح الأحاديث، وأمهات كتب الشريعة الإسلامية وغيرها. وأما ما يختص بالقانون التحكيم التايلاندي لعام 2545 ب، فالمرجع الأساسي معتمد على قانون الإجراءات المدنية، ودليل شرح قانون التحكيم التايلاندي لعام 2545 ب، والمذكرات، والدراسات السابقة عن التحكيم في الشريعة الإسلامية والقانون التايلاندي. ومن خلالها توصل الباحث إلى النتائج التالية :-

(1) أن التحكيم في الشريعة الإسلامية (بعد الرجوع إلى كتب التاريخ) بدأ منذ عهد المجتمع الإنساني قبل الإسلام، إلى عهد الإسلام الذي طُبِّقَ التحكيم في القرآن الكريم والسنة النبوية، حيث بدأ بوضع مقومات التحكيم وشروطه. (2) أن التحكيم في القانون التايلاندي (بعد الرجوع إلى كتب التاريخ) حيث بدأ منذ عهد المجتمع الإنساني القديم، واستمر القانون التحكيم التايلاندي في التطور والتعديل إلى عام 2545 ب. وهو المستخدم اليوم، وقد وضع له مقومات التحكيم وشروطه. (3) ومن نتائج دراسة مقارنة بين قواعد التحكيم في الشريعة الإسلامية والقانون التايلاندي، أن هناك وجه تشابه بينهما كثير في بعض القضايا منها تولية التحكيم لا بد رضا المتخاصمين، إلا أن هناك بعض القضايا التي لم تتوافق في التحكيم، منها قضية تسوية المنازعات التحكيمية، وبعض من صفات الحاكم، لذا يرى الباحث أن من الإمكان استخدام قواعد التحكيم المستنبطة من الشريعة الإسلامية تُطبَّق في القانون التحكيم التايلاندي، مع مراعاة ظروف المجتمع التايلاندي، والعمل على الاعتراف به في المحاكم ولوائح قوانين الدولة، الذي يحقق صورة التعاون والتعايش السلمي ويضمن حقوق الإنسانية

สารบัญ

หัวข้อ	หน้า
บทคัดย่อ	(5)
Abstract	(6)
مستخلص البحث	(7)
สารบัญ	(8)
ตารางปริวรรตอักษรอาหรับ-ไทย	(12)
ตารางปริวรรตอักษรอาหรับ-อังกฤษ	(14)
กิตติกรรมประกาศ	(16)
บทที่ 1 บทนำ	1
1.1 ความเป็นมาของปัญหาและปัญหา	1
1.2 อัลกุรอาน อัลหะดีษ และเอกสารงานวิจัยที่เกี่ยวข้อง	6
1.2.1 อัลกุรอานที่เกี่ยวข้อง	6
1.2.2 หะดีษที่เกี่ยวข้อง	9
1.2.3 เอกสารงานวิจัยที่เกี่ยวข้อง	12
1.3 วัตถุประสงค์ในการวิจัย	23
1.4 ความสำคัญ และประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ	23
1.5 ขอบเขตของการวิจัย	23
1.5.1 ขอบเขตด้านเนื้อหา	23
1.5.2 กรอบแนวคิดของการวิจัย	24
1.6 ข้อตกลงเบื้องต้น	25
1.7 นิยามศัพท์เฉพาะ	27
1.8 วิธีการดำเนินการวิจัย	27
บทที่ 2 การอนุญาตตุลาการในกฎหมายอิสลาม	30
2.1 ประวัติความเป็นมาของการอนุญาตตุลาการในกฎหมายอิสลาม	30

สารบัญ (ต่อ)

หัวข้อ	หน้า
2.1.1 นียามความหมาย	30
2.1.1.1 ความหมายภาษา	32
2.1.1.2 ความหมายวิชาการ	34
2.1.2 ความเป็นมาของการอนุญาตตุลาการ	39
2.1.2.1 การอนุญาตตุลาการในยุคก่อนอิสลาม	40
2.1.2.2 การอนุญาตตุลาการในยุคอิสลาม	43
1) การอนุญาตตุลาการที่ปรากฏในอัลกุรอาน	43
2) การอนุญาตตุลาการที่ปรากฏในอัลสุนนะฮ์	49
3) การอนุญาตตุลาการที่ปรากฏในยุคเศาะหะบะฮ์	55
2.2 องค์ประกอบและเงื่อนไขของการอนุญาตตุลาการในกฎหมายอิสลาม	57
2.2.1 กระบวนการแต่งตั้งอนุญาตตุลาการ	58
1) วิธีการแต่งตั้งอนุญาตตุลาการ	68
2) คณะอนุญาตตุลาการ	70
3) คุณสมบัติของอนุญาตตุลาการ	72
2.2.2 กระบวนการพิจารณาข้อพิพาท	82
1) การเริ่มกระบวนการระงับข้อพิพาท	82
2) วิธีดำเนินการ	84
3) การสิ้นสุดกระบวนการอนุญาตตุลาการ	87
บทที่ 3 อนุญาตตุลาการในกฎหมายไทย	90
3.1 ประวัติความเป็นมาของอนุญาตตุลาการในกฎหมายไทย	90
3.1.1 นียามความหมาย	91

สารบัญ (ต่อ)

หัวข้อ		หน้า
	3.1.1.1 ความหมายทางภาษา	91
	3.1.1.2 ความหมายทางวิชาการ	94
	3.1.2 ความเป็นมาของอนุญาโตตุลาการ	97
	3.2 องค์ประกอบและเงื่อนไขของอนุญาโตตุลาการในกฎหมายไทย	113
	3.2.1 กระบวนการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ	113
	1) วิธีการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ	121
	2) คณะอนุญาโตตุลาการ	125
	3) คุณสมบัติของอนุญาโตตุลาการ	126
	3.2.2 กระบวนการพิจารณาข้อพิพาท	133
	1) การเริ่มกระบวนการระงับข้อพิพาท	133
	2) วิธีดำเนินการ	139
	3) การสิ้นสุดการบวนการอนุญาโตตุลาการ	142
บทที่ 4	เปรียบเทียบหลักการอนุญาโตตุลาการในกฎหมายอิสลามและ กฎหมายไทย	148
	4.1 ประวัติความเป็นมาของอนุญาโตตุลาการ	148
	4.1.1 นิยามความหมาย	148
	4.1.2 ความเป็นมาของอนุญาโตตุลาการ	149
	4.2 องค์ประกอบและเงื่อนไขของอนุญาโตตุลาการ	152
	4.2.1 กระบวนการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ	153
	1) วิธีการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ	156
	2) คณะอนุญาโตตุลาการ	157
	3) คุณสมบัติของอนุญาโตตุลาการ	158
	4.2.2 กระบวนการพิจารณาข้อพิพาท	160

หัวข้อ	สารบัญญ (ต่อ)	หน้า
	1) การเริ่มกระบวนการระงับข้อพิพาท	160
	2) วิธีดำเนินการ	161
	3) การสิ้นสุดการบวนการอนุญาโตตุลาการ	163
บทที่ 5	สรุปผล และข้อเสนอแนะ	166
	5.1 สรุปผลการวิจัย	166
	1) ประวัติความเป็นมา	166
	1.1) นิยมความหมาย	166
	1.2) ความเป็นมาของอนุญาโตตุลาการ	166
	2) องค์ประกอบและเงื่อนไขของการอนุญาโตตุลาการ	167
	2.1) กระบวนการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ	167
	2.2) คณะอนุญาโตตุลาการ	168
	2.3) คุณสมบัติของอนุญาโตตุลาการ	168
	3) กระบวนการพิจารณาข้อพิพาท	170
	3.1) การเริ่มกระบวนการระงับข้อพิพาท	170
	3.2) วิธีดำเนินการ	170
	3.3) การสิ้นสุดการบวนการอนุญาโตตุลาการ	170
	5.2 ข้อเสนอแนะ	174
	1) ข้อเสนอแนะจากการวิจัยครั้งนี้	174
	2) ข้อเสนอแนะในการวิจัยครั้งต่อไป	175
	บรรณานุกรม	176
	ภาคผนวก	183
	ประวัติผู้เขียน	209

ตารางเปรียบเทียบพยัญชนะอาหรับ-ไทย
วิทยาลัยอิสลามศึกษา ฉบับปรับปรุง 2558

พยัญชนะอาหรับ	คำอ่าน	พยัญชนะไทย
ء ە	อะลึฟ/ ฮัมซะฮฺ	อ ในกรณีเป็นพยัญชนะ และ อ ในกรณีเป็นตัวสะกดสุดท้าย
ب	บอ	บ
ت	ตอ	ต
ن	ซอ	ซ
ج	จีม	ญ (จญ ในกรณีเป็นตัวสะกด)
ح	ฮอ	ฮ
خ	คอ	ค
د	ดอล	ด
ذ	ซาล	ซ
ر	รอ	ร
ز	ซัย	ซ
س	ซีน	ส มีข้อยกเว้น เช่น มูซา อีซา ยาซีน เป็นต้น
ش	ชีน	ช
ص	ศอด	ศ
ض	ฎอด	ฎ
ط	ฏอ	ฏ
ظ	ศอ	ศ
ع	อัยน	อ
غ	ฮัยน	ฮ
ف	ฟา	ฟ
ق	กอฟ	ก
ك	กาฟ	ก
ل	ลาม	ล
م	มีม	ม

พยัญชนะอาหรับ	คำอ่าน	พยัญชนะไทย
ن	นูน	น
هـ	ฮาอ์	ฮ ในกรณีเป็นพยัญชนะ และ ฮ์ ในกรณีเป็นตัวสะกดสุดท้าย
و	วาา	ว
ي	ยาอ์	ย
الفتحة	อัลฟัตชะฮฺ อ่านสระข้างบน	◌ (ในกรณีมีตัวสะกด เช่น มัรวาน อาคัม ฯ) ะ, -ะะ อี ในกรณีมีตัวสะกด) ละสระในบางกรณี เช่น อะลี บะนี ฯ)
الكسرة	อัลกัศเราะฮฺ อ่านสระข้างล่าง	◌ِ
الضمة	อัฎฎุมมะฮฺ อ่านสระข้างหน้า	◌ُ
الفتحة الممدودة	อัลฟัตชะฮฺ อัลมัมดูตะฮฺ	า (อ ในกรณีมีตัวสะกด เช่น อัลฟา ร็อบฯ)
الكسرة الممدودة	อัลกัศเราะฮฺ อัลมัมดูตะฮฺ	◌ِ
الضمة الممدودة	อัฎฎุมมะฮฺ อัลมัมดูตะฮฺ	◌ُ
ال-الشمسية	อลิฟ ลาม อัจซิมชียะฮฺ	อั-ตามด้วยพยัญชนะตัวแรกของคำต่อไป เช่น อัดดีน อัฎฎีนฯ
ال-القمرية	อะลิฟ ลาม อัลเกาะมะรียะฮฺ	อัล ตามด้วยคำต่อไปโดยไม่ต้องเว้นวรรค เช่น อัลกุรอาน อัลลอฮฺ อัลอิสลาม ฯ
ة	ตาอ์มีรบูฎาะฮฺ	ฮ์ เป็นเสียงเดียวกับ ฮ กรณีอ่านหยุดเป็นเสียง ฮ์ กรณีอ่านต่อเนื่องเป็นเสียง ต
ي	ยาอ์ มุค็อฟพะพะฮฺ	อ่านและสะกดตามการเขียน เช่น ฟี
ي	ยาอ์ นิสบะฮฺ หรือ ยาอ์ มุซัดตะคะฮฺ	สะกดยาอ์สองตัว เช่น ยยะ อัจซาฟีอียะฮฺ

ตารางเปรียบเทียบอักษรอาหรับ-อังกฤษ
ของห้องสมุดรัฐสภาอเมริกา

พยัญชนะอาหรับ	คำอ่าน	พยัญชนะอังกฤษ
ا	ออีฟ	a
ب	บอ	b
ء	ฮัมชะฮุ	'a, 'i, 'u
ت	ตอ	t
ث	ษอ	th
ج	จีม	j
ح	หอ	h
خ	คอ	kh
د	ดอล	d
ذ	ษอล	dh
ر	ร่อ	r
ز	ซาย	z
س	ซีน	s
ش	ชึน	sh
ص	ศอด	s
ض	ฎอด	d
ط	ฏอ	t
ظ	ซอ	z
ع	อัยนุ	'a, 'i, 'u
غ	ฆอยนุ	gh
ف	ฟา	f
ق	กอฟ	q
ك	กาฟ	k
ل	ลาม	l

พยัญชนะอาหรับ	คำอ่าน	พยัญชนะอังกฤษ
م	มีม	m
ن	นูน	n
هـ	ฮ่าฮ์	h
و	วาว	w
ي	ยาฮ์	y
ة, ة	ตาฮ์	h,t
(الفتحة)	ا, آ, إ, إ	a ,ay, aw
(الفتحة الممدودة)	ا	ā
(الكسرة)	إ	i
(الكسرة الممدودة)	إ	ī
(الضمة)	أ	u
(الضمة الممدودة)	أ	ū
ال-الشمسية		al- (al-Tirmidhiy)
ال-القمرية		al- (al-'Islāmiyah)
الكسرة المشددة		iyy
الضمة المشددة		uww

กิตติกรรมประกาศ

การสรรเสริญทั้งหมดนั้นเป็นสิทธิ์ขององค์อัลลอฮ์ผู้ทรงเกียรติเท่านั้น ผู้ทรงอภิบาลแห่งสากลโลก ผู้ทรงสร้างทุกสรรพสิ่งให้บังเกิดขึ้น ผู้ทรงแต่งตั้งท่านนบีมุฮัมมัด ﷺ เป็นศาสนทูต ผู้ประทานคัมภีร์อัลกุรอานเป็นธรรมนูญแก่มวลมนุษย์ ผู้ประทานความเมตตาแก่สิ่งมีชีวิต และผู้ทรงบันดาลให้วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ล่องไปด้วยความเมตตาของพระองค์

ผู้วิจัยขอขอบคุณผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.อิสมาแอ กาเด๊ะ อาจารย์ที่ปรึกษา เป็นอย่างสูงให้ความกรุณาตลอดเวลาอันมีค่าในการชี้แนะหัวข้อ ในการอ่าน ตรวจสอบ แก้ไขและให้คำแนะนำอย่างดียิ่งแก่ผู้วิจัย

ขอขอบคุณคณาจารย์ผู้ทรงคุณวุฒิผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. นิเลาะ แวอุเซ็ง รองศาสตราจารย์ ดร.มูฮำหมัดซาก็ เจ๊ะหะ คณบดีคณะบัณฑิตวิทยาลัยจากมหาวิทยาลัยฟาฏอนี และดร.อัสมัน แดอาลี ที่ได้ให้เกียรติเป็นกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ทำให้วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ สมบูรณ์ยิ่งขึ้น ตลอดจนเจ้าหน้าที่ฝ่ายบัณฑิตศึกษาของวิทยาลัยอิสลามที่ได้ให้คำแนะนำ เป็นธุระจัดหา ให้คำแนะนำด้วยดีเสมอมา

นอกจากนี้ผู้วิจัยต้องขอบคุณ นายคอสนลี เหาะไบ และนางมีเด๊ะ เหาะไบ บิดา มารดาที่สนับสนุนผู้วิจัยทุกด้านตลอดมา ขออัลลอฮ์ผู้ทรงอภิบาลให้แก่ท่านทั้งสอง รวมทั้งขอขอบคุณ นางสาวนูรีฮัน อาแวบือซา และต.ญ.นิสริน เหาะไบ ภริยาและบุตรที่คอยให้กำลังใจและอำนวยความสะดวกแก่ผู้วิจัยในการทำวิจัยในครั้งนี้ และผู้ที่ผู้วิจัยมิได้เอ่ยนามที่มีส่วนร่วมช่วยเหลือผู้วิจัยทุกท่าน

สุดท้ายนี้ผู้วิจัยขอสรรเสริญแด่อัลลอฮ์ผู้ประทานพลังให้แก่ผู้วิจัยจนทำให้ การวิจัยสำเร็จลุล่วงไปด้วยดี และขอพระองค์ได้โปรดประทานอภัยโทษให้แก่ผู้วิจัย และขอให้ วิทยานิพนธ์ฉบับนี้เกิดประโยชน์แก่ตัวผู้วิจัย และสังคมมุสลิมทั่วโลก ทั้งในโลกนี้และโลกหน้าด้วย เทอญ อามีน

ชาฟารี เหาะไบ

บทที่ 1

บทนำ

1.1 ความเป็นมาของปัญหาและปัญหา

ความขัดแย้งในสังคมมนุษย์เป็นเรื่องปกติที่พบเห็นได้ทุกวันตั้งแต่เรื่องเล็กน้อยจนกระทั่งเรื่องราวใหญ่โต ความขัดแย้งบางกรณีไม่ต้องอาศัยกฎหมายบ้านเมืองในการระงับความขัดแย้ง เพียงแต่อาศัยการพูดจาทำความเข้าใจกันก็อาจทำให้ความขัดแย้งยุติลงได้ แต่ถ้าความขัดแย้งรุนแรงถึงขั้นโต้แย้งสิทธิของผู้อื่น ความขัดแย้งเหล่านั้นจะกลายเป็นข้อพิพาท ทำให้ฝ่ายที่ถูกโต้แย้งสิทธิสามารถใช้กฎหมายมาเป็นเครื่องมือเพื่อยุติข้อพิพาทเหล่านั้น (ธวัชชัย สุวรรณพาณิชย์, 2557:1) ซึ่งความขัดแย้งนั้นเกิดได้ในทุกสังคม ไม่ว่าจะชาติหรือศาสนาใดก็ตาม แม้แต่ในคัมภีร์อัลกุรอานยังได้กล่าวถึงความขัดแย้ง และวิธีการระงับความขัดแย้งไว้อย่างชัดเจน ดังที่พระองค์อัลลอฮ์ ﷻ ได้ตรัสว่า

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

(النساء : 59)

ความว่า “ผู้ศรัทธาทั้งหลาย จงเชื่อฟังอัลลอฮ์ และเชื่อฟังเราะสูลเถิด และผู้ปกครองในหมู่พวกเจ้าด้วย แต่ถ้าพวกเจ้าขัดแย้งกันในเรื่องใด ก็จงนำสิ่งนั้นกลับไปยังอัลลอฮ์ และเราะสูล หากพวกเจ้าศรัทธาต่ออัลลอฮ์และวันอาคีเราะฮ์ นั้นแหละเป็นสิ่งที่ดียิ่งและเป็นการกลับไปที่สวยงามยิ่ง”

(อันนิสาอ : 59)

เมื่อมีความขัดแย้งเกิดขึ้นมนุษย์ทุกสังคมจึงมีกระบวนการระงับข้อพิพาทเกิดขึ้น ซึ่งกระบวนการระงับข้อพิพาทเหล่านี้มีหลากหลายวิธีด้วยกันขึ้นอยู่กับกระบวนการในแต่ละสังคม และวิธีการระงับข้อพิพาทที่คุ้นเคยกันมากที่สุดนั้นคือ กระบวนการศาล

ธวัชชัย สุวรรณพาณิชย์(2557:1) กล่าวว่า “วิธีการระงับข้อพิพาทที่คุ้นเคยมากที่สุด ได้แก่ การนำคดีฟ้องต่อศาล ซึ่งประเทศต่างๆจัดตั้งศาลขึ้นมาเพื่ออำนวยความสะดวกแก่คู่พิพาทเหล่านั้น แต่การฟ้องคดีต่อศาลปัญหาบางประการจนเป็นเหตุให้คู่พิพาทต้องล้มเลิกความคิดฟ้องคดีต่อศาล ปัญหาที่สำคัญ

ประการหนึ่ง คือ ความล่าช้าในการดำเนินคดี ทั้งนี้เพราะศาลเป็นองค์กรที่รัฐจัดตั้งขึ้นมาเพื่อบริการประชาชนทั่วไป คนที่ใช้บริการศาลและการดำเนินการในศาลมีระเบียบแบบแผนมากมาย”

จากปัญหาดังกล่าวข้างต้นทำให้เกิดการระงับข้อพิพาทโดยวิธีอื่นขึ้นมาในสังคมวิธีการอื่นเหล่านี้เรียกว่าเป็นกระบวนการยุติธรรมทางเลือก (Alternative Dispute Resolution: ADR) เพื่ออำนวยความสะดวกและเป็นธรรมในกับสมาชิกในสังคมสามารถระงับข้อพิพาทได้อย่างสะดวกและรวดเร็ว โดยธวัชชัย สุวรรณพานิช (2557:2) กล่าวว่า “กระบวนการยุติธรรมทางเลือกที่ได้รับความนิยมในปัจจุบันมี 3 วิธีการ คือ การเจรจา การไกล่เกลี่ย และการอนุญาโตตุลาการ”

นอกจากนั้น ตะวัน มานะกุล (2557: 2) กล่าวว่า “กระบวนการระงับข้อพิพาททางเลือก (alternative dispute resolution) ซึ่งหมายถึงวิธีการระงับข้อพิพาทที่นอกเหนือไปจากการฟ้องร้องต่อศาล (litigation) ประกอบด้วย 3 รูปแบบ ได้แก่

(1) การเจรจาต่อรอง (negotiation) หมายถึงการที่คู่พิพาทสมัครใจเจรจาต่อรองเพื่อหาข้อตกลงกันเองโดยไม่มีบุคคลที่สามเข้ามาเกี่ยวข้อง

(2) การไกล่เกลี่ยหรือประนอมข้อพิพาท (mediation หรือ conciliation) หมายถึงการที่คู่พิพาทสมัครใจให้มีบุคคลที่สามซึ่งเรียกว่า “ผู้ไกล่เกลี่ย” หรือ “ผู้ประนอมข้อพิพาท” เข้ามาช่วยให้เกิดการประนีประนอม ยอมความกัน แต่ไม่มีอำนาจบังคับให้ คู่พิพาทตกลงกัน หรือกำหนดผลลัพธ์ของกระบวนการ

(3) การอนุญาโตตุลาการ (arbitration) หมายถึงการที่คู่พิพาทสมัครใจให้อนุญาโตตุลาการซึ่งหมายถึงบุคคลหรือคณะบุคคลที่เป็นกลางที่มาจากการเลือกร่วมกันระหว่างคู่พิพาท หรือได้รับการแต่งตั้งตามวิธีการที่คู่พิพาทตกลงกันหรือตามที่กฎหมายกำหนดมาทำหน้าที่พิจารณาชี้ขาดข้อพิพาท โดยผลคำชี้ขาดดังกล่าวจะผูกพันคู่พิพาท หากมีการละเมิดคำชี้ขาดขึ้นภายหลัง ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งสามารถฟ้องร้องต่อศาลหรือองค์กรของรัฐได้”

พรรณพิมล อุตระกุล(2553: 24) กล่าวว่า “อนุญาโตตุลาการ คือ วิธีการระงับข้อพิพาทที่คู่กรณีตกลงกันเสมอข้อพิพาทที่เกิดขึ้นแล้ว หรือที่จะเกิดขึ้นในอนาคตให้บุคคลภายนอกซึ่งเรียกว่า “อนุญาโตตุลาการ” มีหน้าที่ทำการพิจารณาชี้ขาดโดยที่คู่กรณีจะผูกพันตามคำวินิจฉัยชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการนั้นๆ ซึ่งเปรียบเสมือนคำพิพากษาของคณะผู้พิพากษาในศาลยุติธรรมนั่นเอง”

การอนุญาโตตุลาการ ถือเป็นวิธีการระงับข้อพิพาททางเลือก วิธีการหนึ่งที่ได้รับคามนิยมอย่างมากในปัจจุบัน ซึ่งมีประวัติความเป็นมาอย่างยาวนาน ปียะพงษ์ ทองดี(2549 : 11) กล่าวว่า การระงับ

ข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการเป็นวิธีระงับข้อพิพาทอย่างหนึ่งที่ปรากฏอยู่ในสังคมมนุษย์มาเป็นเวลานาน มีหลักฐานว่าชาวกรีกเป็นชนชาติที่นิยมระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการทั้งในกรณีพิพาทระหว่างรัฐต่างๆด้วย สำหรับในประเทศไทย วิธีระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการมีมาตั้งแต่สมัยกรุงศรีอยุธยาจนถึงสมัยรัตนโกสินทร์ โดยปรากฏหลักฐานจากกฎหมายตราสามดวง และจากบทบัญญัติเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการ ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 210 ถึงมาตรา 222 ซึ่งใช้บังคับมาตั้งแต่วันที่ 1 ตุลาคม พุทธศักราช 2478 เป็นต้นมา

ประเทศไทยนั้นได้มีปรากฏบทบัญญัติอันเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการมาตั้งแต่ในกฎหมายตราสามดวง และต่อมาได้บรรจุไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ซึ่งการอนุญาโตตุลาการในกฎหมายทั้งสองฉบับนั้นเป็นการอนุญาโตตุลาการในชั้นศาลเท่านั้น โดยกฎหมายที่เกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการนอกศาลนั้นได้ตราพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการครั้งแรกเมื่อพ.ศ. 2530 เป็นผลมาจากการลงนามในอนุสัญญาเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการ การค้าระหว่างประเทศ ธีวซัย สุวรรณพานิช (2557:3-4) กล่าวว่า “จำนวนประเทศที่ลงนามในอนุสัญญาเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการ การค้าระหว่างประเทศที่สำคัญฉบับหนึ่งคือ “Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards” ซึ่งมักจะเรียกกันว่า “New York Convention” อนุสัญญาฉบับนี้ถือเป็นเสาหลักของการอนุญาโตตุลาการ การค้าระหว่างประเทศซึ่งมีประเทศลงนามแล้ว 152 ประเทศ อันเป็นข้อพิสูจน์ได้ว่าวิธีการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการเป็นวิธีการที่ได้รับความนิยมสูงที่สุดในปัจจุบัน”

พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการในประเทศไทยที่ใช้ในปัจจุบันคือ พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 และได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2562 ซึ่งเป็นพระราชบัญญัติที่เปิดโอกาสให้คู่พิพาทสามารถใช้เป็นกระบวนการระงับข้อพิพาท โดยสามารถนำกฎหมายใดมาใช้เป็นเครื่องมือในการพิจารณาข้อพิพาทได้ ทำให้คู่พิพาทที่มีความขัดแย้งกันสามารถนำกฎบทบัญญัติ หรือกฎหมายที่ตนเชื่อมั่นมาใช้ในการระงับข้อพิพาท โดยเฉพาะมุสลิมในประเทศไทยที่ต้องการใช้บทบัญญัติทางกฎหมายอิสลามในการระงับข้อพิพาทของตน ซึ่งเป็นความต้องการของมุสลิมในประเทศไทยตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบัน ดังจะเห็นได้จากคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 503/2526 โดยมีข้อพิพาทระหว่างมุสลิมทั้งสองฝ่ายเกี่ยวกับการบังคับตามสัญญาอนุญาโตตุลาการที่ทำการซื้อขายโดยคณะกรรมการอิสลามประจำกรุงเทพมหานคร แม้ว่าในขณะนั้นยังไม่มีพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการก็ตาม ซึ่งคดีดังกล่าวศาลฎีกาได้พิพากษาว่า ให้จำเลยต้องปฏิบัติตามคำซื้อขายของคณะกรรมการอิสลามประจำจังหวัดผู้ทำหน้าที่อนุญาโตตุลาการตามข้อตกลงของโจทก์และจำเลย

โดยประเทศไทยได้ให้ความสำคัญต่อกระบวนการยุติธรรมอิสลามอันจะเห็นได้จากการให้อำนาจจุฬาราชมนตรีในฐานะกรมท่าชาวมุสลิมที่มีอำนาจตัดสินคดีความของมุสลิมที่เกิดขึ้นระหว่างมุสลิมด้วยกัน เด่น โต๊ะมีนา (2533:33 อ้างถึงใน มอซาลี เบ็ญหมัด,2555:19) กล่าวว่า “ตั้งแต่สมัยกรุงศรีอยุธยาจนถึงสมัยรัตนโกสินทร์ตอนต้น จุฬาราชมนตรีทำหน้าที่เป็นผู้นำด้านกิจการศาสนาอิสลาม และทำหน้าที่ตุลาการรับเรื่องราวร้องทุกข์และตัดสินคดีความของมุสลิมในบังคับ”

การให้จุฬาราชมนตรีในฐานะกรมท่าชาวมุสลิมทำหน้าที่ตุลาการรับเรื่องราวร้องทุกข์และตัดสินคดีความของมุสลิมนั้นเป็นการให้อำนาจพิจารณาคดีเช่นเดียวกับการให้อำนาจแก่ชาวจีนตั้งแต่อดีต ดังที่ ม.ร.ว. เสนีย์ ปราโมช ได้เขียนเกี่ยวกับข้อยกเว้นในการใช้กฎหมายอิสลามในจังหวัดชายแดนภาคใต้ว่า ดังมีปรากฏไว้ตั้งแต่สมัยศาลกรมท่าซ้ายพิจารณาคดีชาวจีน ศาลกรมท่าขวาพิจารณาคดีชนชาวมุสลิม ศาลทั้งสองตัดสินตามกฎหมายและประเพณีของชนนั้นๆ แต่สำหรับชาวจีนไม่ปรากฏว่ามีกฎหมายหรือประเพณีเรื่องฝ่าฝืนมรดกเป็นการแน่นอน ทางกรมท่าซ้ายจึงใช้กฎหมายบ้านเมืองบังคับ ส่วนชนชาวมุสลิมนับถือศาสนาอิสลาม ซึ่งมีกฎหมายและประเพณีแน่นอนในเรื่องฝ่าฝืนมรดกศาลกรมท่าขวาจึงใช้กฎหมายอิสลามบังคับ (เด่น โต๊ะมีนา,2532:40)

ณรงค์ ศิริประชนะ (2516:7-8) กล่าวว่า “ประวัติความเป็นมาของกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดก ตามที่ใช้บังคับแทนบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในเขต 4 จังหวัดชายแดนภาคใต้ สามารถสรุปที่มาได้ 2 ประการคือ 1) โดยเหตุที่เป็นบทบัญญัติของศาสนาอิสลามโดยตรงที่อิสลามศาสนิกทุกคนจำเป็นต้องถือเป็นหลักปฏิบัติอย่างเคร่งครัดอยู่แล้ว ประการหนึ่ง และ 2) โดยหลักรัฐประศาสนโยบายอันสำแดงถึงพระมหากษัตริย์แห่งองค์พระมหากษัตริย์ของชาติไทยที่มีต่อพสกนิกรของพระองค์ นับเป็นประการที่สอง”

ต่อมาเมื่อประกาศใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว และบรรพ 6 ว่าด้วยมรดก ซึ่งมีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 1 ตุลาคม 2478 ตามพระราชบัญญัติให้ใช้ บรรพ 5 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พ.ศ. 2477 มาตรา 4 บัญญัติว่า บทบัญญัติแห่งบรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว และบรรพ 6 ว่าด้วยมรดก ไม่กระทบกระเทือนถึงกฎข้อบังคับสำหรับการปกครองบริเวณเจ็ดหัวเมือง ร.ศ. 120 ในส่วนที่เกี่ยวกับครอบครัวและมรดก ฉะนั้นกฎข้อบังคับสำหรับปกครองบริเวณเจ็ดหัวเมือง ร.ศ.120 ยังคงมีผลใช้บังคับในจังหวัดปัตตานี ยะลา นราธิวาส และสตูลต่อไป คือ ใช้กฎหมายอิสลามในการบังคับคดีว่าด้วยครอบครัวและมรดกแก่บุคคลผู้นับถือศาสนาอิสลามอย่างเดิม (เด่น โต๊ะมีนา,2532 :21)

จากการให้ความสำคัญต่อการใช้กฎหมายอิสลามในประเทศไทย เห็นได้มีการตราพระราชบัญญัติต่างๆขึ้นตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบัน คือพระราชบัญญัติมัสยิดอิสลาม พ.ศ.2490 พระราชกฤษฎีกาว่าด้วยการศาสนูปถัมภ์ฝ่ายอิสลาม พระราชกฤษฎีกาว่าด้วยการศาสนูปถัมภ์ฝ่ายอิสลาม (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2491 พระราชบัญญัติการบริหารองค์กรศาสนาอิสลาม พ.ศ. 2540 และพระราชบัญญัติธนาการอิสลาม พ.ศ. 2545 เมื่อพิจารณาจากจำนวนกฎหมายที่ทางการไทยได้บัญญัติขึ้นมา เพื่อให้มุสลิมในประเทศไทยสามารถใช้กระบวนการยุติธรรมทางกฎหมายอิสลามที่ได้รับการยอมรับจากรัฐไทยมาตลอดแต่ยังนับว่าสามารถใช้กฎหมายอิสลามได้เพียงบางส่วนจากกฎหมายอิสลามทั้งหมดเท่านั้น โดยกิตติศักดิ์ ปรกติ และคณะ (2554 : 315-316) กล่าวว่า “กฎหมายอิสลามที่มีการบังคับใช้อย่างต่อเนื่องมีเพียงการใช้กฎหมายอิสลามเฉพาะกรณีว่าด้วยกฎหมายครอบครัวและมรดก ซึ่งเป็นเพียงส่วนหนึ่งอันน้อยนิดเท่านั้น เมื่อเทียบกับกฎหมายอิสลามที่ครอบคลุมวิถีชีวิตมุสลิม อีกทั้งมีการตีความในการบังคับใช้อย่างเคร่งครัด คือ ให้มีผลบังคับใช้เฉพาะเรื่องครอบครัวและมรดกเท่านั้น”

ด้วยเหตุที่มุสลิมต้องการนำบทบัญญัติอิสลามมาใช้ในชีวิตประจำวัน ปัจจุบันมุสลิมจึงได้นิยมนำกระบวนการระงับข้อพิพาททางเลือกมาใช้เป็นจำนวนมาก โดยเฉพาะองค์กรที่มีอำนาจหน้าที่ตามกฎหมายอย่างคณะกรรมการอิสลามประจำจังหวัด และคณะกรรมการอิสลามประจำมัสยิด ซึ่งมีอำนาจระงับความขัดแย้งของมุสลิมในประเทศไทยตามพระราชบัญญัติการบริหารองค์กรศาสนาอิสลาม พ.ศ. 2540 ตามมาตรา 26 (3) และ 35 (7) ตามลำดับ โดยมะรอนิง สาแลมิง และ ซอซาลี เบ็ญหมัด (2556: 89) ได้กล่าวถึงการใช้อำนาจของคณะกรรมการอิสลามประจำจังหวัดและคณะกรรมการอิสลามประจำมัสยิดตามพระราชบัญญัติการบริหารองค์กรศาสนาอิสลาม พ.ศ. 2540 ว่า “คณะกรรมการอิสลามประจำจังหวัด และคณะกรรมการอิสลามประจำมัสยิดมีอำนาจประนีประนอมข้อพิพาทครอบครัวและมรดกตามพระราชบัญญัติการบริการองค์กรศาสนาอิสลาม พ.ศ. 2540 ซึ่งกระบวนการร้องเรียนและการพิจารณาข้อพิพาทว่าด้วยครอบครัวและมรดกดังกล่าว บางกรณีได้ดำเนินไปในลักษณะการไกล่เกลี่ย บางกรณีเป็นไปในลักษณะการอนุญาโตตุลาการ และบางกรณีเป็นไปในลักษณะการตัดสินหรือพิพากษา”

แม้ปัจจุบันองค์กรทางศาสนาอิสลามจะมีการระงับข้อพิพาทโดยใช้กระบวนการอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาทแต่ยังไม่มี ความชัดเจนในการทำหน้าที่ระงับข้อพิพาทในลักษณะดังกล่าวแต่อย่างใด โดยมะรอนิง สาแลมิง และคณะ (2554:262) กล่าวว่า “จากการที่อิมามมัสยิดต่างๆต้องทำหน้าที่หลายบทบาท ทั้งการไกล่เกลี่ย และการเป็นอนุญาโตตุลาการ การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทของอิมามมัสยิดต่างๆนั้น จึงมีลักษณะที่ไม่ชัดเจนเท่าที่ควร ขึ้นอยู่กับอิมามจะให้ความสำคัญกับบทบาทใดเป็นหลัก”

เมื่อการระงับข้อพิพาทดังกล่าวของคณะกรรมการอิสลามประจำจังหวัด และคณะกรรมการอิสลามประจำมัสยิดมีหลายรูปแบบรวมทั้งการใช้กระบวนการทางอนุญาโตตุลาการของคณะกรรมการอิสลามประจำจังหวัด และคณะกรรมการอิสลามประจำมัสยิด ซึ่งมะรอนิง สาแลมิง และคณะ (2555 : 86) ได้สรุปแนวทางการปรับปรุง แก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายและระเบียบที่ส่งเสริมการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทตามบทบัญญัติศาสนาอิสลามไว้ว่า “การใช้พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการพ.ศ. 2545 มาตรา 41 และ 42 ที่บัญญัติให้คำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการผูกพันคู่พิพาท ก็เป็นอีกแนวทางหนึ่งที่คณะกรรมการอิสลามประจำจังหวัดและคณะกรรมการอิสลามประจำมัสยิดอาจดำเนินการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทตามบทบัญญัติแห่งศาสนาอิสลามในฐานะอนุญาโตตุลาการ ก็ได้”

จากปัญหาที่กล่าวมาข้างต้นจะเห็นได้ว่ากระบวนการระงับข้อพิพาทของมุสลิมในประเทศไทยยังมีความไม่ชัดเจน ซึ่งกระบวนการอนุญาโตตุลาการถือเป็นกระบวนการระงับข้อพิพาทอีกแนวทางหนึ่งที่มุสลิมในประเทศไทยสามารถนำบทบัญญัติอิสลามมาใช้ในการระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้น แต่ยังไม่มีการศึกษาวิธีการ และกระบวนการระงับข้อพิพาททางอนุญาโตตุลาการ โดยเฉพาะการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการอิสลามให้ชอบด้วยกฎหมายของรัฐซึ่งมีพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 เป็นกฎหมายหลักที่ใช้พิจารณาในกระบวนการการอนุญาโตตุลาการของประเทศไทย โดยอาจนำเอาวิธีการระงับข้อพิพาททางอนุญาโตตุลาการตามกฎหมายอิสลามมาปรับใช้ให้สอดคล้องกฎหมายไทย

ผู้วิจัยเล็งเห็นความสำคัญดังกล่าวจึงต้องการ “ศึกษาเปรียบเทียบการอนุญาโตตุลาการตามกฎหมายอิสลามและกฎหมายไทย” ในประเด็น ประวัติความเป็นมาของอนุญาโตตุลาการ องค์ประกอบและเงื่อนไขของอนุญาโตตุลาการ คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ เพื่อสามารถนำผลการศึกษามาเป็นแนวทางการปรับใช้ในการระงับข้อพิพาททางอนุญาโตตุลาการในประเทศไทยให้เหมาะสมต่อไป

1.2 อัลกุรอาน อัลหะดีษ และเอกสารงานวิจัยที่เกี่ยวข้อง

ส่วนนี้ผู้วิจัยจะนำเสนออายุอะฮ์อัลกุรอาน อัลหะดีษ และเอกสารงานวิจัยที่เกี่ยวข้องกับอนุญาโตตุลาการโดยสังเขป

1.2.1 อัลกุรอานที่เกี่ยวข้อง

จากการศึกษาอัลกุรอานที่เกี่ยวข้องกับงานวิจัยนี้ มีหลายประเด็นด้วยกัน ผู้วิจัยขอนำเสนอใน 2 ประเด็นดังนี้ การนำบทบัญญัติอิสลามมาตัดสินข้อพิพาท และบทบัญญัติเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการ

ก. การนำบทบัญญัติอิสลามมาตัดสินข้อพิพาท

อัลกุรอานได้มีการบัญญัติถึงการประทอนอัลกุรอานลงมา เพื่อให้ประชาชนชาติมุสลิมได้นำบทบัญญัติที่มีการบัญญัติไว้ในอัลกุรอานมาทำการตัดสินข้อพิพาทของบุคคลทั้งสองฝ่ายโดยให้มีการตัดสินด้วยการใช้หลักการอิสลามในการตัดสินตั้งอัลลอฮ์ ﷻ ตรัสว่า

﴿وَأَنِ احْكُم بَيْنَهُم بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ...﴾

(المائدة من آية : 49)

ความว่า “และเจ้าจงตัดสินระหว่างพวกเขา ด้วยสิ่งที่อัลลอฮ์ได้ทรงประทานลงมาเถิด”

(อัลมาอิดะฮ์ ส่วนหนึ่งจาก : 49)

และอัลลอฮ์ ﷻ ตรัสว่า

﴿إِنَّا أَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ لِتَحْكُمَ بَيْنَ النَّاسِ بِمَا أَرَاكَ اللَّهُ وَلَا تَكُنَ لِلْخَائِنِينَ خَصِيمًا﴾

(النساء : 105)

ความว่า “แท้จริง เราได้ให้คัมภีร์ลงมาแก่เจ้าเป็นความจริง เพื่อให้เจ้าจะได้ตัดสินระหว่างผู้คน ด้วยสิ่งที่อัลลอฮ์ได้ทรงให้เจ้ารู้เห็น และเจ้าจงอย่าเป็นผู้เถียงแก่ให้แก่ผู้บิดพลิ้วทั้งหลาย”

(อัลนิสาอ : 105)

อิบนุ กะซีร (1419:358) อธิบายอายะฮ์นี้ “การกล่าวอ้างเรื่องการตัดสินระหว่างมนุษย์นั้น ส่วนหนึ่งจากอุลามาฮ์อูซูลได้ให้ความเห็นว่าแท้จริงท่านเราะสูลﷺ ท่านได้ตัดสินด้วยการวินิจฉัยของท่านนั้น เป็นการตัดสินตามอายะฮ์นี้ ดังที่มีปรากฏเหตุะดีษในศอเฮียะห์ทั้งสองที่รายงานจากท่านรายงานหะดีษที่รายงานโดยอุมมุซาลามะฮ์ว่า “แท้จริงท่านเราะสูลﷺ ได้ยินเสียงดังเอะอะไววายเอาชนะกัน จากประตูห้องของท่านเราะสูลﷺ ดังนั้นท่านจึงออกไปหาพวกเขา แล้วกล่าวความว่า โอ้! แท้จริงฉันคือมนุษย์คนหนึ่ง และเมื่อฉันต้องทำหน้าที่ตัดสิน ฉันก็จะตัดสินตามสิ่งที่ฉันได้ยินมา ซึ่งบางครั้งคนหนึ่งคนใดจากพวกท่านนั้นได้ตามความปรารถนาด้วยหลักฐานของเขาบางส่วน ดังนั้นฉันได้ตัดสินให้เขา และใครที่ฉันได้ตัดสินให้เขาซึ่งสิทธิของมุสลิมอีกคน ซึ่งนั่นคือ ที่ดินผืนหนึ่งจากนรกก็จงเข้าไปครอบครองมัน และทำการหว่านเมล็ดในที่นั้น¹”

¹ หะดีษนี้บันทึกโดย al-Bukari, 1422:2458 และ Muslim n.d.:1713

ท่านอิมามอัชชาฟีอีย์ กล่าวมีใจความว่า “ทุกสิ่งที่ท่านเราะฮ์สูล ﷺ ได้ตัดสินนั้นล้วนแล้วแต่มาจากความเข้าใจในอัลกุรอาน”(Ibn Kathīr,1999:7/2)

จากอายะฮ์ดังกล่าวได้มีการบัญญัติให้มีการตัดสินข้อพิพาทที่เกิดจากบุคคลทั้งสองฝ่ายโดยให้ใช้บทบัญญัติจากอัลกุรอานในการตัดสิน และท่านเราะฮ์สูล ﷺ ได้ปฏิบัติตามบทบัญญัติอย่างเคร่งครัด กระนั้นก็ตามท่านเราะฮ์สูล ﷺ ได้เน้นย้ำต่อเศาะหะบะฮ์ว่า ท่านเป็นแค่มนุษย์ปุถุชนคนหนึ่งซึ่งตัดสินไปตามหลักฐาน และอาจเกิดความผิดพลาดได้ การตัดสินเนื่องด้วยหลักฐานที่นำมาให้ท่านพิจารณานั้น

นอกจากอัลกุรอานได้สั่งให้นำบทบัญญัติอิสลามมาตัดสินข้อพิพาทแล้ว อัลลอฮ์ ﷻ ยังได้กล่าวถึงผู้ที่ละเลยไม่นำบทบัญญัติอิสลามมาตัดสินข้อพิพาทไว้ในอัลกุรอานว่า

﴿...وَمَنْ لَّمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنزَلَ اللَّهُ فَأُولَٰئِكَ هُمُ الْكَافِرُونَ﴾

(المائدة بعض من آية : 44)

ความว่า “...ผู้ใดที่มีได้ตัดสินด้วยสิ่งที่อัลลอฮ์ได้ทรงประทานลงมาแล้ว
ชนเหล่านั้นแหละคือผู้ปฏิเสธการศรัทธา”

(ส่วนหนึ่งจากอัลมาอิดะฮ์ : 44)

อิบนุ กะซีร์ (1419/3 :102) กล่าวมีใจความว่า “การประทานอายะฮ์กุรอานที่ประเสริฐดังกล่าวนี้แก่ผู้ที่รีบเร่งในการปฏิเสธ พวกเขาเหล่านั้นเป็นผู้ที่ออกจากการยอมเชื่อฟังอัลลอฮ์ ﷻ และท่านเราะฮ์สูล ﷺ”

ข. บทบัญญัติเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการ

นอกจากอัลกุรอานได้บัญญัติเกี่ยวกับการนำบทบัญญัติอิสลามมาตัดสินข้อพิพาท แล้วยังได้บัญญัติแนวทางการตัดสินข้อพิพาทไว้หลากหลายแนวทาง ซึ่งแนวทางหนึ่งที่มีการบัญญัติไว้ในอัลกุรอาน คือ แนวทางอนุญาโตตุลาการ ซึ่งอัลลอฮ์ ﷻ ได้ตรัสว่า

﴿وَإِنْ حَفِظْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمَا مِّنْ أَهْلِهَا إِنَّ

رُيْدَا إِصْلَاحًا يُّوقِفِي اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا﴾

(النساء : 35)

ความว่า “และหากพวกเจ้าหวั่นเกรงการแตกแยกระหว่างเขาทั้งสอง ก็จงส่งผู้ตัดสินคนหนึ่งจากครอบครัวของฝ่ายชาย และผู้ตัดสินอีกคนหนึ่งจากครอบครัวฝ่ายหญิงหากทั้งสอง ประารถนาให้มีการประนีประนอมกันแล้ว อัลลอฮ์ก็จะทรงให้ความสำเร็จในระหว่างทั้งสอง แท้จริงอัลลอฮ์เป็นผู้ทรงรอบรู้ ผู้ทรงสหัพัญญู”

(อันนิสาอ :35)

อัลกุฎอบี (1967/5:179) ได้กล่าวมีใจความว่า “อายะฮ์นี้เป็นหลักฐานยืนยันเรื่องอนุญาโตตุลาการ และเป็นการปฏิเสธทัศนะของกลุ่มเคาะวาริจญ์ที่มีทัศนะว่า “ไม่มีการตัดสินด้วยอนุญาโตตุลาการเพราะการตัดสินนั้นเป็นกรรมสิทธิ์ของอัลลอฮ์ผู้เดียว”

มุฮัมหมัด อัลซุฮัยลี (Muhammad al-Zuhaili, 2011:368) ได้กล่าวมีใจความว่า “อายะฮ์นี้เป็น การตั้งอนุญาโตตุลาการระหว่างสามีภรรยาขณะที่ทั้งสองมีความขัดแย้ง หรือแตกแยกกัน”

อายะฮ์ข้างต้นอัลลอฮ์ ﷻ ได้บัญญัติถึงหลักการระงับข้อพิพาทโดยใช้วิธีการทางอนุญาโตตุลาการเพื่อหาทางออกให้แก่คู่สามีภรรยาที่มีความขัดแย้งกัน โดยให้ทั้งสองฝ่ายแต่งตั้งผู้ ที่ตนเชื่อถือมาเป็นอนุญาโตตุลาการเพื่อระงับข้อพิพาทภายในครอบครัว

1.2.2 หะดีษที่เกี่ยวข้อง

อนุญาโตตุลาการมีปรากฏในอัสสุนนะฮ์ถึงการยอมรับหลักการดังกล่าวโดยท่านนบี ﷺ ซึ่งมี รายงานหะดีษที่บันทึกโดยอบูดาวูด ว่า

((حَدَّثَنَا الرَّبِيعُ بْنُ نَافِعٍ، عَنْ يَزِيدَ بْنِ يَعْنَى ابْنِ الْمُقَدَّامِ بْنِ شُرَيْحٍ، عَنْ أَبِيهِ، عَنْ جَدِّهِ، شُرَيْحٍ عَنْ أَبِيهِ هَانِيٍّ أَنَّهُ لَمَّا وَقَدَّ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ مَعَ قَوْمِهِ سَمِعَهُمْ يَكُونُونَ بِأَبِي الْحَكَمِ، فَدَعَاهُ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فَقَالَ: «إِنَّ اللَّهَ هُوَ الْحَكَمُ، وَإِلَيْهِ الْحُكْمُ، فَلِمَ تُكْفَى أَبَا الْحَكَمِ؟» فَقَالَ: إِنَّ قَوْمِي إِذَا اخْتَلَفُوا فِي شَيْءٍ أَتَوْنِي، فَحَكَمْتُ بَيْنَهُمْ فَرَضِي كِلَا الْقَرِيفَيْنِ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «مَا أَحْسَنَ هَذَا، فَمَا لَكَ مِنَ الْوَلَدِ؟» قَالَ: لِي شُرَيْحٌ، وَمُسْلِمٌ، وَعَبْدُ اللَّهِ، قَالَ: «فَمَنْ أَكْبَرُهُمْ؟» قُلْتُ: شُرَيْحٌ، قَالَ: «فَأَنْتَ أَبُو شُرَيْحٍ»))

(أخرجه ابو داود، n.d.: 4955)

ความว่า “ท่านรอบิอฺ บิน นาฟิอฺได้เล่าหะดีษให้พวกเรา จากท่าน ยาซิด คือท่าน อิบน์ มิกดามฺ บินซุรียฺ จากบิดาของท่าน จากปู่ของท่าน ท่านซุรียฺ รายงานจากบิดาของท่าน คือ ท่านฮานีอฺ ครั้นเมื่อเขามาหาท่านเราะสูลﷺ พร้อมกับกลุ่มชนของเขา ท่านเราะสูลﷺ ได้ยินพวกเขาเรียกเขาว่า อะบิหะกัม ดังนั้นท่านเราะสูลﷺ ได้เรียกเขา พลังกล่าวว่า “แท้จริงอัลลอฮ์เป็นผู้ตัดสิน และคำตัดสินก็กลับหาพระองค์ ทำไมท่านถึงถูกเรียกว่า อะบาหะกัม” ท่านตอบว่า “แท้จริงกลุ่มชนของฉัน เมื่อพวกเขามีการขัดแย้งกันในเรื่องหนึ่ง พวกเขาจะนำมาหาฉัน แล้วฉันก็จะชี้ขาดในระหว่างพวกเขา และพวกเขาทั้งสองฝ่ายก็ยินยอมให้ฉัน (ชี้ขาด)” ท่านเราะสูลﷺ จึงกล่าวว่า “สิ่งนี้ (การกระทำดังกล่าว) เป็นสิ่งที่ดี แล้วท่านมีลูกหรือไม่?” ท่านจึงตอบว่า “ฉันมีลูกชื่อ ซุรียฺ มุสลิม และอับดุลลอฮ์” ท่านเราะสูลﷺ จึงถามว่า “ใครเป็นลูกคนโต” ฉันจึงตอบว่า “ซุรียฺ” ท่านเราะสูลﷺ กล่าวว่า “ท่านคือ อับูซุรียฺ”

(บันทึกโดย Abu Dawūd, n.d. : 4955)

อับดุลลอฮ์ บิน มุฮัมหมัด ได้กล่าวมีใจความว่า “อัลหะดีษนี้ คือการชี้ขาดข้อพิพาทระหว่างคู่พิพาททั้งสอง จากเผ่าของพวกเขาขณะที่คนในเผ่าของพวกเขาเสนอข้อพิพาทให้แก่เขา พวกเขาได้ยินยอมให้เขาชี้ขาดข้อพิพาท ซึ่งการกระทำในรูปแบบนี้เป็นกระบวนการทางอนุญาโตตุลาการ และท่านนบิﷺ ได้ยินยอมรับการกระทำดังกล่าว ซึ่งเป็นการบ่งชี้ถึงการบัญญัติกระบวนการระงับข้อพิพาททางอนุญาโตตุลาการ” (Abdullah bin Muhammad ,1420: 32)

อูษุฮฺ ได้อธิบายหะดีษนี้ไว้ในหนังสือของท่านมีใจความว่า “โดยได้นำสายรายงานหะดีษนี้มาสองสายรายงานทั้งในบันทึกของอับิยฺดาวูด และอัลนะสาอียฺ ซึ่งในบันทึกของท่านสองท่านได้บันทึกหะดีษนี้ไว้ด้วยตัวบทที่เหมือนกัน โดยอูษุฮฺได้อธิบายสาเหตุที่ท่านเราะสูลﷺ ได้ถามในขณะที่ท่านﷺ ได้ยินผู้คนเรียกนามแฝงของอับูซุรียฺว่า อะบาหะกัม ซึ่งท่านﷺ กล่าวถามว่า “แท้จริงอัลลอฮ์เป็นผู้ตัดสิน” โดยท่านﷺ กล่าวถามเพื่อต้องการทราบเหตุใดที่ผู้คนถึงเรียกอับูซุรียฺเช่นนั้น อันเนื่องจากคุณลักษณะการเป็นผู้ตัดสินนี้เป็นคุณลักษณะที่เจาะจงเฉพาะอัลลอฮ์ﷻ ผู้เดียวเท่านั้น ซึ่งคำตัดสินก็กลับหา

พระองค์ กล่าวคือคำตัดสินนั้นเริ่มจากพระองค์ﷺ และสิ้นสุดที่พระองค์ﷺ ดังที่อัลลอฮ์ﷻ ตรัสว่า ﴿لَا حُكْمَ وَالِيهِ زُرْعُونَ﴾ โดยท่านเราะสูลุลลอฮ์ﷺ มิได้ปฏิเสธการตัดสินของอบูซุรัย หรือให้ทั้งคำตัดสินของอบูซุรัย แต่ท่านเราะสูลุลลอฮ์ﷺ ถามเช่นนั้นเพื่อปฏิเสธการใช้คำว่า อบีหะกัมกับผู้อื่นจากอัลลอฮ์ﷻ ซึ่งเกรงว่าจะทำให้ผู้ตนเข้าใจว่ามีผู้อื่นที่มีคุณลักษณะเฉกเช่นเดียวกันกับอัลลอฮ์ﷻ และในการอธิบายหะดีษคำว่า “ผู้พิพากษา (الحاكم)” มีความหมายเดียวกันกับคำว่า “ผู้ตัดสิน ชีฆาด(الحاكم)” อันเนื่องจากเมื่อผู้ตัดสินชีฆาดที่ได้ทำการตัดสินชีฆาดแล้วไม่สามารถปฏิเสธคำตัดสินชีฆาดนั้นได้ และคุณลักษณะนี้ไม่อาจที่จะพาทิงผู้อื่นจากอัลลอฮ์ﷻ จะส่วนหนึ่งจากพระนามของอัลลอฮ์ﷻ คือ “ผู้พิพากษา (الحاكم)” ท่านนบีﷺ จึงถามว่าเพราะเหตุใดเขาถึงเรียกท่านด้วยนามแฝงว่า “อะบาอัลหะกัม” อบูซุรัยจึงตอบว่า ที่ผู้คนเรียกท่านด้วยนามแฝงว่า “อะบาอัลหะกัม” เนื่องจากเมื่อเกิดความขัดแย้งขึ้นระหว่างผู้คนในกลุ่มของฉัน คู่พิพาททั้งสองฝ่ายก็จะมอบข้อพิพาทนั้นให้ฉันตัดสิน ชีฆาด กล่าวคือเพื่อทำให้ขจัดความเสียหายที่เกิดขึ้นและให้ความเป็นธรรมแก่ทั้งสองฝ่าย และเพื่อทำการประนีประนอมคู่พิพาททั้งสอง ท่านนบีﷺ จึงตอบว่า นี่เป็นสิ่งที่ดีมาก ซึ่งสิ่งที่ดีมากที่นบีﷺ กล่าวถึงไม่ใช่ในนามแฝงที่ใช้หากแต่เป็นการตัดสินชีฆาดด้วยความยุติธรรม ท่านนบีﷺ จึงได้ถามอบูซุรัยเพื่อที่ตั้งนามแฝงให้ใหม่ โดยถามว่า ท่านมีบุตรชายไหม อบูซุรัยตอบว่า ฉันมีบุตรชายชื่อซุรัย, มุสลิม และอับดุลลอฮ์ ท่านนบีﷺ จึงถามต่อว่าบุตรชายคนโตชื่ออะไร อบูซุรัยตอบว่า ชื่อซุรัย ท่านนบีﷺ กล่าวว่า ท่านคือ อบูซุรัย” (Abu Hasan.2002:3003-3004)

นอกจากหะดีษดังกล่าวแล้วยังมีหะดีษที่บันทึกโดย อัลบุคอรี และ มุสลิม ว่า

((نَزَلَ أَهْلُ فُرَيْظَةَ عَلَى حُكْمِ سَعْدِ بْنِ مُعَاذٍ، فَأَرْسَلَ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ إِلَى سَعْدِ فَأَتَى عَلَى جِمَارٍ.. فَلَمَّا دَنَا مِنَ الْمَسْجِدِ قَالَ لِلْأَنْصَارِ: «فُؤُومُوا لِي سَيِّدِكُمْ، أَوْ خَيْرِكُمْ» . فَقَالَ: «هَؤُلَاءِ نَزَلُوا عَلَى حُكْمِكَ» . فَقَالَ: «تَقْتُلُ مَقَاتِلَهُمْ، وَتَسْبِي ذُرَارِيَهُمْ، قَالَ: «فَضَيْتَ بِحُكْمِ اللَّهِ» وَرُبَّمَا قَالَ: «بِحُكْمِ الْمَلِكِ»

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

ความว่า “ชาวบะนีย กุร็อยเฮาะ ได้แต่งตั้งให้ซะอู เป็น มุอาษหะ เป็นผู้ตัดสิน ดังนั้นท่านนบีﷺ ก็ส่งคนไปเชิญท่านสะอัด บิน มุอาษมาหาท่าน ท่านจึงได้ขี่ลามาหาท่านนบีﷺ ขณะที่มาถึงมัสยิด ท่านจึงกล่าวแก่ชาวอันศอรว่า พวก

ท่านจงแต่งตั้งหัวหน้าของพวกเขา ท่าน หรือคนที่ดีที่สุดของพวกเขา ชาวอันศอร
จึงตอบว่า พวกเขาแต่งตั้งให้ท่านเป็นผู้ตัดสิน และเขา(สะอัด บิน มุอาซ)จึง
ตัดสินว่า ท่านต้องชำระอาหารของพวกเขา และจับลูกหลานของพวกเขาเป็น
เชลย ท่าน นบีﷺกล่าวว่า ท่านได้ตัดสินด้วยบัพัญญูติของอัลลอฮ์ และอีก
สายรายงานหนึ่งกล่าวว่า ท่านนบีﷺกล่าวว่าด้วยบัพัญญูติของพระเจ้า”

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

อัลนาวาวีย์ ได้อธิบายหะดีษนี้มีความว่า “ชาวอันศอรจึงตอบว่า พวกเขาแต่งตั้งให้ท่าน
เป็นผู้ตัดสิน”ว่าปรากฏในสายรายงานอื่นว่า “ชาวอันศอรแต่งตั้งให้ท่านนบีﷺเป็นผู้ตัดสิน แต่ท่านนบีﷺได้
ปฏิเสธและได้มอบหมายให้ท่านชะอ” อัลอฏเฐีย กล่าวว่า สายรายงานทั้งสองนี้สามารถรวมกันได้ โดยแท้จริง
ชาวอันศอรได้แต่งตั้งให้ท่านนบีﷺ เป็นผู้ตัดสินชี้ขาด ซึ่งพวกเขาอมรับในการที่ท่านนบีﷺ มอบหมายให้ท่าน
ชะออันเนื่องจากเป็นคนในตระกูลเดียวกันกับพวกเขา และเป็นที่ทราบกันว่าพวกเขาต้องการให้ท่านนบีﷺ
อภัยให้ชาวบนิญุร็อยซะฮะฮ์ เนื่องจากพวกเขาชาวอันศอรเป็นมิตรที่ดีกับชาวบนิญุร็อยซะฮะฮ์ ท่านนบีﷺ จึง
กล่าวกับชาวอันศอรว่า พวกท่านยินยอมหรือไม่ที่จะให้ผู้ตัดสินชี้ขาดในเรื่องของชาวบนิญุร็อยซะฮะฮ์เป็น
บุคคลที่มาจากพวกท่าน พวกเขาจึงยินยอม ท่านนบีﷺ จึงได้มอบให้ท่านชะอ เป็น มุอาซ อัลเอาซีย์ และเขา
(ชะอ เป็น มุอาซ) จึงตัดสินว่า ท่านต้องประหารอาหารของพวกเขา และจับบุคคลที่เหลือของพวกเขาเป็น
เชลยศึก บุคคลที่เหลือในที่นี้คือ บรรดาทายาทของพวกเขา ทั้งที่เป็นบรรดาศาสน์ และเด็ก ๆ ทั้งหมด ท่านนบี
ﷺกล่าวว่าแก่ชะอ เป็น มุอาซ) ว่า ท่านได้ตัดสินด้วยบัพัญญูติของอัลลอฮ์ และอีกสายรายงานหนึ่ง
กล่าวว่า ท่านนบีﷺกล่าวว่าด้วยบัพัญญูติของมาลิก ซึ่งเป็นสายรายงานที่เป็นที่ทราบกันโดยทั่วไปใช้คำว่า
“มาลิก(مَلِكٍ)” อ่านด้วยกับกัศเราะฮุลาม ซึ่งหมายถึงอัลลอฮ์ ซึ่งตรงกับหลายสายรายงานที่ท่านนบีﷺกล่าวว่า
แท้จริงท่านได้ตัดสินด้วยบัพัญญูติของอัลลอฮ์แล้ว” (al- Nawawiy. H.1392/12: 93)

1.2.3 เอกสารงานวิจัยที่เกี่ยวข้อง

ผู้วิจัยไม่พบงานวิจัยที่มีการเปรียบเทียบระหว่างการอนุญาตตุลาการในกฎหมายอิสลาม
และกฎหมายไทยแต่อย่างใด ดังนั้นประเด็นเอกสารงานวิจัยที่เกี่ยวข้องจึงขอเสนอเพียงเอกสารงานวิจัยที่
เกี่ยวข้องกับการอนุญาตตุลาการในกฎหมายอิสลาม และกฎหมายไทยดังนี้

1.2.3.1 เอกสารงานวิจัยที่เกี่ยวข้องกับการอนุญาโตตุลาการในกฎหมายอิสลาม

กอทฎอน อับดุลเราะฮฺมาน อัดดูรีย (2002: 24-28) ในหนังสือ *عقد التحكيم في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي* มีใจความว่า บทบัญญัติอิสลามได้วางแนวทางยุติข้อพิพาทระหว่างมนุษย์ไว้หลายแนวทางด้วยกันนั่นคือ การไกล่เกลี่ย การพิพากษา และการอนุญาโตตุลาการ ซึ่งมีความแตกต่างกัน ดังนี้

1. การไกล่เกลี่ยคือ ข้อตกลงการระงับข้อพิพาทที่สิ้นสุดลงจากคู่พิพาทเอง
2. ผู้พิพากษา คือ ผู้ที่ได้รับการแต่งตั้งจากวาเลียมให้ตัดสินข้อพิพาท
3. อนุญาโตตุลาการ คือ ผู้ที่ได้รับการแต่งตั้งจากคู่พิพาทให้ทำการชี้ขาดข้อพิพาท

หนังสือ *عقد التحكيم في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي* ของกอทฎอน อับดุลเราะฮฺมาน อัดดูรีย เป็นหนังสือที่กล่าวถึงสัญญา และกระบวนการทางอนุญาโตตุลาการที่เกี่ยวข้องกับการอนุญาโตตุลาการอิสลาม และการอนุญาโตตุลาการทางกฎหมาย ทั้งยังไปเปรียบเทียบความเหมือนและความต่างของกระบวนการระงับข้อพิพาททั้งที่เป็นไกล่เกลี่ย การอนุญาโตตุลาการ และกระบวนการศาล ซึ่งผู้วิจัยสามารถนำเนื้อหาในตำราเล่มนี้มาเป็นข้อมูลในการศึกษาวิจัยในครั้งนี้ได้

มุฮัมหมัด อัลชูฮัยลี (2011:27) ในบทความเรื่อง *التحكيم الشرعي والقانوني في العصر الحاضر* ได้กล่าวว่า

“การอนุญาโตตุลาการเป็นคำที่ชี้ถึงกระบวนการที่คู่พิพาททั้งสองฝ่ายมอบให้ชี้ขาดกรณีพิพาทด้วยความยินยอมจากทั้งสอง เนื่องจากคู่กรณีทั้งสองฝ่ายเชื่อถือในตัวของผู้ที่เป็นอนุญาโตตุลาการ และเป็นการเรียกร้องให้อนุญาโตตุลาการชี้ขาด ดังนั้นคำชี้ขาดดังกล่าวจึงเป็นการตัดสินด้วยความยินยอมของคู่พิพาททั้งหลาย ทำให้ความขัดแย้งต่างๆสิ้นสุดลงด้วยความยินยอมให้มีผู้ตัดสินคนกลาง

สำหรับการอนุญาโตตุลาการนั้นมีคู่มา กับมนุษย์มาตั้งแต่ดั้งเดิม มีประวัติความเป็นมาตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบัน ซึ่งได้ขยายตัวอย่างกว้างขวางในยุคปัจจุบันไปสู่สังคม ประชาคม กลุ่มต่างๆ หน่วยงานส่วนราชการ บริษัทที่มีความขัดแย้งกัน และรัฐ แม้กระทั่งข้อพิพาทระหว่างรัฐ และบทบัญญัติต่างๆ และยิ่งมีความสำคัญมากขึ้นสำหรับสังคมมุสลิมที่มีความต้องการที่อยู่ในบ้านเมืองที่ไม่ใช่มุสลิม หรือในบ้านเมืองมุสลิมที่ไม่ได้ใช้กฎหมายอิสลาม”

บทความเรื่อง *التحكيم الشرعي والقانوني في العصر الحاضر* กล่าวถึงการอนุญาโตตุลาการทั้งที่เป็นการอนุญาโตตุลาการอิสลาม และการอนุญาโตตุลาการในรูปแบบกฎหมาย ซึ่งมีการกล่าวถึงวิวัฒนาการของอนุญาโตตุลาการตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบัน ทำให้ผู้วิจัยสามารถนำมาศึกษาในส่วนของประวัติความเป็นมาของอนุญาโตตุลาการได้

อะซีล อัล-รามาย (n.d.:1) ในบทความเรื่อง “Sulh : A Crucial Part of Islamic Arbitration” กล่าวว่า

“การอนุญาโตตุลาการและการไกล่เกลี่ย(Sulh) มีประวัติศาสตร์อันยาวนานเคียงคู่กับสังคมอาหรับและสังคมอิสลามและมีมาก่อนชาวอาหรับจะนับถือศาสนาอิสลาม การไกล่เกลี่ยเป็นกระบวนการระงับข้อพิพาทที่ได้ผลลัพธ์ตามที่ต้องการกัน นอกจากนั้นการตัดสินข้อพิพาทยังจะต้องอาศัยการตัดสินของอนุญาโตตุลาการด้วย”

บทความฉบับนี้นำเสนอความเห็นของกลุ่มต่างๆและผลของการระงับข้อพิพาท บทความฉบับนี้ยังยอมรับความแตกต่างระหว่างสังคมตะวันออกและสังคมตะวันตกและชี้ให้เห็นว่าชาวตะวันออกเป็นสังคมที่ให้ความสำคัญและมีทัศนคติเดียวกันต่อความขัดแย้ง ส่วนสังคมตะวันตกก็มีทัศนคติส่วนบุคคล และข้อเสนอแนะอย่างเป็นขั้นตอน จึงเป็นสาเหตุของความแตกต่างกันของทั้ง 2 สังคม ความแตกต่างของทั้ง 2 สังคม เกี่ยวข้องกับการให้ความสำคัญกับความขัดแย้ง รูปแบบของการพิจารณา สถานะ และหน้าที่ของผู้ที่เข้ามามีส่วน การอนุญาโตตุลาการทางธุรกิจระหว่างประเทศเป็นเครื่องมือที่พอเพียงในการระงับข้อพิพาทได้สำเร็จ

มะรอนิง สาลามิง และคณะ (2554: 18-23) “การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทว่าด้วยครอบครัว และมรดกของคณะกรรมการอิสลามประจำจังหวัดชายแดนภาคใต้” กล่าวว่า

“เนื้อหาคำสอนของอิสลามที่มีบ่อเกิดหลักจากอัลกุรอาน และสุนนะฮฺ ปรากฏว่ากระบวนการ วิธีการ กลไก ตลอดจนช่องทางและเครื่องมือเพื่อป้องกัน ระงับ หรือยุติความขัดแย้ง หรือข้อพิพาทในสังคมมนุษย์ในอิสลามนั้นมีความหลากหลาย คือ กระบวนการระงับข้อพิพาททางกฎหมายอิสลามประกอบด้วย 1) การให้คำปรึกษา (الاستشارة) 2) การไกล่เกลี่ยประนีประนอม (الصلح) 3) อนุญาโตตุลาการ (التحكيم) 4) กระบวนการศาลหรือกระบวนการพิพากษาอรรถคดี (القضاء) 5) อำนาจผู้ปกครองสูงสุด (ولاية المظالم) 6) กระบวนการภาคประชาอาสา (ولاية الحسبة)”

งานวิจัยเรื่อง “การไถ่เกี๋ยข้อพิพาทว่าด้วยครอบครัว และมรดกของ คณะกรรมการอิสลามประจำจังหวัดชายแดนภาคใต้” เป็นงานวิจัยที่ได้ค้นหาแนวคิดทฤษฎีเกี่ยวกับการระงับ ข้อพิพาทในอิสลาม โดยได้นำเสนอแนวคิดการระงับข้อพิพาททางอนุญาโตตุลาการที่ปรากฏในอัลกุรอานและ อัสสุนนะฮฺมาพอสังเขป โดยได้ให้ความหมายของการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ หมายถึง “การแต่งตั้งโดย คู่ความให้ผู้หนึ่งผู้ใดจากภาคประชาชนทำหน้าที่พิพากษาข้อพิพาทของตน” และนำมาศึกษาร่วมกับ กระบวนการระงับข้อพิพาทของคณะกรรมการอิสลามประจำจังหวัดชายแดนภาคใต้ ทั้งยังได้มีการศึกษาวิจัย ต่อมาอีกหลายฉบับ

มะรอนิง สาแลมิง และคณะ (2555 :86) “การพัฒนากระบวนการไถ่ เกี๋ยข้อพิพาทว่าด้วยครอบครัวและมรดกตามบทบัญญัติแห่งศาสนาอิสลามในจังหวัดชายแดนภาคใต้” ได้ สรุปลักษณะการปรับปรุง แก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายและระเบียบที่ส่งเสริมการไถ่เกี๋ยข้อพิพาทตามบทบัญญัติ ศาสนาอิสลามไว้ว่า

“การใช้พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการพ.ศ. 2545 มาตรา 41 และ 42 ที่บัญญัติ ให้คำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการผูกพันคู่พิพาท ก็เป็นอีกแนวทางหนึ่งที่คณะกรรมการอิสลามประจำ จังหวัดและคณะกรรมการอิสลามประจำมัสยิดอาจดำเนินการไถ่เกี๋ยข้อพิพาทตามบทบัญญัติแห่งศาสนา อิสลามในฐานะอนุญาโตตุลาการ ก็ได้”

งานวิจัยเรื่อง “การไถ่เกี๋ยข้อพิพาทว่าด้วยครอบครัวและมรดกของคณะกรรมการอิสลาม ประจำจังหวัดชายแดนภาคใต้” และ “การพัฒนากระบวนการไถ่เกี๋ยข้อพิพาทว่าด้วยครอบครัว และมรดกตามบทบัญญัติแห่งศาสนาอิสลามในจังหวัดชายแดนภาคใต้.” เป็นงานวิจัยที่ได้ทำการศึกษาวิจัย เกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทของคณะกรรมการอิสลามประจำจังหวัดชายแดนภาคใต้โดยมุ่งเน้นการไถ่เกี๋ย ข้อพิพาทว่าด้วยครอบครัวและมรดกเป็นการฉบับ โดยในงานวิจัยฉบับได้นำเอาพระราชบัญญัติการบริหาร องค์กรศาสนาอิสลาม พ.ศ. 2540 มาศึกษาวิจัยประกอบด้วย ซึ่งผลการวิจัยปรากฏว่าคณะกรรมการอิสลาม ประจำจังหวัดชายแดนภาคใต้ใช้วิธีการระงับข้อพิพาททั้งที่เป็นรูปแบบการให้คำปรึกษา การไถ่เกี๋ย การ อนุญาโตตุลาการ และการชี้ขาดข้อพิพาทที่นอกเหนือจากอำนาจหน้าที่ที่พระราชบัญญัติการบริหารองค์กร ศาสนาอิสลาม พ.ศ. 2540 ได้บัญญัติไว้ ผู้วิจัยจึงสามารถนำงานวิจัยดังกล่าวมาศึกษาต่อยอดกับงานวิจัยนี้ได้

1.2.3.2 เอกสารงานวิจัยที่เกี่ยวข้องกับการอนุญาตตุลาการในกฎหมายไทย

ก. วโรตม ศิริมณีธรรม(2549) วิทยานิพนธ์ เรื่อง “การคัดค้านอนุญาตตุลาการ”

“การอนุญาตตุลาการ คือ การระงับข้อพิพาทซึ่งเกิดจากความตกลงของคู่กรณีที่ยอมอำนาจให้แก่บุคคลที่สามที่เรียกว่าอนุญาตตุลาการ ให้วินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทโดยการทำคำชี้ขาดที่ถือว่าเป็นที่สุด และผูกพันคู่กรณี อนุญาตตุลาการจึงเป็นปัจจัยที่สำคัญที่สุดที่จะทำให้กระบวนการพิจารณาในการอนุญาตตุลาการดำเนินไปอย่างเป็นธรรมและมีประสิทธิภาพ ซึ่งถือเป็นวัตถุประสงค์หลักของการอนุญาตตุลาการ ดังนั้นอนุญาตตุลาการจึงควรมีความเป็นกลางและมีความเป็นอิสระเพื่อการดำเนินการพิจารณาที่เป็นธรรม รวมถึงความสามารถในการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทได้อย่างมีประสิทธิภาพ

แต่ในบางกรณี คู่กรณีอาจเห็นว่าอนุญาตตุลาการขาดความเป็นกลางและความเป็นอิสระ ขาดคุณสมบัติตามที่คู่กรณีตกลงกันหรือไม่ สามารถปฏิบัติหน้าที่ต่อไปได้อย่างเหมาะสมหรือภายในระยะเวลาอันสมควร จนอาจเป็นเหตุให้กระบวนการพิจารณาไม่สามารถดำเนินไปได้อย่างมีประสิทธิภาพ ซึ่งขัดต่อความประสงค์ของคู่กรณีที่เลือกใช้การระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาตตุลาการแทนการฟ้องคดีต่อศาล กฎหมายว่าด้วยการอนุญาตตุลาการ และข้อบังคับอนุญาตตุลาการหลายแห่งจึงได้กำหนดให้คู่กรณีสามารถคัดค้านและถอนอนุญาตตุลาการได้ด้วยเหตุดังกล่าว

อย่างไรก็ดี กระบวนการในการคัดค้านอนุญาตตุลาการย่อมจะทำให้คู่กรณีต้องเสียเวลาและค่าใช้จ่ายมากขึ้น ดังนี้ กฎหมายว่าด้วยการอนุญาตตุลาการ และข้อบังคับอนุญาตตุลาการหลายแห่งจึงได้กำหนดมาตรการต่างๆ เพื่อป้องกันไม่ให้คู่กรณีที่ไม่สุจริตใช้กระบวนการในการคัดค้านอนุญาตตุลาการเป็นเครื่องมือในการประวิงการดำเนินการพิจารณา เช่นการห้ามมิใช้คู่กรณีใช้สิทธิการคัดค้านอนุญาตตุลาการที่ตนเป็นผู้ตั้งหรือร่วมตั้ง หากได้รู้หรือควรรู้ถึงเหตุแห่งการคัดค้านในขณะที่มีการแต่งตั้งอนุญาตตุลาการนั้น การกำหนดระยะเวลาในการใช้สิทธิคัดค้านอนุญาตตุลาการ การให้อำนาจแก่คณะอนุญาตตุลาการในการดำเนินการพิจารณาต่อและทำคำชี้ขาดได้ในระหว่างที่การคัดค้านอนุญาตตุลาการยังไม่สิ้นสุด การกำหนดระยะเวลาในการพิจารณาการคัดค้าน หรือการกำหนดให้คำวินิจฉัยของศาลเกี่ยวกับการคัดค้านอนุญาตตุลาการเป็นที่สุดโดยไม่สามารถอุทธรณ์ได้ เป็นต้น”

วิทยานิพนธ์ เรื่อง “การคัดค้านอนุญาตตุลาการ” กล่าวถึงความเป็นมาของอนุญาตตุลาการในกฎหมายไทย รวมทั้งคุณสมบัติของอนุญาตตุลาการจำต้องมี หากขาดคุณสมบัติบางประการไป คู่พิพาทสามารถถอนหรือคัดค้านการแต่งตั้งอนุญาตตุลาการไปได้ ซึ่งผู้วิจัยสามารถนำมาศึกษาต่อยอดในงานวิจัยได้

ข. พรรณพิมล อภัยตระกูล (2553) นิติกร สำนักความรับผิดชอบทางแพ่ง กรมบัญชีกลาง ได้เขียนบทความลงในวารสารกรมบัญชีกลาง ปีที่ 51 ฉบับที่ 6 เดือนพฤศจิกายน-ธันวาคม 2553 เรื่อง อนุญาโตตุลาการของศาลไทยว่า

“ในปัจจุบันเมื่อเกิดเหตุข้อพิพาทระหว่างคู่กรณีไม่ว่าจะเป็นข้อพิพาทกันในประเทศหรือครอบคลุมไปถึงนอกราชอาณาจักรด้วยก็ตาม ซึ่งกรณีต่าง ๆ นั้น สามารถที่จะนำหลักการของอนุญาโตตุลาการมาใช้เป็นวิธีระงับข้อพิพาทต่างๆ ได้ด้วยความรวดเร็ว ประหยัดค่าใช้จ่ายรวมถึงความยืดหยุ่นและลดความยุ่งยากสลับซับซ้อนของคดีในการวินิจฉัยข้อพิพาทของคณะอนุญาโตตุลาการได้ ดังเช่น สถานที่ดำเนินการกระบวนการอนุญาโตตุลาการ และนอกจากนั้นคู่พิพาทยังสามารถที่จะกำหนดวันสิ้นสุดกระบวนการวินิจฉัยได้ ซึ่งยังเป็นอีกทางหนึ่งในการคัดกรองคดีที่จะมาสู่ศาลอีกทางหนึ่งด้วย”

บทความเรื่อง “อนุญาโตตุลาการของศาลไทย” กล่าวถึงกระบวนการอนุญาโตตุลาการในชั้นศาลของไทย ผู้วิจัยจึงสามารถนำบทความนี้มาสังเคราะห์เนื้อหาในส่วนของอนุญาโตตุลาการตามกฎหมายไทยได้

ค. วรวิมล ทวาทสิน (2538, 14-15) ได้กล่าวในบทความเรื่อง “การนำกระบวนการระงับข้อพิพาทของศาลในต่างประเทศมาประยุกต์ใช้เพื่อลดปัญหาปริมาณคดีของศาลชั้นต้น” ว่า แนวทางการระงับข้อพิพาทที่มีใช้กันมากในต่างประเทศสามารถแบ่งได้เป็น 6 ประเภท ดังรายละเอียดต่อไปนี้

1. ผู้ประเมินข้อพิพาทเบื้องต้น (Early Neutral Evaluation)

ผู้ประเมินข้อพิพาทเบื้องต้น คือ ทนายที่มีประสบการณ์และมีความเป็นกลาง ที่เข้าร่วมกับทนายความของทั้งสองฝ่ายในการประชุมกับคู่ความทั้งสองฝ่ายอย่างเป็นทางการและเป็นความลับและไม่มีความผูกพันใด ๆ เพื่อเสนอข้อมูลด้านข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายที่เกี่ยวข้อง ในการประชุมผู้ประเมินข้อพิพาทจะเป็นผู้ชี้ประเด็นข้อพิพาท ประเมินจุดแข็งจุดอ่อนแห่งคดีของคู่ความทั้งสองฝ่าย ประเมินว่าหากผู้พิพากษานั้นพิจารณาและรับฟังข้อเท็จจริงดังกล่าวแล้ว ความเป็นไปได้ที่จะออกมาเป็นอย่างไร อีกทั้งผู้ประเมินข้อพิพาทอาจค้นหาแนวทางที่เป็นไปได้ในการหาแนวทางการไกล่เกลี่ยประนีประนอมข้อพิพาทด้วยหากทั้งสองฝ่ายมีความประสงค์

2. อนุญาโตตุลาการศาล (Court-Annexed Arbitration)

อนุญาโตตุลาการศาล ดำเนินการโดยคู่ความหาอนุญาโตตุลาการ ซึ่งจะพิจารณาเลือกจากบัญชีรายชื่อบุคคลที่อยู่ในความดูแลของสำนักงานฝ่ายธุรการศาล (Clark's Office) โดยเลือกเพียง

1 คนหรือมากกว่านั้น จากทนายความที่มีประสบการณ์ด้านคดีที่เกี่ยวข้อง การดำเนินการโดยกระบวนการ อนุญาตตุลาการศาลต้องมีกฎหมายหรือข้อกำหนดของศาลมารองรับด้วย

อนุญาตตุลาการศาลจะเริ่มกระบวนการโดยการซักถามและถามคำถาม โดยมีการใช้กฎหมายลักษณะพยานและวิธีการพิจารณาความด้วย แต่เพียงเพื่อเป็นแนวทางในการดำเนิน กระบวนการพิจารณา แต่ไม่เคร่งครัดเหมือนศาล หลังจากนั้นอนุญาตตุลาการไม่ผูกพันคู่ความ ซึ่งต่างจาก การระงับข้อพิพาท อย่างไรก็ตาม คู่ความอาจกำหนดเงื่อนไขให้คำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการของศาลเป็น ที่สุดและผูกพันได้

3.การประชุมเพื่อระงับข้อพิพาทซึ่งควบคุมโดยผู้พิพากษา (Judge) หรือ Magistrate (Settlement Conference Conducted by A Judge or Magistrate)

การระงับข้อพิพาทซึ่งควบคุมโดยผู้พิพากษานี้เกิดขึ้นในเวลาใด ๆ ระหว่างการ พิจารณาคดีได้ ส่วนใหญ่ดำเนินการโดย Magistrate แต่ในบางครั้งอาจเป็นผู้พิพากษาที่ไม่ใช่เจ้าของสำนวน ในช่วงที่ไม่ติดนัดการพิจารณาคดี หากคู่ความต้องร้องขอเป็นลายลักษณ์อักษรให้ผู้พิพากษา หรือ Magistrate ซึ่งเป็นเจ้าของสำนวน จึงจะสามารถเข้ามาควบคุมการประชุมเพื่อระงับข้อพิพาทนี้

กระบวนการนี้เริ่มต้นด้วยคู่ความสามารถเลือกผู้พิพากษาหรือ Magistrate เป็น ผู้ดำเนินการประชุมเพื่อระงับข้อพิพาท ทางปฏิบัติจริง คู่ความจะปรึกษาหารือกันก่อน เพื่อวิเคราะห์ ความเป็นไปได้ของการระงับข้อพิพาทและรูปแบบการประชุมเบื้องต้น ทนายความที่เข้าร่วมประชุมต้องมี ความเข้าใจในรูปคดี และอำนาจในการเจรจาประนีประนอมยอมความได้ เพราะส่วนใหญ่ผู้พิพากษาหรือ Magistrate จะขอให้คู่ความผู้เข้าร่วมประชุมเจรจาต่อรองเพื่อยังให้เกิดการประนีประนอมยอมความได้ หรือติดต่อกับผู้มีอำนาจตกลงใจได้โดยทางโทรศัพท์

4. การพิจารณาอย่างย่อโดยผู้พิพากษาหรือคณะลูกขุน (Non - Binding Summary Jury of Bench Trials)

ในกรณีที่คดีจำเป็นต้องใช้ระยะเวลาในการพิจารณายาวนาน ทนายความอาจจะ พิจารณาเลือกกระบวนการพิจารณาคดีอย่างย่อ โดยผู้พิพากษาหรือคณะลูกขุน กระบวนการนี้จะทำให้ทนาย มองเห็นรูปคดีและแนวทางการเสนอคดีของทั้งสองฝ่าย ในรูปแบบย่อส่วนการพิจารณา เพื่อให้สามารถทราบ ว่าผู้พิพากษา หรือคณะลูกขุนจะตัดสินคดีไปในทิศทางใด แต่เฉพาะประเด็นสำคัญ ๆ ในเนื้อหาคดี โดยการ นำเสนอคดีต่อผู้พิพากษาหรือคณะลูกขุนจริง ๆ แต่ไม่ใช่เป็นผู้พิพากษาเจ้าของสำนวน หรือคณะลูกขุนที่ พิจารณาคดีนั้น แต่ผู้พิพากษาหรือคณะลูกขุนที่คู่ความเลือกเองโดยได้รับการอำนวยความสะดวกจากศาล

คู่ความอาจใช้เวลาเพียงชั่วโมง หรือเป็นวัน เพื่อนำเสนอแนวทางการดำเนินคดีของฝ่ายตน โดยทนายความ จะบรรยายข้อเท็จจริง เหตุผลทางกฎหมาย เอกสารที่เกี่ยวข้อง รวมถึงพยานบุคคลมาสืบประกอบ แต่ไม่มีการใช้กฎหมายลักษณะพยานและไม่มีการซักถามพยาน เมื่อเสร็จจากการสืบพยานทั้งสองฝ่าย ผู้พิพากษา หรือคณะลูกขุนจะตัดสินคดี ซึ่งคู่ความมีสิทธิสอบถามเหตุผลในการตัดสินคดี เพื่อประเมินว่าผู้พิพากษาหรือ คณะลูกขุนมองประเด็นข้อพิพาทและแนวทางการพิจารณาคดีของตนอย่างไร แต่ไม่มีข้อผูกมัดใด ๆ เว้นแต่ คู่ความจะตกลงเป็นอย่างอื่น

5. ผู้เชี่ยวชาญ (Special Master)

กระบวนการใช้ผู้เชี่ยวชาญ Special Master ผู้เป็นมาสเตอร์ อาจเป็นนักกฎหมายจากภาคเอกชน หรือผู้พิพากษาที่เกษียณอายุราชการ หรืออาจารย์สอนกฎหมายที่ถูกแต่งตั้งขึ้นให้ ทำหน้าที่ในขั้นตอนใดขั้นตอนหนึ่งของการดำเนินกระบวนการพิจารณาของศาล การแต่งตั้งกระทำโดย คู่ความยื่นคำร้องขอต่อศาล หรือศาลแต่งตั้งเองเมื่อเห็นสมควร ทั้งนี้คู่ความทั้งสองฝ่ายจะเป็นผู้รับผิดชอบค่า ปรึกษาของมาสเตอร์ดังกล่าว

6. การไกล่เกลี่ยโดยผู้ประนีประนอมข้อพิพาท (Mediation)

การไกล่เกลี่ยเป็นกระบวนการหนึ่งที่ไม่ใช่ข้อผูกพันและดำเนินการอย่างเป็นลับ ผู้ไกล่ เกลี่ยซึ่งเป็นทนายความคนกลางจะเป็นผู้ช่วยคู่ความหาทางและวิธีการที่เป็นไปได้เพื่อให้มีการประนีประนอม ยอมความ โดยได้รับการฝึกฝนและอบรมจากศาล เพื่อให้มีประสบการณ์ในด้านการสื่อสารและเทคนิคการ เจริญ

บทความนี้ชี้ให้เห็นว่าการระงับข้อพิพาทที่นิยมใช้กันโดยทั่วไปนั้นมีทั้งหมด 6 ประเภท ซึ่งหนึ่งในนั้นคือการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ ซึ่งเป็นการยืนยันได้ว่าการ อนุญาโตตุลาการนั้นเป็นการระงับข้อพิพาทที่ได้รับการยอมรับ และเป็นที่ยอมรับใช้ระงับข้อพิพาทในปัจจุบัน โดยสามารถลดปริมาณคดีที่ขึ้นสู่กระบวนการศาลได้ ผู้วิจัยจึงสามารถนำข้อมูลจากบทความนี้มาใช้ประกอบ ข้อมูลวิจัยนี้

ง.พิเชษฐ์ คงศิลา วิทยานิพนธ์ เรื่อง “พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 :ศึกษารณี มาตรา 15 การระงับข้อพิพาท” มีข้อสรุปว่า

พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 15 กำหนดให้สามารถทำการ อนุญาโตตุลาการได้ในสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชนไม่ว่าสัญญานั้นจะเป็นสัญญาทางการ ปกครองหรือไม่ก็ตาม จนเป็นที่วิพากษ์วิจารณ์ในวงการณ์กฎหมายอย่างมากว่า การกำหนดให้สามารถทำ

การอนุญาตตุลาการในสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชน โดยเฉพาะสัญญาทางปกครองอย่างไม่มีขอบเขตหรือข้อจำกัด อาจจะทำให้เกิดปัญหาเกี่ยวกับการบังคับใช้บทบัญญัติดังกล่าวได้ เพราะลักษณะของสัญญาทางปกครองมีความแตกต่างจากสัญญาทางแพ่งอย่างมาก ซึ่งจากการศึกษาระบบอนุญาตตุลาการในสัญญาทางการปกครองของต่างประเทศ อย่างเช่นประเทศฝรั่งเศส จะเห็นได้ว่า โดยหลักแล้วจะห้ามมิให้หน่วยงานของรัฐใช้วิธีการอนุญาตตุลาการระงับข้อพิพาทดังกล่าว จะต้องมีความหมายบัญญัติเป็นข้อยกเว้นไว้อย่างชัดเจน หรือกรณีประเทศเยอรมันแม้จะไม่ห้ามทำการอนุญาตตุลาการในสัญญาทางการปกครองไว้โดยตรง แต่ก็ยังมีมาตรการบางอย่างที่จำกัดหรือกำหนดขอบเขตไว้ว่า หากคู่กรณีจะนำข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางการปกครองไปฟ้องศาลปกครองก็ยอมทำได้ แม้ในสัญญาดังกล่าวจะมีข้อสัญญาอนุญาตตุลาการก็ตาม สำหรับประเทศไทยปัจจุบันมีศาลปกครองและกฎหมายที่กำหนดให้คดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองอยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง ซึ่งเป็นไปตามแนวคิด และปรัชญาทางกฎหมายมหาชน โดยเฉพาะกฎหมายปกครอง แต่คณะเดียวกันกฎหมายกำหนดให้สามารถทำการอนุญาตตุลาการในสัญญาทางการปกครองได้ ทั้งที่กฎหมายเกี่ยวกับอนุญาตตุลาการดังกล่าวมีแนวคิด และปรัชญาทางกฎหมายเอกชน ส่วนลักษณะของข้อพิพาทนั้น เป็นข้อพิพาททางกฎหมายมหาชนหรือกฎหมายปกครอง ซึ่งโดยหลักแล้วจะให้ศาลปกครองพิจารณามากกว่าให้อนุญาตตุลาการชี้ขาด หรือหากจำเป็นต้องให้อนุญาตตุลาการชี้ขาดก็น่าจะมีขอบเขตหรือข้อจำกัดบางอย่างกำหนดไว้ให้ชัดเจน เช่น สัญญาทางการปกครองประเภทใดบ้างที่จะทำการอนุญาตตุลาการได้ หรือทุนทรัพย์เท่าไร จึงจะทำการอนุญาตตุลาการได้ หรือให้อนุญาตตุลาการชี้ขาดได้เฉพาะในประเด็นค่าเสียหายเท่านั้น เป็นต้น เพราะลักษณะข้อพิพาททางปกครองจำต้องอาศัยผู้มีความรู้ ความเชี่ยวชาญทางกฎหมายมหาชนเป็นผู้พิจารณาชี้ขาด จึงจะเป็นไปตามเจตนารมณ์ และสอดคล้องกับแนวคิด และปรัชญาทางกฎหมายมหาชน อันจะเป็นการรักษาความสมดุลระหว่างประโยชน์สาธารณะ และสิทธิเสรีภาพของประชาชน

ดังนั้นหากอนุญาตตุลาการพิจารณาชี้ขาดโดยไม่มีความรู้ ความเชี่ยวชาญดังกล่าวแล้วก็อาจจะก่อให้เกิดผลกระทบต่อคดีที่พิจารณาชี้ขาดนั้นได้ ตัวอย่างเช่น คดี 3 เรื่องที่เป็นสัญญาทางปกครองแล้วมีข้อสัญญาอนุญาตตุลาการ และอนุญาตตุลาการได้พิจารณาชี้ขาดให้หน่วยงานของรัฐแพ้คดีทั้ง 3 เรื่อง คือ คดีระหว่างสำนักงานสลากกินแบ่งรัฐบาล กับ บริษัท จาโก้ จำกัด คดีระหว่างทางพิเศษแห่งประเทศไทย กับกิจการร่วมค้า บีบีซีดี และคดีระหว่างสำนักงานสำนักนายกรัฐมนตรี กับบริษัท ไอทีวี จำกัด (มหาชน) อันเป็นที่มาของการวิพากษ์วิจารณ์กันเป็นอย่างมากว่า อนุญาตตุลาการใช้หลักกฎหมายอะไรในการพิจารณาชี้ขาด ระหว่างกฎหมายเอกชนกับกฎหมายมหาชน คำชี้ขาดชอบด้วยกฎหมายหรือไม่

เพียงใด เพราะในสัญญาทางการปกครองตามมาตรา 15 พระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2545 กำหนด ก็ต้องมีกฎหมาย หรือมาตรการในการควบคุมขอบเขต หรือข้อจำกัดในการเลือกใช้ระบบดังกล่าว เพื่อมิให้เกิดผลกระทบต่อการบังคับใช้กฎหมายในทางปฏิบัติ โดยเฉพาะความเหมาะสมถูกต้อง และเป็นธรรมในการนำระบบในการนำระบบอนุญาตตุลาการมาใช้กับข้อพิพาททางการปกครอง

วิทยานิพนธ์ เรื่อง “พระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2545 :ศึกษารณิ มาตรา 15 การระงับข้อพิพาท” กล่าวถึงกระบวนการระงับข้อพิพาททางอนุญาตตุลาการ ตามพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2545 โดยผู้วิจัยได้ใช้ประกอบการศึกษาในครั้งนี้

จ. ธนฤช จันทรพิลา บทความเรื่อง “สาระสำคัญของพระราชบัญญัติ อนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2545” กล่าวว่า

“กฎหมายและข้อบังคับว่าด้วยอนุญาตตุลาการ เป็นเรื่องกำหนดมาตรฐานการ บังคับของพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ โดยมีการกำหนดตั้งแต่เริ่มประกาศใช้พระราชบัญญัติ อนุญาตตุลาการ คุณสมบัติของบุคคลที่ทำหน้าที่อนุญาตตุลาการ จำนวนอนุญาตตุลาการ วัตถุประสงค์ ของพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ ข้อพิพาทที่ระงับได้ด้วยการอนุญาตตุลาการ เขตอำนาจศาลในการชี้ ขาดคำขออนุญาตตุลาการ ประเภทของสัญญาอนุญาตตุลาการ ขั้นตอนการบังคับชี้ขาดตามสัญญา อนุญาตตุลาการ ความรับผิดชอบและทางอาญาของอนุญาตตุลาการ อำนาจและวิธีพิจารณาชั้น อนุญาตตุลาการ ระยะเวลาการบังคับหรือคัดค้านคำชี้ขาดอนุญาตตุลาการ รวมถึงค่าธรรมเนียม ค่าจ่าย และค่าป่วยการเกี่ยวกับอนุญาตตุลาการ”

บทความเรื่อง “สาระสำคัญของพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2545” กล่าวถึงสาระสำคัญของพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2545 ที่สามารถนำข้อมูลมาใช้ในงานวิจัยนี้

1.2.3.3 คำพิพากษาศาลฎีกาที่เกี่ยวข้องกับการอนุญาตตุลาการ

คำพิพากษาศาลฎีกาที่เกี่ยวข้องกับการอนุญาตตุลาการเป็นจำนวนมากหลายคดี ทั้งที่เป็นคดีที่เกี่ยวข้องกับการอนุญาตตุลาการโดยองค์กรศาสนาอิสลาม และอนุญาตตุลาการตามหลัก กฎหมายไทย ผู้วิจัยจะขอยกคำพิพากษาศาลฎีกาที่เกี่ยวข้องกับการอนุญาตตุลาการมาสองกรณีดังนี้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 503/2526

ปัญหาที่ว่าคณะกรรมการอิสลามประจำกรุงเทพมหานครเป็นอนุญาตตุลาการชี้ ขาดข้อพิพาทของโจทก์จำเลยโดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่นั้น โจทก์มีเหยื่อับดุลเราะห์มาน เพ็ญรमानะ

กรรมการอิสลามประจำกรุงเทพมหานครเป็นพยานเบิกความยืนยันว่า โจทก์จำเลยและสามีจำเลยตกลงมอบข้อพิพาทเรื่องนี้ให้คณะกรรมการอิสลามประจำกรุงเทพมหานครวินิจฉัยชี้ขาดและได้ลงลายมือชื่อให้ไว้เป็นหลักฐานดังปรากฏตามเอกสารหมายเลข จ.2 อันเป็นการนำสืบตามประเด็นข้อกล่าวอ้างของโจทก์ มิใช่โจทก์ไม่นำสืบในประเด็นข้อนี้ดังคำแก้ฎีกาของจำเลย ประกอบกับคำฟ้องของโจทก์กล่าวอ้างว่าสามีจำเลยโดยความเห็นชอบของจำเลยและโจทก์ตกลงมอบเรื่องให้คณะกรรมการอิสลามประจำกรุงเทพมหานครเป็นอนุญาโตตุลาการวินิจฉัยชี้ขาด จำเลยมิได้ให้การถึง ถือได้ว่าเป็นการยอมรับ ขอนำสืบปฏิเสธของจำเลยในเรื่องนี้ฟังไม่ขึ้น ปรากฏว่า การตกลงมอบเรื่องให้คณะกรรมการอิสลามประจำกรุงเทพมหานครวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทตามเอกสารหมายเลข จ.2 สามีจำเลยโดยความเห็นชอบของจำเลยและโจทก์ได้ทำขึ้นเมื่อวันที่ 14 มีนาคม 2516 ซึ่งเป็นเวลาหลังจากที่โจทก์และจำเลยทำบันทึกข้อตกลงแบ่งกรรมสิทธิ์รวมในที่ดินพิพาทตามเอกสารหมายเลข จ.5 และจำเลยกับสามีจดทะเบียนสมรสตามเอกสารหมายเลข ล.2 ถึงหนึ่งปีเศษ โดยข้อตกลงตามเอกสารหมายเลข จ.2 มีความว่านายสุไลมาน มะขยัน หมายถึงสามีจำเลยและโจทก์คู่กรณีเกี่ยวกับที่ดินของนางแมะ มะขยัน ขอให้ถ้อยคำยืนยันต่อหะยีอัब्ดุลเราะห์มาน เพ็ญรมานะ กรรมการอิสลามประจำกรุงเทพมหานครดังต่อไปนี้ ข้อ 1. ทั้งสองฝ่ายยินยอมปฏิบัติตามคำวินิจฉัยชี้ขาดของคณะกรรมการอิสลามประจำกรุงเทพมหานครโดยไม่มีเงื่อนไขใด ๆ ทั้งสิ้น ข้อ 2. ทั้งสองฝ่ายยินยอมให้นำเอกสารคำวินิจฉัยชี้ขาดของคณะกรรมการอิสลามประจำกรุงเทพมหานครเป็นหลักในการตัดสินชี้ขาดของศาลสถิตยุติธรรม และถือเป็นสัญญายินยอมของทั้งสองฝ่ายด้วยความเต็มใจ ข้อ 3. ทั้งสองฝ่ายขอรับรองว่าที่ดินโฉนดเลขที่ 2669 (หมายถึงที่ดินพิพาท) และส่วนเกินจากโฉนดดังกล่าวอยู่ในความปกครองของนางแมะ มะขยัน มาแต่เดิม สามีจำเลยและโจทก์ได้ลงลายมือชื่อท้ายข้อความในเอกสารดังกล่าวในฐานะคู่กรณี และจำเลยลงลายมือชื่อในฐานะพยาน ซึ่งจำเลยก็เบิกความรับรองลายมือชื่อของสามีจำเลยและยอมรับว่าได้มีการอ่านข้อความในเอกสารหมายเลข จ.2 ให้จำเลยฟังโดยถูกต้อง ถือได้ว่า ข้อตกลงตามเอกสารหมายเลข จ.2 เป็นข้อตกลงตั้งคณะกรรมการอิสลามประจำกรุงเทพมหานครเป็นอนุญาโตตุลาการชี้ขาดข้อพิพาทของโจทก์จำเลยเกี่ยวกับที่ดินพิพาททั้งหมดและข้อเท็จจริงได้ความตามคำเบิกความของหะยีอัब्ดุลเราะห์มาน เพ็ญรมานะ พยานโจทก์ว่า อาศัยการซักถามคู่กรณีประกอบกับเอกสารหมายเลข จ.1 จ.2 จ.4 และ จ.5 คณะกรรมการอิสลามประจำกรุงเทพมหานครได้ทำคำชี้ขาดระบุให้จำเลยมีส่วนในที่ดินพิพาทเป็นจำนวนเพียง 10 ไร่ ส่วนที่เหลือนอกจากนั้นซึ่งรวมทั้งที่ปรากฏในโฉนดและที่เกินจากโฉนดดังกล่าวให้เป็นของโจทก์และนางสาวอามีนะ (น่าจะหมายถึงนางนะ หรืออามีนะ มุฮัมหมัด ตอเฮม ซึ่งมีส่วนจำนวนเพียง 1 ไร่ตามบันทึกข้อตกลงเอกสารหมายเลข จ.5) ดังปรากฏตามเอกสารหมายเลข จ.6 ซึ่งประธานและคณะกรรมการอิสลามประจำกรุงเทพมหานคร

ได้แจ้งให้จำเลยปฏิบัติตามคำชี้ขาดข้างต้นแล้วตามเอกสารหมายเลข จ.7 จ.8 และ จ.9เช่นนี้ จำเลยก็ต้องปฏิบัติตามคำชี้ขาดของคณะกรรมการอิสลามประจำกรุงเทพมหานครผู้ทำหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการตามข้อตกลงของโจทก์และจำเลย กรณีจึงต้องบังคับให้เป็นไปตามคำชี้ขาดดังกล่าวนี้ คดีไม่จำเป็นต้องวินิจฉัยประเด็นข้ออื่นอีก"

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 719/2549

ผู้ร้องและบริษัท จ. ตกลงให้ระงับข้อพิพาทที่อาจเกิดขึ้นจากสัญญาโดยวิธีอนุญาโตตุลาการภายใต้การจัดการของสถาบันอนุญาโตตุลาการของหอการค้าระหว่างประเทศ ต่อมาเมื่อข้อพิพาทเกิดขึ้น บริษัท จ. เสนอข้อพิพาทให้สถาบันอนุญาโตตุลาการดังกล่าวและต่อมามีการแต่งตั้งคณะกรรมการอนุญาโตตุลาการจำนวนสามคนผู้ร้องได้ร้องคัดค้านการแต่งตั้งดังกล่าวต่อศาล กรณีไม่ปรากฏเหตุว่าสัญญาอนุญาโตตุลาการดังกล่าวเป็นโมฆะ ใช้บังคับไม่ได้หรือมีเหตุที่ทำให้ไม่สามารถปฏิบัติตามสัญญา กระบวนการชั้นอนุญาโตตุลาการจึงต้องเป็นไปตามข้อบังคับอนุญาโตตุลาการของสถาบันดังกล่าว วิธีการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ การดำเนินกระบวนการพิจารณาชั้นอนุญาโตตุลาการ รวมทั้งค่าใช้จ่ายและค่าธรรมเนียมต่าง ๆ ที่ผู้ร้องอ้างว่าสูงเกินสมควร ก็ล้วนอยู่ในข้อบังคับอนุญาโตตุลาการของสถาบันอนุญาโตตุลาการดังกล่าวทั้งสิ้น ส่วนการคัดค้านอนุญาโตตุลาการ กฎหมายเปิดช่องให้ทำได้ตามมาตรา 20 แห่ง พ.ร.บ. อนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 แต่พระราชบัญญัติดังกล่าวมิได้มีบทบัญญัติให้คู่กรณีสามารถร้องขอให้ศาลมีคำสั่งเพิกถอนกระบวนการพิจารณาชั้นอนุญาโตตุลาการ หรือให้คณะอนุญาโตตุลาการระงับการหรืองดเว้นการพิจารณาในระหว่างการพิจารณาของคณะอนุญาโตตุลาการแต่อย่างใด ส่วนการขอให้ศาลมีคำสั่งให้คณะอนุญาโตตุลาการหยุดการดำเนินกระบวนการพิจารณาในชั้นอนุญาโตตุลาการนั้น กรณีตามคำร้องยังไม่มีเหตุผลอันสมควรที่ศาลจะมีคำสั่งให้หยุดการดำเนินกระบวนการพิจารณาในชั้นอนุญาโตตุลาการ ที่ศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลางมีคำสั่งยกคำร้องขอแล้ว

1.3 วัตถุประสงค์ในการวิจัย

วัตถุประสงค์ในการวิจัยครั้งนี้มีดังนี้

1. เพื่อศึกษาการอนุญาโตตุลาการในกฎหมายอิสลาม
2. เพื่อศึกษาการอนุญาโตตุลาการในกฎหมายไทย
3. เพื่อศึกษาเปรียบเทียบการอนุญาโตตุลาการในกฎหมายอิสลามและกฎหมายไทย

1.4 ความสำคัญ และประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

ความสำคัญ และประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับจากงานวิจัยนี้มีดังนี้

- 1.ทราบถึงการอนุญาตตุลาการในกฎหมายอิสลาม
- 2.ทราบถึงการอนุญาตตุลาการในกฎหมายไทย
- 3.สามารถเปรียบเทียบการอนุญาตตุลาการในกฎหมายอิสลามและกฎหมายไทย
- 4.สามารถไปเป็นแนวทางในการพัฒนากระบวนการยุติธรรมทางเลือกได้
- 5.สามารถใช้เป็นแนวทางในการพัฒนากระบวนการอนุญาตตุลาการอิสลามในประเทศไทย
- 6.สามารถนำผลวิจัยไปเป็นแนวทางในการจัดตั้งสถาบันอนุญาตตุลาการอิสลามในประเทศไทยได้
- 7.สามารถนำผลวิจัยไปพัฒนากระบวนการอนุญาตตุลาการในประเทศไทยได้

1.5 ขอบเขตของการวิจัย

1.5.1 ขอบเขตด้านเนื้อหา

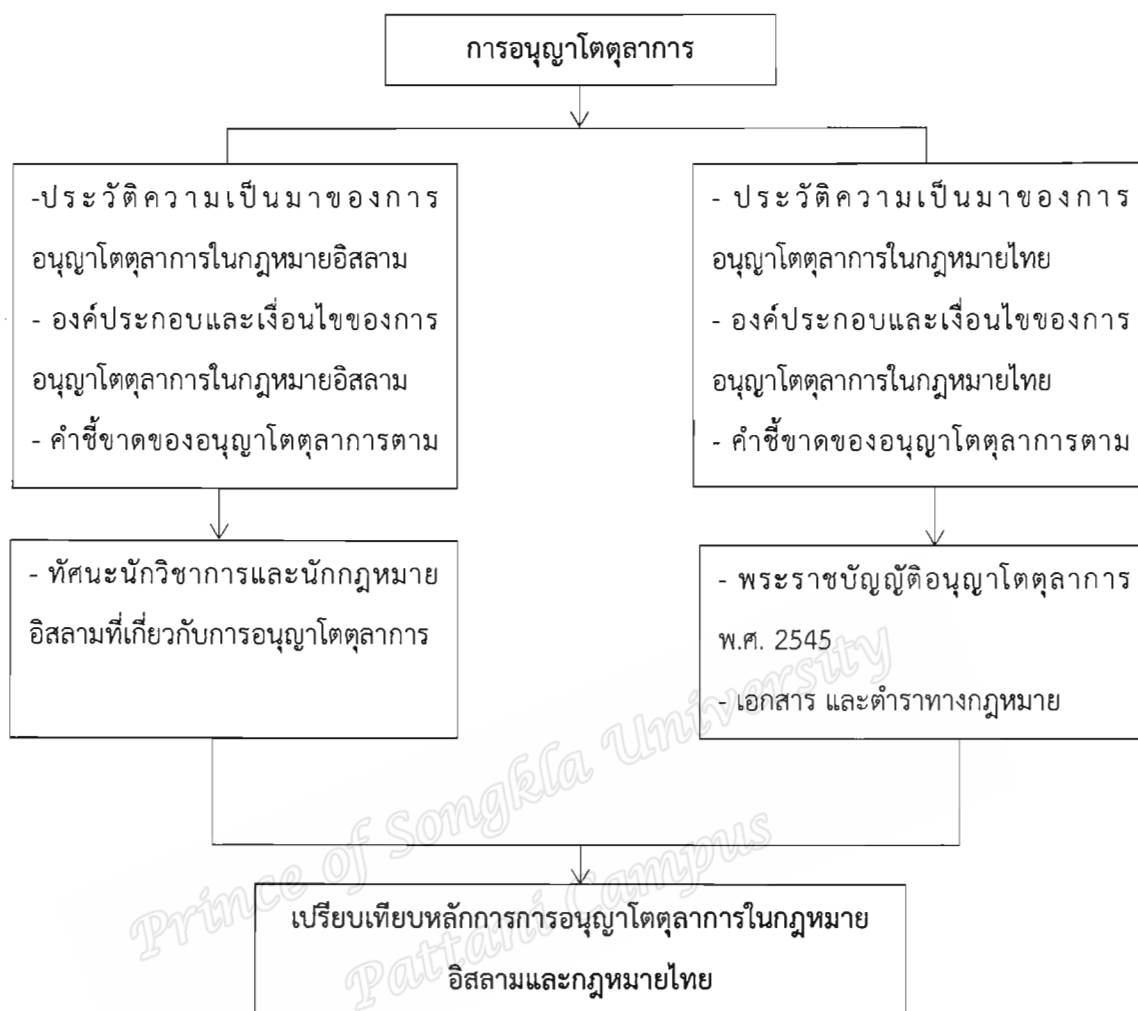
การวิจัยครั้งนี้ผู้วิจัยได้ทำการศึกษาวิจัยเรื่อง“ศึกษาเปรียบเทียบการอนุญาตตุลาการในกฎหมายอิสลามและกฎหมายไทย ” ผู้วิจัยจะศึกษาเกี่ยวกับหลักการของการอนุญาตตุลาการในกฎหมายอิสลามและกฎหมายไทย โดยแยกประเด็นต่างๆดังนี้

1. ประวัติความเป็นมาของการอนุญาตตุลาการ
2. องค์ประกอบและเงื่อนไขของการอนุญาตตุลาการ

โดยผู้วิจัยทำการศึกษาหลักการอนุญาตตุลาการอิสลามจากคัมภีร์อัลกุรอาน อัลหะดีษ ทัศนะของบรรดานักปราชญ์อิสลาม งานวิจัย วิทยานิพนธ์ บทความ วารสาร หนังสือ และตำราเอกสารต่างๆที่เกี่ยวข้อง ซึ่งเป็นเอกสาร ตำราชั้นปฐมภูมิ ตำราชั้นทุติยภูมิ เป็นหลักการเปรียบเทียบโดยการนำเอาพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ.2545 ที่เกี่ยวกับการอนุญาตตุลาการในด้านที่เกี่ยวข้องกับแนวคิด ข้อกฎหมาย กฎเกณฑ์ และประเด็นที่เกี่ยวข้องกับงานวิจัย

1.5.2 กรอบแนวคิดของการวิจัย

การศึกษาครั้งนี้ผู้วิจัย ได้ทำการศึกษาเปรียบเทียบการอนุญาตตุลาการในกฎหมายอิสลามและกฎหมายไทย ซึ่งมีกรอบแนวคิดของการวิจัย ดังนี้



1.6 ข้อตกลงเบื้องต้น

ในงานวิจัยนี้ ผู้วิจัยได้กำหนดข้อตกลงเบื้องต้นไว้ดังนี้

1.6.1 การปริวรรตอักษรอาหรับเป็นอักษรอาหรับ-ไทยและไทย-อังกฤษ ผู้วิจัยใช้รูปแบบของวิทยาลัยอิสลามศึกษา มหาวิทยาลัยสงขลานครินทร์ วิทยาเขตปัตตานี

1.6.2 การแปลความหมายอายะฮ์อัลกุรอาน ผู้วิจัยจะยึดพระมหาคัมภีร์อัลกุรอานพร้อมคำแปลเป็นภาษาไทยของสมาคมนักเรียนเก่าอาหรับประเทศไทย ซึ่งพิมพ์เผยแพร่โดยศูนย์กษัตริย์พะยะฮัด เพื่อการพิมพ์อัลกุรอานเป็นหลักในการแปล

1.6.3 การอ้างอิงอัลกุรอาน ผู้วิจัยจะใช้การอ้างอิงโดยระบุชื่อสุเราะฮ์และลำดับอายะฮ์ เช่น (2 : الفاتحة) (อัลฟาตีหะฮ์ : 2) หมายถึง สุเราะฮ์อัลฟาตีหะฮ์ อายะฮ์ที่ 2 และหากผู้วิจัยได้นำมาเฉพาะ บางส่วนของอายะฮ์นั้นๆ ผู้วิจัยจะเพิ่มคำว่า “من آية” ตามหลังชื่อสุเราะฮ์ เช่น (35 : النساء من آية) (ส่วน หนึ่งจากอันนิสาอ : 35) หมายถึง สุเราะฮ์อันนิสาอส่วนหนึ่งจากอายะฮ์ที่ 35

1.6.4 การกล่าวถึงโองการในอัลกุรอาน ผู้วิจัยจะใช้คำว่าอายะฮ์เพื่อทับศัพท์เต็มไว้

1.6.5 การอ้างอิงหะดีษ ผู้วิจัยจะอ้างผู้บันทึกหะดีษและหมายเลขหะดีษโดยเขียนไว้หลังตัว บทและความหมาย เช่น (8:2001: أخرجه مسلم) (Muslim, 2001 :8) หมายถึง หะดีษ(บันทึกโดยMuslim : 2001 : 8)

1.6.6 การอ้างอิงข้อความอื่นที่นอกเหนือจากอัลกุรอานและหะดีษ หากเป็นการคัดลอก ข้อความมาทั้งหมดผู้วิจัยจะอ้างอิงแบบนาม-ปี (Author- Date)โดยระบุชื่อผู้แต่ง ปีที่พิมพ์และเลขหน้าใน วงเล็บ (...)

1.6.7 การแปลตำราหนังสือและเอกสารต่างๆ จากภาษาต่างประเทศมาเป็นภาษาไทย ผู้วิจัยจะแปลความหมายโดยภาพรวม แต่จะยังรักษาความหมายเดิมของข้อความอย่างสมบูรณ์ที่สุด

1.6.7 การอธิบายอัลกุรอานผู้วิจัยได้ใช้หลักการอุลุมุลกุรอาน

1.6.8 การอธิบายอัลหะดีษผู้วิจัยได้ใช้หลักการมุสญาละหะหะดีษ

1.6.9 เครื่องหมาย (...) วงเล็บดอกไม้ ใช้สำหรับอายะฮ์อัลกุรอาน

1.6.10 เครื่องหมาย “.....” เป็นเครื่องหมายที่ใช้สำหรับการแปลความหมายของอัลกุรอาน และอัลหะดีษ ตลอดจนคำพูดของนักวิชาการที่นำมาอ้างอิง

1.6.11 ((...)) วงเล็บปีกคู่ ใช้สำหรับตัวบทอัลหะดีษ

1.6.12 (...) วงเล็บเดี่ยว ใช้สำหรับการเขียนอ้างอิงและการอธิบายศัพท์ที่สำคัญ

1.6.13 สัญลักษณ์ ۞ เป็นภาษาอาหรับที่มาจากคำว่า “สุบหานะฮฺวะตะอาลา” เป็นคำสรรเสริญต่อเอกองค์อัลลอฮ์ แปลว่า อัลลอฮ์ผู้มหัศจรรย์ เป็นคำที่มุสลิมใช้กล่าวยกย่องและสรรเสริญ พระองค์อัลลอฮ์ ۞ หลังจากที่ได้พาดพิงถึงนามพระองค์

1.6.14 สัญลักษณ์ ۞ เป็นภาษาอาหรับที่มาจากคำว่า “ศ็อลลัลลอฮฺ อะลัยฮิ วะสัลลัม”ซึ่งมีความหมายว่า “ขออัลลอฮฺทรงประทานความโปรดปรานและความสันติแก่ท่าน” เป็นคำที่มุสลิมใช้หลังจาก ได้มีการพาดพิงถึงศาสนทูตมุฮัมมัด ۞

1.6.15 สัญลักษณ์ ๙ เป็นคำขอพรภาษาอาหรับมาจากคำว่า “อะลัยฮิสลาม” หมายถึง ขออัลลอฮ์ ๙ ทรงประทานความสันติแด่ท่าน เป็นคำที่ใช้หลังจากได้มีการกล่าวถึงท่านศาสนทูตหรือเราะสูลท่านอื่นยกเว้นศาสนทูตมุหัมมัด ๙ หลังจากที่มีการกล่าวถึง

1.6.16 สัญลักษณ์ ๙ เป็นคำขอพรภาษาอาหรับมาจากคำว่า “เราะฎียัลลอฮูอันฮุ” หมายถึง “ขออัลลอฮ์ ๙ ทรงโปรดปรานแก่เขา” ใช้หลังจากพาดพิงถึงนามของอัครสาวกผู้ชายหนึ่งคน

1.7 นิยามศัพท์เฉพาะ

1.7.1 การอนุญาตตุลาการ ในที่นี้หมายถึง การระงับข้อพิพาทที่คู่พิพาทตกลงกันเสนอข้อพิพาทที่เกิดขึ้นให้บุคคลที่สามซึ่งเรียกว่า “อนุญาตตุลาการ” มีหน้าที่ทำการพิจารณาชี้ขาด

1.7.2 อนุญาตตุลาการ ในที่นี้หมายถึง ผู้ที่คู่กรณีตกลงกันเสนอข้อพิพาทที่เกิดขึ้นให้พิจารณาชี้ขาด ซึ่งอาจเป็นอนุญาตตุลาการคนเดียว หรือหลายคน

1.7.3 คำชี้ขาด ในที่นี้หมายถึง คำชี้ขาดจากอนุญาตตุลาการ

1.7.4 คู่พิพาท ในที่นี้หมายถึง คู่กรณีที่มีความขัดแย้งกันในเรื่องใดเรื่องหนึ่ง

1.7.5 ข้อพิพาท ในที่นี้หมายถึง ความขัดแย้งระหว่างคู่พิพาท

1.7.6 อักกูลลอฮ์ ในที่นี้หมายถึง บทบัญญัติที่เป็นสิทธิของอัลลอฮ์

1.7.8 อักกูลอาดัม ในที่นี้หมายถึง บทบัญญัติที่เป็นสิทธิส่วนบุคคลของมนุษย์

1.7.9 กิคือศ ในที่นี้หมายถึง บทบัญญัติที่มีโทษประหารชีวิตแทน

1.7.10 บรรลุศาสนภาวะ ในที่นี้หมายถึง การบรรลุศภาวะตามที่กฎหมายอิสลามกำหนด

1.8 วิธีการดำเนินการวิจัย

1.8.1 ระเบียบวิธีวิจัย

ในการวิจัยครั้งนี้ผู้วิจัยเป็นวิจัยเชิงคุณภาพ (Qualitative Research) ใช้วิธีการวิจัยเอกสาร (Document Research) โดยการวิเคราะห์เชิงเปรียบเทียบสาระสำคัญของหลักฐานต่อไปนี้

1. อัลกุรอาน และอัลหะดีษ โดยใช้หนังสือตีพิมพ์อัลกุรอาน และหนังสืออธิบายอัลหะดีษ ประกอบ เช่น ตำรา al-Jami'a li Ahkam al-Qurān และตำรา al-Yamiā al-Musnad al-Ṣaḥih al-Muktaṣar min Amwar Rasulullah ๙ wa Sunnanih wa 'iyamih เป็นต้น

2. เอกสารชั้นปฐมภูมิ ได้แก่ ตำรากฎหมายอิสลาม พระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ.2545 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาคความแพ่ง และคำอธิบายพระราชบัญญัติ

อนุญาตตุลาการ พ.ศ.2545 เช่น หนังสือ Aqd al-Taḥkim fi al-Fiqh wa al-Qanun al-Wad'iy หนังสือคำอธิบายพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2545 เป็นต้น
3.เอกสารชั้นทุติยภูมิ ได้แก่ เอกสารที่เกี่ยวข้องกับการอนุญาตตุลาการในอิสลาม และในกฎหมายไทย เช่น บทความเรื่อง Attahkem al-shar'ewa al-ghanun fi asri al-hadir งานวิจัยเรื่องการคัดค้านอนุญาตตุลาการ

1.8.2 ขั้นตอนการวิจัย

ผู้วิจัยได้แบ่งวิธีการดำเนินการวิจัยเป็น 3 ขั้นตอนดังนี้

ขั้นตอนที่ 1 ทำการศึกษาวิจัยเกี่ยวกับการอนุญาตตุลาการ ประวัติและพัฒนาการของการอนุญาตตุลาการทั้งในกฎหมายอิสลาม และกฎหมายไทย โดยค้นคว้าจากตำราและเอกสารที่เกี่ยวข้องกับงานวิจัยเพื่อรวบรวมแนวคิด หลักเกณฑ์ เพื่อนำไปเรียบเรียงวิเคราะห์และสังเคราะห์ต่อไป

ขั้นตอนที่ 2 ทำการวิจัยโดยค้นคว้าจากตำราและเอกสารที่เกี่ยวข้องกับงานวิจัยเพื่อรวบรวมแนวคิด และหลักเกณฑ์ต่างๆในกฎหมายอิสลาม โดยสำรวจทัศนะของนักวิชาการอิสลามเพื่อนำไปเรียบเรียงวิเคราะห์ต่อไป และหากมีทัศนะนักวิชาการอิสลามที่ขัดแย้งกันผู้วิจัยจะนำเสนอทัศนะต่าง ๆ ในแต่ละประเด็น ส่วนกฎหมายไทยผู้วิจัยขอแนะนำเสนอเนื้อหาตามพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ.2545 โดยนำตำราทางกฎหมายมาประกอบการวิเคราะห์ข้อมูลต่อไป

ขั้นตอนที่ 3 รวบรวมข้อมูลทั้งหมดมาวิเคราะห์และสังเคราะห์เพื่อหาเปรียบเทียบหลักการอนุญาตตุลาการในกฎหมายอิสลามและกฎหมายไทย

ขั้นตอนที่ 4 นำผลที่ได้รับจากการวิจัยมาสรุป และนำเสนอข้อเสนอแนะต่อไป

1.8.3 การวิเคราะห์ข้อมูล

การวิเคราะห์ข้อมูลและหลักการของการเปรียบเทียบ

ผู้วิจัยนำข้อมูลข้างต้นมาวิเคราะห์ด้วยวิธีการวิเคราะห์ข้อมูลทางกฎหมายอิสลามในรูปแบบการวิเคราะห์เชิงพรรณนา ประกอบกับการวิเคราะห์แบบการใช้เหตุผล (Reasoning) โดยใช้วิธีการของมิลล์ (Mill's Method)² ซึ่งเป็นการวิเคราะห์ความสัมพันธ์ระหว่างข้ออ้าง (Premises) และข้อสรุป (Conclusion) โดยใช้วิธีการทางตรรกะวิทยา (Logic) แบบนิรนัย (Deduction) (วรพล หนูขุน,2011)

วิธีการเรียบเรียงข้อมูล ผู้วิจัยใช้วิธีการเรียบเรียงข้อมูลตามวัตถุประสงค์ของการวิจัยที่ได้จากเอกสารปฐมภูมิทางกฎหมายอิสลามและกฎหมายไทย และเอกสารในระดับอื่นๆทั้งในกฎหมายอิสลามและกฎหมายไทย โดยผู้วิจัยจะอธิบาย และให้ข้อสังเกตตามความเหมาะสม

² คือ หลักของความสอดคล้อง (Agreement) หลักของความแตกต่าง (Difference) หลักของความสอดคล้องและไม่สอดคล้อง (Agreement and Disagreement) หลักของส่วนที่เหลือ (Residue) หลักของการแปรผันของตัวแปรพร้อมกัน (Concomitant Variation)

ส่วนการวิเคราะห์เชิงเปรียบเทียบผู้วิจัยใช้วิธีการนำเสนอทัศนะทางกฎหมายอิสลาม พร้อมระบุแหล่งที่มา การอ้างแหล่งที่มาของทัศนะทางกฎหมายอิสลาม แล้วนำข้อค้นพบมาเปรียบเทียบระหว่างกฎหมายอิสลามและกฎหมายไทยในประเด็นต่างๆ ประกอบการวิเคราะห์ข้อมูลที่ได้รับจากการวิจัย

1.8.4 การสรุปข้อมูล

หลังจากผู้วิจัยได้วิเคราะห์เปรียบเทียบข้อมูลโดยใช้วิธีการอ้างเหตุผลอย่างเป็นระบบ ผู้วิจัยทำการสรุป ความเหมือน และความแตกต่าง โดยใช้หลักของความสอดคล้อง (Agreement) หลักของความแตกต่าง (Difference) หลักของความสอดคล้องและไม่สอดคล้อง (Agreement and Disagreement) หลักของส่วนที่เหลือ (Residue) หลักของการแปรผันของตัวแปรร่วมกัน (Concomitant Variation) และนำเสนอเรื่องที่เกี่ยวข้องกับเรื่องนี้เพื่อให้เกิดประโยชน์ต่อผู้ที่ทำการวิจัยในอนาคตต่อไป

Prince of Songkla University
Pattani Campus

บทที่ 2

การอนุญาตตุลาการในกฎหมายอิสลาม

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

2.1 ประวัติความเป็นมาของการอนุญาตตุลาการในกฎหมายอิสลาม

การอนุญาตตุลาการถือได้ว่าเป็นการระงับข้อพิพาทที่มีมาคู่กับสังคมมนุษย์อย่างช้านานไม่ว่าจะสังคมใดก็ตาม โดยการระงับข้อพิพาทของมนุษย์ในยุคแรกๆมักจะมีการใช้กำลัง ฝ่ายใดแข็งแกร่งกว่าย่อมเป็นฝ่ายชนะ เมื่อสังคมมนุษย์เจริญขึ้นจึงมีกระบวนการระงับข้อพิพาทอย่างอื่นเข้ามาแทนการใช้กำลัง ซึ่งเป็นการใช้กระบวนการแบบไม่เป็นทางการ เช่นการไกล่เกลี่ยประนีประนอมกัน หรือการแต่งตั้งโดยคู่พิพาททั้งสองฝ่ายให้บุคคลที่ตนให้ความเคารพนับถือเป็นผู้ตัดสิน จากลักษณะที่สองนี้เองเป็นลักษณะที่คล้ายคลึงกับการอนุญาตตุลาการในปัจจุบัน ไม่ว่าจะเป็ระบบกฎหมายใดก็ย่อมมีวิวัฒนาการมาจากมนุษย์ยุคโบราณโดยมีการพัฒนารูปแบบของการระงับข้อพิพาทมาอย่างเป็นระบบ

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

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

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

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

ดังนั้นการศึกษากระบวนการอนุญาโตตุลาการตามกฎหมายอิสลามในวิจัยเล่มนี้จึงจำเป็นต้องเริ่มศึกษาตั้งแต่ประวัติความเป็นมาของการอนุญาโตตุลาการ โดยส่วนของประวัติความเป็นมาของการอนุญาโตตุลาการในกฎหมายอิสลามนั้นผู้วิจัยขอนำเสนอ นิยามความหมายของการอนุญาโตตุลาการทั้งด้านภาษา และด้านวิชาการ และประวัติความเป็นมาของการอนุญาโตตุลาการในกฎหมายอิสลามดังนี้

2.1.1 นิยามความหมาย

2.1.1.1 ความหมายภาษา

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

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

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

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

حَكَمْتُ عَلَيْهِ بِكَذَا

ความว่า “ท่านจงตัดสินเขาอย่างนั้นอย่างนี้”

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

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

حكمت عليه بكذا إذا منعه من خلافة

ความว่า “ท่านจงตัดสินเขาอย่างนั้นอย่างนี้ เมื่อท่านต้องการยับยั้งสิ่ง
นั้นจากความขัดแย้ง”

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

3. คำว่า “สุเราะฮุมุฮ์ก๊ะมะฮฺ (سورة محكمة) และบรรดาอายะฮฺ มุฮ์ก๊ะมะฮฺ
(آيات محكمة)” คือบรรดาสุเราะฮฺหรืออายะฮฺที่ได้รับฟังแล้วไม่จำเป็นต้องอธิบายอายะฮฺดังกล่าว
เพิ่มเติม(Qaḥṭan Abdul al-Rahman al-Duriy .2002:20)

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

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

حكمته في مالي فاحتكم

ความว่า “ฉันได้ตั้งเขาให้เป็นผู้ตัดสินในทรัพย์สินของฉัน
ดังนั้นเขาจึงตัดสิน”

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

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

أَنْفُسِهِمْ حَرَجًا مِّمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا ﴾

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

อบี อัลอะสัน (2000 :48) กล่าวว่า คำว่า หักกะมา (كُفِّرَ) นั้นให้ความหมายว่าการชี้ขาด การตัดสิน และหมายถึงการรวบรวมบทบัญญัติ โดยมีได้มีข้อสงสัยใด ๆ ในความหมายเหล่านี้

มุฮัมหมัด อัลสุฮัยลีย์ (2011:366) ได้สรุปความหมายของคำว่าอนุญาโตตุลาการในทางภาษา หมายถึง การตัดสินในเรื่องต่างๆ และการใช้ให้ตัดสิน

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

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

วิจัยเล่มนี้จึงใช้คำว่า “การอนุญาโตตุลาการ” แทนมาจากคำว่า التحكيم ในภาษาอาหรับ

2.1.1.2 ความหมายทางวิชาการ

ความหมายของคำว่า “การอนุญาโตตุลาการ” ในกฎหมายอิสลามมีนักวิชาการได้ให้ความหมายของคำนี้ไว้หลากหลายทั้งปวงปรากฏในสำนักกฎหมายต่าง ๆ และนักวิชาการร่วมสมัย

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

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

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

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

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

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

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

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

นอกจากนิยามทางวิชาการของสำนักกฎหมายต่าง ๆ ที่ผู้วิจัยได้กล่าวมาแล้วข้างต้น ยังมีนักวิชาการร่วมสมัยได้รวบรวมนิยามของคำว่าอนุญาตตุลาการในสำนักกฎหมายอิสลามต่างๆไว้

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

ก.สำนักอะนาฟีย ได้ให้คำนิยามว่า คือ การแต่งตั้งผู้ตัดสินชี้ขาดโดยคู่พิพาททั้งสองฝ่ายเพื่อทำการชี้ขาดข้อพิพาทที่เกิดขึ้นในระหว่างคู่พิพาท

ทัศนะของนักกฎหมายอิสลามสำนักอะนาฟียบางส่วนได้ให้คำนิยาม “อนุญาตตุลาการ” คือ การที่คู่พิพาททั้งสองฝ่ายแต่งตั้งผู้ชี้ขาดเพื่อทำการชี้ขาดข้อพิพาทที่เกิดขึ้นในระหว่างคู่พิพาททั้งสอง, ซึ่งเงื่อนไขสำคัญของการแต่งตั้งคือต้องมีถ้อยคำที่บ่งชี้ถึงการแต่งตั้งดังกล่าว และต้องมีการตอบรับการแต่งตั้งจากผู้ที่ได้รับการแต่งตั้ง

ข.สำนักมะลิกีย ได้ให้คำนิยามว่า คือ การที่คู่พิพาททั้งสองฝ่ายได้แต่งตั้งผู้ทำการชี้ขาดเป็นเพศชาย และคู่พิพาททั้งสองยินยอมที่จะมอบข้อพิพาทให้บุคคลนั้น ชี้ขาดข้อพิพาทระหว่างเขาทั้งสอง

ค.สำนักฮัมบาลี ได้ให้คำนิยามว่า คือ การที่คู่พิพาททั้งสองฝ่ายแต่งตั้งบุคคลขึ้นมา เพื่อให้ผู้นั้นชี้ขาดข้อพิพาทที่เกิดขึ้นระหว่างเขา และผู้นั้นยินยอมที่จะได้รับการแต่งตั้ง และผู้นั้นมีคุณสมบัติที่สามารถเป็นผู้ตัดสินได้ ดังนั้นการชี้ขาดระหว่างคู่พิพาททั้งสองนี้ถือเป็นสิ่งอนุมัติสามารถกระทำได้

ง. สำนักอักษะฟีอีย ได้ให้คำนิยามว่า คือ การที่คู่พิพาทได้แต่งตั้งบุคคลหนึ่งมาจากตัวแทนของทั้งสองเพื่อทำการตัดสินในระหว่างคู่พิพาททั้งสองในข้อพิพาทนั้น

กอติร์มุฮัมมัด มะฮฺมุด (2009: 20) ได้สรุปว่า อนุญาตตุลาการคือ การมอบข้อพิพาทโดยคู่พิพาททั้งสองแก่บุคคลที่สามเพื่อให้ชี้ขาดข้อพิพาทของเขาทั้งสองในสิ่งที่เขาทั้งสองได้ขัดแย้งกัน

अबดุลลอฮฺ บินมุฮัมมัด บินชะอดี กล่าวว่า นิยามทางวิชาการของนักวิชาการอิสลามเกี่ยวกับการอนุญาตตุลาการในสำนักกฎหมายอิสลามทั้งสี่สำนักมีดังนี้

1) สำนักอะนาฟีย ได้ให้คำนิยามว่า “การแต่งตั้งผู้ตัดสินชี้ขาดโดยคู่พิพาททั้งสองฝ่ายเพื่อทำการชี้ขาดข้อพิพาทที่เกิดขึ้นในระหว่างคู่พิพาท”

2) สำนักมะลิกีย ได้ให้นิยามว่า “การแต่งตั้งผู้ตัดสินชี้ขาดโดยคู่พิพาททั้งสอง ด้วยการยินยอมให้บุคคลหนึ่งที่ได้รับการแต่งตั้งนั้นชี้ขาดข้อพิพาทที่เกิดขึ้นระหว่างทั้งสอง”

3) สำนักอชชาฟีอีย์ ได้ให้นิยามว่า “คู่พิพาททั้งสองแต่งตั้งผู้ตัดสินชี้ขาด ที่เป็นผู้ที่มีคุณสมบัติผู้พิพากษาได้ ชี้ขาดระหว่างทั้งสองฝ่าย”

4) สำนักฮัมบะลีย์ ได้ให้นิยามว่า “บุคคลทั้งสองฝ่ายได้แต่งตั้งผู้ชี้ขาดที่ไว้วางใจได้ เพื่อตัดสิน ทั้งได้รับความยินยอมจากผู้ที่ถูกแต่งตั้งเพื่อชี้ขาดระหว่างเขาทั้งสอง

จากนิยามทางวิชาการของอนุญาโตตุลาการที่ได้ให้นิยามไว้ในสำนักกฎหมายอิสลามต่าง ๆ สามารถสรุปได้ว่า การอนุญาโตตุลาการ คือ การที่คู่พิพาททั้งสองฝ่ายได้แต่งตั้งบุคคลภายนอกขึ้นมาด้วยความยินยอมของทั้งสองฝ่ายเพื่อมาชี้ขาดข้อพิพาทที่เกิดขึ้นนั้น ซึ่งการแต่งตั้งดังกล่าวต้องมีองค์ประกอบและเงื่อนไขตามที่กฎหมายกำหนด

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

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

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

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

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

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

นิยามของคำว่าอนุญาตตุลาการของนักกฎหมายอิสลามสามารถสรุปประเด็นได้ ดังนี้

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

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

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

จากคำนิยามทางวิชาการที่นักวิชาการได้ให้คำนิยามข้างต้น สามารถแยก ความหมายของอนุญาตตุลาการได้เป็น 2 ประการดังนี้

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

¹ ภาษาอาหรับคือ *القضاء* เป็นคำที่ผันมาจากคำว่า *قضى*

2. อนุญาโตตุลาการ² คือ “บุคคล หรือกลุ่มบุคคลซึ่งได้รับการแต่งตั้งจาก คู่พิพาทเพื่อทำการชี้ขาดข้อพิพาท”

ดังนั้นในวิจัยนี้ผู้วิจัยจะแยกแยะระหว่าง “การอนุญาโตตุลาการ” และ “อนุญาโตตุลาการ” ด้วยความหมายข้างต้น

2.1.2 ความเป็นมาของการอนุญาโตตุลาการ

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

ซึ่งอิสลามมิใช่เป็นเพียงแค่ว่าศาสนาที่กำหนดเพียงแค่ว่าศาสนาพิธีเท่านั้น หากแต่อิสลาม เป็นทั้งวิถีชีวิต กฎ ระเบียบทางสังคมที่มีความเป็นเอกลักษณ์เฉพาะ

กระบวนการอนุญาโตตุลาการอิสลามเป็นกระบวนการระงับข้อพิพาทกระบวนการหนึ่ง ที่อิสลามได้กำหนดให้มีมาในบทบัญญัติอิสลามอย่างชัดเจน ซึ่งปรากฏหลักการและหลักฐานต่างๆ ทั้งในอัลกุรอาน ฮิสสุนนะฮ์ และการกระทำของเหล่าบรรดาเศาะฮะบะฮ์ ที่ได้ใช้หลักการอนุญาโตตุลาการอิสลามในการระงับข้อพิพาท แต่หลักการอนุญาโตตุลาการมิได้เกิดขึ้นในยุคสมัยอิสลามเท่านั้น หากแต่หลักการดังกล่าวเกิดขึ้นมาตั้งแต่สมัยก่อนอิสลามเหมือนกับกฎหมายอื่น ๆ ที่มีวิวัฒนาการมาจากมนุษย์โบราณ แต่มิได้เป็นรูปแบบที่ชัดเจนแต่อย่างใด ดังนั้นในวิจัยนี้จึงต้องกล่าวถึงประวัติความเป็นมาของกระบวนการอนุญาโตตุลาการในกฎหมายอิสลามตั้งแต่ในยุคสมัยก่อนอิสลาม ยุคสมัยอิสลาม และยุคของเศาะฮะบะฮ์ซึ่งเป็นหลักการระงับข้อพิพาททางอนุญาโตตุลาการตามกฎหมายอิสลามที่นำมาใช้ตราฉบับปัจจุบัน เป็นเวลา 1,400 กว่าปีมาแล้ว ซึ่งผู้วิจัยขอแยกยุคต่างๆ ออกเป็น 2 หัวข้อดังต่อไปนี้

² ภาษาอาหรับคือ *التحكيم* เป็นคำที่ผันมาจากคำว่า *حكى*

2.1.2.1 การอนุญาตตุลาการในยุคก่อนอิสลาม

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

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

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

เห็นได้ว่าชาวอาหรับในยุคก่อนไม่มีผู้ตัดสินหรือผู้พิพากษาประจำเผ่าที่ทำหน้าที่ประจำ ซึ่งพวกเขามักจะมอบให้ผู้ที่มีความเข้าใจ และเป็นที่ยอมรับว่าเป็นผู้ที่มีความรู้ ความยุติธรรมมาตัดสินข้อพิพาทกันเองเท่านั้น ซึ่งยุคสมัยดังกล่าว กฎหมายต่างๆจึงไม่ค่อยมีบทบาทและความสำคัญมากนักสำหรับพวกเขา คู่กรณีพิพาทในสมัยนั้น ไม่มีสถานที่ หรือหน่วยงานอย่างเป็นทางการของ

เผ่าพันธุ์ต่าง ๆ เหมือนที่ในสมัยนี้ การตัดสินนั้นจึงเป็นเรื่องที่คู่กรณีทั้งสองฝ่ายต้องการที่จะให้ผู้เชี่ยวชาญ ที่มีความโดดเด่นจากเผ่าตน หรือผู้ที่เป็นที่ยอมรับของคนทั่วไปในการตัดสินความขัดแย้งระหว่างกัน

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

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

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

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

นับได้ว่าการตัดสินข้อพิพาทของชาวอาหรับในสมัยก่อนอิสลามจะเป็นไปในรูปแบบของการอนุญาโตตุลาการผสมผสานกับการใช้อำนาจของผู้ที่เป็นหัวหน้าเผ่าหรือผู้ที่มีอำนาจสูงสุดในเผ่า นั้น กล่าวคือ หากมีข้อพิพาทเกิดขึ้นภายในกลุ่มคูพิพาจะแต่งตั้งผู้ตัดสินชี้ขาดข้อพิพาทขึ้นมาหนึ่งคน ซึ่งส่วนมากจะเป็นหัวหน้าเผ่า หรือผู้นำวงศ์ตระกูล เป็นผู้ตัดสินชี้ขาดข้อพิพาท เนื่องจากต้องอาศัยอำนาจของบุคคลเหล่านี้ในการจัดการข้อพิพาทนั้น ๆ

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

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

ดังนั้นผู้ที่ทำหน้าที่อนุญาโตตุลาการในยุคสมัยก่อนอิสลามจึงเป็นผู้ที่มีอำนาจหรืออิทธิพลในสังคม เพื่อที่จะใช้อำนาจของผู้ที่ตัดสินมาบังคับคู่กรณีให้กระทำตามคำตัดสินที่ได้ทำการตัดสินโดยอนุญาโตตุลาการ และมีได้มีบทบัญญัติทางกฎหมายใดๆมาเป็นเครื่องมือตัดสินในกรณีพิพาทที่เกิดขึ้นระหว่างคู่กรณี เพียงแต่เกิดจากความไว้วางใจของผู้คนในสังคมที่ไว้วางใจให้บุคคลใดมาระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นในระหว่างพวกเขาเท่านั้น

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

เมื่อศาสนาอิสลามมาพร้อมกับการพัฒนาและฟื้นฟูสังคม การระงับข้อพิพาททางสังคมก็เป็นสิ่งที่อิสลามให้ความสำคัญเป็นอย่างมาก โดยได้เริ่มมีบทบัญญัติต่าง ๆ ที่เกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทในรูปแบบต่างๆ ผ่านท่านเราะฮฺสูล^ﷺ ซึ่งหลักการอนุญาโตตุลาการก็เป็นหนึ่งในรูปแบบของการระงับข้อพิพาทที่มีปรากฏในหลักกฎหมายอิสลามดังที่มีปรากฏในอัลกรุอัน อัลหะดีษ และบรรดา

การกระทำของเหล่าบรรดาอัครสาวกของท่านเราะสูลﷺ ดังจะกล่าวในหัวข้อการอนุญาตตุลาการใน ยุคอิสลามต่อไป

2.1.2.2 อนุญาตตุลาการในยุคอิสลาม

กระบวนการอนุญาตตุลาการอิสลามเป็นกระบวนการระงับข้อพิพาท กระบวนการหนึ่งที่อิสลามได้กำหนดให้มีมาในบทบัญญัติอิสลามอย่างชัดเจน ไม่ว่าจะเป็นใน อัลกุรอาน อัสสุนนะฮฺ และบรรดาการกระทำของเหล่าบรรดาอัครสาวกของท่านเราะสูลﷺ ที่ได้ใช้ หลักการอนุญาตตุลาการอิสลามในการระงับข้อพิพาท ดังนั้นวิจัยนี้ผู้วิจัยจึงขอนำมาซึ่งหลักการจาก บทบัญญัติอิสลามที่ได้มีการบัญญัติเกี่ยวกับหลักการอนุญาตตุลาการจึงขอแบ่งหลักการ อนุญาตตุลาการออกเป็นหัวข้อต่างๆดังนี้

1) การอนุญาตตุลาการที่ปรากฏในอัลกุรอาน

อัลกุรอานได้มีการบัญญัติถึงการประทานอัลกุรอานลงมา เพื่อที่จะให้ ประชาชาติได้นำบทบัญญัติที่มีการบัญญัติไว้ในอัลกุรอานมาทำการตัดสินข้อพิพาทของบุคคลทั้งสอง ฝ่ายโดยให้มีการตัดสินด้วยการใช้หลักการอิสลามในการตัดสินดังอัลลอฮ์ ﷻ ทรงตรัสว่า

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

(النساء : 35)

ความว่า “และหากพวกเจ้าหวั่นเกรงการแตกแยก ระหว่างเขาทั้งสอง ก็จงส่งผู้ตัดสินคนหนึ่งจากครอบครัวของฝ่าย ชาย และผู้ตัดสินอีกคนหนึ่งจากครอบครัวฝ่ายหญิง หากทั้งสอง ประารถนาให้มีการประนีประนอมกันแล้ว อัลลอฮ์ก็จะทรงให้ ความสำเร็จในระหว่างทั้งสอง แท้จริงอัลลอฮ์เป็นผู้ทรงรอบรู้ ผู้ทรงสหัพัญญู”

(อันนิสาอ :35)

อายะฮ์ข้างต้นอัลลอฮ์ﷻ ได้บัญญัติถึงหลักการระงับข้อพิพาทโดยใช้วิธีการทาง อนุญาตตุลาการเพื่อหาทางออกให้แก่คู่สามีภรรยาที่มีความขัดแย้งกัน โดยให้ทั้งสองฝ่ายแต่งตั้งผู้

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

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

บรรดาปราชญ์ได้อธิบายอัลกุลอานอายะฮฺว่าเป็นอายะฮฺที่ชี้ถึงการที่อัลลอฮฺ ﷻ ได้ทรงบัญชาให้มีการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการขึ้นมาเพื่อชี้ขาดข้อพิพาทที่เกิดขึ้นระหว่างสองสามีภรรยาไว้อย่างมากมาย โดยท่านอัลQurṭubī (al-Qūrtubī,1967/5:179) กล่าวว่า อายะฮฺนี้เป็นหลักฐานยืนยันเรื่องอนุญาโตตุลาการ และเป็นการปฏิเสธทัศนคติของกลุ่มเคาะวาริจญ์ที่มีทัศนคติว่า “ไม่มีการตัดสินด้วยอนุญาโตตุลาการเพราะการตัดสินนั้นเป็นกรรมสิทธิ์ของอัลลอฮฺ ﷻ ผู้เดียว”

ความขัดแย้งที่ได้กล่าวในอายะฮฺนี้ เป็นความขัดแย้งระหว่างสองสามีภรรยา ซึ่งมีความขัดแย้งอยู่สองลักษณะดังที่ท่านอิบนุกาซีร ได้กล่าวว่า อัลลอฮฺ ﷻ กล่าวลักษณะแรก คือ เมื่อภรรยา

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

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

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

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

ที่อัลลอฮฺ^ﷻ กำหนดไว้ให้ภรรยาต้องปฏิบัติต่อสามี และหากความแตกแยกนั้นเกิดจากฝ่ายสามี จำเป็นที่ฝ่ายสามีต้องละทิ้ง ด้วยการยับยั้งการกระทำที่กระทำต่อภรยานั้นด้วยดี หรือให้หย่าภรรยาด้วยดี

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

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

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

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

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

อัลลอฮฺ ทรงใช้ให้มีการระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นระหว่างสองสามีภรรยา ซึ่งพระองค์ได้ทรงตรัสในอีกอายะฮ์หนึ่งถึงการอนุญาตให้มีการระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นระหว่างสองสามีภรรยาว่า

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

(النساء : 128)

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

(อัลนิสาอ : 128)

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

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

ด้วยเหตุที่อายะฮ์นี้ได้กล่าวถึงการประนีประนอมข้อพิพาทที่เกิดขึ้นระหว่างสามีภรรยาเฉกเช่นเดียวกันกับอายะฮ์ที่ผ่านมา นักวิชาการจึงได้มีการอธิบายอายะฮ์นี้ว่าการประนีประนอมข้อพิพาทดังกล่าวเป็นการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการขึ้นมาเพื่อระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นระหว่างสามีภรรยาเช่นกัน

อายะฮ์ข้างต้นอัลลอฮ์ ﷻ ได้บัญญัติถึงหลักการระงับข้อพิพาทโดยใช้วิธีการทางอนุญาโตตุลาการเพื่อหาทางออกให้แก่คู่สามีภรรยาที่มีความขัดแย้งกัน โดยให้ทั้งสองฝ่ายแต่งตั้งผู้ที่ตนเชื่อถือมาเป็นอนุญาโตตุลาการเพื่อระงับข้อพิพาทภายในครอบครัว

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

เมื่อคู่พิพาทได้มีการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการขึ้นมาระงับข้อพิพาท ดังนั้นจึงเป็นหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการต้องดำรงไว้ซึ่งความยุติธรรมในการชี้ขาดข้อพิพาทที่เกิดขึ้นในระหว่างคู่พิพาท อัลลอฮ์ ﷻ จึงได้กำชับผู้ที่มาชี้ขาดข้อพิพาทที่เกิดขึ้นในระหว่างมนุษย์ให้ดำรงไว้ซึ่งความยุติธรรมในการชี้ขาดข้อพิพาทดังที่อัลลอฮ์ ﷻ ตรัสว่า

﴿وَإِذَا حَكَّمْتُم بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ﴾

(من النساء : 58)

ความว่า “...และเมื่อพวกเจ้าตัดสินระหว่างผู้คน พวกเจ้า

ก็จะต้องตัดสินด้วยความยุติธรรม...”

ส่วนหนึ่งจากสุเราะฮ์อัลนิสาอ อายะฮ์ที่ 58

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

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

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

นอกจากอัลกุรอานได้มีการบัญญัติให้มีการแต่งตั้งอนุญาตโตตุลาการแล้ว อัสนุนนะฮฺ กล่าวถึงการยอมรับให้มีการแต่งตั้งอนุญาตโตตุลาการขึ้นมาเพื่อระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นของคนในสังคม ดังที่จะกล่าวในหัวข้อต่อไป

2) การอนุญาตโตตุลาการที่มีปรากฏในอัสนุนนะฮฺ

การอนุญาตโตตุลาการมีปรากฏในอัสนุนนะฮฺถึงการยอมรับหลักการดังกล่าวมี มากมายหลายหะดีษทั้งที่เป็นหะดีษที่มีสายรายงานที่แข็งและอ่อน ทั้งยังหะดีษที่เป็นที่เลื่องลือ ซึ่ง ผู้วิจัยขอนำมาเป็นหะดีษที่นักกฎหมายอิสลามส่วนใหญ่นำมาเป็นหลักฐานในเรื่องอนุญาตโตตุลาการ ซึ่งหะดีษที่นักกฎหมายอิสลามได้นำมาเพื่อเป็นหลักฐานส่วนใหญ่คือ รายงานหะดีษที่บันทึกโดย ออบูดาวูด ความว่า

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

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

(أخرجه ابو داود، n.d.: 4955)

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

(บันทึกโดย Abu Dawūd, n.d. : 4955)

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

อูษุหะสัน ได้อธิบายหะดีษนี้ไว้ในหนังสือของท่าน โดยได้นำสายรายงานหะดีษนี้มาสองสายรายงานทั้งในบันทึกของอับียัดวูด และอัลนะสาอีย์ ซึ่งในบันทึกของท่านสองท่านได้บันทึก

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

จากหะดีษนี้ ถือเป็นการยอมรับกระบวนการทางอนุญาโตตุลาการของท่านนบี ส่วน ที่ท่านนบีดำเนินการใช้นามแฝงของอบูซุรียว่า “อบูฮะกัม” อันเนื่องมาจากคำว่าฮะกัมเป็นคุณ ลักษณะเฉพาะและพระนามของอัลลอฮ์ ﷻ เท่านั้น ซึ่งอะลาเวีย บิน อับดุลกอดีร์ กล่าวว่า สำหรับคำ ว่า ฮะกัม (كَلِّمًا) และฮะกิม(كَلِّمًا) มีความหมายเดียวกัน แต่คำว่า ฮะกัม (كَلِّمًا) มีความหมายสูงกว่า คำว่า ฮะกิม(كَلِّمًا) ซึ่งหมายถึงการพิพากษา การชี้ขาด โดยความหมายเดิม

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

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

นอกจากหะดีษที่รายงานโดยอบูดาวูดที่กล่าวมาข้างต้นแล้ว ได้มีสายรายงานหะดีษ จากท่านอัลบุคอรียี่ และ มุสลิม ว่า

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

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

شيبه، 36830: 1409)

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

ประหารทหารของพวกเขา และจับลูกหลานของพวกเขาเป็นเชลย
ท่านนบีﷺกล่าวว่า ท่านได้ตัดสินด้วยบทบัญญัติของอัลลอฮ์ﷻ และอีก
สายรายงานหนึ่งกล่าวว่า ท่านนบีﷺกล่าวว่าด้วยบทบัญญัติของมาลิก”

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

Abi Shiybah.H.1409 :36830)

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

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

ชาวบนิญร็อยเซาะฮฺ และจะต้องดำเนินการตามผลของคำชี้ขาดนั้น และบรรดานักกฎหมายอิสลามมีมติเป็นเอกฉันท์ว่าท่านเราะซูลุลลอฮฺﷺ ได้ดำเนินการตามที่ชะอฺ เป็น มุอาษะฮฺ ชี้ขาดแก่ชาวบนิญร็อยเซาะฮฺ (Qadiry Muhammad Mahmud.2009:54)

จากหะดีษทั้งสองบทดังกล่าว สามารถยืนยันได้ว่า ท่านนบีﷺ ยอมรับกระบวนการอนุญาโตตุลาการ โดยให้คู่พิพาททั้งสองฝ่ายแต่งตั้งบุคคลที่ตนเองไว้วางใจเป็นผู้ตัดสินชี้ขาด แม้แต่ในโทษทางอาญาท่านนบีﷺ ยังส่งเสริมให้มีกระบวนการอนุญาโตตุลาการ ตามปรากฏในหะดีษที่บันทึกโดย อัลบุคอรีย์ มุสลิม และอบิซัยบะฮฺ ดังนั้นกระบวนการอนุญาโตตุลาการจึงถือเป็นกระบวนการระงับข้อพิพาทที่สามารถกระทำได้

หะดีษทั้งสองที่ได้กล่าวมาข้างต้นเป็นหะดีษที่มีสายรายงานที่แข็งแกร่งที่เลือกลือในการนำมาเป็นหลักฐานของการอนุญาโตตุลาการแล้ว ยังปรากฏหะดีษอื่นๆที่บ่งชี้ถึงกระบวนการระงับข้อพิพาททางอนุญาโตตุลาการอีกหลายหะดีษ ทั้งที่เป็นหะดีษที่มีสายรายงานที่แข็งแกร่งและอ่อน หนึ่งในส่วนหนึ่งจากหะดีษที่มีสายรายงานอ่อน แต่เป็นหลักฐานที่ชัดเจนเกี่ยวกับกระบวนการอนุญาโตตุลาการ คือ หะดีษที่รายงานจากท่านหญิงอาอิชะฮฺ ซึ่งบันทึกโดยท่านฏอบรอนีย์ ว่า

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

(رواه الطبراني : 4879)

ความว่า “รายงานจากท่านหญิงอาอิชะฮฺกล่าวว่า ได้เกิดวิวาทะกันระหว่างฉันและท่านเราะซูลุลลอฮฺﷺ โดยท่านเราะซูลุลลอฮฺﷺ จึงเสนอว่าฉันจะแต่งตั้งอุมร์(ให้ระงับข้อพิพาท)ระหว่างเธอกับฉันได้ไหม ท่านหญิงอาอิชะฮฺกล่าวว่า ไม่ ท่านเราะซูลุลลอฮฺﷺ จึงเสนอว่าฉันจะแต่งตั้งบิดาของเธอ(ให้ระงับข้อพิพาท)ระหว่างเธอกับฉันได้ไหม ท่านหญิงอาอิชะฮฺกล่าว ยอมรับ”

(บันทึกโดย al-Tabraniy..n.d./5:4879)³

³ อนุหะซันกล่าวว่ หะดีษนี้มีสายรายงานที่อ่อนเนื่องจากในสายรายงานมี ศอลิหฺ บิน อับยัฮฺซัด (Abu Hasan. 1994/4)

หะดีษนี้แม้ว่าจะเป็นหะดีษที่มีสายรายงานอ่อน แต่สามารถบ่งชี้ได้ถึง การมี กระบวนการอนุญาตตุลาการในยุคอิสลาม ทั้งยังได้รับการสนับสนุนจากหะดีษอื่นที่เป็นหลักฐาน ของการอนุญาตตุลาการในยุคอิสลาม

นอกจากการอนุญาตตุลาการที่ปรากฏในอัลกุรอาน และอัสนุนนะฮ์แล้ว การอนุญาตตุลาการยังมีปรากฏในยุคของเศาะหะบะฮ์ เช่นกัน โดยกระบวนการอนุญาตตุลาการที่ ปรากฏในยุคเศาะหะบะฮ์ ผู้วิจัยจะนำมาในหัวข้อต่อไป

3) หลักการอนุญาตตุลาการที่มีปรากฏในยุคเศาะหะบะฮ์

การระงับข้อพิพาทโดยกระบวนการทางอนุญาตตุลาการนอกจากได้มีปรากฏใน อัลกุรอานที่ได้บัญญัติให้มีการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาตตุลาการไว้ และอัสนุนนะฮ์ที่ยอมรับ หลักการอนุญาตตุลาการ และนำหลักการอนุญาตตุลาการมาใช้ในการระงับข้อพิพาทแล้ว ยุคของ บรรดาเศาะหะบะฮ์ยังได้นำหลักการอนุญาตตุลาการมาใช้โดยการแต่งตั้งอนุญาตตุลาการให้ระงับ ข้อพิพาทระหว่างกัน ซึ่งอัลญะบะรีย (2001/8 :327-328)กล่าวว่า บรรดาเศาะหะบะฮ์ ได้มีการ แต่งตั้งอนุญาตตุลาการขึ้นมาชี้ขาดข้อพิพาทที่เกิดขึ้น โดยท่านอับนุอับบาสได้กล่าวว่า “ได้มี ผู้ก่อตั้งดินและมอวียะฮ์ เป็นอนุญาตตุลาการ และผู้แต่งตั้งกล่าวว่า หากท่านเห็นว่าเราทั้งสอง สามารถอยู่ร่วมกันต่อไปเราก็จะอยู่ร่วมกัน และหากเห็นว่าเราทั้งสองฝ่ายต้องแยกจากกัน เราก็จะ แยกจากกัน

และส่วนหนึ่งจากการใช้การระงับข้อพิพาทโดยกระบวนการอนุญาตตุลาการในยุค คอลีฟะฮ์ผู้ทรงธรรม คือการแต่งตั้งอนุญาตตุลาการที่เห็นประจักษ์ชัด คือการแต่งตั้ง อนุญาตตุลาการขึ้นมาเพื่อระงับข้อพิพาทระหว่างอาลี บิน อปีฏอลิบ กับมอวียะฮ์ บิน อปีสุยาน ในสงคราม คิฟฟิน โดยท่านอบีมุซา อัลอ์ซอริย และท่านอัมรฺ บิน อาศฺ เป็นอนุญาตตุลาการที่ ได้รับการแต่งตั้ง (Qaḥṭān Abdul al-Rahman al-Duriy .2002 :52)

การระงับข้อพิพาทด้วยกระบวนการทางการอนุญาตตุลาการจึงถือเป็นมติเอกฉันท์ (อิจญ์มาอ)จากบรรดาเศาะหะบะฮ์ของท่านนบีﷺ ด้วยการกระทำของบรรดาเศาะหะบะฮ์และ ไม่ได้มีปรากฏว่าบรรดาเศาะหะบะฮ์ มีความเห็นแย้งในเรื่องดังกล่าว ดังนั้นจึงเป็นอิจมาอจาก บรรดาเศาะหะบะฮ์(Qadiry Muhammad Mahmud.2009:60)

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

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

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

นอกจากกระบวนการทางอนุญาตโตตุลาการจะได้รับแต่งตั้งจากคู่พิพาทแล้ว กระบวนการอนุญาตโตตุลาการยังมีการแต่งตั้งจากผู้ปกครองคือบรรดาเคาะลีฟะฮฺซึ่งอำนาจตุลาการสามารถนำเรื่องขึ้นพิจารณาคดีในกระบวนการศาลได้ แต่เคาะลีฟะฮฺได้เลือกใช้วิธีการอนุญาตโตตุลาการ ซึ่งอบิหะสัน อาลี (Abi al-Ḥasan Ali,1994/16:325)กล่าวว่าท่านอุมร์ อิบญุคฏอญ์อ็อบ และท่านกะอับได้เคยแต่งตั้งท่านชัย บิน ซาบิต เพื่อมาชี้ขาด และในสมัยท่านอะลี บิน อบิฏออลิบ ในขณะที่ท่านเป็นคอลลีฟะฮฺ ท่านได้แต่งตั้งอนุญาตโตตุลาการให้ชี้ขาดข้อพิพาทที่ได้ส่งมายังท่าน

ดังนั้นประวัติความเป็นมาของกระบวนการอนุญาตโตตุลาการอิสลามนั้นมีที่มาจากตั้งแต่ยุคก่อนอิสลาม จนกระทั่งมีปรากฏในยุคอิสลามโดยได้มีบทบัญญัติทั้งในอัลกุรอาน และอัสสุนนะฮฺ ตลอดจนมาจนถึงยุคของเศาะหะบะฮฺก็ได้นำกระบวนการอนุญาตโตตุลาการมาใช้ในการระงับข้อพิพาทกัน

^๕ หะดีษบันทึกโดยท่านอบิดาวูดหะดีษเลขที่3511ในหนังสือ Sunan Abi Dawud เล่มที่ 3

อย่างแพร่หลาย ซึ่งเป็นที่ยอมรับกันอย่างกว้างขวาง จนกระทั่งถือได้ว่าเป็นมติเอกฉันท์ถึงการอนุญาตของกฎหมายอิสลาม ให้มีการระงับข้อพิพาทโดยกระบวนการอนุญาโตตุลาการ นอกจากกระบวนการระงับข้อพิพาทกระแสหลักด้วยกระบวนการศาล

การอนุญาโตตุลาการตามกฎหมายอิสลามนักกฎหมายอิสลามมีความเห็นที่แตกต่างกันในหลายประเด็น เช่น ประเด็นการแต่งตั้ง องค์ประกอบและเงื่อนไขของการอนุญาโตตุลาการ และผู้ที่ได้รับแต่งตั้งเป็นอนุญาโตตุลาการ จนถึงผลของการชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ โดยผู้วิจัยจะนำประเด็นต่าง ๆ มาเสนอในหัวข้อต่อไป

2.2 องค์ประกอบและเงื่อนไขของการอนุญาโตตุลาการในกฎหมายอิสลาม

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

1) อนุญาตให้มีการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการโดยไม่มีเงื่อนไขว่าเมืองนั้นจะมีกระบวนการศาลหรือไม่ก็ตาม

2) อนุญาตให้มีการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการโดยมีเงื่อนไขว่าเมืองนั้นจะต้องไม่มีกระบวนการศาล

3) ไม่อนุญาตให้มีการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการโดยไม่มีเงื่อนไขใดๆ

ทศนะแรกที่เห็นว่าอนุญาตให้มีการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการโดยไม่มีเงื่อนไขใดๆ แม้ว่าเมืองนั้นจะมีกระบวนการศาลก็ตามเป็นทศนะของนักกฎหมายอิสลามส่วนใหญ่ของสำนักกฎหมายอิสลามทั้งสี่ รวมทั้งทศนะของชีอะฮฺอัชชะดียะฮฺ และบางส่วนของกลุ่มชีอะฮฺอิมามียะฮฺ โดยนักกฎหมายอิสลามที่เห็นพ้องตามทศนะนี้ได้นำหลักฐานถึงการอนุญาตให้มีการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการทั้งจากอัลกุรอาน อัศสุนนะฮฺ การกระทำของบรรดาเศาะหะบะฮฺ และหลักฐานทางสติปัญญา

ทัศนะที่สองเป็นทัศนะของนักกฎหมายอิสลามสังกัดสำนักกฎหมายอัชชาฟีอีย์บางส่วนซึ่งเห็นว่าการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการนั้นจะมีขึ้นก็ต่อเมื่ออยู่ในสถานะจำเป็น และทัศนะของอิบนุ ฮัซม

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

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

จากทัศนะของนักกฎหมายอิสลามข้างต้นที่มีความเห็นต่อการอนุวัติให้มีการอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาททำให้นักกฎหมายอิสลามมีความเห็นที่หลากหลายในประเด็นองค์ประกอบและเงื่อนไขของการอนุญาโตตุลาการในกฎหมายอิสลามไว้หลายประการ โดยนักกฎหมายอิสลามที่มีความเห็นว่าการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการโดยคู่พิพาทเป็นการยินยอมของคู่พิพาททั้งสองที่จะมอบหมายข้อพิพาทของตนให้แก่ผู้ที่ตนไว้วางใจ ดังนั้นกรแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการจึงต้องมีกระบวนการแต่งตั้ง องค์ประกอบ และเงื่อนไขต่างๆเป็นการเฉพาะที่แตกต่างกับการระงับข้อพิพาทโดยกระบวนการอื่น

2.2.1 กระบวนการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ

กระบวนการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการเป็นกระบวนการที่เกิดจากสัญญา กล่าวคือ หากคู่พิพาทมีความประสงค์ที่จะแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการขึ้นมาเพื่อระงับข้อพิพาทจำเป็นต้องมีกระบวนการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการที่เกิดจากสัญญา โดยมีองค์ประกอบ เงื่อนไข บทบัญญัติ และวิธีการต่างๆที่มีกำหนดไว้เป็นการเฉพาะ ดังนี้

ก. องค์ประกอบและเงื่อนไขการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ

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

เมื่อการอนุญาโตตุลาการเกิดจากสัญญา ดังนั้นองค์ประกอบของการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการจึงประกอบด้วยองค์ประกอบ 3 ประการ คือ

1) การเสนอ การตอบรับ กล่าวคือ กระบวนการเสนอข้อพิพาทต่ออนุญาโตตุลาการ

กระบวนการเสนอข้อพิพาทต่ออนุญาโตตุลาการแบ่งออกเป็นสองส่วนด้วยกัน คือ

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

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

อับดุลลอฮฺ บิน มุฮัมมัด (1420: 41) กล่าวว่า จำต้องมีถ้อยคำซึ่งเป็นองค์ประกอบของการอนุญาโตตุลาการ และถ้อยคำดังกล่าวนั้นต้องบ่งชี้ถึงสัญญา

สำหรับถ้อยคำ หมายถึง สิ่งที่เกิดจากคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายที่บ่งชี้ถึงจุดประสงค์ของทั้งสองที่ได้ทำสัญญากัน

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

กระบวนการเสนอข้อพิพาทแก่นญาโตตุลาการจำเป็นต้องใช้คำที่ชี้ถึงการแต่งตั้งให้เป็น ญาโตตุลาการ เช่นคู่พิพาททั้งสองกล่าวว่า “เราทั้งสองขอให้ท่านชี้ขาดข้อพิพาทที่เกิดขึ้นระหว่าง เราทั้งสอง” หรือใช้คำว่า “เราแต่งตั้งท่านให้เป็นญาโตตุลาการ”

การเริ่มสัญญาด้วยการเสนอข้อพิพาท และการตอบรับเป็นญาโตตุลาการนั้นไม่มี เงื่อนไขว่าต้องเริ่มสัญญาอนุญาโตตุลาการด้วยการเริ่มเสนอจากฝ่ายคู่พิพาทอย่างเดียว หากแต่ผู้ที่จะ เป็นญาโตตุลาการสามารถเสนอตัวเองที่จะเข้ามาเป็นญาโตตุลาการได้ ซึ่งหากมีการเสนอตัวเอง เป็นญาโตตุลาการแล้วคู่พิพาทยอมรับให้ผู้นั้นเป็นญาโตตุลาการ ถือได้ว่าคู่พิพาทแต่งตั้ง ญาโตตุลาการเพื่อระงับข้อพิพาทให้ระหว่างพวกเขา

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

เห็นได้ว่ารูปแบบการเสนอข้อพิพาทเพื่อให้มีการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการตาม กฎหมายอิสลามจึงมีความหลากหลาย ซึ่งหลักการเสนอข้อพิพาทแก่นญาโตตุลาการนั้นใช้หลักเสนอ สอนตรงกันระหว่างคู่พิพาทกับผู้ที่จะตอบรับเพื่อเป็นญาโตตุลาการ โดยไม่จำเป็นต้องเริ่ม เสนอข้อพิพาทจากฝ่ายคู่พิพาทเพียงอย่างเดียว นอกจากนั้นนักกฎหมายอิสลามมีความเห็นแตกต่าง กันเกี่ยวกับการเสนอข้อพิพาทแก่นญาโตตุลาการโดยการวางเงื่อนไขในการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ หรืออิงการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการได้หรือไม่

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

ทั้งสองกรณีนี้นักกฎหมายอิสลามสำนักกฎหมายอัลฮะนะฟีมีความเห็นต่างกัน โดย มุฮัมมัด บิน อัลฮะสัน เห็นว่า การวางเงื่อนไขในการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการหรือการอิงการแต่งตั้ง

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

จากความเห็นต่างของนักกฎหมายอิสลามสำนักกฎหมายอัลหะนาฟี้นั้น ผู้วิจัยเห็นว่า การแต่งตั้งอนุญาตตุลาการนั้นสามารถกระทำได้ แม้ว่าจะมีการวางเงื่อนไขในการแต่งตั้งอนุญาตตุลาการหรือการอิงการแต่งตั้งอนุญาตตุลาการก็ตาม เนื่องจากการแต่งตั้งอนุญาตตุลาการนั้นเป็นกระบวนการแต่งตั้งที่เกิดจากกระบวนการทางสัญญา ดังนั้นหากมีการเสนอสนองต้องตรงกัน โดยความยินยอมของคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย สัญญานั้นมีผลบังคับ กระบวนการรับข้อพิพาททางอนุญาตตุลาการเกิดขึ้นอันเนื่องจากสัญญานั้น โดยไม่มีความเกี่ยวข้องกับอำนาจรัฐแต่อย่างใด

ดังนั้นกระบวนการแต่งตั้งอนุญาตตุลาการจำเป็นต้องเริ่มจากการเสนอข้อพิพาทจากคู่พิพาทต่อผู้ที่ตนประสงค์ให้เป็นอนุญาตตุลาการ และผู้ที่ได้รับการเสนอให้เป็นอนุญาตตุลาการจำเป็นต้องตอบรับข้อเสนอนั้น ซึ่งหากผู้ที่ได้รับการเสนอให้เป็นอนุญาตตุลาการไม่ได้ตอบรับข้อเสนอดังกล่าว กระบวนการแต่งตั้งอนุญาตตุลาการถือเป็นโมฆะ โดยการตอบรับเป็นอนุญาตตุลาการนั้นสามารถตอบรับได้ทั้งคำพูด การกระทำ หรือแม้แต่การทำสัญญาสัญญาแต่งตั้งเป็นลายลักษณ์อักษรก็ตาม

2) ผู้ทำสัญญาทั้งสอง กล่าวคือ ผู้ที่เสนอข้อพิพาทต่ออนุญาตตุลาการ และผู้ที่ยอมรับเป็นอนุญาตตุลาการ

ผู้ทำสัญญาทั้งสองฝ่าย หมายถึง คู่พิพาทที่ต้องการแต่งตั้งอนุญาตตุลาการฝ่ายหนึ่ง และผู้ที่ได้รับการเสนอให้เป็นอนุญาตตุลาการอีกฝ่ายหนึ่ง

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

คู่พิพาทที่เป็นองค์ประกอบของการแต่งตั้งอนุญาตตุลาการนั้น จำต้องยินยอมที่จะเสนอข้อพิพาทให้แก่อนุญาตตุลาการ ซึ่งการให้ความยินยอมนี้ถือเป็นเงื่อนไขที่สำคัญในการแต่งตั้ง

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

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

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

ดังนั้นการแต่งตั้งอนุญาตตุลาการนั้นต้องเริ่มจากความยินยอมของคู่พิพาทเท่านั้น หากไม่มีความยินยอมจากคู่พิพาทสัญญาอนุญาตตุลาการถือเป็นโมฆะ

2.2) อนุญาตตุลาการ กล่าวคือ การเสนอข้อพิพาทให้อนุญาตตุลาการนั้นต้องได้รับความยินยอมจากผู้ที่ถูกเสนอให้เป็นอนุญาตตุลาการ ซึ่งเป็นคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งในสัญญาแต่งตั้งอนุญาตตุลาการ ดังนั้นเงื่อนไขในการแต่งตั้งจึงจำเป็นต้องได้รับความยินยอมจากผู้ที่ถูกเสนอให้เป็นอนุญาตตุลาการด้วย เฉกเช่นเดียวกับคู่พิพาทที่ต้องยินยอมที่จะเสนอข้อพิพาทนั้น

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

ดังนั้นเงื่อนไขของผู้ที่ถูกเสนอให้เป็นอนุญาตตุลาการต้องเป็นผู้ที่ยอมรับเป็นอนุญาตตุลาการให้แก่คู่พิพาท ทั้งยังต้องมีคุณสมบัติเฉพาะของอนุญาตตุลาการ

3) ข้อพิพาทที่อนุญาตตุลาการวินิจฉัยชี้ขาดได้

กระบวนการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาตตุลาการเป็นกระบวนการระงับข้อพิพาททางเลือกที่ไม่ใช่กระบวนการศาล ซึ่งเป็นกระบวนการระงับข้อพิพาทหลัก ดังนั้นการระงับข้อพิพาททางอนุญาตตุลาการจึงต้องเกิดขึ้นจากความยินยอมของคู่พิพาทที่ต้องการมอบข้อพิพาทของตนต่ออนุญาตตุลาการเพื่อให้อนุญาตตุลาการพิจารณาระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้น

ดังนั้นข้อตกลงในการระงับข้อพิพาททางอนุญาตตุลาการจึงย่อมต้องมีข้อจำกัดในขอบเขตของบทบัญญัติที่สามารถระงับข้อพิพาททางอนุญาตตุลาการได้ ซึ่งแตกต่างจากกระบวนการศาลที่เป็นกระบวนการหลักในการตัดสินชี้ขาดข้อพิพาท โดยนักกฎหมายอิสลามมีความเห็นต่างกันในเรื่องของบทบัญญัติที่สามารถใช้กระบวนการระงับข้อพิพาทได้ โดยแต่ละสำนักกฎหมายนั้นมีความเห็นต่างกันดังนี้

3.1) สำนักกฎหมายอัลฮะนะฟี มีความเห็นต่างเป็น 2 ทศนะดังนี้

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

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

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

3.3) สำนักกฎหมายอัชชาฟีอีย์ มีความเห็นต่างเป็น 3 ทศนะดังนี้

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

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

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

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

3.4) สำนักกฎหมายอัลฮะนาบิละฮฺ มีความเห็นต่างเป็น 4 ทศนะดังนี้

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

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

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

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

ทศนะของนักกฎหมายอิสลามที่ได้กล่าวมาข้างต้นเป็นความเห็นต่างของนักกฎหมายอิสลามทั้งสี่สำนัก เกี่ยวกับกรณณ์ที่สามารถใช้กระบวนการทางอนุญาโตตุลาการได้ ซึ่งสามารถแบ่งออกเป็น 4 ทศนะดังนี้

1. สามารถระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการได้ทุกรณณ์ เว้นแต่ความผิดที่มีโทษทางอาญาที่เป็นอาญา

2. สามารถระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการได้แต่เพียงกรณณ์ที่เกี่ยวข้องกับทรัพย์สินเท่านั้น โดยไม่สามารถใช้กระบวนการอนุญาโตตุลาการในกรณณ์ที่เป็นข้อพิพาทที่โทษทางอาญาทั้งที่เป็นอาญาแผ่นดิน และความผิดต่อส่วนตัว รวมทั้งไม่สามารถใช้กระบวนการทางอนุญาโตตุลาการในกรณณ์ที่เกี่ยวข้องความสัมพันธ์ทางการสมรส เช่น การทำสัญญาสมรส การกล่าวหาว่าภรรยาตนผิดประเวณี เป็นต้น

3. สามารถระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการได้แต่เพียงกรณณ์ที่เกี่ยวข้องกับทรัพย์สิน ความผิดทางอาญาที่เป็นความผิดต่อส่วนตัว รวมทั้งความผิดที่มีโทษประหารชีวิตแทน และกรณณ์ที่เกี่ยวข้องกับการสมรส

4. สามารถระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการได้ทุกรณณ์ แม้ว่าข้อพิพาทนั้นจะเป็นข้อพิพาททางอาญาหรือไม่ก็ตาม

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

พิพาทเท่านั้น เพราะสามารถแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการในกรณีการสมรสได้ ดังนั้นในคำว่าคู่พิพาทควรใช้คำว่า “สองฝ่าย” จะเหมาะสมกับกรณีนี้

ดังนั้นกระบวนการทางอนุญาโตตุลาการจึงสามารถใช้ได้ในสองกรณี คือ 1) กรณีที่มีข้อพิพาทที่ไม่ใช่ความผิดอาญาแผ่นดิน 2) กรณีที่ไม่มีข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องกับการสมรสและสิ่งที่อยู่ภายใต้การสมรส

กระบวนการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการนั้นจำต้องมีองค์ประกอบของการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการทั้ง 3 ประการนี้จึงจะเป็นสัญญาทางอนุญาโตตุลาการที่สมบูรณ์ และมีผลทางกฎหมายต่อไป

ข. พยาน หลักฐานในกระบวนการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ

เนื่องจากสัญญาอนุญาโตตุลาการ เป็นสัญญาที่จัดทำขึ้นระหว่างคู่พิพาทที่ประสงค์ระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้น กับบุคคลที่ตนประสงค์จะแต่งตั้งให้เป็นอนุญาโตตุลาการเพื่อมอบข้อพิพาทนั้นให้ทำการวินิจฉัยชี้ขาดต่อไป ดังนั้นการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการจึงเป็นสัญญาที่ต้องมีผู้เสนอสองดังที่กล่าวผ่านมาแล้วในองค์ประกอบของกระบวนการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการข้างต้น

ดังนั้นเมื่อคู่พิพาทประสงค์จะมอบข้อพิพาทของตนต่ออนุญาโตตุลาการ คู่พิพาทจำเป็นต้องเสนอข้อพิพาทต่อบุคคลที่ตนประสงค์แต่งตั้งให้เป็นอนุญาโตตุลาการ และบุคคลที่คู่พิพาทถูกเสนอข้อพิพาทให้เพื่อแต่งตั้งให้เป็นอนุญาโตตุลาการนั้นต้องตอบรับข้อเสนอในการเป็นอนุญาโตตุลาการ กระบวนการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการนักกฎหมายอิสลามจึงมีความเห็นที่แตกต่างกันเกี่ยวกับการที่ต้องมีพยานหรือหลักฐานเพื่อเป็นหลักประกันว่าทั้งสองฝ่ายต้องทำตามสัญญาดังนี้

1) พยานในการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ

กอหฺฎอน อับดุลเราะฮฺมาน อัตุรฺรียฺ (2002 :122) กล่าวว่า นักกฎหมายอิสลามมีความเห็นต่างในความจำเป็นที่จะต้องมีพยานในสัญญาอนุญาโตตุลาการจากคู่พิพาททั้งสอง ออกเป็นสองทัศนะดังนี้

ก. ทัศนะที่หนึ่งเห็นว่า ไม่จำเป็นต้องมีพยานในการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการจากคู่พิพาททั้งสอง เนื่องจากคู่พิพาททั้งสองเป็นผู้ที่ถูกชี้ขาด ทัศนะนี้เป็นทัศนะของนักกฎหมายอิสลามสำนักกฎหมายอัลมาลิกียฺ

ข. ทัศนะที่สองเห็นว่า จำต้องมีพยานยืนยันในการยินยอมมอบข้อพิพาทแก่อนุญาโตตุลาการก่อนที่จะมีการชี้ขาดข้อพิพาทระหว่างทั้งสอง เพื่อไม่ให้มีการปฏิเสธข้อชี้ขาดจาก

คู่พิพาททั้งสอง และจะไม่มีกรยอมรับการปฏิเสธนั้นเว้นแต่จะด้วยการสาบาน ทศนะนี้เป็นทศนะของนักกฎหมายอิสลามสำนักกฎหมายฮะนาฟีละฮ

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

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

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

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

2) การบันทึกสัญญาอนุญาโตตุลาการ

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

﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدِينٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى

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

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

จากอายะฮ์ดังกล่าวบ่งชี้ว่า การจดบันทึกสัญญาอนุญาโตตุลาการนั้นเป็นสิ่งซึ่งเกี่ยวเนื่องกับสิทธิของคู่พิพาททั้งสอง เพื่อป้องกันการปฏิเสธสัญญาอนุญาโตตุลาการ

อับดุลลอฮฺ บิน มุฮัมมัด (1420: 44) มีความเห็นว่า “จำเป็นต้องบันทึกหลักฐาน สัญญาอนุญาตตุลาการ ซึ่งจะช่วยให้ป้องกันการปฏิเสธสัญญาอนุญาตตุลาการ และปกป้องสิทธิจาก ฝ่ายที่ปฏิเสธที่เกิดขึ้นในภายหลัง”

ดังนั้นสัญญาอนุญาตตุลาการนั้น หากมีการบันทึกสัญญาเป็นลายลักษณ์อักษร เพื่อป้องกันการปฏิเสธคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการจากคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง และสามารถนำไปใช้เป็น หลักฐานในชั้นศาลหากคู่พิพาทฝ่ายใดไม่ปฏิบัติตามคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการได้ในอนาคต

เมื่อสัญญาอนุญาตตุลาการมีองค์ประกอบ เงื่อนไข และวิธีการต่างๆที่กำหนดไว้ เป็นการเฉพาะครบถ้วนแล้วกระบวนการแต่งตั้งอนุญาตตุลาการจึงเกิดขึ้น โดยจำมี วิธีการแต่งตั้ง องค์คณะอนุญาตตุลาการ และคุณสมบัติของอนุญาตตุลาการดังนี้

1) วิธีการแต่งตั้งอนุญาตตุลาการ

วิธีการแต่งตั้งอนุญาตตุลาการนั้นนอกจากจะต้องมีองค์ประกอบและเงื่อนไขครบ ตามที่กล่าวมาแล้ว นักกฎหมายอิสลามมีความเห็นต่างกันในเรื่องวิธีการแต่งตั้งอนุญาตตุลาการว่าสามารถ แต่งตั้งได้เมื่อใด เนื่องจากอายะฮ์อัลกุรอานที่บัญญัติเกี่ยวกับการแต่งตั้งอนุญาตตุลาการ คือ สุเราะฮ์ อัลนีสอาอ์ อายะฮ์ 35 บัญญัติว่า

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

(النساء : 35)

ความว่า “และหากพวกเจ้าหวั่นเกรงการแตกแยก ระหว่างเขาทั้งสอง ก็จงส่งผู้ตัดสินคนหนึ่งจากครอบครัวของฝ่าย ชาย และผู้ตัดสินอีกคนหนึ่งจากครอบครัวฝ่ายหญิง หากทั้งสอง ปวารณาให้มีการประนีประนอมกันแล้ว อัลลอฮ์ก็จะทรงให้ ความสำเร็จในระหว่างทั้งสอง แท้จริงอัลลอฮ์เป็นผู้ทรงรอบรู้ ผู้ทรงสหัพพัญญู”

(อันนีสอาอ์ :35)

นักกฎหมายอิสลามในความหมายของคำว่า (إِنْ حَفِظْتُمْ شِقَاقَ) นั้นเป็นการแต่งตั้ง อนุญาตโตตุลาการในขณะที่เกิดข้อพิพาทขึ้นมา หรือว่ามีความเกรงกลัวจะมีข้อพิพาท ซึ่งนักกฎหมาย อิสลามมีความเห็นต่างกันดังนี้

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

ก. หากฝ่ายหญิงได้ทำการหยศต่อสามี หลังจากนั้นสามีได้ตักเตือน และออกห่าง นาง โดยเป็นกระบวนการที่ได้กล่าวไว้ในสุเราะฮ์อัลนีสอาอ์ อายะฮ์ที่ 34 ซึ่งปรากฏก่อนจากอายะฮ์นี้ จึงเป็นการรับรู้ถึงการหยศของภรรยา ดังนั้นจึงถือว่ารู้แล้วว่าความขัดแย้งได้เกิดขึ้น

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

ทัศนะที่สอง มีความเห็นว่าคำดังกล่าวหมายถึง “ เจ้าคาดว่า” หรือ “เจ้าเกรงว่า” ทัศนะนี้เป็นทัศนะของอัซซัจญาด และ อิบนุ อะฎีเยฮฺ และอัญญอบร์ซีย์ กล่าวว่า ทัศนะนี้เป็นทัศนะที่มีความ น่าเชื่อถือที่สุด ซึ่งหลักฐานของทัศนะนี้คือ

ก. คำว่า (الشك) หากเขารู้ด้วยความมั่นใจ แน่ใจว่าข้อพิพาทนั้นย่อมต้องอยู่ที่ อนุญาตโตตุลาการทั้งสองแล้ว

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

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

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

จากความเห็นของนักกฎหมายอิสลามที่กล่าวมาข้างต้นนั้น สามารถสรุปได้ว่าการ แต่งตั้งอนุญาตโตตุลาการนั้น สามารถแต่งตั้งได้ตลอดเวลาไม่ว่าข้อพิพาทนั้นเกิดขึ้นแล้วหรือไม่ ดังนั้น วิธีการแต่งตั้งอนุญาตโตตุลาการจึงแบ่งได้ดังนี้

(1) แต่งตั้งอนุญาโตตุลาการในขณะที่มีข้อพิพาทเกิดขึ้นระหว่างทั้งสอง โดยคู่พิพาททั้งสองฝ่ายยินยอมมอบข้อพิพาทของตนแก่อนุญาโตตุลาการ

(2) แต่งตั้งโดยสัญญาอนุญาโตตุลาการ กล่าวคือ หากคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายเกรงว่าต่อไปจะมีการกระทำที่ผิดสัญญาระหว่างกันแล้ว คู่พิพาททั้งสองฝ่ายประสงค์จะนำข้อพิพาทที่อาจเกิดขึ้นในอนาคตนั้นให้แก่อนุญาโตตุลาการชี้ขาด คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายสามารถทำสัญญาอนุญาโตตุลาการไว้ก่อนจะมีข้อพิพาทได้

(3) แต่งตั้งอนุญาโตตุลาการขึ้นมาในขณะที่มีความจำเป็นต้องใช้กระบวนการอนุญาโตตุลาการ เช่น กรณีการสมรสที่ต้องใช้อนุญาโตตุลาการ เป็นต้น

2) คณะอนุญาโตตุลาการ

จำนวนคณะอนุญาโตตุลาการตามกฎหมายอิสลามนั้น ไม่ได้มีเงื่อนไขว่าต้องเป็นจำนวนคี่หรือจำนวนคู่แต่อย่างใด โดยอายะฮ์อัลกุรอานที่บัญญัติเกี่ยวกับการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการได้บัญญัติว่า

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

(النساء : 35)

ความว่า “และหากพวกเจ้าหวั่นเกรงการแตกแยกระหว่างเขาทั้งสอง ก็จงส่งผู้ตัดสินคนหนึ่งจากครอบครัวของฝ่ายชาย และผู้ตัดสินอีกคนหนึ่งจากครอบครัวฝ่ายหญิง หากทั้งสองปรารถนาให้มีการประนีประนอมกันแล้ว อัลลอฮ์ก็จะทรงให้ความสำเร็จในระหว่างทั้งสอง แท้จริงอัลลอฮ์เป็นผู้ทรงรอบรู้ ผู้ทรงสัพพัญญู”

(อันนิสาอ : 35)

อายะฮ์ข้างต้นอัลลอฮ์ ﷻ ได้บัญญัติถึงหลักการระงับข้อพิพาทโดยใช้วิธีการทางอนุญาโตตุลาการเพื่อหาทางออกให้แก่คู่สามีภรรยาที่มีความขัดแย้งกัน โดยให้ทั้งสองฝ่ายแต่งตั้งผู้ที่ตนเชื่อถือมาเป็นอนุญาโตตุลาการเพื่อระงับข้อพิพาทภายในครอบครัว โดยอิบนุ กะษีร

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

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

จากคำอธิบายของนักวิชาการข้างต้น จะเห็นได้ว่าการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการตามกฎหมายอิสลามนั้นไม่จำเป็นต้องมีการแต่งตั้งคณะอนุญาโตตุลาการเป็นจำนวนกี่แต่อย่างใด โดยกฎหมายอิสลามได้บัญญัติให้คู่พิพาททั้งสองฝ่ายแต่งตั้งตัวแทนฝ่ายที่ตนเชื่อถือขึ้นมาเป็นอนุญาโตตุลาการฝ่ายละเท่ากัน

นอกจากนั้นคู่พิพาททั้งสองอาจแต่งตั้งบุคคลที่เป็นอนุญาโตตุลาการเป็นบุคคลเดียวกันหรือเป็นจำนวนก็ได้ หากทั้งสองประสงค์จะแต่งตั้งบุคคลเดียวกันดังมีปรากฏในหะดีษที่รายงานจากท่านหญิงอาอิชะฮฺ ว่า

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

(رواه الطبراني : 4879)

ความว่า “รายงานจากท่านหญิงอาอิชะฮฺกล่าวว่า ได้เกิดวิวาทะกันระหว่างฉันและท่านเราะฮ์ซูลุลลอฮ์ﷺ โดยท่านเราะฮ์ซูลุลลอฮ์ﷺ จึงเสนอว่าฉันจะแต่งตั้งอุมร์(ให้ระงับข้อพิพาท)ระหว่างเธอกับฉัน

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

(บันทึกโดย al-Tabraniy.n.d./5:4879)

จากอัลหะดีษดังกล่าวข้างต้นท่านเราะซูลลออฮฺ ﷺ จึงเสนอแต่งตั้งอุมร์เป็นอนุญาโตตุลาการ ท่านหญิงอาอีซะฮฺไม่เห็นด้วย ท่านเราะซูลลออฮฺ ﷺ จึงเสนอว่าฉันจะแต่งตั้งอูบัยกร ท่านหญิงอาอีซะฮฺยินยอมแต่งตั้งท่านอูบัยกร ซึ่งเป็นอนุญาโตตุลาการเพียงผู้เดียวในการระงับข้อพิพาทครั้งนี้

ดังนั้นคณะอนุญาโตตุลาการตามกฎหมายอิสลามจึงสามารถเป็นจำนวนคู่หรือจำนวนคี่ก็ได้ โดยขึ้นอยู่กับความเห็นชอบของคู่พิพาทที่ได้ตกลงกัน

3) คุณสมบัติของอนุญาโตตุลาการ

นักกฎหมายอิสลามมีความเห็นเกี่ยวกับคุณสมบัติของอนุญาโตตุลาการแตกต่างกันหลายประการ ซึ่งคุณสมบัติของอนุญาโตตุลาการนั้นจำเป็นต้องมีคุณสมบัติเฉกเช่นเดียวกับผู้พิพากษา และคุณสมบัติที่สำคัญของผู้พิพากษาคือความเป็นกลาง ซึ่งผู้ที่เป็นอนุญาโตตุลาการนั้นจึงต้องมีความยุติธรรมในการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทที่เกิดขึ้น โดยอัลลออฮฺ ﷻ ได้กำชับเรื่องการตัดสินชี้ขาดด้วยความยุติธรรมไว้ในสุเราะฮ์อัลนีสอาฮ์ ส่วนหนึ่งจากอายะที่ 58 ว่า

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

سورة النساء من آية : 58

ความว่า“...และเมื่อพวกเจ้าตัดสินระหว่างผู้คน พวกเจ้าก็จะต้อง

ตัดสินด้วยความยุติธรรม...”

อิบนู กะซีร์ (1999/2: 341) ได้อธิบายอายะฮ์นี้ว่า “อัลลออฮฺ ﷻ ได้ทรงใช้ให้การตัดสินชี้ขาดระหว่างมนุษย์ให้เป็นไปด้วยความยุติธรรม และเนื่องจากอายะฮ์นี้มัมมัด บิน กะอับ ซัยด บิน อัสลัม และชะฮฺร บิน เฮวซั บกล่าวว่า อายะฮ์นี้ได้ประทานลงมาบัญญัติถึงการตัดสินชี้ขาดระหว่างมนุษย์

ทั้งยังปรากฏในหะดีษว่า “แท้จริงอัลลออฮ์ทรงอยู่กับผู้ตัดสินที่ไม่อยุติธรรม ดังนั้นเมื่อมีการอธรรมเขาก็ต้องมอบหมายตัวเอง (อัลลออฮฺ ﷻ จะไม่ทรงพร้อมผู้ธรรม)” (1999/2: 341)

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

ดังนั้นคุณสมบัติหลักของอนุญาโตตุลาการคือ ต้องเป็นผู้ที่มีความยุติธรรมในการ พิจารณาและตัดสินชี้ขาด โดยคุณสมบัตินี้นักกฎหมายอิสลามทุกสำนักก็ความเห็นพ้องกันว่าจำต้องมี ในอนุญาโตตุลาการทุกฝ่าย

นอกจากความยุติธรรมแล้วนักกฎหมายอิสลามได้มีความเห็นเกี่ยวกับคุณสมบัติ อื่น ๆ หลายประการโดยแบ่งเป็นคุณสมบัติทั่วไป และคุณสมบัติเฉพาะดังนี้

1) คุณสมบัติทั่วไป

คุณสมบัติของอนุญาโตตุลาการนั้นเป็นคุณสมบัติที่นักกฎหมายอิสลามส่วนใหญ่ได้ กำหนด อันจะมีผลผูกพันเกี่ยวข้องกับหลักการทำนิติกรรม โดยอนุญาโตตุลาการต้องมีคุณสมบัติ ดังต่อไปนี้

1.1) ด้านศาสนา

นักกฎหมายอิสลามมีมติเอกฉันท์ว่า ผู้ที่จะได้รับการแต่งตั้งเป็นอนุญาโตตุลาการจาก คู่พิพาทที่เป็นมุสลิมจำเป็นต้องนับถือศาสนาอิสลาม

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

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

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

แต่นักกฎหมายอิสลามสำนักกฎหมายอัลฮะนาฟียี้ มีความเห็นว่าอนุญาตให้มีการ แต่งตั้งผู้ที่ไม่ใช่มุสลิมที่อาศัยอยู่ในเมืองอิสลาม (อัซซิมมีย) ในระหว่างพวกเขาด้วยกันได้ (Abdullah bin Muhammad.1420: 59) โดยอัลกอติรีย์ ซึ่งนักกฎหมายอิสลามสำนักกฎหมายอัลฮะนาฟียี้กล่าว

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

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

เมื่อพิจารณาความเห็นของนักกฎหมายสำนักกฎหมายอัลฮะนาฟีย เกี่ยวกับการที่ผู้ไม่ใช่มุสลิมนั้นจะเป็นอนุญาโตตุลาการได้นั้น จะต้องเป็นข้อพิพาทที่เกิดขึ้นระหว่างผู้ที่ไม่ใช่มุสลิมเท่านั้น ซึ่งอับดุลลอฮ บิน มุฮัมมัด กล่าวว่า และชัดเจนจากทัศนะของนักกฎหมายสำนักกฎหมายอัลฮะนาฟีย อัลมะลิกีย และอัชชาฟีอียันั้นไม่อนุญาตให้ผู้ที่ไม่ใช่มุสลิมเป็นอนุญาโตตุลาการตัดสินชี้ขาดข้อพิพาทระหว่างมุสลิม (Abdullah bin Muhammad.1420: 59)

จากทัศนะนักกฎหมายอิสลามข้างต้นสามารถแบ่งได้เป็น 2 กลุ่มดังนี้

1. ไม่อนุญาตให้ผู้ที่ไม่ใช่มุสลิมเป็นอนุญาโตตุลาการได้
2. อนุญาตให้ผู้ที่ไม่ใช่มุสลิมเป็นอนุญาโตตุลาการเฉพาะกรณีที่เป็นข้อพิพาทระหว่างผู้ที่ไม่ใช่มุสลิมเท่านั้น

ดังนั้นคุณสมบัติของอนุญาโตตุลาการด้านศาสนาผู้วิจัยจึงเห็นว่าคุณสมบัติของอนุญาโตตุลาการนั้นต้องมีกำหนด โดยหากคู่พิพาททั้งสองฝ่ายนั้นเป็นมุสลิม หรือเป็นมุสลิมเพียงฝ่ายหนึ่งฝ่ายใด อนุญาโตตุลาการจำเป็นต้องเป็นมุสลิมเท่านั้น แต่หากหากคู่พิพาททั้งสองฝ่ายนั้นเป็นมุสลิม หรือเป็นมุสลิมเพียงฝ่ายหนึ่งฝ่ายใด อนุญาโตตุลาการไม่จำเป็นต้องเป็นมุสลิม

1.2) บรรลุศาสนภาวะ

อนุญาโตตุลาการต้องบรรลุศาสนภาวะ หมายถึง ผู้ที่เป็นอนุญาโตตุลาการต้องบรรลุศาสนภาวะตามกฎหมายอิสลามกำหนด รวมทั้งต้องมีสติสัมปชัญญะเฉกเช่นวิญญูชนทั่วไป กล่าวคือไม่เป็นวิกลจริต หรือคนบ้า ดังนั้นการบรรลุศาสนภาวะ ในที่นี้หมายถึงการมีอายุถึงเกณฑ์ที่กฎหมายอิสลามกำหนดโดยไม่ใช่ผู้ที่บกพร่องทางสติปัญญาแต่อย่างใด

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

การบรรลุศาสนภาวะ ถือเป็นคุณสมบัติที่สำคัญประการหนึ่งของอนุญาโตตุลาการ เนื่องจากการบรรลุศาสนภาวะเป็นเงื่อนไขหนึ่งที่สามารถแยกแยะสิ่งต่าง ๆ ได้ อนุญาโตตุลาการจึง

จำต้องบรรลุปุศานภาวะ โดยกอดิรีย มุฮัมมัด มะฮ์มุด (2009:206) กล่าวว่า เงื่อนไขของผู้ที่จะเป็น อนุญาโตตุลาการนั้น จำต้องบรรลุปุศานภาวะเงื่อนไขนี้ถือเป็นเงื่อนไขให้การดำเนินการทั้งหมดเป็น สิ่งอนุมัติ ดังนั้นจึงไม่อนุญาตให้อนุญาโตตุลาการเป็นเด็กที่ยังไม่สามารถแยกแยะสิ่งต่าง ๆ ได้ และคน วิกลจริต บุคคลทั้งสองนั้นไม่สามารถทำนิติกรรมใด ๆ ได้ เนื่องจากความบกพร่องของสติปัญญา และ หากมีการมอบข้อพิพาทให้เด็กที่ยังไม่สามารถแยกแยะสิ่งต่าง ๆ ได้ หรือคนวิกลจริตด้วยสัญญา อนุญาโตตุลาการ สัญญาดังกล่าวถือเป็นโมฆะ ไม่สามารถนำมาเป็นหลักฐานได้ และหากบุคคลทั้งสอง นี้ได้ตัดสินชี้ขาดข้อพิพาทแล้ว คำตัดสินชี้ขาดนั้นไม่สามารถนำมาบังคับใช้ได้

อิบรอฮิม บิน ชัมซุดดีน กล่าวว่า “หากบุคคลวิกลจริต บุคคลไร้ความสามารถ และผู้ ที่ไม่ใช่มุสลิมเป็นผู้ตัดสินชี้ขาด คำตัดสินนั้นไม่มีผลบังคับโดยไม่มีนักกฎหมายอิสลามคนใดมีความเห็น ต่าง” (Ibrahīm ibn Shamsudin, al-Malikīy. 2003/1:51)

อับดุลลอฮฺ บิน มุฮัมมัด กล่าวว่า “เป็นที่ชัดเจนว่านักกฎหมายอิสลามสำนัก กฎหมาย อัลฮะนาฟีย อัลมาลิกีย์ และอัลฮัมบาสิ เห็นว่า ไม่อนุญาตให้เด็กเป็นผู้ตัดสินชี้ขาด เนื่องจากเด็กนั้นไม่มีคุณสมบัติที่จะเป็นผู้พิพากษาได้ และการเป็นพยานของเด็กไม่สามารถใช้เป็น หลักฐานได้” (Abdulah bin Muhammad. 1420: 61)

นอกจากนี้นักกฎหมายอิสลามสำนักกฎหมายอัสชาฟีอียมีความเห็นเช่นเดียวกันกับ นักกฎหมายอิสลามทั้งสามด้วยเช่นกัน โดยอัลคอฎิบ กล่าวว่า ไม่อนุญาตให้มีการแต่งตั้งเด็ก และ บุคคลวิกลจริต และหากแม้การจิตวิกลนั้นสิ้นสุดลงยังถือว่าเป็นความบกพร่องของบุคคลทั้งสอง ประเภท (al-Khatīyb al-Shurbiyniy. 1994/4: 501)

นักกฎหมายอิสลามสำนักกฎหมายอัสชาฟีอียให้ความสำคัญในคุณสมบัติข้อนี้เป็น อย่างมาก โดยเห็นว่าผู้ที่จะเป็นอนุญาโตตุลาการนั้นไม่เพียงแต่จะมีวิจาร์ณญาณเฉกเช่นวิญญูชนทั่วไป เท่านั้น หากแต่จำต้องมีความเฉลียวฉลาดมาก มีไหวพริบ มีความสามารถคิดวิเคราะห์เป็นอย่างดี โดยอัลมาวีรดีย กล่าวว่า “อนุญาโตตุลาการนั้นไม่เพียงแต่ต้องมีสติปัญญาที่เกี่ยวกับความสามารถ บุคคล หากแต่อนุญาโตตุลาการจำต้องมีความสามารถในการคิดวิเคราะห์ และไหวพริบที่ดีด้วย โดยไม่ หลงลืม และพลังผลลจนถึงขั้นมีความเฉลียวฉลาดที่สามารถจัดข้อสงสัยได้” (al-Khatīyb al-Shurbiyniy. 1994/4: 501) เห็นได้ว่านักกฎหมายอิสลามมีมติเป็นเอกฉันท์ว่าคุณสมบัติของผู้ที่จะ เป็นอนุญาโตตุลาการนั้นจำต้องบรรลุปุศานภาวะ และมีสติสัมปชัญญะเฉกเช่นวิญญูชนทั่วไป เพื่อที่จะ

ทำหน้าที่อนุญาตโตตุลาการได้ จนกระทั่งนักกฎหมายอิสลามบางส่วนเห็นว่าผู้ที่ป็นอนุญาตโตตุลาการนั้นจะต้องมีสติสัมปชัญญะถึงขั้นเฉลียวฉลาด ไม่หลงลืม สามารถวิเคราะห์ข้อสงสัยต่างๆได้

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

เมื่อพิจารณาทัศนะของนักกฎหมายอิสลามข้างต้นแล้ว ผู้วิจัยเห็นว่าอนุญาตโตตุลาการนั้นจำต้องบรรลุนิติภาวะโดยมีอายุถึงเกณฑ์ที่กฎหมายอิสลามกำหนด และเป็นผู้ที่มีสติสัมปชัญญะที่สมบูรณ์ โดยไม่เป็นผู้ที่ไม่บกพร่องทางสติปัญญาแต่อย่างใด

ดังนั้นคุณสมบัติที่สำคัญอนุญาตโตตุลาการประการคือต้องบรรลุนิติภาวะ โดยการตัดสินใจขาดของผู้ที่ไม่บรรลุนิติภาวะนั้นไม่สามารถบังคับตามคำตัดสินได้

1.3) อิสระชน

นักกฎหมายอิสลามทั้งสี่สำนักกฎหมายเห็นว่าผู้ที่จะป็นอนุญาตโตตุลาการนั้นจำต้องป็นอิสระชน ไม่ป็นทาส เนื่องจากทาสนั้นไม่มีอิสระ และอยู่ในความควบคุมของเจ้านายของทาสตลอดเวลา

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

ตามทัศนะของนักกฎหมายอิสลามดังกล่าวนี้ แสดงให้เห็นว่าการตัดสินใจขาดของผู้ที่ไม่ใช่อิสระชนนั้นจึงไม่สามารถมีผลบังคับได้ โดยอัลกอติรีย กล่าวว่า หากผู้ที่ตัดสินใจขาดนั้นป็นทาสหลังจากนั้นผู้นั้นป็นอิสระชน หรือเด็กหลักจากนั้นก็บรรลุนิติภาวะ หรือผู้ที่ไม่ใช่อิสลามหลังจากนั้นป็นมุสลิม การตัดสินใจขาดนั้นก็ยังคงไม่สามารถใช้ในการระงับข้อพิพาทได้ (al-Qadiriyy, al-Hanafiy.1997/7:41)

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

จากทัศนะนักกฎหมายอิสลามข้างต้นผู้วิจัยเห็นว่า อนุญาตโตตุลาการนั้นจำเป็นต้องเป็นอิสระชน เพื่อความเป็นอิสระในการพิจารณาข้อพิพาท เนื่องจากการพิจารณาข้อพิพาทนั้นต้องการความเป็นอิสระและเที่ยงธรรม ซึ่งหากไม่ใช่อิสระชนก็ไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่นี้ได้

1.4) มีความสมบูรณ์ทางร่างกาย

ความสมบูรณ์ทางร่างกายในที่นี้คือ อนุญาตโตตุลาการนั้นจำเป็นต้องมีความสมบูรณ์ทางประสาทสัมผัสสามารถมองเห็น และได้ยินสิ่งต่าง ๆ ได้

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

1.5) เพศ

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

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

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

((لَنْ يُفْلِحَ قَوْمٌ وَلَوْ أَمَرَهُمْ امْرَأَةٌ))

(4425 : 1422، البخاري، أخرجه)

ความว่า “กลุ่มชนหนึ่งจะไม่ประสบความสำเร็จ เมื่อผู้หญิง เป็นผู้ดูแลในกิจการของพวกเขา”

บันทึกโดยอัลบุคอรี หะดีษที่ 4425

อรรอมลีย์ (2003/8:238) กล่าวว่า “ไม่อนุมัติแต่งตั้งผู้หญิงให้ทำหน้าที่ตัดสิน ซี้ขาด และจำต้องแต่งตั้งผู้ชายให้ทำหน้าที่เป็นผู้ตัดสินซี้ขาด และบุคคลสองเพศ(คฺุงษา)ก็ไม่สามารถ เป็นผู้ซี้ขาดเฉกเช่นเดียวกับผู้หญิงเช่นกัน”

อย่างไรก็ตาม นักกฎหมายอิสลามสำนักกฎหมายอัชฮาฟีอียฺบางส่วนเห็นว่า สามารถ แต่งตั้งให้ผู้หญิงเป็นผู้พิพากษาได้ ซึ่งอรรอมลีย์(2003/8:240) กล่าวว่า “และหากเป็นเรื่องที่ต้องการ ความรู้เฉพาะให้แต่งตั้งผู้หญิงเป็นผู้พิพากษาได้ เนื่องจากมีความจำเป็น”

สำหรับนักกฎหมายอิสลามสำนักกฎหมายอัลหะนาฟีอียฺไม่ได้กำหนดให้เพศชายเป็น คุณสมบัติเฉพาะของผู้พิพากษาแต่อย่างใด ซึ่งอับดุลลอฮฺ บิน มุหัมมัด (1420:77) กล่าวว่า “นักกฎหมายอิสลามสำนักอัลหะนาฟีอียฺมิได้กำหนดเงื่อนไขการอนุญาตให้แต่งตั้งอนุญาโตตุลาการเพศ ชาย ดังนั้นการแต่งตั้งผู้หญิงเป็นผู้ตัดสินซี้ขาดจึงเป็นที่อนุมัติเว้นแต่ในบทบัญญัติหุ้ดุด และกิศอศ”

อับดุลลอฮฺ บิน มุหัมมัด (1420:77) อธิบายว่า แท้จริงการตัดสินซี้ขาดนั้น เป็นส่วนหนึ่งของการเป็นพยาน ดังนั้นจึงอนุมัติให้มีการแต่งตั้งผู้หญิงเป็นผู้ตัดสินซี้ขาดเฉก เช่นเดียวกับกับการเป็นพยาน”

อับดุลลอฮฺ บิน มุหัมมัด (1420:77) ได้สรุปทัศนะของนักกฎหมายอิสลามในเรื่อง เพศของอนุญาโตตุลาการไว้ว่า นักกฎหมายอิสลามมีความเห็นต่างกันเป็นสองทัศนะดังนี้

ก. อนุมัติให้แต่งตั้งผู้หญิงเป็นอนุญาโตตุลาการได้เว้นแต่ในบทบัญญัติหุ้ดุด และกิศอศ ทัศนะนี้เป็นทัศนะของนักกฎหมายสำนักอัลหะนาฟีอียฺ และนักกฎหมายอิสลามสำนัก อัลมาลิกียฺบางส่วน

ข. ไม่อนุมัติให้แต่งตั้งผู้หญิงเป็นอนุญาโตตุลาการ ทัศนะนี้เป็นทัศนะของนัก กฎหมายสำนักอัชฮาฟีอียฺ สำนักอัลหะนาบียะฮฺ และนักกฎหมายส่วนใหญ่ในสำนักกฎหมาย อัลมาลิกียฺ

คุณสมบัติด้านเพศของอนุญาโตตุลาการผู้วิจัยเห็นว่า อนุญาโตตุลาการควรเป็นเพศ ชาย เนื่องจากอนุญาโตตุลาการต้องมีคุณสมบัติเฉกเช่นเดียวกับผู้พิพากษา แต่ถึงอย่างไรก็ตาม เพศหญิงยังสามารถเป็นอนุญาโตตุลาการได้ในกรณีที่ข้อพิพาทนั้นเป็นเรื่องที่ต้องการความรู้เฉพาะ

ทาง เพื่อสามารถพิจารณาข้อพิพาทได้อย่างถูกต้องและเที่ยงธรรม แม่ว่านักกฎหมายอิสลามส่วนใหญ่ จะมีความเห็นที่ไม่สามารถแต่งตั้งผู้หญิงเป็นอนุญาโตตุลาการได้

1.6) คุณสมบัติอื่น ๆ

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

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

2) คุณสมบัติเฉพาะ

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

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

นักกฎหมายสำนักกฎหมายอัชชาฟีอีมีความเห็น ว่า อนุญาโตตุลาการนั้นจำต้องมีความรู้ความสามารถระดับสูงถึงขั้นสามารถเป็นผู้พิพากษาได้ โดยอัลนาวารีย์ (2005: 558) กล่าวว่า

“และหากมีผู้ตัดสินชี้ขาดระหว่างคู่พิพาททั้งสองฝ่ายในบทบัญญัติที่นอกเหนือจากอัลดุลลอฮ์^๕ เป็นที่อนุมัติให้กระทำได้ โดยมีเงื่อนไขว่าผู้้นั้นจำเป็นต้องเป็นผู้ที่สามารถเป็นผู้พิพากษาได้”

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

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

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

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

นักกฎหมายอิสลามสำนักอัลมาลิกียะฮฺ เห็นว่า “การแต่งตั้งอนุญาตตุลาการนั้นสมควรแต่งตั้งผู้พิพากษา ผู้เสมือนกับผู้ที่สามารถดำเนินตามบุคคลที่มีการวินิจฉัยไว้ หรือทราบถึง

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

นอกจากนี้ยังมีนักกฎหมายอิสลามสำนักอฮ์ลุลอักบัลียบางส่วน เช่น อิบน์ฮัซม ซึ่งเป็นนักกฎหมายสำนักกฎหมายอฮ์ลุลอักบัลีย เห็นว่าผู้ที่ได้รับแต่งตั้งเป็นอนุญาโตตุลาการนั้นจำเป็นต้องมีความรู้ในบทบัญญัติต่าง ๆ ที่ปรากฏในอัลกุรอาน และอัสสุนนะฮ์ที่รายงานจากท่านเราะสูลุลลอฮ์ ﷺ ทั้งยังต้องรู้ถึงบทบัญญัติที่มายกเลิกทั้งหมด และบทบัญญัติที่ถูกยกเลิกทั้งหมดจากหลักฐานทั้งหมด และต้องรู้ถึงความหมายของบทบัญญัติอื่นที่สามารถนำมาใช้ได้ (Qaḥṭan Abdul al-Rahman al-Duriy . 2002: 198)

จากความเห็นของนักกฎหมายอิสลามข้างต้นสามารถแบ่งได้เป็น 2 ทศณะดังนี้

ก. อนุญาโตตุลาการนั้นต้องมีคุณสมบัติที่สามารถวินิจฉัยข้อกฎหมายอิสลามได้ในระดับที่สามารถทำหน้าที่เป็นผู้พิพากษาที่สามารถวินิจฉัยบทบัญญัติจากอัลกุรอาน และอัสสุนนะฮ์ ซึ่งเป็นแหล่งที่มาเดิมของกฎหมายอิสลาม โดยผู้ที่ไม่มีความรู้ในคุณสมบัตินี้ไม่สามารถที่จะได้รับการแต่งตั้งเป็นอนุญาโตตุลาการได้ แม้ว่าเขาจะมีความรู้ถึงบทบัญญัติที่มีผู้วินิจฉัยไว้แล้วก็ตาม เว้นแต่อนุญาโตตุลาการที่ทำหน้าที่เป็นผู้รับมอบอำนาจให้ทำสัญญาสมรส

ข. อนุญาโตตุลาการนั้นไม่จำเป็นต้องมีคุณสมบัติที่สามารถวินิจฉัยข้อกฎหมายอิสลามได้ในระดับที่สามารถทำหน้าที่เป็นผู้พิพากษาที่สามารถวินิจฉัยบทบัญญัติจากอัลกุรอาน และอัสสุนนะฮ์ แต่ต้องมีความรู้ในบทบัญญัติ และรู้ถึงข้อวินิจฉัยชี้ขาดของนักกฎหมาย หรือผู้พิพากษาที่ได้เคยพิพากษาไว้แล้วถือว่ามีความรู้ในบทบัญญัติที่สามารถเป็นอนุญาโตตุลาการได้

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

2.2.2 กระบวนการพิจารณาข้อพิพาท

กระบวนการพิจารณาข้อพิพาทของอนุญาโตตุลาการ ผู้วิจัยนำเสนอประเด็นสำคัญที่ต้องคำนึงถึงในกระบวนการอนุญาโตตุลาการ 3 ประเด็นคือ การเริ่มกระบวนการระงับข้อพิพาททางอนุญาโตตุลาการ วิธีการดำเนินการ และการสิ้นสุดกระบวนการอนุญาโตตุลาการ ซึ่งมีประเด็นดังนี้

1) การเริ่มกระบวนการระงับข้อพิพาท

การระงับข้อพิพาททางอนุญาโตตุลาการแตกต่างจากการระงับข้อพิพาททางศาล เนื่องจากการระงับข้อพิพาททางอนุญาโตตุลาการเป็นการระงับข้อพิพาทที่มีขึ้นเนื่องจากความยินยอมของคู่พิพาททั้งสองฝ่าย ซึ่งได้มีข้อตกลงกันจะมอบข้อพิพาทให้แก่อนุญาโตตุลาการพิจารณาชี้ขาด แต่การระงับข้อพิพาททางศาลเกิดจากการจัดตั้งและแต่งตั้งโดยรัฐ ซึ่งเป็นการใช้อำนาจรัฐในการระงับข้อพิพาท

ดังนั้นกระบวนการพิจารณาข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการจึงเป็นไปในรูปแบบที่ไม่เป็นทางการ กล่าวคือ ไม่มีความชัดเจนด้านสถานที่ กระบวนการ และคณะอนุญาโตตุลาการ แต่เมื่อมีการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการอย่างความสมบูรณ์โดยคู่พิพาทแล้ว ซึ่งคู่พิพาทได้เสนอแต่งตั้งบุคคลที่ตนไว้วางใจให้เป็นอนุญาโตตุลาการดังที่ได้กล่าวผ่านมาแล้วในหัวข้อองค์ประกอบและเงื่อนไขของการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ และเมื่อกระบวนการระงับข้อพิพาทได้เริ่มโดยการมอบข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจากความยินยอมของคู่พิพาท กระบวนการระงับข้อพิพาททางอนุญาโตตุลาการจึงเริ่มต้นดังนี้

(1) เมื่อคู่พิพาทตกลงยินยอมกันมอบข้อพิพาทให้แก่อนุญาโตตุลาการ

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

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

อัลคอฎิบ (1994/4: 507) กล่าวว่า “อนุญาโตตุลาการนั้นไม่สามารถชี้ขาดข้อพิพาทได้เว้นแต่จะได้รับความยินยอมให้ชี้ขาดข้อพิพาทจากคู่พิพาททั้งสอง เนื่องจากความยินยอมของคู่พิพาททั้งสอง คือ สิ่งที่แสดงถึงการให้อำนาจแก่อนุญาโตตุลาการ ดังนั้นการชี้ขาดข้อพิพาทนั้นจำเป็นต้องมีการยินยอมจากคู่พิพาทก่อน

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

(2) ผู้ที่ถูกเสนอข้อพิพาทยอมรับเป็นอนุญาโตตุลาการ

การเริ่มกระบวนการระงับข้อพิพาททางอนุญาโตตุลาการนั้น นอกจากความยินยอมของคู่พิพาทที่ต้องการมอบข้อพิพาทให้แก่อนุญาโตตุลาการแล้ว ผู้ที่ได้รับการเสนอให้เป็นอนุญาโตตุลาการจำเป็นต้องยินยอมตอบรับเป็นอนุญาโตตุลาการด้วย ซึ่งการอนุญาโตตุลาการจะเริ่มกระบวนการได้ก็ต่อเมื่อสัญญาอนุญาโตตุลาการนั้นได้รับความยินยอมให้มีการระงับข้อพิพาทด้วยการเสนอข้อพิพาทให้แก่อนุญาโตตุลาการ และผู้ที่ถูกเสนอข้อพิพาทต้องยินยอมเป็นอนุญาโตตุลาการ ซึ่งการเสนอข้อพิพาทนั้นต้องเสนอจากคู่พิพาท โดยการเสนอข้อพิพาทอาจเกิดจากคู่พิพาทฝ่ายเดียวหรือทั้งสองฝ่ายแต่งตั้งผู้ระงับข้อพิพาทคนเดียวหรือมากกว่าหนึ่งคนให้ตัดสินชี้ขาดด้วยการกล่าวแก่ผู้ที่ถูกพิพาทต้องการแต่งตั้งว่า “ท่านจะตัดสินชี้ขาดข้อพิพาทของเราได้หรือไม่ หรือเราขอแต่งตั้งท่านให้เป็นผู้ชี้ขาดระหว่างเราทั้งสอง” ดังนั้นสัญญาอนุญาโตตุลาการจึงไม่จำเป็นต้องมีมาตรการหรือรูปแบบที่เป็นทางการอื่นแต่อย่างใด ซึ่งการเริ่มกระบวนการระงับข้อพิพาททางอนุญาโตตุลาการเป็นรูปแบบที่ปรากฏในตำรากฎหมายอิสลาม ซึ่งนักกฎหมายอิสลามระบุในองค์ประกอบของอนุญาโตตุลาการว่า

จำเป็นต้องมีคำกล่าวแต่งตั้งพร้อมกับการยอมรับเป็นอนุญาโตตุลาการ (Qadiry Muhammad Mahmud. 2009 : 187)

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

ดังนั้นการเริ่มกระบวนการอนุญาโตตุลาการตามกฎหมายอิสลามนั้น จำต้องเริ่มจากความยินยอมของคู่พิพาททั้งสองฝ่าย ซึ่งอาจเริ่มต้นจากคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเสนอให้คู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่งระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ หากคู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่งยินยอมที่จะมอบข้อพิพาทให้แก่อนุญาโตตุลาการพิจารณาตามที่คู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่งได้เสนอมา รวมทั้งผู้ที่ได้รับเสนอเป็นอนุญาโตตุลาการยอมรับที่จะเป็นอนุญาโตตุลาการโดยการรับข้อพิพาทไว้พิจารณาถือว่ากระบวนการระงับข้อพิพาททางอนุญาโตตุลาการได้เริ่มต้นขึ้นทันที และต้องเข้าสู่กระบวนการพิจารณาทางอนุญาโตตุลาการต่อไป

2) วิธีการดำเนินการ

วิธีการดำเนินการพิจารณาถือเป็นกระบวนการสำคัญของการระงับข้อพิพาททางอนุญาโตตุลาการอิสลาม มีความแตกต่างจากกระบวนการศาล และกระบวนการระงับข้อพิพาทอื่นๆ หัวข้อนี้ผู้วิจัยของนำเสนอ 2 ประเด็น คือ วิธีการพิจารณา และสถานที่ ดังนี้

ก. วิธีการพิจารณา

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

(1) การยอมรับของคู่พิพาท หากได้มีการเสนอข้อพิพาทต่ออนุญาโตตุลาการ และอนุญาโตตุลาการได้เริ่มกระบวนการพิจารณาแล้ว ปรากฏว่าคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งยอมรับว่าสิ่งที่ตนกล่าวอ้าง หรือครอบครองนั้นเป็นของคู่พิพาทอีกฝ่าย อนุญาโตตุลาการจำเป็นต้องนำมาพิจารณาในการระงับข้อพิพาท

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

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

(2) พยานหลักฐาน การพิจารณาข้อพิพาทของอนุญาโตตุลาการนั้นจำเป็นต้องใช้พยานและหลักฐานในการพิจารณาข้อพิพาท เพื่อให้การระงับข้อพิพาทเป็นไปด้วยความยุติธรรมแก่คู่พิพาททั้งสองฝ่าย แต่การจะรับพยานไว้พิจารณานั้น พยานจำเป็นต้องมีความสมบูรณ์ทั้งเงื่อนไขและองค์ประกอบของการเป็นพยานตามที่ได้ นักกฎหมายอิสลามได้กำหนดไว้ในตำราต่างๆ เช่น พยานต้องบรรลุนิติภาวะ เป็นต้น

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

อนึ่งพยานหลักฐานนั้นจำเป็นต้องมาจากผู้กล่าวหา และหน้าที่ของผู้ถูกกล่าวหา นั้นจำเป็นต้องปฏิเสธข้อกล่าวหาด้วยการสาบาน เนื่องจากท่านเราะฮ์ลุลลอฮ์ ﷺ กล่าวว่า

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

(أخرجه الترمذي : 1341)

ความว่า “สำหรับการนำสืบพยานนั้นเป็นหน้าที่ของผู้กล่าวหา และการสาบานนั้นเป็นหน้าที่ของผู้ถูกกล่าวหา”

(บันทึกโดยอัครมูฮัมหมัด ฮะดีษลำดับที่ 1341)

และนอกจากพยานแล้ว วิธีการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการนั้น สามารถพิจารณาหลักฐานประกอบการพิจารณาได้ เช่น สัญญาที่เกิดขึ้นระหว่างคู่พิพาททั้งสอง เป็นต้น

ดังนั้นวิธีการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการจึงสามารถใช้พยาน และหลักฐานในการประกอบการพิจารณาได้

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

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

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

ความว่า “การนำมาซึ่งพยานนั้นเป็นหน้าที่ของผู้กล่าวหา และการสาบานนั้นเป็นหน้าที่ของผู้ปฏิเสธข้อกล่าวหา”

ข. สถานที่ดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการ

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

3) การสิ้นสุดกระบวนการอนุญาตตุลาการ

เมื่อกระบวนการทางอนุญาตตุลาการได้เริ่มต้นขึ้น และดำเนินการระงับข้อพิพาทไปตามกระบวนการของอนุญาตตุลาการ ส่วนกระบวนการระงับข้อพิพาททางอนุญาตตุลาการนั้น นอกจากการสิ้นสุดด้วยการที่อนุญาตตุลาการมีคำสั่งขาดและคู่พิพาทยอมรับตามคำสั่งขาด ซึ่งเป็นกระบวนการปกติแล้ว กฎหมายอิสลามได้บัญญัติวิธีการสิ้นสุดของกระบวนการอนุญาตตุลาการด้วยเหตุอื่น ๆ โดยนักกฎหมายอิสลามมีความเห็นในประเด็นนี้ไว้ดังนี้

ก. อนุญาตตุลาการเสียชีวิต

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

เหตุที่การเสียชีวิตทำให้กระบวนการอนุญาตตุลาการสิ้นสุดลงเนื่องจากกระบวนการอนุญาตตุลาการเป็นกระบวนการที่คู่พิพาทเลือกที่จำใช้ในการระงับข้อพิพาท ซึ่งได้ทำการมอบข้อพิพาทของตนให้ผู้ที่ตนไว้วางใจเป็นผู้ตัดสินชี้ขาด ดังนั้นหากอนุญาตตุลาการผู้ที่ได้รับความไว้วางใจจากคู่พิพาทเสียชีวิตลง กระบวนการอนุญาตตุลาการจึงสิ้นสุดลงทันที

ข. สิ้นสุดด้วยระยะเวลาสำหรับอนุญาตตุลาการที่แต่งตั้งโดยศาล

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

ค. คู่พิพาทสาบสูญ

หากคู่พิพาททั้งสองฝ่าย หรือฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดสาบสูญหลังจากที่ได้มีการแต่งตั้งอนุญาตตุลาการแล้ว กระบวนการอนุญาตตุลาการจะสิ้นสุดลงหรือไม่นั้นนักกฎหมายอิสลามมีความเห็นต่างกันดังนี้

1) ทักษะแรกเห็นว่า ต้องพิจารณาว่าอนุญาตตุลาการที่ได้รับการแต่งตั้งนั้นเป็นการแต่งตั้งเพื่อเป็นตัวแทนของทั้งสอง หรือแต่งตั้งเพื่อเป็นผู้ตัดสินชี้ขาด หากอนุญาตตุลาการนั้นเป็นตัวแทน การเป็นอนุญาตตุลาการนั้นไม่ถือว่าสิ้นสุดลง เนื่องจากการมอบอำนาจนั้นไม่สามารถสิ้นสุดได้ด้วยการหายไปของผู้มอบอำนาจ แต่หากเป็นการแต่งตั้งให้เป็นผู้ชี้ขาด อนุญาตตุลาการนั้น

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

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

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

ง. อนุญาตตุลาการไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่ได้

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

จ. คู่พิพาทขอลงการแต่งตั้งอนุญาตตุลาการ

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

ฉ. อนุญาตตุลาการขอยุติการปฏิบัติหน้าที่

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

เนื่องจากกระบวนการระงับข้อพิพาททางอนุญาตตุลาการนั้น จำต้องได้รับความยินยอมจากทั้งสองฝ่าย คือ คู่พิพาททั้งสองผู้ซึ่งแต่งตั้งอนุญาตตุลาการ และอนุญาตตุลาการผู้ซึ่งถูกแต่งตั้งให้ปฏิบัติหน้าที่พิจารณาชี้ขาดข้อพิพาท

ช. อนุญาตตุลาการมีความเห็นต่างกัน

ตามที่ได้กล่าวมาแล้วในประเด็นจำนวนของอนุญาตตุลาการว่าจำนวนของคณะอนุญาตตุลาการในกฎหมายอิสลามนั้นไม่จำเป็นต้องเป็นจำนวนคี่ ดังนั้นหากอนุญาตตุลาการมีจำนวนคู่ และอนุญาตตุลาการนั้นมีความเห็นต่างในการชี้ขาดข้อพิพาททำให้ไม่สามารถสรุปหาข้อชี้ขาดได้ การอนุญาตตุลาการจึงสิ้นสุดลง

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

ซ. อนุญาตตุลาการวิกสจรีต

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

ดังนั้นการสิ้นสุดกระบวนการอนุญาตตุลาการที่กล่าวมาข้างต้นถือเป็นการสิ้นสุดกระบวนการอนุญาตตุลาการอื่นที่นอกเหนือจากการสิ้นสุดโดยวิธีปกติคือการมีผลชี้ขาดจากอนุญาตตุลาการ

ดังนั้นการอนุญาตตุลาการในกฎหมายอิสลามมีประวัติความเป็นมาที่ยาวนานตั้งแต่ยุคก่อนอิสลามมาจนถึงยุคอิสลามได้มีบทบัญญัติรับรองกระบวนการอนุญาตตุลาการ และมีการนำกระบวนการอนุญาตตุลาการมาใช้ปรับใช้จนถึงปัจจุบัน ในส่วนองค์ประกอบและเงื่อนไขของการอนุญาตตุลาการในกฎหมายอิสลามได้มีกำหนดบทบัญญัติไว้อย่างสมบูรณ์ดังที่กล่าวมาแล้ว

บทที่ 3

การอนุญาตตุลาการในกฎหมายไทย

บทนี้ผู้วิจัยทำการศึกษากการอนุญาตตุลาการในกฎหมายไทยตามประเด็นต่างๆ คือ ประวัติความเป็นมาของการอนุญาตตุลาการในกฎหมายไทย องค์ประกอบและเงื่อนไขของการอนุญาตตุลาการในกฎหมายไทย โดยใช้วิธีการศึกษาเอกสาร ประมวลกฎหมาย พระราชบัญญัติ ตำราทางวิชาการต่างๆตามประเด็นที่ได้กล่าวมาข้างต้น แล้วนำข้อค้นพบจากตำราและเอกสารที่เกี่ยวข้องมารวบรวมแนวคิด หลักเกณฑ์ เพื่อนำไปเรียบเรียง วิเคราะห์และสังเคราะห์ตามวัตถุประสงค์วิจัยต่อไป

3.1 ประวัติความเป็นมาของการอนุญาตตุลาการในกฎหมายไทย

การอนุญาตตุลาการถือได้ว่าเป็นสิ่งที่มีมาช้านานคู่กับสังคมมนุษย์ไม่ว่าจะสังคมใดก็ตามตั้งแต่กล่าวมาแล้วในบทที่สอง แม้กระทั่งสังคมไทยก็มีการอนุญาตตุลาการมาอย่างช้านาน แต่ไม่มีหลักฐานยืนยันว่าเกิดขึ้นเมื่อใด ถึงอย่างไรก็ตามหลักฐานของอนุญาตตุลาการที่มีปรากฏนั้นใช้คำว่า “อนุญาต” ซึ่งได้มีกล่าวไว้ในกฎหมายตรา 3 ดวงซึ่งถือเป็นกฎหมายฉบับแรกของสังคมไทยก็ได้มีการกล่าวถึงการอนุญาตตุลาการไว้เช่นกัน

ศิวดล กาทอง (2554:5) กล่าวว่า “อนุญาตตุลาการในกฎหมายตรา 3 ดวง เป็นตุลาการที่คู่ที่คู่ความทั้งสองฝ่ายตั้งขึ้น และจัดตัดสินความถูกต้องอย่างไร ไม่มีโทษ ซึ่งต่างกับตุลาการที่พระมหากษัตริย์ทรงแต่งตั้ง และเมื่ออนุญาตตุลาการตัดสินอย่างไรคู่ความที่ไม่เห็นด้วยกับคำตัดสินจะอุทธรณ์ไม่ได้”

จากบทบัญญัติในกฎหมายตรา 3 ดวงส่วนที่เกี่ยวกับลักษณะของกระลาการทั้งหมด 6 ประเภท ซึ่งมีกระลาการลักษณะอนุญาตตุลาการมีความสอดคล้องกับหลักการอนุญาตตุลาการในปัจจุบันเป็นอย่างมาก ซึ่งผู้วิจัยจะกล่าวถึงในส่วนของประวัติความเป็นมาของการอนุญาตตุลาการในกฎหมายไทยต่อไป

ดังนั้นส่วนของประวัติความเป็นมาของการอนุญาตตุลาการในกฎหมายไทยนั้นผู้วิจัยจึงขอเสนอ นิยามความหมายของอนุญาตตุลาการทั้งด้านภาษา และด้านวิชาการ และประวัติความเป็นมาของการอนุญาตตุลาการในกฎหมายไทยตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบันดังนี้

3.1.1 นิยามความหมาย

3.1.1.1 ความหมายทางภาษา

คำว่า “การอนุญาโตตุลาการ” ในภาษาไทยจัดอยู่ในประเภทคำสมาส ซึ่งเป็น การสมาสหรือคำเชื่อมระหว่างคำสองคำคือคำว่า “อนุญาต” มีความหมายว่า ยินยอม ยอมให้ ตกลง¹ กับคำว่า “ตุลาการ” มีความหมายว่า ผู้มีอำนาจและหน้าที่ในการพิจารณาพิพากษาอรรถคดี² เมื่อนำ คำทั้งสองคำนี้มาสมาสเข้ากันเป็นคำว่า “อนุญาโตตุลาการ” (พิเชษฐ์ คงศิลา. 2548:18) ดังนั้นคำว่า “อนุญาโตตุลาการ” จึงมีความหมายว่า ตกลงกันให้เป็นผู้อำนาจพิจารณาพิพากษาคดี

พจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554 ได้ให้ความหมายของ “อนุญาโตตุลาการ” ไว้ว่า “อนุญาโตตุลาการ” หมายถึง “บุคคลที่คู่กรณีพร้อมใจกันตั้งขึ้นเพื่อให้ ชำระตัดสินในข้อพิพาท”

ตามศัพท์กฎหมายไทยที่มีมาตั้งแต่เดิมนั้น คำว่า อนุญาโตตุลาการ หมายถึง ทั้ง กระบวนการระงับข้อพิพาทที่เกิดจากคู่กรณีตกลงกันอนุญาตให้บุคคล หรือคณะบุคคล นอกเหนือจาก ผู้ทำหน้าที่เป็นผู้พิพากษาของศาลตัดสินข้อพิพาทนั้น และตัวบุคคลหรือคณะบุคคลที่ได้รับอนุญาตให้ ตัดสินข้อพิพาทนั้น (ศิวตล กาหลง.2554:5)

ตามพจนานุกรมกฎหมาย Black’s Law Dictionary ได้ให้ความหมายคำว่า “Arbitration” หมายถึง “กระบวนการเสนอข้อพิพาทให้บุคคลที่สามที่เป็นกลางและได้รับเลือกจาก คู่กรณีในข้อพิพาทโดยตกลงกันล่วงหน้าว่าจะผูกพันตามคำชี้ขาดของบุคคลนั้นซึ่งได้ทำขึ้นเมื่อได้มีการ พิจารณาคดี โดยที่คู่พิพาททั้งสองฝ่ายมีโอกาสเสนอข้อต่อสู้ของตน” (ปิยะพงษ์ ทองดี, 2549: 10)

อนันต์ จันทโรภากร (2533: 82-83) ได้ให้ข้อสรุปตามพจนานุกรมกฎหมาย Black’s Law Dictionary ว่า “Arbitration” (การอนุญาโตตุลาการ) หมายถึง “การเสนอข้อพิพาทให้ บุคคลที่สามซึ่งเป็นกลางและได้รับเลือกจากคู่กรณีในข้อพิพาท โดยตกลงกันล่วงหน้าว่าจะผูกพันตาม คำชี้ขาดของบุคคลนั้น ซึ่งได้ทำขึ้นภายหลังจากการพิจารณาคดี โดยที่คู่กรณีทั้งสองฝ่ายมีโอกาสที่จะ เสนอข้อต่อสู้ของตน”

¹ พจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554 หน้า 1370

² พจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554 หน้า 508

นวนลภา อภิบาลศรี (2556 : 9) กล่าวว่า “ตามคำศัพท์ภาษาอังกฤษมีคำว่า “Arbitrator” หมายถึง บุคคลที่ทำหน้าที่เป็นคนกลางในการพิจารณาและชี้ขาดซึ่งข้อพิพาทโดยวิธีการในการระงับข้อพิพาทที่แตกต่างไปจากการฟ้องคดีในศาลและคำว่า “Arbitration” หมายถึง วิธีการระงับข้อพิพาทวิธีหนึ่งที่แตกต่างไปจากการฟ้องคดีในศาล”

นอกจากความหมายที่กล่าวมาข้างต้นแล้ว พิชัยศักดิ์ หรยางกูร ได้กล่าวถึงความหมายของ “การอนุญาโตตุลาการ(Arbitration)” และ “อนุญาโตตุลาการ (Arbitrator)” ไว้ในพจนานุกรมการอนุญาโตตุลาการ พร้อมดัชนีของท่านไว้ดังนี้

“การอนุญาโตตุลาการ (Arbitration)” คือ “กระบวนการพิจารณาเพื่อระงับข้อพิพาทระหว่างคู่พิพาท ซึ่งอาจมีมากกว่าสองฝ่าย ด้วยการส่งข้อพิพาทไปให้บุคคลหนึ่งหรือหลายคนที่ได้รับการแต่งตั้ง เพื่อให้เป็นผู้วินิจฉัยและชี้ขาดข้อพิพาท ซึ่งเรียกว่าอนุญาโตตุลาการ คำชี้ขาด (Award) ของอนุญาโตตุลาการนั้น ผู้มีคดีกรณีเสมือนหนึ่งคำพิพากษาของศาล ในการดำเนินการพิจารณาเพื่อวินิจฉัยชี้ขาดนี้ ต้องทำตามหลักเกณฑ์ของกฎหมายของประเทศนั้นๆ ด้วยการอนุญาโตตุลาการและกระบวนการพิจารณาอนุญาโตตุลาการ (Lex arbitri) และข้อบังคับ (Rules) ที่คู่กรณีตกลงกันไว้ล่วงหน้าหรือที่อนุญาโตตุลาการเลือกใช้เมื่อคู่กรณีไม่ได้ตกลงหรือกำหนดเสริมขึ้นจากกฎหมายหรือข้อบังคับ ในบางประเทศยอมให้คู่กรณีเลือกใช้กฎหมายว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของต่างประเทศบังคับแก่อนุญาโตตุลาการที่เกิดขึ้นในประเทศ สถานะของอนุญาโตตุลาการเช่นนั้นย่อมเป็นอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ แม้จะเกิดขึ้นในประเทศนั้นก็ตาม เพราะกฎหมายที่ใช้บังคับแก่การอนุญาโตตุลาการนั้นเป็นกฎหมายต่างประเทศ ข้อบังคับนั้นไม่ใช่กฎหมายแต่มีสภาพบังคับระหว่างคู่กรณีอย่างสัญญา”

“เรื่องที่อนุญาโตตุลาการชี้ขาดตัดสิน อาจเป็นเรื่องของข้อกฎหมายหรือข้อเท็จจริงหรือทั้งสองอย่าง ข้อสำคัญคือต้องมีข้อพิพาทเกิดขึ้นแล้ว การกระทำใดในระหว่างที่ยังไม่มีข้อพิพาทเพียงเพื่อประเมินราคา ประเมินคุณภาพ หรือรับรองคุณภาพนั้น ไม่ใช่การอนุญาโตตุลาการ” (พิชัยศักดิ์ หรยางกูร, 2536: 13-14)

“อนุญาโตตุลาการ (Arbitrator)” คือ “บุคคลที่ได้รับการแต่งตั้งและการมอบหมายให้พิจารณาและชี้ขาดข้อพิพาท ความสัมพันธ์ระหว่างอนุญาโตตุลาการกับคู่พิพาทนั้นเป็นเรื่องของสัญญาจ้างทำงาน (เทียบได้กับจ้างทำของ) แต่อนุญาโตตุลาการได้รับความคุ้มครองไม่ให้เป็นเรื่องของสัญญาจ้างทำงาน

ถูกฟ้องร้องในการกระทำเป็นผู้ชี้ขาด เพราะเป็นผู้ใช้ดุลพินิจ จึงมีสถานะคล้ายกับผู้พิพากษา ทำนองเดียวกันอนุญาโตตุลาการอาจถูกคัดค้านเพราะไม่เป็นกลางหรือมีอคติ”

อนุญาโตตุลาการปกติทำงานเป็นองค์คณะ ซึ่งใช้เสียงข้างมากเป็นหลักในกรณีที่ต้องคณะมีสามคนหรือมากกว่าสามคน ผู้ทำหน้าที่เป็นประธานซึ่งเป็นคนกลางนั้น อาจออกเสียงในการชี้ขาด กรณีนี้เรียกว่าอนุญาโตตุลาการคนที่สาม (Third Arbitrator) หากอนุญาโตตุลาการเป็น คนกลางออกเสียงต่อเมื่อหาเสียงข้างมากไม่ได้เรียกว่ากรรมการผู้ชี้ขาด (Umpire) ตัวกรรมการผู้ชี้ขาดนี้ในบางครั้งจะต้องในภายหลังเมื่อจำเป็นเพราะหาเสียงข้างมากไม่ได้ การกระทำเช่นนี้ข้อดีคือ ประหยัดค่าใช้จ่ายเกี่ยวกับตัวผู้ชี้ขาดแต่มีข้อเสียคืออาจทำให้การชี้ขาดข้อพิพาทนั้นล่าช้าออกไป (พิชัยศักดิ์ หรยางกูร, 2536: 15)

ความหมายที่ปรากฏในพจนานุกรมการอนุญาโตตุลาการ พร้อมดัชนี ของ รงศาสตราจารย์ พิชัยศักดิ์ หรยางกูร เป็นการให้ความหมายเชิงภาษาของคำว่า “การอนุญาโตตุลาการ(Arbitration)” และ “อนุญาโตตุลาการ (Arbitrator)” ประกอบกับการไปอธิบายความหมายพร้อมกระบวนการของคำทั้งสองได้พอสมควร

จากความหมายข้างต้นสามารถสรุปความหมายทางภาษาของ “การอนุญาโตตุลาการ” คือ “กระบวนการเสนอข้อพิพาทของคู่พิพาทให้กับบุคคลอื่นเป็นผู้ชี้ขาดข้อพิพาทนั้นด้วยความเต็มใจ และตกลงกันว่าจะผูกพันตามคำชี้ขาดของบุคคลที่เป็นอนุญาโตตุลาการนั้น” กล่าวคือ คำว่า “อนุญาโตตุลาการ” หมายถึงทั้งกระบวนการ และบุคคลหรือกลุ่มบุคคลที่ทำหน้าที่อนุญาโตตุลาการ แต่ถึงอย่างไรก็ตามในปัจจุบันได้มีการแยกแยะระหว่างกระบวนการและบุคคลออกจากกัน โดยกระบวนการจะใช้คำว่า “การอนุญาโตตุลาการ” ซึ่งเป็นอาการนาม ส่วนบุคคลนั้นใช้คำว่า “อนุญาโตตุลาการ” เป็นคำนาม ดังนั้นในวิจัยเล่มนี้ผู้วิจัยจะใช้คำทั้งสองคำนี้แตกต่างกันด้วยความหมายดังนี้

“การอนุญาโตตุลาการ” หมายถึง “กระบวนการเสนอข้อพิพาทของคู่พิพาทให้กับบุคคลอื่นเป็นผู้ชี้ขาดข้อพิพาทนั้นด้วยความเต็มใจ และตกลงกันว่าจะผูกพันตามคำชี้ขาดของบุคคลที่เป็นอนุญาโตตุลาการ”

“อนุญาโตตุลาการ” หมายถึง “บุคคลหรือกลุ่มบุคคลที่ทำหน้าที่ชี้ขาดข้อพิพาทที่คู่กรณีได้นำเสนอให้บุคคลหรือกลุ่มบุคคลนั้นเป็นผู้ชี้ขาด”

3.1.1.2 ความหมายทางวิชาการ

ความหมายคำว่า “การอนุญาโตตุลาการ” กฎหมายไม่ได้ให้คำนิยาม หรือคำจำกัดความไว้แต่อย่างใดไม่ว่าจะเป็นประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง หรือแม้แต่พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการพ.ศ. 2545 ก็ตาม แต่ความหมายหรือนิยามของคำว่า “การอนุญาโตตุลาการ” ได้มีการให้ความหมายไว้ในตำราอธิบายกฎหมายต่างๆของนักวิชาการ นักกฎหมายไว้มากมายหลายท่านด้วยกัน ไม่ว่าจะเป็นนักวิชาการในประเทศและต่างประเทศ แต่กระนั้นก็ตามนักวิชาการกฎหมายส่วนใหญ่จะให้ความหมายอนุญาโตตุลาการของคำว่า “การอนุญาโตตุลาการ หรือกระบวนการอนุญาโตตุลาการ” มากกว่าการให้ความหมายคำว่า “อนุญาโตตุลาการ หรือบุคคลที่ทำหน้าที่อนุญาโตตุลาการ” อันเนื่องจากอนุญาโตตุลาการทางวิชาการนั้น เป็นส่วนหนึ่งของความหมายการอนุญาโตตุลาการเท่านั้น ผู้วิจัยจึงนำความหมายของการอนุญาโตตุลาการที่ให้อ้างอิงโดยนักวิชาการดังนี้

อเนก ศรีสนธิ (2535 :31) ได้ให้ข้อสรุปตามพจนานุกรมกฎหมายของอังกฤษ (Encyclopaedia of Law of England) ว่า “การอนุญาโตตุลาการ (Arbitrators) เป็นการตกลงเพื่อยุติข้อพิพาทโดยการตัดสินใจของคนหนึ่งหรือมากกว่า ที่เรียกว่าการอนุญาโตตุลาการ (Arbitrators) ที่ไม่ใช่การตัดสินใจของศาลปกติ”

พิชัยศักดิ์ หรยางกูร (2536: 13) ได้ให้ความหมายว่า “การอนุญาโตตุลาการ หมายถึง กระบวนการพิจารณาเพื่อระงับข้อพิพาทระหว่างคู่พิพาท ซึ่งอาจมีมากกว่าสองฝ่ายด้วยการส่งข้อพิพาทไปให้บุคคลหนึ่งหรือหลายคนที่ได้รับแต่งตั้ง เพื่อให้เป็นผู้วินิจฉัยและชี้ขาดข้อพิพาทซึ่งเรียกว่าอนุญาโตตุลาการ คำชี้ขาด (Award) ของอนุญาโตตุลาการนั้น ผูกมัดคู่กรณีเสมือนหนึ่งคำพิพากษาของศาล”

คณิต ณ นคร ให้นิยามว่า “อนุญาโตตุลาการ” คือ “บุคคลคนเดียวหรือหลายคนที่ไม่ใช่ศาลหรือผู้พิพากษาที่คู่กรณีได้ตกลงกันแต่งตั้งขึ้นเพื่อชี้ขาดข้อพิพาท” (คณิต ณ นคร ,2548:428)

เสาวนีย์ อัสวโรจน์ ให้นิยามว่า “การอนุญาโตตุลาการ เป็นการระงับข้อพิพาททางแพ่งและพาณิชย์วิธีหนึ่ง ซึ่งเกิดขึ้นจากความตกลงระหว่างคู่สัญญาด้วยความสมัครใจ (Voluntary) เสนอข้อพิพาทของตนที่เกิดขึ้นแล้วหรือที่จะเกิดขึ้นในอนาคตให้บุคคลภายนอกเรียกว่า

“อนุญาโตตุลาการ” ทำการพิจารณาชี้ขาดและคู่กรณียอมผูกพันที่จะทำตามคำชี้ขาดนั้น” (ศิวตลกาหลง,2554 : 4-6)

เสาวนีย์ อัครโรจน์ ยังได้ให้นิยามว่า “การอนุญาโตตุลาการ”ไว้ในหนังสือ “คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยวิธีการระงับข้อพิพาททางธุรกิจโดยการอนุญาโตตุลาการ” ไว้ว่า “อนุญาโตตุลาการ คือ บุคคลซึ่งเป็นบุคคลภายนอกคนเดียวหรือหลายคน que คู่กรณีพิพาท หรือบุคคลอื่นที่ได้รับมอบหมาย ตั้งขึ้นเพื่อให้เป็นคนกลางและทำหน้าที่พิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทของคู่กรณี” (เสาวนีย์ อัครโรจน์,2554 : 118)

จารุณี มณีรัตน์ (2555: 113) กล่าวว่า “การอนุญาโตตุลาการ (Arbitration) กระบวนการพิจารณาเพื่อระงับข้อพิพาทระหว่างคู่พิพาท ซึ่งอาจมีมากกว่าสองฝ่าย ด้วยการส่งข้อพิพาทไปให้บุคคลหนึ่งหรือหลายคนที่ได้รับการแต่งตั้ง เพื่อให้เป็นผู้วินิจฉัยและชี้ขาดข้อพิพาทซึ่งเรียกว่า อนุญาโตตุลาการ (Arbitrator) โดยอนุญาโตตุลาการได้รับความคุ้มครองไม่ให้ต้องถูกฟ้องร้องในการทำหน้าที่ผู้ชี้ขาด เพราะเป็นผู้ใช้ดุลพินิจ จึงมีสถานะคล้าย ผู้พิพากษา ในตนเองเดียวกัน อนุญาโตตุลาการอาจถูกคัดค้าน เพราะไม่เป็นกลางหรือมีอคติ คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการนั้นผูกมัดคู่กรณีเสมือนหนึ่ง คำพิพากษาของศาล ในการดำเนินกระบวนการพิจารณาเพื่อวินิจฉัยชี้ขาดนั้น ต้องทำตามหลักเกณฑ์ของกฎหมายของประเทศนั้นๆว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการและกระบวนการพิจารณาชั้นอนุญาโตตุลาการ (lex arbitri) และข้อบังคับ (Rule) ที่คู่กรณีตกลงไว้ล่วงหน้าหรือที่อนุญาโตตุลาการเลือกใช้ เมื่อคู่กรณีไม่ได้ตกลงหรือกำหนดเสริมขึ้นจากกฎหมายและข้อบังคับ”

ศรีรุ่ง ทองพรรณ (2556 : 12) กล่าวว่า “เรื่องของอนุญาโตตุลาการนั้นเป็นวิธีการระงับข้อพิพาทวิธีหนึ่งที่คู่กรณีตกลงกัน เสนอข้อพิพาทที่เกิดขึ้นแล้วหรือที่จะเกิดขึ้นในอนาคต โดยให้บุคคลภายนอกซึ่งอาจเป็นบุคคลคนเดียวหรือหลายคนที่อาจเป็นผู้ที่มีความรู้ความชำนาญในเรื่องนั้นๆมาเป็นผู้ชี้ขาด และคู่กรณีสามารถตั้งขึ้นมาเองโดยเรียกผู้ทำหน้าที่ชี้ขาดว่า อนุญาโตตุลาการ และคู่กรณีผูกพันที่จะปฏิบัติตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ”

อนันต์ จันทโรภากร (2555 : 75) ได้อธิบายความหมายของ “อนุญาโตตุลาการ” ไว้ว่า “การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการเป็นกระบวนการระงับข้อพิพาท โดยมีบุคคลที่สามเป็นคนกลางเข้ามาเกี่ยวข้อง ไม่ว่าจะคนเดียวหรือหลายคน บุคคลที่สามดังกล่าวนี้ได้รับการคัดเลือกหรือแต่งตั้งเข้ามาทำหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการ ผู้ทำหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการนี้จะต้องพิจารณาคดี และทำคำวินิจฉัยและชี้ขาดข้อพิพาทว่าคู่พิพาทฝ่ายใดผิด ฝ่ายใดถูก”

วรรณชัย บุญบำรุง ได้อธิบายไว้ว่า “บนพื้นฐานของความชอบด้วยกฎหมายในการที่ตกลงกันให้มีอนุญาโตตุลาการนั้น คู่พิพาทอาจกำหนดให้ข้อพิพาทที่เกิดขึ้นหรืออาจจะเกิดขึ้นในอนาคตได้รับการชี้ขาดอันมีผลผูกพันโดยบุคคลที่ตนเป็นผู้เลือก ซึ่งผลจากการตกลงดังกล่าวทำให้ข้อพิพาทไม่อยู่ในอำนาจของศาล ดังนั้น คู่พิพาทจึงเป็นผู้ทรงสิทธิในการที่จะให้มีอนุญาโตตุลาการ กระบวนการจะจบลงด้วยการมีคำชี้ขาด ซึ่งมีสภาพบังคับทำนองเดียวกับคำพิพากษาของศาลและในที่สุดคำชี้ขาดดังกล่าวสามารถที่จะถูกโต้แย้งโดยคู่พิพาทที่ไม่พอใจได้ภายในระยะเวลาที่กำหนด” (อ้างถึงใน นวสนภา อภิบาลศรี, 2556 : 10)

นวสนภา อภิบาลศรี (2556 : 10-11) กล่าวว่า “การอนุญาโตตุลาการ หมายถึงการระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นหรืออาจจะเกิดขึ้นในอนาคตที่คู่กรณีตกลงกันเสนอข้อพิพาทนั้น ให้บุคคลภายนอกคนเดียวหรือหลายคนที่เป็นกลางและได้รับเลือกจากคู่กรณี ซึ่งเรียกว่า อนุญาโตตุลาการ พิจารณาและชี้ขาดข้อพิพาทนั้น โดยคู่กรณียอมผูกพันตามคำชี้ขาดนั้น”

นอกจากนักวิชาการข้างต้นแล้วนิยามของ “อนุญาโตตุลาการ” และ “การอนุญาโตตุลาการ” ก็ได้มีปรากฏการให้ความหมายของทั้งสองคำนี้ไว้โดยสำนักงานอนุญาโตตุลาการ สำนักงานศาลยุติธรรม³ โดยให้ความหมายไว้ดังนี้

อนุญาโตตุลาการ คือ “บุคคลภายนอกที่เป็นกลางและเป็นอิสระไม่มีผลประโยชน์เกี่ยวข้องกับคู่พิพาท มีความรู้ความเชี่ยวชาญในเรื่องที่พิพาทซึ่งคู่พิพาทแต่งตั้งขึ้นเป็นผู้ชี้ขาดข้อพิพาทของตน เช่น แต่งตั้งวิศวกรเป็นอนุญาโตตุลาการตัดสินข้อพิพาทจากการผิดสัญญาการก่อสร้าง เป็นต้น”

การอนุญาโตตุลาการ คือ “การที่คู่พิพาทตกลงกันระงับข้อพิพาทข้อเรียกร้องข้อโต้แย้งที่เกิดขึ้นแล้วหรือจะเกิดขึ้นในอนาคต โดยแต่งตั้งบุคคลที่สามที่มีความเป็นกลางมีความรู้ในเรื่องที่พิพาทซึ่งตนเชื่อถือและยอมรับให้เป็นผู้ชี้ขาดตัดสินข้อพิพาทที่เกิดขึ้นและผูกพันที่จะปฏิบัติตามคำชี้ขาด”⁴

³ สำนักงานอนุญาโตตุลาการ คือสำนักงานที่จัดตั้งขึ้นโดยกระทรวงยุติธรรมตั้งแต่ พ.ศ. 2533 ต่อมาเมื่อมีการแยกสำนักงานศาลยุติธรรมออกจากกระทรวงยุติธรรม ตั้งแต่วันที่ 20 สิงหาคม 2543 โดยมีประธานศาลฎีกาเป็นผู้นำสำนักงานศาลยุติธรรม และมีเลขาธิการสำนักงานศาลยุติธรรมเป็นผู้บริหารสำนักงานศาลยุติธรรม ซึ่งเป็นหน่วยงานราชการอิสระ มีฐานะเป็นนิติบุคคล ทำให้ในปัจจุบันสำนักงานอนุญาโตตุลาการ เป็นกลุ่มงานสังกัดอยู่ในสำนักงารงับข้อพิพาท สำนักงานศาลยุติธรรม

⁴ สืบค้นจาก สำนักงานอนุญาโตตุลาการ <http://www.tai.coj.go.th>

จากคำนิยามทางวิชาการที่นักวิชาการได้ให้คำนิยามข้างต้น สามารถแยกความหมายของอนุญาโตตุลาการได้เป็น 2 ประการดังนี้

1. “การอนุญาโตตุลาการ” คือ “การระงับข้อพิพาททางแพ่งและพาณิชย์โดยการแต่งตั้งบุคคลภายนอกบุคคลหนึ่ง หรือคณะหนึ่งขึ้นมาเพื่อทำหน้าที่ระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นด้วยการชี้ขาดข้อพิพาทนั้นๆ”

2. “อนุญาโตตุลาการ” คือ “บุคคล หรือกลุ่มบุคคลซึ่งได้รับการแต่งตั้งจากคู่กรณีที่มีข้อพิพาทกันเพื่อการระงับข้อพิพาทโดยการชี้ขาด”

ดังนั้นในวิจัยนี้ผู้วิจัยจะแยกระหว่าง “การอนุญาโตตุลาการ” และ “อนุญาโตตุลาการ” ด้วยความหมายข้างต้น

3.1.2 ความเป็นมาของการอนุญาโตตุลาการ

การระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการเป็นวิธีระงับข้อพิพาทอย่างหนึ่งที่ปรากฏอยู่ในสังคมมนุษย์มาเป็นเวลาช้านานแต่ไม่มีหลักฐานว่าการอนุญาโตตุลาการเกิดขึ้นมาเมื่อใด แต่ก็น่าจะเชื่อว่าชาวกรีกเป็นชนชาติที่นิยมระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการทั้งในกรณีพิพาทระหว่างรัฐต่างๆด้วย

อนันต์ จันทโรภากร (2558: 76) กล่าวว่า “ไม่มีหลักฐานยืนยันแน่ชัดว่า การระงับข้อพิพาทระหว่างเอกชนโดยอนุญาโตตุลาการนี้ริเริ่มในประเทศตะวันตกเมื่อใด แต่ก็น่าจะเชื่อได้ว่าในสมัยกรีกและโรมันก็ได้มีการนำเอาวิธีการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการมาใช้แล้ว โดยในยุคนั้นไม่ได้มีการแบ่งแยกระหว่างการไกล่เกลี่ยหรือการประนีประนอมข้อพิพาทและการอนุญาโตตุลาการออกจากกันอย่างชัดเจนเหมือนปัจจุบัน”

นवलนภา อภิบาลศรี (2556 : 12) กล่าวว่า “ในยุคโรมันได้มีการบัญญัติกฎหมายอนุญาโตตุลาการไว้เป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายหลายฉบับ เช่น กฎหมายสิบสองโต๊ะ เมื่อประมาณสี่ร้อยห้าสิบปีก่อนคริสต์ศักราช โดยบัญญัติอยู่ในโต๊ะที่ 7 ที่ว่าด้วยอสังหาริมทรัพย์ในมาตรา 5 ซึ่งเป็นเรื่องการตั้งอนุญาโตตุลาการสำหรับระงับข้อพิพาทเรื่องเขตที่ดินข้างเคียงโดยการตั้งคนกลางอย่างน้อย 3 คน เพื่อทำหน้าที่พิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทซึ่งเป็นการอนุญาโตตุลาการด้วยความสมัครใจของคู่กรณี และกฎหมายในยุคโรมันฉบับหลัง ๆ ก็ได้บัญญัติถึงการอนุญาโตตุลาการเช่นกัน แต่เปลี่ยนจากความสมัครใจเป็นการบังคับให้คู่กรณีใช้วิธีการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ ซึ่งอยู่ภายใต้การ

แนะนำดูและของเจ้าหน้าที่ปกครองท้องถิ่น ทั้งนี้เพราะรัฐใช้การอนุญาตตุลาการเป็นเครื่องมืออย่างหนึ่งในการเข้าควบคุมกิจการค้าและกิจการของประชาชน”

สำหรับในประเทศไทย วิธีระงับข้อพิพาทโดยอนุญาตตุลาการมีมาตั้งแต่สมัยกรุงศรีอยุธยา ในหัวข้อความเป็นมาของการอนุญาตตุลาการในการวิจัยครั้งนี้ ผู้วิจัยจะนำเสนอเฉพาะประวัติความเป็นมาของการอนุญาตตุลาการในประเทศไทยเท่านั้น ซึ่งจะนำเสนอประวัติความเป็นมาของอนุญาตตุลาการดังนี้

กฎหมายตรา 3 ดวง ถือเป็นกฎหมายโบราณฉบับหนึ่งของไทย ซึ่งเป็นกฎหมายที่มีการใช้ก่อนจากการปฏิรูประบบกฎหมาย ได้มีปรากฏบทบัญญัติเกี่ยวกับการอนุญาตตุลาการ โดยถือว่าเป็นกฎหมายหมายที่เกี่ยวกับการอนุญาตตุลาการที่เป็นลายลักษณ์อักษรฉบับแรกของไทยที่มีการค้นพบได้นั้นคือ พระไอยการลักษณะตระลาการ จุลศักราช 1068 ซึ่งอยู่ในอาณาจักรกรุงศรีอยุธยา มีรากฐานมาจากกฎหมายพระธรรมนูญศาสตร์ประเทศอินเดียและกฎหมายนี้ได้ตัดลอกไว้ในกฎหมายตรา 3 ดวง ที่ใช้มาจนถึงกรุงรัตนโกสินทร์ตอนต้น (เสาวนีย์ อัสวโรจน์ 21-22 : 2554)

นวนลภา อภิบาลศรี (2556 : 13) กล่าวว่า “กฎหมายฉบับนี้ใช้บังคับตลอดจนสมัยกรุงรัตนโกสินทร์ตอนต้นในรัชกาลของพระบาทสมเด็จพระพุทธยอดฟ้าจุฬาโลก จึงโปรดเกล้าให้ชำระกฎหมายและคัดลอกพระไอยการลักษณะตระลาการมาบัญญัติไว้ในกฎหมายตราสามดวง ซึ่งมีเนื้อหาเป็นอย่างเดียวกัน”

กฎหมายตรา 3 ดวงได้กล่าวถึงลักษณะตุลาการ⁵ไว้ว่า “อันว่าลักษณะกระลาการหกจำพวกโดยพระธรรมสาธตอ้างหลักอินทภาษ คือ ปกขอตถ์ ปตโต เจโก ประการหนึ่งกระลาการเปนฝักฝ่ายคู่ข้างหนึ่ง รฎฐโก ประการหนึ่งกระลาการเปนนายร้อยแขวงเมืองนอก สมานโก ประการหนึ่งกระลาการมีใจเสมอทั้งสองข้าง คือ มิลำเอียง อนุถปิดก ประการหนึ่งกระลาการตั้งไว้รองกระลาการผู้ใหญ่ รณญาโต ประการหนึ่งกระลาการอันพระมหากษัตริราชตั้งไว้ อนุญาโต ประการหนึ่งกระลาการอันคู่ความยอมให้บังคับเอง(กฎหมายตรา3ดวง เล่ม 1,2548 : 357)

ลักษณะของตุลาการที่ได้มีบัญญัติไว้ในกฎหมายตรา3ดวงข้างต้น ได้มีการแบ่งลักษณะของตุลาการออกเป็น 6 ลักษณะดังนี้

1. ปกขอตถ์ ปตโต เจโก คือ ตุลาการเป็นฝักฝ่ายคู่ข้างหนึ่ง
2. รฎฐโก คือ ตุลาการนายร้อยแขวงเมืองนอก

⁵ ในกฎหมายตราสามดวงใช้คำว่า “กระลาการ” ซึ่งหมายถึงตุลาการในปัจจุบัน

3. สมานิกอ คือ ตลาการมีใจเสมอทั้งสองฝ่าย
4. อนุถปิโก คือ ตลาการตั้งไว้รองตลาการผู้ใหญ่
5. รณญาโต คือ ตลาการที่พระมหากษัตริย์ทรงแต่งตั้ง
6. อนุญาโต คือ ตลาการที่คู่ความทั้งสองแต่งตั้งให้ตัดสินด้วยความสมัครใจ

จากลักษณะทั้ง 6 ประการของตลาการที่กล่าวมาข้างต้น จะเห็นได้ว่าลักษณะของตลาการลักษณะที่ 6 มีความสอดคล้องกับอนุญาโตตลาการในปัจจุบัน ซึ่งเป็นตลาการที่คู่พิพาททั้งสองฝ่ายแต่งตั้งขึ้นมาให้ตัดสินขอพิพาทของตนด้วยความสมัครใจ ถึงอย่างไรก็ตามในกฎหมายตรา 3 ดวงก็ไม่ได้แยกแยะลักษณะของตลาการแต่ละประเภทอย่างละเอียดว่าตลาการประเภทใดมีอำนาจหน้าที่ในการตัดสินหรือรับข้อพิพาทอย่างไร รวมทั้งไม่ได้นิยามความหมายของตลาการแต่ละประเภทไว้แต่อย่างใด แต่ได้บัญญัติหน้าที่ความรับผิดชอบของตลาการแบ่งตามลักษณะหลัก 2 ลักษณะคือ ตลาการที่พระมหากษัตริย์ทรงแต่งตั้ง กับตลาการที่คู่กรณีแต่งตั้งเอง โดยได้มีบัญญัติไว้ว่า

“อันว่ากะลาการพระมหากษัตริย์แต่งตั้งนั้น ถ้ากะลาการบังคับคดีผิด ควรให้กะลาการใช้เงินตามบังคับคดีผิดนั้นแลคู่ความกล่าวโทษกะลาการใช้ให้ใหม่เป็นสองเท่าทรัพย์อันกะลาการบังคับนั้น เหตุใดจึงกล่าวดังนี้เหตุบุคคลผู้นั้นเลมิดกะลาการอันบังคับเป็นธรรม แลเลมิดพระราชบัญญัติ

อันว่ากะลาการคู่ความทั้งสองข้างยอมให้บังคับนั้น ถ้าแลบังคับบ้านชาติใช้ หาโทษมิได้ เหตุคู่ความทั้งสองข้างยอมให้บังคับเอง” (กฎหมายตรา 3 ดวง เล่ม 1,2548 : 357)

จากข้อความดังกล่าวจะเห็นได้ว่า ตลาการได้มรการแบ่งเป็น 2 ประเภทหลักคือ ตลาการที่พระมหากษัตริย์แต่งตั้ง โดยตลาการประเภทนี้หากมีการตัดสินผิดจำต้องชดใช้หรือรับผิดชอบในความผิดนั้น และตลาการประเภทที่สอง คือ ตลาการที่ทางคู่กรณีแต่งตั้งขึ้นมารับข้อพิพาท โดยการอนุญาโตตลาการถือเป็นกะลาการ หรือตลาการที่คู่กรณีแต่งตั้งขึ้น ผลการชี้ขาดของอนุญาโตตลาการแม้จะชี้ขาดผิดก็ไม่ต้องรับผิดชอบแต่อย่างใด และคำชี้ขาดของอนุญาโตตลาการถือเป็นที่สุด

เสาวนีย์ อัสวโรจน์ (2554 : 22) กล่าวว่า “กฎหมายอนุญาโตตลาการที่เป็นลายลักษณ์อักษรฉบับแรกของไทยที่ค้นพบได้นั้นคือ พระไอยการลักษณะตระลาการ จุลศักราช 1068 ซึ่งในอาณาจักรกรุงศรีอยุธยา โดยมีรากฐานมาจากกฎหมายมนูธรรมศาสตร์ของประเทศอินเดีย และ

กฎหมายนี้ได้ถูกคัดลอกไว้ในกฎหมายตราสามดวงที่ใช้กันในสมัยต้นรัตนโกสินทร์ตอนต้น ซึ่งเนื้อหาเป็นอย่างเดียวกัน คือบัญญัติให้อนุญาตตุลาการอยู่ในตระลาการอื่นๆ โดยใช้คำว่า “อนุญาตตุลาการ” และได้อธิบายถึงบุคคลที่คู่กรณีแต่งตั้งกันเองให้พิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทของตนและยินยอมปฏิบัติตามคำชี้ขาดนั้น คู่กรณีจะบังคับให้อนุญาตตุลาการรับผิดชอบต่อตนมิได้ และคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการยอมถึงที่สุด คู่กรณีจะอุทธรณ์คำชี้ขาดนั้นมิได้ อันเป็นความคล้ายคลึงกับการอนุญาตตุลาการในปัจจุบัน”

กฎหมายตราสามดวงได้ใช้บังคับเรื่อยมาจนถึงสมัยพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวรัชกาลที่ 5 แห่งกรุงรัตนโกสินทร์ เมื่อได้มีการปฏิรูปกฎหมายตามารูปแบบกฎหมายตะวันตก โดยประเทศสยามขณะนั้นได้เลือกวิธีการใช้กฎหมายแบบลายลักษณ์อักษร (Civil Law System) จึงได้มีการบัญญัติกฎหมายเป็นประมวลขึ้นประกอบด้วยประมวลกฎหมาย 4 ฉบับ คือ ประมวลกฎหมายอาญา ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง กฎหมายทั้ง 4 ฉบับนี้เรียกอีกชื่อหนึ่งว่า กฎหมาย 4 มุมเมือง ซึ่งวิธีการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาตตุลาการนั้น ถูกบัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติกระบวนวิธีพิจารณาความแพ่ง ร.ศ. 115 ตรงกับพุทธศักราช 2439 ในหมวดที่ 19 มาตรา 116-121 จึงมีผลทำให้รัฐสามารถเข้าแทรกแซงการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาตตุลาการได้ เนื่องจากกฎหมายฉบับนี้ได้มีการกำหนดให้มีเฉพาะการอนุญาตตุลาการในศาลเท่านั้น

อนันต์ จันทโรภากร (2558 : 81-82) กล่าวว่า “เรื่องที่เกี่ยวข้องกับการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาตตุลาการนั้นได้ถูกบัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติกระบวนวิธีพิจารณาความแพ่ง ร.ศ. 115 ในหมวดที่ 19 มาตรา 116-121 มีผลทำให้รัฐเข้าแทรกแซงการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาตตุลาการได้มากขึ้น และพยายามที่จะจำกัดการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาตตุลาการ โดยกำหนดว่าจะใช้อนุญาตตุลาการได้ก็ต่อเมื่อข้อพิพาทเป็นคดีอยู่ในศาลชั้นต้นอยู่แล้ว และคู่ความเห็นพ้องต้องกันและร้องขอต่อศาลให้เชิญผู้หนึ่งผู้ใด คนเดียวหรือหลายคนมาเป็นอนุญาตตุลาการเพื่อตัดสินคดีนั้น (มาตรา 116และมาตรา117) การดำเนินกระบวนพิจารณาโดยอนุญาตตุลาการก็ถูกควบคุมโดยกฎหมายอย่างเคร่งครัด (มาตรา118) เมื่ออนุญาตตุลาการชี้ขาดแล้วก็ต้องนำคำชี้ขาดนั้นมาเสนอต่อศาลเพื่อให้ศาลได้พิพากษาตามคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการเสียก่อน ถึงจะมีผลบังคับได้ ถ้าคำชี้ขาดนั้นไม่ถูกต้องศาลก็จะไม่พิพากษาให้ (มาตรา120) และเมื่อศาลมีคำพิพากษาตามคำชี้ขาดแล้วให้ถือว่า

เป็นที่สุด จะอุทธรณ์คำพิพากษาไม่ได้เว้นแต่คำพิพากษานั้นไม่ถูกต้องตามคำชี้ขาดของ อนุญาโตตุลาการ (มาตรา 121)”

เสาวนีย์ อัครโรจน์ (2554:22) กล่าวว่า “กฎหมายตราสามดวงถูกยกเลิกไปโดย พระราชบัญญัติกระบวนวิธีพิจารณาความแพ่ง ร.ศ. 115 (พ.ศ.2439) ซึ่งมีบทบัญญัติว่าด้วย อนุญาโตตุลาการอยู่ในหมวดที่19 มาตรา 116-121 ซึ่งได้วางกฎเกณฑ์การระงับข้อพิพาทที่เป็นคดี อยู่ในศาลชั้นต้น โดยอยู่ในความควบคุมของศาลอย่างใกล้ชิด ทั้งนี้โดยเริ่มต้นจากการที่คู่ความในคดีที่ อยู่ระหว่างการพิจารณาของศาลชั้นต้นอาจตกลงกันให้มีการอนุญาโตตุลาการข้อพิพาทของตนที่เป็นค ติความอยู่ได้โดยให้ศาลเชิญบุคคลตามตนได้ตกลงกันให้เป็นอนุญาโตตุลาการมาทำหน้าที่ได้ (มาตรา 116-117)”

จากข้อความในพระราชบัญญัติกระบวนวิธีพิจารณาความแพ่ง ร.ศ. 115 จะเห็น ได้ว่าหลังจากมีการปฏิรูปกฎหมายในรัชสมัยพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวรัชกาลที่ 5 แล้ว ความเป็นอิสระของอนุญาโตตุลาการได้ลดลงมาก ซึ่งคู่พิพาทจะนำข้อพิพาทไปเสนอให้ อนุญาโตตุลาการชี้ขาดเลยไม่ได้เว้นแต่จะต้องมีคดีความขึ้นสู่กระบวนการพิจารณาของศาลชั้นต้น เสียก่อน ถึงจะสามารถนำข้อพิพาทดังกล่าวเสนอต่ออนุญาโตตุลาการ โดยให้คู่พิพาททั้งสองฝ่ายต้อง เห็นพ้องต้องกันในประเด็นความต้องการเสนอข้อพิพาทดังกล่าวต่ออนุญาโตตุลาการเสียก่อน และเมื่อ เห็นพ้องต้องกันแล้วจึงสามารถร้องขอต่อศาลให้แต่งตั้งบุคคลขึ้นมาเป็นอนุญาโตตุลาการ อีกทั้งเมื่อ อนุญาโตตุลาการได้มีการชี้ขาดข้อพิพาทแล้วก็ยังไม่มียกข้อพิพาทมาศาลยังมิได้พิพากษาตาม คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ด้วยเหตุดังกล่าวจึงเป็นการยากมากที่กระบวนการอนุญาโตตุลาการจะ เป็นที่นิยมหรือใช้ในการระงับข้อพิพาทของเอกชนในยุคนั้น

นอกจากนั้น “การอนุญาโตตุลาการตามพระราชบัญญัติกระบวนวิธีพิจารณาความ แพ่ง ร.ศ. 115 มิได้บัญญัติถึงการอนุญาโตตุลาการที่อยู่นอกศาล แต่ก็มีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 242 ปี ร.ศ.118 พิพากษาว่าสามารถกระทำได้เพราะการกระทำของราษฎรผู้หนึ่งผู้ใดจะต้อง อนุญาโตตุลาการระหว่างกันก็ย่อมกระทำได้ เนื่องจากไม่มีข้อห้ามและไม่จำเป็นต้องขอให้ศาลตั้ง และแม้พระราชบัญญัติกระบวนวิธีพิจารณาความแพ่ง ร.ศ. 115 จะมีบทบัญญัติเฉพาะการแต่งตั้ง อนุญาโตตุลาการในศาลเท่านั้นก็ดี แต่อำนาจของคู่กรณีจะทำสัญญาอนุญาโตตุลาการกันเองนั้นเป็น อำนาจที่ราษฎรมีมาก่อนพระราชบัญญัตินี้ ในเมื่อพระราชบัญญัติฉบับนี้ไม่มีข้อความยกเลิกอำนาจ

ของราษฎรที่จะทำสัญญาดังกล่าวนั้นแล้ว ราษฎรก็สามารถทำสัญญานั้นได้”⁶ (เสาวนีย์ อัครโรจน์ ,2554: 22 - 23)

“ต่อมาใน ร.ศ. 127 (พ.ศ.2451) ได้มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความแพ่งร.ศ. 127 โดยมีได้ยกเลิกพระราชบัญญัติกระบวนพิจารณาความแพ่ง ร.ศ.115 (พ.ศ.2439) แต่อย่างไร ยังคงไว้ซึ่งบทบัญญัติที่เกี่ยวกับการอนุญาตตุลาการเช่นเดิมอยู่ในมาตรา 108-114 เพียงแต่มีเนื้อความเพิ่มเติมในเรื่อง เหตุอุทธรณ์คำพิพากษาชี้ขาดของอนุญาตตุลาการเพิ่มอีกสองประการคือให้อุทธรณ์ได้ในกรณีที่อนุญาตตุลาการทุจริตและคำชี้ขาดนั้นมิได้เป็นไปโดยสุจริต” (นวนลภา อภิบาลศรี, 2556 : 13)

เสาวนีย์ อัครโรจน์ (2554: 23) กล่าวว่า “ต่อมาใน ร.ศ. 127 (พ.ศ.2451) ก็ได้มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความแพ่งร.ศ. 127 ซึ่งมีบทบัญญัติที่เกี่ยวกับการอนุญาตตุลาการเช่นเดียวกันกับพระราชบัญญัติกระบวนพิจารณาความแพ่ง โดยอยู่ในมาตรา 108-114 แต่มีเนื้อหาเพิ่มเติมที่แตกต่างกันออกไปเพียงประการเดียว คือเหตุที่จะอุทธรณ์คำพิพากษาตามคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการ ซึ่งสามารถทำได้เพิ่มอีกสองประการคือ อุทธรณ์ได้ในกรณีที่อนุญาตตุลาการทุจริตและคำชี้ขาดนั้นมิได้เป็นไปโดยสุจริต นอกจากเหตุที่คำพิพากษาไม่ตรงกับคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการ”

จะเห็นได้ว่าพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความแพ่งร.ศ. 127 ยังมีได้มีการบัญญัติการอนุญาตตุลาการนอกศาลแต่อย่างไร มีเพียงแต่การอนุญาตตุลาการเท่านั้น โดยยังคงเนื้อหาแห่งบทบัญญัติเดิมเช่นเดียวกันกับพระราชบัญญัติกระบวนพิจารณาความแพ่ง ร.ศ.115 (พ.ศ.2439) ซึ่งยังคงจำกัดการอนุญาตตุลาการไว้แต่เพียงการอนุญาตตุลาการในชั้นศาลเท่านั้น

ต่อมาในวันที่ 15 มิถุนายน พ.ศ.2478 ในรัชสมัยสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวอานันทมหิดล โดยคณะผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์ได้มีการตราพระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง พุทธศักราช 2477 ซึ่งสภาผู้แทนราษฎรลงมติว่าสมควรที่จะยกเลิกบรรดากฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งต่างๆ ที่ใช้อยู่ ณ ในขณะนั้น และให้ใช้พระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง พุทธศักราช 2477 แทน ทำให้พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความแพ่งร.ศ. 127 ถูก

⁶ คู่มือ “คำพิพากษาบางเรื่อง ปี ร.ศ. 117-120, พระเจ้าลูกยาเธอ กรมหมื่นราชบุรีดิเรกฤทธิ์ (กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์กองกลุโทษ, ม.ป.ป.) หน้า176

ยกเลิกไป โดยพระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง พุทธศักราช 2477 มีผลบังคับใช้ ตั้งแต่วันที่ 1 ตุลาคม พ.ศ. 2478 เป็นต้นไป⁷

อนันต์ จันทโรภากร (2558: 77-80) กล่าวว่า “ต่อมาพ.ศ.2478 มีการประกาศใช้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง พ.ศ.2477 ซึ่งบังคับใช้ในปี พ.ศ.2478 โดยได้ยกเลิกพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความแพ่ง ร.ศ. 127 และพระราชบัญญัติกระบวนพิจารณาความแพ่ง ร.ศ. 115 และมีการบัญญัติบทบัญญัติที่เกี่ยวกับอนุญาตตุลาการไว้ในภาค 2 หมวด 3 อยู่ในมาตรา 210-222 โดยบัญญัติกระบวนกรอนุญาตตุลาการในชั้นศาลไว้ในมาตรา 210-220 ซึ่งบัญญัติเกี่ยวกับการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการนอกศาลและการอุทธรณ์คำสั่งหรือคำพิพากษาของศาลเท่านั้น แต่มิได้บัญญัติรายละเอียดเกี่ยวกับกระบวนกรอนุญาตตุลาการนอกศาลว่าจะต้องดำเนินการอย่างไร”

การอนุญาตตุลาการที่ได้มีการบัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง พุทธศักราช 2477 ภาค 2 ลักษณะ 2 หมวด 3 ตั้งแต่มาตรา 210-222 การอนุญาตตุลาการในพระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง พุทธศักราช 2477 เป็นบทบัญญัติเฉพาะการอนุญาตตุลาการในศาลชั้นต้น และการอนุญาตตุลาการนอกศาล แต่การบัญญัติเกี่ยวกับการอนุญาตตุลาการนอกศาลในพระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง พุทธศักราช 2477 มีเพียงมาตราเดียวคือมาตรา 221 บัญญัติการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการเท่านั้น โดยได้บัญญัติว่า

“มาตรา 221⁸ ในกรณีที่เสนอข้อพิพาทให้อนุญาตตุลาการชี้ขาดนอกศาล ถ้าคู่กรณีฝ่ายใดไม่ยอมปฏิบัติตามคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการ ห้ามมิให้บังคับตามคำชี้ขาดนั้น เว้นแต่คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งจะได้ยื่นคำร้องขอต่อศาลที่มีเขตอำนาจ และศาลได้มีคำพิพากษาตามคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการนั้น

ในกรณีเช่นนี้ศาลที่มีเขตอำนาจ คือศาลซึ่งคู่กรณีได้ระบุไว้ในข้อตกลงหรือถ้ามิได้ระบุไว้ คือศาลซึ่งมีเขตอำนาจพิจารณาและชี้ขาดตัดสินข้อพิพาทนั้น

⁷ มาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง พุทธศักราช 2477

⁸ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง พุทธศักราช 2477

ถ้าศาลเห็นว่าคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการขัดต่อกฎหมายประการใด
ประการหนึ่ง ให้นำบทบัญญัติวรรคสุดท้ายแห่งมาตรา 218 มาใช้บังคับ”

จากมาตราดังกล่าววรรคแรกเป็นการบัญญัติถึงการบังคับตามคำชี้ขาดของ
อนุญาโตตุลาการ ซึ่งได้บัญญัติถึงกรณีที่คู่กรณีไม่ยอมปฏิบัติตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ก็ไม่มี
สิทธิ์บังคับตามคำชี้ขาดนั้น เว้นแต่คู่กรณีอีกฝ่ายจะเสนอคำร้องต่อศาลที่กรณีพิพาทนั้นอยู่ในเขต
อำนาจของศาลนั้น เพื่อให้ศาลมีคำพิพากษาตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการที่คู่กรณีทั้งสองฝ่าย
เป็นผู้เสนอคำชี้ขาดต่ออนุญาโตตุลาการนอกศาล

ในส่วนของวรรคสองและวรรคสามของมาตราดังกล่าว ได้บัญญัติถึงเขตอำนาจของ
ศาลที่จะรับคำร้องในกรณีที่คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเสนอคำร้องต่อศาล และกรณีที่ศาลเห็นว่าคำชี้ขาด
ของอนุญาโตตุลาการขัดต่อกฎหมาย ศาลมีอำนาจที่จะปฏิเสธไม่ยอมพิพากษาตามคำชี้ขาดนั้น หรือ
ให้อนุญาโตตุลาการพร้อมคู่กรณีแก้ไขคำชี้ขาดให้ถูกต้องตามระยะเวลาที่ศาลกำหนดให้แก้ไขคำชี้ขาด
นั้นๆ

จะเห็นได้ว่าประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง พุทธศักราช 2477 มิได้กำหนด
ถึงวิธีการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ การพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ การทำคำชี้ขาด การสิ้นสุดของ
ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ แต่อย่างไรก็ดี จึงทำให้การใช้อนุญาโตตุลาการนอกศาลของประเทศไทยน้อย
และไม่ได้รับความนิยมในการใช้ระงับข้อพิพาท

เสาวนีย์ อัครโรจน์ (2554: 23) กล่าวว่า “ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง
พุทธศักราช 2477 รายละเอียดของการอนุญาโตตุลาการนอกศาลก่อนที่จะบังคับตามคำชี้ขาดนั้นไม่มี
บทบัญญัติของกฎหมายกล่าวไว้เลย”

แต่อย่างไรก็ตามประเทศไทยก็มีเพียงแต่พระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายวิธี
พิจารณาความแพ่ง พุทธศักราช 2477 เท่านั้นที่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการ จึงทำให้
จำเป็นต้องใช้บทบัญญัตินี้ตลอดมาจนกระทั่ง พ.ศ. 2530 ได้มีการบัญญัติพระราชบัญญัติ
อนุญาโตตุลาการขึ้น เนื่องจากประเทศไทยได้เป็นภาคีในอนุสัญญาระหว่างประเทศเกี่ยวกับ
อนุญาโตตุลาการต่างประเทศหลายฉบับ โดยหนึ่งในอนุสัญญาระหว่างประเทศที่ประเทศไทยเป็น
ภาคีคือ อนุสัญญานิววยอร์ก (New York Convention)⁹ อนุสัญญานฉบับนี้ถือเป็นเสาหลักของการ

⁹ ชื่อเต็มของอนุสัญญานี้คือ “Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards” ซึ่งมักจะเรียกกันว่า “New York Convention” หรือ “อนุสัญญานิววยอร์ก”

อนุญาโตตุลาการยุคใหม่ก็ว่าได้ แม้ว่าจุดประสงค์หลักของของอนุญาโตตุลาการในอนุสัญญานี้จะมิขึ้นเพื่อการอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศก็ตาม เนื่องจากการระงับข้อพิพาททางการค้าส่วนใหญ่จะนิยมการใช้กระบวนการยุติธรรมทางเลือก เช่น การเจรจา การไกล่เกลี่ย เป็นต้น กระบวนการอนุญาโตตุลาการจึงเป็นหนึ่งในทางเลือกที่เป็นที่นิยมใช้ในการระงับข้อพิพาททางการค้าเช่นกัน

ธวัชชัย สุวรรณพานิช (2557 : 3-4) กล่าวว่า “นอกจากการเจรจา การไกล่เกลี่ย กระบวนการยุติธรรมทางเลือกที่สำคัญอีกประเภทหนึ่งได้แก่ การอนุญาโตตุลาการ ซึ่งเป็นกระบวนการระงับข้อพิพาทที่นิยมแพร่หลายในประเทศต่างๆทั่วโลก โดยเฉพาะในวงการค้าระหว่างประเทศซึ่งให้ความสำคัญกับการอนุญาโตตุลาการมาก ดังจะเห็นได้จากสัญญาต่างๆทางการค้าระหว่างประเทศโดยมากจะมีข้อตกลงเรื่องอนุญาโตตุลาการไว้เสมอ หรือการเจรจาเขตการค้าเสรีต่างๆ ในส่วนของการระงับข้อพิพาทก็ยังคงใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการ สิ่งที่เป็นรูปธรรมมากที่สุดที่แสดงให้เห็นว่าประเทศต่างๆทั่วโลกให้ความสำคัญกับการอนุญาโตตุลาการ คือ จำนวนประเทศที่ลงนามในอนุสัญญาเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการการค้าระหว่างประเทศที่สำคัญฉบับหนึ่ง คือ “Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards” ซึ่งมักจะเรียกกันว่า “New York Convention” อนุสัญญานี้ถือเป็นเสาหลักของการอนุญาโตตุลาการการค้าระหว่างประเทศซึ่งมีประเทศลงนามแล้ว 152 ประเทศ อันเป็นข้อพิสูจน์ได้ว่าการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการเป็นวิธีการที่ได้รับความนิยมสูงสุดในปัจจุบัน”

แม้ว่าการอนุญาโตตุลาการเริ่มเป็นที่นิยมแพร่หลายมากในยุคนั้น แต่สำหรับประเทศไทยยังประสบปัญหาด้านการนำมาใช้อย่างจริงจัง เนื่องจากกฎหมายว่าด้วยอนุญาโตตุลาการที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง พ.ศ.2477 ไม่เอื้ออำนวยต่อการอนุญาโตตุลาการ จึงได้เริ่มมีความพยายามที่จะนำกระบวนการอนุญาโตตุลาการมาใช้ในประเทศไทยให้มากขึ้น (นวลนภา อภิบาลศรี, 2556 : 14) กล่าวว่า “ประกอบกับประเทศไทยได้เป็นภาคีในอนุสัญญาระหว่างประเทศเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการต่างประเทศหลายฉบับ ได้แก่ โปรโตคอลว่าด้วยข้อตกลงการมอบให้อนุญาโตตุลาการวินิจฉัย ค.ศ.1923 (The Protocol On Arbitration Clauses,1923) โดยมีหลักการให้ประเทศภาคียอมรับบังคับตามสัญญาอนุญาโตตุลาการ แม้จะเป็นการอนุญาโตตุลาการที่ทำในต่างประเทศก็ตาม อนุสัญญาว่าด้วยการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศฉบับนครเจนีวา ค.ศ.1927 (The Convention for the Execution of Foreign Arbitral Awards,

1927) ที่มีบทบัญญัติรองรับและบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการที่เกิดขึ้นจากสัญญา อนุญาโตตุลาการตามโปรโตคอล และอนุสัญญาว่าด้วยการยอมรับนับถือและการใช้บังคับคำชี้ขาด ของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ ฉบับนครนิวยอร์ก ค.ศ.1958 (The Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, 1958) ซึ่งเป็นกฎหมายที่บัญญัติ ขึ้นเพื่อเป็นการแก้ไขข้อบกพร่องบางประการของอนุสัญญาว่าด้วยการบังคับตามคำ ชี้ขาดของ อนุญาโตตุลาการต่างประเทศ ฉบับนครเจนีวา ค.ศ.1927 จึงได้มีการตราพระราชบัญญัติ อนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2530 ซึ่งเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับกับการอนุญาโตตุลาการนอกศาลโดยมี รายละเอียดต่าง ๆ ที่จำเป็นและเป็นการแก้ไขข้อบกพร่องที่มีอยู่จากบทบัญญัติในประมวลกฎหมาย วิธีพิจารณาความแพ่งพ.ศ.2477 ในวันที่ 13 สิงหาคม พ.ศ.2530 เป็นต้นมา”

หลังจากที่ประเทศไทยได้เข้าร่วมเป็นภาคีเครือข่ายของอนุสัญญาฉบับดังกล่าวแล้ว ได้มีการร่างกฎหมายขึ้นมาเพื่อรองรับการเป็นสมาชิกในภาคีดังกล่าวด้วยคือ พระราชบัญญัติ อนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 โดยพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการฉบับนี้ถือเป็นฉบับแรกที่ได้มีการ บัญญัติการอนุญาโตตุลาการนอกศาล เพื่อให้สามารถระงับข้อพิพาททางแพ่งได้โดยทาง อนุญาโตตุลาการ ดังจะเห็นได้ในเหตุแห่งการตรากฎหมายฉบับนี้ที่ได้มีการกล่าวไว้ในพระราชบัญญัติ อนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 ว่า

“หมายเหตุ:- เหตุผลในการประกาศใช้พระราชบัญญัติฉบับนี้ คือ โดยที่ในปัจจุบันนี้ความนิยมของประชาชนในการระงับข้อพิพาท ทางแพ่ง โดยทางอนุญาโตตุลาการนอกศาลมีมากขึ้น เพราะเป็นวิธีที่ สามารถแก้ไขข้อขัดแย้งได้โดยสะดวกรวดเร็วไม่สิ้นเปลืองเวลา และค่าใช้จ่าย ทั้งยังเป็นการแก้ปัญหาในลักษณะประนีประนอม อันจะ ช่วยลดจำนวนคดีความที่จะขึ้นสู่ศาลอีกด้วย แต่เนื่องจากกฎหมาย เกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการนอกศาลที่ใช้อยู่ในปัจจุบันมีเพียงมาตรา 221 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตราเดียวเท่านั้น ซึ่งยังไม่ชัดเจนและรัดกุมพอ โดยเฉพาะเมื่อมีปัญหาเกี่ยวกับการยอมรับและ การบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ อันเป็นผลให้ ประชาชนผู้ประสงค์จะใช้วิธีการระงับข้อพิพาททางแพ่ง โดยทาง อนุญาโตตุลาการนอกศาลต้องประสบกับปัญหาข้อขัดข้องอยู่เสมอ

ประกอบกับประเทศไทยได้เป็นภาคีในอนุสัญญาระหว่างประเทศเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการต่างประเทศอยู่หลายฉบับ แต่ยังมีได้มีการบัญญัติกฎหมายภายในรองรับไว้อย่างเป็นระบบ สมควรที่จะมีการบัญญัติกฎหมายเรื่องนี้ให้ละเอียดชัดเจน เพื่อให้สอดคล้องกับสภาวะทางเศรษฐกิจและสังคมปัจจุบันยิ่งขึ้น จึงจำเป็นต้องตราพระราชบัญญัตินี้”¹⁰

การนำพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 เป็นการแก้ไขปัญหาของกระบวนการอนุญาโตตุลาการที่มีอยู่ในขณะนั้นดังที่ผู้วิจัยได้กล่าวมาแล้วข้างต้น คือ กฎหมายที่มีเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการของประเทศไทยในขณะนั้น มีเพียงแต่พระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง พุทธศักราช 2477 เท่านั้น ซึ่งได้บัญญัติเพียงการอนุญาโตตุลาการในศาลเป็นหลักมีเพียงมาตรา 221 มาตราเดียวเท่านั้นที่กล่าวถึงการอนุญาโตตุลาการนอกศาล ดังนั้นการประกาศใช้พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530จึงเป็นการแก้ไขปัญหาดังกล่าว โดยการบัญญัติถึงกระบวนการวิธีต่างๆที่เกี่ยวข้องกับการอนุญาโตตุลาการนอกศาลทั้งหมด

เสาวนีย์ อัครโรจน์ (2554: 23) กล่าวว่า “ในปี พ.ศ. 2530 ได้มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 ซึ่งเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับกับการอนุญาโตตุลาการนอกศาล โดยมีรายละเอียดต่างๆ ที่จำเป็นและแก้ไขข้อบกพร่อง ที่มีอยู่จากบทบัญญัติในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 221 ซึ่งบัญญัติเฉพาะการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ แต่กระบวนการก่อนหน้านั้นไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้ นอกจากนั้นได้มีพระราชบัญญัติแก้ไขประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง (ฉบับที่ 11) พ.ศ.2530 ให้ยกเลิกมาตรา 221 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง”

อนันต์ จันทโรภากร (2558 : 84) กล่าวว่า “ด้วยเหตุที่การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการได้รับความนิยมนำมาใช้อย่างกว้างขวางประกอบกับประเทศไทยได้เข้าร่วมเป็นภาคีสันติสัญญาเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการหลายฉบับ จึงมีความพยายามที่จะพัฒนากฎหมายอนุญาโตตุลาการในประเทศไทยให้สอดคล้องกับข้อตกลงระหว่างประเทศที่ประเทศไทยได้ทำไว้ จึงได้ยกเลิกบทบัญญัติว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการนอกศาลในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง

¹⁰ พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530

(มาตรา 211) โดยพระราชบัญญัติแก้ไขประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง (ฉบับที่ 11) พ.ศ.2530ขึ้นใช้บังคับ โดยมีผลตั้งแต่วันที่ 13 สิงหาคม 2530”

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง พุทธศักราช 2477 เดิมได้มีการบัญญัติรายละเอียดเกี่ยวกับการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการนอกศาลไว้ ซึ่งก่อนมีการแก้ไขโดยพระราชบัญญัติแก้ไขประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ฉบับที่ 11 พ.ศ.2530 บัญญัติไว้ว่า

“มาตรา ๒๒๑¹¹ ในกรณีที่เสนอข้อพิพาทให้อนุญาโตตุลาการชี้ขาดนอกศาล ถ้าคู่กรณีฝ่ายใดไม่ยอมปฏิบัติตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ห้ามมิให้บังคับตามคำชี้ขาดนั้น เว้นแต่คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งจะไต่ยื่นคำร้องขอต่อศาลที่มีเขตอำนาจ และศาลได้มีคำพิพากษาตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการนั้น

ในกรณีเช่นนี้ศาลที่มีเขตอำนาจ คือศาลซึ่งคู่กรณีได้ระบุไว้ในข้อตกลงหรือถ้ามิได้ระบุไว้ คือศาลซึ่งมีเขตอำนาจพิจารณาและชี้ขาดตัดสินข้อพิพาทนั้น

ถ้าศาลเห็นว่าคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการขัดต่อกฎหมายประการใดประการหนึ่ง ให้นำบทบัญญัติวรรคสุดท้ายแห่งมาตรา ๒๑๘ มาใช้บังคับ”

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง พุทธศักราช 2477 มาตรา 221 ได้บัญญัติถึงกรณีที่คู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ยอมรับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการนอกศาล การบังคับตามคำชี้ขาดนั้นไม่สามารถกระทำได้เว้นแต่จะเสนอให้ศาลพิพากษาตามคำชี้ขาดนั้นเสียก่อน แต่หากศาลเห็นว่าอนุญาโตตุลาการทำคำชี้ขาดขัดต่อกฎหมายศาลจะปฏิเสธคำชี้ขาดนั้นก็ได้ หรือหากคำชี้ขาดดังกล่าวสามารถแก้ไขให้ถูกต้องตามกฎหมายได้ ศาลย่อมสามารถส่งคำชี้ขาดกลับไปให้อนุญาโตตุลาการทำชี้ขาดมาใหม่ภายในระยะเวลาที่กำหนดได้¹²

ต่อมาในวันที่ 19 กรกฎาคม พ.ศ. 2530 ได้มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 โดยในพระราชบัญญัติดังกล่าวได้มีการบัญญัติกระบวนการอนุญาโตตุลาการนอกศาลไว้ และให้บังคับใช้พระราชบัญญัตินี้แทนในกรณีที่บัญญัติกฎหมายอื่นได้

¹¹ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง พุทธศักราช 2477

¹² มาตรา ๒๑๘ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง

อ้างอิงบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งในส่วนที่เกี่ยวกับอนุญาตตุลาการนอกศาล ดังปรากฏในมาตรา 3 แห่ง พระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2530 บัญญัติว่า

“มาตรา 3 บทบัญญัติแห่งกฎหมายใดอ้างอิงบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งในส่วนที่เกี่ยวกับอนุญาตตุลาการนอกศาล ให้ถือว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นอ้างอิงพระราชบัญญัตินี้”¹³

เนื่องจากการบัญญัติบทบัญญัติข้างต้นไว้ในพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2530 ที่ให้นำบทบัญญัติในพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2530 ไปใช้กับกรณีที่มีบทบัญญัติ กฎหมายอื่นได้อ้างอิงบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งในส่วนที่เกี่ยวกับอนุญาตตุลาการนอกศาลนั้น จึงได้มีการตราพระราชบัญญัติแก้ไขประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ฉบับที่ 11 พ.ศ.2530 ในวันที่ 30 กรกฎาคม พ.ศ. 2530 โดยให้ยกเลิกมาตรา 221 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเดิม โดยให้ใช้ความในมาตรา 3 ซึ่งบัญญัติใหม่ความว่า

“มาตรา 221 การเสนอข้อพิพาทให้อนุญาตตุลาการชี้ขาดนอกศาล ให้เป็นไปตามกฎหมายว่าด้วยอนุญาตตุลาการ”

การแก้ไขความในมาตราดังกล่าวเพื่อให้สอดคล้องกับการประกาศใช้พระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2530 ดังปรากฏในเหตุแห่งการบัญญัติพระราชบัญญัติฉบับนี้ว่า

“เหตุผลในการประกาศใช้พระราชบัญญัติฉบับนี้ คือ เนื่องจากได้มีการประกาศใช้กฎหมายว่าด้วยอนุญาตตุลาการ ซึ่งเป็นกฎหมายที่บัญญัติถึงหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการเสนอข้อพิพาท การพิจารณา การทำคำชี้ขาด และการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการนอกศาลไว้ โดยเฉพาะแล้ว สมควรยกเลิกบทบัญญัติว่าด้วยอนุญาตตุลาการนอกศาลในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง (มาตรา 221) จึงจำเป็นต้องตราพระราชบัญญัตินี้”¹³

ด้วยวัตถุประสงค์ในการบัญญัติกฎหมายฉบับนี้ที่บัญญัติมาเพื่อให้มีกฎหมายว่าด้วยอนุญาตตุลาการนอกศาลดังที่ได้กล่าวมาข้างต้นนั้น พระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2530 จึง

¹³ พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง (ฉบับที่ 11) พ.ศ. 2530

ได้ระบุเนื้อหาต่างๆที่เกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการ โดยประกอบด้วย 6 หมวด 1 บทเฉพาะกาล ดังนี้
 หมวด 1 สัญญาอนุญาโตตุลาการ หมวด 2 อนุญาโตตุลาการและผู้ชี้ขาด หมวด 3 วิธีพิจารณาชั้น
 อนุญาโตตุลาการ หมวด 4 คำชี้ขาดและการบังคับตามคำชี้ขาด หมวด 5 ค่าธรรมเนียม ค่าใช้จ่ายและ
 ค่าป่วยการ หมวด 6 การบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ และบทเฉพาะกาล

จะเห็นได้ว่าพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2530 ได้บัญญัติรายละเอียดของ
 การอนุญาโตตุลาการนอกศาลไว้ทั้งหมด โดยเริ่มตั้งแต่สัญญาอนุญาโตตุลาการ กระบวนการแต่งตั้ง
 ต่างๆ ไปจนการทำคำชี้ขาดและการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ทั้งอนุญาโตตุลาการใน
 ประเทศและต่างประเทศ ประเทศไทยจึงใช้กฎหมายฉบับนี้เรื่องของอนุญาโตตุลาการตั้งแต่
 ประกาศใช้เป็นต้นมา

เสาวนีย์ อัสวโรจน์ (2554: 24) กล่าวว่า “หลังจากมีการประกาศใช้พระราชบัญญัติ
 อนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2530 ทางราชการได้พยายามส่งเสริมการใช้อนุญาโตตุลาการในประเทศไทย
 โดยกระทรวงยุติธรรมได้จัดตั้งสำนักงานอนุญาโตตุลาการ ซึ่งต่อมาได้ไปอยู่ในสำนักงานศาลยุติธรรม
 ภายหลังจากได้มีการแยกสำนักงานศาลยุติธรรมออกจากกระทรวงยุติธรรมแล้ว และหน่วยงานราชการ
 ต่างๆก็ได้ พยายามส่งเสริมสำนักงานอนุญาโตตุลาการ โดยระบุให้มีข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการใน
 สัญญาที่ทางราชการและรัฐวิสาหกิจทำกับเอกชน และให้ระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจากสัญญาต่างๆ
 โดยการอนุญาโตตุลาการที่สำนักงานอนุญาโตตุลาการ และทางสำนักงานก็ได้ให้บริการการ
 อนุญาโตตุลาการตลอดจนมีสิ่งอำนวยความสะดวกต่างๆ”

หลังจากที่มีการใช้พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2530 มาระยะหนึ่งแล้ว
 ปรากฏว่าการอนุญาโตตุลาการนอกศาลภายในประเทศยังไม่ได้รับการยอมรับเท่าที่ควร โดยเฉพาะ
 การอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์ที่เอกชนไทยได้ทำกับชาวต่างชาติมักจะถูกปฏิเสธจากชาวต่างชาติที่
 จะใช้การอนุญาโตตุลาการในประเทศไทย ประกอบกับหลายประเทศได้มีการแก้ไขกฎหมายเกี่ยวกับ
 การอนุญาโตตุลาการกันทั้งสิ้น โดยการแก้ไขกฎหมายอนุญาโตตุลาการของประเทศต่างๆเป็นการ
 แก้ไขกฎหมายให้มีความคล้ายคลึงกับกฎหมายแม่บทว่าด้วยอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์ระหว่าง
 ประเทศ (Model Law on International commercial Arbitration) ของคณะกรรมการธิการ
 กฎหมายการค้าระหว่างประเทศ (United Nations Commission on International Trade Law
 UNCITRAL) องค์การสหประชาชาติ ค.ศ.1985

เสาวนีย์ อัสวโรจน์ (2554: 24-25) กล่าวว่า “แม้จะมีการประกาศใช้กฎหมาย
 อนุญาโตตุลาการขึ้นโดยเฉพาะมีการส่งเสริมการอนุญาโตตุลาการจากหน่วยงานทั้งหลายของรัฐ และ
 มีการใช้การอนุญาโตตุลาการกันมากขึ้น โดยเฉพาะในการค้าระหว่างประเทศเทศหรือหน่วยงาน
 รัฐวิสาหกิจกับเอกชนแล้ว แต่ยังมีปัญหาอยู่บ้าง เช่นสำนักงานอนุญาโตตุลาการยังไม่ได้รับการยอมรับ
 จากเอกชนชาวต่างชาติเท่าที่ควร เพราะข้อพิพาทที่เอกชนไทยส่วนใหญ่มีกับชาวต่างชาติยัง

จำเป็นต้องใช้การอนุญาโตตุลาการในต่างประเทศอยู่ ซึ่งอาจเป็นเพราะพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 ก็ยังไม่มี ความชัดเจนในบางเรื่อง เนื่องจากไม่มีบทบัญญัติของกฎหมาย หรือมีแต่ยังมีปัญหา”

ด้วยเหตุดังกล่าวจึงได้มีแนวคิดที่จะร่างกฎหมายอนุญาโตตุลาการ ฉบับใหม่ขึ้นมา เพื่อให้สอดคล้องกับกฎหมายแม่แบบ(Model Law) มากขึ้น และเพื่อให้มีความชัดเจนในการระงับข้อพิพาททางอนุญาโตตุลาการนอกศาลโดยเฉพาะในทางการค้าระหว่างประเทศมากขึ้น ซึ่งในระหว่างการร่างกฎหมายฉบับใหม่ได้มีข้อเสนอจากนักวิชาการบางส่วนว่าให้แยกกฎหมายอนุญาโตตุลาการภายในประเทศกับอนุญาโตตุลาการต่างประเทศออกจากกัน แต่ท้ายที่สุดแล้วคณะกรรมการร่างไม่ได้แยกการอนุญาโตตุลาการทั้งสิ้นประเภทออกจากกัน เนื่องจากยังไม่มี ความจำเป็นที่จะต้องแยกกฎหมายออกเป็นสองฉบับอย่างที่ได้รับการเสนอมา แต่ควรยกระงับการอนุญาโตตุลาการของไทยให้เทียบเท่ากับนานาชาติประเทศที่มีอยู่ในขณะนั้น

ดังนั้นการร่างพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ ฉบับใหม่จึงร่างโดยการนำเอา กฎหมายแม่บทว่าด้วยอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์ระหว่างประเทศ (Model Law on International commercial Arbitration) มาเป็นแม่แบบในการร่างพระราชบัญญัติฉบับดังกล่าว

ไชยวัฒน์ บุณาค (2552 : 11) ได้กล่าวไว้ในหนังสืออนุญาโตตุลาการ ทฤษฎี และปฏิบัติ ในคำอธิบายมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ซึ่งมาตรา 3 ยกเลิกกฎหมายเดิม “ให้ยกเลิกพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530” ว่า

“ได้มีการปรับปรุง พ.ร.บ.อนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ให้มีความคล่องตัวและทันสมัยขึ้นกว่า พ.ร.บ. ฉบับเดิมโดยยึดถือกฎหมายต้นแบบ (Model Law) ของคณะกรรมการกฎหมายการค้าระหว่างประเทศของสหประชาชาติ (United Nations Commission on International Trade Law หรือที่เรียกสั้นๆว่า UNCITRAL) ค.ศ. 1985 เป็นหลักกฎหมายต้นแบบฉบับนี้ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมล่าสุดเมื่อ ค.ศ. 2006 (พ.ศ. 2549) อันเป็นเวลาหลังจากที่ พ.ร.บ. อนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ได้ประกาศใช้แล้ว”

หลังจากได้มีการตั้งคณะกรรมการร่างพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการขึ้นมาเพื่อจัดทำร่างพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ และคณะกรรมการร่างพระราชบัญญัตินี้ได้จัดทำพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 สำเร็จจึงเสนอต่อสภาผู้แทนราษฎร และประกาศใช้เมื่อวันที่ 23 เมษายน 2545 โดยมีผลบังคับใช้หลังจากวันประกาศในราชกิจจานุเบกษาเป็นต้นไป¹⁴ คือในวันที่ 24 เมษายน 2545

พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ประกอบไปด้วย 8 หมวดกับ 1 บทเฉพาะกาล ดังนี้ หมวด 1 สัญญาอนุญาโตตุลาการ หมวด 2 คณะอนุญาโตตุลาการ หมวด 3 อำนาจ

¹⁴ ราชกิจจานุเบกษา เล่มที่ 119/ตอนที่ 39 ก/หน้า 1/29 เมษายน 2545

ของคณะอนุญาโตตุลาการ หมวด 4 วิธีพิจารณาชั้นอนุญาโตตุลาการ หมวด 5 คำชี้ขาดและการสิ้นสุด กระบวนการพิจารณา หมวด 6 การคัดค้านคำชี้ขาด หมวด 7 การยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาด หมวด 8 ค่าธรรมเนียม ค่าใช้จ่ายและค่าป่วยการ และบทเฉพาะกาล

จะเห็นได้ว่าพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ได้เพิ่มเติมประเด็นสำคัญของการอนุญาโตตุลาการ จากกฎหมายฉบับเก่าใน 2 ประเด็นคือ

1. อำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการ กล่าวคือ คณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจที่จะวินิจฉัยอำนาจของตนว่าตนมีอำนาจที่จะชี้ขาดข้อพิพาทนั้นหรือไม่ เพื่อไม่ให้การอนุญาโตตุลาการสะดุดหยุดลง เพราะหากให้ศาลวินิจฉัยจะทำให้การอนุญาโตตุลาการสะดุดหยุดลง และถึงอย่างไรก็ตามศาลย่อมมีอำนาจวินิจฉัยอำนาจของอนุญาโตตุลาการเมื่อคำชี้ขาดนั้นได้ถูกเสนอไปยังศาลต่อไป¹⁵

2. การคัดค้านคำชี้ขาด กล่าวคือ พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 ไม่บัญญัติเรื่องการคัดค้านคำชี้ขาดไว้อย่างชัดเจน ได้บัญญัติไว้แต่เพียงว่า “ในกรณีที่คู่กรณีฝ่ายใดไม่ยอมปฏิบัติตามคำชี้ขาดห้ามมิให้บังคับตามคำชี้ขาดนั้น เว้นแต่คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งจะได้ยื่นคำร้องขอต่อศาลที่มีเขตอำนาจและศาลได้มีคำพิพากษาตามคำชี้ขาดนั้น”¹⁶ บทบัญญัติดังกล่าวได้บัญญัติให้คู่พิพาทฝ่ายที่ต้องการให้คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการมีผลบังคับจะต้องยื่นให้ศาลมีคำพิพากษาตามคำชี้ขาดนั้น ซึ่งฝ่ายที่ไม่เห็นด้วยตามคำชี้ขาดจะไม่มีสิทธิ์คัดค้านคำชี้ขาดนั้น เว้นแต่เพียงศาลเห็นว่าคำชี้ขาดนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายที่ใช้บังคับแก่ข้อพิพาทนั้น หรือเป็นคำชี้ขาดที่เกิดจากการกระทำหรือวิธีการอันมิชอบอย่างใดอย่างหนึ่ง หรือมิได้อยู่ในขอบเขตแห่งสัญญาอนุญาโตตุลาการที่มีผลผูกพันตามกฎหมายหรือคำขอของคู่กรณีให้ศาลมีอำนาจทำคำสั่งปฏิเสธไม่รับบังคับตามคำชี้ขาดนั้น¹⁷ พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 จึงให้อำนาจคู่พิพาทฝ่ายที่ไม่เห็นชอบต่อคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการสามารถคัดค้านคำชี้ขาดนั้นได้โดยเสนอต่อศาลให้เพิกถอนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการได้¹⁸

ส่วนหมวด 6 การบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศที่ปรากฏในพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 นั้น พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ได้อยู่ในหมวด 7 การยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาด มาตรา 34 อยู่แล้วโดยได้กล่าวถึงการยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดทั้งที่ใช้กฎหมายไทยและกฎหมายของประเทศอื่นๆด้วย ซึ่งสอดคล้องกับกฎหมายต้นแบบ (Model Law) ที่กล่าวมาแล้วข้างต้น

¹⁵ มาตรา 24 พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545

¹⁶ มาตรา 23 พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530

¹⁷ มาตรา 24 พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530

¹⁸ มาตรา 40 พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545

วิจัยฉบับนี้ผู้วิจัยจึงขอใช้พระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2545 เป็นหลัก ในการศึกษาประเด็นหัวข้อการอนุญาตตุลาการในกฎหมายไทย เนื่องจากเป็นกฎหมายฉบับล่าสุดของไทยที่ได้มีการบัญญัติบทบัญญัติอนุญาตตุลาการไว้ นอกจากนี้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 210-222 ซึ่งเป็นกระบวนการพิจารณาของอนุญาตตุลาการในศาล

3.2 องค์ประกอบและเงื่อนไขของการอนุญาตตุลาการในกฎหมายไทย

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้นว่าผู้วิจัยจะศึกษาในการศึกษาประเด็นหัวข้อการอนุญาตตุลาการในกฎหมายไทย ผู้วิจัยจะใช้พระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2545 เป็นหลัก แต่ถึงอย่างไรก็ตามผู้วิจัยก็ได้ละทิ้งกระบวนการอนุญาตตุลาการในศาลแต่อย่างใด โดยผู้วิจัยจะนำเสนอควบคู่ไปด้วยในประเด็นที่มีความเกี่ยวพันกัน ซึ่งในหัวข้อองค์ประกอบและเงื่อนไขของการอนุญาตตุลาการในกฎหมายไทย ผู้วิจัยจะนำเสนอใน 3 ประเด็น คือ 1) กระบวนการแต่งตั้งอนุญาตตุลาการ 2) การนำข้อพิพาทเข้าสู่กระบวนการ 3) กระบวนการพิจารณาข้อพิพาท หรือวิธีพิจารณาชั้นอนุญาตตุลาการ โดยมีรายละเอียดดังนี้

3.2.1 กระบวนการแต่งตั้งอนุญาตตุลาการ

หากจะกล่าวถึงกระบวนการแต่งตั้งอนุญาตตุลาการในกฎหมายไทยแล้วสามารถแยกได้ประเภทของอนุญาตตุลาการได้ 2 ประเภท คือ 1) การอนุญาตตุลาการในศาล และ 2) การอนุญาตตุลาการนอกศาล แต่ในวิจัยฉบับนี้ผู้วิจัยจะนำการอนุญาตตุลาการในศาลมาแต่เพียงในส่วนที่จำเป็นเท่านั้น เพื่อให้เป็นไปตามระเบียบวิธีการวิจัยที่ได้กล่าวมาในบทที่ 1 ที่ผ่านมา ดังนั้นการแต่งตั้งอนุญาตตุลาการในกฎหมายไทยสามารถอธิบายได้ดังนี้

1. การอนุญาตตุลาการในศาล คือ การระงับข้อพิพาทในทางแพ่งโดยการชี้ขาดโดยบุคคลที่เป็นเอกชนแทนศาล ตามความประสงค์ของคู่ความโดยความเห็นชอบของศาล (คดี ณ นคร 2548 : 429)

การอนุญาตตุลาการในศาลเป็นการอนุญาตตุลาการที่เกิดขึ้นภายหลังจากการที่มีการฟ้องร้องคดีต่อศาลซึ่งคดียังอยู่ระหว่างพิจารณาคดีของศาลชั้นต้น และในระหว่างนั้นคู่ความอาจจะตกลงกันเสนอข้อพิพาทอันเกี่ยวกับประเด็นทั้งหมดหรือแต่ข้อใดข้อหนึ่งให้อนุญาตตุลาการคน

เดียวหรือหลายคนเป็นผู้ชี้ขาดก็ได้ โดยยื่นคำขอร่วมกันกล่าวถึงข้อความแห่งข้อตกลงเช่นว่านั้นต่อศาล ถ้าศาลเห็นว่า ข้อตกลงนั้นไม่มีคกกฎหมายศาลก็จะอนุญาตตามคำขอนั้น¹⁹

การอนุญาตโตตุลาการในศาลตามกฎหมายไทยนั้นได้มีบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ตั้งแต่มาตรา 210 - มาตรา 222 ซึ่งตามประมวลวิธีพิจารณาความแพ่งได้บัญญัติให้ทุกคดีที่อยู่ระหว่างพิจารณาของศาลชั้นต้น คู่ความสามารถเสนอข้อพิพาททั้งหมดหรือแต่เพียงบางส่วนของข้อพิพาทให้อนุญาตโตตุลาการพิจารณาได้ แต่ทั้งนี้ต้องได้รับความเห็นชอบจากศาลก่อน มาตรา 210 ได้บัญญัติว่า

“บรรดาคดีทั้งปวงซึ่งอยู่ในระหว่างพิจารณาของศาลชั้นต้น คู่ความสามารถตกลงกันเสนอข้อพิพาทอันเกี่ยวกับประเด็นทั้งปวงหรือแต่ข้อใดข้อหนึ่ง ให้อนุญาตโตตุลาการคนเดียวหรือหลายคนเป็นผู้ชี้ขาดก็ได้ โดยยื่นคำขอร่วมกันกล่าวถึงข้อความแห่งข้อตกลงเช่นว่านั้นต่อศาล”

กระบวนการในการแต่งตั้งอนุญาตโตตุลาการในศาลนั้น ประมวลวิธีพิจารณาความแพ่งได้บัญญัติไว้ในมาตรา 211 โดยได้แจกแจงกระบวนการแต่งตั้งอนุญาตโตตุลาการไว้ดังนี้

1. ให้คู่ความทั้งสองฝ่ายสามารถแต่งตั้งอนุญาตโตตุลาการได้ฝ่ายละหนึ่งคนเท่านั้น แม้ในกรณีนี้ คู่ความมีโจทก์ร่วมหรือจำเลยร่วมหลายคน ให้ตั้งอนุญาตโตตุลาการเพียงคนหนึ่งแทนโจทก์ร่วมทั้งหมดและคนหนึ่งแทนจำเลยร่วมทั้งหมด²⁰

2. หากคู่ความทั้งสองฝ่าย เห็นพ้องจะแต่งตั้งอนุญาตโตตุลาการคนเดียวกันหรือ คณะอนุญาตโตตุลาการคณะเดียวกัน คู่ความทั้งสองฝ่ายก็ย่อมจะกระทำได้ แต่คู่ความทั้งสองฝ่ายทำเป็นหนังสือลงวัน เดือน ปี และให้คู่ความลงลายมือชื่อไว้เป็นสำคัญ²¹

3. หากคู่ความได้ตกลงให้คู่ความฝ่ายใดเป็นผู้ตั้งอนุญาตโตตุลาการ หรือให้บุคคลภายนอกแต่งตั้งอนุญาตโตตุลาการให้ ก็ต้องทำเป็นหนังสือลงวัน เดือน ปี และให้ลงลายมือชื่อของคู่ความ หรือบุคคลภายนอกที่เป็นผู้แต่งตั้งอนุญาตโตตุลาการ และต้องส่งหนังสือนั้นไปให้คู่ความอีกฝ่ายด้วย²²

¹⁹ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 210

²⁰ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 211 อนุมาตรา (1)

²¹ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 211 อนุมาตรา (2)

²² ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 211 อนุมาตรา (3)

กระบวนการแต่งตั้งอนุญาตตุลาการอนุญาตตุลาการข้างต้น จำต้องส่งให้ศาลเห็นชอบและมีคำสั่งแต่งตั้งบุคคลผู้นั้น หรือคณะอนุญาตตุลาการคณะนั้นเป็นอนุญาตตุลาการก่อน หากศาลไม่เห็นชอบกับการแต่งตั้งดังกล่าวให้ศาลแต่งตั้งบุคคลหรือคณะอนุญาตตุลาการคณะเป็นอนุญาตตุลาการแทนคู่ความ หรือคู่ความมิได้ตั้งหรือเสนอให้ตั้งบุคคลใดเป็นอนุญาตตุลาการ ให้ศาลมีอำนาจตั้งบุคคลใดเป็นอนุญาตตุลาการได้ตามที่เห็นสมควร แล้วให้ศาลส่งคำสั่งเช่นว่านี้ไปยังอนุญาตตุลาการที่ตั้งขึ้น และคู่ความที่เกี่ยวข้องโดยทางเจ้าพนักงานศาล²³

การแต่งตั้งอนุญาตตุลาการที่กล่าวมาข้างต้น หากได้กระทำจนครบกระบวนการแล้วถือว่าการแต่งตั้งอนุญาตตุลาการในศาลเป็นอันครบถ้วนสมบูรณ์ ห้ามมิให้บุคคลหรือคู่ความนั้นถอนการตั้งเสีย เว้นแต่คู่ความอีกฝ่ายหนึ่งจะได้ยินยอมด้วย หรือในกรณีที่ศาลหรือบุคคลภายนอกเป็นผู้ตั้งอนุญาตตุลาการ คู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจะคัดค้านก็ได้ หรือถ้าเป็นกรณีที่คู่ความฝ่ายหนึ่งเป็นผู้ตั้ง คู่ความอีกฝ่ายหนึ่งจะคัดค้านก็ได้ ซึ่งการคัดค้านดังกล่าวเป็นการนำบัญญัติว่าด้วยการคัดค้านผู้พิพากษามาตรา ๑๑ มาใช้ หรือเพราะเหตุที่อนุญาตตุลาการนั้นเป็นผู้ไร้ความสามารถหรือไม่สามารถทำหน้าที่อนุญาตตุลาการได้ หากการคัดค้านการแต่งตั้งอนุญาตตุลาการนั้นฟังขึ้น (ศาลเห็นชอบ) ให้เริ่มกระบวนการแต่งตั้งอนุญาตตุลาการตั้งแต่ต้นใหม่²⁴

คณิต ฌ นคร (2548 : 432) กล่าวว่า “อนุญาตตุลาการในทางหนึ่งเป็นผู้ช่วยศาลการคัดค้านอนุญาตตุลาการจึงมีทำนองเดียวกับการคัดค้านพยานผู้เชี่ยวชาญ”

การแต่งตั้งอนุญาตตุลาการในศาลจำต้องชำระค่าธรรมเนียมศาล โดยวิธีการชำระค่าธรรมเนียมศาลประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งได้บัญญัติไว้ในมาตรา 214 โดยได้บัญญัติไว้ว่า

“ถ้าในข้อตกลงมิได้กำหนดค่าธรรมเนียมอนุญาตตุลาการไว้
อนุญาตตุลาการขอที่จะเสนอความข้อนี้ต่อศาลโดยทำเป็นคำร้อง และ
ให้ศาลมีอำนาจมีคำสั่งให้ชำระค่าธรรมเนียมตามที่เห็นสมควร”

กระบวนการแต่งตั้งอนุญาตตุลาการในศาลดังที่กล่าวมาแล้วนั้นถือเป็นกระบวนการแต่งตั้งที่ชอบด้วยกฎหมายแล้ว ซึ่งปรากฏกระบวนการแต่งตั้งในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ตั้งแต่มาตรา 210-214

²³ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 211 อนุมาตรา (4)

²⁴ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 213

2. การอนุญาตตุลาการนอกศาล

กระบวนการแต่งตั้งอนุญาตตุลาการนอกศาลในกฎหมายไทย ผู้วิจัยขอนำมาแต่เฉพาะที่มีบัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2545 เนื่องจากได้มีบัญญัติในมาตรา 4 ว่าบทบัญญัติได้อ้างถึงบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งในส่วนที่เกี่ยวกับอนุญาตตุลาการนอกศาลให้ถือว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นอ้างถึงพระราชบัญญัตินี้

ดังนั้นกระบวนการแต่งตั้งอนุญาตตุลาการนอกศาลในกฎหมายไทยจึงได้มีบัญญัติไว้โดยแจ่มแจ้งรายละเอียดถึงกระบวนการแต่งตั้งอนุญาตตุลาการนอกศาลอย่างละเอียดในพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2545 โดยยึดหลักความเป็นอิสระของคู่พิพาทในการทำสัญญาแต่งตั้งอนุญาตตุลาการ โดยมีองค์ประกอบ เงื่อนไข และวิธีการต่างๆ ที่มีกำหนดไว้เป็นการเฉพาะดังนี้

ก. องค์ประกอบและเงื่อนไขการแต่งตั้งอนุญาตตุลาการ

พระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2545 ยังคงไว้ซึ่งอำนาจของศาลที่จะต้องเข้ามาช่วยดูแลให้การอนุญาตตุลาการเป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งได้มีการกำหนดเขตอำนาจศาลไว้ในมาตรา 9 ทั้งนี้การที่กำหนดเขตอำนาจศาลไว้ให้การอนุญาตตุลาการนั้นสามารถมีผลบังคับได้ด้วยการอาศัยอำนาจตุลาการ และคอยช่วยสนับสนุนให้การอนุญาตตุลาการนอกศาลสามารถดำเนินการต่อไปไม่ต้องสะดุดหยุดลงหากแม้ว่าคู่พิพาทไม่มีสามารถหาข้อตกลงกันได้หรือไม่ที่กำหนดไว้ในสัญญาระหว่างกันของคู่พิพาท หรือแม้แต่ในกรณีที่คู่พิพาทไม่ดำเนินการตามที่มีกำหนดในสัญญา หรือดำเนินการล่าช้ากว่าที่มีกำหนดในสัญญา คู่พิพาทฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดสามารถยื่นคำร้องต่อศาลให้ดำเนินการแต่งตั้งอนุญาตตุลาการแทนได้ ดังนี้

1) การเสนอ และการตอบรับในการแต่งตั้งอนุญาตตุลาการ

การอนุญาตตุลาการนั้นวางอยู่บนพื้นฐานสัญญา ซึ่งคู่พิพาทได้ตกลงกันด้วยใจสมัคร หากมีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ยินยอมเข้าสู่กระบวนการอนุญาตตุลาการแล้ว การแต่งตั้งอนุญาตตุลาการก็ย่อมไม่สามารถเกิดขึ้นได้ ดังนั้นกระบวนการและวิธีการแต่งตั้งอนุญาตตุลาการก็ย่อมสามารถมีกำหนดไว้ก่อนได้ในสัญญาอนุญาตตุลาการ ซึ่งคู่พิพาทอาจได้เขียนไว้ในสัญญาในขณะที่ยังไม่มีข้อพิพาท หรือข้อพิพาทนั้นได้เกิดขึ้นแล้ว แต่กระบวนการแต่งตั้งอนุญาตตุลาการที่คู่พิพาทได้กำหนดนั้นก็ย่อมจะต้องไม่ขัดต่อกฎหมาย หรือความสงบเรียบร้อย และศีลธรรมอันดีของประชาชน อันเป็นพื้นฐานของบทบัญญัติกฎหมายว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา เพราะหากขัดกฎหมาย

หรือความสงบเรียบร้อย และศีลธรรมอันดีของประชาชน สัญญานั้นก็ย่อมเป็นโมฆะ และศาลอาจสั่งยกเลิกกระบวนการอนุญาตตุลาการได้ในภายหลัง หรือเป็นเหตุให้สามารถยื่นอุทธรณ์คำสั่งศาลได้ต่อไปตามมาตรา 45 (1)

ดังมีคำพิพากษาศาลฎีกา ที่ 4896/2557 โดยผู้คัดค้านอุทธรณ์ในประเด็นอนุญาตตุลาการทำคำวินิจฉัยชี้ขาดคดีนี้มานานถึงหนึ่งปี ย่อมขัดต่อข้อบังคับสำนักงานศาลยุติธรรมว่าด้วยอนุญาตตุลาการ ข้อ 27 ที่ต้องทำคำชี้ขาดให้เสร็จภายในกำหนดเวลาหนึ่งร้อยแปดสิบวันนับแต่วันที่ตั้งอนุญาตตุลาการนั้น ซึ่งศาลฎีกาได้วินิจฉัยคำคัดค้านดังกล่าวแล้วมีคำพิพากษาว่า “ข้อบังคับดังกล่าวเป็นเพียงกรอบเวลาที่ได้กำหนดให้ดำเนินการเท่านั้น การที่อนุญาตตุลาการไม่อาจทำคำชี้ขาดได้เสร็จภายในกำหนดเวลาตามข้อบังคับไม่ถึงกับทำให้กระบวนการพิจารณาในชั้นอนุญาตตุลาการไม่ชอบด้วยกฎหมายแต่อย่างใด ดังนั้นการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการจึงไม่เป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนตาม พ.ร.บ.อนุญาตตุลาการ พ.ศ.2545 มาตรา 45 (1)”

ดังนั้นการแต่งตั้งอนุญาตตุลาการนอกศาลจึงอาศัยผลแห่งสัญญาทั้งสองฝ่ายเป็นหลักในการแต่งตั้งอนุญาตตุลาการ พระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2545 จึงได้มีการให้ความหมายของคำว่า สัญญาอนุญาตตุลาการไว้ในมาตรา 11 วรรคแรกว่า

“สัญญาอนุญาตตุลาการ หมายถึง สัญญาที่คู่สัญญาตกลงให้ระงับข้อพิพาททั้งหมดหรือบางส่วนที่เกิดขึ้นแล้วหรือที่อาจเกิดขึ้นในอนาคตไม่ว่าจะเกิดจากนิติสัมพันธ์ทางสัญญาหรือไม่โดยวิธีอนุญาตตุลาการ ทั้งนี้ สัญญาอนุญาตตุลาการอาจเป็นข้อสัญญาหนึ่งในสัญญาหลัก หรือเป็นสัญญาอนุญาตตุลาการแยกต่างหากก็ได้”

นอกจากความหมายของสัญญาอนุญาตตุลาการแล้ว พระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2545 ยังได้อธิบาย แจกแจงลักษณะแห่งสัญญา แบบและหลักฐานแห่งสัญญา ความสมบูรณ์แห่งสัญญา รวมทั้งการอุดช่องว่างที่อาจเกิดขึ้นในกระบวนการแต่งตั้งอนุญาตตุลาการตามสัญญาของคู่พิพาทที่จะต้องทำตามสัญญา

2) ผู้แต่งตั้งอนุญาตตุลาการ

การอนุญาตตุลาการนอกศาลนั้นจะเกิดขึ้นได้ก็ต่อเมื่อมีสัญญาอนุญาตตุลาการขึ้นมา ดังนั้นโดยทั่วไปแล้วการแต่งตั้งอนุญาตตุลาการย่อมมีอิสระและอำนาจในการที่จะตกลง

กำหนดวิธีการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการให้เป็นอย่างไรก็ได้แล้วแต่คู่สัญญานั้นจะเห็นสมควร เสาวนีย์ อัครโรจน์ (2554 : 125) กล่าวว่า “ตามปกติคู่กรณีจะเป็นผู้ตั้งอนุญาโตตุลาการเพื่อพิจารณาข้อพิพาทข้อพิพาทของตน และมีความเท่าเทียมกันในการตั้งอนุญาโตตุลาการ เช่น คู่กรณีมีสิทธิตั้งอนุญาโตตุลาการได้ฝ่ายละเท่ากัน ตัวอย่างเช่น มีอนุญาโตตุลาการ 3 คน คู่กรณีตั้งฝ่ายละ 1 คน และอนุญาโตตุลาการคนที่สามนั้น คู่กรณีจะร่วมกันตั้ง หรือให้อนุญาโตตุลาการสองคนนั้นร่วมกันตั้ง หรือให้บุคคลภายนอกเป็นคนตั้งก็ได้”

การตั้งอนุญาโตตุลาการนั้น นอกจากคู่กรณีจะตั้งเองแล้ว ยังสามารถมอบหมายให้บุคคลภายนอกตั้งอนุญาโตตุลาการได้ตามที่มีบัญญัติไว้ในมาตรา 6 วรรคแรกนอกจากนั้นแล้ว คู่สัญญาหรือคู่พิพาทยังมีอำนาจที่จะมอบหมายให้บุคคลอื่นทำการแทนตนได้ ศิวตล กาทอง (2554 : 13) กล่าวว่า การที่คู่สัญญาตกลงกำหนดวิธีการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการเองนั้น ตามมาตรา 6 วรรคสอง ให้รวมถึงการตกลงกันกำหนดวิธีการแต่งตั้งทางอ้อมด้วยการกำหนดให้ดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการตามข้อบังคับของสถาบันอนุญาโตตุลาการแห่งใดแห่งหนึ่ง ซึ่งตามปกติข้อบังคับของสถาบันต่างๆ จะกำหนดวิธีการหรือขั้นตอนในการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการไว้ด้วย ในกรณีเช่นนี้ ต้องถือว่าคู่สัญญามีการตกลงกำหนดวิธีการหรือขั้นตอนในการแต่งตั้งไว้แล้ว การแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการจะต้องดำเนินการตามข้อบังคับอนุญาโตตุลาการของสถาบันที่กำหนด

3) ข้อพิพาทที่อนุญาโตตุลาการวินิจฉัยชี้ขาดได้

ตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 11 ได้กำหนดประเภทของข้อพิพาทที่อนุญาโตตุลาการวินิจฉัยชี้ขาดได้ไว้ 2 ประการด้วยกันคือ

(1) ข้อพิพาทที่เกิดจากนิติสัมพันธ์ทางสัญญาหรือทางอื่น

ตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 11 ได้มีการบัญญัติว่าข้อพิพาทนั้นจะเกิดจากนิติสัมพันธ์ทางสัญญาหรือไม่ก็ได้ ดังนั้นการระงับข้อพิพาทนั้นสามารถระงับได้ทั้งที่เป็นข้อพิพาทที่เกิดจากนิติสัมพันธ์ทางสัญญาหรือทางอื่น อนันต์ จันทโรภากร (2558 : 122) กล่าวว่า “ข้อพิพาทที่คู่พิพาทจะตกลงกันเสนอให้อนุญาโตตุลาการวินิจฉัยชี้ขาดนั้นจะเป็นข้อพิพาทที่เกิดจากนิติสัมพันธ์ทางสัญญาหรือไม่ก็ได้ โดยข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจากนิติสัมพันธ์ทางสัญญานั้น ก็ได้จำกัดว่าจะต้องเป็นสัญญาทางแพ่ง หรือสัญญาทางพาณิชย์ หรือคู่สัญญาจำต้องเป็นจะต้องเป็นเอกชนด้วยกันเท่านั้น”

กรณีของสัญญาที่มีได้เกิดจากนิติสัมพันธ์ทางสัญญา ถ้าเป็นข้อพิพาททางแพ่งโดยหลักแล้วก็สามารถใช้วิธีอนุญาโตตุลาการเพื่อระงับข้อพิพาทดังกล่าวได้ เช่น คดีละเมิด ลากม็ควรถัดหรือจัดการงานนอกสั่ง แต่มาจะเป็นข้อพิพาททางแพ่ง หากกรณีดังกล่าวกฎหมายกำหนดว่าจะต้องใช้คำสั่งของศาลเท่านั้น กรณีเช่นนี้ก็ไม่สามารถที่จะเสนอให้อนุญาโตตุลาการวินิจฉัยชี้ขาดได้ (อนันต์ จันทโรภากร 2558 : 122) เช่น การตั้งผู้จัดการมรดก การสั่งให้เป็นบุคคลสาบสูญ เป็นต้น

สำหรับข้อพิพาททางอาญานั้นแม้ว่าจะเป็นข้อพิพาทที่เกิดจากนิติสัมพันธ์ทางอื่น และเป็นความผิดอันยอมความกันได้หรือไม่ก็ตาม ก็มีอาจเสนอให้อนุญาโตตุลาการวินิจฉัยชี้ขาดได้ อนันต์ จันทโรภากร (2558 : 122-123) กล่าวว่า “การตัดสินว่าการกระทำใดมีความผิดทางอาญาหรือไม่เป็นเรื่องที่จะต้องวางแนวทางให้เป็นอย่างเดียวกัน เนื่องจากศาลเป็นองค์กรถาวรของรัฐ และบุคคลทุกคนมีความเสมอภาคกัน คำพิพากษาเรื่องหนึ่งย่อมเป็นบรรทัดฐานของคดีเรื่องหลังได้ แต่ในกรณีของอนุญาโตตุลาการนั้น เมื่อมีการวินิจฉัยเรื่องใดเรื่องหนึ่งเสร็จสิ้นแล้ว อำนาจของอนุญาโตตุลาการก็สิ้นสุดลง คำชี้ขาดข้อพิพาทเรื่องใดโดยอนุญาโตตุลาการมีผลผูกพันคู่พิพาทเท่านั้น ไม่มีผลต้องให้อนุญาโตตุลาการในคดีเรื่องหลังจำต้องถือเป็นบรรทัดฐาน และอีกประการหนึ่งอนุญาโตตุลาการไม่ได้เป็นผู้ใช้อำนาจของรัฐ ดังนั้นจึงไม่อาจกำหนดการลงโทษแก่ผู้ใดได้ ด้วยเหตุนี้อนุญาโตตุลาการจึงไม่มีอำนาจวินิจฉัยและชี้ขาดข้อพิพาททางอาญาได้ แม้ในกรณีความผิดอันยอมความกันได้”

(2) ข้อพิพาทที่เกิดขึ้นแล้วหรือจะเกิดขึ้นในอนาคต

พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 11 ได้มีการบัญญัติว่า สัญญาอนุญาโตตุลาการเป็นการทำสัญญาที่คู่สัญญาตกลงให้ระงับข้อพิพาททั้งหมดหรือบางส่วนที่เกิดขึ้นแล้วหรือที่อาจเกิดขึ้นในอนาคตไม่ได้ ดังนั้นการตั้งอนุญาโตตุลาการขึ้นมานั้นสามารถตั้งข้อมาเพื่อให้ข้อพิพาทที่อนุญาโตตุลาการวินิจฉัยชี้ขาดได้ อนันต์ จันทโรภากร (2558 : 122-123) กล่าวว่า “ในปัจจุบัน ทุกประเทศต่างยอมรับกันว่าไม่ว่าจะเป็นข้อพิพาทที่เกิดขึ้นแล้ว หรือข้อพิพาทที่จะเกิดขึ้นในอนาคต ก็สามารถที่จะตกลงกันให้ใช้วิธีอนุญาโตตุลาการวินิจฉัย และชี้ขาดได้”

ข. พยานหลักฐานในกระบวนการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ

เนื่องจากสัญญาอนุญาโตตุลาการ เป็นสัญญาที่จัดทำขึ้นระหว่างคู่พิพาทที่ประสงค์ระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้น หรือข้อพิพาทที่จะเกิดขึ้นในอนาคตกับบุคคลที่ตนประสงค์จะแต่งตั้งให้เป็นอนุญาโตตุลาการเพื่อมอบข้อพิพาทนั้นให้ทำการวินิจฉัยชี้ขาดต่อไป ดังนั้นการแต่งตั้ง

อนุญาโตตุลาการจึงเป็นสัญญาที่ต้องมีผู้เสนอสนองดังที่กล่าวผ่านมาแล้วในองค์ประกอบของกระบวนการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการข้างต้น พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 จึงได้บัญญัติเกี่ยวกับหลักฐานแห่งสัญญาอนุญาโตตุลาการไว้ในมาตรา 11 วรรคสอง และสามว่า

“สัญญาอนุญาโตตุลาการต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือลงลายมือชื่อคู่สัญญา เว้นแต่ถ้าปรากฏข้อสัญญาในเอกสารที่คู่สัญญาได้ตอบทางจดหมาย โทรสาร โทรเลข โทรพิมพ์ การแลกเปลี่ยนข้อมูลโดยมีการลงลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์หรือทางอื่นซึ่งมีการบันทึกข้อสัญญานั้นไว้ หรือมีการกล่าวอ้างข้อสัญญาในข้อเรียกร้องหรือข้อคัดค้านและคู่สัญญาฝ่ายที่มีได้กล่าวอ้างไม่ปฏิเสธให้ถือว่ามิสัญญาอนุญาโตตุลาการแล้ว

สัญญาที่มีหลักฐานเป็นหนังสืออันได้กล่าวถึงเอกสารใดที่มีข้อตกลงให้ระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการ โดยมีวัตถุประสงค์ให้ข้อตกลงนั้นเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาหลัก ให้ถือว่ามิสัญญาอนุญาโตตุลาการแล้ว”

เมื่อพิจารณามาตรา 11 วรรคสองและสามจะเป็นได้ว่า พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ได้กำหนดพยานหลักฐานของสัญญาอนุญาโตตุลาการไว้อย่างชัดเจนว่า สัญญาอนุญาโตตุลาการต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือลงลายมือชื่อคู่สัญญา ซึ่งการทำเป็นหนังสือนี้เป็นหนังสือที่ลงลายมือชื่อคู่สัญญาไว้ ไม่จำเป็นต้องทำเป็นรูปสัญญา เพียงแต่ให้มีการลงลายมือชื่อจากคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย โดยไชวัฒน์ บุณนาค (2552 : 33) กล่าวว่า “คำว่า “หลักฐานเป็นหนังสือ” ไม่จำเป็นต้องทำเป็นรูปสัญญาเพียงแต่ให้มีข้อความพอเข้าใจได้ว่าคู่สัญญาตกลงระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการก็เป็นอันใช้ได้แล้ว เป็นที่น่าสังเกตว่ากฎหมายบัญญัติให้มีหลักฐานเป็นหนังสือ “ลงลายมือชื่อคู่สัญญา” ซึ่งมีได้หมายความเฉพาะคู่สัญญาฝ่ายที่ถูกนำหลักฐานนั้นมายืนยันเพียงเท่านั้น แต่น่าจะรวมไปถึงคู่สัญญาที่นำหลักฐานมากกล่าวอ้างด้วย”

ธวัชชัย สุวรรณพานิช (2557 : 97) กล่าวว่า “รูปแบบของสัญญาตามข้อนี้มีลักษณะต่างจากหลักฐานเป็นหนังสือตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ซึ่งบัญญัติว่าหลักฐานเป็นหนังสือลงลายมือชื่อฝ่ายที่ต้องรับผิดชอบ เช่น สัญญากู้ยืมเงิน ลงลายมือชื่อฝ่ายผู้กู้ก็สามารถฟ้องร้องบังคับคดีได้ แต่กรณีของสัญญาอนุญาโตตุลาการนั้นต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือลงลายมือชื่อทุกฝ่ายทำให้เข้าใจได้ว่าหลักฐานเป็นหนังสือลงลายมือชื่อคู่สัญญาอาจเป็นสัญญาอนุญาโตตุลาการในตัวนั่นเอง”

เห็นได้ว่าพยานหลักฐานในการในการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการตามกฎหมายไทยนั้น กฎหมายได้บัญญัติเพียงให้มีหลักฐานเป็นหนังสือลงลายมือชื่อคู่สัญญา ไม่ได้บัญญัติให้มีพยานบุคคล แต่อย่างใด ดังนั้นสัญญาอนุญาโตตุลาการสามารถเกิดขึ้นได้เพียงแค่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายทำสัญญาเป็น หนังสือและลงลายมือชื่อทั้งสองฝ่ายเป็นหลักฐานไว้

อย่างไรก็ตาม พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 11 วรรคสองได้ กำหนดข้อยกเว้นไว้เกี่ยวกับหลักฐานเป็นหนังสือลงลายมือชื่อคู่สัญญาว่า หากมีปรากฏข้อสัญญาใน เอกสารที่คู่สัญญาได้ตอบทางจดหมาย โทรสาร โทรเลข โทรพิมพ์ การแลกเปลี่ยนข้อมูลโดยมีการลง ลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์หรือทางอื่นซึ่งมีการบันทึกข้อสัญญานั้นไว้ หรือมีการกล่าวอ้างข้อสัญญาใน ข้อเรียกร้องหรือข้อคัดค้านและคู่สัญญาฝ่ายที่มีได้กล่าวอ้างไม่ปฏิเสธให้ถือว่ามิสัญญา อนุญาโตตุลาการแล้ว กล่าวคือหากมีการส่งเอกสารได้ตอบผ่านสื่อต่างๆที่ต้องลงลายมือชื่อในการส่ง หรือเข้าใช้ก็สามารถใช้เป็นสัญญาอนุญาโตตุลาการได้ หากคู่สัญญาอีกฝ่ายมิได้ทำการปฏิเสธ

เมื่อสัญญาอนุญาโตตุลาการมีองค์ประกอบ เงื่อนไข และวิธีการต่างๆที่มีกำหนดไว้ เป็นการเฉพาะครบถ้วนแล้วกระบวนการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการจึงเกิดขึ้น โดยจำมี วิธีการแต่งตั้ง องค์คณะอนุญาโตตุลาการ และคุณสมบัติของอนุญาโตตุลาการดังนี้

1) วิธีการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ

วิธีการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการนั้นจะเกิดขึ้นได้ด้วย 3 วิธีคือ

(1) การแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการโดยสัญญา กล่าวคือ กรณีที่คู่พิพาทได้ กำหนดการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการไว้อย่างไรให้คู่พิพาทดำเนินการตามที่มีกำหนดไว้ในสัญญานั้น

(2) การแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการโดยกฎหมาย กล่าวคือ กรณีที่คู่พิพาทไม่อาจตกลงกันได้ในกรณีที่กำหนดให้มีอนุญาโตตุลาการเพียงคนเดียว หรือคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ ดำเนินการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการภายในระยะเวลา 30 วันตามที่กฎหมายกำหนด ให้คู่พิพาทอีกฝ่าย ยื่นคำร้องต่อศาลให้มีคำสั่งแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ

(3) การแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการโดยศาล กล่าวคือ กรณีที่มีได้มีการกำหนดวิธีการ ที่จะได้มาซึ่งอนุญาโตตุลาการ ให้คู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งยื่นคำร้องต่อศาลให้แต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ ให้

เมื่อมีการเสนอชื่อบุคคลใดให้เป็นอนุญาโตตุลาการ บุคคลนั้นจะต้องยอมรับที่จะทำหน้าที่อนุญาโตตุลาการด้วย หากผู้ที่ได้รับการเสนอชื่อเป็นอนุญาโตตุลาการนั้นไม่ยอมรับการเป็นอนุญาโตตุลาการการแต่งตั้งผู้นั้นเป็นอนุญาโตตุลาการได้

จากมาตราดังกล่าวข้างต้นสรุปได้ว่าการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการนั้นขึ้นอยู่กับสัญญาระหว่างคู่พิพาท โดยคู่พิพาทมีอิสระและอำนาจอย่างเต็มที่ที่จะแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการหรืออาจมอบหมายให้ตัวแทนเป็นผู้แต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ ซึ่งตัวแทนของคู่พิพาทอาจเป็นสถาบันอนุญาโตตุลาการที่ยอมรับได้ หรือตกลงนำเอาเงื่อนไขหรือข้อบังคับของอนุญาโตตุลาการมากำหนดคุณสมบัติของอนุญาโตตุลาการก็ได้

ดังนั้นการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 จึงมี 3 วิธีดังนี้

(1) คู่พิพาทเป็นผู้แต่งตั้งเองโดยตรง กล่าวคือคู่พิพาทแต่ละฝ่ายต่างแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการฝ่ายละเท่าๆกันเพื่อเป็นอนุญาโตตุลาการแล้วให้คณะอนุญาโตตุลาการที่ได้รับการแต่งตั้งจากทั้งสองฝ่ายสรรหาบุคคลมาอีกคนหนึ่งเพื่อเป็นประธานคณะอนุญาโตตุลาการเพื่อให้คณะอนุญาโตตุลาการมีจำนวนเป็นจำนวนคี่ ซึ่ง พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545ได้กำหนดไว้ในมาตรา 17 ดังจะกล่าวต่อไปในเรื่องจำนวนอนุญาโตตุลาการ

(2) บุคคลที่สามเป็นผู้แต่งตั้งคณะอนุญาโตตุลาการให้แก่คู่พิพาท กล่าวคือคู่พิพาทมีข้อตกลงร่วมกันว่าให้บุคคลที่สามที่ไม่ใช่คู่พิพาทเป็นผู้แต่งตั้งคณะอนุญาโตตุลาการซึ่งบุคคลที่สามในที่นี้จากเป็นสถาบันอนุญาโตตุลาการที่ยอมรับได้

(3) ผสมผสานทั้งสองวิธี กล่าวคือ คู่พิพาทต่างฝ่ายต่างแต่งตั้งคณะอนุญาโตตุลาการฝ่ายตัวเองขึ้นแล้วให้บุคคลที่สามแต่งตั้งประธานคณะอนุญาโตตุลาการขึ้นมาหนึ่งคนเพื่อร่วมเป็นคณะอนุญาโตตุลาการชี้ขาดข้อพิพาทที่สมบูรณ์และมีจำนวนคี่ตามกฎหมายกำหนด

การจะใช้วิธีการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการโดยวิธีใดนั้นขึ้นอยู่กับสัญญาของคู่พิพาททั้งสองฝ่ายจะระบุไว้ แต่หากคู่พิพาทไม่ได้กำหนดวิธีการแต่งตั้งคณะอนุญาโตตุลาการไว้ มาตรา 18 ได้กำหนดวิธีการไว้ ซึ่งได้บัญญัติว่า

(1) ในกรณีที่กำหนดให้คณะอนุญาโตตุลาการประกอบด้วย
อนุญาโตตุลาการเพียงคนเดียว ถ้าคู่พิพาทไม่อาจตกลงกันได้ ให้คู่พิพาท

ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งยื่นคำร้องต่อศาลที่มีเขตอำนาจให้มีคำสั่งตั้งคณะ
อนุญาโตตุลาการแทน

(2) ในกรณีที่กำหนดให้คณะอนุญาโตตุลาการประกอบด้วย
อนุญาโตตุลาการมากกว่าหนึ่งคน ให้คู่พิพาทตั้งอนุญาโตตุลาการฝ่ายละ
เท่ากัน และให้อนุญาโตตุลาการดังกล่าวร่วมกันตั้งอนุญาโตตุลาการอีกคน
หนึ่ง แต่ถ้าคู่พิพาทฝ่ายใดมิได้ตั้งอนุญาโตตุลาการภายในสามสิบวันนับแต่
วันที่ได้รับแจ้งจากคู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่งให้ตั้งอนุญาโตตุลาการ หรือถ้า
อนุญาโตตุลาการทั้งสองฝ่ายไม่อาจร่วมกันตั้งประธานคณะ
อนุญาโตตุลาการได้ภายในสามสิบวันนับแต่วันที่ผู้นั้นได้รับการตั้งให้เป็น
อนุญาโตตุลาการ ให้คู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งยื่นคำร้องต่อศาลที่มีเขต
อำนาจให้มีคำสั่งตั้งอนุญาโตตุลาการ หรือประธานคณะอนุญาโตตุลาการ
แทน

ตั้งที่ได้กล่าวมาแล้วตามปกติคู่กรณีจะเป็นผู้ตั้งอนุญาโตตุลาการเพื่อพิจารณาชี้ขาด
ข้อพิพาทของตนและมีความเท่าเทียมกันในการตั้งอนุญาโตตุลาการ (เสาวนีย์ อัครวจน.2554 :
125) แต่หากในสัญญาอนุญาโตตุลาการคู่พิพาทมิได้กำหนดวิธีการตั้งคณะอนุญาโตตุลาการไว้มาตรา
18 โดยได้บัญญัติไว้สองกรณีหลักคือ

1. คู่พิพาทได้กำหนดคณะอนุญาโตตุลาการ²⁵ มีเพียงคนเดียว ให้คู่พิพาทร่วมกัน
แต่งตั้งผู้ที่จะมาเป็นอนุญาโตตุลาการ แต่หากคู่พิพาทตกลงกันไม่ได้ในการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ
คู่พิพาทอาจยื่นคำร้องต่อศาลให้แต่งตั้งอนุญาโตตุลาการที่ย่อมกระทำได้ ดังมีบัญญัติในมาตรา 18
อนุมาตรา (1) ว่า

“ในกรณีที่กำหนดให้คณะอนุญาโตตุลาการประกอบด้วย
อนุญาโตตุลาการเพียงคนเดียว ถ้าคู่พิพาทไม่อาจตกลงกันได้ ให้คู่พิพาท
ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งยื่นคำร้องต่อศาลที่มีเขตอำนาจให้มีคำสั่งตั้งคณะ
อนุญาโตตุลาการแทน”

ไชยวัฒน์ บุณนาค (2552 :69) ได้อธิบายคำว่า “ในกรณีที่คู่พิพาทมิได้กำหนด
วิธีการตั้งคณะอนุญาโตตุลาการไว้เป็นอย่างอื่น” ว่า “หมายความรวมถึงกรณีที่คู่พิพาทมิได้ตกลงกันที่

²⁵ คณะอนุญาโตตุลาการจะมีคนเดียวหรือหลายคนก็ได้ ดูมาตรา 5

จะใช้ข้อบังคับอนุญาตตุลาการของสถาบันหนึ่งสถาบันใดด้วย ในกรณีที่มีการตกลงกันดังกล่าว การตั้งอนุญาตตุลาการก็ต้องเป็นไปตามข้อบังคับอนุญาตตุลาการของสถาบันอนุญาตตุลาการนั้น”²⁶

รวิชัย สุวรรณพานิช (2557:62-63) กล่าวว่า “นอกจากนี้ปัญหาการตั้งอนุญาตตุลาการที่สำคัญ คือ กฎหมายของประเทศต่างๆ ได้ยอมรับหลักการความเสมอภาคในการตั้งอนุญาตตุลาการ กล่าวคือ กรณีคณะอนุญาตตุลาการคนเดียว การตั้งอนุญาตตุลาการต้องร่วมกันตั้งระหว่างคู่พิพาททั้งสองฝ่าย”

2. กรณีที่กำหนดให้คณะอนุญาตตุลาการประกอบด้วยอนุญาตตุลาการมากกว่าหนึ่งคน ให้คู่พิพาทตั้งอนุญาตตุลาการฝ่ายละเท่ากัน และให้อนุญาตตุลาการดังกล่าวร่วมกันตั้งอนุญาตตุลาการอีกคนหนึ่ง²⁷ เช่น ในสัญญาอนุญาตตุลาการได้กำหนดจำนวนอนุญาตตุลาการว่า คู่พิพาทแต่ละฝ่ายมีสิทธิ์ตั้งอนุญาตตุลาการฝ่ายละ 2 คน เมื่อคู่พิพาทสามารถตั้งอนุญาตตุลาการตามสัญญาอนุญาตตุลาการแล้ว ให้อนุญาตตุลาการที่คู่พิพาททั้งสองฝ่ายได้ตั้งแล้วนั้น ตั้งอนุญาตตุลาการการขึ้นมามีอีกหนึ่งคนเพื่อเป็นประธานอนุญาตตุลาการ รวมทั้งหมดเป็น 5 คน ซึ่งเป็นจำนวนที่ตามที่ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 17 วรรคแรก

รวิชัย สุวรรณพานิช (2557:63) กล่าวว่า “ปรากฏอยู่บ่อยๆ ว่าคู่พิพาททั้งสองฝ่ายไม่ต้องการปฏิบัติตามสัญญาอนุญาตตุลาการ มักเพิกเฉยไม่ยอมให้ความร่วมมือ หรือปรากฏว่า คู่พิพาททั้งสองฝ่ายไม่สามารถตกลงกันได้ ดังนั้นคู่พิพาทฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดจะร้องขอต่อศาลให้ตั้งอนุญาตตุลาการแทนคู่พิพาท”

ด้วยเหตุดังกล่าวข้างต้น พระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2545 จึงได้บัญญัติวิธีตั้งคณะอนุญาตตุลาการเพิ่มเติมไว้ในมาตรา 18 อนุมาตรา (2) นั่นคือวิธีที่ 3 ในการตั้งอนุญาตตุลาการ

3. ถ้าหากคู่พิพาทฝ่ายใดไม่ได้ตั้งอนุญาตตุลาการภายในสามสิบวันนับแต่วันที่รับแจ้งจากคู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่งให้ตั้งอนุญาตตุลาการ หรือถ้าอนุญาตตุลาการทั้งสองฝ่ายไม่อาจร่วมกันตั้งประธานคณะอนุญาตตุลาการได้ภายในสามสิบวันนับแต่วันที่ผู้นั้นได้รับการตั้งให้เป็น

²⁶ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2562/2540

²⁷ มาตรา 18 อนุมาตรา (2) พระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2545

อนุญาตตุลาการ ให้คู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งยื่นคำร้องต่อศาลที่มีเขตอำนาจให้มีคำสั่งตั้ง
อนุญาตตุลาการ หรือประธานคณะอนุญาตตุลาการแทน²⁸

วิธีที่ 3 เป็นวิธีที่ใช้แก้ปัญหาการแต่งตั้งอนุญาตตุลาการมิให้การตั้ง
อนุญาตตุลาการสะดุดหยุดลง โดยศาลเข้ามาเป็นผู้ตั้งอนุญาตตุลาการแทนคู่พิพาท ไม่ว่าจะเป็
กรณีที่คู่พิพาทไม่สามารถตั้งอนุญาตตุลาการได้เลย หรือตั้งอนุญาตตุลาการได้แล้ว แต่ไม่สามารถตั้ง
ประธานอนุญาตตุลาการได้ ซึ่งเป็นไปตามกฎหมายแม่แบบ (Model Law)

ไชยวัฒน์ บุนนาค (2552 :70) กล่าวว่า “เมื่อคู่พิพาท หรืออนุญาตตุลาการไม่
สามารถตั้งอนุญาตตุลาการตาม อนุมาตรา (1) หรือ (2) ได้ และศาลเป็นผู้แต่งตั้งในที่สุด คู่พิพาทจะ
อุทธรณ์คำสั่งศาลในการตั้งอนุญาตตุลาการไม่ได้ เหตุที่เป็นเช่นนี้ เพราะว่า article 11 (5) ของ
Model Law ได้ว่ากรอกรการใช้ดุลพินิจของศาลในการตั้งอนุญาตตุลาการไว้ว่า ต้องเลือกผู้ที่มี
คุณสมบัติตามที่คู่สัญญาตกลงกัน

และหากคู่พิพาทคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเห็นว่าคู่พิพาทอีกฝ่ายมิได้ดำเนินการตาม
วิธีการที่กำหนดไว้ก็ดี หรือคู่พิพาทหรืออนุญาตตุลาการไม่อาจตกลงกันตามวิธีการที่กำหนดไว้ก็ดี
หรือบุคคลที่สามหรือหน่วยงานใดหน่วยงานหนึ่งมิได้ดำเนินการตามวิธีการที่กำหนดไว้ก็ดี คู่พิพาทฝ่าย
ใดฝ่ายหนึ่งยื่นคำร้องต่อศาลที่มีเขตอำนาจให้ดำเนินการตั้งอนุญาตตุลาการตามที่ศาลเห็นสมควรได้
ตามความในมาตรา 18 วรรคท้าย”

2) คณะอนุญาตตุลาการ

ดังที่กล่าวมาแล้วการแต่งตั้งอนุญาตตุลาการจำเป็นต้องเป็นจำนวนคี่ เนื่องจาก
กฎหมายได้บัญญัติไว้ให้เป็นจำนวนคี่ ดังที่มีบัญญัติในมาตรา 17 วรรคแรกว่า

“ให้คณะอนุญาตตุลาการประกอบด้วยอนุญาตตุลาการเป็น
จำนวนเลขคี่”

กรณีที่สัญญาอนุญาตตุลาการไม่ได้กำหนดจำนวนอนุญาตตุลาการไว้ ให้คู่กรณีตั้ง
อนุญาตตุลาการฝ่ายละหนึ่งคนและให้อุญาตตุลาการดังกล่าวแต่งตั้งบุคคลภายนอกอีกหนึ่งคนร่วม
เป็นอนุญาตตุลาการด้วย (ศิวตล กาหลง. 2554 : 44) เมื่อร่วมจำนวนอนุญาตตุลาการทั้งหมดที่
แต่งตั้งตามสัญญาอนุญาตตุลาการดังกล่าวจึงมีจำนวนเป็นจำนวนคี่

²⁸ มาตรา 18 อนุมาตรา (2) พระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2545

แต่หากคู่พิพาทกำหนดไว้ในสัญญาอนุญาตตุลาการถึงจำนวนของอนุญาตตุลาการ โดยกำหนดเป็นเลขคู่กฎหมายได้บัญญัติกระบวนการวิธีที่แต่งตั้งอนุญาตตุลาการให้เป็นจำนวนคู่ไว้ใน มาตรา 17 วรรคสองว่า

“ในกรณีที่คู่พิพาทกำหนดจำนวนอนุญาตตุลาการเป็นเลขคู่ ให้ อนุญาตตุลาการร่วมกันตั้งอนุญาตตุลาการเพิ่มอีกหนึ่งคนเป็นประธาน คณะอนุญาตตุลาการวิธีการตั้งประธานคณะอนุญาตตุลาการ ให้เป็นไป ตามมาตรา ๑๘ วรรคหนึ่ง (๒)”

นอกจากกระบวนการแต่งตั้งอนุญาตตุลาการตามมาตรา 17 วรรคสองแล้ว กฎหมายยังได้อุดช่องว่างวิธีการแต่งตั้งอนุญาตตุลาการไว้ในกรณีที่คู่พิพาทไม่สามารถตกลงกำหนด จำนวนอนุญาตตุลาการได้ กฎหมายได้บัญญัติไว้ในมาตรา 17 วรรคท้ายว่า

“ในกรณีที่คู่พิพาทไม่สามารถตกลงกำหนดจำนวนอนุญาตตุลาการ ได้ ให้มีอนุญาตตุลาการเพียงคนเดียว”

ศิวตล กาหลง(2554:46) กล่าวว่า “กรณีที่ไม่มีกำหนดทั้งจำนวน และวิธีการ แต่งตั้งอนุญาตตุลาการไว้ในสัญญาอนุญาตตุลาการ บทบัญญัติที่เกี่ยวข้องในเรื่องเรื่องนี้ พระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2545 คือ มาตรา 17 วรรคสาม และมาตรา 18 วรรคหนึ่ง (1) กล่าวคือ ถ้าคู่กรณีไม่สามารถตกลงกันเกี่ยวกับจำนวนของอนุญาตตุลาการไว้ กฎหมายกำหนดให้มี อนุญาตตุลาการเพียงคนเดียว (มาตรา 17 วรรคสาม) และเมื่อคู่กรณีไม่สามารถตกลงกันได้เกี่ยวกับ วิธีการแต่งตั้งอนุญาตตุลาการไว้ด้วย การแต่งตั้งอนุญาตตุลาการ ก็ต้องเป็นไปตามมาตรา 18 วรรค หนึ่ง (1) คือให้กรณีตกลงร่วมกันตั้งอนุญาตตุลาการ ถ้าตกลงกันไม่ได้ ให้คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งก็อาจ ยื่นคำร้องขอต่อศาลที่มีเขตอำนาจให้มีคำสั่งตั้งคณะอนุญาตตุลาการแทนคู่กรณีทั้งสองฝ่าย”

3) คุณสมบัติของอนุญาตตุลาการ

นอกจากกระบวนการตั้งอนุญาตตุลาการที่ได้กล่าวมาข้างต้นแล้วพระราชบัญญัติ อนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2545 ยังได้กำหนดคุณสมบัติของอนุญาตตุลาการซึ่งเป็นคุณสมบัติพื้นฐานไว้ ในมาตรา 19 วรรคแรก ดังนี้

- 1) อนุญาตตุลาการต้องมีความเป็นกลาง
- 2) อนุญาตตุลาการต้องมีความเป็นอิสระ และ
- 3) อนุญาตตุลาการต้องมีคุณสมบัติตามที่กำหนดไว้ในสัญญาอนุญาตตุลาการ หรือในกรณีที่คู่สัญญาตกลงกันให้หน่วยงานซึ่งจัดตั้งขึ้นเพื่อดำเนินการระงับข้อ

พิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการเป็นผู้ดำเนินการต้องมีคุณสมบัติตามที่หน่วยงาน
ดังกล่าวกำหนด

จะเห็นได้ว่าพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 19 วรรคแรกได้
กำหนดคุณสมบัติของอนุญาโตตุลาการซึ่งเป็นคุณสมบัติพื้นฐานไว้อย่างกว้างๆ โดยอาศัยหลักพื้นฐาน
คือ ความเป็นกลางและมีอิสระ รวมทั้งให้มีคุณสมบัติเป็นไปตามที่คู่พิพาทได้กำหนดไว้ในสัญญา
อนุญาโตตุลาการ ซึ่งคู่พิพาทอาจกำหนดไว้ในสัญญาอนุญาโตตุลาการไว้ในเรื่องคุณสมบัติของ
อนุญาโตตุลาการในเรื่องความเชี่ยวชาญ หรือความชำนาญเฉพาะด้าน ซึ่งเป็นความต้องการเฉพาะ
สำหรับคู่พิพาทที่นอกเหนือไปจากเรื่องพื้นฐานที่สำคัญ ซึ่งการกำหนดคุณสมบัติของอนุญาโตตุลาการ
ไว้ในสัญญาถือได้ว่าเป็นสิทธิ์ของคู่พิพาทที่จะมีความเป็นอิสระในการกำหนดคุณสมบัติต่างๆของ
อนุญาโตตุลาการไว้ในสัญญา เช่น คู่พิพาทอาจกำหนดในสัญญาว่าหากมีข้อพิพาทเกิดขึ้นคู่พิพาทต้อง
เสนอข้อพิพาทต่อสถาบันอนุญาโตตุลาการของสิงคโปร์ เป็นต้น

ศิวตล กาทหลง (2554:47) กล่าวว่า “เนื่องจากอนุญาโตตุลาการต้องทำหน้าที่วินิจฉัย
ชี้ขาดข้อพิพาทในลักษณะที่คล้ายคลึงกับการพิจารณาพิพากษาของศาล มาตรา 19 จึงได้กำหนดให้
อนุญาโตตุลาการต้องมีความเป็นกลาง ไม่ลำเอียงเข้าข้างฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นพิเศษ และวินิจฉัยชี้ขาด
ข้อพิพาทไปตามรูปคดีและในขณะเดียวกันต้องมีความเป็นอิสระ ไม่ตกอยู่ภายใต้การบังคับบัญชาหรือ
สั่งการของคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง คุณสมบัติทั้งสองประการถือเป็นคุณสมบัติประการสำคัญที่สุดที่
อนุญาโตตุลาการทุกคนต้องมี”

ไชยวัฒน์ บุณนาค (2552 :74) กล่าวว่า “ในเมื่ออนุญาโตตุลาการทำหน้าที่เสมือนผู้
พิพากษา อนุญาโตตุลาการก็จำเป็นต้องมีความเป็นกลาง (Impartial) และเป็นอิสระ
(Independent) การวางตัวเป็นกลางหมายความว่า ไม่เข้าข้างฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดแม้ฝ่ายนั้นจะเป็นฝ่ายที่
เสนอข้อพิพาทเป็นอนุญาโตตุลาการ ยังเป็นที่เข้าใจกันแพร่หลายในหมู่บุคคลทั่วไปและอนุญาโตตุลาการ
บางคนว่า อนุญาโตตุลาการต้องเข้าข้างฝ่ายที่เสนอข้อพิพาทเป็นอนุญาโตตุลาการ ซึ่งเป็นความเข้าใจผิด
อย่างมหันต์และขัดต่อมาตรานี้โดยชัดแจ้ง เมื่อมีการตั้งอนุญาโตตุลาการขึ้นแล้วและไม่มีการคัดค้าน
จากคู่พิพาทฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดก็หมายความว่า อนุญาโตตุลาการทั้งคณะเป็นอนุญาโตตุลาการของทุก
ฝ่าย ไม่ใช่เป็นอนุญาโตตุลาการฝ่ายที่เสนอข้อพิพาทเท่านั้น จริงอยู่ อาจมีอนุญาโตตุลาการในบาง
ประเทศหรือบางสถาบันที่อนุญาตให้อนุญาโตตุลาการที่คู่พิพาทเสนอชื่อ (Party-Nominated
arbitrator) ทำหน้าที่คล้ายทนายความ (Advocate) ให้คู่พิพาทนั้น แต่แม้ในระบบดังกล่าวก็ยังคงมี
ผู้ชี้ขาด (Umpire/Referee) ที่เป็นกลางทำหน้าที่ชี้ขาดข้อพิพาทอยู่ดี กฎหมายไทยอาจไม่ถือว่า
อนุญาโตตุลาการที่คู่พิพาทเสนอชื่อดังกล่าวเป็นอนุญาโตตุลาการก็ได้”

ศิวดล กาหลง (2554:47) กล่าวว่า “หลักพื้นฐานที่สำคัญอย่างยิ่งของกระบวนการยุติธรรมก็คือว่า บุคคลที่จะทำหน้าที่วินิจฉัยและตัดสินข้อพิพาทนั้น จะต้องมีความเป็นอิสระและเป็นกลาง คือไม่อยู่ภายใต้อิทธิพลครอบงำของคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง ไม่มีส่วนได้เสียหรือผลประโยชน์ในคดีที่พิพาทกันนั้น ไม่ได้มีอคติหรือฉันทาคติแก่คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง หลักความเป็นอิสระและเป็นกลางของอนุญาโตตุลาการนั้นใช้กับคณะอนุญาโตตุลาการทุกคนในคณะอนุญาโตตุลาการ แม้ว่าผู้นั้นจะเป็นอนุญาโตตุลาการที่มาจาก การแต่งตั้งโดยคู่กรณีโดยตรงก็ตาม”

ส่วนความเป็นอิสระหมายความว่าไม่อยู่ภายใต้อิทธิพลหรือความควบคุมของผู้ใดในลักษณะที่อาจถูกผู้นั้นครอบงำหรือแทรกแซงในการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทได้ (ไชยวัฒน์ บุนนาค, 2552 :74)

จะเห็นได้ว่าการกำหนดคุณสมบัติของอนุญาโตตุลาการในมาตรา 19 เป็นการกำหนดคุณสมบัติที่มีความคล้ายคลึงกับการเป็นผู้พิพากษา ด้วยการกำหนดว่า “อนุญาโตตุลาการต้องมีความเป็นกลาง และความเป็นอิสระ” อนึ่งการกำหนดคุณสมบัติดังกล่าวเป็นการกำหนดคุณสมบัติเพื่อให้อนุญาโตตุลาการได้ทำหน้าที่ของตนในการชี้ขาดข้อพิพาทได้อย่างเป็นกลางและเที่ยงธรรมที่สุด ส่วนคุณสมบัติเสริมอย่างอื่นนั้นให้เป็นไปตามที่คู่พิพาทหรือคู่สัญญาเดิมได้กำหนดไว้ในสัญญา เช่น อาจกำหนดคุณสมบัติของอนุญาโตตุลาการว่าจะต้องเคยดำรงตำแหน่งผู้พิพากษา หรืออัยการมาก่อนก็ได้ หรือไม่อาจกำหนดสถาบันอนุญาโตตุลาการที่คู่พิพาทประสงค์ที่จะเสนอข้อพิพาทให้ชี้ขาดก็ได้

หลักจากการแต่งตั้งเป็นอนุญาโตตุลาการแล้วผู้ที่ได้รับการเสนอชื่อให้เป็นอนุญาโตตุลาการตามมาตรา 19 วรรคแรก จะต้องเปิดเผยข้อมูลข้อเท็จจริงซึ่งอาจเป็นเหตุที่สงสัยในความเป็นกลางของอนุญาโตตุลาการได้ เว้นแต่ว่าข้อเท็จจริงนั้นคู่พิพาทได้รู้อยู่แล้ว ตามมีบัญญัติในมาตรา 19 วรรคสองว่า

“บุคคลซึ่งจะถูกตั้งเป็นอนุญาโตตุลาการจะต้องเปิดเผยข้อเท็จจริงซึ่งอาจเป็นเหตุอันควรสงสัยถึงความเป็นกลางหรือความเป็นอิสระของตน และนับแต่เวลาที่ได้รับการตั้งและตลอดระยะเวลาที่ดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการ บุคคลดังกล่าวจะต้องเปิดเผยข้อเท็จจริงเช่นว่านั้นต่อคู่พิพาทโดยไม่ชักช้าเว้นแต่จะได้แจ้งให้คู่พิพาทรู้ล่วงหน้าแล้ว”

ศิวดล กาหลง (2554:15) กล่าวว่า “นอกเหนือจากคุณสมบัติทั้งสองประการข้างต้นแล้ว คู่พิพาทอาจจะตกลงกำหนดคุณสมบัติพิเศษประการอื่นสำหรับอนุญาโตตุลาการด้วยกันก็ได้ หรือในกรณีที่คู่พิพาทตกลงกันให้ดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการตามข้อบัญญัติของสถาบันอนุญาโตตุลาการแห่งใดแห่งหนึ่ง และในข้อบังคับนั้นได้กำหนดคุณสมบัติของอนุญาโตตุลาการอย่างไรไว้เป็นพิเศษ ก็ต้องถือว่าคุณสมบัติตามข้อบัญญัตินั้นเป็นคุณสมบัติของอนุญาโตตุลาการที่คู่พิพาท

ตกลงกำหนดไว้ประการหนึ่งด้วย การแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการจะต้องตั้งผู้ที่มีคุณสมบัติพิเศษตามที่ คู่พิพาทตกลงกำหนดไว้ดังกล่าว เช่น คู่พิพาทอาจจะตกลงกันให้ใช้อนุญาโตตุลาการสามคน แต่ อนุญาโตตุลาการคนที่สามซึ่งเป็นประธานคณะอนุญาโตตุลาการต้องเป็นนักกฎหมายที่มีความรู้ด้าน บัญชีด้วย หรือให้ใช้อนุญาโตตุลาการห้าคน แต่อนุญาโตตุลาการที่คู่พิพาทตั้งฝ่ายละสองคนนั้นอย่างน้อยหนึ่งคนต้องประกอบวิชาชีพวิศวกรรมโยธา เป็นต้น ในกรณีเหล่านี้การตั้งอนุญาโตตุลาการก็ต้อง มีคุณสมบัติเป็นนักกฎหมายที่มีความรู้ด้านบัญชี หรือเป็นผู้ประกอบวิชาชีพวิศวกรรมโยธาด้วย แล้วแต่กรณี”

นอกเหนือจากคุณสมบัติความเป็นกลางและความเป็นอิสระแล้วกฎหมายได้ให้อิสระ แก่คู่พิพาทในการกำหนดคุณสมบัติอย่างอื่นของผู้ที่จะมาเป็นอนุญาโตตุลาการตามแต่ความใจสมัคร ของคู่พิพาทนั้นๆจะตกลงกัน แต่มีคุณสมบัติบางประการที่สำคัญสมควรกล่าวถึงในงานวิจัยนี้ ซึ่ง คุณสมบัติเหล่านั้นมีดังนี้

1) เพศ

กฎหมายไทยมิได้กำหนดหรือห้ามผู้ที่จะมาทำหน้าที่อนุญาโตตุลาการว่าจะต้องมี เป็นเพศใด ดังนั้นผู้ที่จะเป็นอนุญาโตตุลาการตามกฎหมายไทยจะเป็นเพศใดก็ได้ แตกต่างจาก กฎหมายอิสลามที่กำหนดให้อนุญาโตตุลาการเพียงแต่เฉพาะเพศชาย

2) สัญชาติ

แรกเริ่มเดิมทีกฎหมายไทยมิได้กำหนดเรื่องนี้ไว้แต่อย่างไรไม่ว่าจะเป็น พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 หรือกฎหมายอื่นๆที่เกี่ยวข้องก็มิได้มีการบัญญัติเรื่อง สัญชาติไว้ ดังนั้นในทางปฏิบัติจึงเปิดกว้างในเรื่องสัญชาติ ซึ่งสอดคล้องกับกฎหมายต้นแบบ (Model Law) ซึ่งแต่เดิมทีกฎหมายของหลายประเทศได้มีการกำหนดเรื่องสัญชาติ ปัจจุบันได้มีการ ผ่อนคลายเรื่องนี้แล้วในหลายประเทศ

อวิชชัย สุวรรณพานิช (2557: 146) กล่าวว่า “กฎหมายต้นแบบ (Model Law) มาตรา 11 (1) ได้บัญญัติเรื่องนี้ไว้ว่า “บุคคลไม่ต้องห้ามทำหน้าที่อนุญาโตตุลาการด้วยเหตุผลของ สัญชาติ เว้นแต่คู่สัญญาจะตกลงไว้เป็นอย่างอื่น” อย่างไรก็ตามพรบ.อนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 หรือกฎหมายอื่นไม่ได้บัญญัติเรื่องนี้ไว้ ดังนั้นคนสัญชาติอื่นจึงอาจได้รับการแต่งตั้งเป็น อนุญาโตตุลาการในประเทศไทยได้”

ถึงแม้ว่าในพรบ.อนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 จะไม่ได้กำหนดคุณสมบัติด้านสัญชาติ ไว้แต่ในปัจจุบันในทางปฏิบัติสัญญาอนุญาโตตุลาการคู่พิพาทส่วนใหญ่จะกำหนดเรื่องสัญชาติไว้ไม่ว่า จะเป็นการตั้งอนุญาโตตุลาการ รวมไปถึงการเลือกสถาบันอนุญาโตตุลาการตลอดไปถึงกฎหมายที่ใช้

ในการชี้ขาด คู่พิพาทจะมีการกำหนดไว้ในสัญญาอนุญาโตตุลาการ เช่น ได้กำหนดไว้ในสัญญาว่าหากเกิดข้อพิพาทขึ้นคู่สัญญาจะเสนอข้อพิพาทต่อสถาบันอนุญาโตตุลาการในสิงคโปร์ และจะใช้กฎหมายสิงคโปร์ในการชี้ขาดข้อพิพาท แม้กระทั่งสถาบันอนุญาโตตุลาการที่ได้รับการจัดตั้งขึ้นในประเทศไทย ยังได้มีการกำหนดเรื่องสัญญา

ถึงอย่างไรก็ตามมีหน่วยงานอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศบางหน่วยงานได้กำหนดข้อบังคับว่าห้ามมิให้ผู้ที่ เป็นอนุญาโตตุลาการมีสัญชาติเดียวกันกับคู่พิพาท โดยไซยวัฒน์ บุนนาค (2552 : 75-76) กล่าวว่า “ข้อบังคับอนุญาโตตุลาการของหอการค้านานาชาติ²⁹ (ซึ่งเป็นหน่วยงานหนึ่งที่ตั้งขึ้นเพื่อดำเนินการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการทางอนุญาโตตุลาการตามนัยแห่งมาตรานี้) ผู้ที่จะเป็นอนุญาโตตุลาการในกรณีที่มีการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการคนเดียว หรือประธานคณะอนุญาโตตุลาการ จะต้องเป็นบุคคลที่มีได้มีสัญชาติเดียวกับคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งวันแต่ในกรณีพิเศษ (เช่น หาผู้ที่เหมาะสมไม่ได้จริงๆ) หรือคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งคัดค้าน”

ปัจจุบันประเทศไทยได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 โดยได้ออกพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2562 ซึ่งได้ประกาศในราชกิจจานุเบกษา เมื่อวันที่ 14 เมษายน 2562 ซึ่งสาระสำคัญในพระราชบัญญัติฉบับได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมเป็นหมวด 2/1 เป็นหมวดว่าด้วยอนุญาโตตุลาการซึ่งเป็นคนต่างด้าว และเพิ่มมาตรา 23/1 มาตรา 23/2 มาตรา 23/3 มาตรา 23/4 มาตรา 23/5 และมาตรา 23/6 แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545

พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2562 ได้ระบุเหตุที่ต้องประกาศใช้พระราชบัญญัติว่า ปัจจุบันการดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการในราชอาณาจักรได้มีการตั้งคนต่างด้าวทำหน้าที่อนุญาโตตุลาการและผู้รับมอบอำนาจของคู่พิพาท ซึ่งการเข้ามาในราชอาณาจักรเพื่อทำหน้าที่ดังกล่าวต้องดำเนินการตามขั้นตอนของกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับคนต่างด้าว ดังนั้นเพื่อเป็นการอำนวยความสะดวกให้แก่บุคคลดังกล่าวในการเข้ามาดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการในราชอาณาจักรและได้รับใบอนุญาตทางานของคนต่างด้าว จึงจำเป็นต้องตราพระราชบัญญัติขึ้น³⁰

²⁹ ICC Rules, article 9 (5)

³⁰ พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2562

เมื่อมีการบัญญัติเพิ่มเติมในพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2562 หมายความว่าด้วยอนุญาตตุลาการซึ่งเป็นคนต่างด้าว จึงได้มีการบัญญัติให้เป็นลายลักษณ์อักษรให้สามารถ แต่งตั้งคนต่างด้าวเป็นอนุญาตตุลาการไว้ในมาตรา 23/1 ว่า

“คู่พิพาทอาจตั้งคนต่างด้าวเป็นอนุญาตตุลาการคนเดียวหรือหลาย คนเพื่อดำเนินการทางอนุญาตตุลาการในราชอาณาจักรได้

ในกรณีที่มีการตั้งอนุญาตตุลาการตามมาตรา ๑๘ หรือมีการตั้ง อนุญาตตุลาการตามความตกลงของคู่พิพาท อาจมีการตั้งคนต่างด้าวเป็น อนุญาตตุลาการก็ได้”

มาตรา 23/1 ถือเป็น การบัญญัติให้สามารถแต่งตั้งบุคคลที่มีสัญชาติอื่นเป็น อนุญาตตุลาการได้ไว้ในพระราชบัญญัติเพื่อกำหนดรูปแบบต่างๆให้ชัดเจน โดยได้มีการบัญญัติ เงื่อนไขต่าง ๆ ของคนต่างด้าวที่เข้ามาปฏิบัติหน้าที่อนุญาตตุลาการในประเทศไทยไว้ในหมวด 2/1 นี้ ทั้งหมด

ดังนั้นจึงเป็นที่ชัดเจนว่ากฎหมายไทยได้เปิดโอกาสให้ผู้ที่มิใช่สัญชาติอื่นสามารถเป็น อนุญาตตุลาการในประเทศไทยได้ โดยให้ปฏิบัติตามเงื่อนไขที่ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 23/2 ถึงมาตรา 23/6

3) อาชีพ

พระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2545 มิได้มีการบัญญัติเรื่องอาชีพของผู้ที่จะ มาเป็นอนุญาตตุลาการไว้แต่อย่างใด ดังนั้นการเป็นอนุญาตตุลาการจึงเปิดกว้างสำหรับทุกคน สามารถเป็นอนุญาตตุลาการได้ แต่ในประเด็นนี้มีข้อให้พิจารณาอยู่บางประการคือ ผู้ที่เป็นผู้ พิพากษา และพนักงานอัยการที่ยังรับราชการ อยู่จะสามารถเป็นอนุญาตตุลาการได้หรือไม่ เนื่องจาก การเป็นผู้พิพากษาเป็นการทำหน้าที่ที่คล้ายคลึงกับผู้พิพากษา คือ การชี้ขาดข้อพิพาท ดังนั้นการเข้า มาเป็นผู้พิพากษาอาจถูกนำมาเป็นประเด็นในการคัดค้าน หรืออาจเป็นการมองไปถึงกระทำผิด จริยธรรมการเป็นผู้พิพากษาหรือไม่อย่างไร หรือในกรณีที่ เป็นเจ้าพนักงานอัยการเป็น อนุญาตตุลาการในกรณีที่เกิดข้อพิพาทระหว่างรัฐกับเอกชน พนักงานอัยการจะเป็นอนุญาตตุลาการ ได้หรือไม่เพราะพนักงานอัยการต้องทำหน้าที่รักษาผลประโยชน์ให้แก่หน่วยงานของรัฐ จึงมีข้อสงสัย ในประเด็นความเป็นกลาง คู่พิพาทอีกฝ่ายอาจคัดค้านการเป็นอนุญาตตุลาการก็ได้ ดังนั้นแม้ว่า กฎหมายมิได้บัญญัติเรื่องอาชีพไว้ก็ตาม ผู้ที่เป็นผู้พิพากษาหรืออัยการจะเข้ามาเป็นอนุญาตตุลาการก็ ย่อมไม่สมควรที่จะกระทำ

4) ความสามารถหรือฐานะทางการเงิน

ความสามารถหรือฐานะทางการเงิน พระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2545 มิได้ห้ามผู้ที่พร่องความสามารถเป็นอนุญาตตุลาการแต่อย่างใด โดยได้บัญญัติในเรื่องการสิ้นสุดการเป็นอนุญาตตุลาการไว้ในมาตรา 21 วรรคสอง ว่า

“ในกรณีที่บุคคลซึ่งจะได้รับหรือได้รับการตั้งเป็นอนุญาตตุลาการ ผู้ใดไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่ได้ไม่ว่าโดยไม่มียินยอมรับการตั้ง ถูกพิทักษ์ทรัพย์เด็ดขาด ถูกศาลสั่งให้เป็นคนไร้ความสามารถหรือเสมือนไร้ความสามารถ หรือไม่ปฏิบัติหน้าที่ภายในระยะเวลาอันสมควรด้วยเหตุอื่น ให้การเป็นอนุญาตตุลาการของผู้นั้นสิ้นสุดลงเมื่ออนุญาตตุลาการผู้นั้นขอถอนตัว หรือคู่พิพาทตกลงกันให้การเป็นอนุญาตตุลาการสิ้นสุดลง แต่ถ้ายังมีข้อโต้แย้งในเหตุดังกล่าว คู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งอาจยื่นคำร้องต่อศาลที่มีเขตอำนาจให้วินิจฉัยถึงการสิ้นสุดของการเป็นอนุญาตตุลาการได้”

มาตรา 21 วรรคสอง ได้บัญญัติกรณีการสิ้นสุดการเป็นอนุญาตตุลาการของผู้ที่ถูกพิทักษ์ทรัพย์เด็ดขาด หรือถูกศาลสั่งให้เป็นคนไร้ความสามารถหรือเสมือนไร้ความสามารถนั้นสิ้นสุดลงเมื่ออนุญาตตุลาการผู้นั้นขอถอนตัว หรือคู่พิพาทตกลงกันให้การเป็นอนุญาตตุลาการสิ้นสุดลง ซึ่งมิได้เป็นผลมาจากการที่บุคคลผู้นั้นมีความบกพร่องทางการเงินแต่อย่างใดแต่มีผลมาจากการขอถอนตัว หรือคู่พิพาทตกลงกันให้การเป็นอนุญาตตุลาการสิ้นสุดลงเท่านั้น

ดังนั้นความบกพร่องในความสามารถทางการเงินก็ได้เป็นเงื่อนไขสำคัญในการแต่งตั้งอนุญาตตุลาการในกฎหมายไทย เพียงแต่เป็นเหตุให้คู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งอาจยื่นคำร้องต่อศาลที่มีเขตอำนาจให้วินิจฉัยถึงการสิ้นสุดของการเป็นอนุญาตตุลาการได้เท่านั้น

ธวัชชัย สุวรรณพาณิชย์ (2557: 144) กล่าวว่า “เห็นได้จากเจตนารมณ์ของกฎหมาย (พรบ.อนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2545) ว่า บุคคลบกพร่องเรื่องความสามารถ หรือบกพร่องเรื่องสถานะทางการเงินไม่ต้องห้ามให้ทำหน้าที่อนุญาตตุลาการ ซึ่งมีเหตุผลเพราะคู่พิพาทเป็นผู้เลือกบุคคลขึ้นมาทำหน้าที่ชี้ขาดข้อพิพาทที่มีระหว่างตน หากคู่พิพาทเลือกบุคคลที่บกพร่องเรื่องความสามารถมาทำหน้าที่จนเกิดความเสียหายขึ้น ถือเป็นความผิดพลาดของคู่พิพาทเอง”

5) คุณสมบัติอื่นๆ

การตั้งอนุญาตตุลาการนั้นขึ้นอยู่กับสัญญาอนุญาตตุลาการที่คู่พิพาทตกลงกันแต่งตั้งขึ้นมา ดังนั้นคุณสมบัติต่างๆที่นอกเหนือจากที่กฎหมายกำหนดจึงขึ้นอยู่กับคู่พิพาทจะกำหนดขึ้นมา เช่น สัญญาซื้อขายพืชผลทางการเกษตร คู่พิพาทอาจกำหนดว่าผู้ที่จะมาเป็นอนุญาตตุลาการต้องเป็นผู้ที่มีความเชี่ยวชาญทางด้านเกษตรโดยเฉพาะ หรือข้อพิพาททางครอบครัวและมรดก

อิสลามคู่พิพาทอาจกำหนดว่าผู้ที่จะมาเป็นอนุญาโตตุลาการต้องเป็นผู้ที่มีความรู้ความสามารถทางกฎหมายครอบครัวและมรดกอิสลามก็ได้

2) คุณสมบัติเฉพาะ

นอกเหนือจากคุณสมบัติทั้งสองประการข้างต้นแล้ว อนุญาโตตุลาการตามกฎหมายไทยอาจต้องมีคุณสมบัติเฉพาะตามที่คู่พิพาทต้องการ โดยศิวตล กาหลง (2554:15) กล่าวว่า “นอกเหนือจากคุณสมบัติทั้งสองประการข้างต้นแล้ว ”

เมื่ออนุญาโตตุลาการได้รับการแต่งตั้งตามสัญญาอนุญาโตตุลาการ และมีคุณสมบัติตามที่คู่พิพาทต้องการแล้ว ผู้ที่ได้รับการแต่งตั้งเป็นอนุญาโตตุลาการต้องทำหน้าที่ของตนในทันทีโดยกฎหมายได้กำหนดวิธีการพิจารณาในชั้นอนุญาโตตุลาการไว้ในหมวด 4 ซึ่งในงานวิจัยนี้ผู้วิจัยจะกล่าวในหัวข้อกระบวนการพิจารณาข้อพิพาทต่อไป

3.2.2 กระบวนการพิจารณาข้อพิพาท

ประเด็นกระบวนการพิจารณาข้อพิพาทของอนุญาโตตุลาการ ผู้วิจัยนำเสนอประเด็นสำคัญที่ต้องคำนึงถึงในกระบวนการอนุญาโตตุลาการ 3 ประเด็นคือ การเริ่มกระบวนการระงับข้อพิพาททางอนุญาโตตุลาการ วิธีการดำเนินการ และการสิ้นสุดกระบวนการอนุญาโตตุลาการ ซึ่งมีประเด็นดังนี้

1) การเริ่มกระบวนการระงับข้อพิพาททางอนุญาโตตุลาการ

การระงับข้อพิพาททางอนุญาโตตุลาการแตกต่างจากการระงับข้อพิพาททางศาลอย่างชัดเจน เนื่องจากการระงับข้อพิพาททางอนุญาโตตุลาการเป็นการระงับข้อพิพาทที่มีชั้นเนื่องจากข้อตกลงของคู่พิพาท แต่การระงับข้อพิพาททางศาลเกิดจากการจัดตั้งและแต่งตั้งโดยรัฐ ซึ่งเป็นการใช้อำนาจรัฐในการระงับข้อพิพาท

ดังนั้นกระบวนการพิจารณาข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการจึงเป็นไปในรูปแบบที่ไม่เป็นทางการ กล่าวคือ ไม่มีความชัดเจนในแง่สถานที่ ค่าใช้จ่าย กระบวนการ บุคลากรที่ทำหน้าที่ต่างๆ ในส่วนของการระงับข้อพิพาท หรือแม้แต่คณะอนุญาโตตุลาการเอง แต่เมื่อมีการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการโดยคู่พิพาทแล้วมีความสมบูรณ์ตามกฎหมายกำหนดและได้เริ่มขึ้นมาแล้ว การจะระงับกระบวนการทางอนุญาโตตุลาการถือเป็นเรื่องที่ยุ้งยากมากกว่ากรณีที่ใช้การระงับข้อพิพาททางศาล แม้ว่าคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งถึงแก่ความตายหรือสิ้นสุดสภาพความเป็นนิติบุคคล ถูกพิทักษ์ทรัพย์เด็ดขาดหรือถูกศาลสั่งให้เป็นคนไร้ความสามารถหรือเสมือนไร้ความสามารถก็ตามสัญญา

อนุญาโตตุลาการยังคงความสมบูรณ์ไว้ โดยที่กฎหมายได้บัญญัติถึงความสมบูรณ์ของสัญญา
อนุญาโตตุลาการมาตรา 12 ว่า

“ความสมบูรณ์แห่งสัญญาอนุญาโตตุลาการและการตั้ง
อนุญาโตตุลาการย่อมไม่เสียไปแม้ในภายหลังคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งตาย
หรือสิ้นสุดสภาพความเป็นนิติบุคคล ถูกพิทักษ์ทรัพย์เด็ดขาดหรือถูกศาล
สั่งให้เป็นคนไร้ความสามารถหรือเสมือนไร้ความสามารถ”

จะเห็นได้ว่ามาตรา 12 ได้บัญญัติถึงความสมบูรณ์ในสัญญาอนุญาโตตุลาการไว้
ชัดเจนว่าหากมีการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการแล้วการตั้งอนุญาโตตุลาการย่อมไม่เสียไปแม้ว่าคู่พิพาทจะ
ขาดไร้ซึ่งความสามารถแล้วไม่ว่าจะเป็นการตาย สิ้นสุดสภาพความเป็นนิติบุคคล หรือความสามารถ
ด้านอื่นๆจนศาลมีคำสั่งพิทักษ์ทรัพย์เด็ดขาดหรือเป็นคนไร้ความสามารถหรือเสมือนไร้ความสามารถก็
ตาม ดังนั้นการเริ่มกระบวนการพิจารณาข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการจึงมีความสำคัญอย่างยิ่ง
ผู้วิจัยจึงขอเสนอประเด็นการเริ่มต้นกระบวนการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการตามพ.ร.บ.
อนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 27

ธวัชชัย สุวรรณพานิช (2557:191) กล่าวว่า “การดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการ
ไม่ได้มีลักษณะถาวรตั้งเช่นศาล การแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการขึ้นมาแต่ละครั้งต้องเป็นไปตามข้อตกลง
ของคู่พิพาท และมีหน้าที่ที่จะระงับเฉพาะเรื่องเท่านั้น ด้วยเหตุนี้จึงเริ่มดำเนินการทาง
อนุญาโตตุลาการจึงมีความยุ่งยากมากกว่าการเริ่มกระบวนการพิจารณาคดีในศาล”

เมื่อการสิ้นสุดหรือระงับกระบวนการทางอนุญาโตตุลาการเป็นเรื่องยากหากมีการ
เริ่มกระบวนการขึ้นมาแล้ว ดังนั้นประเด็นที่จะพิจารณาต่อไปคือจะเริ่มนับกระบวนการทาง
อนุญาโตตุลาการเมื่อใด

ไชยวัฒน์ บุณนาค(2552: 116) กล่าวว่ามาตรา 27 เป็นการตอบคำถามว่าเมื่อใดถึง
จะถือว่าได้มอบข้อพิพาทให้อนุญาโตตุลาการพิจารณา” โดยพ.ร.บ.อนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545
มาตรา 27 จึงได้บัญญัติไว้ว่า

“ในการระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการ ให้ถือว่ามี การมอบ
ข้อพิพาทให้อนุญาโตตุลาการพิจารณาตามมาตรา ๑๙๓/๑๔ (๔) แห่ง
ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์และการดำเนินการทาง
อนุญาโตตุลาการจะเริ่มต้นในกรณีใดกรณีหนึ่ง ดังต่อไปนี้

(1) เมื่อคู่พิพาทฝ่ายหนึ่งได้รับหนังสือจากคู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่งขอให้
ระงับข้อพิพาทนั้นโดยวิธีอนุญาโตตุลาการ

(2) เมื่อคู่พิพาทฝ่ายหนึ่งบอกกล่าวเป็นหนังสือแก่คู่พิพาทอีกฝ่าย
หนึ่งให้ตั้งอนุญาโตตุลาการหรือให้ความเห็นชอบในการตั้งอนุญาโตตุลาการ
เพื่อระงับข้อพิพาทนั้น

(3) เมื่อคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีหนังสือแจ้งข้อพิพาทที่ประสงค์จะ
ระงับต่อคณะอนุญาโตตุลาการ ในกรณีที่มีสัญญาอนุญาโตตุลาการกำหนด
คณะอนุญาโตตุลาการไว้

(4) เมื่อคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเสนอข้อพิพาทต่อหน่วยงานซึ่งจัดตั้ง
ขึ้นเพื่อดำเนินการระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการตามที่ตกลงกัน
ไว้”

มาตรานี้ ได้บัญญัติถึงกระบวนการนำข้อพิพาทเข้าสู่การอนุญาโตตุลาการ ซึ่งมีผล
ทำให้อายุความทางแพ่งย่อมสะดุดหยุดลงตามมาตรา 193/14 (4) แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและ
พาณิชย์ด้วย รัชชชัย สุวรรณพานิช (2557:192) กล่าวว่า “การกำหนดให้ใช้บทบัญญัติกฎหมายว่า
ด้วยเรื่องอายุความประเทศใดบังคับแก่คู่พิพาทนั้นเป็นเรื่องยาก ทั้งนี้เพราะระบบกฎหมายทั้ง
Common Law และ Civil Law มีแนวความคิดเกี่ยวกับอายุความต่างกันระบบ Common Law เห็น
ว่ากฎหมายว่าด้วยอายุความนั้นเป็นกฎหมายวิธีสบัญญัติ ส่วนระบบ Civil Law กลับเห็นว่ากฎหมาย
ว่าด้วยอายุความเป็นกฎหมายสารบัญญัติ เช่น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เป็นต้น ด้วย
ความเห็นที่แตกต่างกันนี้เองทำให้เกิดปัญหาว่ากฎหมายที่เกี่ยวกับอายุความประเทศใดใช้บังคับแก่ข้อ
พิพาท ด้วยเหตุนี้การเสนอข้อพิพาทต่ออนุญาโตตุลาการเมื่อไรจึงนับว่ามีความสำคัญ และคู่พิพาท
ต้องทราบกฎหมายที่เกี่ยวกับอายุความของประเทศใดบังคับแก่ข้อพิพาท”

นอกจากนั้นมาตรา 27 ยังได้มีบทบัญญัติเด็ดขาดในเรื่องการกำหนดวันที่เริ่ม
กระบวนการอนุญาโตตุลาการไว้ ซึ่งแตกต่างจากกฎหมายต้นแบบ (Model Law) ที่ให้อิสระแก่
คู่พิพาทที่จะกำหนดวันในการเริ่มดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการ

รัชชชัย สุวรรณพานิช (2557:193) กล่าวว่า “กฎหมายต้นแบบ (Model Law)
บทบัญญัติมาตรา 21 เป็นบทบัญญัติที่เด็ดขาด บทบัญญัติมาตรา 21 ให้เสรีภาพแก่คู่สัญญาว่าจะ
กำหนดวันใดเป็นวันเริ่มดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการ โดยบัญญัติว่า “เว้นแต่คู่สัญญาจะตกลงกัน

ไว้เป็นอย่างอื่น (Unless otherwise agreed by the parties....) การบัญญัติให้เสรีภาพกับคู่สัญญา เช่นนี้สอดคล้องกับข้อบังคับของสถาบันอนุญาโตตุลาการต่างๆ”

ไชยวัฒน์ บุณนาค (2552: 115) กล่าวว่า “กฎหมายต้นแบบ ให้ถือว่ากระบวนการอนุญาโตตุลาการเริ่มขึ้นเมื่อผู้คัดค้าน (Respondent) ได้รับแจ้งจากคู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่งว่าจะมอบข้อพิพาทให้อนุญาโตตุลาการพิจารณา ทั้งนี้ เว้นแต่คู่พิพาทจะตกลงกันเป็นอย่างอื่น ส่วนมาตรานี้เป็นบทบัญญัติในทำนองเดียวกันแต่ได้บัญญัติเพิ่มเติมเกี่ยวกับการนับอายุความใช้สิทธิตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์”

ประเด็นนี้ผู้วิจัยเห็นว่าพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 27 นั้นเป็นการบัญญัติโดยใช้บทบัญญัติที่เด็ดขาดเกี่ยวกับการนับกระบวนการเริ่มต้นของการอนุญาโตตุลาการที่ใช้ในประเทศไทย ซึ่งถือเป็นการเสนอข้อพิพาทให้อนุญาโตตุลาการชี้ขาดข้อพิพาทแล้วจึงทำให้การนับอายุความตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์สะดุดหยุดลงตามมาตรา 193/14 ด้วยแต่หากอนุญาโตตุลาการมีคำชี้ขาดถึงที่สุดให้ยกฟ้อง หรือคดีเสร็จไปโดยจำนำคดี เพราะเหตุถอนฟ้องหรือทั้งฟ้องให้ถือว่าอายุความไม่เคยสะดุดหยุดลงตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 193/18

ดังนั้นการนับกระบวนการเริ่มต้นของการเสนอข้อพิพาทให้อนุญาโตตุลาการชี้ขาดข้อพิพาทตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 นั้นมี 4 กรณีดังต่อไปนี้

1) เมื่อคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งได้รับหนังสือแจ้ง

พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ได้บัญญัติถึงการเริ่มต้นการดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการข้อแรกไว้ว่า “เมื่อคู่พิพาทฝ่ายหนึ่งได้รับหนังสือจากคู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่งขอให้ระงับข้อพิพาทนั้น โดยวิธีอนุญาโตตุลาการ” กล่าวคือ เมื่อคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งต้องการเสนอข้อพิพาทต่ออนุญาโตตุลาการ คู่พิพาทฝ่ายนั้นต้องทำเป็นหนังสือโดยชอบส่งให้คู่พิพาทอีกฝ่ายเพื่อแสดงเจตนาในการตั้งอนุญาโตตุลาการอย่างชัดเจนโดยไม่ต้องตีความแต่อย่างใด เช่นใช้คำว่า ข้อพิพาทที่เกิดขึ้นนี้ ต้องใช้การระงับข้อพิพาททางอนุญาโตตุลาการตามที่ได้ตกลงกันไว้แล้วเท่านั้น เป็นต้น ซึ่งสอดคล้องกับกฎหมายแม่แบบที่ได้มีการบัญญัติลักษณะนี้ไว้ด้วย

ธวัชชัย สุวรรณพาณิชย์ (2557:193) กล่าวว่า “พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 27 (1) ได้บัญญัติว่า เมื่อคู่พิพาทฝ่ายหนึ่งได้รับหนังสือจากคู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่งขอให้ระงับข้อพิพาทนั้น โดยวิธีอนุญาโตตุลาการ” กรณีนี้เป็นกรณีที่มีบัญญัติไว้ในกฎหมายต้นแบบ

(Model Law) มาตรา 21 ส่วนอีก 3 กรณีซึ่งจะกล่าวต่อไปไม่มีบทบัญญัติในกฎหมายต้นแบบ (Model Law)”

สาระประเด็นสำคัญในข้อนี้คือ 1) คู่พิพาทฝ่ายที่ต้องการเสนอข้อพิพาทต่อ อนุญาโตตุลาการนั้นต้องส่งหนังสือแจ้งคู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่งโดยชอบ และ 2) คู่พิพาทอีกฝ่ายได้รับ หนังสือดังกล่าว หากขาดองค์ประกอบข้อใดข้อหนึ่งก็ไม่ถือว่าคู่พิพาทได้เสนอข้อพิพาทให้แก่ อนุญาโตตุลาการซึ่งขาดตามบทบัญญัตินี้ ทำให้มีผลไปสู่เรื่องการนับอายุความด้วย โดยไม่ต้องคำนึงว่า คู่พิพาทได้มีการทำสัญญาอนุญาโตตุลาการไว้หรือไม่ เนื่องจากมาตรานี้ไม่ได้บัญญัติไว้ว่าต้องมีสัญญา อนุญาโตตุลาการมาก่อน เพราะการเสนอข้อพิพาทต่ออนุญาโตตุลาการจะไม่ใช่ผลการคู่พิพาทอีก ฝ่ายไม่ยอมรับที่จะเสนอข้อพิพาทให้อนุญาโตตุลาการซึ่งขาด ดังนั้นจึงไม่จำเป็นต้องมีสัญญา อนุญาโตตุลาการแต่อย่างใด

2) เมื่อคู่พิพาทฝ่ายหนึ่งบอกกล่าวเป็นหนังสือให้ตั้งอนุญาโตตุลาการหรือให้ ความเห็นชอบในการตั้งอนุญาโตตุลาการ

พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ได้บัญญัติถึงการเริ่มต้นการดำเนินการ ทางอนุญาโตตุลาการข้อสองไว้ว่า “เมื่อคู่พิพาทฝ่ายหนึ่งบอกกล่าวเป็นหนังสือแก่คู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่ง ให้ตั้งอนุญาโตตุลาการหรือให้ความเห็นชอบในการตั้งอนุญาโตตุลาการเพื่อระงับข้อพิพาทนั้น” กล่าวคือ เมื่อคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งส่งหนังสือบอกกล่าวแก่คู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่งให้ตั้ง อนุญาโตตุลาการหรือให้ความเห็นชอบในการตั้งอนุญาโตตุลาการเพื่อระงับข้อพิพาทโดยชอบแล้วถือ ว่ากระบวนการเสนอข้อพิพาทแก่อนุญาโตตุลาการเริ่มต้นขึ้นตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 แล้ว

รัชชัย สุวรรณพานิช (2557:193) กล่าวว่า “การบอกกล่าวตามอนุमतรานี้ต้อง บอกกล่าวเป็นหนังสือ และเป็นการบอกกล่าวเพื่อให้คู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่งตั้งอนุญาโตตุลาการ (กรณี อนุญาโตตุลาการหลายคน) หรือให้ความเห็นชอบในการตั้งอนุญาโตตุลาการ (กรณีอนุญาโตตุลาการ คนเดียว) เพื่อระงับข้อพิพาท”

การบอกกล่าวเป็นหนังสือแก่คู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่งให้ตั้งอนุญาโตตุลาการหรือให้ความ เห็นชอบในการตั้งอนุญาโตตุลาการเพื่อระงับข้อพิพาทตามมาตรานี้จึงถือเป็นการเริ่มต้นกระบวนการ อนุญาโตตุลาการและทำให้อายุความข้อพิพาทนั้นหยุดลงตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เช่นกัน

ไชยวัฒน์ บุณนาค (2552: 117) กล่าวว่า “คู่พิพาทมีข้อตกลงกันให้ระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ การบอกกล่าวให้ตั้งอนุญาโตตุลาการหรือให้ความเห็นชอบในการตั้งอนุญาโตตุลาการเป็นการปฏิบัติตามสัญญาอนุญาโตตุลาการถือเป็นเหตุที่ทำให้อายุความสะดุดหยุดลง”

3) คู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งแจ้งความประสงค์ในการระงับข้อพิพาทแก่อนุญาโตตุลาการ

พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ได้บัญญัติถึงการเริ่มต้นการดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการข้อสามไว้ว่า “เมื่อคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีหนังสือแจ้งข้อพิพาทที่ประสงค์จะระงับต่อคณะอนุญาโตตุลาการ ในกรณีที่มีสัญญาอนุญาโตตุลาการกำหนดคณะอนุญาโตตุลาการไว้” กล่าว-วคือ หากคู่พิพาทได้กำหนดคณะอนุญาโตตุลาการไว้แล้วในสัญญาอนุญาโตตุลาการก่อนแล้ว โดยภายหลังได้เกิดข้อพิพาทขึ้นแก่คู่พิพาทนั้น และคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีหนังสือโดยชอบแจ้งความประสงค์จะระงับข้อพิพาทต่อคณะอนุญาโตตุลาการ จึงถือได้ว่ากระบวนการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการได้เริ่มขึ้นแล้ว

4) คู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเสนอข้อพิพาทแก่สถาบันอนุญาโตตุลาการ

พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ได้บัญญัติถึงการเริ่มต้นการดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการข้อสามไว้ว่า “เมื่อคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเสนอข้อพิพาทต่อหน่วยงานซึ่งจัดตั้งขึ้นเพื่อดำเนินการระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการตามที่ตกลงกันไว้” กรณีนี้เป็นกรณีที่คู่พิพาทได้มีสัญญาอนุญาโตตุลาการไว้แล้วว่าหากเกิดข้อพิพาทขึ้นจะเสนอข้อพิพาทต่อหน่วยงานทางอนุญาโตตุลาการ เช่น สถาบันอนุญาโตตุลาการสำนักงานศาลยุติธรรม หรือตามข้อบังคับอนุญาโตตุลาการของหอการค้านานาชาติ เป็นต้น กรณีนี้เป็นสัญญาอนุญาโตตุลาการแบบอิงสถาบัน ซึ่งขณะที่ทำสัญญาอนุญาโตตุลาการนั้นสถาบันที่คู่พิพาทอ้างถึงไม่สามารถทราบถึงสัญญาดังกล่าวแต่อย่างใด ดังนั้นการที่คู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเสนอข้อพิพาทแก่สถาบันอนุญาโตตุลาการ เช่น สถาบันอนุญาโตตุลาการสำนักงานศาลยุติธรรม จึงถือเป็นการเริ่มต้นกระบวนการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการแล้ว

เมื่อกระบวนการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการได้เริ่มต้นขึ้นแล้ว คณะอนุญาโตตุลาการต้องดำเนินการพิจารณาข้อพิพาทนั้นต่อไป ซึ่งวิธีการดำเนินการจะกล่าวในประเด็นที่ 2 ต่อไป

2) วิธีการดำเนินการ

วิธีการดำเนินการพิจารณาถือเป็นกระบวนการสำคัญของการระงับข้อพิพาททางอนุญาโตตุลาการ ซึ่งมีความแตกต่างจากกระบวนการศาลที่มีความเฉพาะและเป็นกิจลักษณะมากกว่า พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 จึงได้มีการบัญญัติถึงวิธีพิจารณาชั้นอนุญาโตตุลาการเป็นการเฉพาะเพื่อเป็นวิธีการที่ทำให้กระบวนการพิจารณาทางอนุญาโตตุลาการสามารถดำเนินการได้ หัวข้อนี้ผู้วิจัยของนำเสนอ 2 ประเด็น คือ วิธีการพิจารณา และสถานที่

ก. วิธีการพิจารณา

วิธีการดำเนินการพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ได้วางหลักสำคัญไว้ในมาตรา 25 โดยได้บัญญัติว่า

“ในการพิจารณาของคณะอนุญาโตตุลาการ ให้คู่พิพาทได้รับการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกัน และให้มีโอกาสนำเสนอข้อพิพาทหลักฐานและเสนอข้ออ้างข้อต่อสู้ของตนได้ตามพฤติการณ์แห่งข้อพิพาทนั้น

ในกรณีที่คู่พิพาทมิได้ตกลงกันหรือกฎหมายนี้มิได้บัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น ให้คณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจดำเนินการพิจารณาใด ๆ ได้ตามที่เห็นสมควร อำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการนี้ให้รวมถึงอำนาจวินิจฉัยในเรื่องการรับฟังพยานหลักฐานและการชั่งน้ำหนักพยานหลักฐานทั้งปวงด้วย

เพื่อประโยชน์แห่งหมวดนี้ คณะอนุญาโตตุลาการอาจนำประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งว่าด้วยพยานหลักฐานมาใช้โดยอนุโลม”

มาตรานี้ได้วางหลักสำคัญไว้คือ “หลักความเสมอภาค” โดยได้บัญญัติให้คู่พิพาทได้รับการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกัน และให้มีโอกาสนำเสนอข้อพิพาทหลักฐานและเสนอข้ออ้างข้อต่อสู้ของตนได้ตามพฤติการณ์แห่งข้อพิพาทนั้น ดังนั้นคณะอนุญาโตตุลาการจึงจำเป็นต้องให้ความเสมอภาคแก่คู่พิพาทในการนำเสนอข้อพิพาทหลักฐานและเสนอข้ออ้างข้อต่อสู้ของตน

ธวัชชัย สุวรรณพานิช (2557:199) กล่าวว่า “บทบัญญัติในมาตรา 25 วรรคหนึ่งได้วางหลักที่สำคัญและถือเป็น “ธรรมเนียมของการดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการ” เป็นหลักที่เรียกว่า “หลักความเสมอภาค” ซึ่งเป็นหลักที่มีความสำคัญที่สุดในบรรดาบทบัญญัติต่างๆของพ.ร.บ.

อนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 หลักความเสมอภาคได้ให้หลักประกันที่สำคัญแก่คู่พิพาท 2 ประการคือ ประการแรก เป็นหลักประกันว่าคู่พิพาทจะได้รับการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกัน และประการที่สอง เป็นหลักประกันเรื่องโอกาสในการต่อสู้คดี”

หลักความเสมอภาคถือเป็นหลักพื้นฐานของกระบวนการยุติธรรมที่พึงมี ไม่ว่าจะใช้กระบวนการระงับข้อพิพาทในรูปแบบใดก็ตาม พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 จึงได้วางหลักความเสมอภาคไว้ในมาตรานี้เป็นหลักสำคัญของวิธีพิจารณาในชั้นอนุญาโตตุลาการ ซึ่งสอดคล้องกับกฎหมายแม่แบบที่ได้วางหลักนี้ไว้ในข้อ 18 ว่า “การปฏิบัติต่อคู่พิพาทอย่างเท่าเทียมกัน คู่สัญญาจะได้รับความเสมอภาคและคู่สัญญาแต่ละฝ่ายจะได้รับโอกาสเต็มที่ในการนำเสนอกรณีของเขา”³¹

นอกจากความเสมอภาคในวรรคแรกที่ได้เปรียบเสมือนธรรมนูญหลักของพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 แล้ว กฎหมายยังเปิดโอกาสให้คณะอนุญาโตตุลาการสามารถใช้ดุลพินิจในการดำเนินกระบวนการพิจารณาได้อย่างเต็มที่โดยได้บัญญัติให้ “คณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจดำเนินกระบวนการพิจารณาใด ๆ ได้ตามที่เห็นสมควร โดยอำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการนี้ให้รวมถึงอำนาจวินิจฉัยในเรื่องการรับฟังพยานหลักฐานและการชั่งน้ำหนักพยานหลักฐานทั้งปวงด้วย” ซึ่งอำนาจเหล่านี้เป็นของคณะอนุญาโตตุลาการตามที่คณะอนุญาโตตุลาการเห็นสมควร

การพิจารณาข้อพิพาทของคณะอนุญาโตตุลาการมีความเป็นอิสระในกระบวนการพิจารณาข้อพิพาทได้อย่างเต็มที่ในการรับฟังพยานหลักฐานต่างๆ และสามารถเลือกใช้วิธีพิจารณาในรูปแบบต่างๆได้ ไม่ว่าจะเป็นการเลือกใช้วิธีพิจารณาในรูปแบบกล่าวหา หรือโต้สวน ทั้งยังสามารถนำประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งว่าด้วยพยานหลักฐานมาใช้โดยอนุโลม ซึ่งวิธีพิจารณาความแพ่งได้กำหนดวิธีการและระเบียบแบบแผน เช่น การพิจารณาในศาลต้องใช้ภาษาไทย เป็นต้น

ข. สถานที่ดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการ

สถานที่ดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการถือเป็นประเด็นสำคัญอีกประเด็นหนึ่งในกระบวนการระงับข้อพิพาททางอนุญาโตตุลาการ ซึ่งส่วนใหญ่จะมีการกำหนดไว้ในสัญญา

³¹ Article 18. Equal treatment of parties

The parties shall be treated with equality and each party shall be given a full opportunity of presenting his case.

อนุญาตตุลาการ อันเนื่องมาจากหากไม่มีการกำหนดไว้ในสัญญาอนุญาตตุลาการก่อนจะเป็นการ ยากที่จะกำหนดสถานที่ดำเนินการทางอนุญาตตุลาการในขณะที่เกิดข้อพิพาทกันอยู่

รัชชชัย สุวรรณพานิช (2557:210) กล่าวว่า “สำหรับประเด็นสถานที่ดำเนินการ ทางอนุญาตตุลาการนั้นควรกำหนดตั้งแต่แรก หากปล่อยให้เกิดข้อพิพาทก่อนแล้วค่อยกำหนดกัน ภายหลังอาจทำให้เกิดความยุ่งยาก และในบางกรณีอาจทำให้กระบวนการอนุญาตตุลาการไม่ สามารถเริ่มต้นได้เลย”

แต่อย่างไรก็ตามพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 26 ได้กำหนด รายละเอียดเกี่ยวกับสถานที่ดำเนินการทางอนุญาตตุลาการในกรณีที่มีได้มีการกำหนดไว้ในสัญญา อนุญาตตุลาการ โดยได้บัญญัติว่า

“คู่พิพาทอาจตกลงกำหนดสถานที่ในการดำเนินการทาง อนุญาตตุลาการไว้ก็ได้ ในกรณีที่ไม่มีข้อตกลงเช่นว่านั้น ให้คณะ อนุญาตตุลาการกำหนดสถานที่โดยคำนึงถึงสภาพแห่งข้อพิพาทและ ความสะดวกของคู่พิพาท

ในกรณีที่คู่พิพาทมิได้ตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่น คณะอนุญาตตุลาการ อาจกำหนดสถานที่อื่นใดนอกเหนือจากที่กำหนดไว้ตามวรรคหนึ่งเพื่อ ดำเนินการปรึกษาหารือ เพื่อสืบพยานบุคคลผู้เชี่ยวชาญหรือคู่พิพาท หรือเพื่อตรวจสอบวัตถุ สถานที่หรือเอกสารใด ๆ ก็ได้”

มาตรานี้ได้ให้อำนาจแก่คู่พิพาทในการกำหนดสถานที่ดำเนินการทาง อนุญาตตุลาการว่าจะเลือกใช้สถานที่ใด ตามแต่ความสะดวกของคู่พิพาทในการดำเนินการระงับข้อ พาทนั้นๆ แต่หากไม่มีการกำหนดไว้ มาตรา 26 วรรคแรกได้บัญญัติให้ “คณะอนุญาตตุลาการ กำหนดสถานที่” ที่จะดำเนินการทางอนุญาตตุลาการ ทั้งนี้ต้อง “คำนึงถึงสภาพแห่งข้อพิพาทและ ความสะดวกของคู่พิพาท” ด้วย

ไชยวัฒน์ บุณนาค (2552 :113) กล่าวว่า “กรณีที่คู่พิพาทไม่ได้กำหนดสถานที่ใน การดำเนินการทางอนุญาตตุลาการไว้ตามวรรคหนึ่งของมาตรานี้ (ซึ่งหมายความรวมถึงกรณีที่ ข้อบังคับทางอนุญาตตุลาการที่คู่พิพาทได้ตกลงให้ใช้กับข้อพิพาทมิได้กำหนดไว้เป็นอย่างอื่นด้วย) หน้าที่ในการกำหนดสถานที่ดำเนินการอนุญาตตุลาการก็ตกแก่อนุญาตตุลาการ ซึ่งการเลือกสถานที่ ดังกล่าวอนุญาตตุลาการต้องคำนึงถึงสภาพแห่งข้อพิพาทและความสะดวกของคู่พิพาท”

นอกจากการกำหนดสถานที่ดำเนินการอนุญาตตุลาการแล้ว คณะอนุญาตตุลาการอาจกำหนดสถานที่อื่นใดนอกเหนือจากสถานที่ดังกล่าว เพื่อดำเนินการปรึกษาหารือ เพื่อสืบพยานบุคคลผู้เชี่ยวชาญหรือคู่พิพาท หรือเพื่อตรวจสอบวัตถุ สถานที่หรือเอกสารใด ๆ ก็ได้ ตามที่ได้มีบัญญัติไว้ในวรรคสองอีกด้วย

ดังนั้นกระบวนการพิจารณาทางอนุญาตตุลาการจึงสามารถสรุปได้ว่า วิธีการพิจารณานั้น คณะอนุญาตตุลาการจะต้องให้ความเสมอภาคแก่คู่พิพาทในการนำเสนอหลักฐานและเสนอข้ออ้างข้อต่อสู้ของตน และมีความเป็นอิสระในกระบวนการพิจารณาข้อพิพาทได้อย่างเต็มที่ในการรับฟังพยานหลักฐานต่างๆ และสามารถเลือกใช้วิธีการพิจารณาในรูปแบบต่างๆ ได้ และสถานที่ดำเนินการอนุญาตตุลาการคู่พิพาทสามารถกำหนดสถานที่ในการดำเนินการทางอนุญาตตุลาการได้อย่างอิสระ แต่หากคู่พิพาทมิได้กำหนดสถานที่ดำเนินการอนุญาตตุลาการไว้ คณะอนุญาตตุลาการสามารถกำหนดสถานที่ดำเนินการอนุญาตตุลาการได้แต่งตั้งคำนึงถึงสภาพแห่งข้อพิพาทและความสะดวกของคู่พิพาทด้วย นอกจากนี้ยังสามารถกำหนดสถานที่ เพื่อดำเนินการปรึกษาหารือ เพื่อสืบพยานบุคคลผู้เชี่ยวชาญหรือคู่พิพาท หรือเพื่อตรวจสอบวัตถุ สถานที่หรือเอกสารใดๆ ด้วยก็ได้

เมื่อกระบวนการทางอนุญาตตุลาการได้เริ่มวิธีการพิจารณาโดยครอบครัวประกอบแล้ว คณะอนุญาตตุลาการจึงจำต้องดำเนินการทางอนุญาตตุลาการไปจนกระทั่งสิ้นสุดกระบวนการ ซึ่งการสิ้นสุดกระบวนการทางอนุญาตตุลาการจะสิ้นสุดลงเมื่อใด ผู้วิจัยจะนำเสนอประเด็นดังกล่าวในหัวข้อต่อไป

3) การสิ้นสุดกระบวนการอนุญาตตุลาการ

เมื่อกระบวนการทางอนุญาตตุลาการได้เริ่มต้นขึ้นแล้ว และได้มีการดำเนินการรับข้อพิพาทไปตามกระบวนการ ประเด็นสำคัญที่จำต้องพิจารณาต่อคือการสิ้นสุดกระบวนการอนุญาตตุลาการจะสิ้นสุดลงเมื่อใด และจะสิ้นสุดด้วยเหตุใดบ้าง พระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2545 ได้มีการกำหนดการสิ้นสุดของกระบวนการทางอนุญาตตุลาการไว้ในมาตรา 38 โดยได้บัญญัติว่า

“การดำเนินการทางอนุญาตตุลาการจะสิ้นสุดลงเมื่อมีคำชี้ขาดเสร็จ

เด็ดขาดหรือโดยคำสั่งของคณะอนุญาตตุลาการตามวรรคสอง

คณะอนุญาตตุลาการจะมีคำสั่งให้ยุติกระบวนการพิจารณา เมื่อ

(๑) คู่พิพาทฝ่ายที่เรียกร้องขอถอนข้อเรียกร้อง เว้นแต่คู่พิพาทฝ่ายที่ถูกเรียกร้องได้คัดค้านการถอนข้อเรียกร้องดังกล่าว และคณะอนุญาโตตุลาการเห็นถึงประโยชน์อันชอบด้วยกฎหมายของคู่พิพาทฝ่ายที่ถูกเรียกร้องในการที่จะได้รับการวินิจฉัยในประเด็นข้อพิพาทนั้น

(๒) คู่พิพาทตกลงกันให้ยุติกระบวนการพิจารณา

(๓) คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่าไม่มีความจำเป็นที่จะดำเนินกระบวนการพิจารณาต่อไป หรือไม่อาจดำเนินกระบวนการพิจารณาต่อไปได้

ภายใต้บังคับมาตรา ๓๙ และมาตรา ๔๐ วรรคสี่ อำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการจะสิ้นสุดลงพร้อมกับการยุติของกระบวนการพิจารณา”

มาตรานี้ได้บัญญัติถึงการสิ้นสุดกระบวนการทางอนุญาโตตุลาการไว้ในมาตรา 38 วรรคแรกได้บัญญัติว่า “การดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการจะสิ้นสุดลงเมื่อมีคำชี้ขาดเสร็จเด็ดขาดหรือโดยคำสั่งของคณะอนุญาโตตุลาการตามวรรคสอง” ซึ่งสามารถสรุปได้ว่าการสิ้นสุดกระบวนการทางอนุญาโตตุลาการนั้นสามารถมีได้ 2 วิธี คือ เมื่อมีคำชี้ขาดเด็ดขาด และคณะอนุญาโตตุลาการสั่งให้ยุติกระบวนการพิจารณา ซึ่งสามารถแจกแจงรายละเอียดได้ดังนี้

ก. เมื่อมีคำชี้ขาดเด็ดขาด

พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 38 วรรคแรกได้บัญญัติว่า “การดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการจะสิ้นสุดลงเมื่อมีคำชี้ขาดเสร็จเด็ดขาด” คำว่า “คำชี้ขาดเสร็จเด็ดขาด” พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มิได้ให้ความหมายไว้แต่สามารถเข้าใจได้ว่า คำชี้ขาดเสร็จเด็ดขาดนั้น หมายความว่า คณะอนุญาโตตุลาการมีคำชี้ขาดเสร็จเด็ดขาดในทุกประเด็นที่คู่พิพาทได้มีการร้องขอ ไม่ใช่มีคำชี้ขาดเป็นเด็ดขาดเพียงแต่ในประเด็นใดประเด็นหนึ่ง เช่น ประเด็นเรื่องอำนาจของอนุญาโตตุลาการ เป็นต้น เมื่อว่าคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการในส่วนต่างๆจะเป็นที่เด็ดขาดแล้ว ก็หาใช่จะทำให้การอนุญาโตตุลาการนั้นสิ้นสุดลงแต่อย่างใด

ธวัชชัย สุวรรณพานิช (2557:233) กล่าวว่า “คำชี้ขาดเสร็จเด็ดขาด (final award) เป็นคำชี้ขาดที่ทำให้คดีเสร็จเด็ดขาดไป”

ไชยวัฒน์ บุณนาค (2552 :113) กล่าวว่า “เหตุหนึ่งที่ทำให้การดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการสิ้นสุดลง ได้แก่ การที่อนุญาโตตุลาการมีคำชี้ขาดขั้นสุดท้าย (final award) ดังนั้นในกรณีที่อนุญาโตตุลาการมีคำชี้ขาดระหว่างกาล (interim or provisional award) ก็ไม่ได้ทำให้การ

ดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการสิ้นสุดลง ปัญหาว่า หากอนุญาโตตุลาการมีคำชี้ขาดเฉพาะส่วน (partial award) การดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการจะสิ้นสุดลงหรือไม่ แม้ว่าคำชี้ขาดเฉพาะส่วนนั้นจะมีผลเสร็จเด็ดขาด ก็เป็นการเด็ดขาดในประเด็นพิพาทนั้นเท่านั้น แต่อนุญาโตตุลาการยังมีหน้าที่ที่จะต้องชี้ขาดประเด็นอื่นๆที่เหลืออยู่ให้เสร็จสิ้นไป ดังนั้นคำว่า “คำชี้ขาดเสร็จเด็ดขาด” ในมาตรา 38 วรรคหนึ่งนี้น่าจะหมายถึงคำชี้ขาดเสร็จเด็ดขาดในทุกประเด็นข้อพิพาทในกระบวนการอนุญาโตตุลาการนั้น”

ดังนั้นการสิ้นสุดกระบวนการอนุญาโตตุลาการวิธีแรกคือ การที่อนุญาโตตุลาการมีคำชี้ขาดเสร็จเด็ดขาด (final award) ในข้อพิพาทที่ได้เสนอให้คณะอนุญาโตตุลาการชี้ขาด

ข. อนุญาโตตุลาการขาดคุณสมบัติ

พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 21 ได้บัญญัติถึงการสิ้นสุดกระบวนการอนุญาโตตุลาการด้วยการขาดคุณสมบัติของอนุญาโตตุลาการ โดยมาตรา 21 บัญญัติว่า

“การเป็นอนุญาโตตุลาการสิ้นสุดลงเมื่อตาย

ในกรณีที่บุคคลซึ่งจะได้รับหรือได้รับการตั้งเป็นอนุญาโตตุลาการผู้ใดไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่ได้ไม่ว่าโดยไม่ยินยอมรับการตั้ง ถูกพิทักษ์ทรัพย์เด็ดขาด ถูกศาลสั่งให้เป็นคนไร้ความสามารถหรือเสมือนไร้ความสามารถ หรือไม่ปฏิบัติหน้าที่ภายในระยะเวลาอันสมควรด้วยเหตุอื่น ให้การเป็นอนุญาโตตุลาการของผู้นั้นสิ้นสุดลงเมื่ออนุญาโตตุลาการผู้นั้นขอถอนตัว หรือคู่พิพาทตกลงกันให้การเป็นอนุญาโตตุลาการสิ้นสุดลง แต่ถ้ายังมีข้อโต้แย้งในเหตุดังกล่าว คู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งอาจยื่นคำร้องต่อศาลที่มีเขตอำนาจให้วินิจฉัยถึงการสิ้นสุดของการเป็นอนุญาโตตุลาการได้”

การสิ้นสุดกระบวนการอนุญาโตตุลาการ โดยการขาดคุณสมบัติของอนุญาโตตุลาการในมาตรา 21 มีทั้งหมด 2 สาเหตุดังนี้

1) การเป็นอนุญาโตตุลาการสิ้นสุดลงเมื่อตาย

พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 21 วรรคแรกบัญญัติว่า “อนุญาโตตุลาการถึงแก่ความตาย” การเป็นอนุญาโตตุลาการจึงสิ้นสุดลง ดังนั้นเมื่อไม่มี

อนุญาตตุลาการ การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาตตุลาการจึงสิ้นสุดลงทันที โดยไม่จำเป็นต้องให้ คู่พิพาทตกลงกันให้การเป็นอนุญาตตุลาการสิ้นสุดลง

2) อนุญาตตุลาการไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่ได้

พระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 21วรรคสอง บัญญัติว่า “ในกรณีที่บุคคลซึ่งจะได้รับหรือได้รับการตั้งเป็นอนุญาตตุลาการผู้ใดไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่ได้ไม่ว่า โดยไม่ยินยอมรับการตั้ง ถูกพิทักษ์ทรัพย์เด็ดขาด ถูกศาลสั่งให้เป็นคนไร้ความสามารถหรือเสมือนไร้ ความสามารถ หรือไม่ปฏิบัติหน้าที่ภายในระยะเวลาอันสมควรด้วยเหตุอื่น ให้การเป็น อนุญาตตุลาการของผู้นั้นสิ้นสุดลงเมื่ออนุญาตตุลาการผู้นั้นขอถอนตัว หรือคู่พิพาทตกลงกันให้การ เป็นอนุญาตตุลาการสิ้นสุดลง”

กรณีที่บุคคลซึ่งจะได้รับหรือได้รับการตั้งเป็นอนุญาตตุลาการผู้ใดไม่สามารถปฏิบัติ หน้าที่ได้ตามที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 21วรรคสอง มีดังนี้

- 2.1) บุคคลนั้นไม่ยินยอมรับการตั้งเป็นอนุญาตตุลาการ
- 2.2) บุคคลนั้นถูกพิทักษ์ทรัพย์เด็ดขาด
- 2.3) บุคคลนั้นถูกศาลสั่งให้เป็นคนไร้ความสามารถหรือเสมือนไร้ความสามารถ
- 2.4) อนุญาตตุลาการไม่ปฏิบัติหน้าที่ภายในระยะเวลาอันสมควรด้วยเหตุอื่น

หากผู้ใดมีคุณสมบัติดังกล่าวข้างต้นการเป็นอนุญาตตุลาการของผู้นั้นสามารถสิ้นสุด ลงได้เมื่อผู้นั้นขอถอนตัว หรือคู่พิพาทตกลงกันให้การเป็นอนุญาตตุลาการสิ้นสุดลง ดังนั้นเมื่อการ เป็นอนุญาตตุลาการสิ้นสุดลง กระบวนการระงับข้อพิพาททางอนุญาตตุลาการสิ้นสุดลงทันที

ค. เมื่อคณะอนุญาตตุลาการสั่งให้ยุติกระบวนการพิจารณา

พระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 38 วรรคสองได้บัญญัติเหตุ ต่างๆที่จำทำให้คณะอนุญาตตุลาการสั่งให้ยุติกระบวนการพิจารณา ซึ่งมีทั้งหมด 3 สาเหตุ คือ 1) คู่พิพาทฝ่ายที่เรียกร้องขอถอนข้อเรียกร้อง 2) คู่พิพาทตกลงกันให้ยุติกระบวนการพิจารณา และ 3) คณะอนุญาตตุลาการเห็นว่าไม่มีความจำเป็นที่จะดำเนินกระบวนการพิจารณาต่อไป หรือไม่อาจดำเนิน กระบวนการพิจารณาต่อไปได้

การสิ้นสุดกระบวนการอนุญาตตุลาการ โดยการที่คณะอนุญาตตุลาการสั่งให้ยุติ กระบวนการพิจารณาทั้ง 3 สาเหตุ นั้นสามารถกระทำได้ดังต่อไปนี้

1) คู่พิพาทฝ่ายที่เรียกร้องขอถอนข้อเรียกร้อง

พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 38 วรรคสอง (1) บัญญัติว่า “คู่พิพาทฝ่ายที่เรียกร้องขอถอนข้อเรียกร้อง เว้นแต่คู่พิพาทฝ่ายที่ถูกเรียกร้องได้คัดค้านการถอนข้อเรียกร้องดังกล่าว และคณะอนุญาโตตุลาการเห็นถึงประโยชน์อันชอบด้วยกฎหมายของคู่พิพาทฝ่ายที่ถูกเรียกร้องในการที่จะได้รับการวินิจฉัยในประเด็นข้อพิพาทนั้น” หมายความว่า เมื่อคู่พิพาทฝ่ายที่เรียกร้องขอถอนข้อเรียกร้อง และฝ่ายที่ถูกเรียกร้องไม่ได้คัดค้าน คณะอนุญาโตตุลาการสั่งให้ยุติกระบวนการพิจารณาได้ แต่ถ้าหากคู่พิพาทฝ่ายที่เรียกร้องขอถอนข้อเรียกร้อง และฝ่ายที่ถูกเรียกร้องคัดค้านไม่ให้ถอนข้อเรียกร้องนั้น การยุติกระบวนการพิจารณาข้อพิพาทจะขึ้นอยู่กับดุลพินิจของคณะอนุญาโตตุลาการว่าจะสั่งให้ยุติกระบวนการพิจารณาหรือไม่

ธวัชชัย สุวรรณพานิช (2557:234) กล่าวว่า “ถ้าปรากฏว่า ผู้ถูกเรียกร้องคัดค้านการถอนข้อเรียกร้อง ดังนี้คณะอนุญาโตตุลาการมีดุลพินิจที่จะสั่งให้กระบวนการพิจารณายุติหรือไม่ก็ได้ โดยพิจารณาถึงประโยชน์อันชอบด้วยกฎหมายของคู่พิพาทฝ่ายที่ถูกเรียกร้องว่าจะได้รับประโยชน์อันชอบด้วยกฎหมายในการที่จะได้รับการวินิจฉัยประเด็นข้อพิพาทนั้นหรือไม่เป็นที่สำคัญ การที่กฎหมายให้ดุลพินิจแก่อนุญาโตตุลาการ เพื่อป้องกันมิให้เกิดการกลั่นแกล้งนำข้อพิพาทเสนอต่ออนุญาโตตุลาการ แล้วถอนข้อเรียกร้องในภายหลัง”

2) คู่พิพาทตกลงกันให้ยุติกระบวนการพิจารณา

พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 38 วรรคสอง (2) บัญญัติว่า “คู่พิพาทตกลงกันให้ยุติกระบวนการพิจารณา” หมายความว่า คู่พิพาททั้งสองฝ่าย คือ ฝ่ายที่เรียกร้องและฝ่ายที่ถูกเรียกร้องได้ตกลงกันยุติกระบวนการพิจารณาข้อพิพาทของอนุญาโตตุลาการ ดังนั้นเมื่อคู่พิพาทตกลงกันให้ยุติกระบวนการพิจารณา คณะอนุญาโตตุลาการสั่งให้ยุติกระบวนการพิจารณาได้ทันที เพราะถือว่าไม่มีข้อพิพาทให้คณะอนุญาโตตุลาการพิจารณาอีกต่อไป

3) คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่าไม่มีความจำเป็นที่จะดำเนินกระบวนการพิจารณาต่อไป หรือไม่อาจดำเนินกระบวนการพิจารณาต่อไปได้

พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 38 วรรคสอง (3) บัญญัติว่า “คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่าไม่มีความจำเป็นที่จะดำเนินกระบวนการพิจารณาต่อไป หรือไม่อาจดำเนินกระบวนการพิจารณาต่อไปได้” หมายถึง คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่าไม่มีความจำเป็นใดๆ ที่จะดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการอีกต่อไป เช่น คู่พิพาทได้แต่งตั้งคณะอนุญาโตตุลาการการแล้ว ได้

เพิกเฉย มิได้ดำเนินการใดๆต่อไปในทางที่จะให้กระบวนการทางอนุญาโตตุลาการสามารถดำเนินการไปได้ เช่นนี้ทางคณะอนุญาโตตุลาการสั่งให้ยุติกระบวนการพิจารณาได้

ไชยวัฒน์ บุณนาค (2552 :153) กล่าวว่า “เมื่อได้รับการแต่งตั้งโดยชอบแล้ว อนุญาโตตุลาการก็มีหน้าที่ที่จะต้องดำเนินการพิจารณาจนกระทั่งทำคำชี้ขาด แม้ว่าคู่พิพาทฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดไม่ยอมดำเนินการพิจารณาต่อไปก็ตาม ส่วนกรณีใดจะถือว่าไม่จำเป็นที่จะดำเนินการพิจารณาต่อไป หรือไม่อาจดำเนินการพิจารณาต่อไปได้ ขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงในกรณีนั้น ตัวอย่างเช่น คู่พิพาทอาจเลิกกรากันไปเองและทิ้งกระบวนการพิจารณา โดยไม่แจ้งให้อนุญาโตตุลาการทราบ กรณีนี้ก็อาจถือได้ว่าไม่มีความจำเป็นที่จะดำเนินการพิจารณาต่อไป หรือไม่อาจดำเนินการพิจารณาได้ทั้งสองกรณี”

นอกจากสาเหตุทั้งสามที่ได้กล่าวมาแล้วในวรรคสองนั้น พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 36 ถือเป็นอีกหนึ่งสาเหตุที่ทำให้ยุติของกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ ซึ่งสามารถยุติโดยการที่คู่พิพาทประนีประนอมข้อพิพาทกัน ในกรณีนี้คณะอนุญาโตตุลาการจำเป็นต้องยุติกระบวนการพิจารณาทันที

ตั้งนั้นการอนุญาโตตุลาการในกฎหมายไทยมีประวัติความเป็นมาที่ยาวนานควบคู่มา กับสังคมมนุษย์ เฉกเช่นเดียวกับประวัติความเป็นมาของอนุญาโตตุลาการอิสลาม จนกระทั่งได้มีการบัญญัติเรื่องการอนุญาโตตุลาการไว้ในกฎหมายตราสามดวง และได้มีการพัฒนาเรื่อยมาจนถึงพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ที่ใช้อยู่ในปัจจุบัน ส่วนองค์ประกอบและเงื่อนไขของการอนุญาโตตุลาการในกฎหมายไทยนั้นได้มีการบัญญัติไว้อย่างละเอียดในพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545ตามที่ได้กล่าวมาแล้ว

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

นับได้ว่าการตัดสินข้อพิพาทของชาวอาหรับในสมัยก่อนอิสลามจะเป็นไปในรูปแบบของการอนุญาตตุลาการผสมผสานกับการใช้อำนาจของผู้ที่เป็นหัวหน้าเผ่าหรือผู้ที่มีอำนาจสูงสุดในเผ่า่นั้น กล่าวคือ หากมีข้อพิพาทเกิดขึ้นภายในกลุ่มคู่พิพาทจะแต่งตั้งผู้ที่ตัดสินชี้ขาดข้อพิพาทขึ้นมาหนึ่งคน 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 และอัลสุนนะฮ์ ตลอดจนมาถึงยุคของเคาะหะบะฮ์ก็ได้นำกระบวนการอนุญาตตุลาการมาใช้ในการระงับข้อพิพาทกันอย่างแพร่หลาย ซึ่งเป็นที่ยอมรับกันอย่างกว้างขวาง จนกระทั่งถือได้ว่าเป็นมติเอกฉันท์ถึงการอนุญาตของกฎหมายอิสลาม ให้มีการระงับข้อพิพาทโดยกระบวนการอนุญาตตุลาการ นอกจากกระบวนการระงับข้อพิพาทกระแสหลักด้วยกระบวนการศาล

2) พัฒนาการการอนุญาตตุลาการในกฎหมายไทย

พัฒนาการการอนุญาตตุลาการในกฎหมายไทย มีวิวัฒนาการเฉกเช่นเดียวกับ การอนุญาตตุลาการในกฎหมายอิสลาม กล่าวคือ มีพัฒนาการมาจากสังคมมนุษย์ยุคโบราณมาเป็น เวลาช้านานแต่ไม่มีหลักฐานว่าการอนุญาตตุลาการเกิดขึ้นมาเมื่อใด แล้วค่อยๆมีวิวัฒนาการทาง กฎหมายมาจนกระทั่งมีหลักฐานที่เป็นบทบัญญัติที่ชัดเจนปรากฏในกฎหมายตราสามดวง ถือว่าเป็น กฎหมายหมายที่เกี่ยวข้องกับการอนุญาตตุลาการที่เป็นลายลักษณ์อักษรฉบับแรกของไทยที่มีการค้นพบ ได้ นั่นคือ พระไอยการลักษณะตระลาการ จุลศักราช 1068 ซึ่งอยู่ในอาณาจักรกรุงศรีอยุธยา มีรากฐาน มาจากกฎหมายพระธรรมนูญศาสตร์ประเทศอินเดียและกฎหมายนี้ได้คัดลอกไว้ในกฎหมายตรา 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 อี้ชฮาฟีอี อัลชะนาบีละฮฺ และบางส่วนจากนักกฎหมายสำนักกฎหมายอัลมะลิกีย์ รวมทั้งในกรณีที่ไม่มีข้อพิพาทที่นักกฎหมายอิสลามบางส่วนมีความเห็นว่าจะสามารถแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการได้ แต่การอนุญาโตตุลาการทางกฎหมายไทย

สามารถใช้ระงับข้อพิพาทได้แต่เพียงกรณีที่เป็นข้อพิพาททางแพ่ง หรือข้อพิพาททางพาณิชย์เท่านั้น และข้อพิพาททั้งสองนั้นต้องไม่ใช้ในกรณีที่กฎหมายกำหนดว่าจะต้องใช้คำสั่งของศาลเท่านั้นอีกด้วย

ดังนั้นบทบัญญัติที่นำเข้าสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการตามกฎหมายไทย และกฎหมายอิสลามจึงมีความแตกต่างกัน กล่าวคือ การแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการตามกฎหมายอิสลามนั้น สามารถแต่งตั้งขึ้นมาเพื่อระงับข้อพิพาทได้ทั้งข้อพิพาททางแพ่ง พาณิชย และทางอาญา แต่กฎหมายไทยนั้นสามารถแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการขึ้นมาเพื่อระงับข้อพิพาทได้เพียงแต่ข้อพิพาททางแพ่ง และพาณิชย์เท่านั้น

จ. พยานหลักฐานในกระบวนการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ

การแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการตามกฎหมายอิสลามไม่ได้บัญญัติให้มีหลักฐานในกระบวนการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ โดยนักกฎหมายอิสลามมีความเห็นแตกต่างกันในประเด็นนี้ ซึ่งนักกฎหมายอิสลามส่วนใหญ่เห็นว่าจำเป็นต้องมีพยานบุคคลในการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ ตลอดจนมีพยานในขณะที่มีการชี้ขาดข้อพิพาทในสถานที่ชี้ขาดก่อนที่จะมีการแยกกันระหว่างคู่พิพาททั้งสอง เพื่อป้องกันการปฏิเสธคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ซึ่งทัศนะนี้เป็นทัศนะของนักกฎหมายอิสลามสำนักกฎหมายอัลฮะนาบิละฮฺ และอัลฮะนาฟีฮฺ และอัชชาฟีอีฮฺ โดยที่มึนักกฎหมายอิสลามอิสลามบางส่วนมีความเห็นว่าไม่จำเป็นต้องมีพยานบุคคลในการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการตามทัศนะของนักกฎหมายอิสลามสำนักกฎหมายอัลมะลิกีย ส่วนหลักฐานในการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการเป็นหนังสือมีเพียงนักกฎหมายอิสลามบางส่วนเท่านั้นที่เห็นว่าการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการนั้นจำเป็นต้องทำเป็นหนังสือ เช่น อับดุลลอฮฺ 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 อิบนุ อะฎียะฮ์ และอ็ฏฏออบ์ร็ศีย์ 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

แต่งตั้งอนุญาโตตุลาการภายในระยะเวลา 30 วันตามที่กฎหมายกำหนด ให้คู่พิพาทอีกฝ่ายยื่นคำร้องต่อศาลให้มีคำสั่งแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ

(3) การแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการโดยศาล กล่าวคือ กรณีที่มีได้มีการกำหนดวิธีการที่จะได้มาซึ่งอนุญาโตตุลาการ ให้คู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งยื่นคำร้องต่อศาลให้แต่งตั้งอนุญาโตตุลาการให้ตั้งนั้นเมื่อนำความเห็นของนักกฎหมายอิสลามมาพิจารณาประกอบกับพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 11 และ 18 แล้ว จะเห็นว่า มีความสอดคล้องกัน กล่าวคือ การแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการนั้นสามารถทำสัญญาตั้งอนุญาโตตุลาการได้ทุกขณะไม่ว่าจะมีข้อพิพาทเกิดขึ้นแล้วหรืออาจเกิดขึ้นในอนาคต และการวิธีการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการนั้นมีความสอดคล้องบางส่วน คือ การแต่งตั้งโดยมีสัญญาอนุญาโตตุลาการระหว่างคู่พิพาททั้งสอง

2) คณะอนุญาโตตุลาการ

กฎหมายอิสลามมิได้จำกัดจำนวนอนุญาโตตุลาการไว้แต่อย่างใด ซึ่งนักกฎหมายมีมติเป็นเอกฉันท์เกี่ยวกับจำนวนคณะอนุญาโตตุลาการนั้น ไม่จำเป็นต้องเป็นจำนวนคี่ เนื่องจากอายะฮ์อัลกุรอาน สุเราะฮ์ อัลนิสาอ์ อายะฮ์ที่ 35 ซึ่งได้บัญญัติให้มีการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการได้บัญญัติให้มีการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการเป็นจำนวนคู่ ถึงอย่างไรก็ตามกฎหมายอิสลามยังเปิดโอกาสให้สามารถแต่งตั้งคณะอนุญาโตตุลาการเป็นจำนวนคี่ได้ ดังที่มีปรากฏในอัลสุนนะฮ์ คณะอนุญาโตตุลาการตามกฎหมายอิสลามจึงสามารถมีได้ทั้งจำนวนคู่และจำนวนคี่ แต่พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 17 ได้จำกัดองค์คณะอนุญาโตตุลาการไว้ให้เป็นจำนวนคี่เท่านั้น เพื่อที่จะให้สามารถลงมติในการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทได้

ดังนั้นคณะอนุญาโตตุลาการตามกฎหมายอิสลาม และกฎหมายไทยนั้นมีความแตกต่างกัน กล่าวคือกฎหมายอิสลามมิได้จำกัดว่าคณะอนุญาโตตุลาการนั้นต้องเป็นจำนวนคู่หรือจำนวนคี่ แต่กฎหมายไทยนั้นได้กำหนดให้คณะอนุญาโตตุลาการนั้นต้องเป็นจำนวนคี่เท่านั้น

3) คุณสมบัติของอนุญาโตตุลาการ

คุณสมบัติของอนุญาโตตุลาการทั้งในกฎหมายอิสลาม และกฎหมายไทยมีทั้งที่เป็นคุณสมบัติพื้นฐาน คุณสมบัติทั่วไป และคุณสมบัติเฉพาะ โดยมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

1) คุณสมบัติพื้นฐาน

มีคุณสมบัติพื้นฐานสำคัญคือ ต้องมีความเป็นกลาง และตัดสินใจด้วยความยุติธรรม ซึ่งคุณสมบัติเหล่านี้มีบัญญัติไว้อย่างชัดเจนทั้งในบทบัญญัติกฎหมายอิสลามและกฎหมายไทยดังนี้

นักกฎหมายอิสลามมีความเห็นเกี่ยวกับคุณสมบัติของอนุญาโตตุลาการแตกต่างกันหลายประการ ซึ่งคุณสมบัติของอนุญาโตตุลาการนั้นต้องมีคุณสมบัติเฉกเช่นเดียวกับผู้พิพากษา และคุณสมบัติที่สำคัญของผู้พิพากษาคือความเป็นกลาง ซึ่งผู้ที่เป็นอนุญาโตตุลาการนั้นจึงต้องมีความยุติธรรมในการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทที่เกิดขึ้น โดยอัลลอฮ์ได้กำชับเรื่องการตัดสินชี้ขาดด้วยความยุติธรรมไว้ในสุเราะฮ์อัลนีสอาอ์ ส่วนหนึ่งจากอายะที่ 58 ว่า

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

سورة النساء من آية : 58

ความว่า “...และเมื่อพวกเจ้าตัดสินระหว่างผู้คน พวกเจ้าก็จะต้อง

ตัดสินด้วยความยุติธรรม...”

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

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

ดังนั้นคุณสมบัติพื้นฐานของอนุญาโตตุลาการตามกฎหมายอิสลามต้องเป็นผู้ที่มีความยุติธรรมในการพิจารณาและตัดสินชี้ขาด โดยคุณสมบัตินักกฎหมายอิสลามมีความเห็นพ้องกันว่าจำเป็นต้องมีในอนุญาโตตุลาการทุกฝ่าย

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 ซึ่งการกำหนดคุณสมบัติของอนุญาโตตุลาการไว้ในสัญญาถือว่าเป็นสิทธิ์ของคู่พิพาทที่จะมีความเป็นอิสระในการกำหนดคุณสมบัติต่างๆของอนุญาโตตุลาการไว้ในสัญญา 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 อนุญาตตุลาการบกพร่องในด้านความสามารถไม่อาจจะเป็นบุคคลวิกลจริต บุคคลไร้ความสามารถ บุคคลเสมือนไร้ความสามารถ เป็นต้น

6. คู่พิพาทขอถอนการแต่งตั้งอนุญาตตุลาการ

การสิ้นสุดกระบวนการระงับข้อพิพาททางอนุญาตตุลาการโดยการที่คู่พิพาทขอถอนการแต่งตั้งอนุญาตตุลาการ หรือขอยุติการระงับข้อพิพาททางอนุญาตตุลาการนั้นมีความสอดคล้องกันทั้งในกฎหมายอิสลามและกฎหมายไทย โดยมีบัญญัติอย่างชัดเจนในกฎหมายทั้งสองระบบ

7. อนุญาตตุลาการขอยุติการปฏิบัติหน้าที่

การสิ้นสุดกระบวนการระงับข้อพิพาททางอนุญาตตุลาการโดยการที่อนุญาตตุลาการขอยุติการปฏิบัติหน้าที่ เนื่องจากเห็นว่าไม่มีความจำเป็นที่จะดำเนินกระบวนการพิจารณาต่อไป หรือไม่อาจดำเนินกระบวนการพิจารณาต่อไปได้นั้น มีความสอดคล้องกันในกฎหมายทั้งสองระบบอิสลามและกฎหมายไทย

8. อนุญาตตุลาการมีความเห็นต่างกัน

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

ดังนั้นการสิ้นสุดกระบวนการระงับข้อพิพาททางอนุญาตตุลาการด้วยการที่อนุญาตตุลาการมีความเห็นต่างกันระหว่างกฎหมายอิสลามและกฎหมายไทย

จากการศึกษาวิจัยหลักการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาตตุลาการตามกฎหมายอิสลามและกฎหมายไทยมาศึกษาเปรียบเทียบระหว่างกฎหมายอิสลามในประเด็นประวัติความเป็นมาองค์ประกอบและเงื่อนไขของการอนุญาตตุลาการ จะเห็นได้ว่ามีความสอดคล้องกันมาก โดยมีประเด็นปลีกย่อยที่แตกต่างกันจำนวนน้อย ซึ่งผู้วิจัยจะสรุปและข้อเสนอแนะในบทที่ 5 ต่อไป

บทที่ 5

สรุปผล และข้อเสนอแนะ

จากการศึกษาวิจัยที่ผ่านมาผู้วิจัยขอนำเสนอบทสรุป และข้อเสนอแนะจากผลการ
ศึกษาวิจัยดังนี้

5.1 สรุปผลการวิจัย

ผลการศึกษาเปรียบเทียบการอนุญาตตุลาการในกฎหมายอิสลามและกฎหมายไทย
นั้นสามารถสรุปได้ดังนี้

1) ประวัติความเป็นมา

ประวัติความเป็นมาของการอนุญาตตุลาการทั้งในกฎหมายอิสลามและกฎหมาย
ไทยนั้นสอดคล้องและความแตกต่างกัน ทั้งในด้านนิยามความหมาย และความเป็นมาของการ
อนุญาตตุลาการดังนี้

1.1) นิยามความหมาย

นิยามความหมายการอนุญาตตุลาการทั้งในกฎหมายอิสลามและกฎหมายไทยนั้น
มีความสอดคล้องกันในการให้นิยามความหมายทางวิชาการ ดังนั้นด้านนิยามความหมายของการ
อนุญาตตุลาการนั้นสามารถสรุปได้ว่า การอนุญาตตุลาการทั้งในกฎหมายไทยและกฎหมายอิสลามมี
นิยามความหมายที่สอดคล้องกัน สามารถนำมาปรับและประยุกต์ด้วยกันได้

1.2) ความเป็นมาของการอนุญาตตุลาการ

ประวัติความเป็นมาของการอนุญาตตุลาการทั้งในกฎหมายอิสลาม และกฎหมาย
ไทยล้วนแล้วแต่มีวิวัฒนาการมาจากสังคมมนุษย์ยุคโบราณ และค่อยๆพัฒนาเป็นระบบกฎหมาย
กล่าวคือ มีวิวัฒนาการมาจากสังคมมนุษย์ในยุคโบราณ จนกระทั่งได้มีการบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับ
การอนุญาตตุลาการในกฎหมายทั้งสองระบบ เพียงแต่การบัญญัติกฎหมายที่เกี่ยวกับ
อนุญาตตุลาการทั้งสองระบบมีแหล่งที่มา และสาเหตุการบัญญัติกฎหมายที่แตกต่างกัน เนื่องจาก
การบัญญัติเกี่ยวกับอนุญาตตุลาการในกฎหมายอิสลามได้มีการบัญญัติมา 1,400 กว่าปีที่แล้ว โดยการ
บัญญัติให้มีกระบวนการอนุญาตตุลาการในกฎหมายอิสลามนั้นเป็นการบัญญัติให้ให้มีการระงับข้อ
พิพาททางอนุญาตตุลาการในเรื่องครอบครัวเป็นประการแรก และสามารถนำไปปรับใช้กับกรณีอื่นได้
แต่การบัญญัติกฎหมายที่เกี่ยวกับอนุญาตตุลาการของไทยนั้น แม้ว่าจะมีมาในกฎหมายยุคโบราณ
อย่างเช่นกฎหมายตราสามดวง หรือแม้แต่ประมวลวิธีพิจารณาความแพ่ง แต่ก็มิได้เป็นที่นิยมนำมาใช้

แต่อย่างไรก็ตาม จนกระทั่งประเทศไทยได้ลงนามในอนุสัญญาเวียนอร์จึงได้มีการเริ่มร่างพระราชบัญญัติ อนุญาโตตุลาการขึ้นมาใช้ โดยพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการฉบับแรกได้เกิดขึ้นเมื่อปี 2530 และได้ มีการพัฒนามาเป็นพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ในปัจจุบัน และสาเหตุการบัญญัติ พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการในกฎหมายไทยนั้นเริ่มมาจากกฎหมายที่เกี่ยวกับการค้าระหว่าง ประเทศจนกระทั่งได้พัฒนามาใช้ในกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ประเด็นอื่น ๆ ในปัจจุบัน

2) องค์ประกอบและเงื่อนไขของการอนุญาโตตุลาการ

องค์ประกอบและเงื่อนไขของการอนุญาโตตุลาการทั้งในกฎหมายอิสลาม และกฎหมายไทย มีทั้งส่วนที่มีความสอดคล้องกัน และส่วนที่มีความแตกต่างกันดังนี้

2.1) กระบวนการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ

กระบวนการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการทั้งในกฎหมายอิสลามและกฎหมายไทย มีความสอดคล้องกัน คือ คู่พิพาททั้งสองต้องมีความเห็นพ้องกันที่จะมอบข้อพิพาทของตนให้อุญาโตตุลาการ เพื่อระงับข้อพิพาทระหว่างทั้งสอง ถึงแม้ว่ากระบวนการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการทั้ง ในกฎหมายอิสลามและกฎหมายไทยจะมีความสอดคล้องกัน แต่ยังมี ความแตกต่างในกระบวนการ แต่งตั้งอนุญาโตตุลาการบางประเด็น ดังนี้

ก. สาเหตุการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ

สาเหตุการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการตามกฎหมายอิสลาม ไม่ได้จำกัดเพียงกรณีที่มีข้อพิพาทเท่านั้น แต่ในกฎหมายไทยได้บัญญัติให้มีการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการไว้เพียงกรณีที่มีข้อพิพาท เท่านั้น

ดังนั้นในประเด็นสาเหตุการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการทางกฎหมายอิสลามและกฎหมายไทยจึงมีความแตกต่างกัน

ข. การเสนอ และการตอบรับเพื่อการเข้าสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการ

ประเด็นการเสนอ และการตอบรับเพื่อการเข้าสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการทั้ง ทางกฎหมายอิสลาม และกฎหมายไทยนั้นมีความสอดคล้อง

ค. ผู้ที่เสนอแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ

ประเด็นผู้ที่เสนอแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการทางกฎหมายอิสลาม และกฎหมายไทยจึงมีความแตกต่างกัน เนื่องจากผู้ที่เสนอแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการทางกฎหมายอิสลามอาจเป็นคู่พิพาทกันหรือไม่ก็ได้ แต่ผู้ที่เสนอแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการทางกฎหมายไทยจำเป็นต้องเป็นคู่พิพาทเท่านั้น

ง. บทบัญญัติที่นำเข้าสู่กระบวนการอนุญาตตุลาการ

บทบัญญัติที่นำเข้าสู่กระบวนการอนุญาตตุลาการตามกฎหมายไทย และกฎหมายอิสลามจึงมีความแตกต่างกัน

จ. พยานหลักฐานในกระบวนการแต่งตั้งอนุญาตตุลาการ

ประเด็นหลักฐานในกระบวนการแต่งตั้งอนุญาตตุลาการทั้งในกฎหมายอิสลาม และกฎหมายไทยมีความสอดคล้องกัน

ฉ. วิธีการแต่งตั้งอนุญาตตุลาการ

วิธีการแต่งตั้งอนุญาตตุลาการในกฎหมายอิสลามและกฎหมายไทยนั้นมีความสอดคล้องกัน กล่าวคือ การแต่งตั้งอนุญาตตุลาการนั้นสามารถทำสัญญาแต่งตั้งอนุญาตตุลาการได้ทุกขณะไม่ว่าจะมีข้อพิพาทเกิดขึ้นแล้วหรืออาจเกิดขึ้นในอนาคต

2.2) คณะอนุญาตตุลาการ

คณะอนุญาตตุลาการตามกฎหมายอิสลาม และกฎหมายไทยนั้นมีความแตกต่างกัน กล่าวคือ คณะอนุญาตตุลาการตามกฎหมายอิสลามไม่จำเป็นต้องเป็นจำนวนคี่ แต่คณะอนุญาตตุลาการตามกฎหมายไทยจำเป็นต้องเป็นจำนวนคี่

2.3) คุณสมบัติของอนุญาตตุลาการ

คุณสมบัติของอนุญาตตุลาการทั้งในกฎหมายอิสลาม และกฎหมายไทยมีทั้งที่เป็นคุณสมบัติพื้นฐาน คุณสมบัติทั่วไป และคุณสมบัติเฉพาะ ซึ่งมีทั้งที่สอดคล้องกันและแตกต่างกัน โดยมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

1) คุณสมบัติพื้นฐาน

คุณสมบัติพื้นฐานของอนุญาตตุลาการตามกฎหมายอิสลาม และกฎหมายไทยนั้นมีความสอดคล้องกันทั้งในด้านความยุติธรรม ความเป็นกลาง และความเป็นอิสระของอนุญาตตุลาการ

2) คุณสมบัติทั่วไป

คุณสมบัติทั่วไปของอนุญาตตุลาการตามกฎหมายอิสลาม และกฎหมายไทยนั้นเป็นคุณสมบัติที่อนุญาตตุลาการต้องมีตามกฎหมาย โดยสามารถแยกได้ดังนี้

กฎหมายอิสลามนั้น นักกฎหมายอิสลามสำนักกฎหมายต่าง ๆ ได้กล่าวถึงคุณสมบัติทั่วไปของอนุญาตตุลาการไว้หลากหลายดังต่อไปนี้

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

ส่วนกฎหมายไทยพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ได้ให้อิสระแก่คู่พิพาทในการกำหนดคุณสมบัติอย่างอื่นของผู้ที่จะมาเป็นอนุญาโตตุลาการตามแต่ความใจสมัครของคู่พิพาทนั้นๆจะตกลงกันในเรื่องคุณสมบัติทั่วไปของอนุญาโตตุลาการรวมทั้งต้องมีคุณสมบัติตามที่กำหนดไว้ในสัญญาอนุญาโตตุลาการ และต้องเปิดเผยให้คู่พิพาทอีกฝ่ายรับรู้ได้

คุณสมบัติทั่วไปของอนุญาโตตุลาการตามกฎหมายอิสลาม และกฎหมายไทยจึงมีความแตกต่างกัน โดยกฎหมายอิสลามได้กำหนดคุณสมบัติของอนุญาโตตุลาการไว้อย่างละเอียด แต่กฎหมายไทยให้อิสระแก่คู่พิพาทในการกำหนดคุณสมบัติทั่วไปของอนุญาโตตุลาการแต่จำต้องระบุในสัญญาอนุญาโตตุลาการ ซึ่งหากคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่เป็นด้วยกับคุณสมบัติของอนุญาโตตุลาการก็สามารถคัดค้านได้

3) คุณสมบัติเฉพาะ

กฎหมายอิสลามได้กำหนดคุณสมบัติเฉพาะของอนุญาโตตุลาการไว้ว่า ผู้ที่เป็นอนุญาโตตุลาการนั้นจำเป็นต้องมีความสามารถในการวินิจฉัยข้อกฎหมายได้ โดยให้นำเอาคุณสมบัติของผู้พิพากษามาใช้กับอนุญาโตตุลาการ

ส่วนของกฎหมายไทยนั้น การตั้งอนุญาโตตุลาการนั้นขึ้นอยู่กับสัญญาอนุญาโตตุลาการที่คู่พิพาทตกลงกันแต่ตั้งขึ้นมา ดังนั้นคุณสมบัติต่างๆที่นอกเหนือจากที่กฎหมายกำหนดจึงขึ้นอยู่กับคู่พิพาทจะกำหนดขึ้นมา ซึ่งคู่พิพาทอาจกำหนดคุณสมบัติที่เกี่ยวข้องกับความเชี่ยวชาญเฉพาะของผู้ที่จะถูกแต่งตั้งเป็นอนุญาโตตุลาการ

ดังนั้นคุณสมบัติเฉพาะของอนุญาโตตุลาการตามกฎหมายอิสลามและกฎหมายไทยจึงมีความแตกต่างกัน โดยกฎหมายอิสลามจะเน้นในเรื่องความสามารถในการวินิจฉัยข้อกฎหมาย แต่กฎหมายไทยนั้นอนุญาตให้คู่สัญญาระบุคุณสมบัติเฉพาะไว้ในสัญญาอนุญาโตตุลาการ

3) กระบวนการพิจารณาข้อพิพาท

กระบวนการพิจารณาข้อพิพาทของอนุญาโตตุลาการมี 3 ประเด็นคือ การเริ่มกระบวนการระงับข้อพิพาททางอนุญาโตตุลาการ วิธีการดำเนินการ และการสิ้นสุดกระบวนการอนุญาโตตุลาการ

3.1) การเริ่มกระบวนการระงับข้อพิพาท

การเริ่มกระบวนการระงับข้อพิพาททางอนุญาโตตุลาการตามกฎหมายอิสลามและกฎหมายไทยนั้นมีความสอดคล้องกัน

3.2) วิธีการดำเนินการ

วิธีการดำเนินการพิจารณาทางอนุญาโตตุลาการตามกฎหมายอิสลามและกฎหมายไทยทั้ง 2 ประเด็น คือ วิธีการพิจารณา และสถานที่ สามารถนำมาเปรียบเทียบได้ดังนี้

2.1) วิธีการพิจารณา

วิธีการพิจารณาโดยส่วนใหญ่มีความสอดคล้องกัน ซึ่งจะมีข้อแตกต่างกันในประเด็นการรับฟังการสาบานจากคู่พิพาททั้งสองฝ่าย

2.2) สถานที่

ด้านสถานที่ในการพิจารณาทางอนุญาโตตุลาการระหว่างกฎหมายอิสลาม และกฎหมายไทย มีความสอดคล้องกัน

3.3) การสิ้นสุดกระบวนการอนุญาโตตุลาการ

การสิ้นสุดกระบวนการอนุญาโตตุลาการในกฎหมายทั้งสองระบบสามารถนำมาเปรียบเทียบแล้วปรากฏว่ามีทั้งที่สอดคล้องกันและแตกต่างกัน ดังนี้

1- อนุญาโตตุลาการมีคำตัดสินชี้ขาดเป็นที่เด็ดขาด

การสิ้นสุดกระบวนการอนุญาโตตุลาการด้วยการชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการนั้นจึงมีความสอดคล้องกัน

2- อนุญาโตตุลาการเสียชีวิต

การเสียชีวิตของอนุญาโตตุลาการถือเป็นการสิ้นสุดกระบวนการอนุญาโตตุลาการที่มีสอดคล้องกันระหว่างกฎหมายอิสลามและกฎหมายไทย

3- สิ้นสุดด้วยระยะเวลาสำหรับอนุญาโตตุลาการที่แต่งตั้งโดยศาล

สิ้นสุดด้วยระยะเวลาสำหรับอนุญาโตตุลาการที่แต่งตั้งโดยศาลสิ้นสุดด้วยระยะเวลาสำหรับอนุญาโตตุลาการที่แต่งตั้งโดยศาล

4- คู่พิพาทสาบสูญ

คู่พิพาทสาบสูญถือเป็นการสิ้นสุดกระบวนการระงับข้อพิพาททางอนุญาโตตุลาการ

5- อนุญาโตตุลาการไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่ได้

การที่อนุญาโตตุลาการไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่ได้นั้นถือเป็นการสิ้นสุดกระบวนการระงับข้อพิพาททางอนุญาโตตุลาการที่สอดคล้องกันในกฎหมายอิสลามและกฎหมายไทย

6- คู่พิพาทขอถอนการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ

การสิ้นสุดกระบวนการระงับข้อพิพาททางอนุญาโตตุลาการโดยการที่คู่พิพาทขอถอนการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ หรือขอยุติการระงับข้อพิพาททางอนุญาโตตุลาการนั้นมีความสอดคล้องกันทั้งในกฎหมายอิสลามและกฎหมายไทย

7- อนุญาโตตุลาการขอยุติการปฏิบัติหน้าที่

การสิ้นสุดกระบวนการระงับข้อพิพาททางอนุญาโตตุลาการโดยการที่อนุญาโตตุลาการขอยุติการปฏิบัติหน้าที่ เนื่องจากเห็นว่าไม่มีความจำเป็นที่จะดำเนินกระบวนการพิจารณาต่อไป หรือไม่อาจดำเนินกระบวนการพิจารณาต่อไปได้นั้น มีความสอดคล้องกันตามกฎหมายทั้งสองระบบอิสลามและกฎหมายไทย

8- อนุญาโตตุลาการมีความเห็นต่างกัน

การสิ้นสุดกระบวนการระงับข้อพิพาททางอนุญาโตตุลาการด้วยการที่อนุญาโตตุลาการมีความเห็นต่างกันระหว่างกฎหมายอิสลามและกฎหมายไทย

ข้อสรุปจากผลการวิจัยข้างต้นสามารถสรุปออกมาในรูปตารางได้ดังนี้

ประเด็นการเปรียบเทียบ	ผลการเปรียบเทียบ		หมายเหตุ
	สอดคล้อง	แตกต่างกัน	
1) ประวัติความเป็นมา			
1.1) นิยามความหมาย	✓		
1.2) ความเป็นมาของการอนุญาโตตุลาการ	✓		
2) องค์ประกอบและเงื่อนไขของการอนุญาโตตุลาการ			
2.1) กระบวนการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ			
1) สาเหตุการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ		✓	
2) การเสนอ และการตอบรับเพื่อการเข้าสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการ	✓		
3) ผู้ที่เสนอแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ		✓	
4) บทบัญญัติที่นำเข้าสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการ		✓	
5) พยานหลักฐานในกระบวนการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ	✓		
6) วิธีการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ	✓		

ประเด็นการเปรียบเทียบ	ผลการเปรียบเทียบ		หมายเหตุ
	สอดคล้อง	แตกต่าง	
7) คณะอนุญาโตตุลาการ		✓	
2.2) คุณสมบัติของอนุญาโตตุลาการ			
1) คุณสมบัติพื้นฐาน	✓		
2) คุณสมบัติทั่วไป		✓	
3) คุณสมบัติเฉพาะ		✓	
2.3) กระบวนการพิจารณาข้อพิพาท			
1) การเริ่มกระบวนการระงับข้อพิพาททางอนุญาโตตุลาการ	✓		
2) วิธีการดำเนินการ			มีทั้งที่สอดคล้องและแตกต่างกัน
2.1) วิธีการพิจารณา		✓	
2.2) สถานที่	✓		
3) การสิ้นสุดกระบวนการอนุญาโตตุลาการ			มีทั้งที่สอดคล้องและแตกต่างกัน
3.1) อนุญาโตตุลาการมีคำตัดสินชี้ขาดเป็นที่เด็ดขาด	✓		
3.2) อนุญาโตตุลาการเสียชีวิต	✓		
3.3) สิ้นสุดด้วยระยะเวลาสำหรับอนุญาโตตุลาการที่แต่งตั้งโดยศาล	✓		
3.4) คู่พิพาทسابสูญ	✓		
3.5) อนุญาโตตุลาการไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่ได้	✓		
3.6) คู่พิพาทขอถอนการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ	✓		
3.7) อนุญาโตตุลาการขอยุติการปฏิบัติหน้าที่	✓		
3.8) อนุญาโตตุลาการมีความเห็นต่างกัน		✓	

จากตารางแสดงผลการเปรียบเทียบข้างต้น แสดงให้เห็นว่าการอนุญาตตุลาการในกฎหมายอิสลามและกฎหมายไทยมีความคล้ายคลึงกันเป็นอย่างมาก โดยบางประเด็นเท่านั้นที่มีความแตกต่างกัน

ผลการศึกษาเปรียบเทียบการอนุญาตตุลาการตามกฎหมายอิสลามและกฎหมายไทยปรากฏว่า การระงับข้อพิพาททางอนุญาตตุลาการในกฎหมายทั้งสองระบบมีทั้งสอดคล้องกันและแตกต่างกันในประเด็นต่างตามที่ปรากฏในตาราง โดยประเด็นที่ต่างกันระหว่างกฎหมายอิสลามและกฎหมายไทยนั้นประกอบด้วย 1) สาเหตุการแต่งตั้งอนุญาตตุลาการ 2) ผู้ที่เสนอแต่งตั้งอนุญาตตุลาการ 3) บทบัญญัติที่นำเข้าสู่กระบวนการอนุญาตตุลาการ 4) คณะอนุญาตตุลาการ 5) คุณสมบัติทั่วไป และคุณสมบัติเฉพาะของอนุญาตตุลาการ 6) วิธีการพิจารณา 7) การสิ้นสุดกระบวนการอนุญาตตุลาการโดยการที่อนุญาตตุลาการมีความเห็นต่างกัน

เมื่อพิจารณาประเด็นที่แตกต่างกันแล้วจะเห็นได้ว่าไม่ใช่ประเด็นที่มีความแตกต่างกันอย่างสิ้นเชิงแต่อย่างใด หากแต่เป็นความแตกต่างที่มุสลิมในประเทศไทยสามารถปรับใช้ได้ เช่น ประเด็นสาเหตุการแต่งตั้งอนุญาตตุลาการและผู้เสนอแต่งตั้งอนุญาตตุลาการ ซึ่งพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2545 ได้บัญญัติถึงสาเหตุการแต่งตั้งอนุญาตตุลาการว่าต้องเป็นกรณีที่มีข้อพิพาทหรืออาจเกิดข้อพิพาทในอนาคต จึงทำให้ผู้เสนอแต่งตั้งอนุญาตตุลาการมีเพียงแต่คู่พิพาทหรือผู้ที่อาจมีข้อพิพาทกันในอนาคตเท่านั้น แต่กฎหมายอิสลามนอกจากจะแต่งตั้งอนุญาตตุลาการในกรณีที่มีข้อพิพาท หรืออาจเกิดข้อพิพาทในอนาคตแล้วยังมีการเปิดโอกาสให้ท่านอนุญาตตุลาการในกรณีการทำสัญญาสมรสได้ ซึ่งการทำสัญญาสมรสนั้นไม่ใช่กรณีที่มีข้อพิพาทหรืออาจมีข้อพิพาทในอนาคตแต่อย่างใด ดังนั้นมุสลิมในประเทศไทยจึงสามารถแต่งตั้งอนุญาตตุลาการขึ้นมาเพื่อระงับข้อพิพาทโดยชอบตามพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2545 ได้ หรือประเด็นองค์คณะอนุญาตตุลาการ ซึ่งพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2545 ได้กำหนดให้เป็นจำนวนสี่ท่านนั้น แต่กฎหมายอิสลามมิได้กำหนดว่าจะต้องเป็นจำนวนสี่หรือจำนวนคู่ ดังนั้นหากมุสลิมในประเทศไทยต้องการแต่งตั้งอนุญาตตุลาการจึงสามารถแต่งตั้งคณะอนุญาตตุลาการขึ้นมาตามจำนวนที่พระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2545 กำหนดได้เช่นกัน

ดังนั้นมุสลิมในประเทศไทยสามารถหลักกฎหมายอนุญาตตุลาการอิสลามมาปรับใช้กับพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2545 เพื่อให้สอดคล้องกับบริบททางสังคมไทย และเพื่อให้

ประชาชนยอมรับและเชื่อถือในกระบวนการยุติธรรม อันจะส่งผลต่อความผาสุกของสังคมโดยรวมต่อไปได้

5.2 ข้อเสนอแนะ

1) ข้อเสนอแนะจากการวิจัยในครั้งนี้

1. จากการศึกษาวิจัยในครั้งนี้จะเห็นได้ว่าการอนุญาตตุลาการในกฎหมายอิสลามและกฎหมายไทยนั้นมีความสอดคล้องกันมาก ดังนั้นการนำเอาหลักการอนุญาตตุลาการอิสลามมาปรับใช้ในประเทศไทยจึงสามารถกระทำได้ตามพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2545 ได้

2. การศึกษาวิจัยในครั้งนี้เป็นเพียงการศึกษาวิจัยในส่วนของประวัติความเป็นมาองค์ประกอบ และเงื่อนไขบางส่วนของ การอนุญาตตุลาการในกฎหมายอิสลามเพื่อนำมาเปรียบเทียบกับ การอนุญาตตุลาการในพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2545 เท่านั้น ดังนั้นจึงควรมีการศึกษาเพื่อต่อยอดในประเด็นอื่น เช่น การปรับใช้กระบวนการระงับข้อพิพาททางอนุญาตตุลาการอิสลามในประเทศไทย เป็นต้น

3. จากการศึกษาวิจัยในครั้งนี้พบว่าพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2545 เป็นกฎหมายที่บัญญัติเกี่ยวกับการใช้อนุญาตตุลาการนอกระบบศาลของไทย ดังนั้นการนำกระบวนการระงับข้อพิพาทอนุญาตตุลาการอิสลามมาใช้ในประเทศไทยจำเป็นต้องกระทำให้สอดคล้องพระราชบัญญัติฉบับดังกล่าว

4. จากการศึกษาวิจัยในครั้งนี้พบว่า มุสลิมในประเทศไทยสามารถแต่งตั้งอนุญาตตุลาการขึ้นมาเพื่อระงับข้อพิพาททางแพ่งและพาณิชย์โดยใช้พระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2545 ได้

5. จากการศึกษาวิจัยในครั้งนี้พบว่า ประเด็นความแตกต่างระหว่างกฎหมายอิสลามและกฎหมายไทยในการระงับข้อพิพาททางอนุญาตตุลาการนั้น สามารถนำกฎหมายอิสลามมาปรับใช้โดยถูกต้องตามพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2545 ได้

2) ข้อเสนอแนะในการทำวิจัยครั้งต่อไป

ข้อเสนอแนะสำหรับงานวิจัยนี้ ผู้วิจัยขอเสนอข้อเสนอแนะในการทำวิจัยครั้งต่อไป

1. ควรมีการศึกษาวิจัยความเป็นไปได้ในการนำกระบวนการอนุญาตตุลาการอิสลามมาใช้จริงในประเทศไทย
2. ควรมีการศึกษาวิจัยในประเด็นผลการตัดสินชี้ขาดของอนุญาตตุลาการในกฎหมายอิสลามและกฎหมายไทย
3. ควรมีการศึกษาวิจัยในประเด็นการนำผลการตัดสินชี้ขาดของอนุญาตตุลาการมาปรับใช้ในกฎหมายอิสลามและกฎหมายไทย
4. ควรมีการศึกษาวิจัยในประเด็นผลการตัดสินชี้ขาดของอนุญาตตุลาการในกฎหมายอิสลามและกฎหมายไทย
5. ควรมีการศึกษาเปรียบเทียบในประเด็นการคัดค้านคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการในกฎหมายอิสลามและกฎหมายไทย
6. ควรมีการศึกษาความจำเป็น ความเป็นไปได้และรูปแบบของสถาบันอนุญาตตุลาการอิสลามในประเทศไทย
7. ควรมีการศึกษาวิจัยในประเด็นความรู้ความเข้าใจผู้นำศาสนาอิสลามในประเทศไทยเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทในอิสลาม

บรรณานุกรม

หนังสือ

- คณิต ฌ นคร.2548.กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ภาคการบังคับคดี.กรุงเทพฯ:วิญญูชน
- ณรงค์ ศิริประชนะ. 2516. ความเป็นมาของกฎหมายอิสลามและดาโต๊ะยุติธรรม. กรุงเทพฯ : คณะกรรมการอิสลามกลางแห่งประเทศไทย
- เด่น โต๊ะมีนา.2532.กฎหมายอิสลาม.ฝ่ายผลิตตำราและอุปกรณ์ทางการศึกษา มหาวิทยาลัยรามคำแหง. กรุงเทพฯ : แสงจันทร์การพิมพ์
- ตะวัน มานะกุล. 2557. กระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในประเทศไทย (โครงการสำรวจองค์ความรู้เพื่อการปฏิรูปประเทศไทย) กรุงเทพฯ : มูลนิธิสาธารณสุขแห่งชาติ
- ไชยวัฒน์ บุณาค.2552 อนุญาโตตุลาการ ทฤษฎี และปฏิบัติ .บริษัททรัพย์สุรี จำกัด .โรงพิมพ์เดือนตุลา. กรุงเทพมหานคร
- ธวัชชัย สุวรรณพานิช. 2557. คำอธิบายพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545. กรุงเทพฯ : นิติธรรมเอ็มโพร์ โพรพรีน
- ราชบัณฑิตยสถาน.2556.พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2545.พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร
- พิชัยศักดิ์ หรยางกูร.2536. พจนานุกรมการอนุญาโตตุลาการ พร้อมดัชนี.คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.กรุงเทพฯ
- พิเชษฐ คงศิลา.2548.พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 : ศึกษาเฉพาะกรณีมาตรา 15 การระงับข้อพิพาท. มหาวิทยาลัยรามคำแหง.กรุงเทพมหานคร
- สมาคมศิษย์เก่าอาหรับประเทศไทย. 2542. พระมหาคัมภีร์อัลกุรอานพร้อมความหมายภาษาไทย. อัลมะดีนะฮฺ มุเนาะวะเราะฮฺ : ศูนย์กษัตริย์พะฮัด เพื่อการพิมพ์อัลกุรอาน
- เสาวนีย์ อัสวโรจน์.2554.คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยวิธีการระงับข้อพิพาททางธุรกิจโดยการอนุญาโตตุลาการ.ฉบับพิมพ์ครั้งที่ 3.สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.ถนนท่าพระจันทร์. กรุงเทพมหานคร

อเนก ศรีสนิท.2535. การตั้งอนุญาโตตุลาการ. ใน รวมบทความข้อบังคับ ข้อตกลงระหว่างประเทศกฎหมาย และคำพิพากษาศาลฎีกาเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการเล่ม 1. (หน้าที่29-33). กรุงเทพฯ: เพอร์เฟค กราฟฟิคกรุ๊ป

อนันต์ จันทโรภากร.2558.ทางเลือกในการระงับข้อพิพาท การเจรจา การไกล่เกลี่ย และการ ประนีประนอมข้อพิพาท อนุญาโตตุลาการ.โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน.คณะ นิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

ตำราภาษาต่างประเทศ

Abu Abdullah Muhammad bin Ahmad bin abi Bakr al-Qūrtubī.1964.**al-Yamia li Ahkam al-Qurān**.Dar al-Kitab al-maṣriyah – al-qahirah.5

Abd Rahman al-Duriy.2002. **‘Aqd al-Taḥkim fi al-Fiqh al-Islami wa al-Qanun al-Waḍ‘iy**. Dar al-Furqan li al-Nishr wa al-Tawzy‘i.‘Amarah.

Abdullah bin Muhammad bin ṣād Āl ḵanīn.H.1420 . **At-tahkem fi Shari’ah al-Islam**. al-Alukah.

Abi al-Ḥasan Ali bin Muhammad bin Ḥabīb al-Mawardiyy al-Baṣriyy.1994/16.**al-Ḥawiy al-Kabir**. Dar al-Kutubal-‘Alamiyah. Beirut

Abi Shiybah, Abdullah bin Muhammad bin Ibrahim.H.1409/7.**al-Kitab al-Muṣnaf fi al-‘Aḥadith wa al-‘Asar**. Maktabah al-Rashid. Beirut.

Abi al-Khaṭṭab Maḥfuz bin Ahmad al-Ḥasan al-Kalunaniy.2004.**al-Hidayah ala Madhhab al-Imam abi Abdillah Ahmad bin Muhammad bin Ḥamban al-Shaibaniy**. Gharas li al-Nashr wa al-Tawz‘i.

Abu Dawūd Sulaiman bin al-Ash‘as.n.d/3.**Sunan Abi Dawud**. Beirut:Maktabah al-Asrabiyyah , Sida.

Abu Hasan, Nuruddin Ali bin Abi bakr bin Sulaiman al-Haithamiy.1994/4.**Majmu’a al-Zawa‘id wa Manbi’a al-Fawa’a**. Maktabah al-Qudsiy.al-Qahirah

Abu Hasan, Nuruddin al-Milla al-Haruwiyy al-Qariy, Ali bin Muhammad.2002/7.**Muraqah al-Mafatih Sharah Mushkāh al-Maṣabīḥ**. Dar al-fikr. . Beirut

‘Alawey bin Abdulqadir al-Shaqaf.2006/1. **Ṣifat al-Lah ﷻal-Waridah fi al-Kitab wa Sunnah**.Dar al-Sunnah,Dar al-Hujrah

‘Ala’udin Abu al-Ḥasan Ali bin Sulaiman al-Mardaey.1951/11.**al-’Inṣaf fi M’arifah al-Rajih min al-Kilaf**.Muṭaba‘ah as-Sunnah al-Muḥammadiyah.

al-Bukari .Muhammad bin Ismail abu Abdullah.1422.**al-Yamiā al-Musnad al-Şaḥiḥ al-Muktaşar min Amwar Rasulullah ﷺ wa Sunnanih wa 'iyamih**. Dar Ṭawk al-Najah.

Ibrahīm ibn Shamsudin Abi Abdillāh Muhammad bin Farḥan al-Ya'amiy al-Malikīy.2003/1.**Tabşirat al-Ḥukkam fi 'Uşul al-'Aqđiyah wa Manihij al-Ahkam**. Dar 'Alam al-Kutub li al-Ṭaba'ah wa al-Nashra wa al-Tawzī'a. al-Ryađ.

Ibrahīm Shamsudin Abi Abdillāh Muhammad bin farhawn al-Ya'amariy al-Malikiy.2003.**Tabşirah al-Ahkam fi 'Uşu al-'Aqđiyah wa Manahib al-Ahkam**. Dar 'Alam al-Kutub.al-Riyađ.

Ibn Kathīr Ismā'il bin 'Umar.1419/2. **Tafsīr al-Qur'an al-'Azīm**. Dar al-Kutub al-'Alamiyah. Beirut

_____ .1999/2. **Tafsīr al-Qur'an al-'Azīm**. Dar Ṭayibah li al-nashr wa al-Tawzy'i.

Ibn Husayn Ahmad bin Faris bin Zakariya. 1979/2. **Mu'ayam Maqayīs al-Luqḥah**. Dar al-Fakir.

al-Khaṭiyb al-Shurbiyniy, Muhammad bin Ahmad.1994/4.**Mughniy al-Mukhtaj ila Ma'arifah Ma'anīy 'alfaz al-Mimbaj**. Dar al-kitab al-'Alamiyah. Birut Libanan.

Mahmud bin Ahmad bin Musa bin Ahmad bin al-Ḥusain al-Hanafiy.2000/9. **al-Binayah Sharah al-Hidayah**. Dar al-Kutub al-'Alamiyah. Beirut.

Muhammad bin Ali bin Muhammad bin Ali bin Abdulrahman al-Hanafiy al-Hazkafiy.2002.**al-Dar al-Mukhtar**. Dar al-kitab al-'Alamiyah. Birut Libanan.

Muhammad al-Zuhaīlī.2011.**Attahkem al-shar'ewa al-ghanun fi asri al-hadir**. Mayallah Yamiah Damshik lil Ulumi al-Iktisadiyahwa al-Ghanun.

Muslim bin al-Hajaj abu al-Hasan.n.d. **al-Musnad al-Şaḥiḥ al-Muktaşar bi Naql al-'adl 'an 'adl I,la Rasulullah ﷺ**. Dar 'ihya 'i al-Tarath al-'araby.

al- Nawawiy. Yahya bin Sharaf.2005.**Minhaj al-Ṭalibiyn wa'Umdah al-Muftiyn fi al-Figh**. Dar al-Fakr.

_____ .H.1392/12.**al-Minhaj Sharah Şaḥiḥ Muslimbin al-Ḥajaj**. Dar 'Iḥya'a al-Tarath al-'Arabiyy. Beirut.

Qadiriy Muhammad Mahmud. 2009 .**Attahkem fi Ḍawā Ah-kam al-Shari'ah al-Islamiyah**. Dar al-Samīā li al-Nashr wa al-Tawşēā. al-Riyađ al-Saudiyah

al-Qadiriy, Muhammad bin Husin bin Ali al-Tawriy al-Ḥanafiy.1997/7. **Takmilah al-Baḥr al-Ra'iq Sharḥ Kanz al-Diqā'iq**. Dar al-Kutub al-'Alamiyah. Beirut.

Qaḥṭān Abdul al-Rahman al-Duriy .2002. **'Aqad al-Tahkem fi al-Fiqh wa al-Qanun al-Waḍ'ī**. al-Ḍurey Dar al-Furqan li al-Nashr wa al-Tawṣeā.

al-Qurṭubīy Abu abdullah Muhammad bin Ahmad. 1967/5. **al-Jami'a li Ahkam al-Qurān**. Dar al-Kutub al-Miṣriyah.al-Qahirah.

Al-Shafi'iy, abu-Abdullah Muhammad bin 'Idris bin Abbas.1990/5.**al-'Um**.Dar al-Ma'arifah. Beirut.

al-Ramliy,Shams al-Din, Muhammad bin abi-al-Abbas Ahmad bin Hamzah. 2003/8.**Nihayah al-Muhtaj ila Sharah al-Minhaj fi fiqh ala Madhhab al-Shafi'iy Radiyallah 'anhu**. Dar al-Kutub al-'Alamiyah. Beirut.

al- Ṭabriy. Muhammad bin Jarīr bin Yazīd bin Kathīr bin Ghalib al-'Amliy abu Ya'afar al-Ṭabriy.2001/8.**Yami'a al-Bayan 'an Ta'awīl 'Ay al-Qur'an**.Dar Hijr li al-Ṭaba'at wa al-Nashr wa al-Tawzī'a wa al-'I'alan.

al-Ṭabraniy.Sulaiman bin Ahmad bin 'Ayub .n.d./5 **al-Muayam al-'Awsaṭ. Dar al-Ḥarmin**. al-Qahirah.

'Usman bin Ali bin Muḥajan al-Bara'iy Fakhrudin al-Zaila'iy al-Hanafiy.H.1313.**Tabyīn al-Ḥaqa'aq Sharḥ Kanz al-Daqa'aq wa Ḥashiyah al-Shilbiy**.al-Muṭaba'ah al-Kubra al-'Amīriyah. Al-Qahirah.

Yawar Ali.1970/5.**Al-Mufaṣṣ fi Tarīḳ al-Ārab gabl al-Islam**.Dar al-Īlm lilmalayin.Birut Libanan.

รายงานวิจัย/วิทยานิพนธ์

กิตติศักดิ์ ปรกติ และคณะ.2554. รายงานวิจัยเรื่อง ระบบการปรับใช้กฎหมายอิสลามในประเทศไทย. สถาบันวิจัยและใช้คำปรึกษามหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ เสนอต่อ สถาบันรพีพัฒนศักดิ์ สำนักงาน ศาสนยุติธรรม

ขอชาลี เบ็ญหมัด.2555. มุฟตีแห่งประเทศไทย : ความจำเป็น ความเป็นไปได้และรูปแบบ.วิทยานิพนธ์. ปรัชญาดุษฎีบัณฑิต.สาขาอิสลามศึกษา.มหาวิทยาลัยสงขลานครินทร์ .(สำเนา)

ปิยะพงษ์ ทองดี.2549.ศาลที่มีเขตอำนาจภายใต้พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง (สำเนา)

พิเชษฐ์ คงศิลา. 2548.พระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2545 : ศึกษากรณี มาตรา 15 การระงับข้อพิพาท. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง(สำเนา)

มะรอนิง สาแลมิง และคณะ. 2554. การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทว่าด้วยครอบครัว และมรดกของคณะกรรมการอิสลามประจำจังหวัดชายแดนภาคใต้. รายงานการวิจัยฉบับสมบูรณ์ มหาวิทยาลัยสงขลานครินทร์ ร่วมกับส่วนนโยบาย และยุทธศาสตร์จังหวัดชายแดนภาคใต้ (สำเนา)

_____. 2555. การพัฒนาระบบและศักยภาพการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทว่าด้วยครอบครัว และมรดกตามบทบัญญัติแห่งศาสนาอิสลามในจังหวัดชายแดนภาคใต้. รายงานการวิจัยฉบับสมบูรณ์ มหาวิทยาลัยสงขลานครินทร์ร่วมกับส่วนนโยบาย และยุทธศาสตร์จังหวัดชายแดนภาคใต้ (สำเนา)

นवलนภา อภิบาลศรี.2556. ปัญหาและอุปสรรคทางกฎหมายในการใช้กระบวนการอนุญาตตุลาการในสัญญาสัมปทาน.วิทยานิพนธ์ปริญญาโท หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต.มหาวิทยาลัยศรีประทุมวิทยาเขตชลบุรี (สำเนา)

วโรตม ศิริมณีธรรม. 2549. การคัดค้านอนุญาตตุลาการ . จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.กรุงเทพฯ.(สำเนา)

ศิวตล กาหลง.2554.พระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2545: ศึกษาปัญหาการแต่งตั้งและการถอดถอนอนุญาตตุลาการ.วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขานิติศาสตร์. มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต.(สำเนา)

ศรีรุ่ง ทองพรรณ.2556. การศึกษารูปแบบทางอนุญาตตุลาการ: คดีข้อพิพาททางการแพทย์.วิทยานิพนธ์ปริญญาวิทยาศาสตรมหาบัณฑิต (สาธารณสุขศาสตร์) สาขาวิชาเอกบริหารกฎหมายการแพทย์และสาธารณสุข บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยมหิดล (สำเนา)

อิสมาแอ อาลี และวรรณณา แผนมุนิน. 2548. การได้มา บทบาท และหน้าที่ของผู้ทำหน้าที่ วะลียอามของชาวมุสลิมในประเทศไทย : ศึกษาเปรียบเทียบกรณีจังหวัดปัตตานี และสงขลา. รายงานวิจัยวิทยาลัยอิสลามศึกษา มหาวิทยาลัยสงขลานครินทร์ วิทยาเขตปัตตานี(สำเนา)

บทความวิชาการ/บทความวิจัย

มะรอนิง สาแลมิง และขอซาลี เบ็ญหมัด.2556.การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทครอบครัวและมรดกตามบทบัญญัติแห่งศาสนาอิสลามของคณะกรรมการอิสลามประจำจังหวัดชายแดนภาคใต้.โครงการประชุมทางวิชาการนำเสนอผลงานระดับชาติ บัณฑิตวิทยาลัยและการวิจัย มหาวิทยาลัยอิสลามยะลา. น.89

จารุณี มณีรัตน์.2555. บทความเรื่อง การระงับข้อพิพาทโดยวิธีการ อนุญาโตตุลาการในคดีที่มีทุนทรัพย์

เล็กน้อย : ศึกษากรณีระยะเวลาและค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดี.ฉบับเดือนธันวาคม 2555. คณะ
นิติศาสตร์ มหาวิทยาลัย อัสสัมชัญ

พรรณพิมล อัยตระกูล .2553.อนุญาโตตุลาการของศาลไทยวารสารกรมบัญชีกลาง. ปีที่51 ฉบับที่6 เดือน
พฤศจิกายน-ธันวาคม 2553.สำนักความรับผิดชอบทางแพ่ง.กรมบัญชีกลาง

พิชัยศักดิ์ หรยางกูร.2535. การอนุญาโตตุลาการ:ความรู้เบื้องต้นในทางทฤษฎี. ใน รวมบทความข้อบังคับ
ข้อตกลงระหว่างประเทศ กฎหมายและคำพิพากษาศาลฎีกาเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการเล่ม 1.
(หน้าที่ 3-4). กรุงเทพฯ: เพอร์เฟคกราฟฟิคกรุ๊ป

วรวิฒิ ทวาทศิน.2538. การนำกระบวนการระงับข้อพิพาทของศาลในต่างประเทศมาประยุกต์ใช้เพื่อลดปัญหา
ปริมาณคดีของศาลชั้นต้น. บทบัณฑิตย, ตอน 3 เล่ม 51. กรุงเทพมหานคร

อนันต์ จันทโรภากร. 2533(มีนาคม-เมษายน). การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ. นิตยสารกระทรวง
ยุติธรรม ดุลพาท, เล่มที่ 2 ปีที่37

บทความวิชาการ/บทความวิจัย ภาษาต่างประเทศ

Aseel al-Ramahi.n.d. **Sulh : A Crucial Part of Islamic Arbitration.**Islamic Law and Law
of the Muslim World. Research Paper Series. New york : New york Law School.

กฎหมาย

กฎหมายตรา 3 ดวง เล่ม 1.2548 ฉบับพิมพ์มหาวิทยาลัยวิชาธรรมศาสตร์และการเมือง.พิมพ์ครั้งที่ 2.
กรุงเทพมหานคร :ตถาตา พับลิเคชั่น

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งและพาณิชย์

พระราชบัญญัติการบริหารองค์กรศาสนาอิสลาม พ.ศ. 2540

พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545

พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2562

คำพิพากษาศาลฎีกา

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 503/2526 (ออนไลน์). สืบค้นจาก : [http://deka2007.supremecourt.or.th](http://deka2007.supremecourt.or.th/deka/web/search.jsp)
/deka/web/search.jsp [8/3/2559]

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 719/2549 (ออนไลน์). สืบค้นจาก <http://deka2007.supremecourt.or.th/deka/web/search.jsp> [9/3/2559]

คำพิพากษาศาลฎีกา ที่ 4896/2557 (ออนไลน์). สืบค้นจาก <http://deka2007.supremecourt.or.th/deka/web/search.jsp> [12/4/2560]

คำพิพากษาศาลฎีกา ที่ 2562/2540 (ออนไลน์). สืบค้นจาก <http://deka2007.supremecourt.or.th/deka/web/search.jsp> [12/4/2560]

เว็บไซต์

วรพล หนูนุ่น.2011.วิธีการของมิลล์ (Mill's Method) (ออนไลน์). สืบค้นจาก : <http://chinekhob.exteen.com/category/Epistemology/page/2> [13/3/2559]

ธนภษ จันทรพิลา. 2553. สารสำคัญของพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. ๒๕๔๕ (ออนไลน์) สืบค้นจาก : <http://iel039.blogspot.com/2010/04/blog-post.html> [11/3/2559]

สำนักงานอนุญาโตตุลาการ (ออนไลน์). สืบค้นจาก : <http://www.tai.coj.go.th> [13/4/2560]

Prince of Songkla University
Pattani Campus

ภาคผนวก

นิพนธ์ต้นฉบับ

Prince of Songkhla University
Pattani Campus

ชื่อวิทยานิพนธ์ ศึกษาเปรียบเทียบการอนุญาตตุลาการในกฎหมายอิสลามและกฎหมายไทย

ผู้เขียน นายซาฟารี เหาะใบ

สาขาวิชา อิสลามศึกษา

ปีการศึกษา 2561

บทคัดย่อ

การวิจัยนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อศึกษา 1) หลักการอนุญาตตุลาการตามกฎหมายอิสลาม 2) หลักการอนุญาตตุลาการตามหลักกฎหมายไทย 3) เปรียบเทียบหลักการอนุญาตตุลาการตามหลักกฎหมายอิสลามและกฎหมายไทย โดยใช้วิธีวิจัยเชิงคุณภาพ (Qualitative Research) ในรูปแบบวิจัยเอกสาร (Document Research) เป็นการวิเคราะห์เชิงเปรียบเทียบสาระสำคัญจากการรวบรวมข้อมูลจากอัลกุรอาน อัสสุนนะฮ์ ประกอบกับตำราอรรถาธิบายอัลกุรอาน ตำราอธิบายอัลหะดีษ ตลอดจนตำรากฎหมายอิสลาม พระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ.2545 ประมวลกฎหมายวิพิจารณาความแพ่ง คำอธิบายพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ.2545 เอกสารและงานวิจัยที่เกี่ยวข้องกับการอนุญาตตุลาการในกฎหมายอิสลามและกฎหมายไทย

ผลการศึกษาวิจัยพบว่า 1) การอนุญาตตุลาการตามกฎหมายอิสลามนั้นมีประวัติความเป็นมาตั้งแต่สังคมมนุษย์ยุคก่อนอิสลาม จนกระทั่งในยุคอิสลามได้มีการบัญญัติรูปแบบของการอนุญาตตุลาการไว้ในอัลกุรอาน อัสสุนนะฮ์ โดยกฎหมายอิสลามได้กำหนดองค์ประกอบและเงื่อนไขต่างๆของการอนุญาตตุลาการไว้ 2) การอนุญาตตุลาการตามหลักกฎหมายไทยนั้นมีประวัติความเป็นมาตั้งแต่สังคมมนุษย์ยุคโบราณเช่นเดียวกับการอนุญาตตุลาการในกฎหมายอิสลาม และมีวิวัฒนาการเรื่อยมาจนกระทั่งได้มีบัญญัติรูปแบบการอนุญาตตุลาการไว้ในพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2545 ซึ่งเป็นกฎหมายอนุญาตตุลาการที่อยู่ในปัจจุบัน โดยพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2545 ได้กำหนดองค์ประกอบและเงื่อนไขต่างๆของการอนุญาตตุลาการไว้อย่างชัดเจน 3) เมื่อเปรียบเทียบหลักการอนุญาตตุลาการตามหลักกฎหมายอิสลามและกฎหมายไทยแล้ว ปรากฏว่าการอนุญาตตุลาการในกฎหมายอิสลามและกฎหมายไทยมีความสอดคล้องกันในหลายประเด็นเช่น การแต่งตั้งอนุญาตตุลาการนั้นจำเป็นต้องได้รับความยินยอมจากคู่พิพาททั้งสองฝ่าย เป็นต้น แต่ยังมีบางประเด็นที่มีความแตกต่างกัน เช่น ประเด็นบทบัญญัติที่สามารถระงับข้อพิพาททางอนุญาตตุลาการได้ คุณสมบัติบางประการของอนุญาตตุลาการ เป็นต้น จึงสามารถนำหลักการอนุญาตตุลาการอิสลามมาปรับใช้กับบริบทสังคมไทยตามกฎหมายไทย เพื่อให้ประชาชนยอมรับและเชื่อถือในกระบวนการยุติธรรม อันจะส่งผลต่อความผาสุกของสังคมโดยรวมต่อไปได้

Thesis Title	A Comparative Study of the Arbitration in Islamic Law and Thai Law
Author	Mr.Safari Hohbai
Major Program	Islamic Studies
Academic Year	2018

ABSTRACT

This research's objectives were 1) to study arbitration principles in Islamic law 2) to study arbitration principles according to Thai law 3) to compare arbitration principles according to Islamic law and Thai law. The research methodology was qualitative as: document research, a comparative analysis by collecting information from the Quran, the Sunnah and the Qur'anic texts The textbook describes Al Hadith As well as Islamic law texts Arbitration Act, BE 2545 (2002) Code of Civil Procedure Description of the Arbitration Act BE 2545, documents and research related to arbitration in Islamic law and Thai law

The results of the research found that 1) there was arbitration since pre-Islamic society in form of Islamic law until in the Islamic era that was a form of arbitration in the Qur'an, the Sunnah, which the Islamic law has defined the elements and conditions of the arbitration. 2) there was arbitration under Thai law since Ancient human society as well as arbitration in Islamic law, further it evolved until establishment in the Arbitration Act BE 2545, which is the current arbitration law By the Arbitration Act BE 2545, clearly defines the elements and conditions of the arbitration. 3) the comparison arbitration principles between to Islamic law and Thai law, it appears that arbitration in Islamic law and Thai law is consistent in many points such as the appointment of such arbitrators requires consent from both parties. In contrast, there are differently points such as the provisions that can be arbitrarily disputed. Therefore, there are some qualifications of arbitrators able to apply Islamic arbitration principles in the Thai society context according to Thai law, further acceptable and trust in the justice system, which can affect the well-being of society as a whole.

موضوع البحث	دراسة مقارنة بين التحكيم في الشريعة الإسلامية والقانون التايلاندي
الباحث	سفري هؤباي
التخصص	الدراسات الإسلامية
العام الجامعي	1440 هجرية

مستخلص البحث

يهدف هذا البحث إلى (1) دراسة قواعد التحكيم في الشريعة الإسلامية. (2) دراسة قواعد التحكيم في القانون التايلاندي. (3) دراسة مقارنة بين قواعد التحكيم في الشريعة الإسلامية والقانون التايلاندي. وقد اعتمد الباحث في جمع المعلومات على جانبين النظري والميداني في تحليل المعلومات، ومقارنة البيانات الأساسية، وأما المصادر الأساسية في الشريعة الإسلامية، القرآن الكريم، والسنة النبوية، وكتب التفسير، وكتب شروح الأحاديث، وأمهات كتب الشريعة الإسلامية وغيرها. وأما ما يختص بالقانون التحكيم التايلاندي لعام 2545 ب، فالمرجع الأساسي معتمد على قانون الإجراءات المدنية، ودليل شرح قانون التحكيم التايلاندي لعام 2545 ب، والمذكرات، والدراسات السابقة عن التحكيم في الشريعة الإسلامية والقانون التايلاندي. ومن خلالها توصل الباحث إلى النتائج التالية :-

(1) أن التحكيم في الشريعة الإسلامية (بعد الرجوع إلى كتب التاريخ) بدأ منذ عهد المجتمع الإنساني قبل الإسلام، إلى عهد الإسلام الذي طُبِّقَ التحكيم في القرآن الكريم والسنة النبوية، حيث بدأ بوضع مقومات التحكيم وشروطه. (2) أن التحكيم في القانون التايلاندي (بعد الرجوع إلى كتب التاريخ) حيث بدأ منذ عهد المجتمع الإنساني القديم، واستمر القانون التحكيم التايلاندي في التطور والتعديل إلى عام 2545 ب. وهو المستخدم اليوم، وقد وضع له مقومات التحكيم وشروطه. (3) ومن نتائج دراسة مقارنة بين قواعد التحكيم في الشريعة الإسلامية والقانون التايلاندي، أن هناك وجه تشابه بينهما كثير في بعض القضايا منها تولية التحكيم لا بد رضا المتخاصمين، إلا أن هناك بعض القضايا التي لم تتوافق في التحكيم، منها قضية تسوية المنازعات التحكيمية، وبعض من صفات الحاكم، لذا يرى الباحث أن من الإمكان استخدام قواعد التحكيم المستنبطة من الشريعة الإسلامية تُطَبَّقُ في القانون التحكيم التايلاندي، مع مراعاة ظروف المجتمع التايلاندي، والعمل على الاعتراف به في المحاكم ولوائح قوانين الدولة، الذي يحقق صورة التعاون والتعايش السلمي ويضمن حقوق الإنسانية

1. บทนำ

ความขัดแย้งในสังคมมนุษย์เป็นเรื่องปกติที่พบเห็นได้ทุกวันตั้งแต่เรื่องเล็กน้อยจนกระทั่งเรื่องราวใหญ่โต ความขัดแย้งบางกรณีไม่ต้องอาศัยกฎหมายบ้านเมืองในการระงับความขัดแย้ง เพียงแต่อาศัยการพูดจาทำความเข้าใจกันก็อาจทำให้ความขัดแย้งยุติลงได้ แต่ถ้าความขัดแย้งรุนแรงถึงขั้นโต้แย้งสิทธิของผู้อื่น ความขัดแย้งเหล่านั้นจะกลายเป็นข้อพิพาท ทำให้ฝ่ายที่ถูกโต้แย้งสิทธิสามารถใช้กฎหมายมาเป็นเครื่องมือเพื่อยุติข้อพิพาทเหล่านั้น (ธวัชชัย สุวรรณพานิช, 2557:1) ซึ่งความขัดแย้งนั้นเกิดได้ในทุกสังคม ไม่ว่าจะชาติหรือศาสนาใดก็ตาม และความขัดแย้งนั้น แม้แต่ในคัมภีร์อัลกุรอานยังได้กล่าวถึงความขัดแย้ง และวิธีการระงับความขัดแย้งไว้อย่างชัดเจน ดังที่พระองค์อัลลอฮ์ ﷻ ได้ตรัสว่า

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

(النساء : 59)

ความว่า “ผู้ศรัทธาทั้งหลาย จงเชื่อฟังอัลลอฮ์ และเชื่อฟังเราะสูลเถิด และผู้ปกครองในหมู่พวกเจ้าด้วย แต่ถ้าพวกเจ้าขัดแย้งกันในเรื่องใด ก็จงนำสิ่งนั้นกลับไปยังอัลลอฮ์ และเราะสูล หากพวกเจ้าศรัทธาต่ออัลลอฮ์ และ วันอาคีเราะฮ์นั้นแหละเป็นสิ่งที่ดียิ่งและเป็นการกลับไปที่ดี สบายยิ่ง”

(อันนิสาอ : 59)

เมื่อมีความขัดแย้งเกิดขึ้นมนุษย์ทุกสังคมจึงมีกระบวนการระงับข้อพิพาทเกิดขึ้น ซึ่งกระบวนการระงับข้อพิพาทเหล่านี้มีหลากหลายวิธีด้วยกันขึ้นอยู่กับกระบวนการในแต่ละสังคม และวิธีระงับข้อพิพาทที่คุ้นเคยกันมากที่สุดนั้นคือ กระบวนการศาล

ธวัชชัย สุวรรณพานิช(2557:1) กล่าวว่า “วิธีการระงับข้อพิพาทที่คุ้นเคยมากที่สุดได้แก่การนำคดีฟ้องต่อศาล ซึ่งประเทศต่างๆจัดตั้งศาลขึ้นมาเพื่ออำนวยความสะดวกแก่คู่พิพาทเหล่านั้น แต่การฟ้องคดีต่อศาลปัญหาบางประการจนเป็นเหตุให้คู่พิพาทต้องล้มเลิกความคิดฟ้องคดีต่อศาล ปัญหาที่สำคัญประการหนึ่ง คือ ความล่าช้าในการดำเนินคดี ทั้งนี้เพราะศาลเป็นองค์กรที่รัฐจัดตั้งขึ้นมาเพื่อบริการประชาชนทั่วไป คนที่ใช้บริการศาลและการดำเนินการในศาลมีระเบียบแบบแผนมากมาย”

จากปัญหาดังกล่าวข้างต้นทำให้เกิดการระงับข้อพิพาทโดยวิธีอื่นขึ้นมาในสังคมวิธีการอื่นเหล่านี้เรียกว่าเป็นกระบวนการยุติธรรมทางเลือก (Alternative Dispute Resolution: ADR) เพื่ออำนวยความสะดวกในกับสมาชิกในสังคมสามารถระงับข้อพิพาทได้อย่างสะดวกและรวดเร็ว โดยธวัชชัย สุวรรณพานิช (2557:2) กล่าวว่า “กระบวนการยุติธรรมทางเลือกที่ได้รับความนิยมในปัจจุบันมี 3 วิธีการ คือ การเจรจา การไกล่เกลี่ย และการอนุญาโตตุลาการ”

นอกจากนั้น ตะวัน มานะกุล (2557: 2) กล่าวว่า “กระบวนการระงับข้อพิพาททางเลือก (alternative dispute resolution) ซึ่งหมายถึงวิธีการระงับข้อพิพาทที่นอกเหนือไปจากการฟ้องร้องต่อศาล (litigation) ประกอบด้วย 3 รูปแบบ ได้แก่

(1) การเจรจาต่อรอง (negotiation) หมายถึงการที่คู่พิพาทสมัครใจเจรจาต่อรองเพื่อหาข้อตกลงกันเองโดยไม่มีบุคคลที่สามเข้ามาเกี่ยวข้อง

(2) การไกล่เกลี่ยหรือประนอมข้อพิพาท (mediation หรือ conciliation) หมายถึงการที่คู่พิพาทสมัครใจให้มีบุคคลที่สามซึ่งเรียกว่า “ผู้ไกล่เกลี่ย” หรือ “ผู้ประนอมข้อพิพาท” เข้ามาช่วยให้เกิดการประนีประนอม ยอมความกัน แต่ไม่มีอำนาจบังคับให้ คู่พิพาทตกลงกัน หรือกำหนดผลลัพธ์ของกระบวนการ

(3) การอนุญาโตตุลาการ (arbitration) หมายถึงการที่คู่พิพาทสมัครใจให้อนุญาโตตุลาการซึ่งหมายถึงบุคคลหรือคณะบุคคลที่เป็นกลางที่มาจากการเลือกร่วมกันระหว่างคู่พิพาทหรือได้รับการแต่งตั้งตามวิธีการที่คู่พิพาทตกลงกันหรือตามที่กฎหมายกำหนดมาทำหน้าที่พิจารณาชี้ขาดข้อพิพาท โดยผลคำชี้ขาดดังกล่าวจะผูกพันคู่พิพาท หากมีการละเมิดคำชี้ขาดขึ้นภายหลัง ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งสามารถฟ้องร้องต่อศาลหรือองค์การของรัฐได้”

พรรณพิมล อู่ตระกูล(2553: 24) กล่าวว่า “อนุญาโตตุลาการ คือ วิธีการระงับข้อพิพาทที่คู่กรณีตกลงกันเสมอข้อพิพาทที่เกิดขึ้นแล้ว หรือที่จะเกิดขึ้นในอนาคตให้บุคคลภายนอกซึ่งเรียกว่า “อนุญาโตตุลาการ” มีหน้าที่ทำการพิจารณาชี้ขาดโดยที่คู่กรณีจะผูกพันตามคำวินิจฉัยชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการนั้นๆ ซึ่งเปรียบเสมือนคำพิพากษาของคณะผู้พิพากษาในศาลยุติธรรมนั่นเอง”

การอนุญาโตตุลาการ ถือเป็นวิธีการระงับข้อพิพาททางเลือก วิธีการหนึ่งที่มีความนิยมอย่างมากในปัจจุบัน ซึ่งมีประวัติความเป็นมาอย่างยาวนาน ปิยะพงษ์ ทองดี(2549 : 11) กล่าวว่า การระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการเป็นวิธีระงับข้อพิพาทอย่างหนึ่งที่ปรากฏอยู่ในสังคมมนุษย์มาเป็นเวลาช้านาน มีหลักฐานว่าชาวกรีกเป็นชนชาติที่นิยมระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการทั้งในกรณีพิพาทระหว่างรัฐต่างๆด้วย สำหรับในประเทศไทย วิธีระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการมีมาตั้งแต่สมัยกรุงศรีอยุธยาจนถึงสมัยรัตนโกสินทร์ โดยปรากฏหลักฐานจากกฎหมายตราสามดวง และจากบทบัญญัติเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการ ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 210 ถึงมาตรา 222 ซึ่งใช้บังคับมาตั้งแต่วันที่ 1 ตุลาคม พุทธศักราช 2478 เป็นต้นมา

ประเทศไทยนั้นได้มีปรากฏบทบัญญัติอันเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการมาตั้งแต่ในกฎหมายตราสามดวง และต่อมาได้บรรจุไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ซึ่งการอนุญาโตตุลาการในกฎหมายทั้งสองฉบับนั้นเป็นการอนุญาโตตุลาการในชั้นศาลเท่านั้น โดยกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับอนุญาโตตุลาการนอกศาลนั้นได้ตราพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการครั้งแรกเมื่อพ.ศ. 2530 เป็นผลมาจากการลงนามในอนุสัญญาเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการ การค้าระหว่างประเทศ รัวซ์ซีย์ สุวรรณ

พาดิช(2557:3-4) กล่าวว่า “จำนวนประเทศที่ลงนามในอนุสัญญาเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการ การค้าระหว่างประเทศที่สำคัญฉบับหนึ่งคือ “Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards” ซึ่งมักจะเรียกกันว่า “New York Convention” อนุสัญญาฉบับนี้ถือเป็นเสาหลักของการอนุญาโตตุลาการการค้าระหว่างประเทศซึ่งมีประเทศลงนามแล้ว 152 ประเทศ อันเป็นข้อพิสูจน์ได้ว่าวิธีการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการเป็นวิธีการที่ได้รับความนิยมสูงที่สุดในปัจจุบัน”

พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการในประเทศไทยใช้ในปัจจุบันคือ พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 และได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2562 ซึ่งเป็นพระราชบัญญัติที่เปิดโอกาสให้คู่พิพาทสามารถใช้เป็นกระบวนการระงับข้อพิพาท โดยสามารถนำกฎหมายใดมาใช้เป็นเครื่องมือในการพิจารณาข้อพิพาทได้ ทำให้คู่พิพาทที่มีความขัดแย้งกันสามารถนำกฎหมายไทยมาใช้เป็นเครื่องมือในการพิจารณาข้อพิพาทได้ ทำให้คู่พิพาทที่มีความขัดแย้งกันสามารถนำกฎหมายที่ตนเชื่อมั่นมาใช้ในการระงับข้อพิพาท โดยเฉพาะมุสลิมในประเทศไทยที่ต้องการใช้บทบัญญัติทางกฎหมายอิสลามในการระงับข้อพิพาทของตน ซึ่งเป็นความต้องการของมุสลิมในประเทศไทยตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบัน ดังจะเห็นได้จากคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 503/2526 โดยมีข้อพิพาทระหว่างมุสลิมทั้งสองฝ่ายเกี่ยวกับการบังคับตามสัญญาอนุญาโตตุลาการที่ทำการซื้อขายโดยคณะกรรมการอิสลามประจำกรุงเทพมหานคร แม้ว่าในขณะนั้นยังไม่มีพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการก็ตาม ซึ่งคดีดังกล่าวศาลฎีกาได้พิพากษาว่า ให้จำเลยต้องปฏิบัติตามคำชี้ขาดของคณะกรรมการอิสลามประจำจังหวัดผู้ที่ทำหน้าที่อนุญาโตตุลาการตามข้อตกลงของโจทก์และจำเลย

โดยประเทศไทยได้ให้ความสำคัญต่อกระบวนการยุติธรรมอิสลามอันจะเห็นได้จากการให้อำนาจจุฬาราชมนตรีในฐานะกรมท่าขวาที่มีอำนาจตัดสินคดีความของมุสลิมที่เกิดขึ้นระหว่างมุสลิมด้วยกัน เด่น โต๊ะมีนา (2533:33 อ้างถึงใน หมอชาลี เบ็ญหมัด,2555:19) กล่าวว่า “ตั้งแต่สมัยกรุงศรีอยุธยาจนถึงสมัยรัตนโกสินทร์ตอนต้น จุฬาราชมนตรีทำหน้าที่เป็นผู้นำด้านกิจการศาสนาอิสลาม และทำหน้าที่ตุลาการรับเรื่องราวร้องทุกข์และตัดสินคดีความของมุสลิมในบังคับ”

การให้จุฬาราชมนตรีในฐานะกรมท่าขวาทำหน้าที่ตุลาการรับเรื่องราวร้องทุกข์และตัดสินคดีความของมุสลิมนั้นเป็นการให้อำนาจพิจารณาคดีเช่นเดียวกับการให้อำนาจแก่ชาวจีนตั้งแต่อดีต ดังที่ ม.ร.ว. เสนีย์ ปราโมช ได้เขียนเกี่ยวกับข้อยกเว้นในการใช้กฎหมายอิสลามในจังหวัดชายแดนภาคใต้ว่า ดังมีปรากฏไว้ตั้งแต่เดิมที่ศาลกรมท่าซ้ายพิจารณาคดีชาวจีน ศาลกรมท่าขวาพิจารณาคดีชนชาวมุสลิม ศาลทั้งสองตัดสินตามกฎหมายและประเพณีของชนนั้นๆ แต่สำหรับชาวจีนไม่ปรากฏว่ามีกฎหมายหรือประเพณีเรื่องฝ่าฝืนมรดกเป็นการแน่นอน ทางกรมท่าซ้ายจึงใช้กฎหมายบ้านเมืองบังคับ ส่วนชนชาวมุสลิมนับถือศาสนาอิสลาม ซึ่งมีกฎหมายและประเพณีแน่นอนในเรื่องฝ่าฝืนมรดกศาลกรมท่าขวาจึงใช้กฎหมายอิสลามบังคับ(เด่น โต๊ะมีนา,2532:40)

ณรงค์ ศิริประชนะ (2516:7-8) กล่าวว่า “ประวัติความเป็นมาของกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดก ตามที่ใช้บังคับแทนบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในเขต4

จังหวัดชายแดนภาคใต้ สามารถสรุปที่มาได้ 2 ประการคือ 1) โดยเหตุที่เป็นบทบัญญัติของศาสนาอิสลาม โดยตรงที่อิสลามศาสนิกทุกคนจำเป็นต้องถือเป็นหลักปฏิบัติอย่างเคร่งครัดอยู่แล้ว ประการหนึ่ง และ 2) โดยหลักรัฐประศาสนโยบายอันสำแดงถึงพระมหากษัตริย์แห่งองค์พระมหากษัตริย์ของชาติไทยที่มีต่อพสกนิกรของพระองค์ นับเป็นประการที่สอง”

ต่อมาเมื่อประกาศใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว และ บรรพ 6 ว่าด้วยมรดก ซึ่งมีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 1 ตุลาคม 2478 ตามพระราชบัญญัติให้ใช้ บรรพ 5 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พ.ศ. 2477 มาตรา 4 บัญญัติว่า บทบัญญัติแห่งบรรพ 5 ว่าด้วย ครอบครัวและบรรพ 6 ว่าด้วยมรดก ไม่กระทบกระเทือนถึงกฎข้อบังคับสำหรับการปกครองบริเวณเจ็ด หัวเมือง ร.ศ. 120 ในส่วนที่เกี่ยวกับครอบครัวและมรดก ฉะนั้นกฎข้อบังคับสำหรับปกครองบริเวณเจ็ด หัวเมือง ร.ศ.120 ยังคงมีผลใช้บังคับในจังหวัดปัตตานี ยะลา นราธิวาส และสตูลต่อไป คือ ใช้กฎหมาย อิสลามในการบังคับคดีว่าด้วยครอบครัวและมรดกแก่บุคคลผู้นับถือศาสนาอิสลามอย่างเดิม (เด่น โตะ มีนา, 2532 : 21)

จากการให้ความสำคัญต่อการใช้กฎหมายอิสลามในประเทศไทย เห็นได้มีการตรา พระราชบัญญัติต่างๆขึ้นตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบัน คือพระราชบัญญัติมัสยิดอิสลาม พ.ศ.2490 พระราช กฤษฎีกาว่าด้วยการศาสนูปถัมภ์ฝ่ายอิสลาม พระราชกฤษฎีกาว่าด้วยการศาสนูปถัมภ์ฝ่ายอิสลาม (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2491 พระราชบัญญัติการบริหารองค์กรศาสนาอิสลาม พ.ศ. 2540 และพระราชบัญญัติธนาคาร อิสลาม พ.ศ. 2545 เมื่อพิจารณาจากจำนวนกฎหมายที่ทางการไทยได้บัญญัติขึ้นมา เพื่อให้มุสลิมใน ประเทศไทยสามารถใช้กระบวนการยุติธรรมทางกฎหมายอิสลามที่ได้รับการยอมรับจากรัฐไทยมาตลอด แต่ก็นับว่าสามารถใช้กฎหมายอิสลามได้เพียงบางส่วนจากกฎหมายอิสลามทั้งหมดเท่านั้น โดยกิตติศักดิ์ ปรกติ และคณะ (2554 : 315-316) กล่าวว่า “กฎหมายอิสลามที่มีการบังคับใช้อย่างต่อเนื่องมีเพียงการใช้กฎหมายอิสลามเฉพาะกรณีว่าด้วยกฎหมายครอบครัวและมรดก ซึ่งเป็นเพียงส่วนหนึ่งอันน้อยนิด เท่านั้น เมื่อเทียบกับกฎหมายอิสลามที่ครอบคลุมวิถีชีวิตมุสลิม อีกทั้งมีการตีความในการบังคับใช้อย่างเคร่งครัด คือ ให้มีผลบังคับใช้เฉพาะเรื่องครอบครัวและมรดกเท่านั้น”

ด้วยเหตุที่มุสลิมต้องการนำบทบัญญัติอิสลามมาใช้ในชีวิตประจำวัน ปัจจุบันมุสลิมจึงได้ นิยมนำกระบวนการระงับข้อพิพาททางเลือกมาใช้เป็นจำนวนมาก โดยเฉพาะองค์กรที่มีอำนาจหน้าที่ตาม กฎหมายอย่างคณะกรรมการอิสลามประจำจังหวัด และคณะกรรมการอิสลามประจำมัสยิด ซึ่งมีอำนาจ ระงับความขัดแย้งของมุสลิมในประเทศไทยตามพระราชบัญญัติการบริหารองค์กรศาสนาอิสลาม พ.ศ. 2540 ตามมาตรา 26 (3) และ 35 (7) ตามลำดับ โดยมะรอนิง สาแลมิง และ ซอฮาลี เบ็ญหมัด (2556: 89) ได้กล่าวถึงการใช้อำนาจของคณะกรรมการอิสลามประจำจังหวัดและคณะกรรมการอิสลามประจำ มัสยิดตามพระราชบัญญัติการบริหารองค์กรศาสนาอิสลาม พ.ศ. 2540 ว่า “คณะกรรมการอิสลาม ประจำจังหวัด และคณะกรรมการอิสลามประจำมัสยิดมีอำนาจประนีประนอมข้อพิพาทครอบครัวและ

มรดกตามพระราชบัญญัติการบริการองค์กรศาสนาอิสลาม พ.ศ. 2540 ซึ่งกระบวนการร้องเรียนและการพิจารณาข้อพิพาทว่าด้วยครอบครัวและมรดกดังกล่าว บางกรณีได้ดำเนินไปในลักษณะการไกล่เกลี่ย บางกรณีเป็นไปในลักษณะการอนุญาโตตุลาการ และบางกรณีเป็นไปในลักษณะการตัดสินหรือพิพากษา”

แม้ปัจจุบันองค์กรทางศาสนาอิสลามจะมีการระงับข้อพิพาทโดยการใช้กระบวนการอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาทแต่ยังไม่มี ความชัดเจนในการทำหน้าที่ระงับข้อพิพาทในลักษณะดังกล่าวแต่อย่างใด โดยมะรอนิง สาแลมิง และคณะ (2554:262) กล่าวว่า “จากการที่อิมามมีสยิดต่างๆ ต้องทำหน้าที่หลายบทบาท ทั้งการไกล่เกลี่ย และการเป็นอนุญาโตตุลาการ การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทของอิมามมีสยิดต่างๆ นั้น จึงมีลักษณะที่ไม่ชัดเจนเท่าที่ควร ขึ้นอยู่กับอิมามจะให้ความสำคัญกับบทบาทใดเป็นหลัก”

เมื่อการระงับข้อพิพาทดังกล่าวของคณะกรรมการอิสลามประจำจังหวัด และคณะกรรมการอิสลามประจำมัสยิดมีหลายรูปแบบรวมทั้งการใช้กระบวนการทางอนุญาโตตุลาการของคณะกรรมการอิสลามประจำจังหวัด และคณะกรรมการอิสลามประจำมัสยิด ซึ่งมะรอนิง สาแลมิง และคณะ (2555 : 86) ได้สรุปแนวทางการปรับปรุง แก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายและระเบียบที่ส่งเสริมการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทตามบทบัญญัติศาสนาอิสลามไว้ว่า “การใช้พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการพ.ศ. 2545 มาตรา 41 และ 42 ที่บัญญัติให้คำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการผูกพันคู่พิพาท ก็เป็นอีกแนวทางหนึ่งที่คณะกรรมการอิสลามประจำจังหวัดและคณะกรรมการอิสลามประจำมัสยิดอาจดำเนินการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทตามบทบัญญัติแห่งศาสนาอิสลามในฐานะอนุญาโตตุลาการ ก็ได้”

จากปัญหาที่กล่าวมาข้างต้นจะเห็นได้ว่ากระบวนการระงับข้อพิพาทของมุสลิมในประเทศไทยยังมีความไม่ชัดเจน ซึ่งกระบวนการอนุญาโตตุลาการถือเป็นกระบวนการระงับข้อพิพาทอีกแนวทางหนึ่งที่มุสลิมในประเทศไทยสามารถนำบทบัญญัติอิสลามมาใช้ในการระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้น แต่ยังไม่มีการศึกษาวิธีการ และกระบวนการระงับข้อพิพาททางอนุญาโตตุลาการ โดยเฉพาะการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการอิสลามให้ชอบด้วยกฎหมายของรัฐซึ่งมีพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 เป็นกฎหมายหลักที่ใช้พิจารณาในกระบวนการการอนุญาโตตุลาการของประเทศไทย โดยอาจนำเอาวิธีการระงับข้อพิพาททางอนุญาโตตุลาการตามกฎหมายอิสลามมาปรับใช้ให้สอดคล้องกฎหมายไทย

ผู้วิจัยเล็งเห็นความสำคัญดังกล่าวจึงต้องการ “ศึกษาเปรียบเทียบการอนุญาโตตุลาการตามกฎหมายอิสลามและกฎหมายไทย” ในประเด็น ประวัติความเป็นมาของอนุญาโตตุลาการ องค์ประกอบและเงื่อนไขของอนุญาโตตุลาการ คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ เพื่อสามารถนำผลการศึกษามาเป็นแนวทางการปรับใช้ในการระงับข้อพิพาททางอนุญาโตตุลาการในประเทศไทยให้เหมาะสมต่อไป

2.วัตถุประสงค์

วัตถุประสงค์ในการวิจัยครั้งนี้มีดังนี้

1. เพื่อศึกษาการอนุญาตตุลาการในกฎหมายอิสลาม
2. เพื่อศึกษาการอนุญาตตุลาการในกฎหมายไทย
3. เพื่อศึกษาเปรียบเทียบการอนุญาตตุลาการในกฎหมายอิสลามและกฎหมายไทย

3. ความสำคัญและประโยชน์

ความสำคัญ และประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับจากงานวิจัยนี้มีดังนี้

1. ทราบถึงการอนุญาตตุลาการในกฎหมายอิสลาม
2. ทราบถึงการอนุญาตตุลาการในกฎหมายไทย
3. สามารถเปรียบเทียบการอนุญาตตุลาการในกฎหมายอิสลามและกฎหมายไทย
4. สามารถไปเป็นแนวทางในการพัฒนากระบวนการยุติธรรมทางเลือกได้
5. สามารถใช้เป็นแนวทางในการพัฒนากระบวนการอนุญาตตุลาการอิสลามในประเทศไทย
6. สามารถนำไปเป็นแนวทางในการจัดตั้งสถาบันอนุญาตตุลาการอิสลามในประเทศไทยได้
7. สามารถนำไปพัฒนากระบวนการอนุญาตตุลาการในประเทศไทยได้

4. ขอบเขตของการวิจัย

การวิจัยครั้งนี้ผู้วิจัยได้ทำการศึกษาวิจัยเรื่อง “ศึกษาเปรียบเทียบการอนุญาตตุลาการในกฎหมายอิสลามและกฎหมายไทย ” ผู้วิจัยจะศึกษาเกี่ยวกับหลักการของการอนุญาตตุลาการในกฎหมายอิสลามและกฎหมายไทย โดยแยกประเด็นต่างๆดังนี้

1. ประวัติความเป็นมาของการอนุญาตตุลาการ
2. องค์ประกอบและเงื่อนไขของการอนุญาตตุลาการ

โดยผู้วิจัยทำการศึกษาหลักการอนุญาตตุลาการอิสลามจากคัมภีร์อัลกุรอาน อัลหะดีษ ทัศนะของบรรดานักปราชญ์อิสลาม งานวิจัย วิทยานิพนธ์ บทความ วารสาร หนังสือ และตำราเอกสารต่างๆที่เกี่ยวข้อง ซึ่งเป็นเอกสาร ตำราชั้นปฐมภูมิ ตำราชั้นทุติยภูมิ เป็นหลักการเปรียบเทียบโดยการนำเอาพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ.2545 ที่เกี่ยวกับการอนุญาตตุลาการในด้านที่เกี่ยวข้องกับแนวคิด ข้อกฎหมาย กฎเกณฑ์ และประเด็นที่เกี่ยวข้องกับงานวิจัย

5. วิธีดำเนินการวิจัย

5.1 ระเบียบวิธีวิจัย

ในการวิจัยครั้งนี้ผู้วิจัยเป็นวิจัยเชิงคุณภาพ (Qualitative Research) ใช้วิธีการวิจัยเอกสาร (Document Research) โดยการวิเคราะห์เชิงเปรียบเทียบสาระสำคัญของหลักฐานต่อไปนี้

1. อัลกุรอาน และอัลหะดีษ โดยใช้หนังสือตีฟซีร์อัลกุรอาน และหนังสืออธิบายอัลหะดีษ ประกอบ เช่น ตีฟซีร์กุฎูบีย์ ขาเราะฮ์อัลนาวาเวีย อะลา มุสลิม เป็นต้น
2. เอกสารชั้นปฐมภูมิ ได้แก่ ตำรากฎหมายอิสลาม พระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ.2545 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง และคำอธิบายพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ.2545 เช่น หนังสือ Aqd al-Taḥkim fi al-Fiqh wa al-Qanun al-Wad'iy หนังสือคำอธิบายพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2545 เป็นต้น
3. เอกสารชั้นทุติยภูมิ ได้แก่ เอกสารที่เกี่ยวข้องกับการอนุญาตตุลาการในอิสลาม และในกฎหมายไทย เช่น บทความเรื่อง Attahkem al-shar'ewa al-ghanun fi asri al-hadir งานวิจัยเรื่องการคัดค้านอนุญาตตุลาการ

5.2 ขั้นตอนการวิจัย

ผู้วิจัยได้แบ่งวิธีการดำเนินการวิจัยเป็น 3 ขั้นตอนดังนี้

ขั้นตอนที่ 1 ทำการศึกษาวิจัยเกี่ยวกับการอนุญาตตุลาการ ประวัติและพัฒนาการของการอนุญาตตุลาการทั้งในกฎหมายอิสลาม และกฎหมายไทย โดยค้นคว้าจากตำราและเอกสารที่เกี่ยวข้องกับงานวิจัยเพื่อรวบรวมแนวคิด หลักเกณฑ์ เพื่อนำไปเรียบเรียงวิเคราะห์และสังเคราะห์ต่อไป

ขั้นตอนที่ 2 ทำการวิจัยโดยค้นคว้าจากตำราและเอกสารที่เกี่ยวข้องกับงานวิจัยเพื่อรวบรวมแนวคิด และหลักเกณฑ์ต่างๆในกฎหมายอิสลาม โดยสำรวจทัศนคติของนักวิชาการอิสลามเพื่อนำไปเรียบเรียงวิเคราะห์ต่อไป และหากมีทัศนคติของนักวิชาการอิสลามที่ขัดแย้งกันผู้วิจัยจะนำเสนอทัศนะต่าง ๆ ในแต่ละประเด็น และในส่วนของกฎหมายไทยตามพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2545 โดยนำตำราทางกฎหมายมาประกอบการวิเคราะห์ข้อมูลต่อไป

ขั้นตอนที่ 3 รวบรวมข้อมูลทั้งหมดมาวิเคราะห์และสังเคราะห์เพื่อหาเปรียบเทียบหลักการการอนุญาตตุลาการในกฎหมายอิสลามและกฎหมายไทย

5.3 การวิเคราะห์ข้อมูล

การวิเคราะห์ข้อมูลและหลักการของการเปรียบเทียบ

ผู้วิจัยนำข้อมูลข้างต้นมาวิเคราะห์ด้วยวิธีการวิเคราะห์ข้อมูลทางกฎหมายอิสลามในรูปแบบการวิเคราะห์เชิงพรรณนา และวิเคราะห์เชิงเปรียบเทียบ (al-Ansari, 1997 : 66-73, 90-92 อ้างในมอฮาดี เบ็ญหมัด, 2555: 53) ประกอบกับการวิเคราะห์แบบการใช้เหตุผล (Reasoning) โดยใช้วิธีการ

ของมิลล์ (Mill's Method)¹ ซึ่งเป็นการวิเคราะห์ความสัมพันธ์ระหว่างข้ออ้าง (Premises) และข้อสรุป (Conclusion) โดยใช้วิธีการทางตรรกะวิทยา (Logic) แบบนิรนัย (Deduction) (วรพล หนูขุน, 2011) เป็นการพิสูจน์ข้อความที่มีความน่าเชื่อถือได้มากที่สุดก่อน และนำข้อความที่เชื่อถือได้รองลงมาเข้ามาสนับสนุนข้อความที่มีความน่าเชื่อถือได้มากที่สุด เพื่อเพิ่มน้ำหนักความน่าเชื่อถือของข้อความให้มากขึ้น และแบบอุปนัย (Induction) ซึ่งเป็นการพิสูจน์โดยการอ้างข้อความเฉพาะหน่วย ไปสนับสนุนข้อความที่มีความเชื่อถือรองลงมา

วิธีการเรียงเรียงข้อมูล ผู้วิจัยใช้วิธีการเรียงเรียงข้อมูลตามวัตถุประสงค์ของการวิจัยที่ได้จากเอกสารปฐมภูมิทางกฎหมายอิสลามและกฎหมายไทย และเอกสารในระดับอื่นๆทั้งในกฎหมายอิสลามและกฎหมายไทย โดยผู้วิจัยจะอธิบาย ให้ข้อสังเกต และวิจารณ์ตามความเหมาะสม

ส่วนการวิเคราะห์เชิงเปรียบเทียบผู้วิจัยใช้วิธีการนำเสนอทัศนะทางกฎหมายอิสลามพร้อมระบุแหล่งที่มา การอ้างแหล่งที่มาของทัศนะทางกฎหมายอิสลามในประเด็นต่างๆ ประกอบการวิเคราะห์ข้อมูลที่ได้รับจากการวิจัย

5.4 การสรุปข้อมูล

หลังจากผู้วิจัยได้วิเคราะห์เปรียบเทียบข้อมูลโดยใช้วิธีการอ้างเหตุผลอย่างเป็นระบบ ผู้วิจัยทำการสรุป ความเหมือน และความแตกต่าง โดยใช้หลักของความสอดคล้อง (Agreement) หลักของความแตกต่าง (Difference) หลักของความสอดคล้องและไม่สอดคล้อง (Agreement and Disagreement) หลักของส่วนที่เหลือ (Residue) หลักของการแปรผันของตัวแปรพร้อมกัน (Concomitant Variation) และนำเสนอเรื่องที่เกี่ยวข้องกับเรื่องนี้เพื่อให้เกิดประโยชน์ต่อผู้ที่ทำการวิจัยในอนาคตต่อไป

6. ผลการวิจัย

ผลการศึกษาเปรียบเทียบการอนุญาโตตุลาการในกฎหมายอิสลามและกฎหมายไทยนั้นสามารถสรุปได้ดังนี้

1) ประวัติความเป็นมา

ประวัติความเป็นมาของการอนุญาโตตุลาการทั้งในกฎหมายอิสลามและกฎหมายไทยนั้นสอดคล้องและความแตกต่างกัน ทั้งในด้านนิยามความหมาย และความเป็นมาของการอนุญาโตตุลาการดังนี้

1.1) นิยามความหมาย

นิยามความหมายการอนุญาโตตุลาการทั้งในกฎหมายอิสลามและกฎหมายไทยนั้นมีความสอดคล้องกันในการให้นิยามความหมายทางวิชาการ ดังนั้นด้านนิยามความหมายของการ

¹ คือ หลักของความสอดคล้อง (Agreement) หลักของความแตกต่าง (Difference) หลักของความสอดคล้องและไม่สอดคล้อง (Agreement and Disagreement) หลักของส่วนที่เหลือ (Residue) หลักของการแปรผันของตัวแปรพร้อมกัน (Concomitant Variation)

อนุญาโตตุลาการนั้นสามารถสรุปได้ว่า การอนุญาโตตุลาการทั้งในกฎหมายไทยและกฎหมายอิสลามมีนิยามความหมายที่สอดคล้องกัน สามารถนำมาปรับและประยุกต์ด้วยกันได้

1.2) ความเป็นมาของการอนุญาโตตุลาการ

ประวัติความเป็นมาของการอนุญาโตตุลาการทั้งในกฎหมายอิสลาม และกฎหมายไทย ล้วนแล้วแต่มีวิวัฒนาการมาจากสังคมมนุษย์ยุคโบราณ และค่อยๆพัฒนาเป็นระบบกฎหมาย กล่าวคือ มีวิวัฒนาการมาจากสังคมมนุษย์ในยุคโบราณ จนกระทั่งได้มีการบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการในกฎหมายทั้งสองระบบ เพียงแต่การบัญญัติกฎหมายที่เกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการทั้งสองระบบมีแหล่งที่มา และสาเหตุการบัญญัติกฎหมายที่แตกต่างกัน เนื่องจากการบัญญัติเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการในกฎหมายอิสลามได้มีการบัญญัติมา 1,400 กว่าปีที่แล้ว โดยการบัญญัติให้มีกระบวนการอนุญาโตตุลาการในกฎหมายอิสลามนั้นเป็นการบัญญัติใช้ให้มีการระงับข้อพิพาททางอนุญาโตตุลาการในเรื่องครอบครัวเป็นประการแรก และสามารถนำไปปรับใช้กับกรณีอื่นได้ แต่การบัญญัติกฎหมายที่เกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการของไทยนั้น แม้ว่าจะมีมาในกฎหมายยุคโบราณอย่างเช่นกฎหมายตราสามดวง หรือแม้แต่ประมวลวิธีพิจารณาความแพ่ง แต่ก็มีได้เป็นที่นิยมนำมาใช้แต่อย่างใด จนกระทั่งประเทศไทยได้ลงนามในอนุสัญญาในเวียนนาจึงได้มีการเริ่มร่างพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการขึ้นมาใช้ โดยพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการฉบับแรกได้เกิดขึ้นเมื่อปี 2530 และได้มีการพัฒนาเป็นพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ในปัจจุบัน และสาเหตุการบัญญัติพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการในกฎหมายไทยนั้นเริ่มมาจากกฎหมายที่เกี่ยวกับการค้าระหว่างประเทศจนกระทั่งได้พัฒนานำมาใช้ในกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ประเด็นอื่น ๆ ในปัจจุบัน

2) องค์ประกอบและเงื่อนไขของการอนุญาโตตุลาการ

องค์ประกอบและเงื่อนไขของการอนุญาโตตุลาการทั้งในกฎหมายอิสลาม และกฎหมายไทย มีทั้งส่วนที่มีความสอดคล้องกัน และส่วนที่มีความแตกต่างกันดังนี้

2.1) กระบวนการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ

กระบวนการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการทั้งในกฎหมายอิสลามและกฎหมายไทย มีความสอดคล้องกัน คือ คู่พิพาททั้งสองต้องมีความเห็นพ้องกันที่จะมอบข้อพิพาทของตนให้อนุญาโตตุลาการเพื่อระงับข้อพิพาทระหว่างทั้งสอง ถึงแม้ว่ากระบวนการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการทั้งในกฎหมายอิสลาม และกฎหมายไทยจะมีความสอดคล้องกัน แต่ยังคงมีความแตกต่างในกระบวนการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการบางประเด็น ดังนี้

ก. สาเหตุการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ

สาเหตุการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการตามกฎหมายอิสลาม ไม่ได้จำกัดเพียงกรณีที่มีข้อพิพาทเท่านั้น แต่ในกฎหมายไทยได้บัญญัติให้มีการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการไว้เพียงกรณีที่มีข้อพิพาทเท่านั้น

ดังนั้นในประเด็นสาเหตุการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการทางกฎหมายอิสลามและกฎหมายไทยจึงมีความแตกต่างกัน

ข. การเสนอ และการตอบรับเพื่อการเข้าสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการ
ประเด็นการเสนอ และการตอบรับเพื่อการเข้าสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการทั้งทางกฎหมายอิสลาม และกฎหมายไทยนั้นมีความสอดคล้อง

ค. ผู้ที่เสนอแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ
ประเด็นผู้ที่เสนอแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการทางกฎหมายอิสลาม และกฎหมายไทยจึงมีความแตกต่างกัน เนื่องจากผู้ที่เสนอแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการทางกฎหมายอิสลามอาจเป็นคู่พิพาทกันหรือไม่ก็ได้ แต่ผู้ที่เสนอแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการทางกฎหมายไทยจำเป็นต้องเป็นคู่พิพาทเท่านั้น

ง. บทบัญญัติที่นำเข้าสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการ
บทบัญญัติที่นำเข้าสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการตามกฎหมายไทย และกฎหมายอิสลามจึงมีความแตกต่างกัน

จ. พยานหลักฐานในกระบวนการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ
ประเด็นหลักฐานในกระบวนการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการทั้งในกฎหมายอิสลาม และกฎหมายไทยมีความสอดคล้องกัน

ฉ. วิธีการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ
วิธีการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการในกฎหมายอิสลามและกฎหมายไทยนั้นมีความสอดคล้องกัน กล่าวคือ การแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการนั้นสามารถทำสัญญาแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการได้ทุกขณะไม่ว่าจะมีข้อพิพาทเกิดขึ้นแล้วหรืออาจเกิดขึ้นในอนาคต

2.2) คณะอนุญาโตตุลาการ

คณะอนุญาโตตุลาการตามกฎหมายอิสลาม และกฎหมายไทยนั้นมีความแตกต่างกัน กล่าวคือ คณะอนุญาโตตุลาการตามกฎหมายอิสลามไม่จำเป็นต้องเป็นจำนวนคี่ แต่คณะอนุญาโตตุลาการตามกฎหมายไทยจำเป็นต้องเป็นจำนวนคี่

2.3) คุณสมบัติของอนุญาโตตุลาการ

คุณสมบัติของอนุญาโตตุลาการทั้งในกฎหมายอิสลาม และกฎหมายไทยมีทั้งที่เป็นคุณสมบัติพื้นฐาน คุณสมบัติทั่วไป และคุณสมบัติเฉพาะ ซึ่งมีทั้งที่สอดคล้องกันและแตกต่างกัน โดยมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

1) คุณสมบัติพื้นฐาน

คุณสมบัติพื้นฐานของอนุญาโตตุลาการตามกฎหมายอิสลาม และกฎหมายไทยนั้นมีความสอดคล้องกันทั้งในด้านความยุติธรรม ความเป็นกลาง และความเป็นอิสระของอนุญาโตตุลาการ

2) คุณสมบัติทั่วไป

คุณสมบัติทั่วไปของอนุญาโตตุลาการตามกฎหมายอิสลาม และกฎหมายไทยนั้นเป็นคุณสมบัติที่อนุญาโตตุลาการต้องมีตามกฎหมาย โดยสามารถแยกได้ดังนี้

กฎหมายอิสลามนั้น นักกฎหมายอิสลามสำนักกฎหมายต่าง ๆ ได้กล่าวถึงคุณสมบัติทั่วไปของอนุญาโตตุลาการไว้หลากหลายดังต่อไปนี้

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

ส่วนกฎหมายไทยพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ได้ให้อิสระแก่คู่พิพาทในการกำหนดคุณสมบัติอย่างอื่นของผู้ที่จะมาเป็นอนุญาโตตุลาการตามแต่ความใจสมัครของคู่พิพาทนั้นๆ จะตกลงกันในเรื่องคุณสมบัติทั่วไปของอนุญาโตตุลาการรวมทั้งต้องมีคุณสมบัติตามที่กำหนดไว้ในสัญญาอนุญาโตตุลาการ และต้องเปิดเผยให้คู่พิพาทอีกฝ่ายรับรู้ได้

คุณสมบัติทั่วไปของอนุญาโตตุลาการตามกฎหมายอิสลาม และกฎหมายไทยจึงมีความแตกต่างกัน โดยกฎหมายอิสลามได้กำหนดคุณสมบัติของอนุญาโตตุลาการไว้อย่างละเอียด แต่กฎหมายไทยให้อิสระแก่คู่พิพาทในการกำหนดคุณสมบัติทั่วไปของอนุญาโตตุลาการแต่จำต้องระบุในสัญญาอนุญาโตตุลาการ ซึ่งหากคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่เป็นด้วยกับคุณสมบัติของอนุญาโตตุลาการก็สามารถคัดค้านได้

3) คุณสมบัติเฉพาะ

กฎหมายอิสลามได้กำหนดคุณสมบัติเฉพาะของอนุญาโตตุลาการไว้ว่า ผู้ที่เป็นอนุญาโตตุลาการนั้นจำเป็นต้องมีความสามารถในการวินิจฉัยข้อกฎหมายได้ โดยให้นำเอาคุณสมบัติของผู้พิพากษามาใช้กับอนุญาโตตุลาการ

ส่วนของกฎหมายไทยนั้น การตั้งอนุญาโตตุลาการนั้นขึ้นอยู่กับสัญญาอนุญาโตตุลาการที่คู่พิพาทตกลงกันแต่ตั้งขึ้นมา ดังนั้นคุณสมบัติต่างๆที่นอกเหนือจากที่กฎหมายกำหนดจึงขึ้นอยู่กับคู่พิพาทจะกำหนดขึ้นมา ซึ่งคู่พิพาทอาจกำหนดคุณสมบัติที่เกี่ยวข้องกับความเชี่ยวชาญเฉพาะของผู้ที่จะถูกแต่งตั้งเป็นอนุญาโตตุลาการ

ดังนั้นคุณสมบัติเฉพาะของอนุญาโตตุลาการตามกฎหมายอิสลามและกฎหมายไทยจึงมีความแตกต่างกัน โดยกฎหมายอิสลามจะเน้นในเรื่องความสามารถในการวินิจฉัยข้อกฎหมาย แต่กฎหมายไทยนั้นอนุญาตให้คู่สัญญาระบุคุณสมบัติเฉพาะไว้ในสัญญาอนุญาโตตุลาการ

3) กระบวนการพิจารณาข้อพิพาท

กระบวนการพิจารณาข้อพิพาทของอนุญาโตตุลาการมี 3 ประเด็นคือ การเริ่มกระบวนการระงับข้อพิพาททางอนุญาโตตุลาการ วิธีการดำเนินการ และการสิ้นสุดกระบวนการอนุญาโตตุลาการ

3.1) การเริ่มกระบวนการระงับข้อพิพาท

การเริ่มกระบวนการระงับข้อพิพาททางอนุญาโตตุลาการตามกฎหมายอิสลามและกฎหมายไทยนั้นมีความสอดคล้องกัน

3.2) วิธีการดำเนินการ

วิธีการดำเนินการพิจารณาทางอนุญาโตตุลาการตามกฎหมายอิสลามและกฎหมายไทย ทั้ง 2 ประเด็น คือ วิธีการพิจารณา และสถานที่ สามารถนำมาเปรียบเทียบได้ดังนี้

2.1) วิธีการพิจารณา

วิธีการพิจารณาโดยส่วนใหญ่มีความสอดคล้องกัน ซึ่งจะมีข้อแตกต่างกันในประเด็นการรับฟังการสาบานจากคู่พิพาททั้งสองฝ่าย

2.2) สถานที่

ด้านสถานที่ในการพิจารณาทางอนุญาโตตุลาการระหว่างกฎหมายอิสลาม และกฎหมายไทย มีความสอดคล้องกัน

3.3) การสิ้นสุดกระบวนการอนุญาโตตุลาการ

การสิ้นสุดกระบวนการอนุญาโตตุลาการในกฎหมายทั้งสองระบบสามารถนำมาเปรียบเทียบแล้วปรากฏว่ามีทั้งที่สอดคล้องกันและแตกต่างกัน ดังนี้

1- อนุญาโตตุลาการมีคำตัดสินชี้ขาดเป็นที่เด็ดขาด

การสิ้นสุดกระบวนการอนุญาโตตุลาการด้วยการชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการนั้นจึงมีความสอดคล้องกัน

2- อนุญาโตตุลาการเสียชีวิต

การเสียชีวิตของอนุญาโตตุลาการถือเป็นการสิ้นสุดกระบวนการอนุญาโตตุลาการที่มีสอดคล้องกันระหว่างกฎหมายอิสลามและกฎหมายไทย

3- สิ้นสุดด้วยระยะเวลาสำหรับอนุญาโตตุลาการที่แต่งตั้งโดยศาล

สิ้นสุดด้วยระยะเวลาสำหรับอนุญาโตตุลาการที่แต่งตั้งโดยศาลสิ้นสุดด้วยระยะเวลาสำหรับอนุญาโตตุลาการที่แต่งตั้งโดยศาล

4- คู่พิพาทสาปสูญ

คู่พิพาทสาปสูญถือเป็นการสิ้นสุดกระบวนการระงับข้อพิพาททางอนุญาโตตุลาการ

5- อนุญาโตตุลาการไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่ได้

การที่อนุญาโตตุลาการไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่ได้นั้นถือเป็นการสิ้นสุดกระบวนการระงับข้อพิพาททางอนุญาโตตุลาการที่สอดคล้องกันในกฎหมายอิสลามและกฎหมายไทย

6- คู่พิพาทขอถอนการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ

การสิ้นสุดกระบวนการระงับข้อพิพาททางอนุญาโตตุลาการโดยการที่คู่พิพาทขอลง
การแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ หรือขอยุติการระงับข้อพิพาททางอนุญาโตตุลาการนั้นมีความสอดคล้องกัน
ทั้งในกฎหมายอิสลามและกฎหมายไทย

7- อนุญาโตตุลาการขอยุติการปฏิบัติหน้าที่

การสิ้นสุดกระบวนการระงับข้อพิพาททางอนุญาโตตุลาการโดยการที่อนุญาโตตุลาการ
ขอยุติการปฏิบัติหน้าที่ เนื่องจากเห็นว่าไม่มีความจำเป็นที่จะดำเนินกระบวนการพิจารณาต่อไป หรือไม่อาจ
ดำเนินกระบวนการพิจารณาต่อไปได้นั้น มีความสอดคล้องกันในกฎหมายทั้งสองระบบอิสลามและกฎหมาย
ไทย

8- อนุญาโตตุลาการมีความเห็นต่างกัน

การสิ้นสุดกระบวนการระงับข้อพิพาททางอนุญาโตตุลาการด้วยการที่อนุญาโตตุลาการ
มีความเห็นต่างกันระหว่างกฎหมายอิสลามและกฎหมายไทย

ข้อสรุปจากผลการวิจัยข้างต้นสามารถสรุปออกมาในรูปตารางได้ดังนี้

ประเด็นการเปรียบเทียบ	ผลการเปรียบเทียบ		หมายเหตุ
	สอดคล้อง	แตกต่าง	
1) ประวัติความเป็นมา			
1.1) นิยามความหมาย	✓		
1.2) ความเป็นมาของการอนุญาโตตุลาการ	✓		
2) องค์ประกอบและเงื่อนไขของการอนุญาโตตุลาการ			
2.1) กระบวนการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ			
1) สาเหตุการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ		✓	
2) การเสนอ และการตอบรับเพื่อการเข้าสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการ	✓		
3) ผู้ที่เสนอแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ		✓	
4) บทบัญญัติที่นำเข้าสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการ		✓	
5) พยานหลักฐานในกระบวนการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ	✓		
6) วิธีการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ	✓		
7) คณะอนุญาโตตุลาการ		✓	
2.2) คุณสมบัติของอนุญาโตตุลาการ			

ประเด็นการเปรียบเทียบ	ผลการเปรียบเทียบ		หมายเหตุ
	สอดคล้อง	แตกต่าง	
1) คุณสมบัติพื้นฐาน	✓		
2) คุณสมบัติทั่วไป		✓	
3) คุณสมบัติเฉพาะ		✓	
2.3) กระบวนการพิจารณาข้อพิพาท			
1) การเริ่มกระบวนการระงับข้อพิพาททางอนุญาโตตุลาการ	✓		
2) วิธีการดำเนินการ			มีทั้งที่สอดคล้องและแตกต่างกัน
2.1) วิธีการพิจารณา		✓	
2.2) สถานที่	✓		
3) การสิ้นสุดกระบวนการอนุญาโตตุลาการ			มีทั้งที่สอดคล้องและแตกต่างกัน
3.1) อนุญาโตตุลาการมีคำตัดสินชี้ขาดเป็นที่เด็ดขาด	✓		
3.2) อนุญาโตตุลาการเสียชีวิต	✓		
3.3) สิ้นสุดด้วยระยะเวลาสำหรับอนุญาโตตุลาการที่แต่งตั้งโดยศาล	✓		
3.4) คู่พิพาทสาบสูญ	✓		
3.5) อนุญาโตตุลาการไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่ได้	✓		
3.6) คู่พิพาทขอถอนการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ	✓		
3.7) อนุญาโตตุลาการขอยุติการปฏิบัติหน้าที่	✓		
3.8) อนุญาโตตุลาการมีความเห็นต่างกัน		✓	

จากตารางแสดงผลการเปรียบเทียบข้างต้น แสดงให้เห็นว่าการอนุญาโตตุลาการในกฎหมายอิสลามและกฎหมายไทยมีความคล้ายคลึงกันเป็นอย่างมาก โดยบางประเด็นเท่านั้นที่มีความแตกต่างกัน

ผลการศึกษาเปรียบเทียบการอนุญาตตุลาการตามกฎหมายอิสลามและกฎหมายไทย ปรากฏว่า การระงับข้อพิพาททางอนุญาตตุลาการในกฎหมายทั้งสองระบบมีทั้งสอดคล้องกันและแตกต่างกันในประเด็นต่างตามที่ปรากฏในตาราง โดยประเด็นที่ต่างกันระหว่างกฎหมายอิสลามและกฎหมายไทยนั้นประกอบด้วย 1) สาเหตุการแต่งตั้งอนุญาตตุลาการ 2) ผู้ที่เสนอแต่งตั้งอนุญาตตุลาการ 3) บทบัญญัติที่นำเข้าสู่กระบวนการอนุญาตตุลาการ 4) คณะอนุญาตตุลาการ 5) คุณสมบัติทั่วไป และคุณสมบัติเฉพาะของอนุญาตตุลาการ 6) วิธีการพิจารณา 7) การสิ้นสุดกระบวนการอนุญาตตุลาการ โดยการที่อนุญาตตุลาการมีความเห็นต่างกัน

เมื่อพิจารณาประเด็นที่ต่างกันแล้วจะเห็นได้ว่าไม่ใช่ประเด็นที่มีความแตกต่างกันอย่างสิ้นเชิงแต่อย่างใด หากแต่เป็นความแตกต่างที่มุสลิมในประเทศไทยสามารถปรับใช้ได้ เช่น ประเด็นสาเหตุการแต่งตั้งอนุญาตตุลาการและผู้ที่เสนอแต่งตั้งอนุญาตตุลาการ ซึ่งพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2545 ได้บัญญัติถึงสาเหตุการแต่งตั้งอนุญาตตุลาการว่าต้องเป็นกรณีที่มีข้อพิพาทหรืออาจเกิดข้อพิพาทในอนาคต จึงทำให้ผู้ที่เสนอแต่งตั้งอนุญาตตุลาการมีเพียงแต่คู่พิพาทหรือผู้ที่อาจมีข้อพิพาทกันในอนาคตเท่านั้น แต่กฎหมายอิสลามนอกจากจะแต่งตั้งอนุญาตตุลาการในกรณีที่มีข้อพิพาท หรืออาจเกิดข้อพิพาทในอนาคตแล้วยังมีการเปิดโอกาสให้ทำอนุญาตตุลาการในกรณีการทำสัญญาสมรสได้ ซึ่งการทำสัญญาสมรสนั้นไม่ใช่กรณีที่มีข้อพิพาทหรืออาจมีข้อพิพาทในอนาคตแต่อย่างใด ดังนั้นมุสลิมในประเทศไทยจึงสามารถแต่งตั้งอนุญาตตุลาการขึ้นมาเพื่อระงับข้อพิพาทโดยชอบตามพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2545 ได้ หรือประเด็นองค์คณะอนุญาตตุลาการ ซึ่งพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2545 ได้กำหนดให้เป็นจำนวนคู่เท่านั้น แต่กฎหมายอิสลามมิได้กำหนดว่าจะต้องเป็นจำนวนคู่หรือจำนวนคี่ ดังนั้นหากมุสลิมในประเทศไทยต้องการแต่งตั้งอนุญาตตุลาการจึงสามารถแต่งตั้งคณะอนุญาตตุลาการขึ้นมาตามจำนวนที่พระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2545 กำหนดได้เช่นกัน

ดังนั้นมุสลิมในประเทศไทยสามารถหลักกฎหมายอนุญาตตุลาการอิสลามมาปรับใช้กับพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2545 เพื่อให้สอดคล้องกับบริบททางสังคมไทย และเพื่อให้ประชาชนยอมรับและเชื่อถือในกระบวนการยุติธรรม อันจะส่งผลต่อความผาสุกของสังคมโดยรวมต่อไปได้

9. ข้อเสนอแนะ

1) ข้อเสนอแนะจากการวิจัยในครั้งนี้

1. จากการศึกษาวิจัยในครั้งนี้จะเห็นได้ว่าการอนุญาตตุลาการในกฎหมายอิสลามและกฎหมายไทยนั้นมีความสอดคล้องกันมาก ดังนั้นการนำเอาหลักการอนุญาตตุลาการอิสลามมาปรับใช้ในประเทศไทยจึงสามารถกระทำได้ตามพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2545 ได้

2. การศึกษาวิจัยในครั้งนี้เป็นเพียงการศึกษาวิจัยในส่วนของประวัติความเป็นมาองค์ประกอบ และเงื่อนไขบางส่วนของการอนุญาตตุลาการในกฎหมายอิสลามเพื่อนำมาเปรียบเทียบกับ การอนุญาตตุลาการในพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2545 เท่านั้น ดังนั้นจึงควรมีการศึกษา เพื่อต่อยอดในประเด็นอื่น เช่น การปรับใช้กระบวนการระงับข้อพิพาททางอนุญาตตุลาการอิสลามในประเทศไทย เป็นต้น

3. จากการศึกษาวิจัยในครั้งนี้พบว่าพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2545 เป็นกฎหมายที่บัญญัติเกี่ยวกับการใช้อุญาตตุลาการนอกศาลของไทย ดังนั้นการนำกระบวนการระงับข้อพิพาท อนุญาตตุลาการอิสลามมาใช้ในประเทศไทยจำเป็นต้องกระทำให้สอดคล้องพระราชบัญญัติฉบับดังกล่าว

4. จากการศึกษาวิจัยในครั้งนี้พบว่า มุสลิมในประเทศไทยสามารถแต่งตั้ง อนุญาตตุลาการขึ้นมาเพื่อระงับข้อพิพาททางแพ่งและพาณิชย์โดยใช้พระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2545 ได้

5. จากการศึกษาวิจัยในครั้งนี้พบว่า ประเด็นความแตกต่างระหว่างกฎหมายอิสลามและกฎหมายไทยในการระงับข้อพิพาททางอนุญาตตุลาการนั้น สามารถนำกฎหมายอิสลามมาปรับใช้โดย ถูกต้องตามพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2545 ได้

2) ข้อเสนอแนะในการทำวิจัยครั้งต่อไป

ข้อเสนอแนะสำหรับงานวิจัยนี้ ผู้วิจัยขอเสนอข้อเสนอแนะในการทำวิจัยครั้งต่อไป

1. ควรมีการศึกษาวิจัยความเป็นไปได้ในการนำกระบวนการอนุญาตตุลาการอิสลาม มาใช้จริงในประเทศไทย
2. ควรมีการศึกษาวิจัยในประเด็นผลการตัดสินใจขาดของอนุญาตตุลาการในกฎหมาย อิสลามและกฎหมายไทย
3. ควรมีการศึกษาวิจัยในประเด็นการนำผลการตัดสินใจขาดของอนุญาตตุลาการมา ปรับใช้ในกฎหมายอิสลามและกฎหมายไทย
4. ควรมีการศึกษาวิจัยในประเด็นผลการตัดสินใจขาดของอนุญาตตุลาการในกฎหมาย อิสลามและกฎหมายไทย
5. ควรมีการศึกษาเปรียบเทียบในประเด็นการคัดค้านคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการใน กฎหมายอิสลามและกฎหมายไทย
6. ควรมีการศึกษาความจำเป็น ความเป็นไปได้และรูปแบบของสถาบัน อนุญาตตุลาการอิสลามในประเทศไทย

7. ควรมีการศึกษาวิจัยในประเด็นความรู้ความเข้าใจผู้นำศาสนาอิสลามในประเทศไทย
ไทยเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทในอิสลาม

บรรณานุกรม

หนังสือ

- คณิต ฒ นคร.2548.กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ภาคการบังคับคดี.กรุงเทพฯ:วิญญูชน
ณรงค์ ศิริประชนะ. 2516. ความเป็นมาของกฎหมายอิสลามและดาโต๊ะยุติธรรม. กรุงเทพฯ ฯ :
คณะกรรมการอิสลามกลางแห่งประเทศไทย
- เด่น โต๊ะมีนา.2532.กฎหมายอิสลาม.ฝ่ายผลิตตำราและอุปกรณ์ทางการศึกษา มหาวิทยาลัยรามคำแหง.
กรุงเทพฯ ฯ : แสงจันทร์การพิมพ์
- ตะวัน มานะกุล. 2557. กระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในประเทศไทย (โครงการสำรวจองค์ความรู้
เพื่อการปฏิรูปประเทศไทย) กรุงเทพฯ ฯ : มูลนิธิสาธารณสุขแห่งชาติ
- ไชยวัฒน์ บุนนาค.2552 .อนุญาโตตุลาการ ทฤษฎี และปฏิบัติ .บริษัททรัพย์สุรี จำกัด .โรงพิมพ์เดือน
ตุลา.กรุงเทพมหานคร
- ธวัชชัย สุวรรณพานิช. 2557. คำอธิบายพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545. กรุงเทพฯ ฯ :
นิติธรรมเอ็มโพร์ โปรพรีน
- ราชบัณฑิตยสถาน.2556.พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2545.พิมพ์ครั้งที่ 2.
กรุงเทพมหานคร
- พิชัยศักดิ์ หรยางกูร.2536. พจนานุกรมการอนุญาโตตุลาการ พร้อมดัชนี.คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์
มหาวิทยาลัย.กรุงเทพฯ
- พิเชษฐ์ คงศิลา.2548.พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 : ศึกษาเฉพาะกรณีมาตรา 15
การระงับข้อพิพาท. มหาวิทยาลัยรามคำแหง.กรุงเทพมหานคร
- สมาคมศิษย์เก่าอาหรับประเทศไทย. 2542. พระมหาคัมภีร์อัลกุรอานพร้อมความหมายภาษาไทย.
อัลมะดีนะฮ์ มุเนาะวะเราะฮ์ฮ์ : ศูนย์กษัตริย์พะฮัด เพื่อการพิมพ์อัลกุรอาน
- เสาวนีย์ อัสวโรจน์.2554.คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยวิธีการระงับข้อพิพาททางธุรกิจโดยการ
อนุญาโตตุลาการ.ฉบับพิมพ์ครั้งที่ 3.สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.ถนนท่าพระจันทร์.
กรุงเทพมหานคร
- อเนก ศรีสนิท.2535. การตั้งอนุญาโตตุลาการ. ใน รวมบทความข้อบังคับ ข้อตกลงระหว่างประเทศ
กฎหมายและคำพิพากษาศาลฎีกาเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการเล่ม 1. (หน้าที่29-33). กรุงเทพฯ:เพอร์เฟคกราฟฟิคกรุ๊ป

อนันต์ จันทร์โอภากร.2558.ทางเลือกในการระงับข้อพิพาท การเจรจา การไกล่เกลี่ย และการ
ประนีประนอมข้อพิพาท อนุญาโตตุลาการ.โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน.คณะ
นิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

ตำราภาษาต่างประเทศ

Abu Abdullah Muhammad bin Ahmad bin abi Bakr al-Qūrtubī.1964.**al-Yamia li Ahkam
al-Qurān**.Dar al-Kitab al-maṣriyah – al-qahirah.5

Abd Rahman al-Duriy.2002. **‘Aqd al-Taḥkim fi al-Fiqh al-Islami wa al-Qanun al-
Waḍ’iy**. Dar al-Furqan li al-Nishr wa al-Tawzy’i.‘Amarah.

Abdullah bin Muhammad bin ṣād Āl ḵanīn.H.1420 . **At-tahkem fi Shari’āh al-Islam**.
al-Alukah.

Abi al-Ḥasan Ali bin Muhammad bin Ḥabīb al-Mawardiyy al-Baṣriyy.1994/16.**al-Ḥawīy
al-Kabir**. Dar al-Kutubal-‘Alamiyah. Beirut

Abi Shiybah, Abdullah bin Muhammad bin Ibrahim.H.1409/7.**al-Kitab al-Muṣnaf fi al-
‘Aḥadith wa al-‘Asār**. Maktabah al-Rashid. Beirut.

Abi al-Khaṭṭab Maḥfuz bin Ahmad al-Ḥasan al-Kalunaniyy.2004.**al-Hidayah ala
Madhhab al-Imam abi Abdillah Ahmad bin Muhammad bin Ḥamban al-
Shaibaniyy**. Gharas li al-Nashr wa al-Tawz’i.

Abu Dawūd Sulaiman bin al-Ash’as.n.d/3.**Sunan Abi Dawud**. Beirut:Maktabah al-
Asrabiyyah , Sida.

Abu Hasan, Nuruddin Ali bin Abi bakr bin Sulaiman al-Haithamiyy.1994/4.**Majmu’a al-
Zawa’id wa Manbi’a al-Fawa’a**. Maktabah al-Qudsiyy.al-Qahirah

Abu Hasan, Nuruddin al-Milla al-Haruwiyy al-Qariyy, Ali bin
Muhammad.2002/7.**Muraqah al-Mafatih Sharah Mushkāh al-Maṣabih**. Dar
al-fikr. . Beirut

‘Alawey bin Abdulqadir al-Shaqaf.2006/1. **Ṣifat al-Lah al-Waridah fi al-Kitab wa
Sunnah**.Dar al-Sunnah,Dar al-Hujrah

‘Ala’udin Abu al-Ḥasan Ali bin Sulaiman al-Mardaeiy.1951/11.**al-’Inṣaf fi M’arifah
al-Rajih min al-Kilaf**.Muṭaba’ah as-Sunnah al-Muḥammadiyah.

al-Bukari .Muhammad bin Ismail abu Abdullah.1422.**al-Yamiā al-Musnad al-Ṣaḥih
al-Muktaṣar min Amwar Rasulullah wa Sunnanih wa ‘iyamih**. Dar
Ṭawk al-Najah.

Ibrahīm ibn Shamsudin Abi Abdillah Muhammad bin Farḥan al-Ya’amiyy
al-Malikīy.2003/1.**Tabṣirat al-Ḥukkam fi ‘Uṣul al-‘Aqḍiyah wa Manihij al-
Ahkam**. Dar ‘Alam al-Kutub li al-Ṭaba’ah wa al-Nashra wa al-Tawzī’a. al-
Ryaḍ.

Ibrahīm Shamsudin Abi Abdullah Muhammad bin farhawn al-Ya’amariyy
al-Malikiyy.2003.**Tabṣirah al-Ahkam fi ‘Uṣu al-‘Aqḍiyah wa Manahib al-
Ahkam**. Dar ‘Alam al-Kutub.al-Riyaḍ.

Ibn Kathīr Ismā’il bin ‘Umar.1419/2. **Tafsīr al-Qur’an al-‘Azīm**. Dar al-Kutub al-
‘Alamiyah. Beirut

_____.1999/2. **Tafsīr al-Qur’an al-‘Azīm**. Dar Ṭayibah li al-
nashr wa al-Tawzy’i.

Ibn Husayn Ahmad bin Faris bin Zakariya. 1979/2. **Mu’ayam Maqayīs al-Luḡhah**.Dar
al-Fakir.

- al-Khaṭīyib al-Shurbiyīnī, Muhammad bin Ahmad.1994/4.**Mughniy al-Mukhtaj ila Ma'arifah Ma'aniy 'alfaz al-Mimhaj.** Dar al-kitab al-'Alamiyah. Beirut Libanan.
- Mahmud bin Ahmad bin Musa bin Ahmad bin al-Ḥusain al-Hanafiy.2000/9. **al-Binayah Sharah al-Hidayah.** Dar al-Kutub al-'Alamiyah. Beirut.
- Muhammad bin Ali bin Muhammad bin Ali bin Abdulrahman al-Hanafiy al-Haḥkafiy.2002.**al-Dar al-Mukhtar.** Dar al-kitab al-'Alamiyah. Beirut Libanan.
- Muhammad al-Zuhaīlī.2011.**Attahkem al-shar'ewa al-ghanun fi asri al-hadir.** Mayallah Yamiah Damshik lil Ulumi al-Iktisadiyahwa al-Ghanun.
- Muslim bin al-Hajaj abu al-Hasan.n.d. **al-Musnad al-Ṣaḥīḥ al-Muktaṣar bi Naql al-'adl 'an 'adl I,la Rasulallah**ﷺ.Dar 'ihya 'i al-Tarath al-'araby.
- al- Nawawiy. Yahya bin Sharaf.2005.**Minhaj al-Ṭalibīyn wa'Umdah al-Muftiyn fi al-Figh.** Dar al-Fakr.
- _____ .H.1392/12.**al-Minhaj Sharah Ṣaḥīḥ Muslimbin al-Ḥajaj.** Dar 'Ihya'a al-Tarath al-'Arabiy. Beirut.
- Qadiry Muhammad Mahmud. 2009 .**Attahkem fi Dawá Ah-kam al-Shari'ah al-Islamiyah.** Dar al-Samīā li al-Nashr wa al-Tawṣeā. al-Riyaḍ al-Saudiyah
- al-Qadiry, Muhammad bin Husin bin Ali al-Tawriy al-Ḥanafiy.1997/7. **Takmilah al-Baḥr al-Ra'iq Sharḥ Kanz al-Diqa'iq.** Dar al-Kutub al-'Alamiyah. Beirut.
- Qaḥṭan Abdul al-Rahman al-Duriy .2002. **'Aqad al-Tahkem fi al-Fiqh wa al-Qanun al-Waḍ'ī.** al-Ḍurey Dar al-Furqan li al-Nashr wa al-Tawṣeā.
- al-Qurṭubīy Abu abdullah Muhammad bin Ahmad. 1967/5. **al-Jami'a li Ahkam al-Qurān.** Dar al-Kutub al-Miṣriyah.al-Qahirah.
- Al-Shafi'iy, abu-Abdullah Muhammad bin 'Idris bin Abbas.1990/5.**al-'Um.**Dar al-Ma'arifah. Beirut.
- al-Ramliy,Shams al-Din, Muhammad bin abi-al-Abbas Ahmad bin Hamzah. 2003/8.**Nihayah al-Muhtaj ila Sharah al-Minhaj fi fiqh ala Madhhab al-Shafi'iy Radiyallah 'anhu.** Dar al-Kutub al-'Alamiyah. Beirut.
- al- Ṭabriy. Muhammad bin Jarīr bin Yazīd bin Kathīr bin Ghalib al-'Amliy abu Ya'afar al-Ṭabriy.2001/8.**Yami'a al-Bayan 'an Ta'awil 'Ay al-Qur'an.**Dar Hijr li al-Ṭaba'at wa al-Nashr wa al-Tawzī'a wa al-'I'alan.
- al-Ṭabraniy.Sulaiman bin Ahmad bin 'Ayub .n.d./5 **al-Muayam al-'Awsaṭ. Dar al-Ḥarmin.** al-Qahirah.
- 'Usman bin Ali bin Muḥajan al-Bara'iy Fakhrudin al-Zaila'iy al-Hanafiy.H.1313.**Tabyīn al-Ḥaqa'aq Sharḥ Kanz al-Daqa'aq wa Ḥashiyah al-Shilbiy.**al-Muṭaba'ah al-Kubra al-'Amīriyah. Al-Qahirah.
- Yawar Ali.1970/5.**Al-Mufaṣṣ fi Tarīk al-Ārab gabl al-Islam.**Dar al-Īlm lilmalayin.Birut Libanan.

รายงานวิจัย/วิทยานิพนธ์

กิตติศักดิ์ ปกติ และคณะ.2554. รายงานวิจัยเรื่อง ระบบการปรับใช้กฎหมายอิสลามในประเทศไทย. สถาบันวิจัยและใช้คำปรึกษามหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ เสนอต่อ สถาบันรพีพัฒนศักดิ์ สำนักงานศาลยุติธรรม

- ขอชาลี เบ็ญหมัด.2555. มุฟตีแห่งประเทศไทย : ความจำเป็น ความเป็นไปได้และรูปแบบ.
วิทยานิพนธ์.ปรัชญาดุษฎีบัณฑิต.สาขาอิสลามศึกษา.มหาวิทยาลัยสงขลานครินทร์ .(สำเนา)
- ปิยะพงษ์ ทองดี.2549.ศาลที่มีเขตอำนาจภายใต้พระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2545.
วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง
(สำเนา)
- พิเชษฐ์ คงศิลา. 2548.พระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2545 : ศึกษากรณี มาตรา 15 การ
ระงับข้อพิพาท. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์
มหาวิทยาลัยรามคำแหง(สำเนา)
- มะรอนิง สาแลมิง และคณะ. 2554. การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทว่าด้วยครอบครัว และมรดกของ
คณะกรรมการอิสลามประจำจังหวัดชายแดนภาคใต้. รายงานการวิจัยฉบับสมบูรณ์
มหาวิทยาลัยสงขลานครินทร์ร่วมกับส่วนนโยบาย และยุทธศาสตร์จังหวัดชายแดนภาคใต้
(สำเนา)
- _____ . 2555. การพัฒนาระบบและศักยภาพการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทว่าด้วย
ครอบครัวและมรดกตามบทบัญญัติแห่งศาสนาอิสลามในจังหวัดชายแดนภาคใต้.รายงานการ
วิจัยฉบับสมบูรณ์ มหาวิทยาลัยสงขลานครินทร์ร่วมกับส่วนนโยบาย และยุทธศาสตร์จังหวัด
ชายแดนภาคใต้ (สำเนา)
- นवलนภา อภิบาลศรี.2556. ปัญหาและอุปสรรคทางกฎหมายในการใช้กระบวนการอนุญาตตุลาการ
ในสัญญาสัมปทาน.วิทยานิพนธ์ปริญญาโท หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต.มหาวิทยาลัยศรีประ
ทุม วิทยาเขตชลบุรี (สำเนา)
- วโรตม ศิริมณีธรรม. 2549. การคัดค้านอนุญาตตุลาการ . จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.กรุงเทพฯ.(สำเนา)
- ศิวดล กาหลง.2554.พระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2545: ศึกษาปัญหาการแต่งตั้งและการ
ถอดถอนอนุญาตตุลาการ.วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขานิติศาสตร์. มหาวิทยาลัย
ธุรกิจบัณฑิต.(สำเนา)
- ศรีรุ่ง ทองพรรณ.2556. การศึกษารูปแบบทางอนุญาตตุลาการ: คดีข้อพิพาททางการแพทย์.
วิทยานิพนธ์ปริญญาวิทยาศาสตรมหาบัณฑิต (สาธารณสุขศาสตร์) สาขาวิชาเอกบริหาร
กฎหมายการแพทย์และสาธารณสุข บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยมหิดล (สำเนา)
- อิสมาแอ อาลี และวรรณณา แผนมุนิน. 2548. การได้มา บทบาท และหน้าที่ของผู้ทำหน้าที่ วัลียอาม
ของชาวมุสลิมในประเทศไทย : ศึกษาเปรียบเทียบกรณีจังหวัดปัตตานี และสงขลา. รายงาน
วิจัยวิทยาลัยอิสลามศึกษา มหาวิทยาลัยสงขลานครินทร์ วิทยาเขตปัตตานี(สำเนา)
- บทความวิชาการ/บทความวิจัย

มะรอนิง สาแลมิง และฆอซาลี เบ็ญหมัด.2556.การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทครอบครัวและมรดกตาม
บทบัญญัติแห่งศาสนาอิสลามของคณะกรรมการอิสลามประจำจังหวัดชายแดนภาคใต้.
โครงการประชุมทางวิชาการนำเสนอผลงานระดับชาติ บัณฑิตวิทยาลัยและการวิจัย
มหาวิทยาลัยอิสลามยะลา. น.89

จารุณี มณีรัตน์.2555. บทความเรื่อง การระงับข้อพิพาทโดยวิธีการ อนุญาโตตุลาการในคดีที่มีทุน
ทรัพย์เล็กน้อย : ศึกษากรณีระยะเวลาและค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดี.ฉบับเดือนธันวาคม
2555. คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัย อัสสัมชัญ

พรรณพิมล อู่ตระกูล .2553.อนุญาโตตุลาการของศาลไทยวารสารกรมบัญชีกลาง. ปีที่51 ฉบับที่6
เดือนพฤศจิกายน-ธันวาคม 2553.สำนักความรับผิดชอบทางแพ่ง.กรมบัญชีกลาง

พิชัยศักดิ์ หรยางกูร.2535. การอนุญาโตตุลาการ:ความรู้เบื้องต้นในทางทฤษฎี. ใน รวมบทความ
ข้อบังคับข้อตกลงระหว่างประเทศ กฎหมายและคำพิพากษาศาลฎีกาเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการ
เล่ม 1. (หน้าที่ 3-4). กรุงเทพฯ: เพอร์เฟคกราฟฟิคกรุ๊ป

วรวิทย์ ทวาทศิน.2538. การนำกระบวนการระงับข้อพิพาทของศาลในต่างประเทศมาประยุกต์ใช้เพื่อลด
ปัญหาปริมาณคดีของศาลชั้นต้น. บทบัณฑิตย, ตอน 3 เล่ม 51. กรุงเทพมหานคร

อนันต์ จันทรโอภากร. 2533(มีนาคม-เมษายน). การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ. นิตยสาร
กระทรวงยุติธรรม ดุลพาห, เล่มที่ 2 ปีที่37

บทความวิชาการ/บทความวิจัย ภาษาดังประเทศ

Aseel al-Ramahi.n.d. Sulh : A Crucial Part of Islamic Arbitration.Islamic Law and
Law of the Muslim World. Research Paper Series. New york : New york Law
School.

กฎหมาย

กฎหมายตรา 3 ดวง เล่ม 1.2548 ฉบับพิมพ์มหาวิทยาลัยวิชาธรรมศาสตร์และการเมือง.พิมพ์ครั้งที่ 2.
กรุงเทพมหานคร :ตฤตา พับลิเคชั่น

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งและพาณิชย์

พระราชบัญญัติการบริหารองค์กรศาสนาอิสลาม พ.ศ. 2540

พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545

พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2562

คำพิพากษาศาลฎีกา

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 503/2526 (ออนไลน์). สืบค้นจาก : <http://deka2007.supremecourt.or.th/deka/web/search.jsp> [8/3/2559]

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 719/2549 (ออนไลน์). สืบค้นจาก <http://deka2007.supremecourt.or.th/deka/web/search.jsp> [9/3/2559]

คำพิพากษาศาลฎีกา ที่ 4896/2557 (ออนไลน์). สืบค้นจาก

<http://deka2007.supremecourt.or.th/deka/web/search.jsp> [12/4/2560]

คำพิพากษาศาลฎีกา ที่ 2562/2540 (ออนไลน์). สืบค้นจาก

<http://deka2007.supremecourt.or.th/deka/web/search.jsp> [12/4/2560]

เว็บไซต์

วรพล หนูนุ่น. 2011. วิธีการของมิลล์ (Mill's Method) (ออนไลน์). สืบค้นจาก :

<http://chinekhob.exteen.com/category/Epistemology/page/2> [13/3/2559]

ธนภุช จันทร์พิลา. 2553. สาระสำคัญของพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ. ๒๕๔๕ (ออนไลน์)

สืบค้นจาก : <http://iel039.blogspot.com/2010/04/blog-post.html> [11/3/2559]

สำนักงานอนุญาตตุลาการ (ออนไลน์). สืบค้นจาก : <http://www.tai.coj.go.th> [13/4/2560]

Prince of Songkla University
Pattani Campus

ประวัติผู้วิจัย

ชื่อ-ชื่อสกุล	นายซาฟารี เหาะไบ	
รหัสประจำตัวนักศึกษา	5720420005	
วุฒิการศึกษา	สถาบัน	ปีที่สำเร็จการศึกษา
ศิลปศาสตรบัณฑิต (กฎหมายอิสลาม)	มหาวิทยาลัยสงขลานครินทร์	พ.ศ.2556

ประสบการณ์การทำงาน

ผู้ช่วยวิจัย โครงการวิจัยเรื่อง “วิจัยการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทกฎหมายครอบครัวและมรดกตามบทบัญญัติแห่งศาสนาอิสลามในพื้นที่จังหวัดชายแดนภาคใต้ พ.ศ. ๒๕๕๗-๒๕๖๐” โดยสำนักงานปลัดกระทรวงยุติธรรม

ตำแหน่งและสถานที่ทำงานปัจจุบัน

นิติกร โครงการบังคับคดีผู้ประกัน ประจำสำนักอำนวยการประจำศาลจังหวัดนราธิวาส

การตีพิมพ์เผยแพร่ผลงาน

Safari Hohbai & Isma-ie Katih.2016.การอนุญาโตตุลาการในกฎหมายอิสลาม : ศึกษาหลักการเบื้องต้น. INTERNATIONAL CONFERENCE ON ISLAMIC JURISPRUDENCE 2016 (ICIJ2016) “The Sanctity Of Divine Islamic Law In Facing Current Challenges” 29 October 2016 (Saturday) VENUE Krabi Front Bay Resort Krabi, Thailand (719-737)

ซาฟารี เหาะไบ และผศ.ดร.อิสมาแอ กาเต๊ะ.2561 “ประวัติความเป็นมาการอนุญาโตตุลาการอิสลาม”การประชุมวิชาการระดับชาติ ครั้งที่ 4 “การบูรณาการสหวิทยาการกับอิสลามานุวัตรสู่การสร้างสันติภาพ และสังคมคุณธรรมอย่างยั่งยืน” เมื่อวันที่ 18 ธันวาคม 2561 มหาวิทยาลัยฟาฏอนี (282-297)

ซาฟารี เหาะไบ และผศ.ดร.อิสมาแอ กาเต๊ะ, 2562 “ศึกษาเปรียบเทียบคุณสมบัติของอนุญาโตตุลาการตามกฎหมายอิสลามและกฎหมายไทย”การประชุมวิชาการระดับชาติด้านอิสลามศึกษาและมุสลิมศึกษา ครั้งที่ 4 ประจำปี 2562 เมื่อวันที่ 15 กรกฎาคม 2562 วิทยาลัยอิสลามศึกษา มหาวิทยาลัยสงขลานครินทร์ (307-321)