



บทที่ 3

สถานการณ์ของกฎหมายอิสลาม

ข้อความทั่วไป

กฎหมายอิสลามเป็นระบบกฎหมายคำสอนซึ่งเป็นระบบกฎหมายหนึ่งของโลก โดยใช้บังคับกับประชาชนทั้งหมดที่นับถือศาสนาอิสลาม แม้อันต่อมาโครงสร้างทางสังคม การเมืองได้เปลี่ยนแปลงไป ทำให้แนวความคิดทางด้านนิติศาสตร์เปลี่ยนแปลงไปด้วย ซึ่งก่อให้เกิดการนิบัติปฏิบัติ สิ่งที่เราเรียกว่ากฎหมายนี้ จะต้องเป็นคำสั่งของรัฐาริปัตย์เป็นสำคัญ อย่างไรก็ตามภายใต้กฎหมายต่าง ๆ ของรัฐนั้นยังมีขนบธรรมเนียม จารีตประเพณีของแต่ละชุมชน ซึ่งสมาชิกของชุมชนได้ยึดถือปฏิบัติต่อกันมาอย่างเคร่งครัด สิ่งเหล่านี้แม้จะไม่ใช่กฎหมายของรัฐ (State Law) ก็ตาม แต่สมาชิกในสังคมก็ยอมรับขนบธรรมเนียม จารีตประเพณีเหล่านี้ซึ่งมีสถานการณ์เป็นกฎหมายอย่างหนึ่งเช่นกัน คือ เป็นกฎหมายแห่งการดำเนินชีวิต (Living Law) ซึ่งมีความสำคัญไม่ยิ่งหย่อนไปกว่ากฎหมายของรัฐ เพราะกฎหมายแห่งการดำเนินชีวิตนั้นได้กำหนดความผิดถูกของเขาเอง ซึ่งบางกรณีอาจจะแตกต่างจากตัวบทกฎหมาย¹

กฎหมายอิสลามหรือที่เรียกว่าชาโรอะห์ (Shariah) คือ คำสอนอันถูกต้องเกี่ยวกับหน้าที่ต่าง ๆ ซึ่งประกอบด้วยคำสอน สังคม การเมือง ชีวิตภายในครัวเรือนและชีวิตส่วนตัว

¹Ehrlich ซึ่งเป็นนักนิติศาสตร์เป็นผู้เสนอทฤษฎี Living Law โดยแยกอธิบายกฎหมายออกเป็น 2 ส่วน คือ State Law กับ Living Law State Law คือ กฎหมายที่รัฐรับใช้ เช่น กฎหมายที่ออกโดยรัฐสภาหรือกฎหมายที่วิชานิติศาสตร์พัฒนาขึ้นมาและรัฐรับใช้ คือที่ปรากฏในประมวลกฎหมาย เป็นกฎหมายทางการของรัฐ แต่ในรัฐหรือในสังคมก็มีกฎหมายอีกชุดหนึ่ง เรียกว่า กฎหมายในชีวิตที่มีความสัมพันธ์ระหว่างคนในสังคมเรียกว่า Living Law

ดู ประติ เภมทรัพย์, นิติปรัชญา ภาค 2 บทนำทางประวัติศาสตร์, (กรุงเทพมหานคร : คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์), หน้า 17.

ของผู้นับถือศาสนาอิสลาม เป็นความรู้ เรื่องสิทธิและหน้าที่ของมนุษย์ ชะรีอะฮ์ หมายถึง
 ธรรมวินัย (กฎหมาย) ของศาสนาอิสลาม ผู้กำหนดกฎหมายนี้ คือ อัลลอฮ์ ภายในกฎหมายนี้
 บรรลุไว้ด้วยเจตนารมณ์ของอัลลอฮ์ ชะรีอะฮ์ เป็นธรรมนูญอันถูกต้องสำหรับชีวิตของบุคคล ซึ่ง
 อัลลอฮ์ทรงกำหนดไว้เป็นมาตรฐานในการตัดสินการกระทำของมนุษย์ว่าผิดหรือถูก สำหรับ
 มุสลิมแล้ว ชะรีอะฮ์ถือว่าเป็นธรรมนูญสมบูรณ์แบบของกฎหมายอิสลามในด้านสิทธิและหน้าที่ของ
 มุสลิมแต่ละคน¹

จะเห็นว่า แม้กฎหมายอิสลามจะไม่เป็นกฎหมายของรัฐที่ถือว่าเป็น Positive Law
 ซึ่งจะเกิดขึ้นได้ก็แต่จากกฎเกณฑ์ที่ประกาศใช้โดยผู้ปกครองหรือโดยรัฐ² แต่เพียงอย่างเดียว
 แต่กฎหมายอิสลามมีส่วนที่เป็นกฎหมายธรรมชาติ เพราะกฎหมายอิสลามมีที่มาจากเจตนารมณ์
 ของพระเจ้าเป็นเจ้าและวัตถุประสงค์ของกฎหมายอิสลามก็ช่วยให้มนุษย์เคารพเจตนารมณ์นี้ ฉะนั้น
 เมื่อรัฐได้นำเอากฎหมายแพ่ง เกี่ยวกับครอบครัวและมรดกมาบังคับใช้ในประเทศรัฐจึงต้องนำเอา
 กฎหมายอิสลามมาบังคับใช้กับมุสลิม เพื่อให้สอดคล้องกับหลักกฎหมายอิสลามที่ประกาศใช้บางส่วน
 ยึดถือปฏิบัติติดต่อกันมาเป็นเวลานาน

สถานการณ์ของกฎหมายอิสลามในยุคของคำสดา

ในยุคของคำสดาระบบกฎหมายอิสลาม (Islamic Legal System) ยังไม่มี
 เพราะอำนาจการนิติบัญญัติขึ้นอยู่กับคำสดาเพียงผู้เดียว ที่มาของกฎหมายอิสลามจึงมีเพียง
 คัมภีร์กุรอาน (Qur'an) และจริยวัตร (Sunnah) ของคำสดา ส่วนที่มาของกฎหมายอิสลาม

¹ สมาคมนิติศึกษานักศึกษาไทยมุสลิม, อะไรในอิสลาม, เอกสารเผยแพร่คำสดา อันดับที่
 1 2521, หน้า 135.

² โภคิน พลกุล, กฎหมายมหาชน เอกสารประกอบคำบรรยาย, ภาควิชา กฎหมาย
 มหาชน, (กรุงเทพฯ : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2525,) หน้า 19.

ส่วนอื่น ๆ เช่น อัล-อิญมาอ์ (Ijma) และ อัล-กียาส (Giyas) นั้นเป็นเพียงได้พัฒนาขึ้นภายหลังเท่านั้น¹

ภายหลังการสิ้นชีวิตของคาลิฟาอานาการไช้และประมุขสหพันธรัฐได้เปลี่ยนมาขึ้นอยู่กับกาหลิบ (Caliph) เนื่องจากกฎหมายอิสลามยังมีได้รวบรวมเอาไว้ในระหว่างที่คาลิฟามีชีวิตอยู่ กาหลิบและสหายจึงได้รวบรวมกฎหมายอิสลาม (Islamic Law) และระเบียบข้อกำหนดเพื่อใช้ในรัฐหรือชุมชนมุสลิม (Ummah) แต่เมื่อมีปัญหาทางด้านนิติศาสตร์เกิดขึ้น ก่อนอื่นกาหลิบในขณะนั้น คือ กาหลิบอู บักร (Abu Bakar) จะต้องดูที่บทบัญญัติคัมภีร์กูรอานในเรื่องนั้น ๆ เป็นอันดับแรก แต่เมื่อไม่อาจค้นหาความหมายชัดเจนได้ในคัมภีร์กูรอานเขาจะต้องอ้างถึงจรียัต (Sunnah) และวัจนะ (Hadith) ของท่านคาลิฟา แต่ถ้าจรียัตและวัจนะไม่อาจแก้ไขปัญหาได้เขาจะต้องขอคำปรึกษาจากสหาย (เข่าอะฮาบะฮ์) วิธีการเช่นนี้กาหลิบองค์ต่อ ๆ มาก็ได้ยึดถือปฏิบัติมา² สิ่งเป็นที่แน่ชัดว่าที่มาของกฎหมายอิสลามในขณะนั้นก็คือคัมภีร์กูรอาน, จรียัตและวัจนะของคาลิฟา ส่วนอิญมาอ์และกียาสนั้นเป็นที่มาของกฎหมายภายหลัง แต่ก็ต้องอยู่บนพื้นฐานของคัมภีร์กูรอาน, จรียัตและวัจนะ

ความแตกต่างของแนวความคิดด้านนิติศาสตร์เริ่มปรากฏให้เห็นในระยะนี้ เพราะว่ากาหลิบองค์ต่อ ๆ มามีความเห็นแตกต่างกันในต้นฉบับของคัมภีร์กูรอาน, จรียัตและวัจนะ³

แม้กฎหมายอิสลามจะครอบคลุมเรื่องต่าง ๆ เกือบทุกเรื่องในชีวิตประจำวันแต่สาระสำคัญส่วนใหญ่อยู่ที่เรื่องครอบครัวมรดก เพราะเป็นนิติสัมพันธ์ที่ปกติแล้วเป็นเรื่องภายในของอิสลามคาลิฟนิกที่จะทำกันเอง เพื่อให้มีผลระหว่างกันโดยไม่เกี่ยวข้องกับคนภายนอกคาลิฟนิกข้อนี้จะถือว่าเป็นปรัชญาอย่างหนึ่งของกฎหมายอิสลามก็ได้ นอกเหนือไปจากปรัชญาอื่น ๆ ที่สำคัญ เช่น ปรัชญาที่ว่ากฎหมายอิสลามเป็นองค์การของพระผู้เป็นเจ้าซึ่งไม่มีทางที่จะสบล้าง

¹ Azizan B. Abdul Razak, Conflict Resolution : Personal Laws System, Civil Law System and Muslim School of Law, 1st Asean Shariah Administrators Conference Workshop, August 7-11, 1983, Manila, Philippines, p. 1.

² Ibid.,

³ Ibid., p. 2.

แล้วแต่เติมชั้นใหม่ กล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือจะสร้างอำนาจนิติบัญญัติชั้นใหม่ไม่ได้ เว้นแต่เป็นการสร้างกฎระเบียบมีขัดกับคำสั่งอิสลามเพราะเหตุฉะนั้น กฎหมายจึงไม่เปลี่ยนแปลง (dynamic) ไปตามสังคม ประชาชนจะเห็นได้ชัดขึ้นในเรื่องของครอบครัวมรดก

สถานการณ์ของกฎหมายอิสลามในยุคผู้สืบทอด (Successor)

ภายหลังการสิ้นสุดของสหราชอาณาจักร กฎหมายอิสลามก็ได้เข้าสู่ศักราชใหม่ ซึ่งอำนาจนิติบัญญัติขึ้นอยู่กับผู้สืบทอดการนิติบัญญัติในยุคนี้ได้พัฒนาไปอย่างรวดเร็ว กฎหมายอิสลามได้เผชิญหน้ากับสถานการณ์ใหม่เกี่ยวกับวัฒนธรรมและประเพณีใหม่ของชาวมุสลิม¹ สำนักกฎหมายอิสลาม (School of Law หรือ Madahib) จึงปรากฏขึ้นในยุคนี้ ซึ่งเป็นผลมาจากการที่มีความเห็นแตกต่างกันในที่มาเบื้องต้นของกฎหมายอิสลาม

สำนักกฎหมายอิสลามที่มีชื่อเสียงมีอยู่ 4 สำนัก คือ

1. สำนักฮานาฟี (Hanafi) ซึ่งมีอิมาม ฮานีฟา (Hanifah) เป็นเจ้าสำนักและมีจำนวนผู้ใช้ส่วนใหญ่อยู่ในประเทศอินเดียตอนเหนือ ซีเรีย อียิปต์และตุรกี
2. สำนักกฎหมายมาลิกี (Maliki) ซึ่งมี อิมาม อับดุลลอฮ์ เป็นเจ้าสำนักและมีจำนวนผู้ใช้ส่วนใหญ่อยู่ในทวีปอาฟริกาตอนเหนือ มอริออคโคและสเปน
3. สำนักกฎหมายชาฟีอี (Shafie) ซึ่งมีอิหม่ามมุฮัมหมัด บิน อิดริส บินชาฟีอี เป็นเจ้าสำนัก และมีจำนวนผู้ใช้ในอินเดียตอนใต้ ศรีลังกา มาเลเซีย อินโดนีเซีย ฟิลิปปินส์ และไทย
4. สำนักกฎหมายฮัมบาลี (Hanbali) ซึ่งมีอิหม่ามอาหมัด บิน ฮัมบาลเป็นเจ้าสำนักและมีจำนวนผู้ใช้ส่วนใหญ่อยู่ในกลุ่มประเทศอาหรับทั่วไป²

¹ Azizan B. Abdul Razak, Conflict Resolution : Personal Laws System, Civil Law System and Muslim School of Law, 1st Asean Shariah Administrators Conference Workshop, August 7-11, 1983, Manila, Philippines, p. 1.

² ธรรมศักดิ์ ศิริปะชชะนะ. ความเป็นมาของกฎหมายอิสลามและตะโตะยุติธรรม (นครศรีธรรมราช : โรงพิมพ์ศรีอักษร 2518), หน้า 18-20.

นอกจาก 4 สำนักกฎหมายอิสลามที่มีชื่อเสียงนี้แล้วในกลางศตวรรษที่ 1 (A.H) ถึงต้นศตวรรษที่ 4 (A.H) มีสำนักกฎหมายอิสลามไม่น้อยกว่า 19 สำนัก และมีอิทธิพลพอ ๆ กับ 4 สำนักดังกล่าว แต่ต่อมาสำนักกฎหมายอิสลามเหล่านั้นได้ค่อย ๆ หายไปที่ละน้อย จนกระทั่งเหลือเพียง 4 สำนัก ซึ่งมีผู้นับถือเกือบทั่วทั้งหมดของโลกอิสลาม¹

ปัจจัยที่ช่วยให้สำนักกฎหมายมีความมั่นคง โดยเฉพาะ 4 สำนักกฎหมาย คือ

1. บทบาทของผู้ที่นับถือของแต่ละสำนักซึ่งได้เผยแพร่คำสอนของสำนักในพื้นที่ของพวกเขาเอง
2. การรวบรวมคำสอนของเจ้าสำนักกฎหมายซึ่งเป็นประโยชน์อย่างมหาศาลต่อสาธารณชนในอันที่จะเข้าใจในคำสอนของสำนัก
3. บทบาทของผู้ปกครองในการส่งเสริมคำสอนของสำนักกฎหมายที่ตนยึดถือ เช่น การแต่งตั้ง Qadi จะจำกัดเฉพาะผู้ที่สังกัดอยู่ในสำนักกฎหมายเท่านั้น เพราะสาธารณชนจะต้องปฏิบัติตามคำสั่งของ Qadi โดยอัตโนมัติ ซึ่งจะเป็นประโยชน์ในทางด้านนิติศาสตร์ เช่น กาลิฟ Abbasid ได้ยอมรับสำนักกฎหมายฮานาฟีเป็นสำนักกฎหมายทางการ²

กระนั้นก็ตามความรู้สึกเกี่ยวกับสำนักกฎหมายก็ยังไม่ปรากฏให้เห็นอย่างชัดเจน จนกระทั่งถึงกลางศตวรรษที่ 4 (A.H) ซึ่งในขณะนั้นได้มีทฤษฎีทางนิติศาสตร์ที่จะพัฒนาระเบียบหรือวิธีการของหลักการ เพื่อที่จะหยั่งรู้ถึงความหมายของกฎหมายพระผู้เป็นเจ้า วิธีการที่จะพยายามหยั่งรู้ถึงความหมายของกฎหมายพระผู้เป็นเจ้านั้น ก็คือ Ijtihad ซึ่งเป็นการหาหนทางที่จะแก้ไขปัญหาทางนิติศาสตร์ในกรณีที่ไม่อาจหาคำตอบได้จากคัมภีร์กุรอานและสุนนะ (Sunna) ซึ่งจะกระทำได้โดยการเทียบเคียงจากหลักทั่วไปเข้าสู่เรื่องเฉพาะ (Analogical deduction)³ ถ้าหากว่าความเห็นของนักนิติศาสตร์พ้องต้องกัน ความเห็นนั้นก็จะเป็น Ijma

¹ Azizan B. Abdul Razak, Conflict Resolution : Personal Laws System Civil Law and Muslim School of Law, p. 6.

² Ibid., pp. 6-7.

³ J. Duncan M. Derrett Ed, An Introduction to Legal System, London: Sweet & Maxwell, 1968, p. 63.

ต่อมาแนวความคิดที่พยายามแสวงหาเหตุผลเพื่อที่จะหยั่งรู้ความหมายของกฎหมายของพระผู้เป็นเจ้าได้ถึงกาลอวสาน สิ่งได้เกิดแนวความคิดของการเอาเยี่ยงอย่าง (Imitation) หรือที่เรียกว่า Tag.lid) ซึ่งในยุคนี้ นักนิติศาสตร์ไม่มีสิทธิที่จะพยายามแสวงหาเหตุผล ซึ่งจะทำให้ได้ก็เพียงเป็นผู้เอาเยี่ยงอย่าง (Imitators) โดยการจำกัดขอบเขตของตัวเองให้อยู่กับแนวความคิดที่ได้กำหนดขึ้นจากนักนิติศาสตร์คนก่อน ๆ เท่านั้น¹ ผลที่ติดตามมาก็คือ ได้มีการพิมพ์หนังสือเกี่ยวกับกฎหมายอิสลามของแต่ละสำนักเหล่านี้ขึ้นเป็นจำนวนมาก และต่อมาผู้นำคำสอนได้มีการแสดงความคิดเห็นเป็นเชิงอธิบายหนังสือซึ่งแต่งโดยผู้เขียนคนก่อน ๆ ที่เป็นต้นฉบับ ในกรณีที่มีความเห็นแตกต่างกันระหว่างแต่ละสำนัก โดยปกติแล้วส่วนใหญ่จะไม่มี การยอมรับความคิดเห็นของสำนักอื่น แต่จะเห็นพ้องกับความเห็นของสำนักที่ตนยึดถือ²

นับว่าแนวความคิดเกี่ยวกับการยึดถือแนวความคิดของนักนิติศาสตร์คนก่อน ๆ เพื่อการตัดสินใจได้ดำเนินต่อไปจนถึงต้นศตวรรษที่ 10 (A.H) ซึ่งแนวความคิดนี้ที่ยึดมั่นอยู่กับสำนักกฎหมายได้เป็นที่ยอมรับว่าเป็นของแท้จริงในกฎหมายอิสลาม

โลกมุสลิมทั้งหมดได้ใช้สำนักกฎหมายของตนเป็นสำนักของทางการ Qadi และผู้นำทางคำสอน (Ulema) จะได้รับแต่งตั้งก็เฉพาะแต่ผู้ที่สังกัดอยู่ในสำนักกฎหมายของทางการเท่านั้น จากทำที่อันคับแคบของรัฐบาลมุสลิมเป็นการนำขบวนการกฎหมายอิสลามเข้าสู่จุดจบหรืออีกนัยหนึ่งขบวนการมุสลิมกำลังเผชิญหน้ากับความแตกต่างมากมายในการพิจารณาแก้ไขทางด้านนิติศาสตร์³

¹ J.Duncan M. Derrett Ed. An Introduction to Legal System, London, Sweet & Maxwell, 1968, p. 66.

² Azizan B. Abdul Razak, Conflict Resolution ; Personal Laws System Civil Law System and Muslim School of Law, p. 9.

³ Ibid., p. 10.

การร่างประมวลกฎหมายอิสลาม

จากแนวความคิดทางด้านนิติศาสตร์ที่ยึดถืออยู่ เฉพาะแต่ความเห็นของสำนักกฎหมาย ไตกฏหมายหนึ่งแล้วปฏิเสธความเห็นของสำนักกฎหมายอื่นนั้น นับว่าเป็นการทำให้คุณค่าของ กฎหมายอิสลามสูญหายไป สิ่งก่อให้เกิดแนวความคิดที่จะประมวลกฎหมายอิสลามขึ้น โดยรวบรวม ความเห็นจากหลาย ๆ สำนัก

ก. การร่างประมวลกฎหมายแห่งอิสลามของตุรกี การประมวลกฎหมายอิสลาม นั้นนับว่าได้ทำให้คุณค่าของกฎหมายอิสลามที่สูญหายไปกลับคืนมา รัฐบาลตุรกีที่อยู่ภายใต้จักรวรรดิ ออตโตมาน (Ottoman Empire) ได้ร่างประมวลกฎหมายอิสลาม ซึ่งเป็นการร่างขึ้นตาม แนวความคิด การประมวลกฎหมายของตะวันตก (Western Legal Code) ซึ่งเรียกว่า Majallah al-Ahkam Al-Adliya ในปี 1286 (A.H.) ประมวลกฎหมายฉบับนี้ได้รับรวบรวม กฎหมายอิสลามในเนื้อหาตามกฎหมายแพ่ง โดยมีพื้นฐานจากคำสอนหลาย ๆ สำนัก ทั้งที่มี ชื่อเสียงและไม่ชื่อเสียง¹

ข. การร่างประมวลกฎหมายแห่งอิสลามของอียิปต์ รัฐบาลอียิปต์ได้รับเอาแนว ความคิดการร่างประมวลกฎหมายอิสลามมาใช้ ซึ่งก่อนปี 1920 ความเห็นของสำนักกฎหมาย ฮานาฟี เป็นสำนักของทางการซึ่งได้ใช้ในศาลคำสอนของอียิปต์ การจำกัดอยู่กับสำนักใดสำนัก หนึ่งนั้นได้สร้างความยุ่งยากแก่สาธารณชนและผู้รอบรู้ทั่ว ๆ ไป ดังนั้น รัฐบาลอียิปต์จึงได้ แต่งตั้งคณะกรรมการกฎหมายอิสลามพิเศษขึ้นมา (Special Law Commission) ซึ่งประกอบด้วย ผู้นำทางคำสอนและนักกฎหมาย เพื่อตรวจสอบกฎหมายที่ใช้อยู่ในขณะนั้น และถ้าเป็นไปได้ ความเห็นของสำนักกฎหมายอื่นก็อาจนำมาใช้ในศาลคำสอนได้ ผลที่ติดตามมาก็คือ ได้ประกาศ ใช้กฎหมายฉบับที่ 25/1920 กฎหมายฉบับนี้ได้เปิดโอกาสให้สำนักกฎหมายอื่น ๆ เช่น ชาฟีอี มาลิกี ฮัมบาลี ซึ่งความเห็นของสำนักเหล่านี้ก็อาจนำมาอ้างอิงได้ โดยเฉพาะเนื้อหาที่เกี่ยวกับ ค่าเลี้ยงดู ฮิดาฮ (Idda) การล่าปลูญและการหย่าอันเนื่องมาจากสภาพร่างกายที่ไม่อาจ

¹ Azizan B. Abdul Razak, Conflict Resolution ; Personal Laws System Civil Law System and Muslim School of Law, p. 10.

ร่วมประเวณีได้ ในปี 1929 รัฐบาลฮีบตีได้ออกกฎหมายฉบับที่ 25/1929 ซึ่งกำหนดให้การใช้กฎหมายอิสลามนั้นไม่จำกัดอยู่เฉพาะแต่ 4 สำนักเท่านั้น แต่ให้ใช้สำนักอื่น ๆ ได้ไม่ว่าสำนักนั้นเป็นที่ทราบกันหรือไม่เป็นที่ทราบกันโดยทั่วไปก็ตาม โดยเฉพาะในเนื้อหาเกี่ยวกับการหย่า การเรียกร้องเนื่องจากการหย่าโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร (Separation Claim for Decent) ค่าเลี้ยงดู ฮิดาฮ (Idda) การล่าปลูญ¹

เป็นที่น่าสังเกตว่า กฎหมายฉบับที่ 56/1923 เกี่ยวกับการจำกัดอายุของผู้ที่จะทำการสมรส ซึ่งได้กำหนดให้ผู้ที่จะทำการสมรสได้ คือ ชายต้องมีอายุไม่ต่ำกว่า 18 ปี และหญิงต้องมีอายุไม่ต่ำกว่า 16 ปี ซึ่งเป็นไปตามความเห็นของ Ibni Shabrumah ซึ่งข้อกำหนดเช่นนี้จะไม่พบใน 4 สำนักกฎหมายดังกล่าว และต่อมาได้มีกฎหมายฉบับที่ 77/1943 ว่าด้วยการรับมรดก กฎหมายฉบับที่ 48/1946 ว่าด้วยการบริจาคเพื่อชุมชน (wakaf) และฉบับที่ 71/1946 ว่าด้วยการทำทักฮิบกรรม ซึ่งบทบัญญัติตามกฎหมายอิสลามเหล่านี้ไม่ได้มีรากฐานมาจากคำสอนเฉพาะสำนักอานาฟีเท่านั้น แต่ก็มีรากฐานจากคำสอนของสำนักอื่นด้วยเช่นกัน²

สถานการณ์ของกฎหมายอิสลามในเอเชียใต้และเอเชียตะวันออกเฉียงใต้

ในสมัยโบราณภูมิภาคแถบนี้มีรูปแบบของสังคม การเมืองเป็นลักษณะแว่นแคว้น โดยมีเจ้าผู้ครองนครแต่ละแว่นแคว้นทำการปกครองกันเอง การปกครองส่วนใหญ่จึงเป็นการรักษาความสงบและชีขาดตัดลีนคดี โครงสร้างของสังคมยังไม่มี ความซับซ้อน ดังนั้น ขบวนการทางนิติบัญญัติจึงไม่มีความจำเป็น การตัดลีนคดีความก็ใช้แต่เพียงขนบธรรมเนียมประเพณีก็เป็นการเพียงพอ³ ในกรณีแว่นแคว้นที่เป็นมุสลิมก็เช่นเดียวกันการตัดลีนคดีความต่าง ๆ ก็ต้องเป็น

¹ Azizan B. Abdul Razak, Conflict Resolution ; Personal Laws System Civil Law System and Muslim School of Law, p. 11.

² Ibid., p. 11

³ ปรีดี เกษมทรัพย์, นิติปรัชญา ภาค 2 บทบาททางประวัติศาสตร์, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ (มิตรนราการพิมพ์ 2526), หน้า 22-23.

ไปตามขนบธรรมเนียมประเพณีและบทบัญญัติทางศาสนาอิสลาม ซึ่งกล่าวได้ว่าในยุคนั้นกฎหมายอิสลามมีสถานะภาพเป็นกฎหมายประจำแคว้นมุสลิม

ในระหว่างศตวรรษที่ 16-20 ชาวยุโรปได้เข้ามาทำการค้าขายในภูมิภาคนี้ แต่เนื่องจากความเจริญทางด้านอุตสาหกรรมของประเทศในยุโรป ในที่สุดก็เข้าครอบครองดินแดนส่วนใหญ่ในภูมิภาคนี้ ผลจากการตกเป็นอาณานิคมของชาติตะวันตก ทำให้ดินแดนเหล่านี้เป็นปึกแผ่น ชาวพื้นเมืองต้องอยู่ภายใต้กฎหมายเดียวกันและผู้ปกครองเดียวกัน¹ จึงก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงทางโครงสร้างของสังคม² ซึ่งรวมทั้งขบวนการนิติบัญญัติด้วย เดิมสถานภาพกฎหมายอิสลามนั้นเป็นกฎหมายประจำแคว้น จึงได้รับผลกระทบกระเทือนจากการตกเป็นอาณานิคมของชาติตะวันตก เพราะเจ้าอาณานิคมได้นำเอารูปแบบปรัชญาทางกฎหมายมาใช้ในอาณานิคมของตน ซึ่งในระบอบนั้นทั้งยุโรป อังกฤษและอเมริกามีแนวความคิดทางนิติปรัชญาตามสำนักกฎหมายที่ฝ่ายบ้านเมือง (Legal Positive)³ โดยถือว่ากฎหมายเป็นคำสั่งของรัฐารัตย์ และกฎหมายเป็นกฎเกณฑ์ที่แตกต่างจากศีลธรรม⁴ ผลก็คือเจ้าอาณานิคมได้พยายามที่จะนำเอาหลักกฎหมายของตัวเองมาใช้แทนกฎหมายอิสลามในบางกรณี และได้จำกัดขอบเขตของการใช้กฎหมายอิสลาม โดยให้ใช้กฎหมายอิสลามเฉพาะในบางเรื่องและในบางพื้นที่เท่านั้น นอกจากนั้นแล้วเจ้าอาณานิคมได้พยายามจะประมวลกฎหมายอิสลามขึ้นเพื่อสะดวกต่อการใช้ โดยเฉพาะในเรื่องครอบครัวและมรดกตามแนวความคิดทางตะวันตก แม้ต่อมาประเทศต่าง ๆ ในเอเชียใต้ เอเชียตะวันออกเฉียงใต้จะได้รับเอกราช แต่แนว

¹ ทัศน อานามวัฒน์, ประวัติศาสตร์และการวิเคราะห์เอเชียปัจจุบัน (กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์อักษรพิทยา, 2526), หน้า 198.

² กมล ทองธรรมชาติ (กับคณะ), เอเชียความรู้ทั่วไป, สถาบันเอเชีย, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, หน้า 85.

³ ปรีดี เกษมทรัพย์, นิติปรัชญา ภาค 2 บทนำทางประวัติศาสตร์, อ่างแล้ว, หน้า 21.

⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 312-313.



ความคิดเกี่ยวกับการใช้กฎหมายอิสลามยังคงอยู่และได้รับการพัฒนาสืบมาภายใต้หลักการความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันของชนในชาติ ซึ่งขอเลือกบางประเทศที่มีการใช้กฎหมายอิสลามเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายของประเทศและควรนำมาเป็นแบบอย่างในการค้นหาวิธีการที่เหมาะสมสำหรับประเทศไทย ดังนี้

ก. สถานการณ์ของกฎหมายอิสลามในศรีลังกา

1. ลักษณะทั่วไปทางสังคมศรีลังกา ประเทศศรีลังกา มีประชากรประมาณ 14 ล้านคน มีชื่อเสียงอย่างเป็นทางการว่า สาธารณรัฐสังคมนิยมประชาธิปไตยศรีลังกา (Democratic Socialist Republic of Sri Lanka) เดิมชื่อ ซีลอน (Ceylon) โปรตุเกสเป็นชาติแรกที่เข้าปกครองศรีลังกา หลังจากนั้นก็เป็นฮอลันดาและชาติสุดท้าย คือ อังกฤษ ศรีลังกาได้รับเอกราช เมื่อ พ.ศ. 2491

ประชากรศรีลังกาแบ่งออกเป็น 4 กลุ่มเชื้อชาติ คือ

1. กลุ่มสิงหล มีประมาณ 2 ใน 3 ของประชากรทั้งหมด นับถือศาสนาพุทธ
2. กลุ่มทมิฬ มีฐานะเป็นชนกลุ่มน้อยของศรีลังกา
3. กลุ่มมัวร์ (Moor) ได้แก่พวกที่สืบเชื้อสายมาจากพ่อค้าชาวอาหรับ นับถือศาสนาอิสลาม
4. กลุ่มเบอร์เกอร์ (Burgher) ได้แก่กรณีที่มีเชื้อสายมาจากชาวดัตช์หรือชาวยุโรปตั้งแต่ศรีลังกาเป็นอาณานิคมของชาติตะวันตก

ระบบกฎหมายของศรีลังกาใช้ระบบกฎหมายโรมัน-ดัตช์ และกฎหมายอังกฤษ (Roman-Dutch Law and English Law) ส่วนกฎหมายอิสลามก็ใช้กับชาวมุสลิม กฎหมาย Tesawalami ก็ใช้กับชาวทมิฬ และกฎหมาย Kandyan¹ ก็ใช้กับชาวสิงหลโดยเฉพาะในเรื่องที่เกี่ยวกับครอบครัว-มรดก

¹ อุทัย ธีระญูโต, การปกครองท้องถิ่น (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์โอเดียน สโตร์, 2523), หน้า 133-134.

2. สถานการณ์ของกฎหมายอิสลามก่อนการเข้ามาของลัทธิล่าอาณานิคม ก่อนการเข้ามาของโปรตุเกส พื้นที่ชายฝั่งของศรีลังกาที่เรียกว่า Sailah หรือ Serendib ได้มีพ่อค้าชาวอาหรับมาตั้งรกรากทำการค้าขาย และได้นำเอากฎหมายอิสลามและประเพณีต่าง ๆ มาใช้ในชุมชนของตนเอง โดยมีศาลพิเศษสำหรับพิจารณาคดี (Tribunal) ซึ่งนับว่าเป็นการเข้ามาครั้งแรกของกฎหมายอิสลามในศรีลังกา ในสมัยนั้นผู้ปกครองท้องถิ่นก็ได้ยอมรับถึงสภาพบังคับกฎหมายประเพณีมุสลิม แต่การใช้กฎหมายอิสลามก็ยังคงใช้จำกัดอยู่แต่เฉพาะในชุมชนมุสลิมเท่านั้น¹

3. สถานการณ์ของกฎหมายอิสลามในระหว่างที่เป็นอาณานิคม ก่อนการเข้ามาของลัทธิล่าอาณานิคม สถานภาพของกฎหมายอิสลามก็เป็นเพียงจารีตประเพณีที่บังคับใช้ภายในชุมชนมุสลิม จนกระทั่งการเข้ามาของลัทธิล่าอาณานิคมของชาติตะวันตก สถานภาพของกฎหมายอิสลามเริ่มมีการเปลี่ยนแปลง กล่าวคือ การเข้ามาของลัทธิล่าอาณานิคมก็เพื่อเผยแพร่คริสต์ศาสนาและเพื่อแสวงหาทรัพยากรจากชาติอาณานิคม ดังนั้น การปฏิบัติต่อชาวพื้นเมืองจึงเป็นไปในลักษณะทำลายล้าง โดยเฉพาะต่อมุสลิมที่ไม่อาจจะตอบสนองต่อนโยบายการเผยแพร่ศาสนาของเจ้าอาณานิคม แต่อย่างไรก็ตามเจ้าอาณานิคมก็ไม่อาจจะทนต่อสภาพการต่อต้านจากมุสลิม ประกอบกับเพื่อจะได้มีโอกาสแสวงหาผลประโยชน์ทางด้านการเมือง ทางด้านทรัพยากร เจ้าอาณานิคมจึงได้ยอมรับเอาหลักกฎหมายอิสลามมาใช้ในชุมชนมุสลิมได้

ในศรีลังกาการเข้ามาของโปรตุเกสในปี ค.ศ. 1505 ได้เข้ามาทำลายล้างมุสลิมอย่างกว้าง รวมทั้งทำลายขนบธรรมเนียมประเพณีต่าง ๆ ของมุสลิม ทำให้มุสลิมต้องอพยพไปตั้งมั่นในป่าเขา การบริหารกฎหมายอิสลามจึงได้รับผลกระทบกระเทือนเป็นอย่างมาก²

¹ Ahmed Hilmy Mohideen, Physical Organization of Shariah Courts in Sri Lanka, 1st Asean Shariah Administrators Conference Workshop August 7-11, 1983 Manila, Philippines, p. 2.

² Ibid., p. 2.

ต่อมาดัตช์ได้เข้ามาปกครองศรีลังกาในปี ค.ศ. 1650 มุสลิมได้ยืนยันถึงสิทธิที่จะอยู่ภายใต้กฎหมายประเพณี (Customary Law) และขนบธรรมเนียม (Usages) ของตน ดัตช์ได้เรียนรู้ถึงความจำเป็นที่จะต้องให้มีการใช้กฎหมายอิสลามจากอาณาเขตของตนเองใน ตะวันออกไกลและชวา (Ja wa) จึงได้ยอมรับสิทธิที่อยู่ภายใต้หลักกฎหมายอิสลามของมุสลิม โดยประกาศอนุญาตให้มุสลิมอยู่ภายใต้หลักกฎหมายอิสลามและจารีตประเพณีได้

เมื่อดัตช์ ได้ยอมให้นำเอาหลักกฎหมายอิสลามมาบังคับใช้ในชุมชนมุสลิมแล้ว ในเวลาต่อมาก็ได้ประมวลกฎหมายอิสลามขึ้น เพื่อใช้กับมุสลิมชาวพื้นเมือง แต่ในขณะนั้นยังไม่มีศาลศาลนา เพื่อทำการพิจารณาคดี ประมวลกฎหมายมุสลิมนี้ ได้พิมพ์ขึ้นในฐานะ เป็นส่วนหนึ่งของพระราชบัญญัติ แห่งปัตตาเวีย (Statute of Batavia) และมีเนื้อหาในเรื่องที่เกี่ยวกับการสืบมรดก การรับมรดก การแต่งงาน การหย่า การประมวลกฎหมายอิสลามนี้ เป็นแต่เพียงรวบรวมเอาหลักนิติศาสตร์อิสลาม (Islamic Jurisprudence) จากหนังสือหลาย ๆ เล่มรวมเอาไว้ด้วยกัน¹

4. สถานการณ์ของกฎหมายอิสลามในระหว่างที่เป็นอาณานิคมของอังกฤษ การเข้ามาของอังกฤษในปี ค.ศ. 1796 ชาวมุสลิมพื้นเมืองได้ยืนยันถึงความต้องการที่จะอยู่ภายใต้หลักกฎหมายประเพณีและขนบธรรมเนียม และได้รับการยอมรับจากรัฐบาลอังกฤษโดยทันที อังกฤษได้รับทราบถึงผลบังคับของพระราชบัญญัติปัตตาเวีย โดยประกาศ เมื่อวันที่ 23 กันยายน 1799 ว่า ความยุติธรรมจะต้องดำเนินการให้เป็นไปตามกฎหมายและขนบธรรมเนียมประเพณี ซึ่งมีอยู่ก่อนการปกครองของดัตช์ ดังนั้น ประมวลกฎหมายอิสลามที่นำมาใช้กับมุสลิมพื้นเมือง ภายใต้การปกครองของดัตช์จึงเป็นที่ยอมรับสำหรับขบวนการยุติธรรมเพื่อมุสลิม²

ต่อมาอังกฤษได้กฏบัตรแห่งความยุติธรรม โดยประกาศว่า ในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการสืบมรดก การรับมรดกที่ดิน การเช่าและการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ที่คู่กรณีทั้งสองฝ่ายตกลงที่

¹ Ahmed Hilmy Mohideen, Physical Organization of Shariah Courts in Sri Lanka, 1st Asean Shariah Administrators Conference Workshop August 7-11, 1983 Manila, Philippines, p. 3.

² Ibid., p. 3.

จะใช้กฎหมายอิสลามและขนบธรรมเนียมของมุสลิม ให้ใช้กฎหมายอิสลามบังคับใช้ได้ ซึ่งนับว่าเป็นการยอมรับให้เอากฎหมายอิสลามมาบังคับใช้อย่างเด่นชัด¹

เมื่อสิทธิของมุสลิมที่จะอยู่ภายใต้หลักกฎหมายอิสลามได้ยอมรับจากอังกฤษตามประกาศดังกล่าวแล้ว ดังนั้น กฎหมายที่จะนำมาใช้นั้นจะต้องเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันและมีความชัดเจน ด้วยเหตุนี้ Sir Alexander John Stone ได้เสนอประมวลกฎหมายอิสลามที่เรียกว่า Code of Muhammadan Law ต่อสภาผู้ว่าราชการ (Governer-in Council) เมื่อวันที่ 5 สิงหาคม ค.ศ. 1806 นับว่าเป็นประมวลกฎหมายที่ได้ประมวลขึ้นอย่างเป็นระบบ (System of Law) ประมวลกฎหมายฉบับนี้ในขั้นแรกให้ใช้บังคับเฉพาะในโคลัมโบ (Columbo) และต่อมาได้ขยายการใช้ออกไปทั่วประเทศ ในปี ค.ศ. 1852²

ประมวลกฎหมาย Muhammadan ได้กลายมาเป็นพื้นฐานของกฎหมายอิสลามที่ใช้ในศรีลังกา อย่างไรก็ตามประมวลกฎหมายนี้ยังขาดรายละเอียด และเนื้อหาบางประการก็ยังไม่ได้กล่าวไว้อย่างชัดเจนว่า กฎหมายอิสลามส่วนใดที่จะนำมาใช้ในศาลแพ่ง ซึ่งขณะนั้นยังไม่มีศาลคำสอน ดังนั้น ศาลแพ่งจึงได้สร้างหลักกฎหมายขึ้นมาเอง เมื่อได้นำเอาหลักกฎหมายอิสลามมาใช้ เช่น คำศัพท์พจนานุกรมเรื่องหนึ่งซึ่งได้วางหลักเอาไว้ว่า คำว่า Moors และ Muhammadan นั้นมีความหมายเหมือนกัน คือ ประชาชนชาวมุสลิมมีเชื้อสายมาจากอาหรับและได้แต่งงานกับชาวพื้นเมือง ได้อาศัยอยู่ในประเทศศรีลังกาเป็นเวลานาน นอกจากนี้ศาลยังได้กำหนดว่า กฎหมายอิสลามนั้นใช้บังคับได้กับทุกคนที่นับถือศาสนาอิสลามไม่ว่าจะมีเชื้อสายมาจากมาเลย์ ชาวหรือผู้อพยพมาจากอินเดีย อาฟกานิสถาน ซึ่งนับว่าเป็นการขยายขอบเขตของการใช้กฎหมายอิสลาม ซึ่งแต่ก่อนจำกัดอยู่แต่เฉพาะพวก Moor เท่านั้น³

นอกจากนั้นศาลยังได้กำหนดว่ากฎหมายอิสลามไม้อาจจะนำมาใช้ได้ทั้งหมด แต่ใช้ได้เพียงเฉพาะบางส่วนเท่านั้น และมีบางกรณีก็ไม่ได้กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายนี้ เมื่อมีปัญหา

¹ Ahmed Hilmy Mohideen, Physical Organization of Shariah Courts in Sri Lanka, 1st Asean Shariah Administrators Conference Workshop August 7-11, 1983, Philippines, p. 3.

² Ibid.

³ Ibid. p. 4.

ศาลแพ่งไม่ได้ขอคำปรึกษาจากผู้เชี่ยวชาญกฎหมายอิสลามและ Ulema แต่ศาลกับไปค้นหาที่มาของกฎหมายอิสลามคือ คัมภีร์กุรอาน ฮาดิสและสุนนะฮ, อิจญ์มา กียาส ซึ่งแหล่งที่มาทั้งหมดนี้มีเนื้อหากว้างขวาง และยังมีความเห็นที่แตกต่างระหว่าง 4 สำนักกฎหมาย คือ สำนักมาลิกี ฮัมบาลี ฮานาฟีและซาฟีอี โดยปกติแล้วศาลแพ่งมักจะอ้างอิงถึงหลักกฎหมายตามความเห็นของสำนักกฎหมายซาฟีอี เพราะโดยทั่ว ๆ ไปมุสลิมในศรีลังกาจะนับถือนิกายซุนหนี่ ดังนั้นความเห็นของสำนักกฎหมายอื่น ๆ จึงไม่ได้รับการกล่าวถึง¹

สำหรับศาลที่ทำการพิจารณาคดีตามกฎหมายอิสลามในยุคนั้นได้กระทำในรูปแบบของที่ประชุมมัสยิด ทำการพิจารณาคดีเหมือนกับศาลคำสนา (Shariah Court) โดยไม่มีวิธีพิจารณาอะไรมากนัก การตัดสินก็ถือเอาตามความเห็นส่วนใหญ่ของที่ประชุม ศาลแพ่งจึงได้ระมัดระวังที่จะไม่เข้าไปก้าวก่ายในเรื่องที่เกี่ยวกับคำสนาอิสลาม เว้นแต่เป็นเรื่องที่เกี่ยวกับสิทธิทางแพ่งที่มีผลต่อทรัพย์สิน สำหรับที่ประชุมนั้นจะประกอบไปด้วยผู้นำชุมชนและผู้สูงอายุเป็นผู้ตัดสินข้อพิพาทและการลงโทษในบางกรณี เช่น การกระทำความผิดในทางประเวณีและลักทรัพย์ นอกจากนี้ยังต้องพิจารณาในเรื่องอื่น ๆ อีก เช่น การล้มรล การหย่า การเป็นผู้ปกครองเหล่านี้ เป็นต้น ต่อมาอำนาจผลการบังคับของที่ประชุมได้ถูกตัดทอนลงเป็นอันมาก เนื่องจากมีประชากรโยกย้ายถิ่นฐานจึงหลุดพ้นจากพันธะทางสังคม (Loosening of Community bond) และประการที่สำคัญก็คือ การขยายอำนาจของศาลแพ่งที่ครอบคลุมไปถึงการกระทำทุกรูปแบบของวิถีชีวิตสังคม²

กฎหมายอิสลามได้นำมาใช้ในศาลแพ่ง โดยศาลแพ่งได้กำหนดขอบเขตการใช้กฎหมายอิสลามเอาไว้ว่า กฎหมายอิสลามจะต้องนำไปบังคับใช้กับมุสลิม โดยทั่ว ๆ ไปแล้วพลเมืองชาวมุสลิมก็เหมือนกับพลเมืองอื่น ๆ ทั้งหมดซึ่งจะต้องอยู่ภายใต้หลักกฎหมายแพ่ง กฎหมายอาญา

¹ Ahmed Hilmy Mohideen, Physical Organization of Shariah Courts in Sri Lanka, 1st Asean Shariah Administrators Conference Workshop August 7-11, 1983, Philippines, p. 5.

² Ibid. p. 6.



แต่ภายในโครงสร้างของกฎหมายทั่ว ๆ ไปศาลได้ยกเลิกแบบอย่างที่เคยเป็นบรรทัดฐานมาก่อน เพื่อจะนำกฎหมายอิสลามมาบังคับใช้แก่มุสลิมเป็นการเฉพาะ¹ ดังนั้น กฎหมายอิสลามใน บางเรื่องจึงได้กลายมาเป็นกฎหมายของประเทศ เป็นต้นว่า กฎหมายอิสลามว่าด้วยการให้ (Shariah Law governing Gifts) กฎหมายอิสลามว่าด้วยมรดกและกองทุนบริจาค กฎหมายสถานภาพบุคคลมุสลิมว่าด้วยการสมรส การหย่า ผู้เยาว์และอื่น ๆ

กฎหมายสถานภาพบุคคลมุสลิม (Muslim Law of Person)

กฎหมายสถานภาพบุคคลมุสลิมว่าด้วยการสมรส การหย่า ผลของการสมรส ผู้เยาว์ และความปกครองได้กลายมาเป็นอันหนึ่งอันเดียวกับกฎหมายของประเทศ ซึ่งได้นำมาบังคับใช้ เฉพาะกับมุสลิม แต่อย่างไรก็ตาม กฎหมายเหล่านี้ไม่ได้ใช้ในศาล ทั้งศาลแพ่งและศาลศาลาอิสลามต่อไปอีก จนกระทั่งปี ค.ศ. 1931 เมื่อรัฐบาลได้ออกกฤษฎีกาว่าด้วยการจดทะเบียน สมรส ทะเบียนหย่า (Muslim Marriage and Diverce Registration) และต่อมาได้ ก่อตั้งสำนักงาน Quazis หรือ Kathi ขึ้นทำหน้าที่เหมือนศาลศาลาอิสลาม เพื่อดำเนินการเกี่ยวกับการ สมรส การหย่า และอื่น ๆ สาเหตุที่รัฐจำเป็นต้องออกกฤษฎีกาลบดังกล่าว ก็เนื่องจาก มีความต้องการใช้กฎหมายอิสลามมีความชัดเจนแน่นอน และอีกประการหนึ่งก็เป็นการกำหนด ขอบเขตอำนาจพิจารณาคดีของศาลศาลาอิสลามให้มีความแน่นอนโดยการบัญญัติ เป็นกฎหมาย²

กฎหมายอิสลามที่เกี่ยวข้องกับสถานภาพบุคคลมุสลิมในศรีลังกา มี ดังนี้

ก. ประมวลกฎหมาย Mohamadan

ประมวลกฎหมาย Mohamadan ว่าด้วยการสมรส การหย่าของมุสลิมได้ยอมรับว่า การสมรสนั้นเหมือนกับสัญญาของคู่กรณีซึ่งมีความสมบูรณ์ที่จะต้องบังคับให้เป็นไปตามกฎหมาย

¹Ahmed Hilmy Mohideen, Physical Organization of Shariah Courts in Sri Lanka, 1st Asean Shariah Administrators Conference Workshop August 7-11, 1983, Philippines, p. 6.

²Ibid. p. 14.

อิสลาม เป็นต้นว่า ความยินยอมของผู้ปกครองฝ่ายหญิง การประกอบพิธีสมรสซึ่งต้องกระทำต่อหน้าพยาน การกำหนดค่าสินสอดเหล่านี้ เป็นต้น นอกจากนี้กฎหมายก็ไม่สนับสนุนการสมรสที่ที่เป็นข้อห้ามตามกฎหมายอิสลาม เช่น การมีภรรยาเกิน 4 คนในเวลาเดียวกัน การสมรสในระหว่างอิตตะฮ์ เป็นต้น

การใช้กฎหมายอิสลามตามประมวลกฎหมายนี้มีปัญหายุ่งยากเนื่องจากไม่มีการบันทึกรายละเอียดเกี่ยวกับการสมรส การหย่าจึงเป็นการยากแก่ทนายที่จะพิสูจน์ต่อศาลแพ่งว่าบิดามารดาได้สมรสกันตามกฎหมายอิสลาม หรือได้หย่าแล้ว หรือว่าการสมรสยังคงมีอยู่¹

ข. กฤษฎีกาว่าด้วยการจดทะเบียนสมรสของมุสลิมฉบับที่ 8 (Mohammadan Marriage Registration Ordinance)

เนื่องจากปัญหาที่เกิดจากการใช้กฎหมายอิสลามตามประมวลกฎหมายปัญหาเกี่ยวกับสำนักงานจดทะเบียนสมรส ทะเบียนหย่าของมุสลิม จึงเป็นปัญหาที่ได้หยิบยกขึ้นมาพิจารณาและในปี ค.ศ. 1886 รัฐสภาได้ประกาศใช้กฤษฎีกาว่าด้วยการจดทะเบียนสมรสของมุสลิม ซึ่งกฤษฎีกาดังกล่าวได้กำหนดให้คู่สมรสของมุสลิมจะต้องทำการจดทะเบียน ซึ่งทำให้มุสลิมบางส่วนแต่ไม่ใช่ผู้รู้ทางศาสนาไม่เห็นด้วยกับกฤษฎีกาฉบับนี้ โดยเห็นว่ารัฐบาลอาณานิคมได้เข้ามาแทรกแซงศาสนาอิสลาม จึงเป็นผลให้การจดทะเบียนสมรสนั้นเป็นเพียงทางเลือกทางหนึ่งของมุสลิมเท่านั้น²

ค. กฤษฎีกาว่าด้วยการจดทะเบียนสมรสและทะเบียนหย่าของมุสลิมฉบับที่ 27 ปี 1929 (Muslim Marriages and Divorce Registration Ordinance)

คำสั่งกฏต้องการที่จะใช้กฎหมายอิสลามในรูปแบบกฎหมายสถานะภาพบุคคลมุสลิม (Muslim Law of Person) เพื่อการนี้จึงมีความจำเป็นที่จะต้องเปลี่ยนแปลงกฎหมายเกี่ยวกับ

¹ Ahmed Hilmy Mohideen, Physical Organization of Shariah Courts in Sri Lanka, 1st Asean Shariah Administrators Conference Workshop August 7-11, 1983, Philippines, p. 15.

² Ibid. p. 16.

วิธีพิจารณาความโดยการขจัดประเพณีต่าง ๆ ที่ขัดแย้งกับหลักกฎหมายอิสลาม และเพื่อเป็นการรักษาการอยู่ร่วมกันทางสังคมศาสนาของชุมชน (The Socio - Religious Cohesion) of Community) ด้วยเหตุนี้การจดทะเบียนสมรส ทะเบียนหย่าจึงมีความจำเป็นอย่างยิ่ง และยิ่งไปกว่านั้น ในปี ค.ศ. 1926 ศาลสูงได้ตัดสินว่า เฉพาะศาลแขวงเท่านั้นที่จะมีอำนาจอนุญาตให้ผู้ทำการสมรสภายใต้หลักกฎหมายอิสลามทำการหย่าได้ ดังนั้น ผลของการหย่าไม่ว่าในลักษณะใดตามกฎหมายอิสลามย่อมไม่มีผลและไม่ชอบด้วยกฎหมาย ผลที่ติดตามมาก็คือ ได้มีการเร่งเร้าจากกลุ่มหรือสมาคมของมุสลิมต่อรัฐบาลอาณานิคม เป็นเหตุให้รัฐบาลได้ออกกฤษฎีกาฉบับที่ 27 ปี 1929 ว่าด้วยจดทะเบียนสมรส ทะเบียนหย่า นับว่ากฤษฎีกาฉบับนี้มีความสำคัญยิ่งต่อการพัฒนาการใช้กฎหมายอิสลามในศรีลังกา¹

ตามกฤษฎีกาฉบับนี้ถือว่าการจดทะเบียนสมรส ทะเบียนหย่าเป็นเพียงพยานหลักฐานเบื้องต้นที่จะสามารถนำไปอ้างได้ในทุก ๆ ศาล แต่อย่างไรก็ตาม เพียงแต่การจดทะเบียนสมรส และทะเบียนหย่าไม่เป็นที่แสดงว่าการสมรส การหย่านั้นถูกต้องและชอบด้วยกฎหมาย กฤษฎีกาฉบับนี้ได้ยกเลิก Mohamadan Code 1806 แม้จะได้ยกเลิกกฎหมายดังกล่าว แต่ก็ไม่มีผลกระทบต่อกรณีของการสมรส การหย่าและสิทธิต่าง ๆ ตามประมวลกฎหมายฉบับนี้²

กฤษฎีกาฉบับนี้ได้บัญญัติขึ้นภายใต้โครงสร้างของกฎหมายอิสลาม และมีการบริหารกฎหมายอิสลามที่สมบูรณ์ไม่ว่าจะเป็นการประกาศการหย่า หรือผลของการหย่า การจ่ายค่าเลี้ยงดูเหล่านี้ เป็นต้น ซึ่งกรณีเหล่านี้ไม่จำเป็นจะต้องนำคดีขึ้นสู่ศาลแพ่ง³

กฤษฎีกาฉบับนี้ได้กำหนดให้ Quazi เป็นนายทะเบียนเพื่อทำหน้าที่จดทะเบียนการสมรสของมุสลิมและได้ก่อตั้งคณะกรรมการ Quazi³ เพื่อพิจารณาค่าอุทธรณ์คดีตัดสินของ Quazi

¹ Ahmed Hilmy Mohideen, Physical Organization of Shariah Courts in Sri Lanka, 1st Asean Shariah Administrators Conference Workshop August 7-11, 1983, Philippines, p. 16.

² Ibid.

³ Ibid. p. 17.

ง. กฤษฎีกาว่าด้วยการแต่งงานและการหย่าของมุสลิม ฉบับที่ 13 ปี ค.ศ. 1951
(Muslim marriage and divorce Act No. 13)

กฤษฎีกาฉบับนี้ได้เปลี่ยนแปลงแก้ไขข้อบกพร่องของกฤษฎีกา ว่าด้วย การจดทะเบียน สัมรสและทะเบียนหย่าของมุสลิมฉบับที่ 27 ปี 1929 แต่ยังคงระบบศาล Qauzi เอาไว้ซึ่งนับ ได้ว่ามีการก่อตั้งศาลคำสอนอิสลาม (Shariah Court) สำหรับการบริหารกฎหมายอิสลาม ที่เกี่ยวกับการแต่งงานและการหย่า ตลอดจนความสัมพันธ์ในด้านอื่น ๆ ขึ้นในศรีลังกาอย่าง แท้จริง¹

ข. สถานการณ์ของกฎหมายอิสลามในอินเดีย

1. ลักษณะทางสังคมของอินเดีย ลักษณะทางสังคมของอินเดียปัจจุบัน คือ เป็นสังคมกว้างใหญ่ซับซ้อน โดยมีความแตกต่างกันมากในหมู่ประชาชนชาวอินเดีย ชาวอินเดีย มีวัฒนธรรมที่ต่างกันมาก มีประชาชนที่นับถือศาสนาที่สำคัญถึง 6 ศาสนา คือ

1. ศาสนาฮินดู มีผู้นับถือประมาณ 82 %
2. ศาสนาอิสลาม มีผู้นับถือประมาณ 11 %
3. ศาสนาคริสต์ มีผู้นับถือประมาณ 3 %
4. ศาสนาพุทธ มีผู้นับถือประมาณ 1 %
5. ศาสนาซิกข์ มีผู้นับถือประมาณ 2 %
6. ศาสนาเชน มีผู้นับถือประมาณ 0.5 %

เนื่องจากสังคมอินเดียเป็นสังคมกว้างมีประชากรมาก และประชากรมีลักษณะที่ แตกต่างกันอย่างออกไป ปัญหาความขัดแย้งกันระหว่างประชาชนจึงมีมากเป็นทวีคูณ รัฐบาลอินเดีย ตระหนักดีว่าปัญหาความแตกต่างของสังคมและวัฒนธรรมในประเทศเป็นอุปสรรคต่อการปกครอง และการพัฒนาประเทศ รัฐบาลจึงได้พยายามหาทางแก้ไขปัญหาเหล่านี้้อยู่ตลอดเวลา เช่น ปัญหาความขัดแย้งระหว่างศาสนาฮินดูกับศาสนาอิสลาม รัฐบาลอินเดียจึงได้พยายามหาทางแก้ไข

¹ Ahmed Hilmy Mohideen, Physical Organization of Shariah Courts in Sri Lanka, 1st Asean Shariah Administrators Conference Workshop August 7-11, 1983, Philippines, p. 17.

ปัญหาเหล่านี้มาเป็นเวลานาน โดยการคัดการปกครองประเทศอย่าง เป็นเอกเทศจากคำสั่งนา ไม่รับรองหรือยกย่องคำสั่งนาหนึ่งคำสั่งนาใดเหนือคำสั่งนาอื่น ไม่รับรองคำสั่งนาใดเป็นคำสั่งนา ประจำชาติ และได้รับรองความเสมอภาคของประชาชนที่นับถือคำสั่งนาทุกคำสั่งนา¹

2. สถานการณ์ของกฎหมายอิสลามก่อนการเข้ามาของลัทธิล่าอาณานิคม อินเดีย โบราณเจริญรุ่งเรืองมาจนเป็นที่สนใจของชาวต่างชาติ ชาวอาหรับหรืออีกนัยหนึ่งชาวมุสลิมได้ เคลื่อนกำลังบุกรุกอินเดียในราวศตวรรษที่ 8 การสู้รบกับผู้บุกรุกชาวมุสลิมเริ่มเข้มข้นขึ้นใน ราวศตวรรษที่ 11 ถึงปลายศตวรรษที่ 12 อินเดียหลายส่วนตกอยู่ในอำนาจปกครองของมุสลิม ในศตวรรษที่ 13 เมืองเดลีก็ถูกยึดครองโดยผู้ลู่ต่านชาวมุสลิม นับแต่นั้นมาอินเดียก็ตกอยู่ ภายใต้การปกครองของชาวมุสลิม สิ่งที่ติดตามมาจากการถูกปกครองโดยชาวมุสลิม คือ ได้มี การเผยแผ่คำสั่งนาอิสลามขึ้นในหมู่ประชาชนชาวอินเดีย² สิ่งนับได้ว่าเป็นการนำเอาหลักฐาน กฎหมายอิสลามมาใช้ในอินเดียเป็นครั้งแรก เพราะกฎหมายอิสลามย่อมจะติดตามไปกับผู้ที่นับถือ คำสั่งนาอิสลาม

3. สถานการณ์ของกฎหมายอิสลามในระหว่างเป็นอาณานิคมของอังกฤษ ในขณะที่อินเดียอยู่ภายใต้การปกครองของชาวมุสลิม ชาวตะวันตกได้เริ่มทยอยการเข้ามา เพื่อแสวงหาอาณานิคม และตลาดการค้าใหม่ในภาคตะวันออกและอินเดีย นอกจากการทำ การค้าขายทำให้ชาวตะวันตกเริ่มมีการขัดแย้งกันและนำไปสู่การสู้รบ สำหรับอินเดีย อังกฤษโดย การนำของบริษัการค้าอินเดียตะวันออกได้รับชัยชนะในที่สุด และได้เริ่มการปกครองอินเดีย อย่างแท้จริงในปี ค.ศ. 1757³ อินเดียตกเป็นอาณานิคมของอังกฤษเป็นเวลานานถึง 200 ปี ได้รับเอกราชในปี ค.ศ. 1947

¹ เอเชียปริทัศน์, มหาสมุทรอินเดียและเอเชียใต้, สถาบันเอเชีย, ปีที่ 3 ฉบับที่ 4 ตุลาคม 2525, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, หน้า 55-57

² เจริญ ไชยชนะ, ประวัติศาสตร์ประเทศในเอเชีย (พระนคร: เกษมบรรณกิจ, 2518), หน้า 79 กษัตริย์บางพระองค์ถึงกับบังคับพวกฮินดูให้นับถือคำสั่งนาอิสลาม นโยบายนี้ ทำให้พวกฮินดูก่อกบฏขึ้น

³ กระมล ทองธรรมชาติ (กับคณะ), เอเชียความรู้ทั่วไป, สถาบันเอเชีย, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2525, หน้า 58.

กฎหมายอิสลามในอินเดียได้รับผลกระทบเป็นอย่างมากในระหว่างที่ตกเป็นอาณานิคมของอังกฤษในปี ค.ศ. 1762 บริษัทอินเดียตะวันออกซึ่งมีอำนาจอธิปไตยในการปกครองอินเดีย และมีอำนาจนอกเหนือจากที่ทำการค้าขาย เพื่อเป็นการคุ้มครองสถาบันต่าง ๆ ตามกฎหมายอิสลามที่เกี่ยวกับกฎหมายครอบครัว-มรดกและเรื่องอื่น ๆ ที่มีบทลงโทษทางศาสนา ซึ่งเป็นการให้หลักประกันแก่มุสลิม ฉะนั้นนอกเหนือจากกฎหมายเหล่านี้แล้วจะต้องใช้กฎหมายที่อังกฤษประมวลขึ้น เช่น กฎหมายแพ่ง กฎหมายอาญาและกฎหมายพยาน เป็นต้น แต่เป็นที่น่าสังเกตว่า การที่อังกฤษนำเอากฎหมายของอังกฤษดังกล่าวมาใช้กับมุสลิมนั้นไม่ได้มีการคัดค้านจากมุสลิม นับว่าเป็นห้วงเวลาหัวต่อที่สำคัญที่แสดงให้เห็นว่า แนวความคิดกฎหมายอาณานิคม (Secular law) ได้เป็นที่ยอมรับจากผู้นำที่สำคัญของสังคมมุสลิม¹

ในปี 1772 มีผู้พิพากษาอังกฤษ 2 นายได้เข้ามาทำหน้าที่แทน Qadis ใน British India ผู้พิพากษาทั้งสองคนนี้ได้ได้รับความช่วยเหลือในเบื้องต้นจากที่ปรึกษากฎหมายอิสลาม (Jurist-Consult) หรือที่เรียกว่า Mufti ที่ได้รับการคัดเลือกจากมุสลิมผู้รอบรู้ โดยมีหน้าที่ตรวจสอบความถูกต้องของหลักกฎหมายอิสลามเพื่อประโยชน์แก่การพิจารณาคดี ผู้พิพากษาเหล่านี้ได้ให้คำสอนเกี่ยวกับกฎหมายอังกฤษ เช่น หลักที่ยึดถือคำพิพากษาในคดีก่อน ซึ่งถือเป็นบรรทัดฐาน (Doctrine of precedent) หลักการทั่ว ๆ ไปของ Common law และหลักแห่งความยุติธรรม (Equity) ของอังกฤษ ซึ่งสิ่งเหล่านี้ได้ค่อย ๆ ซึมซาบเข้าไปในหลักกฎหมายอิสลามที่ใช้อยู่ในอินเดียขณะนั้น กฎหมายอิสลามในอินเดียจึงได้เจริญงอกงามขึ้นในลักษณะที่มีการผสมผสานกันระหว่างกฎหมายอังกฤษกับกฎหมายอิสลาม จึงมีบางอย่างที่แตกต่างจากกฎหมายอิสลามแท้ ๆ (Pure Muslim Law) จึงเป็นเหตุให้เกิดนิติศาสตร์แนวใหม่ขึ้น เรียกว่า Anglo - Muhammadan²

¹ Ahmad Ibrahim, Islamic law in Malaya, Malasian Sociological Research Institute Ltd., (Kuala Lumpur : Polygraphic press sendirian Berhad, 1975), p. 112.

² Ibid.

หลักกฎหมายแพ่ง Anglo - Muhammadan นั้นมีลักษณะเนื้อหาที่แตกต่างจากแง่มุมของอิสลาม แต่ได้นำมาใช้โดยนักนิติศาสตร์ของอังกฤษโดยบังเอิญ¹

ค. สถานการณ์ของกฎหมายอิสลามในมาเลเซีย

1. ลักษณะทั่วไปทางสังคม มาเลเซียมีโครงสร้างทางสังคมเป็นแบบพหุสังคม (Multi-Racial Social) คือสังคมที่มีหลายเชื้อชาติอยู่ร่วมกัน คือ ประกอบด้วยเชื้อชาติมาเลย์ที่นับถือศาสนาอิสลาม ประมาณ 50 % เชื้อชาติจีนที่นับถือศาสนาพุทธ ขงจื้อ คริสต์ 35 % และเชื้อชาติอินเดียที่นับถือศาสนาฮินดู 10 % และเชื้อชาติอื่น ๆ อีก 5 % ตามรัฐธรรมนูญกำหนดให้ศาสนาอิสลามเป็นศาสนาประจำชาติ ศาสนาอิสลามนับว่ามีอิทธิพลต่อการส่งเสริมแนวความคิดทางการเมืองของผู้นำและประชาชน ตลอดจนประชาชนมาเลเซีย² มาเลเซียมีพื้นฐานทางประวัติศาสตร์ คือ ในยุคอาณาจักรศรีวิชัย เป็นยุคที่ได้รับอารยธรรมจากอินเดีย และยอมรับศาสนาพุทธ ต่อมาเป็นยุคชะปาตเป็นยุคที่ได้รับอิทธิพลของมุสลิม โดยมีพ่อค้าชาวอาหรับนำเข้ามาค้าขายในลุ่มมาตราเป็นครั้งแรกและขยายต่อมาขงมาลายู

โปรตุเกสเป็นประเทศตะวันตกชาติแรกที่เข้ามามีอิทธิพลในแถบนี้ โดยเข้ามาครอบครองมะละกา และมีอิทธิพลเหนือมาลายูเพื่อใช้เป็นเส้นทางทางการค้าขาย และเพื่อเผยแพร่ศาสนาคริสต์ และต่อมาถูกฮอลันดาขับไล่ออกจากมาลายู อังกฤษได้ครอบครองอินเดียอยู่ก่อนแล้วต้องการขยายศูนย์การติดต่อการค้าขายกับจีน และเป็นการต่อต้านฝรั่งเศส จึงได้เข้ามามีอิทธิพลในแหลมมาลายู มาเลเซียได้รับเอกราชเมื่อ ปี ค.ศ. 1957³



¹ Ahmad Ibrahim, Islamic law in Malaya, Malaysian Sociological Research Institute Ltd., (Kuala Lumpur : Polygraphic press sendirian Berhad, 1975), p. 112.

² กระมล ทองธรรมชาติ (กัษณะ), เอเชียความรู้ทั่วไป, อ่างแล้ว, หน้า 145.

³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 148.

2. สถานการณ์ของกฎหมายอิสลามก่อนตกเป็นอาณานิคม การขัดแย้งกัน

ระหว่างกฎหมายมุสลิมกับกฎหมายแพ่งเป็นที่ทราบกันดีในโลกมุสลิมมากกว่าคตวรรษ ความขัดแย้ง
 เริ่มต้นเมื่อประเทศมุสลิมได้ตกเป็นอาณานิคมของชาติตะวันตก กฎหมายอิสลามภายใต้การ
 ปกครองของเจ้าอาณานิคมที่นำออกมาใช้นั้นจึงประสบกับปัญหาความยุ่งยาก การใช้กฎหมาย
 อิสลามมีจำกัดแต่เฉพาะเรื่องครอบครัวเท่านั้น ส่วนกฎหมายอิสลามสาขาอื่น ๆ เช่น กฎหมายแพ่ง
 กฎหมายอาญาต้องใช้กฎหมายของเจ้าอาณานิคมตะวันตกแทน

ในมาเลเซียก่อนการเข้ามาของอังกฤษอยู่ภายใต้หลักกฎหมายอิสลามและกฎหมาย
 ประเพณีมาเลย์ (Malay Customary Law) กฎหมายเหล่านี้ได้ถูกนำมาใช้ร่วมกัน จนกระทั่ง
 มีกฎบัตรของอังกฤษในปี ค.ศ. 1874 พื้นฐานของกฎหมายมาเลย์นั้นมีพื้นฐานมาจากกฎหมาย
 อิสลาม กฎหมายอิสลามก็ได้มีการยอมรับจากผู้พิพากษาในสมัยนั้น ดังคดี Ramah V. Laton
 ผู้พิพากษา Acton และ Thomas ได้ตัดสินว่ากฎหมายอิสลามก็คือกฎหมายของรัฐ (มาเลเซีย)
 และไม่ใช้กฎหมายต่างประเทศ ฉะนั้น จึงจะต้องยอมรับและศาลต้องใช้กฎหมายอิสลามในการ
 ตัดสินคดี¹

3. สถานการณ์ของกฎหมายอิสลามในระหว่างเป็นอาณานิคมของอังกฤษ

แม้ว่ากฎหมายอิสลามจะได้รับการยืนยันถึงสถานการณ์ว่าเป็นกฎหมายของรัฐก็ตาม แต่เนื่องจาก
 อิทธิพลของเจ้าหน้าที่ผู้พิพากษา นักกฎหมายของอังกฤษทำให้กฎหมายอังกฤษเริ่มครอบงำกฎหมาย
 อิสลามในมาเลเซีย ที่เป็นเช่นนี้มีสาเหตุมาจาก

ก. เมื่อมีการตรากฎหมายโดยสภานิติบัญญัติก็กระทำไปโดยอยู่ภายใต้
 อิทธิพลและคำแนะนำของอังกฤษ และบ่อยครั้งที่กฎหมายอังกฤษถูกนำมาใช้บัญญัติกฎหมาย

ข. อิทธิพลของผู้พิพากษาอังกฤษ เพราะตามระบบกฎหมายอังกฤษ
 (English legal System) บ่อเกิดของกฎหมาย Anglo-saxon นอกจากการนิติบัญญัติ

¹ Azizan B. Abdul Razak, Conflict Resolution : Personal laws system, Civil law system and Muslim school of law, p. 15.

(Legislation) แล้วยังมีกฎหมายที่เกิดจากคำพิพากษาของศาลและคดีบรรทัดฐาน (Case law and precedent)¹ ดังนั้น ในกรณีผิดเกิดขึ้นแต่ไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้ ศาลต้องใช้หลักกฎหมาย Common law เป็นหลักในการตัดสินคดี ซึ่งตามข้อเท็จจริงแล้วเพื่อความเหมาะสมในการพิจารณาคดีควรอ้างหลักกฎหมายอิสลาม แต่ก็ไม่ได้ทำเช่นนั้น เนื่องจากความไม่รู้ของผู้พิพากษา ด้วยวิธีกฎหมายอังกฤษ (Common law) จึงเริ่มแพร่ขยายเป็นอย่างมากจนกลายมาเป็นรากฐานของกฎหมายมาเลเซีย หรืออีกนัยหนึ่งอาจกล่าวได้ว่า กฎหมายอิสลามได้ถูกจัดไว้อีกส่วนหนึ่งโดยปริยาย ซึ่งมีขอบเขตอำนาจพิจารณคดีอย่างจำกัด ได้มีการตรากฎหมายครั้งแรกที่เกี่ยวกับกฎหมายอิสลามใน ปี ค.ศ. 1885 คือ The Registration of Muhammadan marriages and divorces Enactment ซึ่งใช้ในรัฐเปรัก (Perak) ต่อจากนั้นได้มีการตราพระราชบัญญัติและกฤษฎีกาเป็นจำนวนมากเพื่อการบริหารกฎหมายอิสลาม โดยนำไปใช้ทุกรัฐในมาเลเซีย²

4. สถานการณ์ของกฎหมายอิสลามในปัจจุบัน เนื่องจากอิทธิพลของกฎหมายอังกฤษในระหว่างที่เป็นอาณานิคม เมื่อมาเลเซียได้รับเอกราชจึงก่อให้เกิดปัญหาทางด้านนิติศาสตร์ติดตามมา คือ

ก. การขัดแย้งเกี่ยวกับขอบเขตอำนาจศาล ระหว่างศาลศาลนา กับ ศาลแพ่ง ในปัจจุบันพระราชบัญญัติเกี่ยวกับกฎหมายอิสลามทุก ๆ รัฐในมาเลเซียประกอบด้วยกฎหมายมุสลิมที่ได้กำหนดขึ้นในระหว่างที่เป็นอาณานิคมของอังกฤษ ยิ่งไปกว่านั้นบทบัญญัติของกฎหมายอิสลามในมาเลเซียโดยเฉพาะในเนื้อหาของกฎหมายครอบครัว (Family law) เช่น การสมรส การหย่า ค่าเลี้ยงดู ความปกครอง มรดก การให้ การบริจาคน และข้อกำหนดบางอย่างที่เป็นความผิดทางศาลนามีรากฐานมาจากกฎหมายอิสลามในระหว่างที่เป็นอาณานิคม

¹ ดู วิจิต มั่นตาภรณ์, กฎหมายแองโกล-แขกขึ้น, เอกสารประกอบการบรรยายกฎหมายแองโกล-แขกขึ้น, ชั้นปริญญาโท, ปีการศึกษา 2524, คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, หน้า 35.

² Azizan B. Abdul Razak, Conflict Resolution : Personal Laws System, civil law system and Muslim School of law, p. 16.

จากการตรากฎหมายในรูปแบบพระราชบัญญัติอย่างตะวันตก และการนำเอาระบบศาลทางอาณาจักรมาใช้ ทำให้กฎหมายอิสลามต้องบริหารโดยศาลพิเศษ คือ Qadi Court ซึ่งมีขอบเขตอำนาจศาลเฉพาะที่เกี่ยวกับศาลนอกระบบเดียว ซึ่งเกิดความขัดแย้งเกี่ยวกับขอบเขตอำนาจศาล ระหว่างศาลศาลนากับศาลอาณาจักร คือ High Court¹ จากข้อโต้แย้งเกี่ยวกับขอบเขตอำนาจพิจารณาคดีของศาล High Court กับ Qadi Court เป็นผลจากความขัดแย้ง ระหว่างนิติศาสตร์ 2 แบบ ในดินแดนเดียว คือ ระบบกฎหมายอิสลามกับระบบกฎหมายแห่งชาติ (Islamic and National legal system) ในทางทฤษฎีการบริหารกฎหมายอิสลามควรกระทำโดยศาลศาลนาศา (Shariah Court) ไม่ใช่ศาลทางฝ่ายอาณาจักร (Secular Court) แต่ในทางปฏิบัติ ศาลสูง (High Court) ยังคงมีสิทธิที่จะแย้งคำตัดสินของ Qadi Court บทบัญญัติตามพระราชบัญญัติกฎหมายอิสลามบางรัฐได้กำหนดว่า ในกรณีที่เกิดความแตกต่างหรือความขัดแย้งกันเกิดขึ้นระหว่างศาลสูงกับศาลศาลนาศา คำตัดสินของศาลแพ่งซึ่งได้พิจารณาภายในขอบเขตอำนาจศาลนั้นต้องถือตามคำตัดสินของศาลแพ่ง²

ข. ความขัดแย้งระหว่างกฎหมายอิสลามกับกฎหมายประเพณี (Adat law) ในบางรัฐของมาเลเซีย กฎหมายประเพณีมีสถานะเช่นเดียวกับกฎหมายอิสลาม ดังเช่นกรณีของรัฐ Negeri Sembilan ซึ่งได้กำหนดกรณีนี้เอาไว้โดยเฉพาะ เช่น กฎเกณฑ์เกี่ยวกับการรับมรดกที่ดินโดยการจำกัดทายาทที่เป็นหญิง แต่ทว่า บางกรณีชายอาจได้รับประโยชน์ภายใต้เงื่อนไขบางประการ ซึ่งบทบัญญัติเช่นนี้ถือว่าขัดกับหลักกฎหมายอิสลาม³

ค. ความขัดแย้งเกี่ยวกับบทบัญญัติตามพระราชบัญญัติกฎหมายอิสลามตามบทบัญญัติของพระราชบัญญัติกฎหมายอิสลามในบางกรณีไม่ได้ประมวลในเรื่องที่เป็นสาระสำคัญของกฎหมายอิสลามเอาไว้ Qadi จึงมีความเป็นอิสระอย่างเต็มที่ที่จะอ้างถึงคำสอนต่าง ๆ

¹ Azizan B. Abdul Razak, Conflict Resolution : Personal Laws System, civil law system and Muslim School of law, p. 17.

² Ibid.

³ Ibid.

ของสำนักชาฟีอี (Shafie) จากที่มาตามที่เขาต้องการ จึงเป็นที่แน่นอนว่า จะต้องเกิดปัญหาทางด้านนิติศาสตร์บางประการที่ประชาชนจะต้องค้นหาความถูกต้องแน่นอนของบทบัญญัติสำหรับบางกรณี ซึ่งแตกต่างจากกฎหมายแพ่งที่ใช้ในกรณีเดียวกันตามกฎหมายกว่าด้วย การล่มสลายและการหย่าของผู้ไม่ใช่มุสลิม¹.

มติที่ขัดแย้งกันระหว่างกฎหมายอิสลามกับกฎหมายแพ่งในมาเลเซีย ปัจจุบันได้ตั้งคณะกรรมการปฏิรูปกฎหมาย เพื่อแก้ไขข้อขัดแย้งเหล่านี้²

ง. สถานการณ์ของกฎหมายอิสลามในสิงคโปร์

1. ลักษณะทางสังคม สิงคโปร์มีลักษณะเป็นพหุสังคมที่มีหลายเชื้อชาติอยู่รวมกัน มีภาษา ขนบธรรมเนียมประเพณีที่แตกต่างกัน ดังนั้น คำสั่งที่ประชาชนนับถือจึงมีหลายคำสั่ง แต่เนื่องจากหลักการของรัฐธรรมนูญไม่ยึดถือคำสั่งใดคำสั่งหนึ่ง เป็นคำสั่งประจำชาติ (Secular state) คำสั่งทุกคำสั่งจึงได้รับการสนับสนุนและปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกัน³

สิงคโปร์ตกเป็นอาณานิคมของอังกฤษเช่นเดียวกับมาเลเซียเมื่อได้รับเอกราชจากอังกฤษ จึงเข้าเป็นสหพันธ์มาลายา และต่อมา ในปี ค.ศ. 1965 จึงได้แยกตัวเป็นเอกราชอันเนื่องมาจากความขัดแย้งทางเชื้อชาติ เศรษฐกิจ การเมือง⁴

2. สถานการณ์ของกฎหมายอิสลามในระหว่างเป็นอาณานิคม แม้สิงคโปร์จะได้ออกตัวออกจากมาเลเซียแล้วก็ตาม แต่ก็มีประชาชนส่วนหนึ่งที่เป็นมาเลย์ ประมาณ 14.6 % ซึ่งเดิมก่อนตกเป็นอาณานิคมของชาติตะวันตกในแหลมมาลายู (Malay Peninsula) ได้ยอมรับ

¹ Azizan B. Abdul Razak, Conflict Resolution : Personal Laws System, civil law system and Muslim School of law, p. 17.

² Ibid. p. 18.

³ กระมล ทองธรรมชาติ (กับคณะ), เอเชียความรู้อันไกล, อังแล้ว, หน้า 215.

⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 151.

หลักกฎหมายคำสอนในการตัดสินคดีแพ่งทั้งหมด¹ เมื่อตกเป็นอาณานิคมของ อังกฤษร่วมกับ มาเลเซียแล้ว สิงคโปร์ก็ได้รับมรดกทางกฎหมาย Common law ของอังกฤษร่วมกับมาเลเซีย ตาม Charter of Justice of 1855 ซึ่งต้องนำเอากฎหมายอังกฤษมาใช้กับทุกคนทั้งชาว สิงคโปร์และชาวพื้นเมือง เฉพาะที่เกี่ยวกับเนื้อหาทางคำสอนและประเพณีของชาวพื้นเมือง เท่านั้นที่ได้รับการยกเว้นไม่ต้องใช้กฎหมายอังกฤษ²

3. สถานการณ์ของกฎหมายอิสลามหลังจากได้รับเอกราช เมื่อสิงคโปร์ได้ แยกตัวมาจากมาเลเซียแล้ว ได้ตราพระราชบัญญัติ Administration of muslim law Act ขึ้นใช้บังคับกับมุสลิมใน ปี ค.ศ. 1966

จ. สถานการณ์ของกฎหมายอิสลามในอินโดนีเซีย

คำสอนอิสลามได้เข้ามาอย่างหมู่เกาะอินโดนีเซียในศตวรรษที่ 13 โดยพ่อค้าชาวเปอร์เซีย นำเอาคำสอนอิสลามมาเผยแพร่ จึงเกิดอาณาจักรอิสลามแห่งแรกในชวากลาง และได้ขยายไป ทั่วหมู่เกาะอินโดนีเซียในเวลาต่อมา

ภายหลังจากการจากไปของโปรตุเกส สเปนก็เข้ามาสู่อินโดนีเซีย ดัชท์ก็ได้เข้ามา ในต้นศตวรรษที่ 17 โดยเข้ามาในเมืองปัตตาเวียเป็นแห่งแรก ต่อมาในศตวรรษที่ 17 ดัชท์ ก็สามารถปกครองอินโดนีเซียได้ทั้งหมด³

1. สถานการณ์ของกฎหมายอิสลามในระหว่างที่เป็นอาณานิคม กว่า 3 ศตวรรษที่อินโดนีเซียตกเป็นอาณานิคมของชาติตะวันตก ตลอดระยะเวลาที่เป็นอาณานิคมของ ชาติตะวันตก ตลอดระยะเวลาที่เป็นอาณานิคมได้มีการเป็นปรกัมภ์ต่อกันระหว่างผู้ปกครองกับ

¹ Datu michael O. Mastura, Administration of muslim personal law System in Muslim-minority court, 1st Asean shariah administrators conference workshop, August 7-11, 1983, Manila Philippines, p. 4.

² Ibid. p. 6.

³ กระมล ทองธรรมชาติ (กัษณะ), เอเชียความรู้ทั่วไป, อังแล้ว, หน้า 244.

ผู้นำทางศาสนาอิสลามมาโดยตลอด ซึ่งรวมถึงความขัดแย้งในทางด้านนโยบายการใช้กฎหมายอิสลามอันสืบเนื่องมาจากท่าทีที่ไม่ยอมรับกฎหมายอิสลามของผู้ปกครอง และการที่จะพยายามกีดกันชาติตะวันตกไม่ให้แทรกแซงการใช้กฎหมายอิสลาม รัฐบาลในระหว่างที่เป็นอาณานิคมนั้นไม่ได้เอาใจใส่ต่อศาลศาสนาอิสลาม (Islamic Court) และในบางครั้งถึงกับยกเลิกศาลศาสนาอิสลามเมื่อสิ้นสุดระบอบการปกครองแบบอาณานิคมแล้วจึงเหลือศาลศาสนา (Shariah Court) หรือในขณะนั้นเจ้าอาณานิคมเรียกว่า priests-Court บนเกาะชวา มาตุลา (Madura) และบางลุ่มใน South kalimantan เท่านั้น¹ อย่างไรก็ตาม ศาลเหล่านี้ก็ยังขาดวิธีการดำเนินการทางศาล (Court-Proceddure) เท่าที่เหมาะสม และขาดการสังเกตทางศาลที่ดี ซึ่งนับว่าไม่มีคุณลักษณะเหมือนกับศาลโดยทั่วไป

จากการเป็นปรกซ์กันทั้งสองฝ่าย คือ ผู้ปกครองของอาณานิคมกับประชาชนมุสลิม ไม่ได้ก่อประโยชน์แก่ทั้งสองฝ่าย คือ รัฐบาลไม่อาจเข้ามามีส่วนร่วมกับผู้นำทางศาสนา โดยเฉพาะที่เกี่ยวกับการส่งเสริมกฎหมายอิสลาม และมุสลิมส่วนมากไม่ได้ประโยชน์จากท่าทีที่พยายามแยกตัวออกห่าง (Isolationism) และกีดกันเจ้าอาณานิคมไม่ได้เข้ามามีส่วนร่วมซึ่งทำให้การพัฒนาเป็นไปโดยไม่มีทั่วถึง ข้ำยังถูกคุกคามจากเจ้าอาณานิคมด้วยซ้ำ²

2. สถานการณ์ของกฎหมายอิสลามภายใต้ได้รับเอกราช หลังจากอินโดนีเซียได้รับเอกราชและมีรัฐบาลแห่งชาติทำการปกครองประเทศตามหลักปรัชญาศีล (Pancasila) ตามรัฐธรรมนูญปี ค.ศ. 1945³ รัฐบาลได้ตอบสนองความต้องการของมุสลิมในกรณีที่เกี่ยวข้อง

¹ Bustanal Aririn, The Administration of Shariah law in Indonesia, 1st Asian shariah administrators conference workshop August 7-11, 1983, Manila Philippines, p. 5.

² Ibid. p. 6.

³ หลักปรัชญาศีลปรากฏอยู่ในอารัมภบทของรัฐธรรมนูญฉบับ ค.ศ. 1945 ถือว่าเป็นหลักปรัชญาของสาธารณรัฐอินโดนีเซีย ซึ่งจะแก้ไขเปลี่ยนแปลงไม่ได้ คือ (1) เชื่อในพระผู้เป็นเจ้า (2) ความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันของอินโดนีเซีย (3) การตกลงร่วมกันโดยอาศัยการศึกษาหารือกัน (4) ความเป็นธรรมในสังคม และ (5) ความเป็นมนุษย์ชาติที่เจริญและเป็นธรรม



กฎหมายอิสลาม และโดยเฉพาะที่เกี่ยวข้องกับศาลศาสนาทำให้อินโดนีเซียมีระบบกฎหมายเพียงระบบเดียว คือ ระบบกฎหมายแห่งชาติ (National law System) โดยการประมวลและรวบรวมกฎหมายหลาย ๆ อย่างในทุก ๆ แห่งเข้าด้วยกันขึ้นเป็นหลักการแห่งหมู่เกาะในเนื้อหาของกฎหมาย (Archipelago principal) ซึ่งชาวอินโดนีเซียเรียกว่า Wawasan Nusantara กฎหมายอิสลามก็เป็นส่วนประกอบของระบบกฎหมายแห่งชาติ ศาลศาสนาที่อยู่ภายใต้ระบบศาลแห่งชาติ (National court system) ดังนั้น ผู้พิพากษาทั้งหมดในอินโดนีเซียก็คือผู้พิพากษาของรัฐ ซึ่งต้องมีวิธีการแต่งตั้งและปฏิญาณตนเหมือนกันหมด จะแตกต่างกันก็แต่เฉพาะแต่เขตอำนาจในการพิจารณาคดีเท่านั้น ไม่มีทำที่เป็นประกันต่อกฎหมายอิสลามจากรัฐบาล และในขณะเดียวกันก็ไม่มีทำที่แยกตัวโดดเดี่ยว และกีดกันจากผู้นำทางศาสนาปรากฏให้เห็น¹

3. วิวัฒนาการศาลศาสนาอิสลาม ตลอดระยะเวลาที่ตกเป็นอาณานิคมได้มีการเปลี่ยนแปลงสภาพของกฎหมายอิสลาม ตลอดจนเขตอำนาจการพิจารณาคดีของศาลศาสนาอิสลามมาโดยลำดับ ซึ่งเป็นผลมาจากการที่เจ้าอาณานิคมได้นำเอาระบบกฎหมายที่เป็นประโยชน์แก่ตนเองมากที่สุด เพื่อลุ่มงหมายและผลประโยชน์ของเจ้าอาณานิคม คือ ระบบกฎหมายดัตช์ (Dutch legal system) ดังนั้น ระบบกฎหมายของอินโดนีเซียก่อน ปี ค.ศ. 1882 จึงมีลักษณะเป็น Complexu Doctrine คือ เป็นระบบกฎหมายสองระบบซ้อนกัน กล่าวคือ แม้เจ้าอาณานิคมจะนำเอาระบบกฎหมายของตนเอง คือ Dutch legal system หรือระบบกฎหมายภาคพื้นยุโรปมาบังคับใช้ในอินโดนีเซียก็ตาม แต่ก็ต้องนำเอาระบบกฎหมายอิสลามมาบังคับใช้เช่นกัน นักนิติศาสตร์ชาวดัตช์ชื่อ L.W.C. Van den Berg เป็นผู้นำเอาแนวความคิดของลัทธิ Complexu มาใช้ในอินโดนีเซียได้กล่าวว่า กฎหมายอิสลามต้องนำไปใช้กับมุสลิม เพราะพวกเขาได้ยึดมั่นศรัทธาในหลักการศาสนาของพวกเขา²

แต่ต่อมาเมื่อเจ้าอาณานิคมต้องการจะปกครองอาณานิคมของตนเองอย่างเข้มงวดยิ่งขึ้น แนวความคิดของลัทธิ Complexu จึงเป็นสิ่งที่ล้าสมัย ดัตช์จึงได้นำเอาทฤษฎีการรวม

¹Bustanul Arifin, Administration of Shariah law in Indonesia, pp. 6,7.

²Ibid. p. 8.

เป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน (Unification theory) มาใช้ ซึ่งก็หมายความว่า ดัชท์ได้นำเอา ระบบกฎหมายของตนเอง คือ ระบบกฎหมายดัชท์เพียงอย่างเดียวมาใช้กับประชาชนชาว อินโดนีเซีย

จากนโยบายนี้ได้รับการคัดค้านจากผู้เชี่ยวชาญชาวดัชท์ ชื่อ Van Vollenhoven ผู้ซึ่งนำเอาระบบกฎหมายประเพณี (Adat law system) มาใช้ ระบบกฎหมายประเพณีนี้ได้ ชัดแย้งกับทฤษฎีการเป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน (Unification theory) โดยเห็นว่าทฤษฎี แห่งการเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันเป็นสิ่งที่ไม่มีความเป็นธรรมชาติ ทั้งยังไม่มีความสอดคล้องกับ สภาพสังคมของประชาชนอินโดนีเซีย เพราะทุก ๆ สังคมย่อมจะต้องมีระบบกฎหมายเป็นของ ตนเอง ซึ่งได้กำหนดถึงความสัมพันธ์ของเอกชนระหว่างสมาชิกของสังคมเอาไว้ และกฎหมาย ประเพณีก็ได้ฝังรากลึกติดพันอยู่กับประเพณีค่านิยมของสังคม ฉะนั้น กฎหมายประเพณี (Adat law) เท่านั้นที่จะมีความเหมาะสมสอดคล้องกับสังคม การนำระบบกฎหมายอื่นมาใช้จึงมักจะ ถูกปฏิเสธและถือว่าเป็นอันตรายต่อความปรองดองในสังคม¹ จากแนวความคิดนี้ทำให้นัก กฎหมายฝ่ายประเพณีขัดแย้งกับแผนการที่จะนำเอาระบบกฎหมายดัชท์เพียงระบบเดียวมาใช้ ของเจ้าอาณานิคม นอกจากนี้กฎหมายประเพณีก็ขัดแย้งกับกฎหมายอิสลาม ซึ่งกฎหมายอิสลาม เป็นเพียงบางส่วนเท่านั้นที่ใช้ได้ และบางส่วนก็ใช้กฎหมายประเพณี ฉะนั้น การดิ้นรนต่อสู้ทาง การเมืองเกี่ยวกับกฎหมายในระหว่างที่เป็นอาณานิคม ซึ่งมีลักษณะเป็นสามเหลี่ยม (Triangular Struggle) คือระบบกฎหมาย 3 ระบบ กฎหมายตะวันตก กฎหมายประเพณีและกฎหมาย อิสลาม²

ในปี ค.ศ. 1882 รัฐบาลอาณานิคมได้ออกกฤษฎีกาเกี่ยวกับศาลศาสนาอิสลาม แต่ กฤษฎีกาลฉบับนี้ไม่ได้กำหนดขอบเขตอำนาจการพิจารณาคดีของศาลศาสนาอิสลาม เพียงแต่ กำหนดโครงสร้างของศาลศาสนาเท่านั้น เช่น กำหนดให้ศาลศาสนาอิสลามประกอบด้วย ประชาชน 1 คน ผู้พิพากษา 2 คนและมียนายทะเบียน 1 คน โดยทั้งหมดได้รับเงินช่วยเหลือ

¹Bustanul Arifin, Administration of Shariah law in Indonesia,

p. 9.

²Ibid.

จากรัฐบาล ฉะนั้น เขตอำนาจการพิจารณาคดีของศาลศาสนาอิสลาม จึงยังคงเหมือนเดิมเช่น
ที่ใช้อยู่ก่อนปี ค.ศ. 1882¹

ในปี ค.ศ. 1922 รัฐบาลอาณานิคมได้ตั้งคณะกรรมการขึ้นเพื่อหาแนวทางสร้างศาล
ศาสนาอิสลามให้ดีขึ้นกว่าเดิม และในที่สุดคณะกรรมการก็ได้ลงมติไว้ 4 ประการ ดังนี้

3.1 คดีที่อยู่ในเขตอำนาจการพิจารณาคดีของศาลศาสนาอิสลามนั้นจะ
ต้องเป็นคดีที่ได้พิจารณาแล้ว เห็นว่ามีความสัมพันธ์อย่างใกล้ชิดกับมุสลิม ซึ่งไม่อาจจะแยกออก
ต่างหากจากกฎหมายอิสลามได้ ซึ่งก็เป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายการแต่งงาน การหย่า ของหมั้น
(Mahar) และหนี้ของสามีที่จะต้องชำระเป็นค่าเลี้ยงดู (Alimony) แก่ภรรยาเมื่อหย่าจากกัน

3.2 ศาลศาสนาอิสลามซึ่งแต่ก่อนประกอบด้วยประชาชนและองค์คณะอีก
2 นาย ในอนาคตควรจะมืองค์คณะ ประกอบด้วยผู้พิพากษา 1 นาย ซึ่งมีอำนาจหน้าที่เช่นเดียวกับ
กับ Qadi ผู้พิพากษานี้จะได้รับความช่วยเหลือจากที่ปรึกษา 2 นาย ที่มีความเชี่ยวชาญเกี่ยวกับ
กฎหมายอิสลาม

3.3 ผู้พิพากษาศาลศาสนาต้องได้รับเงินยังชีพจากรัฐบาล

3.4 ต้องมีการก่อตั้งศาลอุทธรณ์ขึ้นเพื่อทบทวนคำพิพากษาหรือกระบวนการ
การพิจารณาใหม่อีกครั้งในทุกคดีของศาลศาสนาอิสลาม

จากมติของคณะกรรมการดังกล่าว ในปี ค.ศ. 1931 ได้มีกฤษฎีกาว่าด้วยศาลศาสนา
อิสลาม ซึ่งตอนนั้นเรียกว่า Priest-court แต่เมื่อได้ขยับได้ออกไปจากอินโดนีเซีย กฤษฎีกา
ฉบับนี้ก็ไม่มีผลบังคับได้ เนื่องจากประสบปัญหาทางด้านการเงิน ในปี ค.ศ. 1937 ได้มี
กฤษฎีกากำหนดเขตอำนาจการพิจารณาคดีของศาลศาสนาอิสลามเอาไว้ ซึ่งมีอำนาจพิจารณาคดี
เฉพาะคดีที่เป็นข้อโต้แย้งในการสมรสระหว่างคู่สมรสเท่านั้น และได้กำหนดว่า คำตัดสินของ
ศาลศาสนาอิสลามไม่อาจมีผลบังคับตัวเอง แต่ต้องอาศัยการกระทำเป็นคำสั่งของศาลธรรมดา
ซึ่งแสดงให้เห็นความสัมพันธ์ระหว่างศาลธรรมดาและศาลศาสนา² โดยศาลศาสนามีอำนาจ
เฉพาะพิจารณาคดี ส่วนคำตัดสินนั้นต้องกระทำในนามของศาลธรรมดา

¹Bustanul Arifin, Administration of Shariah law in Indonesia,
p. 10.

²Ibid. p. 12.

เมื่อตั้งชั้และญี่ปุ่นได้ออกไปจากอินโดนีเซีย สถานภาพของศาลศาสนาอิสลามก็คงไม่มีการเปลี่ยนแปลง ภายหลังจากการปฏิวัติในอินโดนีเซีย แนวความคิดเกี่ยวกับศาลศาสนาอิสลามยังคงสืบเนื่องต่อไป และได้รับการพัฒนาทั้งจากรัฐบาลสาธารณรัฐอินโดนีเซียและผู้นำศาสนาอิสลาม และในปี ค.ศ. 1957 รัฐบาลได้ออกกฤษฎีกาฉบับที่ 45 โดยกำหนดให้ก่อตั้งศาลศาสนาอิสลามขึ้นทุก ๆ ภูมิภาค และยังสามารถเพิ่มอำนาจพิจารณาคดีของศาลศาสนาอิสลามขึ้นอีก ซึ่งแต่เดิมศาลศาสนาอิสลามมีอำนาจพิจารณาคดีเฉพาะแต่คดีข้อโต้แย้ง เกี่ยวกับการล้มรลเท่านั้น แต่ตามกฤษฎีกาฉบับนี้ ศาลศาสนาอิสลามมีอำนาจพิจารณาคดี นอกจากคดีข้อโต้แย้ง เกี่ยวกับการล้มรลแล้วยังมีอำนาจพิจารณาคดีเกี่ยวกับการรับมรดกโดยมีพินัยกรรม (Legacy) การเป็นผู้ปกครองเด็ก (Hadanah) การบริจาคทานเพื่อชุมชน (Wagaf) การบริจาคทานโดยสมัครใจ (Sodagah)¹

ในปี ค.ศ. 1970 ได้มีกฤษฎีกาฉบับที่ 14/1970 กฤษฎีกาฉบับนี้เป็นการปรับปรุงแก้ไขมาจากกฤษฎีกาฉบับที่ 19/1964 ซึ่งนับว่ากฤษฎีกาฉบับนี้เป็นพื้นฐานของข้อกำหนดต่าง ๆ ที่เกี่ยวกับศาลศาสนาอิสลามในเวลาต่อมา กฤษฎีกาฉบับนี้ได้กำหนดให้ศาลมี 4 สาขา คือ ศาลทั่วไป ศาลทหาร ศาลศาสนาอิสลามและศาลปกครอง โดยมี Suprem court เป็นศาลสูงสุด²

จ. สถานภาพของกฎหมายอิสลามในฟิลิปปินส์

1. ลักษณะทั่วไปทางสังคมของฟิลิปปินส์ ฟิลิปปินส์ประกอบไปด้วยหมู่เกาะต่าง ๆ ถึง 7,107 มีประชากรนับถือศาสนาคริสต์นิกายโรมันคาทอลิก 83 % นิกายโปรเตสแตนต์ 9 % และพวกที่นับถือศาสนาอิสลามประมาณ 7.5 ล้านคน ซึ่งส่วนใหญ่อาศัยอยู่บนเกาะมินดาเนา พวกมุสลิมถือว่า พวกฟิลิปปินส์ที่นับถือศาสนาคริสต์เป็นพวกจักรวรรดินิยมที่เข้ามาขยายอิทธิพลในดินแดนแถบนี้ ดังนั้น สิ่งต้องขับไล่พวกนี้ออกไป ในแถบตอนใต้ของหมู่เกาะฟิลิปปินส์ส่วนใหญ่เป็นดินแดนที่อุดมสมบูรณ์ พวกคริสต์จึงนิยมอพยพไปทำมาหากินมากขึ้น ยิ่งเป็นเหตุให้มุสลิมไม่พอใจ นอกจากนั้นระบบการบริหารและราชการที่ควบคุมโดยรัฐบาลกลางก็เข้าข้างพวกคริสต์

¹ Bustanul Arifin, Administration of Shariah law in Indonesia,
p. 13.

² Ibid. p. 14.

พอใจ นอกจากนี้ระบบการบริหารและราชการที่ควบคุมโดยรัฐบาลกลางก็เข้าข้างพวกคริสต์ ทำให้พวกมุสลิมเห็นว่าพวกตนถูกกีดกันทางการปกครองและการเมือง¹ จึงก่อให้เกิดปัญหาต่าง ๆ ติดตามมา ทำให้รัฐบาลพยายามเข้าคลี่คลายปัญหาต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นในหมู่เกาะภาคใต้

2. สถานการณ์ของกฎหมายอิสลามก่อนยุคล่าอาณานิคม เมื่อพ่อค้าชาวอาหรับ ได้เดินทางมาค้าขายโดยทางทะเลจากมหาสมุทรอินเดีย อินโดนีเซีย จนถึงหมู่เกาะมินดาเนา และหมู่เกาะลูซอน เป็นที่ทราบกันดีอยู่แล้วว่าชาวอาหรับที่ทำการค้านั้น นอกจากจะทำการค้าขาย กับคนพื้นเมืองแล้วยังนำเอาคำสอนอิสลามมาเผยแพร่แก่ผู้คนตามเกาะต่าง ๆ และคนพื้นเมือง ก็เริ่มทยอยนับถือคำสอนอิสลามอย่างกว้างขวาง ในที่สุดหมู่เกาะมินดาเนาก็กลายเป็นดินแดน แห่งอิสลาม-กฎหมายอิสลาม

การปกครองในสมัยก่อนการเข้ามาของลัทธิล่าอาณานิคมนั้นมีรูปแบบการปกครอง แบบแว่นแคว้น โดยมีผู้ลัษณ์แต่ละแว่นแคว้นทำการปกครองภายในแว่นแคว้นของตัวเอง การ ตัดสินคดีต้องใช้กฎหมายอิสลามเป็นแนวทางในการตัดสินคดี เพราะประชากรส่วนใหญ่นับถือ คำสอนอิสลาม กฎหมายอิสลามจึงมีสถานะเป็นกฎหมายแห่งแว่นแคว้น เช่น ผู้ลัษณ์ Kudarat แห่งเมือง Magindanao ได้ประกาศใช้ประมวลกฎหมายอิสลามที่เรียกว่า Luwaran of Magindanao ในปี ค.ศ. 1886 กฎหมายฉบับนี้เป็นการรวบรวมหลักกฎหมายต่าง ๆ ที่สำคัญ จากสำนักกฎหมายชาฟีอี และในปี ค.ศ. 1878 ผู้ลัษณ์ Pulalun แห่งเมือง Sulu ได้ประกาศ ใช้ประมวลกฎหมายบุคคล (Principal personal law Codex) ชื่อ diwan โดยมี Agama Court เป็นผู้ใช้ทั้งกฎหมาย Luwaran และ Diwan²

ในปี ค.ศ. 1902 ผู้ลัษณ์ Jamalul kiram ll ได้ประกาศใช้ประมวลกฎหมาย ชูลูใหม่ (New Sulu Code)

¹ กระมล ทองธรรมชาติ (กัณฑ์), เอเชียความรุ้ทั่วไป, อ่างแล้ว, หน้า 198.

² Datu Michael O. Mastura, Introduction Code of Muslim Personal Laws of Philippines (Presidential Decree NO. 1083).

3. สถานการณ์ของกฎหมายอิสลามในระหว่างที่เป็นอาณานิคม ฟิลิปปินส์ใน

ระหว่างที่ตกเป็นอาณานิคมของชาติตะวันตกก่อให้เกิดผลกระทบกระเทือนต่อสถานการณ์ของกฎหมายอิสลามที่ใช้อยู่ในฟิลิปปินส์เป็นอย่างมาก กล่าวคือ มูลเหตุที่ชาติตะวันตกต้องแสวงหาอาณานิคม เพื่อจะแสวงหาทรัพยากรแล้วยังมีมูลเหตุเพื่อการเผยแผ่คริสต์ศาสนา¹ ดังนั้น เมื่อสเปน ได้ทำการยึดฟิลิปปินส์เป็นอาณานิคมได้แล้วจึงพยายามบีบบังคับให้ชาวฟิลิปปินส์หันไปนับถือศาสนา คริสต์ สเปนจัดการปกครองหมู่เกาะฟิลิปปินส์เสมือนเป็นคำสั่งกรซึ่งจะต้องให้พลเมือง เข้ารีต ให้หมด และรัฐบาลของอาณานิคมจะต้องดำเนินการให้เป็นที่พอใจสังฆนายกเสมอ² จึงนับ ได้ว่าฟิลิปปินส์เป็นคารอริกประเทศแรกในภูมิภาคนี้³

แต่อย่างไรก็ตามเฉพาะในภาคใต้ของหมู่เกาะที่มีมุสลิมอาศัยอยู่อย่างหนาแน่นเท่านั้น ที่เจ้าอาณานิคมไม่อาจจะขยายอิทธิพลไปปกครองได้⁴ แม้จะพยายามใช้กำลังปราบปราม หลายครั้งก็ไม่สำเร็จ ในที่สุดสเปนจึงต้องทำสัญญาสันติภาพกับสุลต่านแห่งเมืองซูลู ในปี ค.ศ. 1850 ซึ่งสุลต่านก็ยอมรับอำนาจของสเปนในฟิลิปปินส์⁵

ผลจากการตกเป็นอาณานิคมของประเทศตะวันตกจึงส่งผลกระทบต่อสถานการณ์ของกฎหมายอิสลามเป็นอย่างมาก อันเป็นผลสืบเนื่องมาจากนโยบายเผยแผ่คริสต์ศาสนา ทำให้มีการทำลายล้างวัฒนธรรมเก่าอิสลาม มุสลิมจึงต้องถอยร่นเข้าสู่หมู่เกาะทางภาคใต้ ทำให้กฎหมายอิสลามใช้อยู่แต่เฉพาะในหมู่เกาะทางภาคใต้เท่านั้น ดังจะเห็นได้จากสุลต่านต่าง ๆ ที่ได้ประกาศใช้กฎหมายอิสลามในเขตการปกครองของตน และกฎหมายอิสลามเหล่านี้ได้กลายเป็น

¹ เจริญ ไชยชนะ; ประวัติศาสตร์ประเทศไทย (กรุงเทพฯ : เทมบรรณกิจ, 2515), หน้า 2.

² เรื่องเดียวกัน, หน้า 47.

³ ชัยโชค ลุลศิริวงศ์, ปัญหามุสลิมในฟิลิปปินส์, มติชนรายวัน ฉบับวันที่ 3 มีนาคม 2525.

⁴ กระมล ทองธรรมชาติ (กัณฑ์), เอเชียความรุ้ทั่วไป, อ่างแล้ว, หน้า 187.

⁵ เจริญ ไชยชนะ, ประวัติศาสตร์ประเทศไทยในเอเชีย, อ่างแล้ว, หน้า 52.

มาเป็นรากฐานของกฎหมายอิสลามที่ใช้อยู่ในฟิลิปปินส์ปัจจุบัน และต่อมาฟิลิปปินส์ตกอยู่ภายใต้การปกครองของอเมริกา โดยได้รับโอนฟิลิปปินส์จากสเปน ในปี ค.ศ. 1898 ก็ได้มีพระราชบัญญัติฉบับที่ 787 เกี่ยวกับกฎหมายประเพณีของโมโร (Moro customary law)¹ ในปี ค.ศ. 1903 และ ในปี ค.ศ. 1915 ได้มีพระราชบัญญัติฉบับที่ 2520 เกี่ยวกับการใช้กฎหมายมุสลิมและประเพณี ซึ่งแสดงให้เห็นว่า แม้รัฐบาลอาณานิคมก็ต้องยอมรับการคงอยู่ของกฎหมายอิสลามในฐานะที่เป็นกฎหมายประเพณีที่ใช้กันในหมู่ประชาชนมุสลิม

4. สถานการณ์ของกฎหมายอิสลามในปัจจุบัน เนื่องจากสถานการณ์ทางการเมืองที่รัฐบาลฟิลิปปินส์กำลังเผชิญหน้าอยู่ขณะนี้ คือ ปัญหามุสลิมซึ่งมีสาเหตุมาจากทางแยกมินดาเนาที่มีประชากรที่นับถือศาสนาอิสลามประมาณ 40 % ไม่มีที่ทำกินเนื่องจากถูกพวกคริสตังแย่งที่ทำกิน นอกจากนั้นจะมีปัญหาจากเรื่องศาสนา เรื่องแยกดินแดนการก่อการร้าย จนกระทั่งมีการจัดตั้งขบวนการเพื่อการแยกมินดาเนาออกไปตั้งประเทศใหม่² ซึ่งปัญหาเหล่านี้รัฐบาลได้พยายามแก้ไขมาโดยตลอด แต่ก็ไม่ประสบความสำเร็จเท่าที่ควร สำหรับแนวทางในการแก้ไขปัญหานี้รัฐบาลได้ใช้กำลังทหารเข้าปราบปรามและใช้แนวทางการเมือง³ นอกจากนี้ประมวลกฎหมายแพ่งมุสลิมก็เป็นหนึ่งในแผนการสำหรับการปรับปรุงและพัฒนามินดาเนาและซูลู⁴ โดยถือว่าการประมวลกฎหมายแพ่งมุสลิมเป็นผลมาจากการปรับยุทธศาสตร์ของกองกำลัง

¹ สเปเนเข้าใจว่าผู้ที่นับถือศาสนาอิสลามในฟิลิปปินส์ คือ พวกมัวร์ (Moors) ที่อยู่ในสเปนซึ่งเรียกมุสลิมฟิลิปปินส์ว่า มัวร์ ต่อมาแผลงเป็นโมโร (Moro)

² ถนอม อานามวัฒน์, ประวัติศาสตร์และการวิเคราะห์เอเชียปัจจุบัน (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์อักษรพิทยาลาย, 2526), หน้า 274.

³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 275 ประธานาธิบดีมาคอรส์ให้มีการลงมติว่า 13 จังหวัดภาคใต้ของเกาะมินดาเนาว่า ต้องการปกครองตนเองหรือไม่ ในปี ค.ศ. 1977 และปลายปี ค.ศ. 1978 รัฐบาลก็ส่งกำลังทหารขนาดใหญ่เข้าปราบปรามแต่ก็ไม่ประสบความสำเร็จ

⁴ ดู Romulo M. Espaldon, Foreword, Code of Muslim Personal laws of the Philippines.

ปฏิบัติการเพื่อการปรับปรุงและพัฒนามินดาเนา (Presidential Task Force for reconstruction and development of Mindanao) เพื่อเป็นการสอดคล้องกับสังคมวิทยาทางการเมือง (Socio-political) ในขณะที่สถานการณ์ล่อแหลม¹

ในที่สุดรัฐบาลก็ได้ประกาศใช้ประมวลกฎหมายแพ่งมุสลิม (Code of Muslim Personal laws of Philippines) ในปี ค.ศ. 1977 ตามกฤษฎีกาฉบับที่ 1083 (Presidential Decree NO. 1809) นับจากที่ประกาศใช้ประมวลกฎหมายแพ่งมุสลิม ประชาชนที่นับถือศาสนาอิสลามในแถบมินดาเนาภายใต้ประมวลกฎหมายฉบับนี้ ซึ่งร่างขึ้นอย่างเป็นระบบ

5. การประมวลกฎหมายอิสลามของฟิลิปปินส์ การประมวลกฎหมายอิสลามในฟิลิปปินส์ เริ่มแรกเกิดขึ้นในเกาะซูลู ซึ่งอยู่ในระหว่างการปกครองแบบสุลต่าน (Suzerain Authority) ได้มีการประมวลกฎหมายอิสลามขึ้นชื่อ Diwan Taosug และในเกาะมินดาเนา ก็ได้ประมวลกฎหมายอิสลามที่เรียกว่า Luwaran sa Magindanao โดยการรวบรวมคำอธิบายมาจากสำนักกฎหมายชาฟีอี (Shafie madhab) โดยมีศาล Agama Court เป็นผู้พิจารณาพิพากษาคดี Agama Court เป็นระบบศาลหนึ่งที่ขึ้นอยู่กับภาคใต้ของฟิลิปปินส์ ต่อมาเมื่อได้มีการรวมหลักกฎหมายอิสลามเกี่ยวกับการสมรสเอาไว้เป็นบทบัญญัติโดยเฉพาะในประมวลกฎหมายแพ่งฉบับใหม่ของฟิลิปปินส์ และบทบัญญัติเกี่ยวกับการหย่าของมุสลิมได้รวบรวมเอาไว้ตาม Republic Act NO. 1083) หรืออีกนัยหนึ่งก็คือ Code of Muslim Personal laws of Philippines ซึ่งมีผลบังคับใช้อยู่ในปัจจุบัน ฉะนั้น เมื่อประกาศใช้ประมวลกฎหมายดังกล่าว หลักเกณฑ์ต่าง ๆ เกี่ยวกับการใช้กฎหมายอิสลามก็ต้องบังคับตามประมวลกฎหมายฉบับนี้²

¹Romulo M. Espaldon; (รัฐมนตรีว่าการกระทรวงกิจการศาสนา) คำปราศรัยในการจัดพิมพ์ประมวลกฎหมายสถานการณ์บุคคลมุสลิมฟิลิปปินส์ .

²Dutu Michael O. Mastura, Introduction, Code of muslim personal laws of Philippines (Presidential Decree NO. 1083) .



สำหรับการร่างประมวลกฎหมายฉบับดังกล่าวได้แบ่งออกเป็น 2 ระยะ คือ ในระยะที่ 1 ได้ก่อตั้งคณะกรรมการวิจัยเพื่อโครงการประมวลกฎหมายอิสลาม (The Research staff for the codification of Philippines muslim laws) ตาม Memorandum Order NO. 370 โดยคณะกรรมการนี้มีหน้าที่

- ก) สืบค้น คัดเลือกและรวบรวมหลักกฎหมายอิสลามจากแหล่งที่มาทุก ๆ แห่งเท่าที่จะหาได้
- ข) การยกร่างประมวลกฎหมายอิสลามโดยการคัดเลือกและผสมผสานกันระหว่างกฎหมายฟิลิปปินส์และกฎหมายอิสลาม
- ค) เตรียมการยกร่างเบื้องต้นเพื่อโครงการประมวลกฎหมายมุสลิมฟิลิปปินส์ซึ่งประกอบด้วยกฎหมายอิสลาม (Shariah) หลักนิติศาสตร์อิสลาม (Fiqh) และกฎหมายประเพณี (Adat) เป็นต้น

คณะกรรมการดังกล่าว ได้ร่างประมวลกฎหมายการบริหารกฎหมายอิสลามขึ้น (Code on the Administration of muslim laws)

ในระยะที่ 2 ได้ก่อตั้งคณะกรรมการเพื่อพิจารณาประมวลกฎหมายมุสลิมฟิลิปปินส์ (The Presidential Commission to review Code of Philippines muslim law) ตาม Executive Order no. 442 โดยคณะกรรมการประกอบไปด้วย

- | | |
|---|---------------|
| 1. คณะบดีสถาบันศึกษาอิสลาม | เป็นประธาน |
| 2. ผู้แทนศาลสูง | เป็นรองประธาน |
| 3. ผู้แทนกระทรวงยุติธรรม | เป็นกรรมการ |
| 4. ผู้แทนสมาคมทนายความแห่งฟิลิปปินส์ | " |
| 5. ผู้แทนศูนย์กฎหมายมหาวิทยาลัยฟิลิปปินส์ | " |
| 6. ผู้แทนเถรสภาแคทอลิกแห่งฟิลิปปินส์ | " |
| 7. นักกฎหมายอิสลามที่มีชื่อเสียง 2 นาย | " |
| 8. ผู้นำศาสนาอิสลามที่มีชื่อเสียง 2 นาย | " |
| 9. หัวหน้าโครงการ ของคณะกรรมการเพื่อการประมวลกฎหมายมุสลิม | " |

คณะกรรมการดังกล่าวมีหน้าที่พิจารณาตรวจสอบว่า ประมวลกฎหมายบริหารกฎหมายอิสลาม ที่ได้เสนอโดยคณะทำงานเพื่อการประมวลกฎหมาย (The Research Staff for the codification of Philippines muslim law) อิสลามฟิลิปปินส์¹ โดยได้วางแนวทางเป็นพื้นฐานในการทำงาน ดังนี้²

1. แม้ว่าระบบกฎหมายอิสลามจะประกอบด้วยกฎหมายแพ่ง กฎหมายอาญา รัฐศาสตร์ กฎหมายระหว่างประเทศและหลักคำสอน แต่หลักการที่จะนำเอามาประมวลนั้นจะต้อง เป็นหลักที่เป็นพื้นฐานทางสถานภาพของบุคคล
2. กฎหมายสถานภาพบุคคลจะต้อง เป็นความสัมพันธ์ที่เกี่ยวกับการประพฤติดุปฏิบัติ ภายใต้หลักกฎหมายอิสลามทั้งหมด และที่เป็นข้อห้ามตามกฎหมายอิสลามก็ยังคง เป็นข้อห้ามอยู่เช่นเดิม
3. บทบัญญัติที่มีเนื้อหายังเป็นปัญหาที่ยากจะจำแนกออกได้ จะต้องยึดถือตามหลักการพื้นฐานของรัฐและรายละเอียดจากผู้พิพากษาเท่านั้น
4. คำสอนต่าง ๆ ที่จะนำมาประมวลนั้น จะต้องไม่ขัดแย้งกับหลักการตามรัฐธรรมนูญฟิลิปปินส์ และ
5. คำสอนนั้นจะต้องเป็นไปตามคำอธิบายของ 4 สำนักกฎหมาย³

¹Executive order No. 442 Creating the Presidential commission to review the code of Philippine muslim laws.

²จากรายงานของคณะกรรมการพิจารณาตรวจสอบประมวลกฎหมายมุสลิมฟิลิปปินส์ เมื่อ 29 สิงหาคม 1975.

³4 สำนักกฎหมาย คือ 1. สำนักกฎหมายฮานาฟี 2. สำนักกฎหมายมาลิกี 3. สำนักกฎหมายชาฟีอี 4. สำนักกฎหมายฮัมบาลีย์.

แต่อย่างไรก็ตาม สำนักกฎหมายที่ใช้อยู่ในฟิลิปปินส์ส่วนใหญ่ คือ สำนักกฎหมายชาฟีอี สำนักกฎหมายอื่นจึงไม่ได้รับการพิจารณาจากร่างประมวลกฎหมาย

ข. สถานการณ์กฎหมายอิสลามในประเทศไทย

ประเทศไทยแม้จะไม่ได้ตกเป็นอาณานิคมของชาติตะวันตกเหมือนชาติอื่น ๆ ในเอเชียก็ตาม แต่ประเทศไทยก็ได้รับผลกระทบจากลัทธิล่าอาณานิคมไม่ยิ่งหย่อนกว่าชาติอื่น ๆ ซึ่งเป็นเหตุให้ประเทศต้องปรับปรุงรูปแบบในการปกครองประเทศให้ทันสมัยและให้สอดคล้องกับสถานการณ์ต่อการคุกคามของลัทธิล่าอาณานิคม สิ่งส่งผลกระทบต่อกฎหมายอิสลามที่เคยใช้อยู่ในบริเวณจังหวัดชายแดนภาคใต้ที่มีชายแดนติดกับประเทศมาเลเซียซึ่งได้ตกเป็นอาณานิคมของอังกฤษ ดังนั้น การใช้กฎหมายอิสลามจึงขึ้นกับนโยบายและรูปแบบของการปกครองของรัฐที่มีต่อบริเวณที่เรียกว่า จังหวัดชายแดนภาคใต้ สถานภาพของกฎหมายอิสลามจึงอาจแบ่งออกเป็น 3 ยุค คือ

1. สถานการณ์ของกฎหมายอิสลามในยุคสุโขทัย อโยธยาและกรุงรัตนโกสินทร์ตอนต้น

ในยุคนั้นนโยบายด้านการปกครองต่อบริเวณที่เรียกว่า จังหวัดชายแดนภาคใต้เป็นรูปแบบหัวเมืองประเทศราช คือ ไทยได้หัวเมืองเหล่านั้นมาในลักษณะที่เป็นเมืองขึ้น ใช้หลักการปกครองโดยไม่ได้ส่งคนไปปกครอง แต่ให้ปกครองกันเองเพียงแต่ต้องแสดงความจงรักภักดีต่อไทยทุกปี¹ แต่ละหัวเมืองจะทำการปกครองตนเอง และบริหารกิจการทั้งหลายด้วยความเป็นอิสระเด็ดขาดจากการปกครองของไทย² การปกครองแต่ละหัวเมือง เจ้าเมืองมีอำนาจในการปกครองตามขนบธรรมเนียม³ ซึ่งก็หมายถึงเป็นการปกครองเมืองตามหลักการของคำสอนอิสลามนั่นเอง เพราะเจ้าเมืองและประชาชนเกือบทั้งหมดนับถือคำสอนอิสลาม การตัดสินใจความก็อยู่ในอำนาจของเจ้าเมือง ก็ต้องเป็นไปตามหลักกฎหมายอิสลามที่ใช้อยู่ในหัวเมืองเหล่านั้น กฎหมายอิสลามในขณะนั้นจึงมีฐานะเป็นตัวกำหนดความสัมพันธ์ของประชากรในหัวเมืองเหล่านั้น

¹ ลีชิต ธีรเวคิน, ชนกลุ่มน้อยในประเทศไทย (กรุงเทพมหานคร: แพรวพินทยา 2521), หน้า 224 (อ้างจากเอกสารกองประสานราชการ กรมการปกครอง, เรื่องเกี่ยวกับจังหวัดชายแดนภาคใต้, โรงพิมพ์ส่วนท้องถิ่น, กรมการปกครอง 2521, หน้า 2)

² เรื่องเดียวกัน.

³ วุฒิชัย มุลศิลา กับ สัมโชติ อ่องสกุล (บรรณาธิการ), มรดกแห่งกบฏ : วิเคราะห์เปรียบเทียบเอกสารทางวิชาการของลัทธิคอมมิวนิสต์และเคราะห์แห่งประเทศไทย (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์แสงรุ่งการพิมพ์ 2524), หน้า 363.

โดยที่รัฐบาลกลางไม่ได้นำเอาหลักกฎหมายแพ่งที่ใช้ยู่ทั่ว ๆ ไปมาบังคับใช้ในหัวเมืองเหล่านี้
อย่างไรก็ตามภายหลังจากเหตุการณ์ก่อความวุ่นวาย ในปี พ.ศ. 2374-2375 ในสมัยพระบาท
สมเด็จพระนั่งเกล้า ได้ดำเนินการควบคุมการปกครองหัว เมืองปัตตานีและไทรบุรีให้รัดกุมยิ่งขึ้น
โดยเฉพาะกฎหมายการตัดสินคดีความ ดังปรากฏในพงศาวดารเมืองปัตตานี ว่า " ...คดี
ถ้อยความที่ปรับไหมหรือตัดสินก็ใช้ตามพระราชกำหนดกฎหมายสยามทั้งสิ้น"¹ ซึ่งนับว่ารัฐบาล
ได้เข้ามาทำการปรับปรุงการใช้อกฎหมายในหัวเมืองเหล่านี้ ส่วนการใช้อกฎหมายอิสลามก็ยังคง
มีอยู่ แม้ต่อมาจะได้มีการปรับปรุงแนวทางการปกครองหัวเมืองเหล่านี้ใหม่ รัฐบาลก็ยังคงให้
ใช้อกฎหมายอิสลามอยู่เช่นเดิม ซึ่งต่อมาได้กลายมาเป็นรากฐานที่สำคัญของการใช้อกฎหมาย
อิสลามในประเทศไทย

2. สถานการณ์ของกฎหมายอิสลามในยุคปฏิรูปการปกครองในรัชกาลที่ 5 เนื่องจาก
สถานการณ์การปกครองในสมัยนั้นยังคงล้าสมัยไม่เหมาะสมกับสภาวะการณที่เปลี่ยนแปลงไป
และจากการคุกคามของมหาอำนาจตะวันตกในยุคล่าอาณานิคม ทำให้ต้องมีการปฏิรูปการปกครอง
ในรัชกาลที่ 5 ผลจากการปฏิรูปการปกครอง ก่อให้เกิดผลกระทบต่อกฎหมายอิสลามที่ใช้ยู่ใน
บริเวณจังหวัดภาคใต้ในขณะนั้น ดังนี้

ก) การใช้อกฎหมายอิสลามในระยะแรก การดำเนินการในระยะนี้รัฐมี
นโยบายเกี่ยวกับการใช้อกฎหมายอิสลามโดยการตัดสินคดีความยังคงให้เจ้าเมืองมีอำนาจใน
การตัดสินคดีต่าง ๆ ตามกฎหมายประเพณีอิสลาม เว้นแต่คดีที่มีโทษถึงประหารชีวิตหรือรับทรัพย์
เจ้าเมืองต้องขอพระบรมราชานุญาตเหมือนหัวเมืองชั้นในเสียก่อน และคดีที่มีการอุทธรณ์ต้องส่ง
ให้ข้าหลวงพิจารณา²

¹ วุฒิชัย มุลสิลี กับ สัมโชติ อ่องสกุล. (บรรณาธิการ), มลลเทศาภิบาล
วิเคราะห์เปรียบเทียบเอกสารทางวิชาการของสมาคมสังคมสงเคราะห์แห่งประเทศไทย, อ่างแล,
หน้า 354 (อ้างอิงจากพระยาวิเชียรคีรี, พงศาวดารเมืองปัตตานี, ประชุมพงศาวดารฉบับ
หอสมุดแห่งชาติ เล่ม 2 ก้าวหน้า 2507 หน้า 22).

² เรื่องเดียวกัน, หน้า 363.

จากแนวนโยบายดังกล่าว แสดงให้เห็นว่ารัฐได้ให้ความสำคัญในการนำเอากฎหมายอิสลามมาบังคับใช้ในชุมชนมุสลิม เพื่อเป็นการประสานหลักการปกครองแบบใหม่ให้เข้ากับธรรมเนียมเดิมของท้องถิ่นอย่างระมัดระวัง โดยมีการเปลี่ยนแปลงกฎหมายหรือขนบธรรมเนียมแบบแผนในหัวเมืองเหล่านี้้อย่างค่อยเป็นค่อยไป¹ อย่างไรก็ตาม รัฐก็ได้พยายามจะเข้ามาจัดระเบียบการใช้กฎหมายอิสลามให้มีระเบียบแบบแผนและยุติธรรมมากขึ้น² โดยให้มีคณะผู้พิพากษาทำการพิจารณาตัดสินคดีตามกระบวนการยุติธรรมสมัยใหม่ แต่คดีที่เกี่ยวกับสักคิคำสอนอิสลามให้พิจารณาตามหลักกฎหมายอิสลาม³ โดยไม่ได้ทำการยกเลิกศาลโตะกาสิแต่ได้มีการแก้ไขด้วยการเลือกอาจารย์คำสอนอิสลามที่มีคนนับถือมาก เป็นตะโตะยุติธรรมขึ้นไว้คณะหนึ่งราว 20 คน ถ้าคนนับถือคำสอนอิสลามเป็นความกัน หรือเป็นจำเลยในคดีที่ต้องตัดสินด้วยกฎหมายทางคำสอน คือ ความผิดเมีย ความมรดก ให้คู่ความเลือกตะโตะยุติธรรมที่ตั้งไว้เป็นอนุญาโตตุลาการฝ่ายละคนหรือหลายคนตามตกลง มานั่งชำระและตัดสินคดีความในศาลทั่วไป แต่ถ้าคู่ความเป็นไทยพุทธหรือคตินี้ประเภทอื่น ศาลทั่วไปจะเป็นผู้ชำระและตัดสินคดีตามกฎหมายบ้านเมือง⁴

ข) การใช้กฎหมายอิสลามในระยะที่ 2 เมื่อการเข้าไปจัดการบริเวณ 7 หัวเมืองในตอนแรกไม่ประสบความสำเร็จตามความมุ่งหมาย รัฐบาลกลางจึงเปลี่ยนวิธีการ

¹ วุฒิชัย มุลศิลป์ กับ สุ่มโชติ อ่องสกุล (บรรณาธิการ), มณฑลเทศาภิบาล วิเคราะห์เปรียบเทียบเอกสารทางวิชาการของสมาคมสังคมนักวิเคราะห์แห่งประเทศไทย, อังแล้ว หน้า 364.

² เรื่องเดียวกัน, หน้า 366 (อ้างจากสมเด็จพระยาดำรงราชานุภาพ ประวัติพระยายมราช (ปั้น ลู่ขุม) ในประวัติเจ้าพระยามหาเสนา เจ้าพระยาบดินทร์เดชา เจ้าพระยา ยมราช, คุรุสภา 2518 หน้า 108-109).

³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 343.

⁴ พิพัฒน์ จักรางกูร, "กฎหมายอิสลาม", การสัมมนาการใช้กฎหมายอิสลามในเขต จังหวัดปัตตานี นราธิวาส ยะลาและสตูล, กระทรวงยุติธรรม, 2525, หน้า 307 (คัดจาก บทบัญญัติ เล่ม 28 ตอน 1 พ.ศ. 2514).

จัดการใหม่โดยให้ข้อบังคับใช้สำหรับปกครองบริเวณ 7 หัวเมือง ร.ศ. 120 เพื่อกำหนดนโยบายให้แน่ชัดลงไป และเพื่อให้เจ้าเมืองอิสลามทั้งหลายได้รู้ว่า รัฐบาลจะเข้าไปดำเนินการให้เกิดการเปลี่ยนแปลงบริเวณ 7 หัวเมืองมากน้อยเพียงไร

ผลจากการประกาศใช้กฎข้อบังคับสำหรับปกครองบริเวณ 7 หัวเมือง ก่อให้เกิดผลต่อการใช้กฎหมายอิสลาม คือ

1) กฎข้อบังคับสำหรับปกครองบริเวณ 7 หัวเมือง ร.ศ. 120 ว่าด้วยการศาลโดยได้กำหนดข้อบังคับเกี่ยวกับกิจการศาลในบริเวณ 7 หัวเมือง ดังนี้

ว่าด้วยการโรงศาล

ข้อ 30 ให้ใช้พระธรรมนูญศาลหัวเมืองรัตนโกสินทร์ คก 114 ในบริเวณนี้ วันคำว่า "ศาลมณฑล" ให้เข้าใจว่า "ศาลบริเวณ" แลคำ "ข้าหลวงเทศาภิบาล" ให้ใช้คำว่า "ข้าหลวงใหญ่ประจำบริเวณ" แลการที่ตั้ง หรือจะเลื่อน หรือจะเปลี่ยนผู้พิพากษาในบริเวณ 7 หัวเมืองตามความที่ไว้ไว้ในมาตรา 10 ของพระธรรมนูญหัวเมือง ร.ศ. 114 นั้น ให้ถือว่าเป็นหน้าที่ของเสนาบดีกระทรวงมหาดไทย จะนำความกราบบังคมทูล และให้ข้าหลวงใหญ่ประจำบริเวณเข้าไปบอกในการที่เกี่ยวข้อง หรือเลื่อน หรือเปลี่ยนผู้พิพากษาในบริเวณมายังเสนาบดีกระทรวงมหาดไทย

ข้อ 31 ให้มีศาลเป็น 3 ชั้น คือ

1. ศาลบริเวณ
2. ศาลเมือง
3. ศาลแขวง

และให้ผู้พิพากษาสำหรับศาลเหล่านี้เพื่อพิจารณาพิพากษาคดีตามพระราชกำหนดกฎหมาย

ข้อ 32 ให้ใช้พระราชกำหนดกฎหมายทั้งปวง ในความอาญาแลความแพ่ง แต่ความแพ่งซึ่งเกี่ยวข้องกับศาสนาอิสลามเรื่องผิวเมียก็ดี แลเรื่องมรดกก็ดี ซึ่งคนนับถือศาสนาอิสลามเป็นทั้งโจทก์ จำเลย หรือเป็นจำเลย ให้ใช้กฎหมายอิสลามในการพิจารณาแลพิพากษา แลให้โต๊ะกาฎีซึ่งเป็นผู้รู้แลเป็นที่นับถือศาสนาอิสลาม เป็นผู้พิพากษาตามกฎหมายอิสลามนั้น¹

¹ คัดเฉพาะแต่ข้อความที่เกี่ยวกับการใช้กฎหมายอิสลามลักษณะครอบครัวมรดก

ข้อบังคับสำหรับปกครองบริเวณ 7 หัวเมือง ร.ศ. 120 ได้ประกาศใช้ในวันที่ 10 ธันวาคม ร.ศ. 120 หรือ พ.ศ. 2444 ซึ่งนับว่าเป็นกฎหมายของรัฐบาลฉบับแรกที่ได้กำหนดรูปแบบการใช้อีกกฎหมายอิสลามเอาไว้อย่างชัดเจน คือ นอกจากจะได้ก่อตั้งศาลขึ้นเพื่อพิจารณาคดีตามตัวบทกฎหมายทั่ว ๆ ไปโดยอยู่ภายใต้การดูแลของเสนาบดีกระทรวงมหาดไทย และยังได้กำหนดให้ใช้อีกกฎหมายอาญาและกฎหมายแพ่งมาบังคับใช้บริเวณ 7 หัวเมืองเหมือนส่วนอื่น ๆ ของประเทศ เว้นแต่คดีแพ่งที่เกี่ยวข้องด้วยครอบครัวมรดก ซึ่งผู้ที่นับถือศาสนาอิสลามเป็นทั้งโจทก์จำเลย หรือเป็นจำเลย จึงเป็นการกำหนดขอบเขตการใช้อีกกฎหมายอิสลามเฉพาะในเรื่องครอบครัวมรดก และคู่ความนับถือศาสนาอิสลามเป็นทั้งโจทก์และจำเลย โดยมีโต๊ะกาฎีซึ่งเป็นผู้เชี่ยวชาญในกฎหมายอิสลามเป็นผู้ตัดสิน ซึ่งเดิมก่อนประกาศใช้กฎข้อบังคับสำหรับปกครองบริเวณ 7 หัวเมือง ร.ศ. 120 นั้น การใช้อีกกฎหมายอิสลามยังไม่มีขอบเขตที่แน่นอน เป็นเพียงแต่รัฐได้ยอมให้เจ้าเมืองนำเอากฎหมายอิสลามมาพิจารณาคดีที่เกี่ยวกับลัทธิศาสนาอิสลาม

การประกาศใช้กฎข้อบังคับสำหรับปกครองบริเวณ 7 หัวเมือง ที่เกี่ยวกับการโรงศาล แสดงให้เห็นนโยบายของรัฐในยุคนั้นที่จะให้มีการนำเอากฎหมายอิสลามมาบังคับใช้แก่ประชาชนพลเมืองที่นับถือศาสนาอิสลามในบริเวณ 7 หัวเมือง เพื่อให้ประชาชนเหล่านี้ได้บำเพ็ญลัทธิศาสนาโดยเลื่อมใส

2) สารตราของกระทรวงยุติธรรมที่ 30 /4353 จังหวัดสุตูล ซึ่งไม่ได้อยู่ในบริเวณ 7 หัวเมืองจึงไม่อาจนำเอากฎข้อบังคับสำหรับปกครองบริเวณ 7 หัวเมืองว่าด้วยการโรงศาลมาบังคับใช้ ในด้านเกี่ยวกับการศาล สุตูลก็เป็นจังหวัดหนึ่งที่มีชาวอิสลามเป็นจำนวนมาก เดิมสุตูลเคยมีศาลเกี่ยวกับศาสนา แต่ถูกยุบไป อิสลามศาสนิกจึงไม่ยอมขึ้นศาลในคดีที่เกี่ยวข้องกับครอบครัวมรดกโดยอ้างว่า แม้ศาลไทยจะพิจารณาคดีไปแล้วก็ตามทางศาสนาของเขาไม่ถือว่าเป็นคำวินิจฉัยที่สมบูรณ์ ด้วยเหตุดังกล่าว พระยาฉันทรัฐบุรินทร์ผู้ว่าราชการจังหวัดสุตูล จึงเสนอความเห็นไปยังสมุหเทศาภิบาลสำเร็จราชการมณฑลสุทลุง ซึ่งสมัยนั้นสุตูลขึ้นอยู่กับมณฑลสุทลุง¹ ขอให้มีการศาลทางศาสนา เช่นเดียวกับกฎข้อบังคับ สำหรับ

¹ จังหวัดสุตูล ในรัชกาลพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว สุตูลขึ้นกับมณฑลไทรบุรี ครั้นต่อมาเมื่อ พ.ศ. 2452 ไทยทำหนังสือสัญญากับอังกฤษ ยอมล่ออำนาจปกครอง



ปกครองบริเวณเจ็ดหัวเมือง¹

ต่อมาในปี พ.ศ. 2460 ได้มีสารตราที่ 30/4353² ลงวันที่ 24 กันยายน พ.ศ. 2460 รongเสนาบดีกระทรวงยุติธรรมดำเนินการตามกระแสพระบรมราชโองการ—

เหนือมณฑล มลายู คือไทรบุรี กลันตัน ตรังกานูและปะลิสให้แก่อังกฤษ คงเหลือสตูลเพียง เมืองเดียวที่ยังอยู่ในราชอาณาจักรไทย สิงคโปร์เกล้า ให้สตูลรวมอยู่ในมณฑลภูเก็ต เมื่อวันที่ 6 สิงหาคม พ.ศ. 2452 และต่อมาในรัชกาลพระบาทสมเด็จพระปกเกล้าเจ้าอยู่หัว ฝืนถนนหลวงและทางรถไฟติดต่อไปมากับจังหวัดสงขลา ได้ละดวงกว่าที่จะไปมากับจังหวัดภูเก็ต สิงคโปร์เกล้า ให้สตูลรวมอยู่ในมณฑลนครศรีธรรมราช ซึ่งตั้งที่ทำการอยู่ที่จังหวัดสงขลา เมื่อปี พ.ศ. 2468

¹พิพัฒน์ สักราญฎ, กฎหมายอิสลาม, อ่างแล้ว, หน้า 308.

²สารตรามหาอำมาตย์เอก เจ้าพระยาอภัยราชมหายุติธรรม เสนาบดีกระทรวงยุติธรรม ถึงนายพลโทพระยาลูรินทรราชา ลุ่มหเทศคำภิบาลสำเร็จราชการมณฑลภูเก็ต

ด้วยมีพระบรมราชโองการดำรัสเหนือเกล้าฯ สั่งว่า จังหวัดสตูลมีราษฎรพลเมือง เป็นผู้ถือศาสนาอิสลามอาศัยอยู่เป็นอันมาก มีพระราชประสงค์จะทำการบำรุงให้ได้บำเพ็ญ ศาสนาอันดีโดยเสด็จอภาคมิได้สำเร็จดังนี้ เป็นพระราชกรณียกิจอันสืบมาแต่โบราณมหากษัตริย์ สิงได้มีพระราชบัญญัติไว้ว่า ถ้าบุคคลผู้ถือศาสนาอิสลามพิพาทกันด้วยความแพ่งลักษณะฝ่าฝืน และทรัพย์สินรกรกให้ตุลาการพิจารณาคดีและบังคับคดีโดยสิทธิประเพณีอิสลามตามคัมภีร์ โทหฺร่านพระมหะหมัดนั้น ดังปรากฏในกระทรวง หลวงกักตวิจรรย์ตุลาการ กรมท่าขวา ขึ้น แต่จุฬาราชมนตรีนั้นสืบมา และมุสลิมเป็นกระบวนพิจารณาความแพ่งได้โปรดเกล้าให้ขยายออกมาบังคับใช้ทั่วพระราชอาณาเขตคาบสมุทรมลายูบักนี้ได้ ซึ่งมีราษฎรพลเมืองนับถือศาสนาอิสลาม อยู่หนาแน่น ให้ตั้งตำแหน่ง โต๊ะกาตีเป็นผู้บังคับคดีตามประเพณีนิยมนั้น พระราชบัญญัตินี้ให้คงรักษา ไว้มิให้เพิกถอน ควรแต่จะผันผ่อนวางวิธีเลือกสรรตั้งตำแหน่งกาตีให้ลงเป็นระเบียบ ดังนี้ คือ

ข้อ 1 โต๊ะกาตีผู้ปรับบทโทหฺร่านควรได้ลุ่มมตินิยมของราษฎรชาวมุสลิมในแขวง นั้น เป็นกอบปรด้วยวิญญูควรแก่เคารพนับถือในฐานะผู้ใหญ่ เป็นผู้กอบปรด้วยคุณวิญญูสามารถในคัมภีร์

ให้ขยายการใช้กฎหมายอิสลามไปถึงจังหวัดลุล

นับแต่นั้นมาการใช้กฎหมายอิสลามในจังหวัดลุลก็เป็นไปตามหลักเกณฑ์ของสารตราที่ 30/4353 ของกระทรวงยุติธรรม โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อเป็นการขยายการบังคับใช้กฎหมายอิสลามออกไปทั่วพระราชอาณาเขตคาบสมุทรมาเลย์บงกซ์ใต้ซึ่งมีประชาชนนับถือศาสนาอิสลามอย่างหนาแน่น เพื่อจะได้ให้มุสลิมบำเพ็ญลัทธิศาสนาโดยเสมอกาก ซึ่งเป็นพระราชกรณียของพระมหากษัตริย์ไทยสืบมาแต่โบราณ

สารตราฉบับนี้ได้กำหนดหลักเกณฑ์ในการใช้กฎหมายอิสลามเอาไว้ ดังนี้

1. ได้กำหนดคุณสมบัติของผู้ที่จะดำรงตำแหน่งตะโต๊ะยุติธรรมเอาไว้ โดยกำหนดคุณสมบัติเอาไว้ว่า ต้องเป็นผู้ที่ประชาชนอิสลามนับถือ เป็นผู้ก่อปรด้วยวิญญูธรรมแก่การเคารพ

โกหร่านโดยสมควร เป็นผู้มีความรักต่อใต้ฝ่าละลองธุลีพระบาท และสมัครรักดีต่อราชการของพระเจ้าอยู่หัวดังนี้ เป็นลักษณะสำคัญที่พระยาสุเมหเทศาธิบดีบอกลงเข้าไปว่า ได้ปรึกษาหารือพร้อมด้วยผู้ราชการจังหวัดเห็นว่า หะยีเต็น 1 หะยีฮัน 1 กอปรด้วยคุณวิญญูสามารถเป็นที่ประชาชนพลเมืองนิยมนับถืออยู่เป็นอันมากเห็นปานดังนั้น สมควรที่จะเลือกสรรเอาขึ้นตั้งไว้ในหน้าที่ตุลาการฝ่ายอิสลามได้นั้น ทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ พระราชทานพระบรมราชานุญาตแล้ว

ข้อ 2 แต่ที่สืบไปให้เรียกตำแหน่งตุลาการนี้ว่า ตะโต๊ะยุติธรรม เทียบค่าเสนายุติธรรมในมณฑลพายัพพื้นที่เฉพาะเป็นกาที่ผู้ปรับบทโกหร่าน เป็นตุลาการบังคับแห่งประเพณีอิสลามเทียบอำนาจศาลแขวงในพระธรรมนูญศาลยุติธรรม มาตรา 25 อยู่ในบังคับบัญชาของศาลมณฑลฎ กัดได้ครอบงำทั่วไป

ข้อ 3 อำนาจตะโต๊ะยุติธรรมนี้ได้ฟังจำกัดว่า บังคับได้แต่คดีบุคคลผู้ถือศาสนาอิสลามพิพาทกันด้วยความแห่งลักษณะผิวเมียและทรัพย์สินมรดก อันจะฟังยกบทโกหร่านขึ้นปรับได้โดยชอบด้วยขบวนการพิจารณานอกจากที่จะว่ากล่าว เปรียบเทียบคดีนั้น ๆ ให้ตะโต๊ะยุติธรรมทำคำตัดสินลงข้อแต่ 2 นาย หรือพร้อมด้วยผู้พิพากษาศาลจังหวัดรวมเป็น 2 นาย ซึ่งบังคับเป็นคำพิพากษาคดีแห่งประเพณีอิสลามได้ และคู่ความฟังอุทธรณ์ฎีกาได้เป็นลำดับตามพระราชกำหนดกฎหมายให้พระยาสุเมหเทศาธิบดีราชากับพระพิพัยศาลัตรราชลัทธิราชการตามกระแสพระบรมราชโองการนี้

นับถือในฐานะผู้ใหญ่มีความรอบรู้ในหลักกฎหมายอิสลามและมีความจงรักภักดีต่อแผ่นดิน เป็น
ตุลาการพิจารณาคดีแพ่ง ประเพณีอิสลาม

2. การใช้กฎหมายอิสลามมีเขตอำนาจพิจารณาคดีเฉพาะคดีแพ่งลักษณะผิว เมียและ
มรดกโดยตะโตะยุติธรรมที่ตัดสินนั้นต้องลงชื่อในคำพิพากษา 2 คน หรือพร้อมกับผู้พิพากษาคำล
จังหวัดรวมเป็น 2 คน

3. คดีที่จะต้องบังคับตามหลักกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวมรดกนั้น คู่ความจะ
ต้องนับถือศาสนาอิสลาม

4. การอุทธรณ์ ฎีกา สามารถทำได้ตามกฎหมาย

นับว่าสำรตราฉบับนี้เป็นการเพิ่มเติมการใช้กฎหมายอิสลามตามบทบัญญัติของกฎข้อ
บังคับบริเวณเจ็ดหัวเมือง ร.ศ. 120 กล่าว คือ

1. ได้ขยายการใช้กฎหมายอิสลามให้ครอบคลุมไปถึงจังหวัดสตูล ซึ่งเดิมตามกฎ
ข้อบังคับสำหรับปกครองบริเวณเจ็ดหัวเมืองนั้น ใช้เฉพาะจังหวัดปัตตานี นราธิวาส และยะลา
ซึ่งนับว่าได้ก่อให้เกิดความไม่เสมอภาคแก่ผู้กันับถือศาสนาอิสลามซึ่งมีภูมิลำเนาอยู่ในจังหวัด
ใกล้เคียงกับบริเวณเจ็ดหัวเมืองเป็นอย่างมาก เช่น ผู้กันับถือศาสนาอิสลามที่มีภูมิลำเนาอยู่ใน
จังหวัดสตูลไม่สามารถร้องขอให้ศาลากฎหมายอิสลามใช้พิพากษาคดีผิว เมียและมรดกได้

2. ได้กำหนดให้คดีแพ่งลักษณะผิว เมียและมรดกที่จะพิจารณาตามหลักกฎหมาย
อิสลามนั้น คู่ความจะต้องนับถือศาสนาอิสลามซึ่ง เดิมตามกฎข้อบังคับสำหรับปกครองบริเวณเจ็ด
หัวเมืองนั้นเพียงแต่คู่ความที่เป็นจำเลยนับถือศาสนาอิสลามก็สามารถบังคับตามหลักกฎหมาย
อิสลามได้ ซึ่งก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมแก่ผู้กันับถือศาสนาอื่นแต่มาสมรสกับผู้กันับถือศาสนา
อิสลามหรือเกี่ยวพันทางครอบครัวมรดกกับผู้กันับถือศาสนาอิสลาม

3. ได้กำหนดคุณสมบัติของผู้ที่จะดำรงตำแหน่งตะโตะยุติธรรมเพิ่มขึ้น ซึ่งเกิดตาม
กฎข้อบังคับสำหรับปกครองบริเวณ 7 หัวเมืองได้กำหนดคุณสมบัติของผู้ที่จะมาดำรงตำแหน่ง
ตะโตะยุติธรรมเพียงแต่เป็นผู้กันับถือศาสนาอิสลามและรู้กฎหมายอิสลามก็พอแล้วซึ่งแสดงให้เห็น
ว่าทางราชการสมัยนั้นไม่ได้เพ่ง เล็งถึงคุณสมบัติของผู้ที่จะมาดำรงตำแหน่งตะโตะยุติธรรม¹

¹วิศิษฎ์ ลิมานนท์, "ตะโตะยุติธรรม" การสมมนาการใช้กฎหมายอิสลามในเขต
จังหวัดปัตตานี ยะลา นราธิวาสและสตูล, กระทรวงยุติธรรม 2525, หน้า 353.

3) การกำหนดอายุความมรดก ระหว่างคนถือคำสั่งนำอิสลามตามหลักกฎหมายอิสลามไม่มีบัญญัติถึงอายุความมรดกในระหว่างใช้กฎข้อบังคับสำหรับปกครองบริเวณ 7 หัวเมือง ร.ศ. 120 นั้นจึงได้ประกาศความยุ่งยากในเรื่องกำหนดอายุความเพราะตามประเพณีของแต่ละเมืองนั้นอายุความมากบ้างน้อยบ้างไม่เท่ากันเป็นการยุ่งยากแก่คู่ความและตะโต๊ะยุติธรรมในการพิจารณาคดี จึงได้ประกาศของเสนาบดีกระทรวงมหาดไทยโดยกำหนดอายุความสำหรับมรดกระหว่างมิสลิมเอาไว้ 1 ปีนับแต่วันเจ้ามรดกถึงแก่ความตายถ้าพันกำหนด 1 ปีห้ามมิให้ศาลรับไว้พิจารณา¹ ฉะนั้นคดีมรดกที่ฟ้องร้องต่อศาลตั้งแต่วันที่ 1 พฤศจิกายน พ.ศ. 2448 ต้องถืออายุความมรดก 1 ปี

4) อำนาจและวิธีที่ตะโต๊ะยุติธรรมพิจารณาคดีครอบครัวมรดก ในศาลมณฑลปัตตานี วิธีการจัดการคดีที่เกี่ยวข้องด้วยคำสั่งนำอิสลามในศาลมณฑลปัตตานี คือ

¹ ประกาศกำหนดอายุความมรดกในระหว่างคนถือคำสั่งนำอิสลาม

พระเจ้าน้องยาเธอกรมหลวงดำรงราชานุภาพ เสนาบดีกระทรวงมหาดไทย รับพระราชโองการใส่เกล้าฯทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯให้ประกาศทราบทั่วกันว่า

1. ด้วยความมรดกในระหว่างคนถือคำสั่งนำอิสลาม ซึ่งได้ทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ ให้ตะโต๊ะกาสิ เป็นอนุญาตโตตุลาการชำระอยู่ตามคำสั่งนำอิสลามนั้น กำหนดอายุความว่าเท่าใดปีสิ่งจะฟ้องร้องกันได้และเท่าใดปีสิ่งจะพันกำหนด ข้อนี้ตามประเพณีที่เป็นอยู่บางเมืองก็มีมากปี บางเมืองก็น้อยปี ไม่เสมอกันเป็นการยากแก่ผู้คิดและตะโต๊ะกาสิที่เป็นตุลาการอยู่

2. ข้าหลวงใหญ่ประจำบริเวณซึ่งได้ประชุมตะโต๊ะกาสิและโต๊ะอิหม่ามรวม 41 นาย ณ ที่ศาลบริเวณเมืองตานีเมื่อวันที่ 16 มิถุนายน ค.ศ. 122 ตกลงเห็นชอบพร้อมกันว่าควรกำหนดอายุความมรดกไว้เพียง 1 ปีถ้วน

3. เพราะฉะนั้นบรรดาความมรดกที่จะว่ากล่าวกันในเวลานี้ ให้ว่ากล่าวกันตามกำหนดอายุความตามประเพณีบ้านเมืองซึ่งมีมาแต่เดิม แต่ความมรดกที่จะฟ้องร้องต่อศาลตั้งแต่วันที่ 1 พฤศจิกายน ค.ศ. 124 ต่อไป ให้ศาลถือกำหนดอายุความว่ากล่าวกันได้แต่ภายในกำหนด 1 ปี นับแต่วันผู้ตายได้ตายไป ถ้าพันกำหนด 1 ปี ห้ามมิให้ศาลรับไว้พิจารณา

1. ต้องเป็นคดีที่เกี่ยวข้องครอบครัวมรดก
2. โจทก์ จำเลย ทั้งสองฝ่ายหรือแต่จำเลยฝ่ายเดียว เป็นผู้ขับไล่คำสนาอิสลาม
3. การยื่นฟ้องคดี โดยปกติแล้วคดีความทุกอย่างจะต้องดำเนินการฟ้องร้องที่ศาล

บ้านเมืองแต่ถ้าเป็นคดีที่เกี่ยวข้องด้วยคำสนาอิสลาม เมื่อศาลรับฟ้องแล้วส่งคำฟ้องให้แก่จำเลย เมื่อจำเลยยื่นคำให้การ ศาลมีความเห็นว่า เป็นคดีเกี่ยวกับครอบครัวมรดกซึ่งจะต้องพิจารณา คำสนาอิสลามแล้ว ศาลจึงบังคับให้โจทก์ จำเลย เลือกตะโตะยุติธรรมที่ข้าหลวงเทศาภิบาล ได้ประชุมเลือกตั้งไว้สำหรับเมือง เป็นอนุญาโตตุลาการพิจารณาคดี อนุญาโตตุลาการต้องทำการพิจารณาคดีในศาลบ้านเมืองโดยโจทก์ จำเลย จะเลือกตะโตะยุติธรรมต่างกันหรือคนเดียวกัน ก็ได้ และศาลต้องส่งสำนวน เรื่องนั้นไปให้ตะโตะยุติธรรม ตะโตะยุติธรรมที่ถูกเลือกจึงมีอำนาจพิจารณาคดี เรื่องนั้น เมื่อพิจารณาตัดสินเสร็จแล้วต้องส่งสำนวนคืนมายังศาลบ้านเมืองก็เป็นหมดหน้าที่ของตะโตะยุติธรรม ส่วนผู้พิพากษาเมื่อได้รับสำนวนความจากตะโตะยุติธรรมแล้ว ผู้พิพากษาต้องบังคับคดีนั้นตลอดไปไม่เกี่ยวกับตะโตะยุติธรรม¹

จะเห็นว่า การพิจารณาคดีในคดีครอบครัวมรดกโดยตะโตะยุติธรรมนั้นต้องกระทำในนามของศาลบ้านเมือง

5) ตะโตะยุติธรรม ตะโตะยุติธรรมหรือในภาษามาเลย์ เรียกว่า

โตะ-กอฎี หมายถึงผู้ชี้ขาดหรือตัดสินคดีซึ่งหมายถึงผู้พิพากษา ตะโตะยุติธรรมมีในประเทศไทย ครั้งแรกเมื่อ ร.ศ. 120 ซึ่งเรียกว่าโตะกาฎีตามกฎหมายข้อบังคับสำหรับปกครองบริเวณเจ็ดหัวเมือง ซึ่งตราขึ้นเมื่อวันที่ 10 ธันวาคม 2444 ตะโตะยุติธรรมมีหน้าที่พิจารณาคดีแพ่ง เกี่ยวกับครอบครัวมรดกตามกฎหมายข้อบังคับบริเวณเจ็ดหัวเมือง ข้อ 32 นอกจากนี้ตะโตะยังมีหน้าที่ร่วมมือกับฝ่ายบ้านเมืองเป็นกรรมการสอบภูมิความรู้ทางภาษมลายูของข้าราชการในสังกัดนั้น ๆ ด้วย ตามกฎหมายข้อบังคับสำหรับปกครองบริเวณเจ็ดหัวเมือง ข้อ 28²

¹ ณรงค์ คิริปะชะนะ, แนวกฎหมายอิสลาม ลักษณะมรดก, (นครศรีธรรมราช: โรงพิมพ์ ศรีอักษร) 2518, หน้า 110-111 (คัดจากหนังสือเทศาภิบาล ร.ศ. 126 เล่ม 3 หน้า 14)

² กฎข้อบังคับสำหรับปกครองบริเวณเจ็ดหัวเมือง ข้อ 28 ดังนี้

ถ้าข้าหลวงเทศาภิบาลได้พร้อมด้วยพระยาเมืองและโตะกาฎีเมืองใดได้สอบแล้ว เห็นว่าข้าราชการคนใดพูดภาษามลายูได้ให้พร้อมกัน เขียนชื่อออกประกาศนียบัตรให้ข้าราชการผู้นั้น และข้าหลวงเทศาภิบาลมีอำนาจให้เงินหลวงเป็นรางวัลไม่เกิน 100 บาท ฯลฯ

คุณลักษณะของตะโตะยุติธรรมตามกฎหมายข้อบังคับสำหรับปกครองบริเวณเจ็ดหัวเมืองนั้น ได้กำหนดคุณลักษณะของตะโตะยุติธรรมเอาไว้เพียงว่า เป็นผู้รู้และผู้นับถือคำสอนอิสลามตามกฎหมายข้อบังคับสำหรับปกครองบริเวณเจ็ดหัวเมือง ข้อ 30 แสดงให้เห็นว่า ทางราชการไม่ได้พึงเล็งถึงคุณลักษณะของผู้ที่จะมาดำรงตำแหน่งตะโตะยุติธรรมเป็นข้อสำคัญแต่ประการใด เพียงแต่เป็นผู้นับถือคำสอนอิสลามและรู้กฎหมายอิสลามก็เพียงพอแล้ว

ต่อมามีสารตราที่ 30/4353 ของกระทรวงยุติธรรมได้กำหนดตำแหน่งตุลาการฝ่ายอิสลามให้เรียกว่าตะโตะยุติธรรม มีหน้าที่เป็นผู้ปรับบทกฎหมายเป็นตุลาการบังคับคดีแพ่งประเพณีอิสลามเทียบอำนาจศาลแขวงในพระธรรมนูญศาลยุติธรรมมาตรา 25 อำนาจของตะโตะยุติธรรมคือเป็นผู้พิจารณาคดีแพ่งว่าด้วยครอบครัวรวมรดกโดยตะโตะยุติธรรมต้องทำคำพิพากษาโดยลงชื่อ 2 นาย หรือ ลงชื่อพร้อมด้วยผู้พิพากษาคาลจังหวัดรวมเป็น 2 นาย

ส่วนวิธีคัดเลือกบรรจุและแต่งตั้งตะโตะยุติธรรมตามสารตราที่ 30/4353 ของกระทรวงยุติธรรมได้กำหนดคุณลักษณะของผู้ที่จะมาดำรงตำแหน่งตะโตะยุติธรรมเอาไว้ชัดเจนกว่ากฎหมายข้อบังคับสำหรับปกครองบริเวณเจ็ดหัวเมือง โดยได้กำหนดคุณลักษณะเอาไว้ดังนี้ คือ

1. เป็นบุคคลที่ชาวอิสลามในจังหวัดนั้นเคารพนับถือ
2. เป็นผู้ก่อปรด้วยวิญญูธรรมแก่เคารพนับถือในฐานะผู้ใหญ่
3. เป็นผู้มีความรู้ความสามารถในหลักกฎหมายอิสลามพอสมควร
4. เป็นผู้มีความใจจงรักภักดีต่อพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวและภักดีต่อราชการ

แผ่นดิน

สำหรับการเลือกสรรบุคคลที่สมควรจะได้รับแต่งตั้งให้เป็นตะโตะยุติธรรมนั้น เป็นหน้าที่ของเทศบาลจะปรึกษาหารือกับผู้ว่าราชการจังหวัดเมื่อมีความเห็นว่า ผู้ใดสมควรจะได้รับแต่งตั้งเป็นตะโตะยุติธรรมแล้วให้รายงานมายังกระทรวงยุติธรรมเพื่อนำความกราบบังคมทูลพระกรุณาขอพระราชทานพระบรมราชานุญาต¹

¹ กอาร พันธ์ลาภ, "ตะโตะยุติธรรม", การสัมมนาการใช้กฎหมายอิสลามในเขตจังหวัดปัตตานี นราธิวาส ยะลาและสตูล, กระทรวงยุติธรรม 2525, หน้า 325 (คัดจากตุลาหาห เล่ม 10 ปีที่ 5 ตุลาคม 2501)

อย่างไรก็ตามสำหรับวิธีการเลือกตั้งตะโต๊ะยุติธรรมตามลารตราที่ 30/4353 ของกระทรวงยุติธรรมนั้น ในทางปฏิบัติที่ปรากฏหลักฐานทางราชการในปี พ.ศ. 2471 โดยผู้ว่าราชการจังหวัดสตูลได้เชิญโต๊ะอิหม่าม มาออกเสียงและผู้ที่ได้คะแนนสูงสุดก็จะได้รับแต่งตั้งเป็นตะโต๊ะยุติธรรม เหตุที่โต๊ะอิหม่ามเกี่ยวข้องในการเลือกตั้งตะโต๊ะยุติธรรมนั้น ตามหลักคำสอนอิสลามสำหรับประเทศที่มีเจ้าผู้ครองนครเป็นอิสลามคำลินิก เจ้าผู้ครองนครจะเป็นผู้แต่งตั้งตำแหน่งตุลาการนี้เอง แต่สำหรับประเทศที่ไม่มีเจ้าผู้ครองนครเป็นอิสลามคำลินิกก็อนุโลมให้โต๊ะอิหม่ามเป็นผู้เลือกตั้ง เพราะถือว่าโต๊ะอิหม่ามเป็นผู้นำของชาวมุสลิมและเป็นผู้ทรงคุณวุฒิทางคำลินิก ผู้ที่จะเป็นโต๊ะอิหม่ามได้ต้องได้รับการคัดเลือกจากอิสลามคำลินิกแห่งมัสยิดนั้น ๆ โต๊ะอิหม่ามจึงเท่ากับเป็นตัวแทนของชาวมุสลิมทั้งหมด¹ ดังนั้น วิธีการเลือกตั้งตะโต๊ะยุติธรรมโดยให้โต๊ะอิหม่ามเป็นผู้คัดเลือกจึงได้รับการกระทำสืบต่อมา

ต่อมาได้มีพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการตุลาการ พ.ศ. 2471 ซึ่งเป็นกฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการตุลาการฉบับแรกนั้นไม่ปรากฏว่ามีบทบัญญัติกล่าวถึงตะโต๊ะยุติธรรมไว้ในพระราชบัญญัตินี้เพราะคำว่า ข้าราชการตุลาการในพระราชบัญญัตินี้ น่าจะหมายถึงผู้พิพากษาหากินความถึงตะโต๊ะยุติธรรมไม่ ดังจะเห็นได้จากความในมาตรา 6 แห่งพระราชบัญญัตินี้บัญญัติว่าผู้ที่จะได้รับแต่งตั้งเป็นข้าราชการตุลาการนั้นจะต้องได้ฝึกหัดเป็นผู้พิพากษาแล้วไม่น้อยกว่า 1 ปี และเป็นทีพอใจของเสนาบดีกระทรวงยุติธรรม ฉะนั้นจึงเข้าใจว่าวิธีการบรรจุและแต่งตั้งตะโต๊ะยุติธรรมในสมัยที่ได้ประกาศใช้พระราชบัญญัตินี้แล้วคงดำเนินไปตามระเบียบเดิม²

6) การร่างหลักกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวมรดก เนื่องจากกฎหมายอิสลาม ว่าด้วยครอบครัวและมรดกซึ่งจะต้องนำมาใช้แทนบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั้นมีลักษณะ เป็นลัทธิทางคำลินิก การยกขึ้นใช้บังคับคดีจะต้องเอามาจากคัมภีร์ก็ดับในคำลินิกอิสลามซึ่งเป็นภาษามาลายู และภาษาอาหรับ ตะโต๊ะยุติธรรมอาจอ้าง คัมภีร์ก็ดับแสดงความคิดเห็นขัดแย้งได้ ไม่ละดวงแก่การวินิจฉัยชี้ขาดคดีกระทรวงยุติธรรมจึงได้ตั้งกรรมการประกอบด้วยตะโต๊ะยุติธรรมและผู้พิพากษาบางท่านตรวจชำระ คัมภีร์ก็ดับลัทธิคำลินิกอิสลามอัน

¹ พัทธน์ จักรางกูร, กฎหมายอิสลาม, อ่างแล้ว, หน้า 315.

² เรื่องเดียวกัน, หน้า 326.

เกี่ยวกับครอบครัวและมรดก แล้วจัดทำคำแปลเป็นภาษาชื่อว่า "หลักกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดก" และได้พิมพ์แจกจ่ายให้แก่ศาลที่ต้องใช้ทุกศาลและให้ถือฉบับนั้นเป็นหลักเมื่อเสร็จการประชุมแล้วจึงได้ทำบันทึกขึ้นฉบับหนึ่ง ให้ตะโตะยุติธรรมและผู้ร่วมการประชุมลงนามไว้ว่า เมื่อมีคดีเกิดขึ้นตะโตะยุติธรรมจะชี้ขาดบังคับคดีตามหลักกฎหมายอิสลามที่รวบรวมไว้นี้ตลอดไป หากมีปัญหาใดซึ่งไม่มีกล่าวไว้ในหลักกฎหมายนี้จะบังคับได้ก็ให้นำบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้บังคับเท่าที่ไม่ขัดแย้งกับหลักกฎหมายนี้ และเมื่อตะโตะยุติธรรมเข้ารับหน้าที่ใหม่ก็ได้ถือ เป็นระเบียบว่า จะต้องให้ผู้ที่จะได้รับแต่งตั้งใหม่รับรองคำแปลหลักกฎหมายอิสลามดังกล่าวไว้ เป็นหลักฐานว่าจะใช้คำแปลหลักกฎหมายอิสลามนั้น เป็นหลักวินิจฉัยข้อพิพาทในคดีอัน เกี่ยวด้วยครอบครัวและมรดกจะไม่นำคัมภีร์กูรออันอื่นใดมาใช้บังคับแก่คดีดังกล่าวแล้ว เป็นอันขาด หลักกฎหมายอิสลามดังกล่าวได้ตรวจชำระคำแปลและจัดพิมพ์เสร็จเมื่อ พ.ศ. 2484 แต่เนื่องจากในปี พ.ศ. 2486 ได้มีประกาศพระราชกำหนดแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติให้ใช้พระราชบัญญัติ บรรพ 5 และบรรพ 6 ซึ่งเป็นผลให้ยกเลิกใช้กฎหมายอิสลามอันเกี่ยวกับครอบครัวและมรดก ใน 4 จังหวัดภาคใต้ ฉะนั้น ความจำเป็นที่จะต้องมีการแก้ไขกฎหมายอิสลามจึงเป็นอันระงับมาจนกระทั่งถึง พ.ศ. 2489 ได้มีประกาศพระราชบัญญัติว่าด้วยการใช้กฎหมายอิสลามในเขตจังหวัดปัตตานี นราธิวาส ยะลาและสตูล พ.ศ. 2489 แล้วจึงได้มีคำสั่งกระทรวงยุติธรรมให้ถือคำแปลหลักกฎหมายอิสลามนั้นเป็นหลักบังคับคดีอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดกต่อมาจนบัดนี้¹

3. สถานการณ์ของกฎหมายอิสลามในปัจจุบัน

สถานการณ์ของกฎหมายอิสลามในปัจจุบันโดยพิจารณาจากแนวนโยบายของรัฐในการใช้กฎหมายอิสลามใน 4 จังหวัดภาคใต้ ตั้งแต่สมัยเปลี่ยนแปลงการปกครองในปี พ.ศ. 2475 จนถึงปัจจุบัน โดยพิจารณาจากแนวนโยบายการใช้กฎหมายอิสลาม ดังนี้

ก) การประกาศใช้กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 และ บรรพ 6 ความสัมพันธ์ระหว่างผู้เมียในประเทศไทยในสมัยก่อน ๆ อยู่ในรูปแบบประเพณีดั้งจะเห็นได้จากพระราชกฤษฎีกาว่าด้วยผิดผู้เมีย พ.ศ. 1904 และพระราชบัญญัติเพิ่มเติมว่าด้วยการแบ่ง

¹ กักร พันธ์ลาภ, ตะโตะยุติธรรม, อ้างแล้ว, หน้า 329.

บันลีนบรคณหระหว่างผัวเมีย 1905 ในสมัยพระเจ้าอยู่ท่งแห่งกรุงศรีอยุธยาซึ่งต่อมารัชกาลที่ 1 แห่งกรุงรัตนโกสินทร์ได้รวบรวมกฎหมายต่าง ๆ ในสมัยกรุงศรีอยุธยาขึ้นเป็นลักษณะผัวเมีย รวมอยู่ด้วยในกฎหมายตราสามดวง ครั้นต่อมาในรัชสมัยพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวอานันทมหิดล มีความจำเป็นที่จะต้องประมวลกฎหมายใหม่ให้มีความสมบูรณ์เยี่ยงอารยประเทศ ประกอบกับ เพื่อให้ได้เอกสารทางศาลเนื่องจากมีคนต่างด้าวเข้ามาอาศัยอยู่ในกรุงสยามเป็นจำนวนมาก รัฐบาล ของประเทศต่าง ๆ ไม่มีความไว้วางใจในกฎหมายและการใช้กฎหมายในทางศาลจึงได้แทรกแซง การพิจารณาคดี พระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวอานันทมหิดลจึงได้ทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ ให้มีการชำระสะสางเกี่ยวกับกฎหมายครอบครัว และได้ตราเป็นประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ซึ่งมีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 1 ตุลาคม 2478¹ นอกจากนั้นแล้วกฎหมายลักษณะมรดก ของประเทศไทยก็มีลักษณะของจารีตประเพณีแต่โบราณเช่นเดียวกับกฎหมายลักษณะผัวเมีย จึง ได้รับการปรับปรุงแก้ไขโดยตราเป็นบรรพ 6 แห่งกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มีผลบังคับใช้ตั้งแต่ 1 ตุลาคม 2478

แม้รัฐบาลจะได้ประกาศใช้กฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 5 และ บรรพ 6 แต่รัฐก็มี นโยบายแน่วแน่ที่จะให้ประชาชนใน 4 จังหวัดภาคใต้ได้ปฏิบัติศาสนิกกิจให้เป็นไปตามลัทธิศาสนา อิสลามซึ่งได้ยกวันไม่ให้เอาประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 และบรรพ 6 มา บังคับใช้ใน 4 จังหวัดภาคใต้ ตามพระราชบัญญัติให้ใช้บทบัญญัติ บรรพ 5 มาตรา 6² และพระราชบัญญัติให้ใช้บทบัญญัติ บรรพ 6 มาตรา 4³ ทำให้การใช้กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ไม่กระทบกระเทือนกฎหมายข้อบังคับสำหรับปกครองบริเวณ 7 หัวเมือง ร.ศ. 120 ในส่วน

¹ ชาติชาย อัครวิบูลย์ และสมบูรณ์ ชัยเดชสุริยะ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่ง และพาณิชย์ บรรพ 5 (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นิติบรรณาการ, 2522,) หน้า 1.

² มาตรา 6 บทบัญญัติแห่งบรรพนี้ไม่กระทบกระเทือนถึงกฎข้อบังคับสำหรับปกครอง บริเวณ 7 หัวเมือง ร.ศ. 120 ในส่วนที่เกี่ยวข้องด้วยครอบครัว

³ มาตรา 4 บทบัญญัติแห่งบรรพนี้ไม่กระทบกระเทือนถึงกฎข้อบังคับสำหรับปกครอง บริเวณ 7 หัวเมืองในส่วนที่เกี่ยวข้องด้วยมรดก

ที่เกี่ยวกับครอบครัวและมรดก ซึ่งหมายความว่า แม้จะได้ประกาศใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 5 และบรรพ 6 ก็ตาม การพิจารณาคดีที่เกี่ยวข้องด้วยครอบครัวและมรดกที่คู่ความนับถือคำสอนก็ต้องเป็นไปตามกฎข้อบังคับสำหรับปกครองบริเวณ 7 หัวเมือง เช่นเดิม

เป็นที่น่าสังเกตว่าแม้จังหวัดลพบุรีจะไม่ได้รวมอยู่ในบริเวณ 7 หัวเมืองดังกล่าวและ การใช้กฎหมายอิสลามต่าง ๆ ก็เป็นไปตามสารตราที่ 30/4353 ของกระทรวงยุติธรรมซึ่ง พระราชบัญญัติให้ใช้บทบัญญัติบรรพ 5 และบรรพ 6 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ทั้ง 2 ฉบับ ไม่ได้กล่าวถึงก็ตามก็ไม่กระทบกระเทือนถึงการใช้อกฎหมายอิสลาม ในจังหวัดลพบุรีซึ่งเรื่อง นี้คณะกรรมการตรวจสอบพิจารณาประมวลกฎหมายที่ออกใหม่ ได้ชี้แจงว่า นับแต่วันที่มีสารตรา ข้าราชการอิสลามในจังหวัดลพบุรีก็ตกอยู่ในบังคับแห่งกฎข้อบังคับสำหรับปกครองบริเวณ 7 หัวเมือง ร.ศ. 120 ทั้งนี้เพราะปรากฏข้อความในสารตราว่า เป็นนโยบายของรัฐบาลที่จะใช้อกฎหมายอิสลาม บังคับแก่ราษฎรที่นับถือคำสอนอิสลามทั่วราชอาณาจักรอาณาเขตคาบสมุทรมลายูพระราชบัญญัติให้ใช้บทบัญญัติบรรพ 5 และบรรพ 6 ไม่มีข้อความปรากฏให้ยกเลิกสารตรากฎข้อบังคับสำหรับปกครอง บริเวณ 7 หัวเมืองนั้นมุ่งถึงกฎหมายที่ใช้อยู่ และมีชื่อว่าดังนั้นอันบังคับตลอดถึงจังหวัดลพบุรีด้วย มิได้หมายถึงอาณาเขต 7 หัวเมืองตามภูมิศาสตร์¹

ข) พระราชกำหนดแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติให้ใช้บทบัญญัติบรรพ 5 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พุทธศักราช 2477 พุทธศักราช 2486 และพระราชกำหนดแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติให้ใช้บทบัญญัติ บรรพ 6 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พุทธศักราช 2477 พุทธศักราช 2486 การใช้อกฎหมายอิสลามใน 4 จังหวัดภาคใต้มาจนถึง ปี พ.ศ. 2486 ซึ่งอยู่ในระหว่างสงครามโลกครั้งที่ 2 ในระหว่างนั้นรัฐได้ใช้นโยบายรัฐนิยม และชาตินิยม จึงได้ออกพระราชกำหนดแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติให้ใช้บทบัญญัติ บรรพ 5 และพระราชกำหนดแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติให้ใช้บทบัญญัติ บรรพ 6 โดยรัฐบาลเห็นว่าสมควรจะได้ขยายบทบัญญัติบรรพ 5 และบรรพ 6 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ให้ทั่วถึงเพื่อความมั่นคงและวัฒนธรรมของชาติ² โดยมาตรา 3 ของพระราชกำหนดแก้ไขเพิ่มเติม

¹ พินิจ สักการกิจ, กฎหมายอิสลาม, อ่างแล้ว, หน้า 309.

² คำปรารภของพระราชกำหนดแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติให้ใช้บทบัญญัติ บรรพ 6 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พุทธศักราช 2477 พุทธศักราช 2486.



พระราชบัญญัติให้ใช้บทบัญญัติ บรรพ 5 ได้ยกเลิกมาตรา 6 แห่งพระราชบัญญัติให้ใช้บทบัญญัติ บรรพ 5 และมาตรา 3 ของพระราชกำหนดแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติให้ใช้บทบัญญัติ บรรพ 6 ได้ยกเลิกมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติให้ใช้บทบัญญัติ บรรพ 6

ผลจากการยกเลิกมาตรา 6 แห่งพระราชบัญญัติให้ใช้บทบัญญัติ บรรพ 5 และยกเลิกมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติให้ใช้บทบัญญัติบรรพ 6 ซึ่งได้กำหนดให้บทบัญญัติแห่งบรรพ 5 และบรรพ 6 ไม่กระทบกระเทือนถึงกฎข้อบังคับบริเวณ 7 หัวเมือง ร.ศ. 120 ลั่นลุดลง ทำให้บทบัญญัติแห่งบรรพ 5 และบรรพ 6 ใช้บังคับครอบคลุมไปถึง 4 จังหวัดภาคใต้ ซึ่งก็หมายความว่าตั้งแต่บัดนั้นประชาชนชาวมุสลิมทั้งหมดต้องอยู่ภายใต้บทบัญญัติแห่งกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยครอบครัวและมรดกเช่นเดียวกับประชาชนส่วนหนึ่งของประเทศ

ค) พระราชบัญญัติว่าด้วยการใช้กฎหมายอิสลามในเขตจังหวัดปัตตานี นราธิวาส ยะลา สัตตล พ.ศ. 2489 เมื่อสิ้นสงครามโลกครั้งที่ 2 อังกฤษในฐานะผู้ชนะสงครามเริ่มเข้ามามีบทบาทต่อปัญหาความขัดแย้งในภูมิภาคจังหวัดชายแดนภาคใต้ยิ่งขึ้นและสถานการณ์ทางด้าน การเมืองในจังหวัดชายแดนภาคใต้ก็อยู่ในภาวะหวั่นไหวต่อประกอบกับ จอมพล ป. พิบูลสงคราม ได้หมดอำนาจลงพร้อมกับแนวความคิดรัฐนิยมและชาตินิยมรัฐบาลในสมัยหลังสงครามโลกครั้งที่ 2 จึงได้ดำเนินนโยบายเพื่อจะกอบกู้สถานการณ์ที่เลวร้ายนั้นให้ดีขึ้น จึงได้ออกพระราชกฤษฎีกา ว่าการด้วยคำสั่งอุปถัมภ์ฝ่ายอิสลาม พ.ศ. 2488 และต่อมาจึงได้ประกาศใช้พระราชบัญญัติว่าด้วย การใช้กฎหมายอิสลามในเขตจังหวัดปัตตานี นราธิวาส ยะลาและสัตตล พระราชบัญญัติ ดังกล่าว จึงเป็นกฎหมายเพียงฉบับเดียวของไทยที่ได้กำหนดบทบัญญัติ เกี่ยวกับการใช้กฎหมายอิสลาม

เนื่องจากพระราชบัญญัติดังกล่าว เพียงแต่กำหนดให้ในการวินิจฉัยชี้ขาดคดีแพ่ง เกี่ยว ด้วยเรื่องครอบครัวและมรดกอิสลามคำสั่งนิกของศาลชั้นต้นในจังหวัดปัตตานี นราธิวาส ยะลา และสัตตล ซึ่งอิสลามคำสั่งนิก เป็นทั้ง โจทก์จำเลยหรือ เป็นผู้เสนอคำขอในคดีไม่มีข้อพิพาทให้ใช้ กฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดกบังคับแทนบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและ พหุศาสตร์ว่าด้วยการนั้น โดยมีตะโต๊ะยุติธรรม เป็นผู้ชี้ขาดข้อกฎหมายอิสลาม

จะเห็นว่า บทบัญญัติของพระราชบัญญัติว่าด้วยการใช้กฎหมายอิสลาม นั้น ยังขาด รายละเอียดที่เป็นสาระสำคัญสำหรับการใช้กฎหมายอิสลามอยู่ เป็นอย่างมากจึงทำให้การใช้ กฎหมายอิสลามเป็นปัญหาในทางปฏิบัติ เจ้าหน้าที่ของรัฐก็ไม่สามารถจะรับรองสิทธิอันเกิดจาก สถานทางครอบครัวตามกฎหมายอิสลามได้

ง) การสัมมนาการใช้กฎหมายอิสลาม

กระทรวงยุติธรรมได้จัดให้มีการสัมมนาการใช้กฎหมายอิสลามในเขตจังหวัดปัตตานี นราธิวาส ยะลาและลือตล ระหว่างวันที่ 13 - 14 มีนาคม 2525 ณ หอประชุมเทศบาลเมืองหาดใหญ่ จังหวัดสงขลา โดยมีเหตุผลว่า นับตั้งแต่มีพระราชบัญญัติว่าด้วยการใช้กฎหมายอิสลามในเขตจังหวัดปัตตานี นราธิวาส ยะลาและลือตล ตั้งแต่ พ.ศ. 2489 เป็นต้นมา จนถึงปัจจุบันเป็นเวลา 35 ปี แล้วยังไม่เคยมีหน่วยราชการใดหรือสถาบันใดจัดให้มีการประชุม หรือสัมมนาเกี่ยวกับการใช้กฎหมายฉบับดังกล่าวนี้เลย ซึ่งเป็นเหตุให้มีปัญหาต่าง ๆ ในการปฏิบัติของหน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้องเกิดขึ้นเนื่อง ๆ

ในการที่จะแก้ไขปัญหาในการปฏิบัติงานของหน่วยงานของรัฐ เพื่อให้เป็นการสอดคล้องกับพระราชบัญญัติ จำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องให้หน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้องทุกหน่วยและสถาบันต่าง ๆ ของศาสนาอิสลามมาแลกเปลี่ยนความคิดเห็นและหาข้อยุติในปัญหาต่าง ๆ อันจะเป็นประโยชน์ต่อทางราชการและประชาชนชาวไทยที่นับถือศาสนาอิสลามโดยทั่วกัน

วัตถุประสงค์ในการสัมมนา เพื่อ

1. ให้ศาลและหน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้องทราบถึงเจตนารมณ์ของกฎหมาย
2. พิจารณาว่ากฎหมายนี้จะมีผลใช้บังคับนอกศาลเพียงใดหรือไม่
3. ให้มีโอกาสแลกเปลี่ยนความรู้ ความคิดเห็นและข้อเสนอแนะในการแก้ไขปัญหา

ต่าง ๆ ที่เกิดขึ้น

สำหรับหัวข้อในการสัมมนานั้นประกอบด้วย

1. ปัญหาการปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายอิสลามใน 4 จังหวัดภาคใต้ เช่น ปัญหาการปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ตำรวจ เจ้าหน้าที่ที่ดินสรรพากร และเจ้าหน้าที่อื่น ๆ
2. ปัญหาการใช้กฎหมายอิสลามใน 4 จังหวัดภาคใต้
3. บทบาท ฐานะและคุณสมบัติของตะโต๊ะยุติธรรม¹

¹โครงการสัมมนาการใช้กฎหมายอิสลาม ฯ การสัมมนาการใช้กฎหมายอิสลามในเขตจังหวัดปัตตานี นราธิวาส ยะลาและลือตล, กระทรวงยุติธรรม, 2525, หน้า 11-12.

ต่อมา คณะรัฐมนตรีได้แต่งตั้งคณะกรรมการพิจารณาข้อเสนอแนะจากการสัมมนา
การใช้กฎหมายอิสลาม¹ โดยให้คณะกรรมการดังกล่าวมีอำนาจหน้าที่พิจารณาข้อเสนอแนะ
จากการสัมมนาการใช้กฎหมายอิสลามในเขตจังหวัดปัตตานี, นราธิวาส ยะลา และสตูล และเสนอ
ปรับปรุงแก้ไขกฎหมายรวมทั้งระเบียบข้อบังคับตลอดจนข้อขัดข้องในการปฏิบัติงานในส่วนราชการ
ต่าง ๆ

¹ คณะกรรมการประกอบด้วย

- | | |
|---|--------------------------------|
| 1. รัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรม | เป็นประธานกรรมการ |
| 2. รองปลัดกระทรวงยุติธรรม (ฝ่ายวิชาการ) | เป็นกรรมการ |
| 3. เลขาธิการส่งเสริมงานตุลาการ | " " |
| 4. อธิบดีผู้พิพากษภาค 9 | " " |
| 5. นายเด่น โต๊ะมีนา | " " |
| 6. คุณหญิงสมร ภูมิณรงค์ | " " |
| 7. นายวิศิษฐ์ ลิ้มานนท์ | " " |
| 8. นายณรงค์ ศิริปะชะนะ | " " |
| 9. ผู้แทนกรมการปกครอง | " " |
| 10. ผู้แทนกรมสรรพากร | " " |
| 11. ผู้แทนกรมที่ดิน | " " |
| 12. ผู้แทนกรมตำรวจ | " " |
| 13. ผู้แทนกรมอัยการ | " " |
| 14. ผู้แทนจุฬาราชมนตรี | " " |
| 15. ผู้แทนกองอำนวยการรักษาความมั่นคงภายใน | " " |
| 16. นายวิชา มหาคุณ | เป็นกรรมการและเลขานุการ |
| 17. นายจรัญ ภักดีธนากุล | เป็นกรรมการและผู้ช่วยเลขานุการ |

ที่เกี่ยวกับการใช้กฎหมายอิสลาม ทั้งนี้ เพื่อให้เกิดความมั่นคงในชาติ สืบไป¹

ผลจากการสัมมนาครั้งนี้สรุปได้ว่า ยังไม่อาจหาหนทางแก้ไขปัญหาการใช้กฎหมายอิสลามได้ เพราะที่ประชุมสัมมนาส่วนใหญ่มีความเห็นว่าการใช้กฎหมายอิสลามในปัจจุบันมีความเหมาะสมและเป็นธรรมดีอยู่แล้ว หรือถ้าจะมีปัญหาก็คงสามารถแก้ไขได้โดยทางบริหาร ซึ่งเป็นที่น่าสังเกตว่า เหตุผลที่ต้องสัมมนานั้นก็ได้ยอมรับอยู่แล้วว่า การใช้กฎหมายอิสลามนั้นมีปัญหาในทางปฏิบัติของหน่วยงานทางราชการเป็นอย่างมาก จึงได้จัดสัมมนาขึ้นเพื่อให้ศาลและหน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้องทราบถึงเจตนารมณ์ของกฎหมายและปฏิบัติให้เป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมายในเขตท้องที่ 4 จังหวัดภาคใต้ ตลอดจนหาข้อ เสนอแนะในการแก้ไขปัญหาต่าง ๆ ที่เกิดขึ้น แต่เมื่อมีการสัมมนาเสร็จแล้วกลับมองไม่เห็นปัญหาที่เกิดจากการใช้กฎหมายอิสลาม ที่เป็นเช่นนั้นก็เพราะปัญหาการใช้กฎหมายอิสลามนั้นเป็นปัญหาที่แฝงเร้น เพราะมุสลิม เมื่อเห็นว่าการใช้กฎหมายอิสลามนั้นไม่ล่อตดล้องกับหลักกฎหมายอิสลามที่ตนศรัทธา เชื่อถือแล้วก็จะวางเฉยต่อสิ่งนั้น โดยจะเห็นได้จากคดีครอบครัวมรดกของมุสลิมที่ฟ้องร้องกันในศาลจึงมีสถิติประมาณปีละ 1-2 คดีเท่านั้น ข้อพิพาทส่วนใหญ่จะได้รับความไกล่เกลี่ยและยุติก่อนจะฟ้องร้องในศาล จึงทำให้ปัญหาที่เกิดจากการใช้กฎหมายอิสลามไม่ปรากฏสู่สายตาของหน่วยงานทางราชการมากนัก ส่วนผลสรุปจากการสัมมนา ฯ ในกรณีที่เห็นว่ามีปัญหา แต่กำหนดวิธีการแก้ไขปัญหาโดยทางบริหาร การแก้ไขในทางบริหารนั้นเป็นการแก้ไขปัญหาที่ไม่มีความแน่นอน ไม่มีบรรทัดฐาน ดังนั้น การแก้ไขปัญหาคือการใช้กฎหมายอิสลามโดยทางบริหารนั้นจึงเป็นการเสี่ยงว่า จะเป็นการแก้ไขปัญหา หรือสร้างปัญหา เนื่องจากไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายกำหนดเอาไว้

กล่าวโดยสรุปการใช้กฎหมายอิสลามในประเทศไทยยังมีปัญหายู่มากเมื่อเปรียบเทียบกับการใช้กฎหมายอิสลามในประเทศอื่น ๆ ปัญหาบางข้อเป็นเรื่องของทัศนคติการยอมรับและความเข้าใจของประชาชนตลอดจนแม้กฎหมายเอง เช่น ทัศนคติที่เข้าใจกันผิดว่ากฎหมาย

¹ หนังสือกระทรวงยุติธรรม ที่ ยธ 0401/5242 เรื่อง คณะกรรมการพิจารณาข้อ เสนอแนะจากการสัมมนาการใช้กฎหมายอิสลาม ลงวันที่ 26 เมษายน 2525

อิสลามเป็นกฎหมายต่างชาติหรือการนำเอากฎหมายอิสลามมาใช้ เป็นการใช้กฎหมายต่าง-
ประเทศ ซึ่งที่จริงแล้วควรเข้าใจว่าเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายไทย นอกจากนี้ก็ยังมีปัญหาใน
ตัวกฎหมายและวิธีปฏิบัติอีกหลายเรื่องซึ่งควรแก้ไข ทั้งนี้ได้มีแบบอย่างในต่างประเทศดังกล่าว
ข้างต้นอยู่แล้ว และจะได้ยกมาอธิบายพร้อมทั้งเล่นนอกทางแก้ในบทต่อ ๆ ไป



ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย