

บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา
เรื่อง การลงทะเบียนผู้ประสงค์จะเดินทางไปประกอบพิธีฮัจญ์

กรมการศาสนาได้มีหนังสือ ด่วนมาก ที่ วร ๐๓๐๒/๑๒๔๔ ลงวันที่ ๑๒ มีนาคม ๒๕๕๕ ถึงสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา สรุปความได้ว่า โดยที่การประกอบพิธีฮัจญ์เป็นศาสนกิจของศาสนาอิสลามที่กำหนดให้มุสลิมที่มีความพร้อมต้องเดินทางไปประกอบพิธีฮัจญ์ครั้งหนึ่งในชีวิต ดังนั้น เพื่อให้การเดินทางไปประกอบพิธีฮัจญ์ ณ ประเทศซาอุดีอาระเบีย ของชาวไทยผู้นับถือศาสนาอิสลามเป็นไปด้วยความเรียบร้อย คณะกรรมการส่งเสริมกิจการฮัจญ์แห่งประเทศไทยจึงได้ให้ความเห็นชอบหลักเกณฑ์การลงทะเบียนผู้ประสงค์จะเดินทางไปประกอบพิธีฮัจญ์และผู้ให้บริการผู้ไปประกอบพิธีฮัจญ์ โดยหลักเกณฑ์ข้อ ๔.๒ กำหนดว่า “บุคคลที่เคยเดินทางไปประกอบพิธีฮัจญ์มาแล้ว สามารถลงทะเบียนแจ้งความประสงค์จะเดินทางไปประกอบพิธีฮัจญ์ได้ตามปกติ แต่ต้องเว้นการเดินทางไปประกอบพิธีฮัจญ์ตามที่คณะกรรมการส่งเสริมกิจการฮัจญ์แห่งประเทศไทยกำหนด” ซึ่งคณะกรรมการส่งเสริมกิจการฮัจญ์แห่งประเทศไทยได้เห็นชอบให้กำหนดช่วงเวลาการเว้นการเดินทางไว้ว่า “ผู้ที่เคยเดินทางไปประกอบพิธีฮัจญ์แล้วสามารถลงทะเบียนได้ แต่ต้องเว้นการเดินทางหนึ่งปี โดยเริ่มตั้งแต่เทศกาลฮัจญ์ประจำปี พ.ศ. ๒๕๕๕ (ฮ.ศ. ๑๔๓๓) (ผู้ที่เคยเดินทางไปประกอบพิธีฮัจญ์ในเทศกาลฮัจญ์ประจำปี พ.ศ. ๒๕๕๔ (ฮ.ศ. ๑๔๓๒) ไม่สามารถเดินทางไปประกอบพิธีฮัจญ์ในปี พ.ศ. ๒๕๕๕ (ฮ.ศ. ๑๔๓๓) ได้) ยกเว้นผู้ให้บริการผู้ไปประกอบพิธีฮัจญ์ (ทีมงานของผู้ประกอบกิจการฮัจญ์) ที่สามารถเดินทางได้ทุกปี” ทั้งนี้ เนื่องมาจากมีผู้ประสงค์จะเดินทางไปประกอบพิธีฮัจญ์ในแต่ละปีเป็นจำนวนมาก ประกอบกับประเทศซาอุดีอาระเบียได้จำกัดโควตาการเดินทางไปประกอบพิธีฮัจญ์ โดยในปี พ.ศ. ๒๕๕๕ ประเทศซาอุดีอาระเบียได้กำหนดจำนวนชาวไทยที่สามารถเดินทางไปประกอบพิธีฮัจญ์ไว้ จำนวน ๑๓,๐๐๐ คน ทำให้ผู้ที่มีความพร้อมจะเดินทางไปประกอบพิธีฮัจญ์ไม่สามารถเดินทางได้เนื่องจากมีโควตาจำกัด อย่างไรก็ตาม ในการประชุมคณะกรรมการส่งเสริมกิจการฮัจญ์แห่งประเทศไทย ครั้งที่ ๑/๒๕๕๕ เมื่อวันที่ ๒๓ มกราคม ๒๕๕๕ คณะกรรมการส่งเสริมกิจการฮัจญ์แห่งประเทศไทยได้มีข้อสังเกตว่า การกำหนดให้ผู้ที่เคยเดินทางไปประกอบพิธีฮัจญ์มาแล้วต้องงดเว้นการเดินทางหนึ่งปี จะเป็นการลิดรอนสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยหรือไม่ จึงได้มอบหมายให้กรมการศาสนาในฐานะสำนักเลขาธิการคณะกรรมการส่งเสริมกิจการฮัจญ์แห่งประเทศไทยตรวจสอบข้อกฎหมายเกี่ยวกับเรื่องดังกล่าว

กรมการศาสนาจึงได้หารือสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาว่า มติคณะกรรมการส่งเสริมกิจการฮัจญ์แห่งประเทศไทย ที่กำหนดให้ผู้ที่เคยเดินทางไปประกอบพิธีฮัจญ์มาในปีที่แล้ว ต้องเว้นการเดินทางไปประกอบพิธีฮัจญ์ในปีถัดไปหนึ่งปี เป็นการลิดรอนสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยหรือไม่

คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ ๑) ได้พิจารณาข้อหาหรือของกรมการศาสนา โดยมีผู้แทนกระทรวงวัฒนธรรม (กรมการศาสนา) และผู้แทนสำนักจุฬาราชมนตรี เป็นผู้ชี้แจงข้อเท็จจริงแล้ว ปรากฏข้อเท็จจริงว่า ประเทศซาอุดีอาระเบียได้กำหนดจำนวนผู้ที่ จะเดินทางไปประกอบพิธีฮัจญ์ของแต่ละประเทศไว้เป็นจำนวนจำกัด ในประเทศที่มีผู้นับถือศาสนาอิสลามหลายประเทศ เช่น ประเทศอินโดนีเซีย ประเทศมาเลเซีย ประเทศอียิปต์ หรือแม้แต่ประเทศซาอุดีอาระเบียก็ได้กำหนดหลักเกณฑ์ให้ผู้ที่เคยเดินทางไปประกอบพิธีฮัจญ์มาแล้วต้องเว้นการเดินทางไปประกอบพิธีฮัจญ์ตามระยะเวลาที่กำหนด โดยบางประเทศกำหนดให้เว้นการเดินทางไปประกอบพิธีฮัจญ์ไว้ถึงห้าปี ซึ่งในการกำหนดหลักเกณฑ์ดังกล่าว ผู้แทนสำนักจุฬาราชมนตรีได้ยืนยันว่า ไม่เป็นการขัดต่อหลักการทางศาสนาอิสลามที่กำหนดให้ผู้ที่มีผู้นับถือศาสนาอิสลามซึ่งมีความพร้อมทางสติปัญญา ร่างกาย และทรัพย์สิน จะต้องเดินทางไปประกอบพิธีฮัจญ์อย่างน้อยครั้งหนึ่งในชีวิต

การที่ประเทศซาอุดีอาระเบียได้กำหนดจำนวนชาวไทยผู้ที่จะเดินทางไปประกอบพิธีฮัจญ์ในปี พ.ศ. ๒๕๕๕ ไว้ จำนวน ๑๓,๐๐๐ คน เป็นเหตุให้ชาวไทยที่จะสามารถเดินทางไปประกอบพิธีฮัจญ์มีจำนวนจำกัดและไม่สามารถเดินทางไปได้ทุกคน คณะกรรมการส่งเสริมกิจการฮัจญ์แห่งประเทศไทยซึ่งมีหน้าที่ในการกำหนดระเบียบ ข้อบังคับ เงื่อนไข หรือมาตรการใด ๆ เพื่อให้ความคุ้มครองผู้ที่ประสงค์จะเดินทางไปประกอบพิธีฮัจญ์ และเพื่อควบคุมกิจการเกี่ยวกับการบริหารจัดการขนส่งและการจัดการอื่นที่เกี่ยวข้องกับกิจการฮัจญ์ตามมาตรา ๑๑^๑ แห่งพระราชบัญญัติส่งเสริมกิจการฮัจญ์ พ.ศ. ๒๕๒๔ ย่อมกำหนดหลักเกณฑ์การลงทะเบียนผู้ประสงค์จะเดินทางไปประกอบพิธีฮัจญ์และผู้ให้บริการผู้ไปประกอบพิธีฮัจญ์ได้ แต่การกำหนดหลักเกณฑ์ดังกล่าวจะต้องไม่เป็นไปในลักษณะที่เป็นการกีดกันสิทธิและเสรีภาพในการเดินทางไปปฏิบัติพิธีกรรมทางศาสนา สำหรับข้อกำหนดของคณะกรรมการส่งเสริมกิจการฮัจญ์แห่งประเทศไทย ในข้อ ๔.๒ ที่ว่า “บุคคลที่เคยเดินทางไปประกอบพิธีฮัจญ์มาแล้ว สามารถลงทะเบียนแจ้งความประสงค์จะเดินทางไปประกอบพิธีฮัจญ์ได้ตามปกติ แต่ต้องเว้นการเดินทางไปประกอบพิธีฮัจญ์ตามที่คณะกรรมการส่งเสริมกิจการฮัจญ์แห่งประเทศไทยกำหนด” โดยคณะกรรมการส่งเสริมกิจการฮัจญ์แห่งประเทศไทยได้กำหนดให้ผู้ที่เคยเดินทางไปประกอบพิธีฮัจญ์ในปีที่แล้ว ต้องเว้นการเดินทางในปีถัดไปหนึ่งปี นั้น คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ ๑) พิจารณาแล้ว เห็นว่า หลักเกณฑ์ดังกล่าวมีผลให้ผู้ที่เคยเดินทางไปประกอบพิธีฮัจญ์มาแล้วไม่มีสิทธิที่จะเดินทางไปประกอบพิธีฮัจญ์ในปีถัดไปได้ แม้ว่าจะมีผู้ประสงค์จะเดินทางไปประกอบพิธีฮัจญ์ไม่เกินจำนวนโควตาที่ประเทศซาอุดีอาระเบียกำหนดไว้ในปีนั้น ๆ ก็ตาม การกำหนดหลักเกณฑ์ในลักษณะดังกล่าวย่อมเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพในการปฏิบัติพิธีกรรมทางศาสนา โดยไม่อาจถือได้ว่าเป็นมาตรการในการขจัดอุปสรรคหรือส่งเสริมให้บุคคลสามารถ

^๑มาตรา ๑๑ ให้คณะกรรมการมีหน้าที่ดังต่อไปนี้

(๑) กำหนดระเบียบ ข้อบังคับ เงื่อนไข หรือมาตรการใด ๆ เพื่อเป็นแนวปฏิบัติในอันที่จะให้ความคุ้มครองผู้ที่ประสงค์จะเดินทางไปประกอบพิธีฮัจญ์ให้ได้รับความสะดวก ปลอดภัยและมีหลักประกัน

(๒) กำหนดระเบียบ ข้อบังคับ เงื่อนไข หรือมาตรการใด ๆ ในการควบคุมกิจการ ซึ่งต้องได้รับอนุญาตตามมาตรา ๕

(๓) ปฏิบัติการอื่นใดอันอยู่ในขอบเขตแห่งกิจการฮัจญ์ตามพระราชบัญญัตินี้ หรือตามกฎหมายอื่นที่ให้อำนาจไว้

ระเบียบ ข้อบังคับ เงื่อนไข หรือมาตรการตาม (๒) เมื่อประกาศในราชกิจจานุเบกษาแล้วให้ใช้บังคับได้

ใช้สิทธิและเสรีภาพได้เช่นเดียวกับบุคคลอื่น จึงเป็นการขัดต่อมาตรา ๓๐^๒ และมาตรา ๓๗^๓ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย อย่างไรก็ตาม หากคณะกรรมการส่งเสริมกิจการฮัจญ์แห่งประเทศไทยประสงค์จะกำหนดมาตรการเพื่อเป็นการเปิดโอกาสและส่งเสริมให้ผู้ที่ไม่เคยเดินทางไปประกอบพิธีฮัจญ์ได้มีโอกาสเดินทางไปประกอบพิธีฮัจญ์ได้โดยทั่วถึง คณะกรรมการส่งเสริมกิจการฮัจญ์แห่งประเทศไทยย่อมวางหลักเกณฑ์ให้มีผลว่า ในกรณีที่มีผู้ยื่นความประสงค์จะเดินทางไปประกอบพิธีฮัจญ์เกินจำนวนโควตาที่ได้รับการจัดสรรจากประเทศซาอุดีอาระเบียซึ่งเป็นเจ้าของสถานที่ในการประกอบพิธีฮัจญ์ คณะกรรมการส่งเสริมกิจการฮัจญ์แห่งประเทศไทยจะจัดให้ผู้ที่ยังไม่เคยเดินทางไปประกอบพิธีฮัจญ์มาก่อนมีสิทธิเดินทางไปก่อนได้ ซึ่งการกำหนดหลักเกณฑ์ในทำนองดังกล่าวนี้ไม่ถือว่าเป็นการลิดรอนสิทธิและเสรีภาพในการปฏิบัติพิธีกรรมทางศาสนา หากแต่เป็นมาตรการที่รัฐกำหนดขึ้นเพื่อขจัดอุปสรรคหรือส่งเสริมให้บุคคลสามารถใช้สิทธิและเสรีภาพได้เช่นเดียวกับบุคคลอื่นตามมาตรา ๓๐ วรคส. ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

อย่างไรก็ตาม เนื่องจากข้อหาหรือในเรื่องนี้เป็นปัญหาเกี่ยวกับการบังคับใช้บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ซึ่งอยู่ในอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญที่จะเป็นผู้พิจารณาวินิจฉัย รวมทั้งยังเป็นหลักเกณฑ์ที่กำหนดขึ้นจากการใช้อำนาจหน้าที่ของหน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ ซึ่งหากมีผู้โต้แย้งก็จะอยู่ในอำนาจหน้าที่ของศาลปกครองที่จะเป็นผู้พิจารณาวินิจฉัย ดังนั้น การให้ความเห็นทางกฎหมายของคณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ ๑) ในกรณีนี้จึงเป็นไปเพื่อประโยชน์แก่ทางราชการในการบริหารราชการแผ่นดินเท่านั้น แต่การวินิจฉัยชี้ขาดเป็นที่สุดย่อมเป็นอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญหรือศาลปกครอง แล้วแต่กรณี

(นายอัชพร จารุงจินดา)
เลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกา

สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา
มิถุนายน ๒๕๕๕

^๒มาตรา ๓๐ บุคคลย่อมเสมอกันในกฎหมายและได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกัน ชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกัน

การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ ความพิการ สภาพทางกายหรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรม หรือความคิดเห็นทางการเมืองอันไม่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ จะกระทำมิได้

มาตรการที่รัฐกำหนดขึ้นเพื่อขจัดอุปสรรคหรือส่งเสริมให้บุคคลสามารถใช้สิทธิและเสรีภาพได้เช่นเดียวกับบุคคลอื่น ย่อมไม่ถือเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมตามวรรคสาม

^๓มาตรา ๓๗ บุคคลย่อมมีเสรีภาพบริบูรณ์ในการถือศาสนา นิายของศาสนา หรือลัทธินิยมในทางศาสนา และย่อมมีเสรีภาพในการปฏิบัติตามศาสนธรรม ศาสนบัญญัติ หรือปฏิบัติพิธีกรรมตามความเชื่อถือของตน เมื่อไม่เป็นปฏิปักษ์ต่อหน้าที่ของพลเมืองและไม่เป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

ในการใช้เสรีภาพตามวรรคหนึ่ง บุคคลย่อมได้รับความคุ้มครองมิให้รัฐกระทำการใด ๆ อันเป็นการรอนสิทธิหรือเสียประโยชน์อันควรมิควรได้ เพราะเหตุที่ถือศาสนา นิกายของศาสนา ลัทธินิยมในทางศาสนา หรือปฏิบัติตามศาสนธรรม ศาสนบัญญัติ หรือปฏิบัติพิธีกรรมตามความเชื่อถือ แตกต่างจากบุคคลอื่น