

آیین دادرسی کیفری بین‌المللی: توافعی، تفتیشی یا مختلط*

نویسنده: کای امبوس**
مترجم: دکتر حسین آقایی جنت مکان***

چکیده

هدف این مقاله بررسی این مسئله است که آیا آیین دادرسی کیفری بین‌المللی «توافعی»^۱، «تفتیشی» یا «مختلط» است. در این مقاله همچنین مقررات دیوان کیفری بین‌المللی برای یوگسلاوی سابق و دیوان کیفری بین‌المللی، از جمله رویه قضایی مربوط به آن، مورد بررسی قرار می‌گیرند. مقررات فوق با اصلاحات مکرر در آیین دادرسی و ادله (PRE) دیوان کیفری بین‌المللی برای یوگسلاوی سابق و پیش‌نویس اساسنامه رم از یک نظام توافعی به یک آیین دادرسی حقیقتاً مختلط تحول پیدا کرده است؛ این مقررات عناصر حقوق‌نویسته و کامن‌لا را در یک آیین دادرسی بین‌المللی

* مشخصات اصلی مقاله به قرار زیر است:

Kai Ambos, International Criminal Procedure: Adversarial, Inquisitorial or Mixed, International Criminal Law Review 3: 1-37, 2003.

** محقق ارشد مؤسسه ماکس پلانک برای حقوق کیفری بین‌المللی.

*** استادیار گروه دانشگاه چمران اهواز.

۱. لازم به ذکر است که برخی نویسندگان نظام دادرسی کیفری در کشورهای کامن‌لا را «توافعی» و برخی دیگر «اتهامی» خوانده‌اند. برخی نویسندگان نیز معتقدند نظام رسیدگی توافعی و اتهامی مکمل یکدیگرند. اما عملاً برابر نیستند (م).

ادغام کرده است. مهم نیست که یک قاعده ترافعی یا تفتیشی است، مهم این است که آیا این قاعده به دیوان‌ها در انجام وظایفشان کمک می‌کند؟ و آیا این قاعده با معیارهای اساسی محاکمه منصفانه منطبق است یا خیر؟

راجع به انجام یک محاکمه مؤثر، گروهی از متخصصان سازمان ملل متحد، درباره اداره دادگاه و جمع‌آوری ادله، نقش فعال‌تری را برای قضات درخواست کردند. در این زمینه، مسلم است که حقوق‌نویسته همانند آیین دادرسی ساخته دست قضات بهتر می‌تواند مانع از تأخیرهای حاصل از رابطه متقابل آزاد طرفین شود. با این حال، مقررات آیین دادرسی تنها یک چارچوب کلی در این رابطه فراهم می‌آورد، کارکرد شفاف و روشن یک سیستم قضایی به عوامل آن بستگی دارد. آیین دادرسی حقیقتاً مختلط مستلزم این است که دادستان‌ها، وکلای مدافع و قضات نسبت به هر دو نظام کامن‌لا و حقوق‌نویسته از اطلاعات کافی برخوردار باشند، و بتوانند نگاهی فراتر از نظام‌های حقوقی خودشان داشته باشند.

واژگان کلیدی: آیین دادرسی کیفری بین‌المللی، ترافعی، تفتیشی و مختلط.

پیشگفتار مترجم

در طول مذاکرات مربوط به بررسی طرح اساسنامه رم در خصوص تعیین رژیم دادرسی‌ای که می‌بایست به‌کار گرفته شود اختلافات فراوانی وجود داشت. آن‌گونه که یکی از حاضران در کنفرانس رم در توصیف این اختلاف‌ها بیان می‌دارد: «حقوقدانان هر کشور سعی و تمایل‌شان بر این بود که بگویند نهادها و ارزش‌های نظام جزایی خودشان از همه برتر است». به‌ویژه، این اختلاف در بین حقوقدانان کامن‌لا و نظام حقوقی رومی - ژرمنی شدیدتر بود. به‌طوری که هیئت نمایندگی فرانسه (گیلبرت ییتی) مجبور شد به دولت خود در مورد تسلط نظام دادرسی کامن‌لا در اساسنامه دیوان هشدار دهد. اما سرانجام، همان‌گونه که یک ناظر بین‌المللی می‌گوید: «جنگ بین نظام کامن‌لا و نظام حقوق رومی - ژرمنی، جای خود را به توافق بر سر اصول مشترک داد».

رژیم آیین دادرسی دیوان کیفری بین‌المللی عمدتاً ترکیبی از دو نظام متفاوت است: یکی نظام دادرسی توافقی کامن‌لا و دیگری نظام دادرسی تفتیشی رومی - ژرمنی. البته شاید این مرزبندی خیلی دقیق نباشد؛ زیرا در درون هریک از این دو نظام تنوعی از نظام‌های حقوقی به چشم می‌خورد.

مقدمه

با اینکه تنها برخی مقررات کلی آیین دادرسی در اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی برای یوگسلاوی سابق (ICTY) - همچنین در اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی برای رواندا (ICTY) - پیش‌بینی شده است و «مجموعه مقررات شکلی» آن در مجموعه قواعدی که توسط قضات تهیه شده آمده است (از این به بعد آیین دادرسی و ادله)،^۲ مجموعه مقررات دیوان کیفری بین‌المللی در یک معاهده بین‌المللی آمده که در رم به سال ۱۹۹۸ پذیرفته شده است (از این به بعد اساسنامه رم یا دیوان کیفری بین‌المللی).^۳ اساسنامه (رم) تا حدود زیادی متأثر از مقررات و رویه قضایی دیوان‌های موقت بوده است. آیین دادرسی دیوان کیفری بین‌المللی که نهایتاً در نوامبر ۲۰۰۰^۴ به تصویب کمیسیون مقدماتی رسید و رسماً از سوی اولین مجمع دولت‌های عضو در سپتامبر ۲۰۰۲ پذیرفته شد (ماده ۱۱۲ اساسنامه رم) قصد شفاف کردن مقررات شکلی مذکور در اساسنامه دیوان را دارد و به‌عنوان مکمل این مقررات عمل می‌کند (ماده ۵۱ اساسنامه). آیین‌نامه (داخلی) دیوان، یعنی مقرراتی که از سوی خود دیوان پذیرفته شده است به‌عنوان سومین سند محسوب می‌شود (ماده ۵۲ اساسنامه). این سه دسته مقررات می‌بایست در مذاکرات منتهی به تصویب اساسنامه رم مورد بحث قرار گیرند.

2. Rules of Procedure and Evidence, as amended 10 October 2002, IT/ 32/ Rev. 25, < WWW . un. org/ icty/ bsic. Htm>.

3. Rome Statute of the ICC, UN- Doc. A/ conf. 18319. At www. un. org/ law. icc.

4. Report of the Preparatory Commission for the International Criminal Court.

تفاوت مهم اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی برای یوگسلاوی سابق (ICTY) و اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی (ICC) در این است که تنها دیوان یوگسلاوی سابق مقررات خود را تاکنون در عمل اجرا کرده است، بنابراین، درباره اینکه در صورت وجود (نظام‌های مختلف)، کدام نظام در سطح بین‌المللی بیشتر قابل قبول است، می‌تواند واقعی‌تر و دقیق‌تر راهنمایی کند.

قبل از تحلیل مقررات اساسنامه دیوان یوگسلاوی سابق و دیوان کیفری بین‌المللی، در پاسخ به سؤال فوق، یک مسئله از نظر لغوی باید بررسی شود؛ اصطلاح تفتیشی، آن‌گونه که معمولاً از سوی حقوقدانان برای توصیف نظام حقوق «نوشته» قاره‌ای استفاده می‌شود بسیار نامناسب است، زیرا این اصطلاح ما را به یاد تاریک‌ترین دوران قرون وسطی می‌اندازد. در این دوران تعقیب و رسیدگی به یک پرونده به نهاد واحدی - یک قاضی که فعالانه تحقیق می‌کرد (Inquisition= Enquiry, Inquest) - سپرده شده بود، آیین دادرسی منحصرأ مکتوب و محرمانه بود و از شکنجه به‌عنوان شیوه‌ای مشروع برای دستیابی به اعترافات استفاده می‌شد.

از دیدگاه تاریخ حقوق، اصطلاح «آیین دادرسی تفتیشی» معمولاً برای نوعی انضباط، و نیز برای آیین دادرسی کیفری که از سوی پاپ اینوسان سوم در قرن سیزدهم ایجاد شده بود، مورد استفاده قرار می‌گرفت. بعداً هم این آیین دادرسی در مقررات شرعی و قوانین سکولار (جدایی دین از سیاست) نمود پیدا کرد و تا قرن نوزدهم به‌طور کامل ادامه یافت.

رسوایی ضمنی نظام «تفتیشی» چندان از سوءاستفاده‌های بعدی و افراط‌گرایی‌های آیین دادرسی تفتیشی قاعده‌مند ناشی نمی‌شود، این رسوایی بیشتر ناشی از این بود که آیین دادرسی تفتیشی با یک نوع آیین دادرسی اختصاری و بدون قاعده شباهت لغوی داشت که به‌منظور تعقیب و مجازات ملحدان (*Inquisition haereticae pravitatis*) در اروپای قاره‌ای، به‌ویژه، در اوج «اداره مقدس تفتیش عقاید» استفاده می‌شد. با این حال، حقوقدانان کاملاً سعی دارند از آن به عنوان آیین دادرسی سیاست نفرت‌آور، سری و ظالمانه یاد کنند.

در هر صورت، آیین دادرسی تفتیشی به معنای «تفتیش عقاید» (*Inquisition*) با ظهور انقلاب ۱۹۸۹ فرانسه کنار گذاشته شد؛ آلمان نیز شیوه رسیدگی‌های کیفری (*Reformiertes strafverfahren*) خود را که بعد از انقلاب ۱۸۴۸ برقرار شده بود اصلاح کرد. در نتیجه، در حال حاضر، رسیدگی‌های تفتیشی در دو مرحله و توسط افراد مشخص با مسئولیت‌های جداگانه صورت می‌گیرد، مرحله تحقیقات مقدماتی که دادستان و یا قاضی تحقیق (قاضی بررسی‌کننده) (*Juge d' instruction*) آن را به‌عهده دارد و مرحله محاکمه که توسط یک قاضی دادگاه (رسیدگی‌کننده) انجام می‌شود. با وجود این، حتی می‌توان گفت که هر دو نظام ترافعی و تفتیشی، تفتیشی هستند زیرا رسیدگی در مرحله مقدماتی توسط دولت، یعنی، پلیس و دادستان آغاز و هدایت می‌شود. همین‌طور، هر دو نظام «اتهامی» هستند زیرا مرحله تعقیب و محاکمه به-

عهده نهادی جدا از قاضی مرحله مقدماتی است (دادستان یا قاضی تحقیق). مفهوم اولیه دادرسی اتهامی (Processus per accusationem) یعنی روشی که توسط یک شهروند خصوصی شروع می‌شود، اعتبار خود را از دست داده است. از این رو، اتهامی دانستن نظام ترافعی گمراه‌کننده است، زیرا این موضوع به روش جدید حقوق نوشته‌ای اشاره دارد که دادستان به شیوه اتهامی به آن عمل نمی‌کند. در کل، تقسیم‌بندی تفتیشی - اتهامی، در اصطلاحات تاریخی، و به‌خصوص در دوران قبل از انقلاب (فرانسه) معنا می‌یابد. امروزه، آیین دادرسی کیفری جدید بر اساس اصول شفاهی و فوریت استوار است. به عبارت دیگر، تنها عاملی که می‌تواند اصطلاح «تفتیشی» را برای این نوع آیین دادرسی توضیح دهد ماهیت حقیقت‌جویی آن است؛ در حالی که در نظام اتهامی تلاش برای یافتن حقیقت از نظر «شکلی»، اغلب، بر عهده طرفین است و در نتیجه، اختلاف طرفین کانون رسیدگی (رویکرد دو طرفی) می‌باشد، در نظام تفتیشی مسئولیت انجام تعقیب کیفری به عهده مقامات دولتی است (رویکرد یک طرفی). در این مفهوم، مدل حقوق نوشته به عنوان مدل «قاضی - ساخته» (Instruktorich) یا مطابق رویکرد ساختاری‌تر داماسکا (Damaska) مبتنی بر سلسله مراتب بهتر توضیح داده می‌شود، در حالی که نظام کامن‌لا ترافعی است و دادستان و متهم «مخالف» یا «موافق» هستند. نام بی مسمای دیگر (برای آیین دادرسی کامن‌لا) آیین دادرسی «آنگلو - امریکن» است؛ عنوانی که به آیین دادرسی (کشورهای

انگلیس و ایالات متحده امریکا اطلاق شده است، البته در صورتی که قائل به وجود چنین آیین دادرسی‌ای باشیم. در حالی که، در واقع، آیین دادرسی انگلیس (شامل انگلیس، اسکاتلند و ایرلند) و همین‌طور آیین دادرسی ایالات متحده امریکا در ایالت‌های مختلف با هم تفاوت دارند. در هر صورت، حتی بدتر از سوءاستفاده از یک اصطلاح، انتساب یک معنای غلط و نامناسب به آن است. متأسفانه حقوقدانان کامن‌لا اغلب این اشتباه را مرتکب می‌شوند، چنانکه گاهی اوقات صرفاً بر اساس منابع کامن‌لا در مورد حقوق نوشته قضاوت می‌کنند و مدل فرانسوی - یک قاضی بررسی - کننده را به‌عنوان تنها مدل حقوق نوشته می‌شناسند، با اینکه حداقل باید بین مدل حقوق نوشته و مدل دادرسی (اصلی آلمان) تفاوت قائل شد. چنانچه نگاه دقیق‌تری به نظام‌های مختلف عدالت کیفری در کشورهای عضو اتحادیه اروپا و - حتی فراتر - شورای اروپا داشته باشیم، هماهنگی یا همگرایی (بین این نظام‌ها) به هیچ‌وجه به‌طور خودکار ایجاد نشده است. با همه این شرایط، اصطلاحات اتهامی / تفتیشی در اینجا تنها در مفهوم کلی استفاده می‌شود تا نشان دهد که تقسیم‌بندی حقوق نوشته - کامن‌لا هنوز وجود دارد. روی هم رفته، یک حقیقت باقی می‌ماند و آن اینکه هنگامی که ما در مورد مسائل شکلی و مقررات خاصی صحبت می‌کنیم، استفاده از سنخ‌شناسی به‌عنوان یک ابزار تحلیل سخت و دشوار خواهد بود.

با اشاره به سؤال فوق، در حال حاضر توافق کلی وجود دارد که نظام آیین دادرسی دیوان کیفری بین‌المللی برای یوگسلاوی سابق و دیوان

کیفری بین‌المللی یک نظام مختلط است، زیرا این نظام در بردارنده عناصر یا اجزای ساختاری هر دو نظام «اتهامی» و «تفتیشی» است. با این حال، نمی‌توان نادیده گرفت که تنها تحولات اخیر باعث تقویت عناصر حقوق-نوشته در آیین دادرسی کیفری بین‌المللی گردیده است. مقررات دیوان‌های موقت، که ابتدا توسط حقوقدانان کامن‌لا طراحی شده بود و پیش‌نویس اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی که از سوی کمیسیون حقوق بین‌الملل تهیه شده بود یک آیین دادرسی اتهامی را پیشنهاد می‌کرد. هرچند یکی از شعبه‌های دیوان یوگسلاوی سابق در سال ۱۹۹۶ مقرر داشت که آیین دادرسی دیوان یوگسلاوی سابق «ترکیب منحصربه‌فردی از ویژگی‌های کامن‌لا و حقوق نوشته است، و دقیقاً از آیین دادرسی حقوق نوشته یا کامن‌لا تبعیت نکرده است....»، با این حال، در این مرحله از رویه عملی دیوان‌ها، هنوز رویکرد اتهامی به‌طور گسترده حاکم است. مطابق گزارش سال ۱۹۹۹ متخصصان «در اساسنامه‌ها تا حدود زیادی نظام توافعی منعکس است....». نه به دلیل آنچه در گزارش گروه متخصصان آمده است بلکه تنها به دلیل اصلاحات انجام شده در آیین دادرسی دیوان یوگسلاوی سابق - آخرین بازنگری (شماره ۲۵) مورخ ۱۹ اکتبر ۲۰۰۲ - این آیین دادرسی به سمت یک آیین دادرسی مختلط تمایل پیدا کرده است، به-نحوی که در حال حاضر می‌توان تا حدود زیادی از یک مدل منحصربه‌فرد صحبت کرد. راجع به دیوان کیفری بین‌المللی، در شروع بحث‌های کمیته مقدماتی در سال ۱۹۹۵ نظام کامن‌لا حاکم بود تا آنجا که نماینده هیئت

فرانسوی گیلبرت بیتی به دولت متبوع خود «هشدار» داد که برای اجتناب از استقرار یک نظام کامن‌لای محض واکنش جدی لازم است. هرچند برخی صدور بیانیه از سوی دولت فرانسه را اغراق‌آمیز تلقی کردند و فرانسه را به‌خاطر صدور این بیانیه به تأخیر در مذاکرات متهم می‌کردند، اما واقعیت مسئله این است که آنچه «پیش‌نویس فرانسه» در ۱۹۹۶ نامیده می‌شد در کشاندن بحث‌های واقعی بین کامن‌لا و حقوق نوشته مهم بود. این مباحث سرانجام به همگرایی هر دو نظام در اساسنامه و آیین دادرسی دیوان کیفری بین‌المللی منجر شد.

در اینجا نگاه دقیق‌تری خواهیم داشت به مقررات و رویه قضایی دیوان کیفری بین‌المللی برای یوگسلاوی سابق و دیوان کیفری بین‌المللی در رابطه با مراحل رسیدگی در آیین دادرسی بین‌المللی یعنی، مرحله تحقیقات، مرحله مقدماتی و محاکمه.

مرحله تحقیقات

در هر دو دیوان (موقت)، دادسرا تحقیقات را با قدرت و به‌طور مستقل آغاز و به انجام می‌رساند. چنانچه به‌ظاهر پرونده‌ای به تحقیقات بیشتر نیاز داشته باشد دادستان تصمیم به تعقیب می‌گیرد. دادستان می‌تواند صرفاً اقدامات تحقیقاتی را انجام دهد یعنی، اقداماتی که به حقوق متهم لطمه‌ای وارد نمی‌کند، مانند احضار و تحقیق از مظنونان، قربانیان و شهود؛ همچنین جمع‌آوری هرگونه ادله دیگر (ماده ۱۸ (۲) اساسنامه دیوان کیفری

بین‌المللی برای یوگسلاوی سابق، قاعده ۳۹ (ط)؛ ماده ۵۴ (۳) اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی). با این حال، دادستان برای انجام اقدامات قهرآمیز، مانند بازداشت مظنونان (قاعده ۵۴ به بعد؛ ماده ۵۷ (۳) اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی) به کسب مجوز قضایی نیاز دارد. اولین تفاوت مهم بین دیوان کیفری بین‌المللی برای یوگسلاوی سابق و اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی به قلمرو و زمان کنترل و نظارت بر دادستان بستگی دارد. در حالی که دادستان دیوان کیفری بین‌المللی برای یوگسلاوی سابق رسماً به‌طور مستقل تصمیم می‌گیرد که آیا کیفرخواست تنظیم کند یا پرونده را مختومه نماید، و تنها تابع بررسی بعدی کیفرخواست می‌باشد (ماده ۱۸ (۴)، ۱۹ اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی برای یوگسلاوی سابق، قاعده ۴۷)، در مورد دیوان کیفری بین‌المللی، شورای امنیت سازمان ملل متحد می‌تواند تحقیقات را برای دوره‌ای دوازده ماهه که قابل تمدید نیز است، به حالت تعلیق درآورد (ماده ۱۶ اساسنامه دیوان). هنگامی که دادستان تصمیم می‌گیرد که آیا دلایل معقولی برای شروع به رسیدگی وجود دارد یا خیر، یعنی، مدت طولانی قبل از این که کیفرخواست تهیه شده باشد (ماده ۱۵ (۳) و ۵۳ اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی) شعبه مقدماتی تصمیم می‌گیرد. با این حال، تا آنجا که به بحث ما مربوط است تا حدودی می‌توان از این تفاوت نتیجه گرفت که دخالت قضایی قبل از تنظیم کیفرخواست احتمالاً به این خاطر پیش‌بینی شده است که هر دو نظام دادرسی توافقی و تفتیشی کنار گذاشته شوند، زیرا هر دو نظام، تصمیم‌گیری در این مورد را تنها به عهده دادستان واگذار می‌کنند.

بدیهی است قدرت و استقلال دادستان دیوان کیفری بین‌المللی برای یوگسلاوی سابق و دیوان کیفری بین‌المللی را نمی‌توان نشانه نظام کامن‌لا تلقی کرد، زیرا یکی از موفقیت‌های مهم نظام «اتهامی» این است که نظام قدیم تفتیشی را به‌منظور تعیین یک دادستان که مسئول انجام تحقیقات است، اصلاح می‌کند. با این حال، می‌توان گفت که ایده کلی کنترل یا نظارت قضایی مقدماتی بر دادستان - از طریق نوعی آیین دادرسی بینابینی و شعبه مقدماتی - حاصل نفوذ فرانسه و آلمان است و در کل «یک خصوصیت بارز نظام تفتیشی» را از مرحله مقدماتی در دیوان کیفری بین‌المللی نشان می‌دهد. در واقع، در طول مذاکرات، هیئت‌هایی از کشورهای همفکر کامن‌لا (طرفدار دیوان کیفری بین‌المللی) احساس کردند که هرگونه مداخله قضایی در طول تحقیقات، جدای از صدور احکام جلب و غیره می‌تواند استقلال دادستان را به مخاطره افکند، اما آنها باید خیلی زود در می‌یافتند که پیشنهاد جایگزین از سوی کشورهای که مخالف ایده دادستان مستقل بودند کنترل سیاسی (دادستان) از سوی شورای امنیت سازمان ملل متحد بود، یعنی از سوی پنج کشوری که دو تای آنها مخالف شکل دیوان بودند (ایالات متحده آمریکا و چین) و دیگری (روسیه) که در خوشبینانه‌ترین صورت نسبت به دیوان کیفری بین‌المللی بی‌طرف بود.

بنابراین، در پایان گروه همفکر (کامن‌لا) در کل احساس کرد مجبور است صرف‌نظر از تقسیم‌بندی کامن‌لا - حقوق‌نویسته از یک دادستان

مستقل تابع نظارت قضایی حمایت کند. جالب است در این زمینه اشاره کنیم که تصمیم ایالات متحده امریکا برای اطلاع به دبیرکل سازمان ملل متحد مبنی بر اینکه ایالات متحده هیچ تعهدی در برابر امضای دولت کلیتون (برای عدم امضای معاهده دیوان) احساس نمی‌کند، به موجب نظام رسیدگی اساسنامه رم موجه بود زیرا این دولت یک قدرت مطلق بود.

اشاره به وظایف دادستان، بی‌طرفی او، تکلیف او به احراز حقیقت و ارائه نه تنها دلایل مجرمیت، بلکه همچنین ادله تبرئه‌کننده - که صریحاً از سوی یک شعبه دیوان کیفری بین‌المللی برای یوگسلاوی سابق و در ماده ۵۴ (۱) (الف)، ۶۷ (۲) اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی شناسایی شده است^۵ - می‌تواند به عنوان یک ویژگی بارز آیین دادرسی حقوق‌نویسته شناخته شود.

هرچند در نظام توافقی، دادستان همچنین باید به اصول حقیقت و بی‌طرفی پایبند باشد، نظام حقوقی نوشته اساساً متفاوت است، زیرا بر حسب پرونده دادستان و متهم عمل نمی‌کند و در نتیجه، دادستان نه به عنوان یک طرف دعوا، بلکه به عنوان یک عامل مستقل شناخته می‌شود. از طرف دیگر، دادستان در رابطه با تصمیم‌گیری جهت شروع به تحقیق،

۵. پرونده دادستان علیه کاپرسکیچ، تصمیم مربوط به مکاتبات بین طرفین و شهود آنان، ۲۱ سپتامبر ۱۹۹۸: «... دادستان دیوان نه تنها یک طرف رسیدگی توافقی نیست بلکه یک ارگان دیوان است و یک ارگان عدالت کیفری که هدفش صرفاً محکوم کردن نیست بلکه، ارائه پرونده برای رسیدگی است، که نه تنها ادله متهم‌کننده، بلکه همچنین ادله تبرئه‌کننده را به منظور کمک به شعبه برای کشف حقیقت در یک رسیدگی قضایی ارائه می‌دهد...».

صلاحیت گسترده‌ای دارد که در نهایت به سود برقراری عدالت خواهد بود (ماده ۵۳ (۱) (ج)، (۲) (ج) اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی) و حتی می‌تواند موافقت‌نامه‌هایی با دولت‌ها، سازمان‌های بین‌دولتی یا اشخاص خصوصی برای جلب همکاری آنها منعقد نماید (ماده ۵۴ (۳) (د) اساسنامه دیوان). برای حقوق‌دانان نظام حقوقی نوشته این فرمول شبیه به معامله اتهام است، که یک ویژگی سنتی کامن‌لا به‌شمار می‌آید.

مرحله مقدماتی

هرچند آیین دادرسی دیوان کیفری بین‌المللی برای یوگسلاوی سابق و آیین دادرسی دیوان کیفری بین‌المللی بین مرحله تحقیقات و مرحله مقدماتی تفکیک قائل نشده‌اند، در رابطه با ارائه کیفرخواست (دیوان کیفری بین‌المللی برای یوگسلاوی سابق) یا اتهامات (دیوان کیفری بین‌المللی) دادستان می‌تواند این تفکیک را انجام دهد. در این مرحله تحقیقات پایان می‌یابد و مرحله مقدماتی شروع می‌شود.^۶ اینجا تفاوت‌های مهمی را بین دو دیوان ملاحظه می‌کنیم. در حالی که در دیوان کیفری بین‌المللی برای یوگسلاوی سابق، همان‌گونه که گفته شد، کیفرخواست

۶. مرحله مقدماتی تنها با تأیید کیفرخواست از سوی قاضی شروع می‌شود (و با ارائه ادله از سوی دادستان در محاکمه پایان می‌پذیرد). به هر حال، مفهوم آن این است که مدت بین ارائه کیفرخواست و تأیید قضایی جزء مرحله تحقیقات است، هرچند، معمولاً دادستان در این دوره تنها منتظر تصمیم قضایی است.

تحت نظارت یک قاضی است (ماده ۱۹ اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی برای یوگسلاوی سابق، قاعده ۴۷)، در دیوان کیفری بین‌المللی شعبه مقدماتی باید اتهامات را تأیید کند که (نظام) «تأیید اتهامات» نامیده می‌شود (ماده ۶۱ اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی)؛ در حالی که «کیفرخواست» می‌تواند بدون حضور متهم تأیید شود و دادستان می‌تواند حتی به موجب قاعده ۶۱ رسیدگی غیابی نماید، علی‌الاصول، اتهامات در صورتی تأیید می‌شود که متهم حضور داشته باشد (ماده ۶۱ (۱) بخش دوم اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی). همان‌گونه که ملاحظه می‌شود، جلسه تأیید اتهامات از هر دو طرف مورد حمایت کلی واقع شده است، و در واقع، آن را هم در شیوه ترافعی و هم تفتیشی می‌توان یافت: آن‌گونه که حقوقدانان کاملاً معتقدند می‌توان آن را به‌عنوان فیلتری دانست برای حصول اطمینان از اینکه تنها در پرونده‌های واقعاً مهم محاکمه برگزار می‌شود یا - همان‌گونه که حقوقدانان نوشته، به‌ویژه، فرانسوی (که آن را ابداع کرده‌اند) معتقدند - آن را به‌عنوان یک مرحله مقدماتی طولانی‌تر به منظور «تأیید» یا ارزیابی اتهامات و برای جلوگیری از اتلاف وقت که صرف اختلافات مربوط به افشای ادله در مرحله محاکمه می‌شود، دانست. در این مورد، می‌توان آن را با روش فرانسوی در مورد جرایم در مقابل شعبه اتهامی (Chamber d'accusation) یا چنانکه در اصلاحات اخیر قانون آیین دادرسی کیفری آمده است در مقابل شعبه تحقیقات جنایی (Chamber de l'instruction criminelle) (ماده

۱۹۱- ۲۳۰ قانون آیین دادرسی کیفری) مقایسه کرد. در هر صورت، در دسامبر ۱۹۹۸ یک روش «فیلتر» مانند در دیوان‌های موقت در رابطه با کنفرانس‌های مقدماتی و پیش از دفاع مطرح شد (قواعد ۷۳ و ۷۳ مکرر دیوان کیفری بین‌المللی برای یوگسلاوی سابق)، که قبلاً هم به موجب کنفرانس‌های وضعیت وجود داشت (قاعده ۶۵ مکرر دیوان کیفری بین‌المللی برای یوگسلاوی سابق). پیش‌بینی قاضی مقدماتی (قاعده ۶۵ دیوان کیفری بین‌المللی برای یوگسلاوی سابق)، دخالت قضایی در مرحله مقدماتی بر اساس مدل حقوق‌نوشته را تقویت می‌کند، هرچند این قاضی تنها هماهنگ‌کننده است و وظیفه تحقیقاتی ندارد.

تعارض دیگر بین نظام حقوق کامن‌لا و نوشته به بیان اتهامات از سوی دادستان اشاره دارد. با اینکه آرای بسیاری از دیوان‌های موقت در مورد کل کیفرخواست (ماده ۱۸ (۴) اساسنامه دیوان یوگسلاوی سابق، قاعده ۴۷) شرح دقیق وقایع و طبقه‌بندی قانونی جرایمی را که به متهم منتسب هستند، لازم می‌دانند^۷ لکن کاملاً روشن نیست که آیا اتهامات در مرحله تعقیب تأثیر الزام‌آوری بر رسیدگی‌های بعدی دارند یا خیر. در کل، روشن است که بعد از تأیید اتهامات هرگونه اصلاحی نیازمند مجوز

۷. در پرونده دادستان علیه *Kunara C and Kouok*، تصمیم مربوط به نحوه تنظیم کیفرخواست، ۴ نوامبر ۱۹۹۹ (IT- 96- 23- PT)، بند ۶ آمده است: «کیفرخواست باید ماهیت مسئولیت انتسابی، شیوه ارتکاب جرم از سوی متهم و وقایعی که باعث مسئولیت او شده است را روشن کند. کیفرخواست همچنین باید مکان و زمان ارتکاب جرایم و اشخاصی که در آنها دخالت داشته‌اند را مشخص کند».

قضایی است؛ از طرف دیگر، اگر چنین اجازه‌ای صادر شود، اصلاح واقعی وظیفه دادستان است. در پرونده کاپرسکیچ (*Kupreskic*)، یک شعبه بدوی اجازه اصلاح کیفرخواست را تنها در رابطه با جرایم خفیف‌تر یا رد اتهامات صادر کرد؛ راجع به جرایم شدیدتر یا مختلف، شعبه بدوی باید دادستان را برای اصلاح کیفرخواست دعوت کند.

در مورد دیوان کیفری بین‌المللی، مطابق ماده ۷۴ (۲) بند ۲ اساسنامه، رأی دیوان باید «بر اساس واقعیات و اوضاع و احوال بیان شده در اتهامات و اصلاحات مربوط به آن» باشد؛ به هر حال، روشن نیست که این اتهامات، هنوز همان‌گونه که دادستان آنها را طراحی کرده است، اتهامات اصلی باشند؛ یا اینکه شعبه مقدماتی در جلسه تأیید اتهامات حق دارد آنها را رأساً اصلاح کند یا خیر. رویکرد اول، مورد تأیید کامن‌لا است، زیرا در نظام کامن‌لا، دادگاه حق تغییر طبقه‌بندی قانونی را که دادستان از اتهامات ارائه کرده است، ندارد. رویکرد دوم، به حقوق‌نویسته شبیه‌تر است، زیرا دیوان نه تنها حق تأیید یا رد اتهامات را دارد، بلکه، همچنین، مطابق با اصل "*Jura notiv curia*" حق دارد اتهامات را اصلاح کند. در نگاه اول، به نظر می‌رسد اساسنامه دیوان از رویکرد کامن‌لا پیروی کرده است زیرا شعبه تنها می‌تواند اتهامات را تأیید یا رد کند (ماده ۶۱ (۷) (الف))، (ب) یا رسیدگی را به تأخیر اندازد و از «دادستان بخواهد تا ماده ۶۱ (۷) (ج) را مدنظر قرار دهد، یعنی ادله بیشتری را جمع‌آوری کند (الف) یا به‌خاطر وجود شرایط قانونی مختلف اتهام را اصلاح کند (ب)». از طرف

دیگر، با توجه به اختیارات وسیع شعبه مقدماتی و بدوی، می‌توان نتیجه گرفت که شعبه برای اصلاح اتهامات مادامی که به حقوق دفاعی متهم لطمه‌ای وارد نشود صلاحیت ذاتی دارد، یعنی، مادامی که متهم فرصت کافی برای پاسخ دادن به این‌گونه اصلاحات را داشته باشد. در واقع، شفاف نبودن اساسنامه دیوان در این موضوع به‌خاطر عدم توافق حقوقدانان کاملاً و حقوق‌نویسته در طول مذاکرات رم بوده است؛ در نتیجه، مسئله حل نشده باقی ماند.

در رابطه با مقررات مربوط به افشای ادله مسائل بیشتری مطرح می‌شود. در هر دو دیوان دادستان ملزم است تا اکثر ادله (متهم‌کننده) خود را برای متهم افشا کند، خواه رأساً یا بنا به درخواست (قاعده ۶۶ دیوان کیفری بین‌المللی برای یوگسلاوی سابق؛ ماده ۶۱(۳) اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی، قواعد ۷۶(۲) و ۷۷ و ۱۲۱). راجع به ادله تبرئه‌کننده «تا آنجا که ممکن است» دادستان باید آنها را افشا کند (قاعده ۶۸ دیوان یوگسلاوی سابق؛ ماده ۶۷(۲) اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی، قاعده ۸۳). نماینده دادستان باید تأیید کند که در خصوص همه مسائل زیربط تحقیق صورت گرفته است. افشاکردن باید به صورت موردی باشد؛ برای مثال، در رابطه با شهود تاریخ و محل تولد، جنس و محل اقامت (بدون آدرس) باید افشا شود، زیرا یک دفاع مناسب «نه یک مواجهه کورکورانه در دادگاه مدنظر است».

با این حال، به خاطر لزوم حفاظت از برخی شهود و گمنام نگه‌داشتن آنها چنین مواجهه کورکورانه‌ای ممکن است ضروری باشد (ماده ۲۲

اساسنامه کیفری بین‌المللی برای یوگسلاوی سابق، قواعد ۷۵، ۶۹؛ ماده ۶۸ اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی برای یوگسلاوی سابق، قواعد ۸۷ و ۸۸). هرچند لزوم حفاظت از شهود ممکن است در کل هم به شهود دادستان و هم شهود متهم مربوط شود، لکن، این امر اغلب مانع از حق متهم برای مواجهه می‌شود، و در نتیجه برقراری تعادل بین حق مواجهه (حضور) و حفاظت از شهود دشوار خواهد بود. متهم تنها در رابطه با دفاعیات خاص ملزم به افشای موردی است، برای مثال، در مورد دلایل و شواهد عدم حضور در محل وقوع جرم (*Alibi*) (قاعده ۶۷ دیوان کیفری بین‌المللی برای یوگسلاوی سابق، قواعد ۷۸ و ۷۹ دیوان کیفری بین‌المللی) متهم را نمی‌توان مجبور به افشای ادله متهم‌کننده کرد، زیرا این امر مغایر با حقوق متهم در مقابل متهم شناختن خویش می‌باشد (ماده ۶۷(۱)(ح) اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی). در کل، اصل تساوی سلاح‌ها منابع قوی‌تری به دادستان داده است.

با این حال، قاعده ۷۳ دیوان کیفری بین‌المللی برای یوگسلاوی سابق که یک کنفرانس قبل از دفاع را مقرر می‌دارد به افشای شهود متهم (نه اظهارات آنان) به‌منظور اجتناب از بازجویی‌های طولانی در مرحله محاکمه اشاره دارد. گزارش‌ها، یادداشت‌ها یا سایر اسناد داخلی مشمول افشاگری نمی‌شوند (قاعده ۷۰ دیوان یوگسلاوی سابق، قاعده ۸۱ دیوان کیفری بین‌المللی). در غیر موارد فوق، شعبه بدوی اختیار دارد تا در مورد افشای (ادله) مورد نظر در قاعده ۶۶ (ج) دیوان یوگسلاوی سابق، مانند یک داور تصمیم بگیرد. بنابراین، افشا کردن یک جریان مداوم است که با یک «تعهد

مستمر» همراه می‌باشد. این تعهد به مراحل بعد از محاکمه نیز، ازجمله تجدیدنظر، گسترش می‌یابد. از نظر مفهومی، این گونه مقررات مربوط به افشای ادله به‌وضوح به مدل توافقی دلالت دارند، زیرا «رویکرد دو طرفی» افشا کردن (دو جانبه) را ضروری می‌دانند تا اطمینان حاصل شود که هر دو طرف میزان اطلاعات مشابهی دارند. برعکس، چنین قواعدی در نظام حقوق نوشته ضروری نیست، زیرا مطابق «رویکرد یک طرفی» انجام تحقیقات به‌عهده دادستان است و وی هم در مورد ادله مجرمیت و هم ادله تبرئه‌کننده تحقیق می‌کند. با این اوضاع و احوال، بهتر است قبل از شروع رسیدگی اجازه دسترسی به پرونده (دادستان) را در برخی مسائل به متهم بدهیم. در این صورت، پرونده دادستان کارکرد قواعد افشاکننده کامل را تکمیل می‌کند. در واقع، قاعده ۱۲۱(۲)(ج) دیوان کیفری بین‌المللی که قواعد افشاکننده را در ارتباط با پرونده می‌داند، ارسال همه ادله افشاشده به شعبه مقدماتی را ضروری می‌داند.

مطمئناً، چنانچه همگرایی روشنی بین نظام‌ها وجود داشته باشد، تفاوت مفهومی بین افشا کردن و پرونده، عملاً اعتبار چندانی نخواهد داشت، زیرا دادستان اساساً خود در مورد پرونده تحقیق می‌کند و تلاش می‌نماید تا جایی که ممکن است ادله خود را مجرمانه نگه دارد. حتی یک قاضی فعال حقوق نوشته به سختی قادر است تا امتیاز دادستان را که از مرحله تحقیقات ناشی می‌شود جبران کند. بنابراین، از نقطه نظر حقوق بشر، تنها گسترش مقررات مربوط به افشای ادله می‌تواند حقوق متهم را به اندازه کافی تضمین نماید. این تنها در یک نظام آیین دادرسی توافقی اجرا

نمی‌شود. در این معنا، رویکرد «همه کارت‌ها روی میز است»^۸ که به موجب مواد آیین دادرسی و ادله دیوان کیفری بین‌المللی (به ویژه قواعد ۷۷ و ۷۸) پذیرفته شده، رعایت می‌شود.

در خصوص منافع احتمالی امنیت ملی می‌توان به یکی از این سه صورت عمل کرد: اطلاعات عادی باید در اختیار خود متهم قرار گیرد، اطلاعات محرمانه تنها در اختیار وکیل او باشد، و برخی اطلاعات ملی محرمانه هرگز نباید افشا شود. مصداق بارز هماهنگی مقررات فعلی دیوان کیفری بین‌المللی برای یوگسلاوی سابق و دیوان کیفری بین‌المللی، تحول مفهوم اقرار به مجرمیت - یا همان‌گونه که در اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی (ماده ۶۵) آمده - «رسیدگی بر اساس اقرار به جرم» می‌باشد. همین‌طور، قواعد ۶۲(۳)(۵) دیوان کیفری بین‌المللی برای یوگسلاوی سابق، شیوه ساده کامن‌لا را در مورد اقرار به جرم پیش‌بینی می‌کند، یعنی بلافاصله از مرحله محاکمه به مرحله تعیین مجازات می‌رود. به این ترتیب چنانچه متهم اقرار به مجرمیت نماید، جلسه رسیدگی جداگانه‌ای برای تعیین مجازات تشکیل می‌گردد، یعنی، برای احراز مجرمیت یا بی‌گناهی متهم، و برای تعیین مجازات تصمیم جداگانه گرفته می‌شود.

این نظام خیلی سریع با محاکمه «اردمویچ» از هم پاشید، هنگامی که متهم نتوانست به‌خوبی از خود دفاع کند و اعتراف کرد که مجبور به کشتن غیر نظامیان بوده است. اقرار او ابتدا از سوی شعبه بدوی به‌عنوان اقرار به

۸. رویکرد فوق به این معناست که دادستان و وکیل مدافع متهم باید کلیه اسناد و مدارک تحت اختیار یا کنترل خود را در اختیار طرف دیگر قرار دهند. به عبارت دیگر، همه چیز برای رویت مفتوح است.

مجرمیت معتبر شناخته شد، لکن شعبه تجدیدنظر تصمیم شعبه بدوی را نقض کرد. این شعبه چهار شرط را برای اقرار معتبر بیان داشت که در حال حاضر در قاعده ۶۲ مکرر آمده‌اند: اقرار به مجرمیت باید داوطلبانه، آگاهانه و صریح باشد و دلیل واقعی و کافی برای جرم و مشارکت متهم در آن وجود داشته باشد. تنها در صورتی که این شرایط محقق شود شعبه بدوی می‌تواند اقرار را بپذیرد و زمان جلسه را برای تعیین مجازات مشخص کند (قواعد ۶۲ مکرر و ۱۰۰ دیوان کیفری بین‌المللی برای یوگسلاوی سابق).

همچنین، قاعده ۶۲ نحوه توافق دادستان و متهم را در مورد دفاع مقرر می‌دارد که مهم‌ترین ویژگی آن در این خصوص الزام‌آور نبودن توافق‌های حاصله برای شعبه بدوی است. در واقع، شعبه بدوی ملزم نیست وقایعی را که دادستان و متهم در مورد آنها توافق کرده‌اند مدنظر قرار دهد، «زیرا وظیفه اساسی دادگاه این است که اطمینان حاصل کند که دلایل واقعی و کافی برای جرم و مشارکت متهم در آن وجود دارد یا خیر. تنها در صورتی که دادگاه فرد را مجرم بداند، علی‌الاصول، باید به حقایق مورد توافق در مرحله تعیین مجازات توجه کند».^۹

همین‌طور، ماده ۶۵ اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی و قاعده ۱۳۹، کاملاً تحت تأثیر قضیه /ردمویچ بوده است. براین اساس شعبه بدوی اختیار کامل دارد تا با در نظر گرفتن معیارهای فوق، در مورد اعتبار «اقرار

9. *Prosecutor v. Jelusic*, Judgment 5 July 2001 (IT- 95- 10- A), para. 87; also *Prosecutor v. Sikirica et al.*, Judgement 13 November 2001 (IT- 95- 8- 5), para. 49.

به مجرمیت» تصمیم بگیرد. مضافاً، هرگونه توافق یا مصالحه‌ای بین دادستان و متهم - اساسنامه دیوان به بحث‌ها اشاره دارد - شعبه بدوی را مقید و محدود نمی‌سازد (قاعده ۶۲ ج) دیوان کیفری بین‌المللی برای یوگسلاوی سابق، ماده ۶۵ اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی). بنابراین، هر چند لازم است که بحث‌ها بین طرفین به رسمیت شناخته شود، این امر مانع از آن نمی‌شود که قربانیان و شهود در مورد «حقیقت تاریخی» در یک دادگاه علنی صحبت کنند.

به سختی می‌توان ماده ۶۵ را یک توافق نامید؛ این ماده بیشتر نشان می‌دهد که نفوذ حقوق نوشته چه قدر قوی است. بدینی‌ای که در این مورد وجود دارد متوجه ایده کلی سازوکارهای معامله اتهام (Plea bargaining) در محاکمات کیفری است. در واقع، می‌توان گفت که «فرا - قانونی بودن» اقرار به مجرمیت، به هدف آن که همانا کوتاه کردن رسیدگی‌ها می‌باشد لطمه می‌زند؛ زیرا نتیجه آن به صرف اقرار تغییر می‌یابد.

این نوع اقرار به جرم می‌تواند در بین حقوقدانان کاملاً ناامیدی شدیدی ایجاد نماید. نویسنده خود شاهد یک محاکمه در تیمور شرقی به - موجب مقررات ۲۰۰۰/۱۵ سازمان ملل متحد برای تیمور شرقی (UntAet) بوده است - که اساساً مشابه اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی است. مطابق رویه عملی دیوان‌های موقت،^{۱۰} متهم بر اساس معامله اتهام با دادستان (به شیوه انگلیسی) اقرار به جرم نمود. وی صریحاً

10. Ibid.

پایان محاکمه خود را خواستار شد، لکن (اقرار وی) از سوی یک هیئت سه نفره از حقوقدانان نظام حقوق نوشته (دو قاضی بین المللی از ایتالیا و بنین و دیگری از تیمور شرقی) به شدت مورد تردید قرار گرفت. سرانجام متهم به منظور اینکه قضات، به ویژه قاضی آفریقایی را متقاعد کند که در واقع او مجرمیت را داوطلبانه، آگاهانه و صریح پذیرفته است تن به محاکمه داد. در پایان نیز اقرار (متهم) پذیرفته نشد و محاکمه برای مدت طولانی به روال عادی ادامه یافت.

خلاصه، مقررات فعلی در خصوص اقرار به مجرمیت نمونه خوبی از اصلاحات گسترده در حقوق نوشته از طریق نهادهای مسلم کامن لا است. این امر کار را برای حقوقدانان حقوق نوشته آسان می سازد تا همچون نمونه تیمور شرقی حتی اقرار به مجرمیت «صریح» را هم نپذیرند؛ حال آنکه، از نظر حقوقدانان کامن لا مقررات فوق غیرقابل اجرا است و کاملاً با رویه جاری آنها مخالف است.

مرحله محاکمه

ارائه پرونده

به درستی تصدیق شده است که محاکمه، مرحله ای از رسیدگی است که در آن اصول حقوق نوشته و کامن لا خیلی جدی تر با هم در تعارض هستند. اینجا ما می توانیم مجدداً اصلاحات حقوق نوشته را در چارچوب نظام کامن لا در زمینه های مختلف، قبل از هر چیز در ارتباط با ارائه پرونده

مشخص کنیم (قواعد ۸۲ به بعد دیوان یوگسلاوی سابق). در نگاه اول، به نظر می‌رسد قواعد دادرسی و ادله دیوان کیفری بین‌المللی برای یوگسلاوی سابق شبیه به نظام ترافیکی باشد (نهاد ترافیکی): بیانات افتتاحیه دادستان و متهم (قاعده ۸۴)، ارائه ادله از سوی دادستان و متهم که بعد از انکار و پاسخ دفاعی صورت می‌گیرد (قاعده ۸۵ (الف) دیوان یوگسلاوی سابق)، سؤال از شاهد، سؤال از شاهد طرف مقابل و سؤال مجدد از شاهد (قاعده ۸۵ ب) دیوان یوگسلاوی سابق). با این حال، نگاه دقیق‌تر معلوم می‌سازد که شعبه بدوی می‌تواند جریان حوادث را به «نفع عدالت» تغییر دهد (قاعده ۸۵ (الف) دیوان یوگسلاوی سابق) و ادله اضافی را رأساً مقرر دارد (قواعد ۸۵ (الف) (۵) در رابطه با قاعده ۹۸). به علاوه، قاعده ۸۴ مکرر به متهم اجازه می‌دهد که بعد از بیانات طرفین «تحت نظارت شعبه بدوی» بیانات افتتاحیه را داشته باشد. بنابراین، حداقل از نظر مفهومی، متهم در طول محاکمه از یک شیء صرف، آن‌طور که در نظام اتهامی به نظر می‌رسد، به یک عضو فعال که در نظام حقوق نوشته شناخته شده است تبدیل می‌شود. از طرف دیگر، متهم همچنین می‌تواند در دفاع از خود به-عنوان شاهد حضور یابد (قاعده ۸۵ (ج) دیوان یوگسلاوی سابق) و در نتیجه، موقعیتی را که در کامن‌لا به دنبال آن است کسب نماید. تفاوت بین این قواعد در این حقیقت نهفته است که سخنان افتتاحیه همان ارزش و اعتبار بازجویی از متهم به‌عنوان شاهد را ندارد، زیرا تنها بازجویی است که با سوگند انجام گرفته و با سؤال از شاهد طرف مقابل آزمایش می‌شود.

در هر صورت، ورود عناصر حقوق نوشته بیش از حد مرموزانه بوده است. در سال ۱۹۹۸ یک شعبه دیوان یوگسلاوی سابق حتی مقرر کرد، زمانی که شاهد اظهارات رسمی (Solemn declaration) داشته باشد، برای مثال ادای سوگند، خودش «شاهد حقیقت» محسوب می شود و نمی تواند «شاهد طرف دیگر» باشد.^{۱۱} این امر به وضوح از این واقعیت حکایت دارد که رسیدگی ترافیعی محض وجود ندارد. در پرونده بلاسکیچ، شعبه بدوی بارها شهود را به موجب قاعده ۹۸ احضار کرد و النهایه معلوم شد که آنها از همان ابتدا آزادانه و تنها بعد از اینکه از سوی طرفین مورد بازجویی قرار گرفتند شهادت داده اند. درباره اصل محاکمه منصفانه باید گفت، این موضوع که طرح سؤال اضافی از شاهد طرف مقابل، از سوی یک طرف، اصل تساوی سلاح ها را که در قاعده ۸۵ آمده است، نقض می کند، نیز تأیید شده است.^{۱۲}

در رسیدگی های دیوان کیفری بین المللی، نقش شعبه بدوی تعیین کننده تر است. شعبه بدوی مسئول انجام محاکمه می باشد (ماده ۶۴ (۶)(الف) در رابطه با ماده ۶۱ (۱۱) اساسنامه دیوان کیفری بین المللی) و می تواند درخواست کند که ادله ارائه شود (ماده ۶۴ (۶)(ب)، (د) دیوان کیفری بین المللی) و هر مورد دیگری را که لازم تشخیص دهد مقرر دارد

۱۱. دادستان علیه کاپرسکیچ، تصمیم مربوط به مکاتبه بین طرفین و شهودشان، ۲۱ دسامبر ۱۹۹۸ (IT- 95- 16- T) بند ۳: «شاهد دادستان یا متهم، زمانی که بر اساس قاعده ۹۰ (ب) آیین دادرسی و ادله اظهارات رسمی داشته باشد، در دیوان شاهد حقیقت محسوب می شود، و تا آنجا که لازم است به احراز حقیقت کمک می کند، و صرفاً شاهد یکی از طرفین نیست».

12. *Prosecutor v. Delalic et al.*, 1 may 1997 (IT- 96- 21- T), para. 28- 29.

(ماده ۶۴ (ب) (و) دیوان کیفری بین‌المللی). رئیس شعبه جلسه رسیدگی را اداره می‌کند (ماده ۶۴ (۸) دیوان کیفری بین‌المللی): تنها در صورتی که رئیس شعبه مایل باشد دادستان و متهم می‌توانند «در مورد ترتیب و طریق ارائه ادله، توافق نمایند» (قاعده ۱۴۰ (۱) دیوان کیفری بین‌المللی). این نقش تعیین‌کننده شعبه و رئیس آن نه تنها در رم بلکه، همچنین بعداً در نیویورک در کمیسیون مقدماتی هنگامی که قواعد مورد بحث قرار گرفت، نیز در نظر گرفته شد، تا اختلافات بین حقوقدانان کامن‌لا و حقوق‌نویسته به حداقل برسند. ناظران از «برخورد فرهنگی بین حقوق رومی - ژرمنی و کامن‌لا» صحبت کردند، حقوق رومی - ژرمنی به طرفداری از یک قاضی قوی که محاکمه را اداره می‌کند، حقوق کامن‌لا به طرفداری از یک قاضی بی‌طرف که اساساً انجام محاکمه را به طرفین واگذار می‌کند و به‌ویژه به آنها اجازه می‌دهد تا آزادانه از شهود سؤال نمایند. توافق نهایی منجر به پیش‌بینی قاعده ۱۴۰ (۲) شد که بر اساس آن، دادستان و متهم می‌توانند بدون دخالت شعبه از شاهد سؤال نمایند و شعبه حق دارد تنها قبل یا بعد از طرفین سؤالات خود را از وی مطرح نماید. بنابراین، احتمال پرسش از شاهد طرف مقابل به‌طور ضمنی مورد تأیید قرار گرفت اما، نهایتاً به عوامل اصلی رسیدگی بستگی خواهد داشت که آیا و چگونه این امکان مورد استفاده قرار گیرد. جالب است که اصطلاحاتی نظیر سؤال از شاهد طرف مقابل و سایر اصطلاحات فنی شاخص (لغات مهم) حقوق‌نویسته یا کامن‌لا آگاهانه از قواعد و اساسنامه حذف شده است. طراحان قصد داشتند روشن سازند که به دنبال یک آیین دادرسی حقیقتاً مختلط هستند.

اصول و قواعد حاکم بر ادله اثبات دعوا

کلیات

با وجود این، به موجب آیین دادرسی و ادله دیوان کیفری بین‌المللی برای یوگسلاوی سابق و دیوان کیفری بین‌المللی به شعب بدوی اختیارات بیشتری داده شده است. به طور کلی، شعبه اختیار دارد در خصوص قابلیت «پذیرش»، «ارتباط» و «ارزش اثباتی» ادله تصمیم بگیرد (قاعده ۹۸ (ج) دیوان یوگسلاوی سابق؛ ماده ۶۴ (۹)، ۶۹ (۴) اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی، قاعده (۲۶۳). شعبه بدوی صلاحیت گسترده‌ای دارد - به منظور استفاده از عبارات شعبه تجدیدنظر در پرونده آلكسوسکی^{۱۳} - تا «با اتخاذ تصمیم منصفانه در مورد مسائلی که نزد او مطرح است»، «روح اساسنامه و اصول کلی حقوقی» (قاعده ۹۸ (ب) دیوان یوگسلاوی سابق) و «لزوم برقراری یک محاکمه منصفانه» را مدنظر قرار دهد (قاعده ۹۸ (د) دیوان یوگسلاوی سابق). با این حال، ادله‌ای که با نقض حقوق بشر تحصیل شده باشند، نامربوط شناخته می‌شوند (*A Limine*) و باید کنار گذاشته شوند (قاعده ۹۵ دیوان یوگسلاوی سابق؛ ماده ۶۹ (۷) اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی). شعبه همچنین می‌تواند ادله دیگری را که برای «تشخیص» یا «کشف» حقیقت لازم است درخواست نماید (قاعده ۹۰ (ز) (۱) دیوان یوگسلاوی سابق؛ ماده ۶۹ (۳) اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی). هر چند این مهم نفوذ حقوق‌نویسته را نشان می‌دهد، با این

13. *Prosecutor v. Aleksovski*, Decision on the Prosecutor's Appeal on the Admission of Evidence, 16 February 1999 (IT- 95- 14/1- Ar 73), para. 15.

حال، حقوقدانان نظام حقوق نوشته به علت عدم درک صحیح معتقدند که نظام ترافعی به دنبال کشف حقیقت نیست. در واقع، تلاش برای دستیابی به حقیقت، خصوصیت مشترک هر دو نظام است، تنها شیوه رسیدن به حقیقت متفاوت است. می توان گفت که نظام کامن لا از یک مفهوم موسع-تر حقیقت پیروی می کند - نوعی آیین دادرسی غیر از حقیقت مادی. در هر صورت، تلاش برای دستیابی به حقیقت با نظام حقوقی کامن لا مغایرتی ندارد، به شرط آنکه تنها شامل یک حق (ماده ۶۹ (۳) اساسنامه دیوان کیفری بین المللی: «دیوان اختیار دارد») و نه - آن گونه که در ابتدا از سوی آلمان پیشنهاد شد - یک وظیفه، باشد.

شعبه بدوی بر نحوه و ترتیب بازجویی از شهود نظارت می کند (قاعده ۹۰ (و) دیوان یوگسلاوی سابق؛ ماده ۶۹ (۲) اساسنامه دیوان کیفری بین المللی). با این حال، همان گونه که در بالا گفته شد، شعبه بدوی نباید سؤال از شاهد توسط طرفین را قطع کند، بلکه تنها می تواند قبل یا بعد از طرفین، از شاهد تحقیق نماید (قاعده ۱۴۰ (۲) (ج) اساسنامه دیوان کیفری بین المللی). در حالی که قاعده اخیر تنها یک اشاره تلویحی به امکان تحقیق از شهود طرف مقابل دارد (نک. قواعد ۶۷ (۱)، ۶۸ دیوان کیفری بین المللی)، این امکان صریحاً در قاعده ۹۰ (ز) دیوان یوگسلاوی سابق پیش بینی شده است. با این حال، سؤال از شاهد طرف مقابل، محدود خواهد بود «به مسائل مربوط به ادله اصلی، مسائلی که بر اعتبار شهود تأثیر دارد، ... و به مسائل پرونده». بنابراین، دیوان یوگسلاوی سابق از رویه قضایی دیوان توکیو و قواعد فدرال امریکا پیروی کرده است.

همچنین، شعبه بدوی می‌تواند «امور بدیهی (بدهات قضایی Judicial notice) که مورد رسیدگی قرار گرفته‌اند و مدارک مستند در سایر رسیدگی‌های دیوان که با مسائل در حال رسیدگی مرتبط هستند را در نظر بگیرد» (قاعده ۹۴ (ب))؛ به عبارت دیگر، لزومی به اثبات مجدد چنین وقایعی نیست. در حالی که این امر می‌تواند در پرتو شباهت رسیدگی‌ها، که ناشی از یک چارچوب سیاسی یا نظامی خاص می‌باشد نادیده گرفته شود - همین مطلب در خصوص ادله مربوط به الگوی هماهنگ رفتار (قاعده ۹۳) اجرا می‌شود - بسیار دشوار است که به مقررات مربوط به شهادت کتبی و شفاهی ارزش مساوی دهیم؛ ما بعداً به این مسئله خواهیم پرداخت. نهایتاً، در رابطه با جمع‌آوری ادله مربوط به خشونت‌های جنسی مقررات خاصی وجود دارد (قاعده ۹۶)؛ به‌ویژه، تأیید شهادت قربانیان لازم نیست (قاعده ۹۶ (۱) نک. همچنین، قواعد ۷۲-۷۰ دیوان کیفری بین‌المللی).

به‌طور کلی، مقررات فوق به جای رویکرد محدود نظام کامن‌لا در خصوص مقررات مربوط به رد ادله و مدارک، در راستای اصل «انعطاف-پذیری Flexibility principal»، به سمت رویکرد منعطف حقوق-نوشته با اعطای صلاحیت تشخیص گسترده به دادگاه گرایش دارد. به‌ویژه، قاعده ۹۸ (ب) دیوان یوگسلاوی سابق که با عنوان دعوت به رویکردهای «مفهوم مشترک Common sense» و «معقولیت Reasonable» تفسیر شده است، فرصتی طلایی را برای بالا بردن کیفیت کار و رژیم شکلی و اثباتی فراهم می‌آورد، که به سود منافع عدالت بین‌المللی خواهد بود.

قابلیت پذیرش انواع مختلف ادله

یکی از پیامدهای مهم «اصل انعطاف‌پذیری» این است که در کل، ادله افواهی (مسموعات Hearsay evidence)، یعنی شهادت بر شهادت، بر اساس آنچه شخص دیگری گفته (اعم از شفاهی، کتبی یا به هر نحو دیگر) پذیرفته می‌شود. رویه مسلم شعب بدوی دیوان یوگسلاوی سابق از زمان تصمیم مربوط به پرونده تادیچ^{۱۴} همین بوده و شعبه تجدیدنظر در سال ۱۹۹۹ نیز آن را تأیید کرده است.^{۱۵} در همین راستا، لازم به ذکر است که در نظام کامن‌لا ادله افواهی فقط به‌طور استثنایی پذیرفته می‌شود.^{۱۶} همین‌طور برای پذیرش ادله شفاهی - و انواع دیگر ادله - محدودیتی وجود ندارد، بلکه به ارتباط و «ارزش اثباتی» این ادله بستگی دارد (قاعده ۹۸ (ج) دیوان یوگسلاوی سابق). در مقابل، ارزش اثباتی (ادله)، روی هم رفته به اعتبار ادله‌ای بستگی دارد که با سؤال از شاهد طرف مقابل مشخص می‌شود. به‌طور کلی، مسموعات در مقایسه با ادله‌ای که به‌طور مستقیم حاصل می‌شوند از ارزش و اعتبار اثباتی کمتری برخوردار هستند.^{۱۷}

همان‌گونه که پیش‌تر اشاره شد، هر نوع ادله‌ای که ارزش اثباتی آن اساساً بیش از حد لازم برای برقراری محاکمه منصفانه ارزیابی شده باشد (قاعده ۹۸ (د) دیوان کیفری بین‌المللی برای یوگسلاوی سابق) یا اگر به

14. *Prosecutor v. Tadic*, 5 August 1999 (IT- 94-1-T), para. 7.

15. *Prosecutor v. Aleksovski*, *op.cit.*, pra. 15.

۱۶. پاورقی ۱۶، بند ۸ به بعد.

۱۷. پاورقی ۱۷، بند ۵.

شیوه‌ای به دست آمده باشد که اعتبار ادله را اساساً متزلزل کند، پذیرفته نخواهد شد (قاعده ۹۵ دیوان کیفری بین‌المللی برای یوگسلاوی سابق؛ ماده ۶۹ (۷)(الف) اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی). با در نظر گرفتن مجموعه رسیدگی به عنوان یک کل، قاعده ۹۵ دیوان کیفری بین‌المللی برای یوگسلاوی سابق باید با توجه به قاعده ۴۲ در مورد حقوق مظنونان در طول تحقیقات تفسیر شود. ماده ۹۵ از سوی شعبه به عنوان «ماده مربوط به رد ادله و مدارک زاید»^{۱۸} شناخته شده، و مکمل قاعده کلی ۸۹ (د) مربوط به رد ادله و مدارک، که یک «منع معتبر» خاص را لازم می‌داند اعلام گردیده است. چون ارزش اثباتی و تأثیر آن بر محاکمه منصفانه، در راستای قاعده ۸۹ (د)، اغلب تنها بعد از ارزیابی ادله تعیین می‌شود، در نتیجه ممکن است ابتدا برخی از ادله را پذیرفت و سپس آنها را کنار گذاشت.

در تصمیم پرونده تادیچ، شعبه بدوی راجع به ادله شفاهی قابلیت استناد را «جزئی از قابلیت پذیرش» دانست و «اماره‌های قابلیت استناد» را گسترش داد.^{۱۹} در پرونده کوردیچ و سرکز، شعبه بدوی پذیرش اظهارات شهود نسبت به شهادت دادستان را رد کرد، زیرا این امر پذیرش کلی شایعه به شمار می‌رود که به موجب سؤال از شاهد طرف مقابل ارزیابی نشده است و ارزش اثباتی ندارد.^{۲۰} سؤال از شاهد طرف مقابل

18. *Prosecutor v. Delalic et al.*, 2 September 1997 (IT- 96- 21- T), para. 44.

۱۹. پاورقی ۱۶، بند ۱۵-۱۶.

20. *Prosecutor v. Kordic and Cerkez*, 29 July 1999 (IT- 95-14/2), para. 23.

مؤثرترین شیوه رفع نقص از ادله غیرمعتبر است.^{۲۱} همین‌طور، شعبه تجدیدنظر اظهارات یک شاهد بیمار را به‌خاطر غیرقابل اعتماد بودن آن نپذیرفت: «بخشی از ادله ممکن است به‌خاطر غیرقابل استناد بودن پذیرفته نشوند، زیرا «معتبر» نیستند و در نتیجه باید کنار گذاشته شوند». این شعبه ضابطه غیرقابل استناد بودن را چنین اعلام داشت: «عدم سؤال از شاهد طرف مقابل و ضعف ادله افواهی که دست اول نبوده، بلکه تنها شایعه‌ای هستند که بیشتر نقل شده‌اند،^{۲۲} و مضافاً به واسطه نقل قول‌های متفاوت ارزش خود را از دست داده‌اند».^{۲۳} با این حال، شعبه نمی‌خواست تصمیمش تحت عنوان «دگرگون کردن» اصل کلی پذیرش ادله افواهی شناخته شود،^{۲۴} لذا به‌طرز قابل توجهی استفاده از ادله افواهی را محدود ساخت؛ حتی تصمیم دیوان تحت عنوان انتظارات سنتی کاملاً در مورد استناد به قاعده، شایعه تفسیر شده است. سرانجام، شعبه تجدیدنظر در پرونده کاپرسکیچ، «هنگام ارزیابی هویت یک شاهد متهم، که به‌موجب اوضاع و احوال مختلفی انجام گرفت، با احتیاط زیادی رفتار کرد».^{۲۵}

۲۱. دادستان علیه برانجین و تالیک، ۱۸ ژانویه ۲۰۰۲، بند ۸: «اگر متهم (Bradjanin) نگران است که محتویات اظهارات او به طریقی از سوی بازجو که اظهارات را می‌نوشته تحت تأثیر قرار گرفته است، راه جبران آن این است که شاهد مورد نظر برای سؤال متقابل از وی دعوت شود».

۲۲. پاورقی ۲۴، بند ۲۳.

۲۳. همان، بند ۲۷.

۲۴. همان.

۲۵. پاورقی شماره ۱۵، بند ۳۹.

راجع به ادله کتبی، شعبه بدوی در مورد قابلیت پذیرش برخی اسناد بر اساس ارزش و اعتبار اثباتی آنها تصمیم گرفت؛ برای مثال، در حالی که گزارش‌های نظامی و یادداشت‌های روزانه جنگی کاملاً معتبر و «گویا» در نتیجه به‌طور معمول قابل پذیرش هستند،^{۲۶} اسنادی نظیر گزارش‌های سری، که بر اساس منابع گمنام یا اظهارات شفاهی به‌دست می‌آید ... و امکان ارزیابی آنها بر اساس سؤال از شهود طرف مقابل نیست، نمی‌تواند پذیرفته شود، زیرا ارزش اثباتی آنها به حدی کاهش می‌یابد که در راستای قاعده ۹۸ (د) «اساساً بیشتر از نیاز به تأمین محاکمه منصفانه ارزیابی می‌شود».^{۲۷}

شعبه برای حصول اطمینان، امکان سؤال از شاهد طرف مقابل توسط متهم را، برای مثال در این پرونده سؤال از شاهد طرف مقابل در خصوص اسناد، شرط اساسی تأمین محاکمه منصفانه اعلام داشت.^{۲۸} با این حال، بیان فوق به این مفهوم نیست که اسناد تنها در صورتی اعتبار دارند که شهادتی برای تأیید آنها معرفی شود - آن‌گونه که کاملاً لازم می‌داند - بلکه به‌طور کلی حقوق متهم را برای سؤال از شاهد علیه خود تأیید می‌کند، چنانکه در ماده ۱۴ (۳) (۵) میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی، ماده ۶ (۳) (د) کمیسیون اروپایی حقوق بشر و به‌موجب ماده ۲۱ (۴) (۵) اساسنامه دیوان یوگسلاوی سابق این مهم پذیرفته شده است.

26. *Prosecutor v. Kordic and Cerkez*, para. 43-44.

27. *Ibid.*

همچنین، دیوان یوگسلاوی سابق در رابطه با پذیرش دست‌نوشته‌ها و شهادت‌نامه‌ها ضوابط محاکمه منصفانه حاکم است.

با اینکه قاعده ۹۴ که مربوط به شهادت‌نامه‌ها بود، در جریان اصلاح مقررات در دسامبر ۲۰۰۰ حذف شد، مسئله رونوشت‌برداری از پرونده‌های دیگر اهمیت خود را حفظ کرد. همین‌طور، مطابق قاعده ۷۱، استفاده از شهادت کتبی به‌عنوان دلیل، به‌جای رسیدگی فوری به شهادت شهود در دادگاه، نتیجه مشابهی دارد. شعبه تجدیدنظر در پرونده بلاسکیچ، رونوشت شهادت دریا سالار دمازی را در محاکمه دیگری در پرونده آلكسوسکی به‌عنوان اماره پذیرفت، زیرا امکان سؤال از شاهد طرف مقابل، قبلاً در محاکمه بلاسکیچ وجود داشت و «ویژگی خاصی در خصوص سؤال از شاهد طرف مقابل که به پرونده آلكسوسکی مربوط و از اهمیتی نسبت به پرونده وی برخوردار باشد، وجود نداشت؛ بلکه، همچنین آن شهادت مربوط و مخصوص پرونده بلاسکیچ نبوده است».^{۲۹} شعبه بدوی این رویه را در پرونده کوردیچ نیز دنبال کرد، هنگامی که رونوشت شهادت شهود را از محاکمه بلاسکیچ پذیرفت، زیرا وکیل بلاسکیچ که با وکیل پرونده کوردیچ «منافع مشترک» داشت از شهود سؤال کرده بود.^{۳۰} از طرف دیگر، در پرونده دلایک و سایرین، شعبه رسیدگی کننده تصمیم گرفت که مصاحبه پلیس استرالیا را با یکی از متهمان به‌عنوان دلیل نپذیرد، زیرا مقررات آیین دادرسی ایتالیا در آن زمان با ماده ۱۸ اساسنامه دیوان

28. *Ibid.*, para. 40-41.

29. *Prosecutor v. Aleksovski*, para. 14 et al.

30. *Prosecutor v. Kordic and Cerkez*, para 24 et al.

یوگسلاوی سابق و قاعده ۴۲ آیین دادرسی و ادله راجع به شناسایی حق دفاع مغایرت داشت.^{۳۱} به موجب قاعده ۵، مصاحبه مذکور باید در محاکمات دیوان یوگسلاوی سابق باطل شناخته می‌شد.^{۳۲} این تصمیم موضع جدی دیوان یوگسلاوی سابق را در مورد محاکمه منصفانه منعکس می‌کند و می‌تواند مستقیماً با قاعده ۹۵ مذکور ارتباط داشته باشد.

افزایش اعتبار ادله مکتوب

هرچند تصمیماتی که تاکنون ذکر شد، به عنوان نقطه شروع، اصل شهادت زنده (Principal of live testimony) را به نحوی که در قاعده ۹۰ (الف) سابق مطرح شده بود مد نظر داشتند،^{۳۳} این قاعده در جریان نوزدهمین اصلاح مقررات که در دسامبر ۲۰۰۰ صورت گرفت، حذف شد. در نتیجه، قاعده‌ای که ادای شهادت از طریق ارتباط ویدیویی را پیش‌بینی کرده بود، اهمیت خود را از دست داد^{۳۴} و - از همه مهم‌تر - به جای آن قاعده ۸۹ (۴) پیش‌بینی شد که به شعبه بدوی اجازه می‌دهد تا

31. *Prosecutor v. Delalic et al.*, para. 46 et seq.

32. *Ibid.*, para 55.

33. *Prosecutor v. Tadic*, Decision on the Defense Motion to Summon and Protect Defense Witnesses and on the Giving Evidence by Video- Link, 25 June 1996 (IT- 94- 1- T), para. 19:

«نمی‌توان قویاً گفت قاعده این است که شاهد باید در مقر دادگاه بین‌المللی حضور فیزیکی داشته باشد
...»

۳۴. در حالی که قاعده ۹۰ (الف) سابق ادای شهادت از طریق ارتباط ویدیویی را تنها در شرایط استثنایی اجازه می‌داد، قاعده ۷۱ مکرر استفاده از آن را منحصرأ به درخواست یکی از طرفین و با رعایت منافع عدالت ممکن می‌داند. بنابراین، معیارهای صریح ایجادشده در پرونده تادیچ برای استفاده از چنین ادله‌ای و اعتبار اندک آن نمی‌تواند معتبر شناخته شود.

«ادله شهود را به صورت شفاهی دریافت کند، یا چنانچه منافع عدالت اقتضا کند، به صورت کتبی شهادت را دریافت دارد». قاعده فوق با قاعده ۹۲ مکرر (الف) تکمیل می شود که بر اساس آن «شهادت کتبی» می تواند در ردیف شهادت شفاهی پذیرفته شود، چنانچه «به منظور اثبات مسئله ای غیر از اعمال و رفتار متهم مورد استفاده قرار گیرد». این قاعده در صدد است تا فهرستی از عواملی که پذیرش ادله کتبی را مطلوب می دانند فراهم نماید، و مجموعه ای از مقررات هماهنگ در مورد پذیرش ادله مکتوب را که اساساً مبتنی بر رویه قضایی دیوان یوگسلاوی سابق در بالا هست مقرر می دارد (برای مثال، قاعده ۹۲ مکرر (د) در رابطه با رونوشت ها). با وجود این، اصلاحات فوق به ویژه، از سوی حقوقدانان کامن لا شدیداً مورد انتقاد قرار گرفت. قاضی امریکایی دیوان یوگسلاوی سابق Patricia M. Wald اصلاحات فوق را نوعی «چرخش ۱۸۰ درجه ای از تأکید قبلی بر اصل شهادت زنده» دانست. وی اضافه کرد که حتی قبل از این اصلاحات «مقررات دیوان کیفری بین المللی برای یوگسلاوی سابق از مقررات مربوط به ادله کامن لا فاصله گرفته بود». وی آنچه را در دسامبر ۲۰۰۰ روی داد به عنوان «ظهور حاکمیت ادله مکتوب» می داند.

هرچند نباید منکر شد که حذف اصل شهادت زنده (قاعده ۹۰ (الف)) و پذیرش شهادت مکتوب برای اجرای عدالت (قاعده ۸۹ (و)) به یک تغییر قانونی مهم اشاره دارد، اما وضعیت آن قدر هم که همفکران کامن لا ترسیم می کنند نگران کننده نیست؛ برای مثال، درست است که مرز بین ادله مربوط به مسائل کلی و ادله مربوط به اعمال و رفتار متهم ممکن

است در موارد خاصی به‌ویژه در ارتباط با مسئولیت مافوق مشوش شود.^{۳۵} با این حال، ظاهر قاعده ۹۲ مکرر (الف) به‌وضوح نشان می‌دهد که اظهارات مکتوب نمی‌تواند برای اثبات مجرمیت متهم در رابطه با اتهامات خاصی در کیفرخواست پذیرفته شود (اثبات مسئله‌ای غیر از اعمال و رفتار متهم ...). خلاصه، برای اثبات مجرمیت متهم ادای شهادت به‌صورت زنده ضروری است. این دیدگاه در تصمیم اخیر شعبه بدوی در پرونده نالکتیلیچ و مارتینوویچ تأیید شده است.^{۳۶} به‌علاوه، شعبه مقرر داشت که شرط صدر قاعده ۹۲ مکرر (الف) باید با تفسیر غایی در مورد قاعده ۹۲ مکرر (ج) اجرا شود که، همان‌گونه که در حقوق مقایسه‌ای شناخته شده است،^{۳۷} شهادت مکتوب را در صورت فوت یا دیگر ناتوانایی‌های شهود برای حضور در دادگاه، اجازه می‌دهد.^{۳۸} در نتیجه، به‌موجب شرایط فوق، شهادت مکتوب تنها در صورتی پذیرفته می‌شود که به اعمال یا رفتار متهم مربوط نباشد. این مسئله به‌طور کلی، در مورد همه اشکال شهادت مکتوب مشمول قاعده ۹۲ مکرر اجرا می‌شود؛ همین‌طور، بند «د» این قاعده فرمول مشابهی دارد. به‌علاوه، همان‌گونه که در بالا دیدیم، رویه قضایی دیوان

35. *Prosecutor v. Bardjanin & Talic*, Decision on Objection and/ or Consent to Rule 92 bis Admission of Witness Statements Number One Filed by Bardjanin on 16 January 2000 etc., 30 January 2002 (IT- 99- 36- T), para. 17-18.

36. *Prosecutor v. Nalectilic & Martinovic*, Decision on the Prosecutor, Request for Public Version of Trial Chamber, Decision on the Motion to Admit Statement of Deceased Witness [.....], of 22 January 2002, 27 February 2002 (IT- 99-34- T).

۳۷. ماده ۱۹۵ قانون آیین دادرسی کیفری ایتالیا.

38. *Prosecutor v. Nalectilic & Martinovic*, 27 February 2002 (IT- 99- 34- T), para. 8.

یوگسلاوی سابق بر اساس ماده ۲۱ (۴) (۵) اساسنامه و قاعده ۹۸ (ب) — (د)، و به‌ویژه با بررسی اعتبار ادله، معیارهای روشنی را برای تضمین محاکمه منصفانه متهم گسترش داده است. معیارهای فوق نیز استفاده از شهادت مکتوب را محدود می‌کنند.^{۳۹} در پرونده میلوزویچ، پذیرش شهادت مکتوب به ۲۳ شاهد دادستان محدود شد و شهودی که شهادت آنان پذیرفته شد مجبور شدند که برای سؤال از شاهد طرف مقابل حضور پیدا کنند؛ چنانچه شهادی حاضر نمی‌شد، شهادت مکتوب او پذیرفته نبود.^{۴۰}

با این حال، شعبه معتقد بود که شهادت شهود مشمول صدر قاعده ۹۲ مکرر (الف) می‌شود؛ به عبارت دیگر، آنها به دنبال اثبات مسائلی غیر از اعمال متهم هستند،^{۴۱} و «به ویژگی مهم پرونده دادستان^{۴۲} مربوط می‌شوند» و در نتیجه، شرایط محاکمه منصفانه اقتضا دارد که به متهم حق سؤال از شاهد طرف مقابل داده شود.^{۴۳} در هر صورت، چنانچه ادله مکتوب در کل پذیرفته شود، فی‌نفسه همان ارزش اثباتی شهادت مکتوب را نخواهد داشت.^{۴۴} چنانچه بین اظهارات شفاهی و کتبی شهود تعارضی وجود داشته باشد، طرفین می‌توانند از شاهد درخواست کنند «تا در مورد اختلاف،

39. *Prosecutor v. Sikirica et al.*, Decision on Prosecutor's, Application to Admit Transcripts under Rule 92 bis, 23 May 2001 (IT- 95- 08- T).

40. *Prosecutor v. Milosevic*, Decision on prosecutor's, Application to Admit Transcripts under Rule 92 bis, 21 March 2002 (IT- 01- 47- T), para. 27.

41. *Ibid.*, para. 22.

42. *Ibid.*, para. 24.

43. *Ibid.*, para. 25.

44. *Prosecutor v. Naletilic and Martinovic*, Decision on the Admission of Witness Statement in to Evidence, 14 November (IT- 98- 34- T).

مغایرت یا تعارض» موجود به دیوان توضیح دهد و بعد از آن، ارزش اثباتی اختلاف موردنظر تعیین خواهد شد.^{۴۵}

یادآور می‌شود که در کل به لحاظ سیاسی اصلاحات دسامبر ۲۰۰۰ واکنشی به انتقاد از طولانی‌شدن محاکمات در دیوان بود. این مدت - از ۱۰ تا ۲۲۴ روز (در پرونده میلوزویچ، دادستان مدت محاکمه مشترک هر سه کیفرخواست را حدود سه سال برآورد کرده بود) و از ۱۰۰ تا ۲۰۰ روز (در پرونده میلوزویچ حدود ۳۸۰ تا ۶۰۰ روز) - تا حدود زیادی به‌خاطر شمار زیاد شهادت شهود به صورت زنده است. شهادت یک شاهد به‌طور متوسط یک روز وقت دادگاه را می‌گیرد. استناد به شهادت شهود محاکمات فعلی را از محاکمات نورمبرگ و توکیو تفکیک می‌کند؛ زیرا در آن محاکمات پرونده دادستان تا حدود زیادی بر اساس مدارک کتبی بنا شده بود. هرچند این وضعیت می‌تواند در محاکمه رهبران نظامی و سیاسی که شخصاً (با دستان خودشان) هیچ‌گونه خشونتی (جرمی) را مرتکب نمی‌شوند، بلکه در پشت صحنه عمل می‌کنند، تغییر کند و بنابراین، آنها تنها ممکن است بر اساس دلایل مستند و ادله مربوط به اوضاع و احوال محکوم شوند. به یک دلیل ساده شهادت شهود یک نقش اساسی را بازی می‌کند و آن اینکه دیکتاتورهای امروز، لزوماً ردپایی از خود برای محاکمه بعدی به‌جا نمی‌گذارند.

45. *Prosecutor v. Kayeshima and Rozendina*, 17 April 1997 (ICTY- 95- 1- T).

بنابراین، در گزارش سال ۱۹۹۹ گروه متخصصان استفاده از انواع ادله، به‌ویژه «شهادت مکتوب» که قبلاً تهیه شده،^{۴۶} توصیه شده است. چنین انعطافی، به‌خاطر ماهیت جرایمی که دیوان‌های کیفری بین‌المللی به آنها رسیدگی می‌کنند نیز موجه است؛ آنها جرایم عادی نیستند بلکه جرایمی بین‌المللی هستند که در زمینه تاریخی و سیاسی مشخصی واقع می‌شوند. نخست، این زمینه باید روشن و معلوم شود تا بتوانیم به‌نحو مناسبی مسئولیت فردی را به مظنونان مختلف که در اقدام کیفری مشارکت داشته‌اند نسبت دهیم. برای اثبات زمینه فوق، شیوه‌های مختلف و بازتری باید به‌کار گرفته شود، همچنان‌که، برای مثال، در قاعده ۹۳ دیوان کیفری بین‌المللی برای یوگسلاوی سابق در خصوص ادله مربوط به الگوی رفتار یکنواخت و در قاعده ۹۴ در رابطه با بداهت قضایی تأکید شده است.

سرانجام، ترس حقوقدانان کامن‌لا از گرایش به یک آیین دادرسی ساخته دست قضات «تفتیشی» را می‌توان این‌گونه پاسخ داد که ترس از محاکمه در مقابل افراد عوام، نظیر هیئت منصفه خیلی بیشتر است. در سطح بین‌المللی، انتظار می‌رود با توجه به اقتضائات ضروری عدالت و به‌ویژه حقوق متهم، شعبه‌ای مرکب از قضات حرفه‌ای و با تجربه کافی برای ارزیابی ادله داشته باشیم.

به‌علاوه، در گزارش گروه متخصصان آمده است که قضات «بر این اعتقادند که طولانی بودن رسیدگی‌ها به عدم کنترل کافی مربوط است ...

۴۶. گزارش گروه متخصصان ناظر بر عملکرد مؤثر دیوان کیفری بین‌المللی برای یوگسلاوی سابق و رواندا، ۲۲ نوامبر ۱۹۹۹.

نه طرز رسیدگی قضات».^{۴۷} به عبارت دیگر، طولانی بودن رسیدگی ها به- عنوان یک مسئله مطرح است، زیرا آیین دادرسی تفتیشی بیش از آنچه بر نقش متقابل طرفین متکی باشد، بر تشخیص قضایی وابسته است. به هر حال، توقع محاکمه سریع از سوی حقوقدانان کامن لا بیهوده است، چنانچه همزمان شیوه سنتی کامن لا برای دستیابی به هدف فوق، اقرار به مجرمیت، به حدی محدود شود که نتواند وظیفه مزبور را انجام دهد، آن گونه که در یک محاکمه توافقی انجام می شود. بحث در مورد مدت زمان رسیدگی های بین المللی تنها از حیث کارایی این گونه محاکمات نیست، بلکه، همچنین مربوط به حقوق بشر است، زیرا حق محاکمه سریع به نفع متهم می باشد، لکن سرعت در رسیدگی نباید حق او را برای یک دفاع مناسب محدود نماید.

با توجه به اساسنامه دیوان کیفری بین المللی، اصل این است که شهادت زنده، «حضور» است.^{۴۸} همچنین، دیوان می تواند اجازه دهد که ادای شهادت به نحو شفاهی یا به صورت ضبط شده از طریق وسایل شنیداری یا دیداری و از طریق ارائه اسناد یا دست نوشته ها انجام پذیرد (ماده ۶۹ (۲)، قواعد ۶۸ ۶۷). طرفین می توانند به طریق توافقی در مورد برخی حقایق مشخص توافق نمایند، لکن - به موجب حقوق نوشته - چنین توافقی برای شعبه الزام آور نیست؛ با وجود این، شعبه می تواند واقعه ای را

۴۷. گزارش گروه متخصصان، بند ۷۷.

48. *Prosecutor v. Tadic, op.cit.*

که ثابت نشده، بررسی کند و ادله بیشتری را در مورد آن استماع نماید (قاعده ۶۹). همچنین، درخصوص ادله مربوط به خشونت جنسی مقررات خاصی وجود دارد (قواعد ۷۰-۷۲). استفاده از وسایل شنیداری و دیداری، که به طور گسترده از سوی دیوان‌های موقت صورت گرفته، اشاره دارد به اینکه ادله‌ای که قبلاً ضبط شده است پذیرفته می‌شود، و در نتیجه از اصل فوریت فاصله گرفته می‌شود؛ بنابراین، دیوان کیفری بین‌المللی برای یوگسلاوی سابق به منظور استفاده از چنین تکنولوژی معیارهای محدود را متحول کرده است: شهادت باید به اندازه کافی مهم باشد، شاهد مایل یا قادر به حضور نباشد و حق مواجهه با متهم باید حفظ شود.^{۴۹} استفاده از دست‌نوشته‌ها یقیناً خطرناک‌تر است، زیرا این کار نه تنها اصل فوریت را، بلکه اصل شفاهی بودن را نیز تحت تأثیر قرار می‌دهد. به همین دلیل، بهتر است دیوان کیفری بین‌المللی رویکرد محدودتری از آنچه دیوان یوگسلاوی سابق به کار گرفته است انتخاب کند؛ رویکرد فوق لازم می‌داند که طرفین در مرحله‌ای از رسیدگی امکان سؤال از شاهد را داشته باشند (قاعده ۶۸). این رویکرد از ماده ۶ (۳) (د) کمیسیون اروپایی حقوق بشر و رویه قضایی دادگاه استراسبورگ الهام گرفته است که بر اساس آن، حق دفاع مؤثر ایجاب می‌کند متهم حداقل در یک مرحله از رسیدگی امکان سؤال از شاهد را داشته باشد.^{۵۰}

49. *Prosecutor v. Tadic*, para. 19.

50. *Van Meachelen et al., vs. Netherlands*, Judgment 23 April 1997, Reports 1997- III, para. 51; *Ludi vs. Switzerland*, Judgment 15 June 1992, Series A-

به علاوه، مطابق قاعده ۱۲۱ (۱۰) اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی، «سوابق کامل و دقیق همه رسیدگی‌ها نزد شعبه مقدماتی» توسط دبیرخانه حفظ خواهد شد (قاعده ۱۳۱ (۱) اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی)، یعنی اساساً، ادله‌ای که در جلسه رسیدگی برای تأیید (قوانین و مقررات مربوط به افشای ادله) به شعبه مقدماتی ارائه می‌شود باید جمع‌آوری شوند. این سوابق به شعبه بدوی فرستاده خواهد شد (قاعده ۱۳۰). هرچند قواعد دادرسی و ادله آگاهانه به این مسئله نپرداخته‌اند (ابهام ساختاری) که آیا شعبه بدوی حق نظارت بر سوابق را دارد یا خیر - قاعده ۱۳۱ تنها به دادستان، متهم، نمایندگان دولت و قربانیان (جرم) اشاره دارد - از نظر کامل‌لا، صرف وجود سوابق (هر چند نمی‌تواند همانند پرونده فرانسوی کامل باشد) این خطر را در بردارد که شعبه بدوی بتواند به جای تصمیم‌گیری بر اساس ادله‌ای که در محاکمه ارائه می‌شود به این سوابق استناد نماید. بدیهی است تفسیر درست نیز به وظایف و نقش رئیس دادگاه در طول محاکمه بستگی دارد: چنانچه او واقعاً بخواهد محاکمه را انجام دهد، همان‌گونه که ماده ۶۴ (۸) اساسنامه دیوان به او اجازه می‌دهد، ممکن است برای انجام مؤثر محاکمه به سوابق پرونده نیاز داشته باشد؛^{۵۱} چنانچه او محاکمه را - به یک شیوه توافقی - به طرفین واگذار کند، به این اطلاعات نیازی ندارد. سرانجام، همان‌گونه که رویه قضایی دیوان‌های موقت نشان داده است، قضات می‌توانند گزینه‌ای را انتخاب کنند که از

238, para. 49; *P. S. vs. Germany*, Judgment 20 December 2001, No. 33900/96, para. 21.

51. *Prosecutor v. Dokmanovic*, Order of 28 November 1997, IT- 95- 13 A-PT.

نظام حقوقی ملی‌شان بهتر است. این محدودیت به‌وضوح در ماده ۷۴ (۲) اساسنامه دیوان مطرح شده است که رأی باید مبتنی بر «ادله ارائه شده و مورد بحث قرار گرفته در محاکمه باشد»؛ به عبارت دیگر، سوابق تنها می‌تواند حداکثر یک نقش حمایتی را بازی کند. با این حال، چنین کارکردی می‌تواند با توجه به پیچیدگی‌های واقعی و قانونی در رسیدگی به جنایات جنگی همیشه لازم باشد.

در کل، بهتر است بگوییم که آیین دادرسی - علی‌رغم اختیارات گسترده شعبه بدوی - با ترکیب ویژگی‌های حقوق‌نویسته و کامن‌لا رویکرد مختلطی را پذیرفته است. اجرای عملی این مقررات، سرانجام، به پیشینه قانونی قضاتی بستگی دارد که به لحاظ خصوصیات شخصی‌شان به آنها قدرت تشخیص کافی برای انجام محاکمات داده شده است.

سایر جنبه‌ها

در هر دو دیوان صدور رأی باید مستدل و منطقی باشد (ماده ۲۳ (۲) اساسنامه دیوان یوگسلاوی سابق، قاعده ۹۸ (ج)؛ ماده ۷۴ (۵) دیوان کیفری بین‌المللی)؛ مشخصه‌ای که در نظام حقوقی کامن‌لا با حضور هیئت منصفه در محاکمات شناخته شده نیست.

دیوان یوگسلاوی سابق و دیوان کیفری بین‌المللی به دادستان حق تجدیدنظرخواهی از رأی برائت را می‌دهند (ماده ۲۵ (۱) اساسنامه دیوان یوگسلاوی سابق؛ ماده ۸۱ (۱) (الف) اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی). در نظام‌های کامن‌لا چنین حقی فی‌نفسه برای تجدیدنظر از رأی برائت

وجود ندارد، زیرا برای اکثریت حقوقدانان کامن لا عمیقاً غیرقابل تحمل است که متهم را دو بار به خاطر فعل واحد محاکمه نماییم؛ این کار نقض قاعده منع به مخاطره افکندن مجدد است (منع محاکمه مجدد برای جرم واحد). با اینکه قلمرو گسترده حق تجدیدنظر شبیه به نظام حقوق نوشته است، شیوه تجدیدنظر بر اساس نظام کامن لا می باشد، زیرا در نظام کامن لا اعاده دادرسی مجاز نیست، بلکه تنها بازنگری در تصمیم بر اساس مسائل موضوعی و حکمی کاملاً روشن، با فرصت محدود برای ارائه ادله جدید، ممکن است.^{۵۲}

در اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی برای یوگسلاوی سابق، ابتدا رویکرد دو مرحله‌ای نظام ترافی در رابطه با احراز مجرمیت (مقصر شناختن) و تعیین مجازات پذیرفته شده بود، سپس هم به علت کارایی و هم به موجب قاعده ۸۷ (ج) رویکرد دو عملی انتخاب شد. اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی تصمیم‌گیری در خصوص مجازات را به جلسه‌ای جداگانه محول می‌کند که اساساً در اختیار قضات است (ماده ۷۶ (۲)؛ قاعده ۱۴۳).

راجع به تصمیمات الزام‌آور شعبه تجدیدنظر برای شعبه بدوی - به -
 طور کلی در کامن لا از نظر دکترین، سابقه الزام‌آور شناخته شده است -

۵۲. راجع به قبول ادله اضافی، مطابق قاعده ۱۱۵ دیوان کیفری بین‌المللی برای یوگسلاوی سابق، معیارهای متفاوتی در رویه قضایی ایجاد شده است که، در هر صورت، اختیار وسیعی به شعبه تجدیدنظر می‌دهند (دادستان علیه کارسکیچ، بند ۴۲ به بعد). این قاعده در اکتبر ۲۰۰۲ اصلاح شد و درخواست ادله اضافی به «احراز یک حقیقت خاص» از سوی شعبه بدوی که به او مربوط است محدود شد.

شعبه تجدیدنظر در پرونده آلكسوسكى با پیروی از رویکرد کامن لا مقرر داشت که جنبه اصلی (*Ratio decedendi*) تصمیمش الزام آور است.^{۵۳} ماده ۲۱ (۲) اساسنامه دیوان با اتخاذ رویکرد منعطف تری بیان می دارد: «دادگاه می تواند اصول و قواعد حقوقی را چنان که در تصمیمات قبلی اش تفسیر کرده است به کار بندد»؛ به عبارت دیگر، دادگاه مجبور نیست که از تصمیمات سابقش پیروی کند، بلکه اختیار وسیع دارد که آیا این کار را انجام دهد یا خیر.

مجازات وکلای مدافع به خاطر اخلال در جلسات دادرسی (قاعده ۷۷ دیوان یوگسلاوی سابق؛ مواد ۷۰ و ۷۱ اساسنامه دیوان کیفری بین المللی) یک شیوه سنتی در نظام کامن لا است؛ این شیوه در نظام حقوق نوشته شناخته شده نیست. مطابق نظر شعبه تجدیدنظر، رسیدگی به اخلال در دادگاه «در صلاحیت ذاتی دیوان است» چراکه اعمال صلاحیت دیوان نباید عقیم بماند، و کارکرد قضایی اصلی آن بایستی تضمین گردد. شایان ذکر است، پذیرش مقررات رسیدگی به اخلال در نظم دادگاه مشمول «مسائل ضروری دیگر» در مفهوم ماده ۱۵ اساسنامه دیوان یوگسلاوی سابق می شود.^{۵۴}

53. *Prosecutor v. Aleksovski*, (Judgment), para. 113; *Prosecutor v. Bardjanin & Talic*, Decision on Application by Momir Talic for the Disqualification and Withdrawal of Judge, 18 May 2000 (IT- 99- 36- PT), para. 6.

54. *Prosecutor v. Tadic*, Appeals Judgment of Allegations of Contempt Against Prior Counsel, Milan Vujin, 27 February 2000 (IT- 94- 1- A- AR 77).

نتیجه گیری

در زمینه آیین دادرسی کیفری بین‌المللی، تقسیم‌بندی سنتی کامن‌لا - حقوق‌نویسته، حاکم شده است. هرچند ریشه بسیاری از قواعد (دادرسی) به کامن‌لا یا حقوق‌نویسته بر می‌گردد، لکن با اجرای آنها در دیوان‌های کیفری بین‌المللی نظام منحصربه‌فرد و یگانه‌ای ایجاد شده است.^{۵۵} بنابراین، «مهم نیست که یک قاعده، توافقی یا تفتیشی باشد بلکه مهم این است که آیا این قاعده به دیوان‌ها در انجام وظایفشان کمک می‌کند یا خیر ...» و آیا با معیارهای اساسی محاکمه منصفانه مطابقت دارد یا خیر. با توجه به انتقادات گسترده در این رابطه، لازم است یادآور شویم که کمیسیون اروپایی حقوق بشر (ECHR) تأیید کرده است که آیین دادرسی دیوان یوگسلاوی سابق کلیه تضمین‌های لازم دادرسی، از جمله بی‌طرفی و استقلال دیوان را مقرر داشته است. هرچند درست است که در آیین دادرسی کیفری بین‌المللی «بهنظر اینک هر یک از نظام‌های (حقوق-نویسته یا کامن‌لا) توازن ساختاری دقیقی را بین حقوق طرفین محاکمه ایجاد می‌کنند»، «مشکلات اساسی وابستگی و امنیت قضایی» وجود دارد، لکن آن‌گونه که اخیراً برخی همکاران کامن‌لا پیشنهاد کرده‌اند، راه‌حل این مسائل این نیست که شعب کامن‌لا و حقوق‌نویسته ایجاد کنیم.

در بررسی اینکه آیا اجرای یک سیستم در محاکمات کیفری بین‌المللی از سیستم دیگر مناسب‌تر است یا خیر، باید بر اساس رویکرد

55. *Prosecutor v. Delalic et al.*, para. 15:

«یک قاعده می‌تواند ریشه در کامن‌لا یا حقوق‌نویسته داشته باشد لکن، محصول نهایی آن می‌تواند ترکیبی از هر دو باشد چنان که از آن یک قاعده منحصربه‌فرد بسازد».

موضوع محوری^{۵۶} بین رسیدگی‌های مقدماتی و بدوی تفاوت قائل شد. به نظر می‌رسد به کارگیری نظام حقوق‌نوشته در مرحله رسیدگی‌های مقدماتی، در رابطه با (اصل) تساوی سلاح‌ها بین دادستان و متهم مناسب‌تر باشد. تجربه دیوان‌های موقت نشان می‌دهد که متهم از جمله به این علت که با تأخیر زیاد (در مرحله مقدماتی) وارد پرونده می‌شود، از امکانات مساوی یا مشابه دادستان برای تهیه پرونده برخوردار نیست. بخشی از این عدم تساوی به لحاظ فقدان منابع انسانی است که اعزام افراد به صحنه جرم برای تحقیق در مورد پرونده را غیرممکن می‌سازد؛ با این حال، مهم‌تر از همه، علت عدم تساوی به خاطر ضرورت همکاری دولت‌ها برای جمع‌آوری ادله است. در صورتی که دولتی همکاری نکند، همان‌گونه که دادستان به سختی می‌تواند برای انجام تحقیقات وارد سرزمین آن کشور شود، این مهم، برای وکیل کاملاً غیرممکن خواهد بود. در موارد زیادی وکلای مدافع اجازه ورود به سرزمین جمهوری سربرسکا و رواندا را نیافتند. در مورد پرونده میلوزویچ،^{۵۷} که دادستان تا حدود زیادی نیازمند اطلاعات محرمانه بود، (چگونه) می‌توان باور داشت که سازمان امنیتی امریکا CIA یا هر سازمان امنیتی دیگر داوطلبانه با وکلای مدافع همکاری کرده باشند؟

بنابراین، تنها امکان وکیل برای دستیابی به اطلاعات لازم جهت آماده کردن پرونده‌اش این است که دادستان در هر دو جهت تحقیق کند و

۵۶. فلسفه این رویکرد توجه به موضوعات به جای لغت است.

۵۷. وی رئیس جمهور سابق یوگسلاوی بود که در زندان دیوان در شهر لاهه هلند فوت کرد (م).

اطلاعات خود را در اختیار وکیل نیز قرار دهد. در واقع، این دلیلی است بر اینکه دادستان وظیفه دارد ادله را به طور محدود افشا نماید.^{۵۸} می توان استدلال کرد که از نظر مفهومی، یک دادستان بی طرف، همچنان که در نظام حقوق نوشته پیش بینی شده است، حداقل حمایت از حقوق متهم را تضمین می نماید و چنانچه بخواهد، می تواند اطمینان حاصل نماید که حقوق متهم رعایت شده است یا خیر. این مسئله، همچنین، در طول مذاکرات مقدماتی در کنفرانس رم مورد تأکید قرار گرفت.

با نگاهی به روند رسیدگی به طور کلی و محاکمه به طور خاص، به نظر می رسد که باید برای قضات یک نقش فعال تر یا همان گونه که گروه متخصصان پیشنهاد کرده اند «نقشی مداخله گرایانه» در نظر گرفت تا اطمینان حاصل شود که محاکمه به نحو مؤثرتری انجام می گیرد و در نتیجه، به کوتاه کردن رسیدگی کمک خواهد شد. هرچند گروه کاری متخصصان صریحاً اشاره نکرده است که «در نظام ترافی کامن لا روند انجام محاکمه پیشرفتی ندارد، ولی تحلیل و توصیه های آنان به وضوح یک آیین دادرسی ساخته دست قضات در راستای سنت حقوق نوشته را معرفی می کند». در واقع، نمی توان منکر شد که محاکمه ای که از سوی یک قاضی مجرب انجام و هدایت می شود می تواند از تأخیرات حاصله به خاطر رابطه متقابل آزاد و غیرکنترل شده طرفین ممانعت به عمل آورد. همین وضعیت در مورد مرحله بدوی نیز که توسط قاضی بدوی هماهنگ می شود وجود دارد

۵۸. در پرونده دادستان علیه کرجسینیک و پلاویسک، دیوان به اصل تساوی سلاح ها به نفع افشای ادله استناد کرد.

(قاعده ۶۵ دیوان یوگسلاوی سابق). از طرف دیگر، توافقی که بین دادستان و متهم تحت نظارت یک قاضی حاصل می‌شود نباید از سوی حقوقدانان نظام حقوقی نوشته به‌عنوان یک مسئله بی‌ربط (*A limine*) نادیده گرفته شود، زیرا این توافق عامل مهمی برای جلوگیری از اطاله دادرسی است.

به هر حال، نباید فراموش کرد که قواعد مربوط به آیین دادرسی (شکلی) تنها یک چارچوب کلی فراهم می‌آورند؛ کارکرد شفاف نهایتاً به بازیگران عمده آیین دادرسی، به‌ویژه، قضات بستگی دارد. یک آیین دادرسی مختلط و منحصربه‌فرد نیازمند دادستان‌ها، وکلای مدافع و قضاتی است که هم از نظام کامن‌لا و هم حقوق‌نوشته مطلع باشند، و بتوانند نگاهی فراتر از نظام حقوقی خودشان داشته باشند. هرچند مقررات فعلی آیین دادرسی این امکان را برای حقوقدانان کامن‌لا و حقوق‌نوشته فراهم می‌نمایند تا رسیدگی‌ها را مطابق با حقوق ملی خودشان انجام دهند، رویه عملی دیوان‌های موقت، به‌ویژه دیوان کیفری بین‌المللی برای یوگسلاوی سابق، نشان می‌دهد که با افزایش تجربه عملی دیوان در چارچوب یک نظام عدالت کیفری بین‌المللی، که نمونه‌ای است به سمت همگرایی‌های هر دو نظام، در آیین دادرسی محدودیت‌های ملی می‌تواند نادیده گرفته شود. در آینده، مشکل بزرگ‌تری که می‌تواند بوجود آید استفاده از نظام‌های حقوقی‌ای است که بر سنت‌های غربی مبتنی نیستند، برای مثال حقوق اسلام.^{۵۹}

۵۹. نظام حقوقی چین را نیز می‌توان مثال زد.