

Strafjustiz im Spannungsfeld von Effizienz und Fairness

Konvergente und divergente
Entwicklungen im Strafprozessrecht

Criminal Justice between Crime Control and Due Process

Convergence and Divergence
in Criminal Procedure Systems

Internationales Kolloquium
8. – 11. Mai 2002 auf Schloss Ringberg

Herausgegeben von

Albin Eser und Christiane Rabenstein



Duncker & Humblot · Berlin

Funktion und Zusammensetzung des Gerichts im Ermittlungs- und Hauptverfahren

Sabine Gleß, Freiburg

I. Einleitung

„Welche Funktion und Zusammensetzung hat das Gericht im Ermittlungs- und Hauptverfahren?“

Diese Frage hat bereits die Divergenz von instruktorischem und adversarischem Strafprozess im Visier. Denn würde nur nach *der* Funktion des Gerichts im Strafverfahren gefragt, so würden Juristen aus beiden Rechtskreisen – zumindest zunächst – ausschließlich auf *die* Funktion des Gerichts verweisen: nämlich seine – in allen Rechtsordnungen gleiche – Aufgabe als Spruchkörper, nach der Feststellung des Sachverhalts über die Schuldfrage zu entscheiden.¹

II. Doppelfunktion des Richters – Divergenz

Mit Recht fokussiert aber ein Kolloquium über Kon- und Divergenzen von adversarischem und Offizialverfahren die Doppelfunktion des Gerichts bzw. der Richter im Haupt- und im Ermittlungsverfahren:

1. Kontinentale Sicht

Aus kontinentaler Sicht akzeptiert man diese Doppelfunktion fast selbstverständlich: In Frankreich, Österreich oder den Niederlanden – um nur einige zu nennen – gehört es zu den traditionellen Funktionen eines Richters, ein Ermittlungsverfahren als „gerichtliche Voruntersuchung“ selbst zu leiten.² In anderen kontinentalen Rechtsordnungen (wie etwa auch in Deutschland) wirken die Richter in beschränktem Umfang am Ermittlungsverfahren der Staatsanwaltschaft mit – und zwar auf zweierlei Weise: zum einen durch die Entscheidung über die Zulässigkeit bestimmter Ermittlungsmaßnahmen (etwa bei der Hausdurchsuchung oder der Telefonüberwachung), zum anderen weil sie im Vorverfahren selbst Beweise sichern –

¹ Ausführlich dazu: *Arthur Kaufmann*, Prozedur als Theorie der Gerechtigkeit, München 1989, S. 20 f.

² Vgl. dazu für Frankreich: *Philippe Conte/Patrick Maistre du Chambon*, Procédure Pénale, 3^e éd. Paris 2001, S. 219 ff.; für die Niederlande: Art. 149 und 181 Abs. 1 StPO.

durch eine „vorweggenommene Beweisaufnahme“ wie etwa die richterliche Vernehmung von Zeugen.³

Das Tätigwerden der Richter im Vorverfahren dient hier regelmäßig zwei Zielen:

1. dem Schutz der Interessen der von Ermittlungsmaßnahmen betroffenen Person und
2. der Qualitätssicherung von Beweisen, die im Ermittlungsverfahren gesammelt werden. Bestimmte Beweisthemen können hier bereits richterlich präjudiziert werden.⁴

2. Common-law-Perspektive

Dieses kontinentale Konzept richterlicher (Mit-)Wirkung im Ermittlungsverfahren steht im Gegensatz zum angelsächsischen Verständnis: Das Vorverfahren dort will die parteiliche Ermittlung des Sachverhalts. Es sieht die Strafverfolgungsbehörden auf der einen und den Beschuldigten und seine Verteidigung auf der anderen Seite. Beide sammeln „ihre Beweise“, um vor Gericht ihre Sachverhaltshypothese belegen zu können.⁵ Ein Richter wird im Vorverfahren nur ausnahmsweise tätig, etwa wenn der Schutz der Interessen der betroffenen Person dies gebietet, wenn beispielsweise „vertrauliches Material“ (wie journalistische Aufzeichnungen) beschlagnahmt werden sollen.⁶ Eine originäre Funktion des Richters zur Sicherung der Beweise im Vorfeld des Hauptverfahrens gibt es also grundsätzlich nicht.

3. Gründe für die Divergenz

Welches sind die Gründe für diese „Divergenz“ der Verfahren?

Im kontinentalen Verfahren bereitet ein justizielles Organ (Untersuchungsrichter oder Staatsanwalt) eine „instruktorische“ Hauptverhandlung vor, in der (Berufs-) Richter – auf der Grundlage der Erkenntnisse aus dem Ermittlungsverfahren – den maßgeblichen Sachverhalt verbindlich feststellen und anschließend selbst über die Schuldfrage entscheiden.

³ Vgl. Ellen Schlüchter, in: Systematischer Kommentar zur Strafprozeßordnung (Loseblattsammlung, Ergänzungslieferung vom Mai 1995), § 251, Rn. 2.

⁴ Illustrativ für diese Funktion des Richters im Ermittlungsverfahren ist beispielsweise § 166 deutsche StPO: Beantragt der Beschuldigte bei einer richterlichen Vernehmung, einen Beweis zu erheben, so entscheidet der Richter – der nichts mit den Ermittlungen zu tun hat – über die Beweisanträge, wenn ein Beweisverlust droht oder wenn eine Beweiserhebung die Freilassung des Beschuldigten begründen kann.

⁵ Vgl. etwa: Peter Allridge, Scientific Expertise and Comparative Criminal Procedure, The International Journal of Evidence and Proof (1999), 141, 145; John A. Andrews/Michael Hirst, Andrews & Hirst on Criminal Evidence, 3rd ed. London 1997, Rn. 1-001.

⁶ Dazu: sec. 11(1) Police and Criminal Evidence Act 1984.

Art und Umfang der Beweisaufnahme sind durch das „Amtsermittlungsprinzip“ geprägt: Die Richter erforschen auf der Suche nach der „materiellen Wahrheit“ umfassend alle (also belastende und entlastende) Umstände.⁷

Das angelsächsische Ermittlungsverfahren ist demgegenüber eine „Vor-Test-Phase“ für den Parteiprozess vor der Jury.⁸ Das hat insbesondere zwei Konsequenzen: Erstens, entscheiden zunächst die Parteien, ob bzw. welcher Fall („case“) vorliegt.⁹ Diese Entscheidung erfolgt nicht zuletzt mit Blick auf die „präsentablen“ Beweise. Zweitens stehen die Parteien einem geteilten Gericht gegenüber: der Berufsrichter entscheidet als „tribunal of law“ über Rechts- und insoweit auch über einschlägige Beweisfragen – und die Jury als „tribunal of fact“ über die Schuldfrage allein aufgrund der in der Hauptverhandlung tatsächlich präsentierten Beweise.¹⁰ Diese funktionelle Unterteilung, nach der das Gericht über Rechtsfragen als „tribunal of law“ und über die Schuldfrage als „tribunal of fact“ entscheidet, gilt auch für die „Magistrates' Courts“, in denen keine Geschworenen über die Schuldfrage entscheiden.¹¹

Eine Beweissicherung im Ermittlungsverfahren erscheint für den Parteiprozess damit wenig sinnvoll. Denn es fehlt die Instanz, die für die Qualität einer „vorweggenommenen Beweisaufnahme“ bürgen sollte, und es müssen (grundsätzlich) alle Beweise dem „tribunal of fact“ unmittelbar präsentiert werden. Im adversarischen Prozess soll die Qualität der Beweise gerade durch eine weitreichende Geltung des Unmittelbarkeitsprinzips abgesichert werden, das gilt insbesondere für den Zeugenbeweis. Hier hat das Verbot des „hearsay“ bekanntlich zu Regelungen geführt, die nicht nur für kontinentale Juristen kaum nachvollziehbar sind.¹²

4. Zwischenergebnis

Aus dieser ersten groben Skizzierung (möglicher) richterlicher Funktionen im Vor- und Hauptverfahren ergibt sich also eine traditionelle Divergenz zwischen beiden Rechtskreisen.

Dass diese Zeichnung „grob“ ist, ergibt sich aber bereits aus einem etwas genaueren Blick auf die Menge der kontinentalen Rechtsordnungen: Sie alle kennen zwar

⁷ Für Frankreich: Conte/Maistre du Chambon (Anm. 2), S. 221 f.; für Deutschland: Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts Bd. 33, S. 383 ff. sowie Bd. 57, S. 275 ff.; Entscheidung des Bundesgerichtshofes in Strafsachen Bd. 1, S. 96 ff. sowie Bd. 23, S. 187 ff.

⁸ Vgl. dazu etwa: Stephen Seabrooke/John Sprack, Criminal Evidence and Procedure, 2nd ed. Gosport 1999, S. 226 ff. und 239 ff.

⁹ Aufschlussreich ist hier insbesondere die Praxis des „fact-bargaining“: Andrew Ashworth, The Criminal Process, Oxford 1994, S. 264.

¹⁰ Andrews/Hirst (Anm. 5), Rn. 2-002–2-014.

¹¹ Andrews/Hirst (Anm. 5), Rn. 2-015.

¹² Andrews/Hirst (Anm. 5), Rn. 17-001 ff.

die richterliche Funktion der Qualitätssicherung der im Vorverfahren erhobenen Beweise. Doch gilt für eine Gruppe (zu der etwa *Deutschland* und *Österreich* gehören) gleichwohl das Hauptverfahren als entscheidende Phase der Tatsachenfindung.¹³ Demgegenüber sieht eine zweite Gruppe (zu der etwa *Frankreich* und die *Niederlande* gezählt werden können) in der Hauptverhandlung eher einen Prozess zur Nachvollziehung der Beweisergebnisse, die bereits im Vorverfahren festgestellt wurden.¹⁴

Wir haben hier also bereits auf den zweiten Blick eine „Divergenz“ in der „Konvergenz“.¹⁵

III. Doppelfunktion des Richters – Konvergenz

Doch es gibt auch eine „Konvergenz“ in der „Divergenz“ – oder einfacher ausgedrückt:

Es gibt eine gegenseitige Annäherung von Partei- und Officialverfahren mit Blick auf die Funktion des Gerichts im Ermittlungs- und im Hauptverfahren. Diese kann gerade zwischen den europäischen Staaten – hier etwa Frankreich und Deutschland einerseits und England/Wales andererseits – ausgemacht werden.

Alle diese Rechtsordnungen kennen eine mittelbare richterliche Kontrolle der Ermittlungstätigkeit durch die *Beweiszulassung* bzw. *-verwertung* im Rahmen in der Hauptverhandlung:

1. Beweisverbote als Kontrollinstrumente über die Rechtmäßigkeit des Ermittlungsverfahrens – Kontinent

Im *instruktorischen Verfahren* (in *Deutschland* und *Frankreich*) dienen „Beweisverwertungsverbote“ im funktionalen Sinne, also auch verwandte Institute wie die französischen „*nullités*“, traditionell (auch) der mittelbaren Kontrolle der Rechtmäßigkeit der Ermittlungen durch das erkennende Gericht.¹⁶ Deshalb werden beispielsweise solche Erkenntnisse nicht für die Urteilsfindung verwertet, die (un-

¹³ Das kommt am deutlichsten in der Interpretation des „Unmittelbarkeitsgrundsatzes“ zum Ausdruck. Dazu etwa *Ulrich Eisenberg*, *Beweisrecht* der StPO, 4. Aufl. München 2002, Rn. 65 f.

¹⁴ Vgl. etwa zur französischen Interpretation der „Mündlichkeit“ im Hauptverfahren: *Conte/Maistre du Chambon* (Anm. 2), S. 330 f.

¹⁵ Zur Gegenüberstellung dieser beiden Modelle ebenfalls: *André Klip*, *Obtaining Evidence from Witnesses Abroad*, in: *Nijboer/Reijntjes* (eds.), *Proceedings of the First World Conference on New Trends in Criminal Investigation and Evidence*, The Hague 1997, S. 453 f.

¹⁶ Vgl. dazu etwa die französische höchstrichterliche Rechtsprechung: *Cass. crim.* 10.12.1968, *Bull. crim.* No. 233; *Cass. crim.* 4.6.1969, *Bull. crim.* No. 186; *Cass. crim.* 24.2.1972, *Bull. crim.* No. 17; *Cass. crim.* 28.3.1973, *Bull. crim.* No. 161.

mittelbar) aus einer Vernehmung resultieren, in der die Strafverfolgungsbehörden den Verdächtigen vorsätzlich über die bereits gegen ihn vorliegenden Beweise getäuscht hat.¹⁷

Die Beweisverbote eröffnen dem Richter also die Möglichkeit, die Strafverfolgungsbehörden „zu bestrafen“, indem Beweise, die unrechtmäßig erlangt wurden, bei der Entscheidungsfindung nicht berücksichtigt werden.

Es existieren aber nur wenige „absolute Verwertungsverbote“, bei denen Beweismittel immer von Amts wegen ausgeschlossen werden müssen. Vorherrschend sind vielmehr „relative Verbote“.¹⁸ Das heißt, der Richter muss abwägen, ob im konkreten Fall das „Strafverfolgungsinteresse“ oder das „Fairnessgebot“ durchgreifen sollte. Damit ist für die Strafverfolgungsbehörden ungewiss, ob eine „Beweisverbots-Strafe“ ausgesprochen wird oder nicht.

Interessante Unterschiede existieren hier in Bezug auf die „Zusammensetzung des Gerichts“, das über den Ausspruch des Beweisverbots entscheidet: Während in einigen kontinentalen Rechtsordnungen (etwa Italien und Deutschland) das Gericht der Hauptverhandlung, das also auch über die Schuld entscheidet, über ein solches Verbot entscheidet, sind in Frankreich die „*chambres d'accusation*“ für den Ausspruch einer „*nullité*“ zuständig. (Nur) In Frankreich ist es also verfahrensrechtlich ausgeschlossen, dass das entscheidende Gericht der Hauptverhandlung von „der verbotenen Frucht“ Kenntnis erlangt, während die Richter in den anderen Rechtsordnungen eine „Zensur im Kopf“ brauchen, um nicht doch die „verbotene Erkenntnis“ in die Entscheidung einfließen zu lassen. Darüber, wie wirksam diese Zensur ist, hat jeder seine eigene Vorstellung. Bekanntlich muss man ja immer an die Dinge denken, an die man gerade nicht denken sollte.

2. Beweisverbote als Kontrollinstrumente über die Rechtmäßigkeit des Ermittlungsverfahrens – England/Wales

In England und Wales dient der Ausschluss von Beweisen (als funktionales Äquivalent zum „Beweisverwertungsverbot“) traditionell *nicht* der Kontrolle des Ermittlungsverfahrens. Nach den Prinzipien des angelsächsischen Rechts interessiert es den Richter nicht, wie ein Beweismittel in die Hände einer Partei gelangt ist – oder prägnanter formuliert: „It matters not how you get it – if you steal it even, it would be admissible in evidence.“¹⁹ Beweisverbote des common law sollen viel-

¹⁷ Denn eine solche „Täuschung“ ist im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren verboten, vgl. dazu die Entscheidung des Bundesgerichtshofs in Strafsachen Bd. 35, 328 f.

¹⁸ So führen nach französischem Recht nur die „*nullités textuelles*“ zwingend zu einem Beweisverbot, während im Falle der „*nullités substantielles*“ (vgl. Art. 171 CPP) die Entscheidung darüber beim Gericht liegt, vgl. dazu: *Crim.* 28.2.1989, *Bull. crim.* No. 97; *Jean Pradel*, *Droit pénal comparé*, Paris 1995, Rn. 312; zur deutschen Rechtslage vgl. *Eisenberg* (Anm. 13), Rn. 356 ff.

¹⁹ *Crompton J* in *R v Leatham* (1861) 8 Cox CC 498.

mehr vorrangig verhindern, dass unsachgemäße Beweisantritte die Unvoreingenommenheit der Laien-Jury gefährden und damit die prozessuale „Wahrheitsfindung“ verfälschen und eine gerechte Strafrechtspflege verhindern.²⁰

Durch die Gesetzgebung der jüngeren Zeit – insbesondere die ss. 78 (1), 76 PACE – wurde allerdings eine „Kontroll-Funktion“ von Beweisregeln anerkannt – und damit eine Annäherung an das kontinentale Verfahren erzielt: Heute kann der englische Richter Beweismaterial der Anklage ausschließen, wenn die Zulassung der Beweise die Fairness des Verfahrens gefährden würde – unter Berücksichtigung aller Umstände, einschließlich der Art und Weise, wie die Beweise in die Hände der Strafverfolgungsbehörden gelangt sind.²¹ Das bedeutet, dass jetzt auch in England, ein Geständnis ausgeschlossen werden kann, das ein Verdächtiger in einer Polizeivernehmung abgegeben hat, nachdem die Polizei ihm bewusst wahrheitswidrig erklärt hat, man habe erdrückende Beweise gegen ihn, in Wahrheit aber gar keine Beweise vorliegen.²²

Grund für die Reform der Beweiszulassung war die Erschütterung des angelsächsischen Strafrechtssystems durch eine Reihe von Fehlurteilen gegen angebliche irische Terroristen. Seinerzeit hatte die Polizei entlastendes Beweismaterial der Verteidigung vorenthalten (obwohl es hätte offen gelegt werden müssen) und Beweise gefälscht.

3. Zwischenergebnis

Damit kennen der kontinentale und der angelsächsische Rechtskreis heute eine vergleichbare Funktionalisierung der Gerichte (der „tribunals of law“) für eine Kontrolle des Ermittlungsverfahrens – durch den Ausspruch von Beweisverboten. Danach liegt es im Ermessen der Gerichte, bestimmte Beweismittel aus übergeordneten Gesichtspunkten auszuschließen, insbesondere wenn die nachteiligen Auswirkungen auf die Fairness des Verfahrens den antizipierten Beweiswert überwiegen würden.

IV. Fazit

Abschließend kann also festgestellt werden, dass Funktionen der Gerichte bzw. der Richter im Ermittlungs- und Hauptverfahren in Common-law- und kontinentalen Rechtsordnungen eine Annäherung des Partei- und Officialverfahrens zeigen. Wobei es aus Sicht der kontinentalen Rechtsordnungen eher so erscheint, als bewegten sich die Inseln auf das Festland zu – aber das mag an der Perspektive liegen.

²⁰ Grundlegend dazu das Urteil in: *R v Sang* [1980] AC 402.

²¹ Vgl. etwa zur Überprüfung der Validität von Geständnissen: *David Wolchover/Anthony Heaton-Armstrong*, *Wolchover & Heaton-Armstrong on Confession Evidence*, London 1996, Rn. 4-001 ff.

²² Dazu: *R v Mason* [1987] 3 All ER 481.

Jedenfalls birgt gerade das Konzept einer Stärkung der indirekten Kontrolle der Gerichte – vermittelt über den Ausspruch von Beweisverboten – nicht nur für das angelsächsische Rechtssystem Neuerungspotential. Auch für die kontinentalen Rechtsordnungen ist sie von zunehmendem Interesse – und zwar mit Blick auf die Forderung nach neuen Lösungen für eine effektive justizielle Aufsicht über das Ermittlungsverfahren. Ein entsprechender Ausbau der Beweisverbote könnte ein Modell dafür sein.

Functions and Constitution of the Court at Pre-trial and Trial Stage

Sabine Gleß, Freiburg

I. Introduction

If today's session asked what the function of the court is and not which functions the court has at pre-trial *and* trial proceedings, all of us would immediately think of the main function of a court: to decide – on the grounds of the facts of a case – on guilt or innocence.

II. Double Function of Judges – Divergence

In a colloquium on "Convergence and Divergence in Criminal Procedure Systems", however, the focus is rightly put on the double function of the court or, rather, of the judges, in pre-trial *and* trial proceedings.

1. Continental point of view

From a Continental point of view, this double function goes without saying. In France, Austria, or the Netherlands, for example, it is part of the traditional functions of a judge to carry out a pre-trial judicial investigation ("gerichtliche Voruntersuchung").

Other Continental jurisdictions (such as Germany) require the judge to take part in the pre-trial stage – either allowing certain coercive measures for the sake of the investigation (which infringe on the accused's rights to a certain degree, like the search of premises, telephone tapping, etc.) or when gathering evidence during pre-trial procedures in the form of "anticipated" or "advanced" evidence gathering ("vorweggenommene Beweisaufnahme"). An example of this is when a judge personally interrogates a witness before the trial has been opened to guarantee that the deposition is valid.

The participation of a judge in pre-trial procedures thus generally serves two purposes: to secure the "quality" of the evidence gathered during the pre-trial stage (evidence is scrutinised and provisionally "accepted" by a judicial organ) and/or to protect the individual concerned from an undue infringement of his or her interests.

2. Common law perspective

The Continental concept of judicial participation contrasts greatly to the pre-trial stage concept in England. According to the Anglo-Saxon idea, pre-trial procedure is a one-sided search for evidence with law enforcement agencies on one side and defence on the other. A judge may intervene, however, if the interests of the individual concerned can be protected from undue infringements in no other way, for example, in cases in which confidential material shall be seized (such as journalistic material).

The Continental idea, according to which a judge should or could secure valid evidence before the opening of a trial, does not exist as a general idea in the English trial framework.

3. Reasons for "divergence"

What are the reasons for this "divergence"?

On the Continent, pre-trial procedure prepares a trial during which a judge is bound by the duty to investigate ("Amtsermittlungsprinzip") and decide on the facts and assess the evidence so that he or she can later rule on guilt or innocence.

In England, on the other hand, pre-trial procedure is a "test stage," in which an adversarial trial before a jury is prepared. Two consequences follow from this different framework. First, *the parties* decide whether or even which "cases" will be tried. Secondly, the parties confront a court made up of two parts: judges who decide on the law ("tribunal of law") and a jury which decides on guilt or innocence as a "tribunal of fact" (even the Magistrate's Courts at which the same judges decide on legal and other issues also rule either as "tribunals of law" or as "tribunals of fact").

Securing evidence during pre-trial procedures thus does not make sense within the framework of an adversarial procedure, as no body guarantees the quality of advanced evidence gathering ("vorweggenommene Beweisaufnahme").

In general, all evidence must be presented directly before the "tribunal of fact." The quality of evidence in an adversarial trial – especially the quality of a witness deposition – should be secured by direct presentation, namely cross-examination. Nowadays, however, deviation from the "hearsay rule" is acceptable: exceptions are made, first (and insofar comparable with a development on the Continent) in regard to witness protection and secondly in regard to necessities resulting from international assistance in criminal matters.

4. Provisional result

The outline of the possible judicial functions thus shows a traditional divergence between the Continent and England. The difference, however, does not appear to be static; the two systems are moving towards each other.

The outline above is quite vague. To go further into detail, the Continental jurisdictions must be subdivided even further: although all of the Continental jurisdictions have a judicial function for securing valid evidence during pre-trial procedure, the main trial proceedings remain the decisive stage for binding fact-finding for one group (including Germany and Austria, among others). For another group (such as France and the Netherlands), the main trial proceedings are more of a procedure to reconstruct the facts determined during the pre-trial proceedings. There is thus "divergence" in "convergence."

III. Double Function of Judges – Convergence

Is there a "convergence" in "divergence," as well?

To put it differently: Do the adversarial and (Continental) *ex officio* proceedings ("Offizialverfahren") become more alike in regard to the double function of judges in pre-trial and main trial proceedings?

I argue that there is such "convergence," especially in regard to European countries (such as France, Germany, and Austria, on the one hand and England and Wales, on the other) since all legal systems share the concept of an indirect control of pre-trial procedures using evidence rules applied by judges in preparation for or during the main trial.

1. Evidence rules as an instrument of control over pre-trial procedures – Continental point of view

In Continental jurisdictions, especially in instructorial proceedings ("instruktoriale Verfahren," as in *Austria, Germany, and France*), the court generally presents and assesses evidence. Exclusion of evidence (and similar institutions such as the French "nullités") is a traditional instrument of indirect judicial control over pre-trial procedures because the exclusion of evidence allows the judge "to punish" law enforcement agencies that have illegally gathered evidence (among other things). If the police voluntarily misleads a suspect in regard to alleged evidence incriminating him or her, for example, information provided by the defendant during the interrogation may not be used as grounds for the verdict.

Only few "strict" or absolute rules for the exclusion of evidence, however, exist. The decision as to whether "crime control" or "fairness" (towards the defendant) should prevail in a particular case, i.e. whether incriminating evidence should be

allowed or excluded, mainly lies within the discretion of the judge. Law enforcement agencies thus do not know beforehand whether they will be reprimanded in each and every case.

An interesting "divergence" in "convergence" exists in regard to the constitution of the "court," i.e. the tribunal of law that decides on the exclusion of evidence. In some Continental jurisdictions (such as Italy and Germany), the court of the main trial proceedings, which also rules on guilt or innocence, also excludes evidence; whereas, in France, a pre-trial court ("chambre d'accusation") decides on exclusion ("nullities"). In France, the court in which the main trial proceedings take place thus has no knowledge of the "forbidden fruit," whereas the judges in Italy or Germany need to exercise an internal censor. The efficiency of such a censor, however, is probably not very trustworthy, as the human mind might remember those things (best) that it concentrates on – to forget them.

2. Evidence rules as an instrument of control over pre-trial procedures – England/Wales

In England and Wales, the exclusion of evidence was traditionally not used as a control of the pre-trial proceedings. According to common law principles, the judge does not pay attention to the origin of the evidence: "It matters not how you get it – if you steal it even, it would be admissible in evidence" (see *Crompton J in R v Leatham* (1861) 8 Cox CC 498).

According to common law, the exclusion of evidence predominantly serves the purpose of preventing irrational verdicts rendered by a prejudiced jury and thus protects the rendering of justice. No evidence may be presented which would endanger an unprejudiced decision on guilt or innocence.

Recent legislation, however, has strengthened the function of evidence rules as an indirect control over pre-trial proceedings (which was already rudimentarily acknowledged under common law): According to s. 78(1) PACE 1984, "the court may refuse to allow evidence on which the prosecution proposes to rely to be given if it appears to the court that, having regard to all the circumstances, including the circumstances in which the evidence was obtained, the admission of the evidence would have such an adverse effect on the fairness of the proceedings that the court ought not to admit it."

The consequence is – among others – that a confession made by the defendant after the police has falsely claimed that non-existent incriminating evidence has been found to intentionally mislead the defendant is excluded (*R v Mason* [1987] 3 All ER 481).

Cases of miscarriages of justice involving alleged Irish terrorists based on tampered evidence and the withholding of exonerating evidence by police forces provided the motive for statutory reform.

3. *Provisional result*

As a result, the Continent and England now share a comparable concept in regard to the indirect function of evidence rules as a means for the judge to monitor pre-trial proceedings. According to this concept, the exclusion of evidence lies within the discretion of the court: the court may exclude certain evidence to protect opposing higher interests (such as the interest for an unprejudiced jury or the protection of the civil rights of the accused, etc.) if the adverse effect of admission of evidence on the fairness of the proceedings outweighs its anticipated value as evidence.

IV. Conclusion

In conclusion, the functions allocated to courts or, rather, to judges in pre-trial and trial procedures illustrate examples of "convergence" between the adversarial and *ex officio* proceedings ("Offizialverfahren"). The Anglo-Saxon system is moving towards the Continental ones, but this seemingly one-directional convergence may be the subjective observance of those of us from the Continent.

The strengthening of the control function of evidence rules, however, is not only of great potential for the Anglo-Saxon jurisdiction, but also for the legal systems on the Continent. Here scholars ask for new ways for an effective judicial monitoring of the investigation stage. An (indirect) supervision through evidence rules could be one solution.