

SUCCESSOR TO AGON



Focus on the European Arrest Warrant

Dossier particulier sur le mandat d'arrêt européen

Schwerpunktthema Europäischer Haftbefehl

European Arrest Warrant and the Principle of Mutual Recognition

Prof. Carlos Gómez-Jara Díez

Les juridictions belges et le mandat d'arrêt européen

Dr. Anne Weyembergh

Der Europäische Haftbefehl und seine Umsetzung in das französische Recht

Peggy Pfützner, LL.M

Notes sur la loi italienne portant mise en oeuvre du mandat d'arrêt européen

Prof. Stefano Manacorda

Das Urteil des polnischen Verfassungsgerichtshofs über den Europäischen Haftbefehl

Dr. Barbara Nita

Europäischer Haftbefehl im Interim

Dr. Heiko Ahlbrecht

Contents

Index / Inhalt

Editorial

News*

Actualités / Kurzmeldungen

European Union

Foundations

- 03 Community Powers in Criminal Matters – Environmental Protection
- 03 Community Powers in Criminal Matters – The European Court’s Ruling of PNR Data
- 04 Community Powers in Criminal Matters – Data Retention
- 04 Community Powers in Criminal Matters – The Use of Passerelle
- 05 European Constitution
- 06 Legislation

Institutions

- 06 OLAF
- 08 Europol
- 09 Eurojust
- 09 European Public Prosecutor
- 09 Commission
- 09 European Parliament

Specific Areas of Crime / Substantive Criminal Law

- 10 Fraud
- 11 Fraud & Value Added Tax

- 11 Money Laundering
- 12 Money Counterfeiting
- 12 Non-Cash Means of Payment
- 13 Counterfeiting and Piracy
- 14 Organised Crime

Procedural Criminal Law

- 15 Procedural Safeguards
- 16 Ne bis in idem

Cooperation

- 18 Mutual Assistance in Tax Matters
- 18 Cooperation with Structural & Cohesion Funds
- 18 European Arrest Warrant
- 20 European Evidence Warrant

Council of Europe

- 20 Organised and Economic Crime
- 21 Corruption
- 22 Money Laundering
- 22 Cooperation
- 22 Legislation

Articles

Articles / Artikel

The European Arrest Warrant

- 23 European Arrest Warrant and the Principle of Mutual Recognition
Prof. Carlos Gómez-Jara Díez
- 26 Les juridictions belges et le mandat d’arrêt européen
Dr. Anne Weyembergh
- 29 Der Europäische Haftbefehl und seine Umsetzung in das französische Recht
Peggy Pfützner, LL.M.
- 33 Notes sur la loi italienne portant mise en oeuvre du mandat d’arrêt européen
Prof. Stefano Manacorda
- 36 Das Urteil des polnischen Verfassungsgerichtshofs über den Europäischen Haftbefehl
Dr. Barbara Nita
- 39 Europäischer Haftbefehl im Interim
Dr. Heiko Ahlbrecht

Imprint / Impressum

* News contain internet links referring to more detailed information. These links can be easily accessed either by clicking on the respective ID-number of the desired link in the online-journal or – for print version readers – by accessing our webpage www.mpicc.de/eucrim/search.php and then entering the ID-number of the link in the search form.

Editorial

From Agon to eucrim

I.

Developing new visions and models for the European cooperation and integration of the national criminal law systems in the supra-national European context is one of the most challenging tasks for criminal lawyers in the 21st century. This new challenge is caused by the fact that European integration not only fosters the coalescence of European citizens and economies, but also an increase in trans-national crime. In a close economic community it is no longer possible to deal with such phenomena of trans-national crime using traditional national criminal law systems, based on judicial decisions of which the effects are principally limited to national territory and can only be extended to foreign territories by time consuming complex mutual recognition procedures. Instead, dealing with trans-national European crime, requires new solutions to be found using European criminal law, thus creating a true European area of freedom, security and justice.

The necessary new visions and models for a European Criminal Law in the area of freedom, security and justice should not be developed by the European and national institutions alone, but in close cooperation with European civil society. For this reason, since 1990, practitioners and academics have created a network of private organizations dealing with European criminal law and the protection of the financial interests of the European Union. As a consequence, today 32 associations from 30 European countries foster the cooperation of academics and practitioners from Member States and candidate countries of the European Union. The aim of this cooperation is to develop a European criminal law which both respects civil liberties and at the same time protects European citizens and the European institutions effectively. In this process, the protection of the financial interests of the European Union has been the motor of the emerging European criminal law and plays a vital role.

Since the 1990s, cooperation between the 32 associations has taken place especially in the form of joint seminars, joint research projects and the annual meetings of the associations' presidents. Beyond this, the exchange of information between the members of the associations was supported by the "Bulletin AGON", which was published three or four times per year by Luc Bihain from the University of Liège between 1993 and 2002. With the present edition the Max Planck Institute for Foreign and International Criminal Law and the members of the editorial board seek to revitalise this exchange of information by setting forth this dissemination and exchange of information in a new format with extended content. The replacement of the old acronym "AGON" by the new title "*eucrim*" does not affect the fact that *eucrim* will continue to be a forum for the Euro-

pean associations of lawyers mentioned above; it is only due to the development that the title AGON is used today by other organisations. In this process of continuity, I am very pleased that the former members of the AGON editorial board, Luc Bihain, Tuomas Pöysti, Julian Owen, Lorenzo Salazar, and Rosaria Sicurella will continue to support the journal.



Prof. Dr. Ulrich Sieber

However, the new periodical *eucrim* will primarily be an electronic journal with only very few printed copies available. As an electronic journal *eucrim* can be distributed more widely, quickly and economically. *Eucrim* will also contain a news section with short summaries of latest developments based on internet links referring to more detailed information. The news-section will structure and summarize current developments concerning European criminal law not only in a concise but also in a systematic way. Focus will be given to fundamental developments and crimes which affect the legal interests of European citizens and of the EU itself, such as crimes detrimental to the EC and EU budget. For this reason, the newsletter part is divided into blocks, such as "Foundations", "Institutions", "Special Areas of Crime/Substantive Criminal Law", "Procedural Criminal Law" and "Cooperation". Individual news items are then categorised accordingly. The full texts of all links can be easily accessed either by clicking on the respective ID-number of the desired link in the online-journal or – for print version readers – by accessing our webpage www.mpicc.de/eucrim/search.php and then entering the ID-number of the link in the search form.

By editing and distributing a journal incorporating this newsletter, the Max Planck Institute for Foreign and International Criminal Law strives to support the associations and to contribute to the development of European criminal law and to the joint European values based on the common principles of all European states. With this we hope to raise awareness of the general framework, relevant legal provisions, institutions and practical problems associated with the emerging area of freedom, security and justice among a wider audience of lawyers, academics, practitioners and policy-makers alike. Such

fast and concise information on the development of crime and criminal law in Europe is a central requirement for the necessary involvement of civil society in the “Europeisation” of criminal law.

II.

The present first edition of *eu crim* is atypical with regard to its length. Since the publication of the first volume was postponed because of difficulties in collecting the necessary email database of the European Lawyers’ Association members, it incorporates the first two issues of 2006. Thus, the news section of this first issue analyses developments on the most important European criminal law topics of the first half of 2006 (including some retrospective views of developments in 2005).

The focus of the present issue’s news section is, for instance, the discussion on Community powers in Criminal matters, which was sparked by the decision of the European Court of Justice on the annulment of the framework decision on the protection of environmental law, and the thoughts on using the “passerelle clause” of Art. 42 TEU. Special emphasis is also placed on the activities of OLAF, the fight against money laundering and counterfeiting, the debate on procedural safeguards within the EU and the agreement to the European Evidence Warrant. Further developments which started during the recent months, such as the new debates concerning the EU constitution and the accession of the European Union to the Council of Europe, the Commission communications on the Hague Programme, the reflections on widening powers of Europol, or the enhancing of judicial cooperation put forward in the frame of the “Heiligendamm meeting”, will be exemplified in the next issue. Following issues shall then cover shorter periods and report in a less voluminous way.

The focal theme of the article section is the European arrest warrant which changed traditional extradition law fundamentally by introducing a new surrender procedure. It is considered to be a milestone on the path towards the progressive establishment of a genuine area of freedom, security and justice as mentioned above, but it also raises serious concerns with respect to the protection of civil liberties. The first article by Gómez-Jara Díez gives an insight into the European law perspective by tackling the European approach to the European arrest warrant and the underlying principle of mutual recognition. Anne Weyembergh analyses the decision of the Belgian “Cour d’arbitrage/Arbitragehof” which questioned the validity of the framework decision at the European Court of Justice. Peggy Pfuetzner and Stefano Manacorda, each, describe problems of national implementation in France and Italy. The legal concerns of the Polish Constitutional Court are addressed in the Barbara Nita’s contribution. Finally, Heiko Ahlbrecht presents an analysis of the famous decision by the German Federal Constitutional Court which declared the German implementation legislation void last year. In this context he also presents the development of the new German implementation law.

III.

The publication of this first issue is due to the support of many persons. I would like to thank especially the members of the editorial board, the authors of the articles and all collaborators of the Max Planck Institute involved, and especially the managing editor Thomas Wahl. Thanks are also due to OLAF which supports the publication of the newsletter with a grant under the Hercule programme.

The future of *eu crim* will also depend on the support of many other people whom I would like to ask for their further assistance.

– First, I would like to encourage all recipients of this issue to distribute *eu crim* by e-mail to other association members and to other persons for whom it might be of interest and to draw their attention to the possibility of subscribing to *eu crim* free of charge by sending an e-mail to eu crim-subscribe@mpicc.de. *Eu crim* can also be used by the European associations to make membership in them more valuable and attractive. Information on and access to *eu crim* can also be found under <http://www.mpicc.de/eu crim>.

– In addition, I would like to invite all readers to send us short manuscripts and texts for publication, based on previous agreement of topics and text length with the editors. We are also very grateful for brief notification of any developments which would be of interest for the news section, if possible with supporting internet links. *Eu crim* can only be continued in the present form if it is supported by scholars and practitioners from many European countries and institutions. Other information, e.g. on new books or seminars, can also be published in *eu crim*.

– We also welcome proposals for improvements as well as for subjects upon which to focus in future issues. The forthcoming issues will deal with the following two topics in particular: first, the European Community competences in the criminal law field, i.e. the impact of the European Court’s decision on the Framework Decision for the protection of the environment through criminal law (Case C-176/03), and second, the implementation of the PIF convention in the Member States. Thereafter the agenda will be set by us in dialogue with our editorial board and with our readers.

My wish is that *eu crim* will contribute to new visions, models and practical solutions for the emerging European criminal law and will become a lively platform for the dissemination and exchange of information in relation to the common interests of all 32 Associations and other interested persons.

Prof. Dr. Ulrich Sieber

Director at the Max Planck Institute for Foreign and International Criminal Law,
President of the German Association for European Criminal Law

News

Actualités / Kurzmeldungen

European Union

Foundations

Community Powers in Criminal Matters – Environmental Protection

ECJ Ruling on the “Environmental Law Framework Decision”

In its landmark ruling of 13 September 2005, the European Court of Justice clarified the relationship between Union law (“third pillar”) and Community law (“first pillar”) in criminal matters (Case C-176/03). The Court annulled the Council Framework Decision of 27 January 2003 on the protection of the environment through criminal law, based on the third pillar (Title VI TEU). The Commission challenged the framework decision which identifies a number of environmental offences, in respect of which Member States are required to prescribe penalties. The Court states that criminal law does not fall into the exclusive competence of the third pillar. If provisions of criminal law are necessary to ensure the effective implementation of a given sector of a Community policy (first pillar), the Community legislature is empowered to lay them down, e.g. through a directive as initially proposed by the Commission. Given, Member States will not be able to act with the instruments of the third pillar. This means, above all, more power for the Commission in case of failure of transposition (e.g. using an action for infringement according to Art. 226 TEC) and full co-decision rights for the European Parliament.

➤ eucrim ID=0601001

New Application on Ship-Source Pollution

In the aftermath of the Court’s decision, the Commission appealed to the ECJ for the annulment of the Framework Decision of July 2005 to strengthen the criminal law framework for the enforcement

of the law against ship-source pollution (Case C-440/05).

➤ eucrim ID=0601002

Commission Communication on Community Powers in Criminal Matters

The ruling’s principle may have an effect on other areas, including internal markets, protection of intellectual property, counterfeiting, consumer policy or data protection. As a consequence, the Commission would like to bring to an end the double-text mechanism, i.e. directive or regulation for a Community policy completed with a framework decision stipulating the definition of offences and criminal penalties. In a communication, the Commission lists texts which were, in its opinion, erroneously adopted as framework decisions and suggests a “quick and easy” transformation into directives. The Court’s judgement also impacts pending proposals, such as the directive on the criminal-law protection of the Community’s financial interests (COM(2001) 272 final). As an initial consequence, the Commission amended its proposals on the criminal enforcement of intellectual property rights. Now, a comprehensive directive should cover all criminal aspects to combat piracy (see below).

➤ eucrim ID=0601003

Council Opposition

The Court’s judgement was also the subject of the Council Justice and Home Affairs meetings in January and February 2006. The Council was reluctant to accept the Commission’s plan to transform the indicated instruments into directives.

It took the view that it should still be up to the Member States to decide on the nature and level of criminal penalties. The ministers also agreed on a procedure to be followed within the Council when a Commission proposal contains meas-

ures for criminal law.

The Commission meanwhile conceded that the proposed “fast-track scheme” of transferring already adopted third pillar instruments into the first pillar is not the best approach. The new Council procedure was first tested in the form of a proposed directive on the control of the acquisition and possession of weapons which also includes criminal law provisions.

➤ eucrim ID=0601004

European Parliament’s Opinion: “Handle Judgement with Care”

Although the European Parliament (EP) welcomed the Court’s judgement in a resolution of June 2006, it warned the Commission about interpreting the Court’s conclusions too broadly. The EP calls on the Commission to apply the conclusions on a case-by-case basis and not to act in an undifferentiated manner. The EP suggests determining the requisite conditions for including criminal provisions under the first pillar in advance. In particular, recourse to criminal penalties should be limited where it has been proven that legislation in force was not able to stop frequent and repeated infringements of Community law. The EP agrees with the Commission that “horizontal” criminal law provisions which promote judicial and police cooperation between Member States as well as harmonisation measures are to be adopted within the third pillar.

➤ eucrim ID=0601005

Community Powers in Criminal Matters – The European Court’s Ruling on PNR Data

ECJ Judgement on Passenger Name Records

In May 2006, the ECJ once again had the opportunity to give its opinion on the differentiation between first and third pillar actions (Joined Cases C-317/04

and C-318/04). The ECJ annulled two EU decisions, based on the first pillar, which paved the way for Europe's airlines to provide the United States Bureau of Customs and Border Protection (CBP) with electronic access to the data contained in their reservation and departure control system, called "Passenger Name Records" (PNR). Since doubts arose as to whether the US demands might conflict with Community law, the Commission adopted a decision, holding that the CBP ensures an adequate level of protection for personal data transferred from the Community. This "decision of adequacy" was based on Art. 25 of the (first pillar) Directive on Data Protection (Dir. 95/46/EC). After that, the Council adopted a decision approving the conclusion of an agreement between the European Community and the United States on the processing and transfer of PNR data by air carriers established in Member States of the Community to the CBP. The Council decision was based on Art. 95 TEC. The European Parliament (EP) brought an action against these decisions before the ECJ, contesting the legal basis and claiming fundamental rights infringements.

With regards to the "decision of adequacy", the Court held that it is supporting the US in the fight against terrorism. Thus, it concerns public safety and law enforcement purposes which fall outside the scope of the Data Protection Directive and the first pillar. The view that PNR data was initially collected for commercial purposes (ticket sales, supply of services) is not relevant. Using the same argument the Court denied that Art. 95 TEC is the valid basis for the Council Decision. As a result the ECJ annulled both Community acts and, therefore, needn't consider the other pleas of Parliament, in particular the fundamental rights issue. Finally, the ECJ gave until 30 September for a new deal to be agreed.

The verdict is only a "pyrrhic victory" for the EP because the agreement will now be replaced either by bilateral agreements or by a third pillar agreement with the US. Either way the EP neither has (formal) powers to approve the new agreement(s) nor to bring legal proceedings against them.

➤ [eucrim ID=0601006](#)

Commission & Council Reaction to the PNR Judgement

Two weeks after the judgement, the Commission recommended to the Council to negotiate a new agreement for the EU. The agreement with the US shall be based on Art. 38 TEU (third pillar agreement) and have the same content as the initial agreement. Most Member States in the Council agreed with this view. The Commission also assured that, regardless of the legal basis, it would cooperate closely with the EP and national parliaments.

➤ [eucrim ID=0601007](#)

European Parliament (EP) Reaction to the Commission's Approach

The EP reacted by suggesting a two step strategy for the upcoming negotiations: In order to avoid a "legal lacuna at European level", the EP agreed to introduce a new EU/US agreement on the transfer of PNR data by 1st October 2006. Members of the Parliament (MEPs) prefer to participate as observers in the negotiations. In opposition to the Commission, MEPs also want to renegotiate the content of the new EU/US agreement. Moreover, it should only run until November 2007, after which the agreement should be reviewed. The reason for this is that the EP hopes to enjoy co-decision rights on PNR issues by that time.

➤ [eucrim ID=0601008](#)

Community Powers in Criminal Matters – Data Retention

Directive on Data Retention

The ECJ's judgement on the PNR data could have an impact on the Directive on the retention of data (Dir. 2006/24/EC) which was approved in March 2006 after highly controversial proceedings. The Directive obliges providers of publicly available electronic communications services or of public communications networks to store, for up to two years, traffic and location data, in order to ensure that this data is available for the purpose of the investigation, detection and prosecution of serious crime and terrorism. After having strongly opposed a draft for a similar framework decision, the EP clashed a deal with the UK presi-

dency and the Commission to introduce the obligations by first pillar legislation, which ensured full co-decision rights for the parliament. The directive was passed by an accelerated procedure in the EP and by qualified majority in the Council using Art. 95 TEC.

➤ [eucrim ID=0601009](#)

Action for Annulment by Ireland and Slovakia

Ireland and Slovakia, which were outvoted in the Council, are contesting the legal grounds of the Data Retention Directive and appealed at the ECJ for annulment (Case 301/06). Like the Court's findings in the PNR data case, they take the view that data retention as agreed is not a matter of the internal market, but of law enforcement, so that a framework decision adopted unanimously within the third pillar would have been the right way. Thus, the ECJ will soon have the next opportunity to rule on the differentiation between first and third pillar in criminal matters.

➤ [eucrim ID=0601010](#)

Community Powers in Criminal Matters – The Use of the "Passerelle"

Commission Favours Transfer of Third Pillar Measures to Community Law by "Passerelle"

A further debate on the relationship between third and first pillar issues was set off when the Commission presented its political strategy for the future of Europe. The Commission takes the view that the leeway of the existing treaties should be fully used. "People are asking for 'more Europe' in order to combat terrorism and organised crime. It is our duty to respond to this appeal with or without a Constitution", Commission president Jose Manuel Barroso stated. In this context, he launched the idea to transfer "a large number of decisions in the fields of justice, freedom and security" from the third to the first pillar. This can be done by the so-called "passerelle" clause of Art. 42 TEU. In so doing, the Commission hopes that decision making in justice and home affairs matters will be sped up and be more accountable since it is possible to eliminate national

vetoes and fully involve the European Parliament (comp. COM(2006) 211). Art. 42 stipulates that “[t]he Council, acting unanimously on the initiative of the Commission or a Member State, and after consulting the European Parliament, may decide that action in areas referred to in Article 29 shall fall under Title IV of the Treaty establishing the European Community, and at the same time determine the relevant voting conditions relating to it. It shall recommend the Member States to adopt that decision in accordance with their respective constitutional requirements”.

➤ eucrim ID=0601011

Same Approach by France - Reaction of other Member States

The Commission proposal to use the “clause passerelle” is in line with the French position. France itself proposed to activate the passerelle in an April paper on institutional improvements on the basis of the existing treaties.

Despite their traditional reluctance to hand over powers to Brussels, the UK and Denmark signalled that they would not be opposed to proceed as proposed. However, the two countries would face the problem of how to manage their “opt-out” clauses, which allow both countries not to take part in decisions deliberated within Title IV of the EC Treaty.

Germany and Ireland, by contrast, already announced their resistance to the passerelle. They think it is a way of cherry-picking from the EU constitution which also foresaw a removal of national vetoes in justice and home matters. They fear it will become more difficult to adopt the whole package of the constitution once if single parts of it are introduced by the back door in advance.

➤ eucrim ID=0601012

Finnish Presidency Ready to Broker Improvements on Decision-Making in the Third Pillar

The European Council agreed in its conclusion of the June summit that Finland should explore the possibilities to improve decision making in justice and home affairs during its incoming presidency (conclusions no. 10). Contrary to a former draft, the conclusions do not

contain a reference to the passerelle. Diplomats reckoned that this was a sign of the increasing reluctance of Member States to accept Brussels’ and Paris’ veto reduction plans. However, Finland already announced that more effective decision-making in police and justice cooperation in criminal matters is one of the main priorities during its presidency.

➤ eucrim ID=0601013

Commission Carries on Promoting the “Passerelle”

In order to stimulate the discussion during the Finnish Council Presidency, the Commission presented more thorough reflections on improving the decision-making process in the area of freedom, security and justice by using the passerelle clauses. In its Communication on “Implementing The Hague Programme: the way forward”, the Commission expresses again its dissatisfaction with recurrent difficulties leading to numerous blockages, such as those demonstrated in the debates on the European evidence warrant (COM(2003) 688, see below), the minimum standards for procedural rights (COM(2004) 328, see below) or the authorisation of further cross-border investigation and prosecution (COM(2005) 317). The paper outlines the advantages if the “Community method” applies, including:

- increased efficiency, transparency and accountability of the legislative procedures,
- co-decision rights for the European Parliament,
- stronger power for the Commission for monitoring the implementation process,
- possible qualified majority vote replacing the current unanimity rule,
- more proper opportunities for judicial review by the European Court of Justice through the full application of the preliminary ruling and infringement procedures
- resolution of the difficult delimitation between first and third pillar as set out in the above mentioned European Court’s rulings.

After a period of reflection and discussion the Commission intends to make a further formal proposal under Art. 42 TEU.

➤ eucrim ID=0601014

European Parliament (EP) Calls for Inter-Pillar Strategy

The EP appreciated the Commission’s approach of using the procedure of Art. 42 TEU. It calls, at the same time, for an inter-pillar strategy in police and justice matters defining its necessary conditions regardless of the legal basis or pillar. These conditions are especially:

- close cooperation between the EU’s institutions and between the latter and the Member States,
- certain flexibility in the definition of the nature and scope of the sanctions, in order to avoid penal “dumping” and to foster cooperation between the judicial authorities,
- introduction of structured forms of cooperation between judicial authorities, of mutual evaluation and of the collection of reliable, comparable information on the impact of criminal law provisions based on European laws.

➤ eucrim ID=0601015

European Constitution

Belgium

On 8th February 2006, the Flemish regional parliament approved the ratification of the treaty establishing a constitution for Europe. This decision finalises the ratification procedure of the constitutional treaty in Belgium. Belgium is therefore the 14th Member State of the EU to adopt the European constitution. The constitution must be ratified by all 25 EU Member States in order to come into force.

➤ eucrim ID=0601016

Estonia

The Parliament of Estonia ratified the European Constitution on Europe Day, 9 May 2006. Estonian lawmakers voted 73 in favour and one against it. Estonia became the 15th EU Member State to endorse the EU Constitution. In this context, the Foreign Minister of Estonia stressed that, in spite of present circumstances, the ratification of the treaty by Estonia, which joined the EU in 2004, “sends a message that the European integration process continues and that confidence in the EU constitutional treaty is recovering”.

➤ eucrim ID=0601017

Status of Ratifications

Fifteen Member States have ratified the constitution so far. French and Dutch citizens have rejected it. After this “No” several Member States indefinitely shelved plans for ratification. Nevertheless, Finland is set to be the next to endorse the EU constitution. The ratification process by parliamentary vote is expected to be finalised during the Finnish Presidency in the second half of 2006. The Austrian Presidency was set to evaluate the first phase of the period of reflection at the summit of the European Council in June. Compare the following website (English and French) for the status of ratifications:

➤ [eucrim ID=0601018](#)

Legislation

Database “N-Lex”

On 28 April 2006, the internet site “N-Lex” was formally declared open. It allows the user to consult the national legislation of each Member State online via a single search mask. Access to “N-Lex” is free of charge. The database is still in an experimental phase. Search masks are currently available in 11 official languages. “N-Lex” will complete “EUR-Lex”, the European database for access to EU law. The following link leads to the “N-Lex” homepage:

➤ [eucrim ID=0601019](#)

Institutions & Bodies

OLAF

Before having a closer look into the activities of OLAF, the two recent major organisational events of OLAF are called to mind:

Franz-Hermann Brüner Reappointed as Director-General

On 14 February 2006, Mr. Franz-Hermann Brüner was reappointed to a further five-year term as Director-General. His first term began on 1st March 2000, one year after the European anti-fraud office was created. During his mandate he set up the office, recruited the necessary staff and developed work methods and best practices for investigations. He

was responsible for creating a risk analysis strategy and for the introduction of a proactive approach in the fight against fraud.

➤ [eucrim ID=0601020](#)

New Supervisory Committee

A new OLAF Supervisory Committee took office for a three-year term with effect from 30th November 2005. The five members are: Mr. Kálmán Györgyi, Mr. Luis López Sanz-Aranguez, Mr. Peter Strömberg, Ms. Diemut R. Theato and Ms. Rosalind Wright (Chairwoman). The task of the committee is to reinforce the independence of OLAF by regular monitoring of the implementation of OLAF’s investigative function. The committee is appointed by common accord of the European Parliament, the Council and the Commission.

➤ [eucrim ID=0601021](#)

OLAF Activity Report

In July 2006, OLAF presented its sixth Activity Report which covers the period from 1st July 2004 to 31 December 2006. In general, the report reveals that OLAF has begun to investigate fraud and corruption cases more and more in countries outside the EU.

This development also reflects the extended cooperation of OLAF with third countries and International Organisations like the UN. A focal point in the present fight against fraud is the area of aid funds (most cases relate to Africa). Other main activity areas were the evasion of anti-dumping duties and illegal trade which especially becomes obvious in the fight against counterfeit goods (cf. below). In this context the successful joint customs cooperation “FAKE” is mentioned (see below).

As regards the key figures, OLAF was investigating 452 cases at the end of 2005. In the first calendar year after enlargement, 24 cases in new Member States and 23 cases in acceding or candidate countries were opened. 203 Million Euros were recovered during 2005, a new peak sum. At the end of 2005, OLAF had 58 open internal investigations; 40 internal investigations were opened in 2005, against 23 in 2004.

➤ [eucrim ID=0601022](#)

OLAF Opens Investigations on Leaks in the “Eurostat Affair”

During its first presentation to the EP’s Committee on Budgetary Control (CO-COBU) in February 2006 the new OLAF Supervisory Committee took a stand on the allegedly undue handover of confidential documents from the secretariat of the previous Supervisory Committee to officials under investigation in the so-called “Eurostat affair”. In March 2006, OLAF announced that it has opened investigations into the leak, after the incident was revealed when former Eurostat officials, against whom OLAF investigated in the affair, brought an action before the European Court of First Instance (Case T-48/05). The investigation was necessary to secure confidentiality of OLAF operations, Mr. Brüner said. He also pointed out that such disclosures would undermine the protection of whistleblowers and witnesses.

Whistleblowers helped bring to light mismanagement of the EU’s taxpayers’ funds and infringements of public procurement at Eurostat, the EU’s statistical office. The scandal placed the Prodi Commission in trouble during 2003. OLAF largely ended its investigations in 2005. Judicial procedures continue in Luxemburg, France and Portugal.

➤ [eucrim ID=0601023](#)

Commission Takes New Run-Up to Reform OLAF-Regulation

The Commission tabled a new proposal to reform OLAF’s basic legal framework - Regulation 1073/99. It would replace the Commission proposal from 2004, taking into account the demand of the European Parliament (EP) and the Council to further evaluate the performance of the Office before starting discussions on a reform. The present proposal takes over the starting point of the former proposal, that is, not to touch the current institutional structure of OLAF as a department within the Commission enjoying functional independence in its investigative activities. As a result, the existing framework shall be revised with the objective to make operations more effective.

Compared to the initial proposal, the new proposal include two major changes which reflect the view of Commission

Vice-President Siim Kallas, responsible for administrative affairs, audits and anti-fraud, that OLAF's investigations need political governance as well as an independent review of proceedings while ensuring the confidentiality of investigations (cf. speech at the public hearing at the EP in July 2005, see below):

- The Supervisory Committee is to get more political functions. A “structured dialogue”, i.e., regular meetings between the Supervisory Committee and representatives of the EP, the Council and the Commission should be held. The main aim is to exercise political control over OLAF's investigations and its efficiency by discussing the definition of the Office's strategic priorities as well as the reports on the programme and the activities.

- The establishment of an independent “Review Adviser” is suggested. The Review Adviser is to become the watchdog in respect of procedural rights. According to the proposal, the Review Adviser is to receive and scrutinise complaints from persons under investigation at all stages of an investigation. He also has the function of giving opinions, e.g., if the OLAF Director wants to extend investigations beyond 12 months or if the Director would like to postpone the obligation to hear the alleged person.

Other main elements of the proposal are:

- The reform aims at harmonising the procedural rights which must be respected in all investigations, be they internal or external. Therefore, it sets up basic guarantees, including the right to be assisted by a person of choice at an interview or the right not to incriminate oneself.

- A set of provisions intend to improve the information flow of OLAF's activities:
 - o OLAF is obliged to inform Community institutions or bodies at an early stage in cases where officials or staff members are suspected, so that the institution or body can decide whether to take precautionary or administrative measures. This requirement tries to implement the lessons learnt from the experiences made in the “Eurostat affair” (see above).

- o The final investigation report must be communicated from OLAF to the suspects, in order to allow them

to prove a breach of their procedural guarantees and eventually lodge a complaint to the Review Adviser.

- o Informers / whistleblowers must be informed, upon request, by OLAF on the outcome of the investigations.

- o Finally, Member States are obliged to inform OLAF on actions taken when OLAF forwarded a case to their national authorities.

- Detailed provisions on the opening and closing of investigations are designed to enable OLAF to concentrate on its priorities for actions and make clear the relationship between internal action by the European institutions or bodies, on the one hand, and OLAF investigations on the other. OLAF shall, for instance, have discretion not to open investigations in cases of minor importance.

- The proposal also clarifies OLAF's powers in external investigations, in particular in fraud cases of direct expenditure.

► eucrim ID=0601024

Background: The present proposal is based on the Commission report evaluating OLAF activities (COM(2003) 154 final), the report of the Court of Auditors on the management of OLAF (special report no. 1/2005) and the public hearing organised in the European Parliament by the Committee on Budgetary Control in July 2005. They are summed up in the following:

Commission Report on the Evaluation of OLAF's Activities

The Commission submitted a progress report under the terms of Art. 15 of Regulation 1073/99 in 2003 (COM(2003) 154 final). It not only assessed the work of OLAF in the period of 1999 to 2002, but also makes a number of recommendations how the Office's performance can be improved. These recommendations include:

- establishing rules in the OLAF manual which consider the implementation of measures of internal and external investigations

- closing certain gaps in external investigations (especially in the field of direct expenditure) by strengthening cooperation with national authorities as well as the legal framework

- extending the reporting obligation of Member States under certain sectoral regulations to all external investigations and to the judicial follow-up of internal investigations

- improving information exchanges with all parties involved in a case through the standardisation of practices

- establishing a registry within the office to enhance operational activity by strict case and document management

- strengthening the role of the Supervisory Committee.

► eucrim ID=0601025

European Court of Auditors Special Report on the Management of OLAF

The European Court of Auditors (ECA) analyses the current problems of the Community's anti-fraud body in its special report of 2005. The report was also presented at the public hearing in the European Parliament (see below). It examines in particular the investigative functions of OLAF. It criticises the investigatory working methods as too inefficient and ineffective, especially as regards the preparation and follow-up of investigations. Supervision of investigations is held to be not satisfactory although the Office has introduced a registry and an electronic case management system (cf. Commission evaluation report). The ECA recommends setting clear guidelines on results to be achieved in a case and fixing completion dates when investigations are opened. The ECA also suggests a comprehensive code on procedural measures, since the current framework does not properly assure independent control of the legality of an investigation.

Moreover, the report questions the current deployment of resources in support of investigations and asks whether other Commission services could be better placed to implement the strategy for the protection of the financial interests. The ECA shares the view of the Commission that the role of the Supervisory Committee should be re-examined. Finally, without calling into question the present hybrid status of OLAF, the report strongly advocates that OLAF refocuses entirely on its investigative functions in the future. Preventive or legislative acts should be left to other organisations.

► eucrim ID=0601026

Public Hearing on the OLAF Regulation

A public hearing at the European Parliament on 12-13 July 2005 also dealt with the subject of how Regulation (EC) 1073/99 on OLAF could be revised. Experts dealt with OLAF's mandate, tasks and perspectives with a view to greater effectiveness, following the above mentioned Commission evaluation report. The following topics were examined in particular: OLAF's external and internal investigations, its hybrid structure, its control architecture and its possible evolution with other institutions, especially its relations with Europol and Eurojust and the future European Public Prosecutor as envisaged in the European Constitution (cf. e.g. IALS study). The speakers controversially discussed the relationship between OLAF and the Supervisory Committee and some expressed their concerns on the lack of transparency of OLAF's investigations as well as the insufficient guarantee of fundamental rights of persons under investigation. The following link leads to the full documentation of the public hearing.

➤ [eucrim ID=0601027](#)

Investigations Become More Transparent – OLAF Published its Manual

In August 2005, OLAF published the so-called "OLAF Manual". It can be seen as a first step towards meeting concerns over the lack of transparency as expressed at the public hearing at the European Parliament on 12-13 July 2005. The document (legally not binding) aims at ensuring the effective work of OLAF and producing results that can be exploited in national and judicial procedures, corresponding to OLAF's mandate. It contains the internal working instructions for OLAF staff, especially as regards the investigative steps from the first reception of information until the final case report. It also sets out rules on individual rights, such as professional secrecy, the handling of information received from whistleblowers, the rights of witnesses and the rights of individuals affected by an inquiry. However, it must be stated that only the Community legislator can follow the demand to create legally binding procedural rules which it has not done so far.

➤ [eucrim ID=0601028](#)

Breach of Impartiality during OLAF Investigations Can Cause Liability

The European Court of First Instance (CFI) ruled on the legal consequences of a breach of the requirement of impartiality during internal OLAF investigations (Case T-309/03 "Camós Grau"). The subject of the case was an OLAF report on budgetary and accounting irregularities at the Institute for European-Latin American Relations. The report named the applicant, an official of the Commission directorate responsible for Latin American relations, as one of the responsible persons and recommended taking action against him. However, both the judicial authorities and the Commission's disciplinary office abandoned proceedings against him. A mitigating circumstance was that an OLAF investigator, who undertook a part of his career at the Commission's General Directorate on Financial Control, which examined the incidents before OLAF opened investigations, exercised influence over the investigations, although he was later removed from the investigations by the OLAF Director because of a conflict of interests. First, the CFI confirms its existing case law that an OLAF report terminating an investigation is not an act with binding legal effect, thus an action for annulment in terms of Art. 230 TEC is inadmissible. However, the reports can be considered within the application for damages. The Court found that the OLAF report attributed responsibility in a one-sided and imbalanced manner on officials of the Commission directorate responsible for Latin American relations. The Court took the view that OLAF did not fully investigate the involvement of the Financial Control DG. It was held that the involvement of the OLAF investigator mainly influenced the outcome of the OLAF report, which led to a prejudice of the requirement of impartiality and therefore constituted a sufficiently serious breach of law within the Community's non-contractual liability. The Commission was ordered to pay the non-material damage (10,000 €) because the accusations impaired the applicant's honour and professional reputation.

➤ [eucrim ID=0601029](#)

Further information on the activities of OLAF, e.g. with respect to the fight

against fraud or the joint customs cooperation "FAKE" in the field of counterfeiting can be found under the respective headings below.

Europol

Europol Annual Report 2005

In June 2006, Europol published its report on its development and activities in 2005. The report outlines operations in the following crime priority areas, which are determined each year: Counter terrorism, crimes against persons and facilitated illegal immigration, drug trafficking, Euro counterfeiting and financial and property crime (focusing on money laundering). A very important phase in discovering cross-border crime was met in October 2005 when Europol was able to make available the Europol Information System (EIS) to authorised law enforcement staff in all 25 Member States. The EIS enables Member States to have quick reference to crimes and the involved criminals. Personal data of suspects and some further details of the criminal offence can be inserted, both by Member States and Europol (cf. Art. 7-9 Europol Convention). In the last part of the Annual Report, the activities of the Liaison Bureaux in the various EU and non-EU countries are reported on.

➤ [eucrim ID=0601030](#)

Cooperation Agreement between Europol and Croatia

On the occasion of the Justice and Home Affairs Informal Meeting in January 2006 in Vienna, Europol and the Croatian government signed an agreement which allows the exchange of strategic, technical and operational information, including the transfer of personal data. Furthermore, both parties agreed on a mutual stationing of Liaison Officers. The agreement with Croatia is the first agreement with a Western Balkan country and the eighth operational agreement signed by Europol with a non-EU State. Agreements already exist with Norway, Iceland, Bulgaria, Romania, the USA and Canada. Switzerland signed an agreement in September 2004. Like the agreement with Croatia it has still to be ratified. Europol has

also concluded operational agreements with Eurojust and Interpol. Additionally, strategic agreements exist with non-EU States (Columbia, Russia, Turkey), with EU bodies (e.g. OLAF, ECB) and International Organisations (World Customs Organization and United Nations Office on Drugs and Crime).

➤ eucrim ID=0601031

Eurojust

Eurojust Annual Report 2005

The trend of earlier years that the caseload is continually increasing is confirmed in the fourth annual report of Eurojust for the calendar year 2005. Compared with 2004, the figure of cases referred to the College of Eurojust rose by 54 %. The number of cooperation and coordination meetings also increased. The main reason for the increased case referrals is seen in the development of stronger links and the trust and confidence between Eurojust and the national investigation and prosecution authorities in the past three years. However, it is felt that even more cases should be referred to the EU's judicial core. Another issue of the increased awareness of Eurojust are the regular strategic meetings on major forms of serious organised crime, including terrorist activity, trafficking of human beings, drug trafficking, counterfeiting and money laundering. In addition, a strategic meeting on the implementation of the European Arrest Warrant was held.

As regards external issues and the cooperation with partners, improvements in cooperation with non-EU states, such as the USA, Canada and some North African states were stressed. The report states that relationship with OLAF improved considerably in 2005; among other things, a timetable was agreed to negotiate the replacement of the memorandum of understanding with a formal agreement. The fact that Eurojust's Case Management System became fully operational in 2005 was one of the most important events with regards to internal issues.

The report, which was submitted in spring 2006, does not only outline the activities and the management of Euro-

just in the past calendar year, but also sets the objectives for 2006 as well as a vision for a long-term development of the body. The report reveals that the main challenge of the present and future daily work of the members remain terrorist cases.

➤ eucrim ID=0601032

Closer Cooperation between Eurojust and Iceland and Romania

Eurojust signed two cooperation agreements with Iceland and Romania in December 2005. The purpose of these agreements is to formalise and enhance cooperation between Eurojust and these two countries in combating serious transborder crime. The parties agreed, inter alia, to second a liaison prosecutor or magistrate to Eurojust, to consult each other regularly and to establish the opportunity to participate in operational and strategic meetings. In addition, rules on the exchange and transfer of information were set. Finally, the agreements also contain data protection rules. The agreements are in line with other agreements which clinch formal cooperation between Eurojust and third countries. A parallel agreement with Norway came into force on 1st August 2005. Formal negotiations are being conducted with the United States and Switzerland.

➤ eucrim ID=0601033

European Public Prosecutor

Put Off by the Council

The suggestion of implementing a European Public Prosecutor was on the agenda at the Justice and Home Affairs meeting in Vienna on 12-13 January 2006. The ministers took the view that such an institution should not be set up as long as national procedural rules differ and criminal proceedings have to be conducted before national courts.

➤ eucrim ID=0601034

Commission

ECJ Presents Judgement in the "Cresson-Case"

The Commission accused Ms. Edith Cresson, former Member of the Euro-

pean Commission, of showing favouritism during her time in office and applied to the European Court of Justice (ECJ) under Art. 213 TEC in this matter (Case C-432/04). In its judgement of 11 July 2006, the ECJ first examined objections raised by Ms. Cresson involving the breach of fundamental rights during the procedure. The Court rejected all her arguments. Furthermore, the ECJ considered that a decision of a Belgian Court not to proceed with a parallel criminal proceeding has no bearing on the disciplinary application in the terms of Art. 213. It held that it is not bound by the conclusions of national criminal investigations and is entitled to fully assess the conduct in question.

The ECJ found that Ms. Cresson breached her obligations arising from her office as a Member of the Commission when she appointed her friend and dentist, Mr. Berthelot, as a scientific advisor to her cabinet team, although the Commission administration told her that the hiring would contradict the law. However, the ECJ refrained from depriving Ms. Cresson of her pension rights, a pecuniary sanction which is, in principal, foreseen by Art. 213(2) TEC. It argued that, having regard to the circumstances of the case, the finding of breach constitutes, of itself, an appropriate penalty. The Court differed, in this point, from the conclusions of Advocate General Geelhoed, who suggested that the Court deprive Ms. Cresson of fifty percent of her pension rights.

➤ eucrim ID=0601035

European Parliament

Parliamentary Immunity: A European Approach

The Legal Affairs Committee held a public hearing with academic experts and former MEPs on 29th November 2005 to discuss the European Parliament's practice regarding parliamentary immunity. The discussion is expected to give a new boost to the revision of the existing immunity rules. These rules were laid down in the Protocol on the privileges and immunities of the EC, which dates from 1969 – a time when MEPs were appointed by national parliaments and not directly elected as from

1979 on. Today, the rules no longer seem adequate. A consensus among the participants emerged that it is necessary to have an autonomous and uniform legal framework for the European Parliament immunity system and especially to supersede Art. 10 of the Protocol. Art. 10 deals with MEPs differently, depending on whether they are in their home state or elsewhere in the EU, also by applying different domestic laws in cases of requests for waivers.

► [eucrim ID=0601036](#)

Additional information on the activities of the mentioned institutions and bodies can be found under the respective headings below.

Specific Areas of Crime / Substantive Criminal Law

Fraud

Commission Report 2005 on the Protection of the Communities' Financial Interests

Simultaneously with the OLAF activity report, the Commission presented its 2005 annual report on the "protection of the Communities' financial interests - fight against fraud", annexed with two working documents. First, the report assesses the 2001-2005 strategic approach (COM(2000) 358) which was further developed by the actions plans 2001-2003 (COM(2001) 254) and 2004-2005 (COM(2004) 544). The measures planned for in the areas "legislation, the criminal justice dimension, cooperation with or between Member States and prevention and the fight against fraud" were undertaken in an overall satisfactory way, according to the Commission.

Second, the report provides statistics concerning fraud and other irregularities in various sectors. The figures are based on notifications by the Member States upon which they are incumbent pursuant to Community law. Fraud and irregularities within the sector of the traditional own resources increased by 55 % compared with 2004 as did their financial impact. Cigarettes, sugar and textiles remain the products most affected. In the agricultural sector (EAGGF Guarantee) the financial impact increased as well.

The highest damage here is caused in the fruit and vegetable sector. Fraudulent practices against structural and cohesion funding still have the highest financial impact on the EU budget. Alarming is also the increase of irregularities concerning pre-accession funds. In a third part the report enumerates the measures undertaken by the Member States to protect the Communities' financial interests. The fourth and finally fifth part is dedicated to specific topics, namely to the recovery practices at national and Community levels and to the question of the certification of Member States' accounts.

► [eucrim ID=0601037](#)

European Parliament Resolution on the 2004 Fraud Report

On 15 June 2006, the European Parliament (EP) adopted a resolution on the 2004 (!) annual report of the Commission on the protection of the financial interests of the Communities and the fight against fraud (COM(2005) 323). The Commission stated that Member States had reported a total sum of € 982,3 million of irregularities and fraud in the area of own resources, agriculture and structural policy. While in the area of the European Agriculture Guidance and Guarantee Fund (EAGGF) the losses decreased, the losses in the area of structural funds increased substantially during the audit period.

The EP puts the falling numbers in the area of agriculture down to the effective operation of the integrated administration and control system (IACS). The EP finds it incomprehensible that Germany has not fully met its reporting obligations concerning irregularities in the areas of agricultural and structural expenditure, although Germany, together with Spain, account for more than 65% of losses. Furthermore, the EP slams the Commission for its inefficient handling of irregularities in the area of pre-accession funds (amounting to € 2,38 billion).

As regards the legal anti-fraud groundwork, the EP calls for a revision of Regulation 2988/95. A large part of the resolution is dedicated to cigarette smuggling and the marketing of counterfeit products – the considerable impact of which on the EU budget is noted with concern. The EP welcomes the agree-

ment of 2004 between the Commission, some Member States and Philip Morris International which provides for measures to prevent cigarette smuggling. The EP called for the conclusion of similar agreements with other international cigarette manufacturers.

► [eucrim ID=0601038](#)

Commission Wants the Return of € 161.9 Million of Farm Subsidies

The Commission regularly carries out audits for controlling the expenditure in the Common Agricultural Policy (CAP). The Commission verifies, primarily through on-the-spot checks, whether Member States have correctly handled money which is placed at their disposal by the European Guarantee Fund (EAGGF). If the Commission finds that control procedures are inadequate or not compliant with EC rules, it orders the Member State to recover the unduly spent farm money. With its decision of 27 July 2006, the 22nd since 1996, the Commission demands a total sum of € 161.9 million back from seven Member States. France, which receives the most from the fund, has to pay back the highest amount. In April 2006, the Commission claimed € 128.2 million of CAP expenditure back from 10 Member States. Member States can appeal against the Commission Decision before the Court of First Instance.

► [eucrim ID=0601039](#)

Court of Auditors Blames Commission and Member States for Their Controls in the Agricultural Sector

In the context of farm subsidies it is worth mentioning the European Court of Auditors' (ECA) Special Report No. 3/2005. The EU co-finances environmentally-friendly farming procedures and techniques. The ECA verified the control mechanisms for agri-environmental expenditure and found that both the Commission and the Member States have not sufficiently fulfilled their tasks to ensure the proper control of agri-environmental support.

► [eucrim ID=0601040](#)

Fraud via Trade in Agricultural Products

OLAF used the occasion of a seminar in Bled/Slovenia in spring 2006 to point

out that illegal trade in agricultural products remains virulent and is not only detrimental to the EC's financial interests but also a potential hazard to public and animal health. Three examples of operational cases on trade in adulterated butter, buffalo meat declared as beef and tigernuts imported as flower bulbs demonstrated the negative impacts.

➤ eucrim ID=0601041

Fraud & Value Added Tax (VAT)

ECJ Backs Innocent Taxpayers on Carousel Fraud

The European Court of Justice (ECJ) held that companies can request reimbursement of paid input VAT even though they were unwittingly part to carousel fraud. Carousel fraud consists of chains of supplies of goods, typically computer chips and mobile phones, in which defaulting traders are involved. They buy goods VAT-free from other Member States and then sell them on at VAT-inclusive prices without paying the VAT to the tax authorities by disappearing or using hijacked VAT numbers. The Court argues that each transaction must be regarded on its own merits and the character of particular transactions in the chain cannot be altered by earlier or subsequent (fraudulent) events (Joined Cases C-354/03, C-355/03 & C-484/03, "Optigen Ltd" e.a.).

➤ eucrim ID=0601042

ECJ Puts a Stop to Artificial VAT Schemes

The European Court of Justice (ECJ) ruled that tax avoidance schemes with the sole purpose of obtaining an artificial VAT advantage are an abusive practice. Thus, taxable persons are not entitled to deduct input VAT from insincere transactions. The answer was given to English courts which submitted questions on the interpretation of the Sixth VAT Directive (Case C-255/02, "Halifax").

➤ eucrim ID=0601043

Italian Regional Tax Not in Line with EC's VAT System, Says Advocate General

Advocate General Stix-Hackl concluded that a tax such as the Italian "imposta regionale sulle attività produttive" (IRAP)

is not compatible with the 6th VAT Directive (Dir. 77/388/EEC). IRAP is a regional tax levied from natural and legal persons at a basis rate of 4.25 % of the net value deriving from their production within the region. Stix-Hackl assesses that IRAP is a VAT-like tax which is prohibited by Art. 33 of the 6th VAT Directive since it would prejudice the proper functioning of the EC's common system of VAT. However, the Advocate General recommends that the legal effects of the judgement of the European Court of Justice should be temporally limited. The Advocate General's opinion is not binding for the Court. Its role is to propose to the Court, in complete independence, a legal solution to the cases.

➤ eucrim ID=0601044

Money Laundering

3rd Directive on Money Laundering in Force

The third directive "on the prevention of the use of the financial system for the purpose of money laundering and terrorist financing" entered into force in December 2005. It makes national legislation on money laundering more rigorous. The new provisions affect financial and other key service sectors, including, e.g., tax advisors, notaries and lawyers. It also covers all providers of goods when payments are made in cash to an amount of 15,000 Euro or more. These target groups are to take various measures, e.g. identify and verify the identity of their customers and of beneficial owners, monitor business relationships constantly and report suspicions of money laundering or terrorist financing to the public authorities. Furthermore, the financial services are obliged to practise enhanced due diligence as regards special customer groups such as so-called "politically exposed persons". With regard to one very controversially discussed item – to which extent lawyers must report information – Member States are free to make exemptions from any obligation to report information obtained before, during or after judicial proceedings, or in the course of ascertaining the legal position for a client. The directive will repeal the first anti-money laundering directive

(91/308/EEC), as amended in 2001. The new directive is to be implemented by 2007.

➤ eucrim ID=0601045

Belgian Court Questions Second Anti-Money-Laundering Directive

The Belgian Cour d'Arbitrage made reference for a preliminary ruling to the European Court of Justice as to whether the second directive on money laundering (2001/97/EC) is compatible with the right to a fair trial (Case C-305/05). The petitioner, the Belgian Bar Association, argues that the imposed obligation requiring lawyers to inform the authorities of any fact which might be an indication of money laundering violates professional secrecy and the independence of advocates – principles which form part of the peoples' fundamental rights to a fair trial and appropriate defence. The judgement (Arrêt no. 126/2005 from 13 July 2005) can be downloaded in French, Dutch and German by using the search form on the following homepage:

➤ eucrim ID=0601046

On 9 June 2006, the Court ordered that two requests from other lawyers' associations (one from Italy, one from France) to intervene in the case are inadmissible.

➤ eucrim ID=0601046

Second Assessment of the Framework Decision on Money Laundering and Confiscation of Proceeds of Crime

The Commission adopted a second report (with an annex in French) on the Framework Decision (FD) of 26 June 2001 on money laundering as well as the identification, tracing, freezing, seizing and confiscation of instrumentalities and proceeds of crime (OJ 2001 L 182, 1). The FD limits Member States to expressing or maintaining reservations concerning Art. 2 (obligation to adopt confiscation measures) and Art. 6 (obligation to establish laundering offences) of the 1990 Council of Europe Convention on Money Laundering. Maximum prison sentences for serious offences (within the context of Art. 6 of the Convention) may not be shorter than four years. The Commission concludes that the new Member States, which were assessed for the first time, have satisfactorily implemented

the main elements of the FD. With regard to the countries which were already assessed in the first round, only a few of them have taken corrective measures in response to the observations made after the first assessment.

► [eucrim ID=0601047](#)

Customs Empowered for Cash Controls

The European Parliament and the Council approved a regulation last year which requires Member States to ensure that each traveller entering or leaving the EU through its external borders makes a mandatory declaration to the customs authorities if he is carrying cash to a value of 10,000 Euro or more. The regulation, which is based on a Commission proposal of June 2002, will complement the anti-money laundering directive by laying down harmonised rules for the control of cash flow at external borders. Each Member State is required to introduce penalties if people fail to comply with the obligation of the declaration; such penalties must be effective, proportionate and dissuasive. The regulation shall apply from 15 June 2007 on.

► [eucrim ID=0601048](#)

Tightened Control on Transfer of Funds

A further measure to stem money laundering and terrorist financing was proposed by the Commission last year. Full traceability of money transfers is considered particularly important in order to prevent, investigate, detect and prosecute money laundering and the financing of terrorism. Therefore, the proposed regulation would require payment service providers to have transfers of funds accompanied by complete information on the payer (name, address and account number). Member States shall also lay down rules on penalties if the provisions of the regulation are infringed.

► [eucrim ID=0601049](#)

Money Counterfeiting

The Protection of Euro Coins in 2005

Compared to 63 billion genuine euro coins, which circulate in the EU, it is estimated that more than 10 million counterfeit pieces are produced. About 96,000 counterfeit coins were removed

from circulation by the National Central Banks in 2005. About 3,600 coins were additionally seized by the police before they entered into circulation, a considerable decrease compared with 85,119 seizures in 2004. Predominantly 2-euro coins with the German national side are the object of counterfeiters. These are the main results of the 2005 report on the situation as regards euro coin counterfeiting and the activities of the European Technical Scientific Centre (ETSC). The report concludes that counterfeits have become more and more sophisticated and that there is an increase both in quantity and quality of false euros. The ETSC stated that the dismantling of counterfeit workshops remains insufficient.

As regards ETSC's activities, improvements concerning a row with Turkey are highlighted. Talks with Turkish authorities achieved the result of eliminating resemblance between euro coins and new Turkish coins. The report assesses the technical cooperation with the industry which was strengthened. Finally, the report deals with the involvement of the ETSC in initiatives on further protection of the euro, namely Council Regulation 2182/2004 on "medals and tokens similar to euro coins" (OJ 2004 L 373, 1) and Commission Recommendation providing common EU rules for the "authentication of euro coins and handling of euro coins unfit for circulation" (OJ 2005 L 184, 60).

The ETSC, established within OLAF, is responsible for technical analysis and classification of counterfeit euro coins. It seconds staff to the plant of the French Mint in Pessac where it carries out the necessary analysis. The ETSC works closely together with the European Central Bank, Europol, Interpol and the competent national authorities.

► [eucrim ID=0601050](#)

Several Successful Blows with the Help of Europol

Europol reports on a growing number of successful operations against counterfeiters of euro banknotes. The wrongdoers are located inside and outside the EU territory. Europol coordinated operations and provided analytical support to national law enforcement authorities. Europol is designated as the Central Of-

fice for combating euro counterfeiting in terms of the Geneva Convention 1929. The operations led to the dismantling of several clandestine print shops and various organised crime groups dealing with counterfeit euro banknotes. National investigators were able to stop pieces with a face value of more than 5 million euro from entering into circulation.

A joint action between Europol and the Austrian and Croatian Police succeeded in one of the biggest seizures of counterfeit euro banknotes since the introduction of the euro in 2002. 2,400 pieces of 500 euro banknotes with a face value of 1,2 million euros were seized. In the context of the investigations, three suspects of a Serbian criminal group were arrested in Croatia.

► [eucrim ID=0601051](#)

Non-Cash Means of Payment

Second Evaluation of the Framework Decision

The Commission produced a second report (plus annex) on the measures taken by the Member States to comply with the Framework Decision (FD) on combating fraud and counterfeiting of non-cash means of payment (OJ 2001 L 149, 1). The FD aims at harmonising the substantive criminal law of the Member States. Fraudulent conduct and counterfeiting involving all forms of cashless means of payment must be recognised as criminal offences and be subject to effective, proportionate and dissuasive sanctions in all Member States. The report does not apply to all Member States, but covers primarily those states which were not treated in the first report, among them the new Member States. The Commission concludes that most of the Member States comply explicitly or, in some cases, implicitly with the FD. However, it also notes that seven Member States have not ratified all the requisite legislation or have not completed the transposition.

► [eucrim ID=0601052](#)

Counterfeiting and Piracy

The Increasing Problem of Counterfeiting and Piracy

The recent months were marked by significant efforts in EU policy to fight counterfeiting and piracy. The statistics on this criminal phenomenon are quite alarming. Counterfeited goods account for somewhere between 5 to 9 % of all world trade and seizures of these goods increased 1000 % between 1998 and 2004. In 2004, more than 4.4 million items of fake foodstuffs and drinks were seized at EU borders, a growth of almost 200 % since 1998. Counterfeiting affects almost every area of industrial manufacturing, including fake airplane or car parts, electrical appliances, medicines and toys. On the one hand, fake goods represent considerable damage to manufacturers and public budgets. Counterfeiting directly affects the European Union's own resources and therefore constitutes a substantial loss of tax revenue, in particular VAT and customs duties. On the other hand, it constitutes a growing threat to consumer health and safety. One reason for the increased trade with fakes is seen in the comparably low penalties when weighed against the potential high profits.

More information about counterfeit and piracy can be retrieved from the following Commission website:

➤ [eucrim ID=0601053](#)

Alarming Growth of Counterfeit, Dangerous Medicine

The latest example of the fake medicine "Rimonabant", a medicine to treat obesity, induced the Commission to warn about the fast growing trade in counterfeit and illicit medicine. The Commission points out that businesses producing fake drugs do not only circumvent licensing and supervision procedures, but that the kind of drugs produced are often detrimental to one's health.

➤ [eucrim ID=0601054](#)

Protection of Intellectual Property Rights through Criminal Law

In April 2006, the Commission presented a proposal for a directive which lays down criminal measures in order to protect intellectual property rights. It

will complement Directive 2004/48/EC which applies from 29 April 2006 on and which provides civil and administrative measures, procedures and remedies as regards the enforcement of these rights. The proposal can be considered as a first response to the Court ruling of 13 September 2005 in Case C-176/03 (see above). Through this new amended proposal, the Commission extends its proposal for a directive on criminal measures aimed at ensuring the enforcement of intellectual property rights, initially presented in July 2005 (COM(2005) 276-1). The Commission withdrew its proposal on a framework decision which was presented at the same time and would have harmonised the level of sentencing in this area (COM(2005) 276-2).

The provisions of the framework decision are now incorporated into the amended proposal for a directive. The directive would align national criminal law on the definition of offences which infringe intellectual property rights and on piracy as well as on the type of penalties which can be imposed. A term of at least 4 years imprisonment is suggested as a maximum sentence when the infringement is committed under the aegis of a criminal organisation or where it carries a health or safety risk. In these cases the maximum fine shall be at least € 300,000, whereas a maximum fine of at least € 100,000 shall be imposed for other cases. The proposal also provides that holders of intellectual property rights and (private) experts are allowed to take part in joint investigation teams.

➤ [eucrim ID=0601055](#)

Action Plan 2005-2006

In the context of the EU fight against counterfeiting, it is worth mentioning the short-term action plan for a customs response to counterfeiting and piracy which was launched by the Commission in October 2005 and which aims at improving the implementation of anti-counterfeit policies and legislation, especially through customs actions. The proposed actions would substantially strengthen anti-counterfeit controls by customs in the Community and improve combined international efforts in this area. The action plan concentrates on the following three key areas: increasing

Community-level protection, improving the customs-business partnership and reinforcing international cooperation. It looks into these areas and makes a number of recommendations, including concrete operational initiatives.

➤ [eucrim ID=0601056](#)

Successful Joint Customs Operation "FAKE"

In the context of the practical fight against the negative impacts of counterfeiting on an EU level, the famous joint customs operation named "FAKE" must be mentioned. This operation, which all 25 EU Member States were involved in and which was coordinated by the Commission services – OLAF and the Directorate General for Taxation and the Customs Union (DG TAXUD) – led to the interception of nearly 500,000 kg of goods and 26 million items of textiles, footwear, electronic equipment, medicines, cigarettes and other articles. The operation was carried out in May 2005, its results were presented in November 2005. OLAF ensured the overall organization of the project. In particular, technical and logistical support was provided by the new permanent operations centre at OLAF's premises.

➤ [eucrim ID=0601057](#)

EU Strategy for the Enforcement of Intellectual Property Rights in Third Countries

An important approach in order to impede the global trade in fake goods is to achieve a significant reduction in intellectual property rights (IPR) violations in third countries. A long-term action plan, presented by the Commission in November 2004, would serve as a basis for building up vigorous and effective implementation of international IPR legislation in countries outside the borders of the Community. The major instrument of international IPR legislation is the agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS), which was concluded within the framework of the WTO. The enforcement strategy, as described in the Commission paper, includes a proposal to put in place a mechanism that allows the identification of priority countries which EC ef-

forts should concentrate on. Other main features are:

- intensifying political dialogue
 - offering incentives; e.g. by extending technical assistance, offering training programmes for judges, police, and customs officers, or exchanging ideas and information with other key providers of technical cooperation, such as the World Intellectual Property Organisation (WIPO), Japan and the US
 - resorting to dispute settlement mechanisms
 - creating public-private partnerships.
- [eucrim ID=0601058](#)

EU-US Joint Action in the Fight against Counterfeiting

At the EU-US Summit in June 2006 the EU and US leaders agreed on a common strategy to enforce, in a stronger fashion, the existing rules against counterfeiting and piracy. The action is based on three cornerstones: (1) Closer customs cooperation and stronger border control, including joint border enforcement actions where EU and US customs officials will jointly tackle intellectual piracy. (2) Coordinated efforts to step up the enforcement of intellectual property rights in third countries, including joint networks of EU and US diplomats tasked with making data and intelligence sharing easier. (3) Strongly increased collaboration with the private sector, including an enhanced information and intelligence sharing of industry with law enforcement agencies.

Initial efforts will focus on working more closely with China and Russia. But EU and US will also tackle intellectual property theft in Asia, Latin America and the Middle East.

➤ [eucrim ID=0601059](#)

Private Sector Agreement in China Aims at Cracking down Sale of Counterfeit Goods

In June 2006, foreign trademark owners in the sportswear and fashion industries signed a Memorandum of Understanding with the Beijing retail markets. The agreement shall prevent the sale of counterfeit goods in Beijing retail markets. Landlords will be obliged to take action against vendors who sell counterfeit goods.

➤ [eucrim ID=0601060](#)

Background: EU-China Cooperation on Intellectual Property Rights

Chinese exports are the major source of counterfeits. Therefore, special emphasis is placed on the cooperation between the EU and China as regards intellectual property rights. More information on this cooperation is provided on the following website:

➤ [eucrim ID=0601061](#)

At the moment, the most important instrument to prevent and investigate criminal offences of counterfeiting is the agreement between the European Community and China on customs cooperation and mutual administrative assistance, signed in April 2005. It is available through this website:

➤ [eucrim ID=0601061](#)

Organised Crime

Framework Decision on Organised Crime

The Council reached a consensus on a Framework Decision (FD) on the fight against organised crime at the Justice and Home Affairs meeting in April 2006. It harmonises the definition of offences and penalties as regards individuals and legal persons. For the purposes of the FD, “criminal organisation” means a structured association, established over a period of time, consisting of more than two persons, acting in concert with a view to committing offences (punishable by deprivation of liberty or a detention order of a maximum of at least four years or even a more serious penalty) in order to obtain, directly or indirectly, a financial or other material benefit (Art. 1). As regards offences relating to the participation in a criminal organisation, the Member States will have the choice of punishing either one of two types of conduct as specified in Art. 2 of the FD. Art. 3 accordingly sets the lowest maximum punishment possible for these types of conduct.

In addition, the FD determines specific aggravating and mitigating circumstances. The latter allows for reduction or exemption from penalties. Provisions on the jurisdiction and coordination of prosecution are included as well. The FD replaces the Joint Action of 1998 “on making it a criminal offence to participate in a criminal organisation in the Member

States of the EU”. The Commission expressed in a statement, which was joined by France and Italy, that the provisions on participation fail to achieve the objective of the approximation of legislation on the fight against transnational organised crime.

➤ [eucrim ID=0601062](#)

Europol's Organised Crime Threat Assessment 2006

In its first Organised Crime Threat Assessment (OCTA), presented during the JHA meeting in Luxemburg on 2 June 2006, Europol identifies and evaluates the current and expected trends in organised crime (OC) across the EU. It describes the structure of OC groups and the way they operate. Furthermore, it illustrates the main criminal markets as well as the most important regions where focused attention on the common EU level should be paid.

In more detail: The OCTA assesses the key indicators with regards to OC groups, including their international cooperation, the use of legitimate business structures, the use of influence or corruption, the use of violence and the undertaking of counter-measures to avoid detection. Two main threatening aspects are concluded: First, the overwhelming obstacles in dismantling OC groups, and second, their level of infiltration in society and the economy. The report further analyses the key facilitating elements with regards to criminal markets. It concludes that document forgery and identity theft, the use of the technology, the misuse of the transport sector, the exploitation of the financial sector and the presence or absence of borders are the pivotal factors for criminal gain. The report recommends fighting OC by paying more attention to the functional side of OC groups, which means focusing on key criminals, the financial dimension of the groups and their ability to communicate.

The OCTA replaces the former EU Organised Crime Situation Reports (OCR - the last OCR report of 2005 is outlined in the following news). It takes account of “The Hague Programme” which suggests a more pro-active than re-active approach to combat organised crime. There are two main differences between

the reports: First, the OCTA uses a multi-source approach. Information is not only captured by law enforcement authorities, but also from various European bodies or agencies as well as partners from the private sector and academia. Secondly, the OCTA is a forward-looking document. It moves away from a mainly retrospective document (as the OCR was) towards an assessment, which will help decision-makers plan strategic priorities.

► eucrim ID=0601063

Europol's 2005 Report on Organised Crime – Situation in Europe

In October 2005, Europol presented the public version of the 2005 Organised Crime Report (OCR). The report gives an overview of the current situation in relation to organised crime activities in a EU with 25 Member States. In short, the enlargement has not led to a complete change in organised crime trends. Drug trafficking together with illegal migration remain the biggest threats to society by organised crime (OC). The report also examines financial crimes committed by OC groups, such as money laundering, VAT fraud, payment card fraud, intellectual and property rights fraud and Euro counterfeiting. It concludes that money laundering remains an inherent element of OC and that the *modi operandi* for laundering money are constantly increasing. Fraud is a very lucrative and low-risk type of crime due to lenient national criminal laws. As regards currency counterfeiting, OC groups increasingly use sophisticated facilities as well as skilled artisans to produce high-quality banknotes and coins. The report also notes that smuggling tobacco and cigarettes is a very profitable crime for OC groups, particularly in countries with high duties on these products, such as the UK and Nordic countries.

► eucrim ID=0601064

Council States View on Organised Crime Threat Assessment

At the meeting in June 2006, the Member States' Justice and Home Affairs Ministers adopted conclusions on Europol's Organised Crime Threat Assessment (mentioned above). The Council defines the EU priorities in the fight against organised crime, in particular

with a view to the various regions in Europe. It also suggests measures for implementing these priorities. According to the conclusions, the fight against organised crime requires a multi-disciplinary intelligence-led approach, and law enforcement action should mainly focus on the criminal activity at upper levels of the organised crime groups, especially logistics, financing and assets.

► eucrim ID=0601065

Successful Blows against Organised Crime – Two Examples Involving Eurojust

With the support of Eurojust in co-ordinating investigations, joint operations against sophisticated criminal organisations were successful. In the first case, Bulgarian and Austrian police authorities were able to dismantle a criminal organisation which was involved in counterfeiting the Euro, forgery of documents and credit cards, drug trafficking and trafficking in human beings. In a second case, a concerted operation involved authorities in Spain, Portugal, the United States and South America. Simultaneous house searches and arrests in Spain, Portugal and Brazil, as well as confiscation of assets, led to the destruction of a drug trafficking ring which was also involved in money laundering.

► eucrim ID=0601066

Procedural Criminal Law

Procedural Safeguards

Framework Decision on Procedural Rights at Further Deadlock in the Council

The debate on a Framework Decision (FD) on certain procedural rights in criminal proceedings throughout the European Union had come to an impasse in the Council. Austria pressed ahead the proposal during its EU presidency. Two main issues were being debated: Some delegations had concerns about possible clashes between the proposal and the European Convention on Human Rights or did not see any added value in relation to the ECHR. Other delegations had reservations on the legal basis of the FD. In order to speed up negotiations, the Austrian Presidency suggested restricting the content of the draft FD to particular rights, namely the right to information,

the right to legal assistance, the right to interpretation and the right to translation of documents of the procedure. It was also proposed that the Council adopt a non-binding resolution as an interim measure with special reference to access to free legal aid and interpreters/translators. This declaration is intended to make a clear commitment to preserving the individual's fundamental rights and freedoms in criminal proceedings. However, most Member States would like to come directly to the adoption of a binding instrument.

On balance, it was agreed that an ad hoc informal working party be charged with finding a solution to the present difficulties. On the basis of the discussions in the informal working group, the Justice and Home Affairs Council, at its meeting in June 2006, agreed that only common minimum standards should be established, meaning that standards should not be specified in detail in view of the different procedural system and that Member States can provide for further far-reaching rights in their national law. It was also agreed that there will be full compliance with the rights enshrined in the ECHR and the case law of the ECtHR. Negotiations will continue on the basis of the Austrian proposal.

The original proposal for a framework decision on common minimum rules in criminal proceedings was published by the Commission in May 2004. It is designed to address concerns about diverging national standards on guaranteeing a fair trial in view of strengthening mutual trust and to enhance the operation of mutual recognition.

► eucrim ID=0601067

Advocates Concerned on Fundamental Rights Level

The European bar associations and law societies expressed in a resolution of February 2004 their concerns that the basic rights and guarantees for the rule of law are being affected by several legal acts recently adopted by the EU. They advocate a separate justice department at the level of the European Commission to monitor compliance with the guarantees for the rule of law on a high level as well as promote them throughout the EU.

► eucrim ID=0601068

Presumption of Innocence: The Commission Consults the Public

The Commission launched a Green Paper on the presumption of innocence. The examination of this fundamental right is one of two parts devoted to evidence-based safeguards. They shall be completed by a consultation on the second part, i.e. gathering/handling evidence and criteria for admissibility of evidence. The evidence-based safeguards were left aside during the discussion on procedural safeguards for suspects and defendants in criminal proceedings throughout the European Union. The results of the present consultation could slip into a proposal for a Framework Decision on evidence-based safeguards as mentioned in the Hague Programme. It would supplement the European Evidence Warrant.

The Green Paper is designed to determine the problems linked to the presumption of innocence, particularly in cross-border cases. Against this backdrop, the Commission intends to deduce whether an EU proposal would create an added value to foster mutual trust in the European criminal law area. The Green Paper is divided into two sections. The first section sets out the background to this topic. The second section seeks to explore what is meant by the presumption of innocence and which rights stem from it. It outlines scope and facets of said principle from the Commission's standpoint. This survey is combined with a catalogue of questions which are framed to scrutinise its consistency with domestic notions and regulations as to the presumption of innocence in the EU Member States. The issues raised range from the elements of this right, safeguards during the pre-trial stage, the burden of proof, the protection of the right of silence and the right not to produce evidence, in absentia proceedings, the relation between terrorist offences and the presumption of innocence to the point when the presumption of innocence ceases.

On 17/18 July 2006, the Green Paper was discussed by experts. The opinions of the representatives from the Member States were divided. It was particularly questioned whether there is a legal basis for a potential framework decision

on the presumption of innocence and whether such a framework decision is necessary. Bar associations, by contrast, advocated a European legislation which would secure defendants' rights. In view of the mechanisms for gathering/handling evidence and its admissibility, most Member States were reluctant to admit a possible interference with their criminal law systems, whereas lawyers and NGOs welcomed the introduction of minimum standards in this field.

➤ [eucrim ID=0601069](#)

Ne bis in idem

Green Paper Aims at Avoiding Positive Conflicts of Jurisdiction

The Commission published a Green Paper on "Conflicts of Jurisdiction and the Principle of ne bis in idem in Criminal Proceedings" as well as a related Annex on 23rd December 2005. The Commission suggests introducing a mechanism for allocating cases to the most appropriate jurisdiction in order to avoid multiple proceedings. The following three steps should be part of this mechanism: (1) Identification and information of other Member States which could be interested in the case. (2) Obligatory consultations between the interested Member States in order to choose the best place to prosecute the case. (3) Mediation procedures for cases in which an agreement cannot be easily found. In the long run, an additional step could consist of a binding decision by an EU body if the dispute settlement were to fail. As well, a new EU provision could require Member States to stop their prosecutions from a certain procedural stage onwards, after proceedings have been concentrated in one "leading" jurisdiction. Finally, the Commission puts a possible revision of the rules on ne bis in idem up for discussion.

Participants at an expert meeting discussed the Green Paper on 30/31 May 2006. The majority of experts voiced their opposition against a proper EU legislation on the allocation mechanism because it would further formalize and extend the procedure. The Commission, by contrast, announced that it will stick to its intention to make a legislative pro-

posal until the end of year.

➤ [eucrim ID=0601070](#)

Contributions to the Green Paper can be

➤ downloaded here:

[eucrim ID=0601070](#)

Avoiding Positive Conflicts of Jurisdiction: Eurojust's Decision on the "Prestige Case"

A prominent example for allocating cases to an appropriate jurisdiction is the decision recently adopted by the College of Eurojust in the "Prestige case". Background: The "Prestige" was an oil tanker which sank off the Galician coast in November 2002. Leaking oil contaminated the Spanish and French coastline and hit the local fishing industry severely. After an enquiry by the French investigating magistrate, Eurojust co-ordinated the proceedings between the French and Spanish authorities and finally concluded that further prosecution should be concentrated before the Spanish court. Eurojust justified its decision by arguing that a larger amount of evidence was gathered in Spain and that considerably more victims were registered in Spain too. After having followed Eurojust's decision, the Prosecutor General of Spain issued a decree by which he stated, above all, that the Spanish public prosecution office would ensure the interests of the French victims.

➤ [eucrim ID=0601071](#)

Pending Cases Concerning the Interpretation of "the Same Acts"

The European Court of Justice will again have the opportunity to interpret Art. 54 of the Convention Implementing the Schengen Agreement (CISA). Art. 54 hinders Member States from prosecuting the same cases twice or more in the Schengen area. A person whose trial has finally been disposed of in one contracting party may not be prosecuted in another contracting party for the same acts provided that, if a penalty has been imposed, it has been enforced, is actually in the process of being enforced or can no longer be enforced under the laws of the sentencing contracting party. Several references were made to the Court under Art. 35 TEU by national courts and tribunals in 2004/2005. Most cases refer to the interpretation of the notion "for the

same acts” in cases of criminal offences of illicit drug trafficking. The following gives an overview of the status of these cases.

Ne bis in idem and Drug Trafficking: Judgment of the Court in “van Esbroeck”

On 9 March 2006, the European Court of Justice gave its first judgement in a case which concerns drug trafficking (Case C-436/04, “van Esbroeck”). The defendant was convicted by a Norwegian court in 2000 of illegally importing narcotics. After the sentence imposed had already been served in Norway, the defendant was subsequently convicted by a Belgian court of illegally exporting the same narcotics in 2003. The case raised questions on the temporal scope of Art. 54 CISA and on the interpretation of the notion “the same act”.

First, the Court ruled that the *ne bis in idem* principle also applies to the proceedings before the Belgian court, even though Norway only implemented and applied the Schengen Convention from 25 March 2001 on. According to the Court, the convention merely has to be in force in the two contracting parties in question at the time of the assessment by the court before which the second proceedings were brought.

Second, for the Court, the prevailing criterion for the scope of Art. 54 CISA is the identity of the material acts. Legal classification of these acts or protected legal interests are not considered criteria. The Court justifies its perspective by referring to the expression uttered in its judgement “Gözütok & Brügge” that “there is a necessary implication in the *ne bis in idem* principle that the Contracting States have mutual trust in their criminal justice systems and that each of them recognises the criminal law in force in the other Contracting States even when the outcome would be different if its own national law were applied”. The Court followed the solution proposed by Advocate General Colomer.

► [eucrim ID=0601072](#)

Ne bis in idem and Drug Trafficking: Opinion in the “van Straaten” Case

Advocate General Colomer presented his opinion in the “van Straaten” case

on 8 June 2006 (Case C-150/05). Van Straaten, a Dutch citizen, demands the deletion of an alert for his extradition introduced into the Schengen Information System by Italy. Italy alleged him of possessing and exporting around 5 kg of heroin from Italy to the Netherlands on or around 27 March 1983 and sentenced him to ten years prison in absentia in 1999. However, in 1983, a Dutch court punished van Straaten with 20 months imprisonment for having at his disposal approximately 1000 g of heroin (which formed part of the consignment in Italy) in the Netherlands on or around the period from 27 to 30 March 1987, but acquitted him of having imported the said consignment of heroin from Italy into the Netherlands because this could not be satisfactorily proven.

Beyond the question concerning the interpretation of “the same act”, the case also raises the question of whether the discharge is “a trial disposed of” in the sense of Art. 54 CISA. The Advocate General reiterates its view, as uttered in the case “Gözütok/Brügge”, that a judgement which acquits the defendant because the charge could not be proven also falls within the scope of Art. 54. The Advocate General argues *inter alia* that, even in the case of a discharge, the tribunal has already decided “on the merits” so that the State’s “*ius puniendi*” has been exhausted. As regards the former question, the Advocate General refers to the judgement “van Esbroeck” and concludes that exporting and importing the same narcotic drugs (or a part of them) can be regarded as “the same acts”. Additionally, he more clearly specifies what is meant by the notion “material act” as used by the ECJ in “van Esbroeck”.

► [eucrim ID=0601073](#)

Ne bis in idem and Drug Trafficking: Case “Bouwens” Removed

In the light of the ECJ’s judgement in the case “van Esbroeck”, a Belgian court withdrew its question for a preliminary ruling on Art. 54 CISA. The case had a similar background of prosecutions in two Member States because of the export and import of the same narcotic drugs (Case C-272/05, “Bouwens”).

[eucrim ID=0601074](#)

Ne bis in idem and Proceeds of Trade in Drugs

The Belgian Court of Cassation made reference for a preliminary ruling in a case which concerns double prosecutions relating to sums of money originating from the trade in narcotics (Case C-367/05, “Kraaijenbrink”). Belgium prosecuted a defendant for money laundering because she had exchanged money, which stemmed from trade in narcotics, at exchange bureaus in Belgium, although had already been convicted in the Netherlands for illegally receiving and handling the relevant sums of money. It was found that both offences in question shared a common intention. The Belgian Court of Cassation asks whether the criminal offences can be regarded as “the same acts” pursuant to Art. 54 CISA. Its decision of 9 September 2005 can be downloaded by filling in the search form on the following homepage. The second link leads to the relevant site of the European Court of Justice.

► [eucrim ID=0601075](#)

Ne bis in idem in the Light of Smuggling and the European Arrest Warrant

The Bundesgerichtshof (German Federal Court of Justice) referred several questions to the European Court of Justice on the interpretation of Art. 54 CISA (Case C-288/05 “Jürgen Kretzinger”). The problems were raised in connection with criminal proceedings against cigarette smuggling.

The Bundesgerichtshof would mainly like to know whether Art. 54 CISA precludes further prosecution in Germany if the defendant, who undertook one single journey with contraband foreign tobacco from Greece to Northern Europe, has already been (partly) convicted in Italy of importing contraband goods.

The Bundesgerichtshof also questions which impact the Framework Decision on the European Arrest Warrant has regarding the interpretation of the notion of enforcement.

The decision of the Bundesgerichtshof can be downloaded from its homepage (order from 30 June 2005, Az: 5 StR 342/04).

► [eucrim ID=0601076](#)

Cooperation

Mutual Assistance in Tax Matters European Court of Auditors (ECA) States View on Proposed Anti-Fraud Assistance

The ECA presented its opinion on a Commission proposal which is based on Art. 280 IV TEC and would establish the legal framework for mutual administrative cooperation and an exchange of information between the competent authorities of the Member States and the Commission, including OLAF, in the field of the protection of the EC's financial interests. The proposal (COM(2004) 509 final) aims at strengthening the coordinating role of the Commission. The information delivered by the Member States should enable the Commission to build up a comprehensive view on fraud across Europe and to undertake risk analysis more effectively at the Community level. The ECA agrees with the Commission that more effective cooperation is needed. However, it states that the proposed new regulation would lead to further complexity within existing horizontal and sectoral anti-fraud legislation. Furthermore, the Court recommends that OLAF's role should be limited to investigations; thus OLAF should not be assigned additional coordination functions.

➤ [eucrim ID=0601077](#)

Mutual Assistance in Tax Matters Cannot Be Excluded for Gibraltar

The European Court of Justice decided that the UK must apply the Directive on Mutual Assistance in the field of taxation to Gibraltar (Dir. 77/799/EEC as amended by two later directives). The Court finds that mutual cooperation by the competent authorities does not fall into the scope of provisions which exclude the territory of Gibraltar from the harmonisation of EU-legislation concerning taxes (Case C-349/03).

➤ [eucrim ID=0601078](#)

Cooperation with Structural & Cohesion Funds

Amended Report System in the Fields of Structural & Cohesion Funds

Commission Regulation 1681/94 establishes a report system that obliges Mem-

ber States to communicate to the Commission irregularities and the recovery of sums wrongly paid as regards financial interventions in the field of structural funds. The new Commission Regulation 2035/2005 amends this regulation, defining essential terms, such as "irregularity" and "suspected fraud", and stating more precisely the obligation to report them. Commission Regulation 1831/94, which stipulates parallel provisions for the Cohesion Fund, was similarly amended by Regulation 2168/2005.

➤ [eucrim ID=0601079](#)

Cohesion Policy Secured for Coming Years

The Council and the European Parliament adopted a legal framework which will ensure the financing of programmes by the EU's structural funds and cohesion fund in the period from 2007 to 2013. The greatest investment ever made by the EU through cohesion instruments will be worth 308 billion € – or 35.7 % of the total EU budget – to support regional growth and stimulate job creation. The background of the EU's cohesion policy constitutes Art. 158 to 162 TEC. They codify that the Community promote an overall harmonious development and pursue actions leading to the strengthening of its economic and social cohesion, in particular by reducing development disparities between the regions.

The package adopted to meet these objectives consists of one general regulation and four specific regulations. The former lays down common rules for programming, managing, controlling and evaluating the new cohesion policy. The other four regulations contain specific rules on the European Regional Development Fund, the European Social Fund, the Cohesion Fund and the European grouping of territorial cooperation, respectively.

➤ [eucrim ID=0601080](#)

Commission Proposes Community Strategic Guidelines for Cohesion Policy

Before the money from the funds can be allocated to the Member States, as envisaged in the previously reported legislation, two further steps are necessary. The EU must first agree on so-called Community Strategic Guidelines

which set the political priorities for the investment to be made. They will be the starting point for each Member State to prepare, in dialogue with the Commission, a national reference document on its development strategy which will constitute the framework for preparing operational plans. In July 2006, only a few days after the European Parliament approved the above-mentioned legislative package, the Commission tabled a proposal for the Community Strategic Guidelines. They shall ensure that the EU's spending priorities correspond to the priorities of the renewed growth and jobs agenda agreed upon by the Member States in 2005. The guidelines require adoption by the Council and the European Parliament.

➤ [eucrim ID=0601081](#)

European Arrest Warrant

Statistics

The Council published statistics relating to the functioning of the European Arrest Warrant (EAW) in 2005. The data is based on information from 17 Member States. From 1526 people arrested, 1295 were effectively surrendered to the requesting Member State (85% surrender rate). The surrender procedures took approximately 30-40 days. The 90-day limit requested by the EAW was respected in most cases. 309 nationals were surrendered.

➤ [eucrim ID=0601082](#)

New German Implementation Law

The German parliament passed a new act which implements the Framework Decision on the EAW. Herewith, the German legislator has reacted to the decision of the German Federal Constitutional Court which declared the initial European Arrest Warrant Act unconstitutional and void in July 2005. Following the Constitutional Court's guidelines, the new act distinguishes between three categories of cases in order to protect nationals from being easily surrendered: Cases with "national reference" ("Inlandsbezug") would constitute a mandatory ground for refusal, cases with a "foreign reference" ("Auslandsbezug") would lead to a mandatory surrender and, finally, "mixed cas-

es” in which the lack of clear national or foreign reference would require a double criminality check and a weighing up between the effectiveness of prosecution, the alleged offence, the creation of a European area of freedom, security and justice and the guarantee of fundamental rights (cf. new § 80 IRG).

Furthermore, the law provides for a judicial review of the decision for granting extradition which is to take place within the judicial admissibility procedure. However, the decision was made to maintain the two-step system dividing the extradition procedure into a procedure for judicial admissibility and a procedure for granting extradition (cf. new § 79 IRG).

In this respect, the approval authority (general prosecutor) informs the judicial authority (higher regional court) if it intends to make use of one of the grounds for refusal provided for by § 83b IRG or not, thus allowing judicial review by the higher regional court. Once the higher regional court has declared the extradition admissible, the second part of the approval procedure applies: the approval authority now decides if it will approve the extradition. The procedure for granting extradition includes specified grounds (e.g. political interests) for the optional non-execution of a EAW.

The new act, which entered into force on 2 August 2006, hardly differs from the initial proposal of the government. In particular, a provision was deleted which equally applied § 80 (rules on the extradition of nationals) to foreigners who are married to a German citizen, registered in a partnership with a German citizen or living in a familial cohabitation with a German citizen. Now, according to the new act, granting extradition of foreigners who have their habitual residence in Germany, can be denied if the extradition of a German citizen is not admissible according to the terms of § 80(1) and (2) (cf. new § 83b (2) IRG). The Opposition criticized that the new act is uncertain in its legal terms and impracticable. As regards the judgement of the Constitutional Court and the government’s proposal, please refer also to the article by Dr. Heiko Ahlbrecht in this issue.

➤ eucrim ID=0601083

EAW Model for Norway and Iceland

In June 2006, an agreement on the surrender procedure was signed between the EU Member States on the one hand, and Norway and Iceland on the other hand. The agreement effects the application of the expedited extradition procedures, based on the model of the European Arrest Warrant (EAW) in dealings with Norway and Iceland. There are some differences between the pattern of the EAW and the agreement. Most importantly, dual criminality is required as a condition of extradition, unless Norway or Iceland on the one hand, or the EU on behalf of the Member States on the other, makes a declaration that it does not require dual criminality if the offence is an offence listed in Art. 3(4) and carries a penalty of at least three years’ imprisonment in the requesting state. Art. 3(4) corresponds to the list of offences provided for in Art. 2(2) of the FD on the EAW.

The agreement provides that the declaration, wherever made, is made on the basis of reciprocity. Such a declaration can also be made to deny the extradition of a country’s own nationals. The agreement must now be ratified by the parties.

➤ eucrim ID=0601084

Revised Commission Report 2006

The Commission presented a revised version of the first report on the implementation of the European Arrest Warrant and surrender procedures between Member States of 23 February 2005 (COM(2005) 63 final). It now encompasses the Italian legislation which had not been included in the original report. The report now reveals which Member States limited the temporal or substantive scope of the arrest warrant. Despite the initial delay in implementation, the Commission assesses the EAW as successful. The main improvement is that the execution of a warrant has been reduced from more than nine months to 43 days.

➤ eucrim ID=0601085

European Parliament Urges Governments to Cut Obstacles to the EAW

The European Parliament (EP) adopted a recommendation to the Council on the

evaluation of the (European Arrest Warrant (EAW)). MEPs call on the Member States, inter alia, to consider the following items: to adopt, as soon as possible, the proposal for a framework decision on certain procedural rights in criminal proceedings in order to ensure the same standard of legal protection for all European citizens; not to reinstate systematic checks regarding double jeopardy for their nationals; to avoid interference of political authorities in the operation of the EAW; to ensure that judicial authorities executing a EAW are not required to check systematically whether the warrant complies with fundamental rights; to bring the EAW under the first pillar by applying Art. 42 TEU. The recommendation is based on a report by Adeline Hazan, EP rapporteur for the implementation of the EAW.

➤ eucrim ID=0601086

Joint Parliamentary Discussion on the Effectiveness of the EAW

The implementation of the European Arrest Warrant (EAW), the implications of recent decisions by the Polish, German and Czech Constitutional Courts, the role of national parliaments in view of the transposition process and the effects of national differences on mutual trust were debated during the joint parliamentary meeting between national parliaments and the EP on 17/18 October 2005. Kestius Lapinskas, representative of the Conference of European Constitutional Courts, emphasized that the constitutional courts recognised the crucial role of the EAW in the fight against crime. MEP Adeline Hazan praised the effectiveness of the instrument in combating crime and terrorism. Nevertheless, persistent difficulties remain due to questionable transposition arrangements and practical obstacles involving formulation, translation and transmission according to Ms. Hazan. She also demanded the establishment of a mutual evaluation mechanism which would be essential in guaranteeing equal treatment for all European citizens and strengthening mutual trust between law enforcement authorities. The following link leads to the documentation of the meeting:

➤ eucrim ID=0601087

European Evidence Warrant

Agreement Reached on European Evidence Warrant

The Justice and Home Affairs Council reached a political agreement on the draft of the “Council Framework Decision on the European Evidence Warrant (EEW) for obtaining objects, documents and data for use in proceedings in criminal matters“ at its meeting on 1 and 2 June 2006. As in the case of the European Arrest Warrant, the purpose of the warrant is to facilitate mutual assistance by directly recognising and immediately executing an order for obtaining evidence that was issued by a judicial authority in another Member State. The underlying idea is that the EEW be enforced in the same way as a domestic procedural measure. The legislation is the EU’s first step in gathering evidence abroad. It only covers evidence which exists or is readily available. A second instrument, which is yet to be proposed by the Commission, intends to cover other evidence, such as orders requiring the authorities to conduct interviews, carry out bodily examinations or obtain biometric data directly from the body of persons (including DNA and fingerprints), or obtain information in real-time (e.g. interception of communications, covert surveillance or monitoring of bank accounts). Two main issues were finally cleared up: The Netherlands urged the insertion of a “territoriality clause” since it feared that it would be flooded with requests for evidence of drugs which citizens had bought in the Netherlands. Germany insisted on a (legally binding) definition of certain offences, for which double criminality may not be invoked. Germany worried about incompatibility with its constitution after the issue of unspecified definitions arose during the proceedings on the European Arrest Warrant before the Constitutional Court (see above). The compromise which could be found on these two important grounds for non-recognition and non-execution of a EEW is as follows:

– As regards territoriality, the recognition or execution of a EEW may be refused where the offence concerned was committed wholly or partly in the territory of the executing State; however, a

refusal must remain an exception and be decided on a case-by-case basis. If a competent authority considers using territoriality as a ground for refusal, it must consult Eurojust before taking the decision. If the competent authority is not in agreement with Eurojust’s opinion, Member States must ensure that the authority will motivate its decision and that the Council be informed.

– As regards double criminality, the approach maintains the scheme of earlier instruments, such as the European Arrest Warrant, freezing orders, financial penalties or the draft text on confiscation orders. As a consequence, double criminality may not be invoked by the executing State as a ground for refusing a request for search or seizure if the offence concerned falls within one of the 32 categories of offences listed and if the offence is punishable with at least three years of imprisonment in the issuing State. Germany was conferred an “opting-out” for 6 types of offences. It may, by a declaration, reserve its right to double-check evidence requests relating to terrorism, computer-related crime, racism and xenophobia, sabotage, racketeering and extortion or swindling, except where the issuing authority has declared that the offence concerned falls within the scope of criteria indicated in Germany’s declaration.

Both provisions, the territoriality clause and the German opting-out, are to be reviewed no later than 5 years after the enforcement of the framework decision. The unanimous agreement reached under the Austrian presidency puts an end to almost three years’ discussion regarding the initial Commission proposal, presented in November 2003. The following links lead to a consolidated version of the text of the framework decision (only EN and DE) and a draft form on the matter.

► [eucrim ID=0601088](#)

Council of Europe

Organised and Economic Crime

Programmes against (Economic) Crime

Technical cooperation activities of the Council of Europe support European

countries in their efforts to implement European and other international standards against crime, in particular economic crime, and to follow up on recommendations resulting from monitoring exercises.

Thus, technical cooperation projects and programmes are aimed at strengthening legislation, building institutions, training practitioners, providing policy advice and fostering cooperation against corruption, money laundering and the financing of terrorism, organised crime, cybercrime and other forms of economic and serious crime. While the Council of Europe provides core financing, many of these activities rely on co-financing by the European Commission and bilateral donors. At the moment, the most important projects and programmes in this context are:

– in the fields of organised crime and corruption: the so-called Octopus Programme against corruption and organised crime in Europe, the project to implement anti-corruption plans in South-Eastern Europe (PACO-Impact), the project to harmonise Russian anti-corruption legislation (RUCOLA) and the project against corruption in the Ukraine (UPAC),

– in the field of money laundering: the projects against money laundering, called MOLI, including the project against corruption, money laundering and the financing of terrorism in the Republic of Moldova (MOLICO)

– in the field of international cooperation: the CARDS Regional Police Project (CARPO) and the project on international cooperation in criminal matters in the Ukraine (UPIC),

In the following, the focus will be on interesting developments in these areas and on the presentation of the different projects and programmes. Towards the end of the newsletter, we will point out some recent ratifications of important Council of Europe conventions in criminal matters.

Annual Report on Economic Crime

On 10 January 2006, the Council of Europe published the activity report 2005 on technical cooperation against economic crime. Its purpose is to make the Council of Europe’s work in this area

more transparent and to inform its partners of the activities implemented in 2005 and planned for 2006. In 2005, some 230 activities were carried out in the form of 12 projects and programmes, such as the above-mentioned Octopus, PACO, CARPO, MOLI and UPIC projects. Close cooperation with other organisations, such as the European Commission and the Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD), took place within the context of these projects.

➤ eucrim ID=0601089

Annual Report on Organised Crime

In this context, it is also worth noting the Council of Europe report on the organised crime situation in 2005 in Europe. It was issued on 31 January 2006. Its purpose is to point out new threats and major issues of concern and to help policy makers in Europe make more informed decisions on anti-crime policies. It provides facts and figures on organised criminal activities in Europe, ranging from drug trafficking to trafficking in human beings, cybercrime and money laundering. Facts and figures for the 46 Member States of the Council of Europe are also contained and global trends shown. Given its serious impact on societies with links to corruption and organised crime, the report especially focuses on questions of economic crime.

➤ eucrim ID=0601090

Corruption

Octopus Programme – Report on Corruption and Ethics in Local Government

On 31 March 2006, the Council of Europe issued a new report on “Corruption and ethics in local government” as a result of a regional workshop which was held in Albena, Bulgaria, from 13 to 15 October 2005 in the context of the Octopus Programme of the Council of Europe. Octopus is the umbrella technical cooperation programme against economic crime and the fight against corruption and organised crime in Europe. The workshop brought together experts from Albania, Armenia, Azerbaijan, Bosnia and Herzegovina, Bulgaria, Croatia, Georgia, Moldova, Serbia and Montene-

gro, Romania and the former Yugoslav Republic of Macedonia. The detailed report contains country reports and shows in one chapter tools for public ethics and the prevention of corruption.

➤ eucrim ID=0601091

Octopus – Annual Conference 2005

For Octopus Interface 2005, the annual conference of the Octopus programme, more than 250 public and private sector experts from some 50 countries and a wide range of institutions met in Lisbon, Portugal, from 28 to 30 September 2005 to review measures against economic crime. The participants stressed that economic and organised crime are a serious threat to democracy as well as the rule of law and that regulatory frameworks need to be strengthened at European and international levels. They further stressed the importance of strengthening international action against economic crime. The following new fields of action were therefore identified: prevention, legislative measures, enforcement and criminal justice measures, corporate ethics, partnerships between public and private sectors, and international cooperation.

➤ eucrim ID=0601092

South-Eastern Europe: Implementation of Anti-Corruption Plans

The so-called PACO-Impact Regional Project, which was aimed at the implementation of anti-corruption plans in South-Eastern Europe, was launched in March 2004 and came to a close in July 2006. It covered Albania, Bosnia and Herzegovina, Croatia, Montenegro, Serbia (including Kosovo), and the former Yugoslav Republic of Macedonia.

The final conference of this project was held in Strasbourg from 10 to 11 July 2006. Representatives discussed the current status and progress made in South-Eastern Europe in the field of anti-corruption reforms in the last two and a half years through cooperation and technical assistance by PACO-Impact. A Project Activity Report is also being published. Several Regional Thematic Seminars were held during the term of the project. The last one, the 4th Regional Thematic Seminar, was held in Hamburg, Germany, from 20 to 21 April 2006. The Seminar with the title “Strengthening

Anti-Corruption Prosecutorial Services in South-Eastern Europe” was organised in cooperation with the Department of Internal Investigations at the Ministry of Interior of Hamburg, Germany and brought together the main actors involved in investigation and prosecution of economic crime and corruption in South-Eastern Europe.

The 3rd Regional Thematic Seminar on the Anti-Corruption Services and Implementation of Conflict-of-Interest Law was held in Belgrade from 18 to 19 November 2005. Its purpose was to provide guidelines and tools to further strengthen the role of anti-corruption services and conflict-of-interest laws by preventing corruption domestically and regionally.

➤ eucrim ID=0601093

Ukraine: New Member of the Group of States against Corruption

On 1 January 2006, the Ukraine became the 40th member of the Group of States against Corruption (GRECO). GRECO is the Council of Europe’s anti-corruption monitoring mechanism. Its aim is to improve its members’ capacity to fight corruption by monitoring the compliance of states with their undertakings in this field. For this purpose, the activities of the GRECO group are based on the principle of mutual assessment, and visits to all its members are being organised. A first visit to the Ukraine is planned in 2006.

➤ eucrim ID=0601094

Ukraine: Project against Corruption

In context of the fight against corruption in the Ukraine a new project was launched on 8 June 2006 and will last 36 months. It is entitled “Support to good governance: Project against corruption in Ukraine” (UPAC) and will support Ukraine’s anti-corruption effort in a broad manner.

➤ eucrim ID=0601095

Russia: Final Report on the RUCOLA-1

On 31 January 2006, the Council of Europe issued a final report on the RUCOLA-1-Project “Harmonisation of Russian anti-corruption legislation with international standards”. The project aimed to contribute to the ratification and implementation of the Council of Europe

Criminal Law Convention on Corruption and the United Nations Convention against Corruption by the Russian Federation. The report covers the period from 1 January to 31 December 2005 and analyses the project and its success.

➤ [eucrim ID=0601096](#)

Russia: RUCOLA-2

A new project, called Rucola-2 (“Russian Federation – Development of legislative and other measures for the prevention of corruption”), was launched in June 2006. It continues the above-mentioned RUCOLA project and aims at taking further steps to now facilitate the efficient implementation of the above-mentioned international anti-corruption instruments, the UN Convention against Corruption and the Council of Europe’s Criminal Law Convention on Corruption.

➤ [eucrim ID=0601097](#)

Money Laundering

Serbia: Project against Economic Crime and Money Laundering

A new project to fight economic crime, money laundering and terrorist financing as well as cybercrime in the Republic of Serbia (PACO-Serbia) was launched in December 2005 and will be carried out for at least 24 months. It is jointly funded by the European Agency for Reconstruction and the Council of Europe and will assist the Serbian authorities in increasing their capacities to fight economic crime in accordance with European and international standards and best practices. The start-up conference was held in Belgrade on 22 March 2006.

➤ [eucrim ID=0601098](#)

Ukraine: Project against Money Laundering and Terrorist Financing

A Follow-up Project against Money Laundering and Terrorist Financing (MOLI-UA-2) in the Ukraine was launched on 1 May 2006. It is a joint project of the European Commission and the Council of Europe with a term of 36 months and will contribute to the prevention and control of money laundering and terrorist financing in the Ukraine in accordance with European and other international standards and best prac-

tices. It succeeds the MOLI-UA Project against Money Laundering carried out by the Council of Europe between February 2003 and June 2005.

➤ [eucrim ID=0601099](#)

Moldova: New Project against Corruption & Money Laundering

For Moldova, a new project against corruption, named MOLICO, was launched in August 2006. It has a duration of three years and is aimed at ensuring the implementation of Moldova’s anti-corruption strategy on the basis of annual action plans. It continues the PACO Moldova anti-corruption project of 2005 and extends it to include the strengthening of the anti-money laundering and counter-terrorist financing system of Moldova.

➤ [eucrim ID=0601100](#)

Cooperation

South-Eastern Europe: Workshop on Mutual Assistance in Criminal Matters

A “Workshop on National Legislation on Mutual Assistance in Criminal Matters and Strategy for the Development of Educational Programs” was held in Zagreb, Croatia, on 31 May 2006. Experts discussed the compatibility of current legislation on mutual assistance in criminal matters with relevant European legal instruments. They further exchanged views on how to increase the efficiency of institutions dealing with mutual legal assistance in criminal matters. This event was organised within the framework of the CARDS Regional Police Project (CARPO), which is a regional project aimed at strengthening police capacities against serious crime in South-Eastern Europe. Its objective is to develop a regional strategy against economic and organised crime in South-Eastern Europe and to provide law enforcement institutions with the tools necessary to implement the strategy. It will further strengthen the capacities of training institutions in the countries of the region in order to provide training in all matters related to trafficking in human beings, smuggling and illegal migration, based on standards and benchmarks in line with EU policies and practices.

➤ [eucrim ID=0601101](#)

South-Eastern Europe: Regional Strategy on Tools against Organised & Economic Crime

Within the framework of CARPO, a “Meeting of Ministers of the Interior and Senior Officials from South-Eastern Europe on the Regional Strategy on Tools against Organised and Economic Crime” was previously held on Brijuni Island, Croatia, from 22 to 23 December 2005. The Ministers of the Interior and senior officials from South-Eastern Europe adopted a strategy against organised and economic crime in this region, which will serve as a basis for specific action plans in the participating countries and areas.

➤ [eucrim ID=0601102](#)

Ukraine: International Cooperation in Criminal Matters

A joint project of the European Commission and the Council of Europe, called UPIC (International Cooperation in Criminal Matters in Ukraine), was launched on 1 December 2005. It aims at strengthening the capacities of the Ukraine to cooperate internationally in pursuing criminal matters with the help of European treaties. The project will last 36 months. The start-up conference was held on 24 February 2006 and a review workshop took place on 15 May 2006, both in Kyiv, Ukraine. The first progress report was published on 24 May 2006.

➤ [eucrim ID=0601103](#)

Legislation

Ratifications

In the first half of 2006, Norway (30 June 2006), Bosnia and Herzegovina (19 May 2006), the Ukraine (10 March 2006) and France (10 January 2006) ratified the Convention on Cybercrime. Bosnia and Herzegovina and France also ratified the Additional Protocol to the Convention on Cybercrime. Switzerland (31 March 2006) and Armenia (9 January 2006) ratified the Criminal Law Convention on Corruption. They also ratified the Additional Protocol to the Criminal Law Convention on Corruption. Latvia ratified the Additional Protocol to the Criminal Law Convention on Corruption (27 July 2006).

➤ [eucrim ID=0601104](#)

European Arrest Warrant and the Principle of Mutual Recognition

Professor Carlos Gómez-Jara Díez

I. Introduction

1. The European Arrest Warrant (EAW) is one of the most important mechanisms of the European judicial cooperation in criminal matters today. However, recent court decisions in different member states have questioned its constitutionality,¹ which in turn has led to the question of its feasibility and the principle on which it is based: the Principle of Mutual Recognition (PMR). The most significant of these decisions, especially from a Spanish perspective, is without doubt the ruling of the German Constitutional Court (Bundesverfassungsgericht (BVerfG)) on 18th July 2005.² Its importance is derived not only from its partial reflections on major issues regarding the legitimacy of such instruments, but more importantly on the chain reaction generated in other constitutional courts in Europe. However, the actual relevance of this ruling for «Euro-enthusiasts» and for «Euro-sceptics» is not yet clear; as *Schünemann* puts it: «the BVerfG (...) has also caused a severe disappointment to all participants and discussion fields».³

2. In the face of such a development it does not seem inadequate to pose the question of whether the European approach regarding the EAW and the underlying PMR is the correct one. First of all, and regarding the PMR, it is quite surprising that an economic principle governing the free movements of goods has turned into the legal principle ruling which has been called a “free movement of judicial decisions”.⁴ But, can European institutions really consider court decisions to be goods to the extent that the principles ruling the latter should be governing the prior? Notwithstanding this basic and fundamental issue, throughout this brief contribution it shall be argued that both EAW and PMR have taken for granted a prior issue that should have been endorsed before implementing instruments based on the aforementioned PMR: the necessary harmonisation of criminal law in the areas in which the PMR – including the EAW – is to be applied. That is, the “cart of mutual recognition” has been put before the “horse of harmonization”. Moreover, from the global perspective of the EU, it should be acknowledged that the increasing federal tendency in the EU must result in certain European federal crimes being prosecuted and judged at European (federal) level.

II. Criticism against the EAW

1. When in 2003 the German lawmaker was considering whether to implement the European Framework Decision regarding the EAW, the vast majority of German scholars warned the legislator.⁵ They claimed that the Principle of Mutual Re-

cognition was a “Trojan horse”, a “wolf in sheep’s clothing”,⁶ and that, consequently, the German parliament would be a “lackey of Brussels”⁷ if it passed a law implementing the EAW. In general terms, it can be said that there are three major fields of criticism.⁸ The first states that the PMR favours the most punitive criminal system whilst lowering the level of procedural warranties. The second claims that even today the principle of not surrendering national citizens – Article 16 of the German constitution – remains valid, and every single exception must nevertheless guarantee the basic principles of the state of law. The third main field of criticism relates to the lack of democratic legitimacy from which European (criminal) legislation suffers deeply. Taken as a whole, leading academics claimed the unconstitutionality of the German Act as it would go against Articles 16 I 2, 20 and 79 III of the German constitution.

2. Two years after these claims were made, the BVerfG ruled, on 18th July 2005, that the German Act of 2004 was unconstitutional and therefore that it was totally invalid. Looking at the judgement, it is hard to deny that the criticism posed by the vast majority of German academia had a remarkable influence on the deciding justices.⁹ However, the reasons stated in the court decision reflected the academic criteria only to a certain extent. A brief examination of the ruling shows that the legal (constitutional) basis for the unconstitutionality of the act was Article 16 II 2 within the German constitution.¹⁰ According to this legal disposition, exceptions to the principle of not surrendering national (German) citizens must in any case recognise basic and founding principles of the state of law. In the opinion of the BVerfG these principles were not sufficiently acknowledged in the German act transforming the European framework decision into German law. Consequently, it declared the unconstitutionality of the whole act and ordered the German legislator to pass a new regulation which would properly include these principles.

III. Reactions to the Ruling of the German Constitutional Court on 18th July 2005

1. As aforementioned, reactions to the German ruling have been mostly critical. The first critics are reflected, of course, in the dissenting votes of justices *Broß*, *Lübbe-Wolf* and *Gerhardt*. Of these three dissenting opinions, the most relevant for the present discussions are *Lübbe-Wolf’s* and *Gerhardt’s*. While showing her agreement with some parts of the ruling, *Lübbe-Wolf* nevertheless expresses a clear discrepancy with other legal reasonings and, most of all, with the resulting total void of the German act.¹¹ *Gerhardt* goes even further, stating

that the petition should have been dismissed as it was not compatible with the jurisprudence of the Court of Justice of the European Communities (CJEC).¹²

2. As to the German academia, it should be noted that criticism came from «Euro-enthusiasts» and from «Euro-sceptics» in equal measure. In general terms, it may be stated that the former mainly criticised the result as the legal reasoning employed throughout the ruling implied, at most, a partial unconstitutionality.¹³ The latter disapproved the content to the extent that the constitutional court should have ruled over basic questions regarding the European proceedings in criminal law matters,¹⁴ resembling the attitude adopted by the Solange III Court Decision. All in all it was argued that the German Act had to be declared unconstitutional in its totality because it violated Article 103 II GG, i.e., the regulation containing the well-known legality principle, as it lacked sufficient democratic legitimacy.¹⁵

3. Further criticism came from the Spanish court issuing the EAW, i.e., the *Audiencia Nacional*. On 21st July 2005, the court decided to continue normal procedures based on the EAW until an official notification from the BVerfG was received by the court. On 20th September 2005, and lacking any official communications from the German court, the *Audiencia Nacional* concluded that the German ruling clearly meant that Germany had decided to step out of the cooperation system instated by the Framework Decision of the EAW. As a result, and based on the acknowledged reciprocity principle of international law, the Spanish Court decided to deny EAWs coming from German authorities and proceed with them as if they were traditional extradition petitions.¹⁶

4. Regarding the Spanish side, it should be noted that, as a result of the implementation of the EAW in the Spanish legal system in 2003, almost no critical voices were raised.¹⁷ However, the Spanish academia has also expressed a clear dissenting opinion with the German ruling. In this sense, amongst others, *Cuerda Riezu* has noted that the German ruling clearly infringes principles of international criminal law (mainly *aut dedere aut judicare et punier*), European law (the doctrine consolidated in the Pupino Case) and also national law (the need to pose a prejudicial question in this matter before the CJEC).¹⁸

IV. Future Solutions? Harmonisation before Mutual Recognition and Federalisation of European Criminal Law

1. The German ruling, together with the precarious status of the ratification process of the European Constitution, i.e., the negative results in major founding member states such as France and Holland, clearly signal discomfort amongst important sectors of the European *demos* and academia. However, the correct (European) attitude on the part of this High Court would have been to ask for one or several prejudicial decisions of the CJEC on these matters without creating a significant void in its legal system. A first reaction to this questioning of

the emerging European criminal law came from the CJEC in the European Commission vs. European Council case. On 13th September 2005, the high European court ruled that the EU, as such, had its own legislative competence in criminal matters concerning European policies, for instance, environmental protection.¹⁹ The question now is how to channel this European impetus without offending the legal traditions of the EU member states.

2. A first suggestion would be to harmonise different fields of criminal law before mutually recognising the judicial decisions of other member states. Harmonisation before mutual recognition implies that certain parts of substantial and procedural criminal law of each member state should be basically similar (harmonised) before any particular judicial decision of member states is automatically recognised by other member states.²⁰ It is quite easy to see that if every single crime contained in the EAW list is basically similar in each member state, and regulations affecting procedural criminal law i.e., detainees' rights, victims' rights etc., have also been harmonised, then there would be no fundamental opposition against recognising the judicial decision of any other member state as binding. European authorities are aware of this solution, as the list of Green Papers on harmonisation / approximation of criminal law – both substantial and procedural – is quite notable.²¹ However, the opinion of the European Commission finally concludes that “approximation is not a *sine qua non* for mutual recognition”.²² Our opinion is the opposite: approximation is the necessary and unavoidable step before mutual recognition.

3. A second suggestion would be to create a list of European federal crimes – a European federal criminal law – which are to be prosecuted and judged by European authorities.²³ The creation of certain European federal crimes is the logical consequence of the increasing federal tendency in the EU. Although federalism, i.e., the “f-word”²⁴, has not traditionally been a politically correct concept in Europe, nowadays the European Union reveals a clear federal nature as described by some notable scholars.²⁵ In case the European Constitution enters into force, this tendency will be clearly confirmed. On top of it, it is quite hard to deny that crimes committed against European interests should be prosecuted and judged by European authorities. This seems especially clear in cases involving European financial interests and European public officials, two fields which incidentally have been the first areas in which a certain unification was attempted at European level.²⁶

4. That said, however, the best way to go would be to start harmonising certain fields and at the same time creating a list of European federal crimes to be prosecuted and judged at the European (federal) level. In this context, a quick glance at the U.S. system of criminal law shows that **both** actions are needed: not only a genuine Federal Criminal Law – which in that country started with the enactment of crimes against the federal budget and were committed by federal public officials²⁷ – but also a certain harmonisation of the Penal Codes of diffe-

rent States – which in the U.S. was achieved through a Model Penal Code of 1962 that narrowed the gap between state regulations affecting certain matters in criminal law.²⁸ However, and with this warning I shall conclude, we should also learn from the American (bad) experience regarding Federal Criminal Law and set some limiting principles to the expanding nature of federal crimes.²⁹

Prof. Carlos Gómez-Jara Díez
Professor of Criminal Law at the Universidad Autónoma de Madrid (Spain).



¹ Apart from the German ruling which will be frequently mentioned in this document, it should be noted that the Cypriot Supreme Court – 6th November 2005 – and the Polish Constitutional Court – 25th April 2005 (accessible on the Internet at: http://www.trybunal.gov.pl/eng/summaries/wstep_gb.htm) have questioned the constitutionality of the EAW (see *Nita*, in this issue). In Belgium, after a petition of unconstitutionality was filed on 22nd June 2004, the Belgian Constitutional Court (Cour d'arbitrage) posted two prejudicial questions before the Court of Justice of the European Communities (CJEC) on 4th August 2005 (see *Weyembergh*, in this issue).

² 2 BvR 2236/04, accessible on the Internet at: www.bundesverfassungsgericht.de

³ *Schünemann*, StV 2005, 681; *Tomuschat*, EuGRZ 2005, 453: "However, the Karlsruhe judgement seems rather disappointing".

⁴ Literally, the Framework Decision on the EAW (OJ 2002 L 190, 1): "traditional cooperation relations which have prevailed until now between Member States should be replaced by a system of free movement of judicial decisions in criminal matters".

⁵ These critics are listed in *Schünemann*, GA 2004, 201.

⁶ *Schünemann*, GA 2004, 202.

⁷ *Schünemann*, StV 2003, 531.

⁸ *Schünemann*, StV 2003, 116, 119 f.; *Schünemann*, ZRP 2003, 185; *Schünemann*, GA 2004, 200; *Schünemann*, ZStW 2004, 385; *Schünemann* in: *Alternativentwurf europäischer Strafverfolgung*, 2004, 22 (*Schünemann*, ed.). See however responses by *Vogel*, *Cooperation in Criminal Matters in the European Union: Five Major Tendencies – Five Proposals for Future Action*, AGIS Conference, 2003, p. 5; *Lagodny*, in: *Schomburg/Lagodny*, *Internationale Rechtshilfe in Strafsachen*, § 3 IRG, 3rd ed. 1998, m.n. 2.

⁹ It should be noted that one of the justices is also a renowned Professor of Criminal Law (*Winfried Hassemer*) and that a specialist, Prof. Dr. *Martin Böse*, was consulted regarding the allegations [see BVerfG, supra note 2, §§ 30-58]. Other important academics participated in the oral hearing as well [see BVerfG, supra note 2, § 59].

¹⁰ BVerfG, supra note 2, § 60.

¹¹ BVerfG, supra note 2, § 154.

¹² BVerfG, supra note 2, § 184.

¹³ *Vogel*, JZ 2005, 801; *Jekewitz*, GA 2005, 625; *Knopp*, JR 2005, 448, 452 f. (considers whether the dispute only affects the BVerfG and the German legislator, and he hopes that the latter are successful next time); *Tomuschat*, EuGRZ 2005, 460 (argues that the court should have focused more on the actual case); *Hufeld*, JuS 2005, 865 (takes into account a time-perspective that was omitted by the court).

¹⁴ *Schünemann*, StV 2005, 681; *Ranft*, wistra 2005, 361.

¹⁵ *Schünemann*, StV 2005, 683.

¹⁶ See also the dissenting vote of Justices *Rodríguez Zapata* and *García-Calvo* to the ruling of the Spanish Constitutional Court on 18th July, 2005 [ATC 314/2005], in which the court ordered the suspension of the General Agreement of the Audiencia

Nacional accepting an EAW issued by French authorities.

¹⁷ See however *Fonseca Morillo*, RDCE 14 (2003), 73; *Aranguena Fanego*, RDP 10 (2003), 30; *Recent expositions by Aranguena Fanego*, *Cooperación judicial en la Unión Europea: la orden europea de detención y entrega*, 2005; *Del Pozo Pérez*, *Diario La Ley* 2005, 1551; *Delgado Martín*, *Diario La Ley* 6205 (2005), 1; *Jimeno Bulnes*, RP 16 (2005), 106; *Nieto Martín*, RGDP 3 (2005), 18.

¹⁸ *Cuerda Riezu*, *Revista Europea de derechos fundamentales* 2006, § XI c), d), e); *Cuerda Riezu*, in: *Las respuestas del Derecho penal ante los nuevos retos*, (forthcoming 2006) with further references.

¹⁹ Court of Justice of the European Communities, Case C-176/03, § 52.

²⁰ *Gómez-Jara Díez*, *Diario La Ley* 6069 (2004), 4.

²¹ See for instance: «Green Paper on the approximation, mutual recognition and enforcement of criminal sanctions in the European Union», COM(2004) 334 final; «Green Paper on Procedural Safeguards for Suspects and Defendants in Criminal Proceedings», COM(2003) 75 final which resulted in the «Proposal for a Council Framework Decision on certain procedural rights in criminal proceedings throughout the European Union», COM(2004) 328 final.

²² See COM(2004) 334 final, 10.

²³ *Gómez-Jara Díez* in: *Derecho penal y política transnacional*, 2005 (*Bacigalupo / Cancio Meliá*, eds.), 153; skeptical *Silva Sánchez* in: *Constitución Europea y Derecho penal*, (Bajo Fernández / Bacigalupo Saggese / Gómez-Jara Díez, eds.) (forthcoming 2006).

²⁴ *Schmitter*, *Journal of Democracy* 14 (2003), 70.

²⁵ See, amongst others, v. *Bogdandy*, *Supranationaler Föderalismus*, 1999, in Germany; *Martin y Pérez de Nanclares*, *El federalismo supranacional: ¿Un nuevo modelo para la Unión Europea?*, 2003.

²⁶ *Delmas-Marty/Vervaele*, *The Implementation of the Corpus Iuris in the Member States, Penal Provisions for the Protection of European Finances*, 2000 [Spanish version by *Bacigalupo/Silva Castaño*, *Un Derecho penal para Europa*, 2004] (including both types of offences); *Schünemann*, *Alternativentwurf europäischer Strafverfolgung*, 2004 (proposing a sort of European Criminal Law for Public Officials). As a matter of fact, some academics are already adverting similarities between the trend in European criminal law and the U.S. regulation of federal crimes (see *Schünemann*, GA 2004, 194, 199; *Tiedemann*, *Wirtschaftsstrafrecht*, 2004, 46).

²⁷ See a detailed exposition in *Abrams/Beale*, *Federal Criminal Law and Its Enforcement*, 3rd ed., 2000.

²⁸ *Dubber*, *Buff.Crim.L.Rev.* 4 (2000), 53 with further references.

²⁹ Out of the more than 3.000 Federal Crimes in the U.S. legislation, 40% were enacted since the seventies (*American Bar Association [Criminal Justice Section / Task Force on the Federalization of Criminal Law]*, *The Federalization of Criminal Law*, 1998, at 7).

Les juridictions belges et le mandat d'arrêt européen

Dr. Anne Weyembergh

Introduction

La Belgique a joué un rôle essentiel dans l'adoption de la décision-cadre sur le mandat d'arrêt européen. Présentée par la Commission européenne au mois de septembre 2001,² c'est en effet sous présidence belge que l'initiative a été négociée et qu'elle a fait l'objet d'un accord politique unanime.³ Si les mérites particuliers des négociateurs belges ne sont pas étrangers à ce succès, l'adoption aussi rapide de l'instrument en question est également intimement liée au contexte particulièrement favorable à l'espace pénal européen après les attentats du 11 septembre 2001. Pendant les quelques mois qui ont suivi les attaques terroristes, les Etats membres ont, en effet, rompu avec leurs traditionnels réflexes de repli sur eux-mêmes et ont consenti des entorses au principe classique de la territorialité pénale.⁴

La Belgique était un des 8 Etats membres qui ont respecté le délai de transposition prévu par la décision-cadre. Au plan de son contenu même, la loi belge du 19 décembre 2003⁵ n'est certes pas parfaite. Comme en témoigne notamment le rapport d'évaluation de la Commission européenne,⁶ quelques éléments posent question par rapport aux exigences de la décision-cadre. Sans juger du bien-fondé de ces « infidélités », on notera que la loi belge a limité le champ d'application matériel de la suppression partielle du contrôle de la double incrimination puisqu'elle a expressément exclu l'avortement et l'euthanasie de la notion de meurtre.⁷ On relèvera également que la loi belge a inséré un motif de refus obligatoire fondé sur le non respect des droits fondamentaux⁸ et qu'elle a rendu contraignants plusieurs motifs de refus qui, aux termes de la décision-cadre, n'étaient que facultatifs. Tel est notamment le cas du non respect de la double incrimination pour les infractions non reprises dans la liste de l'article 2, § 2⁹ et également du motif de refus fondé sur la prescription.¹⁰ Enfin, l'on remarquera aussi certaines insuffisances en termes de délais prescrits par le texte européen.¹¹ En dehors de ces quelques aspects, la loi belge se révèle de manière générale plutôt assez fidèle aux prescriptions européennes.

La loi belge étant entrée en vigueur depuis deux ans, on dispose d'un certain recul pour en évaluer l'application pratique. Cependant, comme dans d'autres Etats membres, peu d'informations sont disponibles pour procéder à son évaluation précise. Malgré la charge dévolue au Ministère de la justice d'assembler les statistiques concernant l'application pratique de la loi en question et malgré l'obligation pour les autorités judiciaires compétentes de l'informer de toute procédure d'exécution et d'émission d'un mandat d'arrêt européen,¹² nous ne disposons

pas de statistiques précises en la matière. Toutefois, en dépit de l'absence de chiffres précis, certains éléments ressortent assez clairement. Parmi ceux-ci, une nette accélération des nouvelles procédures par rapport aux règles extraditionnelles classiques applicables en Belgique, accélération principalement due à la judiciarisation de la procédure, à l'allègement des contrôles et au raccourcissement des délais prévus. Autre facteur particulièrement frappant: de manière générale, les juridictions belges, et, en particulier, la Cour de cassation, se montrent très favorables à l'exécution des mandats d'arrêts européens. Cette jurisprudence sera brièvement étudiée dans la première partie de cet article (I). La seconde partie sera consacrée à l'arrêt rendu le 13 juillet 2005 par la juridiction constitutionnelle belge, i.e. la Cour d'arbitrage, qui pose deux questions préjudicielles à la Cour de justice des Communautés européennes (II).

I. Bref aperçu de la jurisprudence belge, en particulier de la Cour de cassation

La plupart des décisions rendues par les cours et tribunaux belges se révèlent favorables à l'exécution des mandats d'arrêts européens émis par les autorités étrangères. Ceci vaut tout particulièrement pour les arrêts de la Cour de cassation. En dehors de quelques cas tout à fait exceptionnels, celle-ci s'est en effet systématiquement prononcée en faveur de l'exécution des mandats d'arrêts européens. Il ne saurait bien entendu être question dans le cadre de cet article de procéder à un examen exhaustif de la jurisprudence de la Cour de cassation belge. Seules les décisions les plus intéressantes seront mentionnées.¹³ Parmi elles figurent celles rendues dans les affaires *Garcia Arranz et Moreno Ramajo*. Ces affaires occupent les juridictions belges depuis plus de 10 ans; elles s'étaient soldées par un refus d'extradition dans les années nonante¹⁴ mais elles ont été relancées au début de l'année 2004 à la suite de l'émission par les autorités espagnoles de deux mandats d'arrêt européen à l'encontre des intéressés. L'exécution de ceux-ci a fait l'objet de diverses décisions, dont trois arrêts de la Cour de cassation, qui casse chaque fois les décisions de la chambre des mises en accusation refusant l'exécution des mandats.¹⁵ Dans son arrêt du 13 avril 2004, la Cour de cassation belge considère que le rejet d'une demande d'extradition antérieure ne fait pas obstacle à l'introduction d'une nouvelle demande de remise sur la base d'un mandat d'arrêt européen. Aucune des trois décisions de la Cour n'a cependant modifié le point de vue de la Chambre des mises en accusation, qui a maintenu le refus d'exécution des mandats,¹⁶ de sorte que les deux intéressés sont finalement restés en Belgique.¹⁷

De nombreuses autres décisions rendues par la Cour témoi-

gnent d'une nette tendance à interpréter étroitement les exigences formelles et à limiter les contrôles. Ainsi, dans sa décision du 26 mai 2004 (affaire *Ugarte Lopez*), la Cour déclare que la description exigée par la loi belge des circonstances dans lesquelles l'infraction a été commise vise simplement à informer le juge d'instruction afin qu'il puisse prendre sa décision sur l'exécution du mandat et n'implique nullement d'énumérer les indices de culpabilité.¹⁸ Selon l'article 9, § 2 de la loi belge, tant que le signalement Schengen ne contient pas toutes les informations exigées par l'article 2, § 4 de cette loi,¹⁹ le signalement doit être suivi de la transmission de l'original du mandat ou d'une copie certifiée conforme. La Cour de cassation a toutefois considéré, dans son arrêt du 27 juillet 2004 (affaire *Génol Derebey*), que le signalement Schengen contenait bien toutes les informations requises par la disposition précitée.²⁰ Dans son arrêt du 8 décembre 2004 (en cause *D.C.*), la Cour précise que les informations exigées par l'article 2, § 4 de la loi belge ne sont pas prescrites à peine de nullité et qu'une transmission de l'original du mandat d'arrêt européen ne s'impose que si les informations parvenues au juge d'instruction ne lui permettent pas de contrôler si les conditions d'exécution du mandat d'arrêt européen sont remplies.²¹ Toujours dans le même esprit, la Cour de cassation fera encore un pas de plus dans son arrêt du 21 septembre 2005 (en cause *S.W.*). En énonçant que le juge qui statue sur l'exécution du mandat d'arrêt européen n'a pas à apprécier sa légalité et sa régularité, missions qui incombent à l'autorité judiciaire d'émission.²²

Outre certaines décisions dans lesquelles la Cour de cassation refuse de censurer les arrêts d'exécution des mandats d'arrêt européens en se fondant sur le caractère facultatif de certaines causes de refus ou de demande de garanties,²³ on en relèvera encore d'autres portant sur les relations avec les conventions préexistantes et témoignant eux aussi d'une attitude nettement favorable à l'exécution des mandats d'arrêts européens. L'un d'eux, rendu le 24 août 2004 (affaire *Dominic Roelandt*), concerne le Traité Benelux du 27 juin 1962²⁴ tandis qu'un autre du 8 décembre 2004 (affaire *A. Saroukh*) a trait à la Convention européenne d'extradition du 13 décembre 1957.²⁵ Dans ces deux décisions la Cour de cassation a rejeté l'argument du demandeur aux termes duquel les conventions internationales précitées n'avaient pas été expressément dénoncées et continuaient donc à s'appliquer.

Comme la plupart des autres, ces deux derniers arrêts se caractérisent par une motivation fort peu étayée. Il est permis d'y voir une approche «fonctionnelle» par laquelle la Cour de cassation belge consent à tout prix à l'exécution des mandats d'arrêt européen, cherchant à témoigner par là d'une grande confiance vis-à-vis des autorités et systèmes étrangers²⁶ et à contribuer ainsi à la mise sur pied d'un espace pénal européen.

II. L'arrêt de la Cour d'arbitrage du 13 juillet 2005

L'arrêt de la Cour d'arbitrage du 13 juillet 2005²⁷ surprend par rapport à l'attitude susmentionnée des juridictions belges et en particulier de la Cour de cassation.

La Cour constitutionnelle a rendu cette décision à la suite d'un recours en annulation de la loi belge de transposition du 19 décembre 2003 dont l'a saisie l'association sans but lucratif *Advocaten voor de wereld*. Cette association faisait valoir cinq moyens distincts à l'appui de sa requête, moyens pris de la violation des articles 10 et 11 de la Constitution belge - principes d'égalité et de non discrimination - lus seuls ou en combinaison avec d'autres dispositions constitutionnelles ou internationales.

La loi belge sur le mandat d'arrêt européen a été adoptée sur la base d'une décision-cadre. Selon le 1^{er} moyen, ce type d'instrument est destiné au rapprochement des législations (article 34 du TUE); le mécanisme de coopération en question aurait donc dû être réglé par convention. Un mandat d'arrêt européen peut être émis tant en vue de poursuites qu'en vue de l'exécution d'une peine. Selon le 2^{ème} moyen, il existerait une différence de traitement injustifiée entre les inculpés arrêtés sur la base d'un mandat d'arrêt européen et les inculpés «de droit commun» qui seuls bénéficient des garanties prévues par la loi belge du 20 juillet 1990 relative à la détention préventive. En outre, en prévoyant qu'un mandat d'arrêt européen s'applique aussi bien aux personnes poursuivies qu'aux personnes d'ores et déjà jugées, la loi belge traiterait abusivement des situations différentes de manière identique. Le 3^{ème} moyen est dirigé contre l'article 7 de la loi belge, qui concerne les garanties que peut demander l'autorité judiciaire belge d'exécution si le mandat d'arrêt européen est fondé sur une décision prononcée par défaut. Suivant ce moyen, des cas identiques sont traités différemment puisque le jugement par défaut et les garanties relatives au caractère contradictoire de la procédure pénale sont organisés de manière très divergente selon les Etats membres. Les deux derniers moyens sont dirigés contre la suppression partielle de la double incrimination. Selon le 4^{ème} moyen, disparition sans justification objective et raisonnable de l'exigence de la double incrimination pour une série d'infractions, alors que cette exigence est maintenue pour les autres infractions, contreviendrait au principe d'égalité et de non discrimination. Selon le 5^{ème} moyen, la liste figurant à l'article 5, § 2 de la loi litigieuse n'énumère pas des infractions accompagnées de leur définition légale mais des catégories génériques de comportements indésirables, décrites de manière très vague. Il y aurait dès lors violation du principe de légalité.

Sans prendre position sur les 2^{ème} et 3^{ème} moyens avancés et considérant que le 1^{er} moyen touche à la décision-cadre elle-même, que les 4^{ème} et 5^{ème} moyens dirigés contre la loi belge valent indirectement à l'encontre de la décision-cadre, la Cour d'arbitrage décide, dans son arrêt du 13 juillet 2005, de poser les deux questions préjudicielles suivantes à la Cour de justice des Communautés européennes:

► «la décision-cadre du Conseil de l'Union européenne 2002/584/JAI du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre Etats membres est-elle compatible avec l'article 34, § 2, point b) du Traité sur l'Union européenne, selon lequel les décisions-cadres ne peuvent être arrêtées qu'aux fins du rapprochement des dispositions législatives et réglementaires des Etats membres?»

➤ «l'article 2, § 2 de la décision-cadre du Conseil de l'Union européenne 2002/584/JAI du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre Etats membres, en tant qu'il supprime le contrôle de l'exigence de la double incrimination pour les infractions qui y sont mentionnées, est-il compatible avec l'article 6, § 2 du traité sur l'Union européenne, et plus spécifiquement avec le principe de légalité en matière pénale et avec le principe d'égalité et de non discrimination garantis par cette disposition?».

Cette décision de la Cour d'arbitrage a le mérite de poser expressément des questions qui relaient des critiques ou des interrogations fréquemment soulevées à l'encontre du mandat d'arrêt européen. L'audace de la Cour constitutionnelle belge à l'égard du mandat d'arrêt européen tranche au regard de la décision qu'elle a rendue le même jour – le 13 juillet 2005 – à propos de la loi belge du 19 décembre 2003 transposant la décision-cadre du 13 juin 2002 sur la lutte contre le terrorisme, décision dans laquelle elle a reconnu la constitutionnalité de la loi relative aux infractions terroristes et a considéré qu'il était superflu de poser une question préjudicielle à la Cour de justice.²⁸ Son audace nous paraît d'autant plus importante que, par les questions qu'elle pose, cette décision est susceptible d'affecter non seulement la loi belge de transposition mais aussi la décision-cadre elle-même. Elle nous semble dès lors, potentiellement, mettre davantage en péril le mécanisme du mandat d'arrêt européen que ne le font les décisions des Cours constitutionnelles polonaise²⁹ et allemande³⁰, qui ne mettent

en cause que la constitutionnalité des lois nationales de transposition. Certes, il est permis de se demander si le risque est bien réel. En effet, les arrêts rendus dans les affaires *Gözütoc et Brügger*,³¹ *Pupino*³² et plus récemment encore dans l'affaire *Commission contre Conseil*³³ témoignent de l'approche fonctionnelle de la Cour de justice des Communautés européennes. La juridiction européenne est manifestement guidée par la volonté de contribuer à la mise sur pied d'un espace pénal européen; elle paraît en quelque sorte prendre la relève au moment où les citoyens européens et/ou les Etats membres, dans un réflexe d'attachement à la souveraineté nationale, boudent ce chantier en construction qu'est l'Union européenne. Dans un tel contexte, et quoique tout danger ne puisse bien entendu être formellement exclu, il est très improbable que la Cour de justice réponde par l'affirmative aux questions préjudicielles posées.

Conclusion

Ainsi, la Belgique fait figure de bon élève dans la mise en œuvre législative et jurisprudentielle de la décision-cadre. L'arrêt de la Cour d'arbitrage belge de juillet 2005 tranche cependant avec cette attitude: quoiqu'il soit fort probable que la Cour de justice des Communautés européennes consacre la validité de la décision-cadre en cause, les questions préjudicielles posées à la Cour européenne par la Cour constitutionnelle belge n'en demeurent pas moins fondamentales.



Dr. Anne Weyembergh

Chargée de cours et directrice adjointe à l'Institut d'Etudes européennes de l'Université Libre de Bruxelles. Elle est aussi coordinatrice du réseau académique de droit pénal européen
<http://www.ulb.ac.be/iee/penal/anne.htm>
<http://www.eclan-eu.org>

* Cet article a été écrit avec le soutien du Programme Pôles d'attraction interuniversitaire P4/04-Etat belge, Service du Premier ministre – Services fédéraux des affaires scientifiques, techniques et culturelles, du ministère de l'Education, de la Recherche et de la Formation de la Communauté française de Belgique.

¹ Chargée de cours et directrice adjointe à l'Institut d'Etudes européennes de l'Université Libre de Bruxelles, coordinatrice du réseau académique de droit pénal européen (ECLAN).

² Proposition de décision-cadre du Conseil relative à la lutte contre le terrorisme COM(2001) 521 final.

³ Accord politique obtenu au mois de décembre 2001.

⁴ A ce sujet, voy. entre autres *Weyembergh*, «L'impact du 11 septembre sur l'équilibre sécurité/liberté dans l'espace pénal européen», in: *E. Bribosia et A. Weyembergh* (éd.), *Lutte contre terrorisme et droits fondamentaux*, Bruxelles Bruylant, 2002, 159.

⁵ Loi du 22 décembre 2003 relative au mandat d'arrêt européen, MB 22 décembre 2003. Pour un commentaire, voy. entre autres *Dejemeppe*, «La loi du 19 décembre 2003 relative au mandat d'arrêt européen», JT 2004, 112 et s.

⁶ Voy. le rapport lui-même, COM(2005) 63 final, 23 février 2005 et surtout l'annexe

à ce rapport, SEC(2005) 267, 23 février 2005. Voy. également *Weyembergh* (en collaboration avec *Veronica Santamaria* et *Marie-Hélène Descamps*), *Rapport sur la mise en œuvre du mandat d'arrêt européen en Belgique*, disponible sur le site: <http://www.euowarrant.net>.

⁷ Voy. l'article 5, § 4 de la loi belge de transposition.

⁸ Voy. l'article 4, § 5 de la loi belge de transposition et les précisions fournies par la circulaire ministérielle d'août 2005, § 3.2.1.5.

⁹ Voy. l'article 5 § 1 de la loi belge de transposition.

¹⁰ Voy. l'article 4, § 4 de la loi belge de transposition.

¹¹ Parmi les «insuffisances» à relever à cet égard on notera qu'en cas de consentement de la personne concernée, alors que l'article 17 § 2 de la décision-cadre prévoit que la décision définitive sur l'exécution du mandat d'arrêt européen devrait intervenir dans les 10 jours du consentement, un tel délai n'est pas expressément prévu par la loi belge.

¹² A cet égard, voy. circulaire ministérielle du 8 août 2005 relative au mandat d'arrêt européen, MB 31 août 2005, § 1.6.

¹³ Pour un aperçu plus complet, voy. *Weyembergh* et *Castiaux*, «Belgian case-law – European Arrest warrant», disponible sur le site: <http://www.euowarrant.net>.

¹⁴ Sur ces affaires avant l'entrée en vigueur du mandat d'arrêt européen, voy. notamment *Bribosia* et *Weyembergh*, «Extradition et asile : vers un espace judiciaire européen?», *R.B.D.I.* 1997/1, 73 et s.

¹⁵ Ces arrêts de la Cour de cassation datent du 13 avril 2004, du 11 mai 2004 et du 8 juin 2004 (voy. <http://www.cass.be>).

¹⁶ La dernière décision de la Chambre des mises en accusation est celle de la Cour d'appel d'Anvers rendue le 22 juin 2004. Le Ministère public a renoncé à introduire un pourvoi en cassation contre cette 4^{ème} décision.

¹⁷ À propos de ces décisions, voy. entre autres C. *Ryngaert*, "Het europees aanhoudingsbevel lastens Moreno-Garcia : de aanhouder wint", Instituut voor Internationaal Recht, Working paper nr 59, augustus 2004; C. *Ryngaert*, "Het europees aanhoudingsbevel lastens Moreno-Garcia: de aanhouder wint", *NJW, Doctrine*, nr 89, 17 november 2004, 1126-1233.

¹⁸ Cette décision a été publiée au *JT* 2004, 715 et s. et dans la *RDPC* 2004, 1253 et s.

¹⁹ L'article 2, § 4 transpose l'article 8, § 1^{er} de la décision-cadre.

²⁰ Cette décision n'a à notre connaissance pas été publiée.

²¹ Cette décision a été publiée dans la *RDPC* 2005, 542 et s. Dans le même sens voy. aussi Cour de Cassation, 8 décembre 2004, publiée dans la *RDPC* 2004, 536 et s.; publiée et commentée par *Castiaux* et *Weyembergh* dans le *JT* 2005, 133 et s.

²² Cette décision est disponible sur le site: <http://www.cass.be>.

²³ Voy. par exemple Cour de cassation, 5 octobre 2004, en cause *LM.*, alias *A.M.* (arrêt disponible sur le site: <http://www.cass.be>) et 8 décembre 2004, en cause *D.C.*, publié dans la *RDPC* 2005, 542 et s.

²⁴ Décision publiée et commentée par *N. Angelet* et *A. Weerts*, *JT* 2005, 322 et s.

²⁵ Décision publiée dans la *RDPC*, 536 et s.; publiée et commentée par *Castiaux* et *Weyembergh*, *JT* 2005, 133 et s.

²⁶ Sur cette confiance que suppose l'espace pénal européen, voy. entre autres l'ouvrage collectif dirigé par *G. de Kerchove* et *A. Weyembergh*, *La confiance mutuelle au sein de l'espace pénal européen / Mutual Trust in the European Criminal Area*, éd. de l'Université de Bruxelles, 2005.

²⁷ Arrêt n° 124/2005 (disponible sur le site: <http://www.arbitrage.be/>).

²⁸ Arrêt n° 125/2005 (disponible sur le site: <http://www.arbitrage.be/>).

²⁹ Jugement du 27 avril 2005, affaire *P 1/05*. Pour un commentaire, voy. *A. Lazowski*, "Poland. Constitutional Tribunal on the surrender of Polish citizens under the European arrest warrant. Decision of 27 April 2005", *European Constitutional Law Review* 2005, 601 et s.; *Nita*, dans cette publication.

³⁰ Bundesverfassungsgericht, jugement du 18 juillet 2005, 2 BvR 2236/04.

³¹ CJCE, 11 février 2003, Procédure pénale c. *Klaus Brügge*, Procédure pénale c. *Hüseyin Gözütoç*, aff. C-385/01, C-187/01, Rec. I, p. 1345 et s.

³² CJCE, 16 juin 2005, aff. C-105/03, Procédure pénale c. *Maria Pupino*.

³³ CJCE, 13 septembre 2005, aff. C-176/03, Commission contre Conseil.

Der Europäische Haftbefehl und seine Umsetzung in das französische Recht

Assessorin Peggy Pfützner, LL.M.

I. Umsetzungsgesetz

Die Umsetzung des Rahmenbeschlusses über den Europäischen Haftbefehl und die Übergabeverfahren zwischen den Mitgliedstaaten (RbEuHb) in das französische Recht erfolgte mit dem umfangreichen Reformgesetz n° 2004-204 vom 9. März 2004 zur Anpassung des Rechts an die Entwicklungen der Kriminalität („*Loi Perben II*⁽¹⁾“), das insgesamt 224 Änderungsartikel enthält. Artikel 17 dieses Gesetzes schuf im 4. Titel des 4. Buchs des Strafverfahrensgesetzbuchs (*Code de procédure pénale* = CPP) ein eigenes Kapitel zum Europäischen Haftbefehl (EuHb), so dass seit Inkrafttreten des Gesetzes am 12. März 2004 die Art. 695-11 bis 695-51 CPP den EuHb in Frankreich regeln. Wesentliche Teile dieser Vorschriften sind durch den Runderlass n° 04-2 vom 11. März 2004 konkretisiert worden. Die erforderlichen verfassungsrechtlichen Änderungen erfolgten zuvor mit Gesetz n° 2003-267 vom 25. März 2003.² Das erste höchstrichterliche Urteil zum EuHb erging bereits am 26. Mai 2004 und nahm sowohl den Wortlaut und als auch den Geist des RbEuHb auf.³

II. Wesentliche Neuerungen

Das gesamte Verfahren ist nun ausschließlich justizieller Natur, so dass kein Auslieferungsdekret mehr benötigt wird und auch ein Rechtsmittel vor dem *Conseil d'Etat*⁴ ausgeschlossen ist. Die Übergabe der betroffenen Personen erfolgt gemäß Art. 695-12 n° 1 CPP rahmenbeschlusskonform unter der Voraussetzung, dass die angedrohte Strafe mindestens ein Jahr beträgt (Übergabe zur Verfolgung) oder dass es sich um eine mindestens viermonatige Gefängnisstrafe handelt (Übergabe zur Vollstreckung). Für die in Art. 695-23 CPP genannten Straftaten, die nach dem Recht des ausstellenden Staates mit mindestens drei Jahren Gefängnis bestraft werden, erfolgt keine Prüfung der beiderseitigen Strafbarkeit mehr. Dieser Katalog bezeichnet inkriminierte Verhaltensweisen, führt aber keine präzise formulierten Straftatbestände auf, was in der französischen Literatur teils als großes Defizit,⁵ teils aber auch als unproblematisch gesehen wird.⁶ Art. 695-23 CPP geht jedoch teilweise über Art. 2 Abs. 2 RbEuHb hinaus, indem er auch Vergehen, die in die Zuständigkeit des Internationalen

Strafgerichtshof fallen, nennt, obwohl der RbEuHb in diesem Zusammenhang nur von Verbrechen spricht. Insbesondere wird die Qualifizierung der Straftat als Katalogtat dem ausstellenden Staat überlassen. Darüber hinaus stellen die französische Staatsangehörigkeit⁷ und die Verjährung grundsätzlich keine Verweigerungsgründe mehr dar. Bei der Übergabe eigener Staatsangehöriger zur Strafverfolgung ist zu berücksichtigen, dass diese von der Rücküberstellungsgarantie zur Strafvollstreckung abhängig gemacht werden kann. Im Gegensatz zu anderen EU-Mitgliedstaaten gilt dies in Frankreich nicht für im Inland ansässige Personen (*résidents*). Die Übergabe eines eigenen Staatsangehörigen zur Strafvollstreckung kann dagegen auch heute noch verweigert werden, wenn Frankreich diese selbst übernimmt, Art. 695-24 n° 2 CPP.⁸ Darüber hinaus hat Frankreich im Gegensatz zu Deutschland von der Möglichkeit Gebrauch gemacht, die Anwendung der neuen Vorschriften für in der Vergangenheit liegende Sachverhalte auszuschließen. So wurden Straftaten, die vor Inkrafttreten des Maastrichter Vertrags am 1. November 1993 begangen worden sind, aus dem Anwendungsbereich des EuHb ausgenommen⁹ und unterliegen weiterhin dem traditionellen Auslieferungrecht.¹⁰

III. Ausgehende Europäische Haftbefehle

Die Ausstellung eines EuHb erfolgt gemäß Art. 695-16 CPP durch die Staatsanwaltschaft als zuständige Behörde für ausgehende EuHb, so dass ein EuHb im Gegensatz zu Belgien nicht von einem Untersuchungsrichter erlassen werden kann.¹¹ Verfahrenstechnisch wird ein intern erlassener Haftbefehl in einen EuHb umgewandelt, der zunächst von einer *autorité judiciaire* (Justizbehörde) geschaffen worden sein muss. Sobald ein Untersuchungsgericht, erkennendes Gericht oder Vollstreckungsgericht einen Haftbefehl ausgestellt hat, besitzt die dort ansässige Verfolgungsbehörde die Zuständigkeit zur Transformierung des Haftbefehls in einen EuHb, wenn sie seine Verbreitung in den europäischen Rechtsraum wünscht. Ist der Aufenthaltsort der betroffenen Person bereits bekannt, erfolgt eine direkte Übersendung des EuHb an die in dem jeweiligen Land zuständige Stelle, Art. 695-15 CPP.¹² Ist der Aufenthaltsort unbekannt, erfolgt eine Ausschreibung im Schengener Informationssystem, über Interpol oder einem ähnlichen Mittel.¹³ Gemäß Art. 695-14 CPP muss der EuHb in eine offizielle Sprache des Vollstreckungsstaats bzw. in eine von diesem Staat anerkannte offizielle Sprache der Institutionen der Europäischen Gemeinschaften übersetzt werden, die von diesem Staat anerkannt wird. Schließlich ist eine Ausstellung wegen Vollstreckung einer Maßregel zur Besserung und Sicherung nicht möglich, da das französische Recht dieses Instrument nicht kennt.¹⁴

Als Besonderheit des französischen Rechts muss betont werden, dass eine Verurteilung in Abwesenheit die Ausstellung eines EuHb auch dann nicht hindert, wenn kein Haftbefehl des erkennenden Gerichts existiert. Art. 803-4 CPP erlaubt der im Ausland festgenommenen Person, bei der ausländischen Behörde *opposition* (Widerspruch) einzulegen. Daraufhin legt die

ausstellende Behörde ein Erscheinungsdatum für die betroffene Person fest und bittet die vollstreckende Behörde, sie auf freien Fuß zu setzen. Erscheint die betroffene Person nicht zu dem angesetzten Termin, gilt dies als wiederholte Verurteilung in Abwesenheit. Die Übergabe an die französischen Behörden hat dann innerhalb von zehn Tagen zu erfolgen.¹⁵

IV. Eingehende Europäische Haftbefehle

Für eingehende ausländische EuHb ist gemäß Art. 695-26 Abs. 1 S. 1 CPP der Generalstaatsanwalt bei der jeweiligen *cour d'appel* (Berufungsgericht) zuständig, in dessen Bezirk sich die gesuchte Person befindet.¹⁶ Im Gegensatz zu anderen zentralistischen Systemen ist das französische Konzept hier föderaler Natur. Dies mag aufgrund der zentralistischen Struktur Frankreichs zunächst überraschen, ist jedoch weniger verwunderlich, wenn man berücksichtigt, dass im Bereich der internationalen Rechtshilfe bisher keine zentralistische Tradition existierte.¹⁷ Zudem trägt das gewählte Konzept insoweit zentralistische Züge, als man sich nicht für die „einfachen“ Staatsanwaltschaften und den *juge des libertés et de la détention* (Richter der Freiheiten und der Haft) auf der Ebene der weitaus zahlreicheren *tribunaux de grande instance* (Großinstanzgerichte) entschieden hat. Grund hierfür war wohl auch der Wunsch, die langjährige Erfahrung der Anklagekammern¹⁸ in Auslieferungssachen, die bei den Berufungsgerichten ansässig waren, nutzen zu können.

Die eingehenden Ersuchen müssen von der ausländischen Behörde ins Französische übersetzt werden.¹⁹ Zur Einhaltung der gesetzlichen Vorführungsfrist von 48 Stunden wurde das Grundgehalt der Übersetzer gemäß Art. R. 122-1 CPP unabhängig von der jeweiligen Sprache um 50 % erhöht. Frankreich entschied sich dagegen, Englisch als einzige offizielle Sprache der EU anzuerkennen, so dass es im Zeichen der Gegenseitigkeit nun auch verpflichtet ist, ausgehende EuHb in die jeweilige Landessprache zu übersetzen. Die festgenommene Person erscheint innerhalb von 48 Stunden vor dem örtlich zuständigen Generalstaatsanwalt, wo sie gemäß Art. 695-27 Abs. 1 CPP die gleichen Rechte wie eine in Polizeigewahrsam genommene Person genießt²⁰ und gemäß Art. 695-27 Abs. 2 CPP über den EuHb informiert wird. Der Generalstaatsanwalt kann die Person gemäß Art. 695-28 Abs. 1 CPP entweder festsetzen oder freilassen, wenn ausreichende Garantien bestehen, dass die betroffene Person zu den entsprechenden Verfahrensakten erscheint oder offensichtlich ein zwingender Verweigerungsgrund besteht. Dass der Gesetzgeber sich nicht für den Richter der Freiheiten und der Haft, der in Frankreich für die Anordnung der Untersuchungshaft zuständig ist, entschieden hat, lässt wohl Vereinfachungsgründe vermuten.

Zur Entscheidung ruft der Generalstaatsanwalt gemäß Art. 695-29 CPP die Untersuchungskammer an, die weitere fünf Tage Zeit hat, bevor die betroffene Person von ihr öffentlich angehört wird. Damit bricht die Einführung des Öffentlichkeitsprinzips in Übergabesachen mit dem traditionellen Auslieferungrecht, wird jedoch durch das Erfordernis des „bon

déroulement de la procédure“ und den Schutz der Personen relativiert. Neben der betroffenen Person selbst, ggf. in Anwesenheit eines Rechtsbeistands und eines Dolmetschers, und der Staatsanwaltschaft kann nun auch der ausstellende Staat selbst an der Anhörung teilnehmen, Art. 695-30 Abs. 4 CPP. In diesem Vorführtermin, der folglich spätestens nach sieben Tagen zu erfolgen hat, ist gemäß Art. 695-31 CPP je nach Zustimmung oder Ablehnung der Übergabe durch den Verfolgten zu unterscheiden. Stimmt die betroffene Person zu, stellt die Untersuchungskammer dies fest und gestattet die Übergabe innerhalb von sieben Tagen. Diese Erklärung ist unwiderruflich und kann auch einen Verzicht auf den Spezialitätsgrundsatz enthalten. Lehnt die betroffene Person die Übergabe ab, hat die Untersuchungskammer dagegen zwanzig Tage Zeit für ihre Entscheidung, da diese nun begründet werden muss.²¹ In beiden Fällen können die Fristen aus Gründen der Informationsbeschaffung verlängert werden, wenn der EuHb beispielsweise fehlerhaft ist.

Im Gegensatz zum deutschen Umsetzungsgesetz sieht das französische Gesetz in Art. 695-42 Abs. 1 CPP bei konkurrierenden EuHb ausdrücklich ein Prioritätsverfahren (*procédure de „priorisation“*) vor. Zu den maßgeblichen Kriterien zählen insbesondere die Schwere der Tat, der Tatort, das Datum der entsprechenden Haftbefehle und die Tatsache, ob der Haftbefehl zur Verfolgung oder Vollstreckung ausgestellt wurde. Im Zweifelsfall besteht auch die Möglichkeit der Anrufung von Eurojust. Diese Kriterien gelten gemäß Art. 695-42 Abs. 2 CPP auch bei Konkurrenz eines EuHb mit einem Auslieferungersuchen, da das Gesetz dem EuHb keine grundsätzliche Priorität einräumt.

V. Zwingende Verweigerungsgründe

Zur Wahrung der Beschuldigtenrechte hat Frankreich manche, im RbEuHb fakultativ ausgestaltete Verweigerungsgründe in zwingende Verweigerungsgründe umgewandelt. So muss die Übergabe verweigert werden, wenn die französischen Behörden selbst in der Lage waren zu verfolgen und zu verurteilen und Verfolgungs- bzw. Vollstreckungsverjährung eingetreten ist, Art. 695-22 n° 4 CPP. Weitere zwingende Gründe der Verweigerung der Übergabe sind gegeben, wenn die französischen Behörden selbst in der Lage waren zu verfolgen und ein Amnestiegesetz greift, Art. 695-22 n° 1 CPP,²² wenn eine endgültige Entscheidung in der gleichen Sache ergangen ist, Art. 695-22 n° 2 CPP,²³ wenn die Person zum Tatzeitpunkt jünger als 13 Jahre alt war, Art. 695-22 n° 3 CPP, wenn der EuHb aus diskriminierenden Gründen ergangen ist, Art. 695-22 n° 5 CPP, oder wenn die Straftat nicht in den Katalog des Art. 2 Abs. 2 RbEuHb fällt und nach französischem Recht nicht strafbar ist, Art. 695-23 Abs. 1 iVm Abs. 2 CPP. Dieser letzte Verweigerungsgrund ist insoweit protektionistischer Natur, als der RbEuHb es in das Ermessen der Mitgliedstaaten stellte, die Übergabe aus diesem Grund zu verweigern.²⁴ Bezüglich Art. 695-22 n° 5 CPP ist gegenüber der teilweise in Deutschland vertretenen Argumentation bemerkenswert, dass die Tatsache, dass der RbEuHb die Anti-Diskriminierungsklausel nur in seinem 12.

Erwägungsgrund und in Art. 1 III RbEuHb erwähnt, ihn also gerade nicht als konkreten Verweigerungsgrund ausgestaltet hat, der Einführung eines Verweigerungsgrunds im französischen Umsetzungsgesetz nicht entgegenstand.²⁵ Vielmehr wird argumentiert, dass die Anti-Diskriminierungsklausel von einem solchen Stellenwert sei, dass sie deswegen bereits zu Beginn des RbEuHb genannt werde.²⁶

VI. Fakultative Verweigerungsgründe

Gemäß Art. 695-24 n° 1 CPP kann zunächst die Existenz eines in Frankreich laufenden Ermittlungsverfahrens oder die Nicht-einleitung bzw. Einstellung des Verfahrens die Verweigerung der Übergabe begründen. Gleiches gilt für die Notwendigkeit, die Strafe oder freiheitsbeschränkende Maßnahme, für deren Vollstreckung der EuHb ausgestellt wurde, in Frankreich gegenüber einem eigenen Staatsangehörigen zu vollstrecken, Art. 695-24 n° 2 CPP. Darüber hinaus sind die Begehung der Straftat ganz oder teilweise auf französischem Staatsgebiet, Art. 695-24 n° 3 CPP, oder außerhalb des Staatsgebiets des ausstellenden Staats, sofern das französische Strafrecht die Verfolgung der Straftat außerhalb Frankreichs nicht erlaubt, Art. 695-24 n° 4 CPP, fakultative Verweigerungsgründe.²⁷ Der politische Charakter der Straftat führt dagegen nicht mehr zu einer Verweigerung,²⁸ wie es das traditionelle Auslieferungsrecht in Art. 696-4 n° 2 CPP weiterhin vorsieht.

VII. Rechtsmittel

Da die Entscheidungen über die Übergabe von den *cours d'appel* (Berufungsgerichten) getroffen werden, wäre nach allgemeinen Regeln grundsätzlich nur eine Rechtskontrolle bei der *Cour de cassation* (Kassationsgerichtshof) und keine Berufung möglich. Man hat sich jedoch zunächst die Frage gestellt, ob überhaupt ein Rechtsmittel zulässig sein soll und sich schließlich für eine differenzierende Lösung entschieden. Hat die betroffene Person der Übergabe aus freien Stücken und unter Wahrung der Verfahrensgarantien zugestimmt, so ist kein Rechtsmittel zulässig. Liegt keine Zustimmung vor, hat man sich für eine Rechtskontrolle entschieden, die jedoch gemäß Art. 568-1 Abs. 1 CPP innerhalb einer dreitägigen Frist – im Gegensatz zur allgemeinen 5-Tagesfrist – vom Generalstaatsanwalt oder der betroffenen Person eingelegt werden muss. Zudem hat die zuständige Kammer der *Cour de cassation* gemäß Art. 574-2 Abs. 1 CPP anschließend nur 40 Tage – anstatt drei Monate – Zeit zur Entscheidungsfindung. Im Falle einer positiven Entscheidung erfolgt die Übergabe gemäß Art. 695-37 Abs. 1 CPP innerhalb von zehn Tagen. Sie kann jedoch aus humanitären Gründen gemäß Art. 695-38 CPP verzögert werden, was teilweise als „Lähmung der Vollstreckung“ kritisiert wird.²⁹

VIII. Abschließende Betrachtungen

Für Frankreich bestehen die wesentlichen Änderungen zum einen in der „Justizialisierung“ des gesamten Übergabeverfahrens, die die verwaltungsrechtliche Phase eines Ausliefe-

rungsdekrets ausspart, und zum anderen in der Übergabe auch eigener Staatsangehöriger. Gerade der Erlass eines Auslieferungsdekrets dauerte teilweise Monate und führte daher zu erheblichen Verzögerungen.³⁰ Die betroffene Person muss dem ausstellenden Staat nun innerhalb von drei Monaten übergeben werden, so dass hierdurch eine wesentliche Verfahrenbeschleunigung eintrat. Auch wenn der EuHb (noch?) keinen internen Haftbefehl ersetzt, wird er als ein Schritt in die richtige

Richtung, d.h. zu einem freien Verkehr von Haftbefehlen in einem europäischen Rechtsraum ohne justizielle Kontrolle begrüßt und überwiegend für viel versprechend gehalten.³¹ Auch die EU-Kommission bescheinigte dem französischen Gesetzgeber eine überwiegend erfolgreiche Umsetzung,³² so dass unser Nachbarland die Vorgaben Brüssels zum EuHb weit bereitwilliger umsetzte als Deutschland, wo es immer noch kein Umsetzungsgesetz gibt.³³



Peggy Pfützner

Assessorin, LL.M. Köln/Paris. Wissenschaftliche Mitarbeiterin am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht. Sie arbeitet in den Referaten „Frankophone Europäische Länder“ und „Europäisches Strafrecht“.

http://www.mpicc.de/www/de/ext/forschung/forschungsarbeit/strafrecht/eu_haftbefehl.htm

¹ Abgedruckt in Dalloz 2004, 737-790, benannt nach *Dominique Perben*, der am 7. Mai 2002 in der Regierung von *Jean-Pierre Raffarin* zum Justizminister ernannt wurde.

² So wurde die französische Verfassung um Art. 88 Abs. 3 ergänzt: „Das Gesetz bestimmt die Vorschriften zum Europäischen Haftbefehl in Anwendung der auf der Basis des EU-Vertrags vorgenommenen Maßnahmen.“

³ Cass. crim. 26. Mai 2004, *Actualité Juridique Pénal* 2004, Anm. *Enderlin*, 291-292. Für einen Überblick über die Rechtsprechung der *Cour de cassation* zum EuHb bis zum 31. Dezember 2005 siehe *Lemoine*, *Le mandat d'arrêt européen devant la Chambre criminelle*, *Actualité Juridique Pénal* 2006, 14 ff.

⁴ Der *Conseil d'Etat* (Staatsrat) ist das oberste französische Verwaltungsgericht.

⁵ Kritisch *Pradel*, *Le mandat d'arrêt européen – Un premier pas vers une révolution copernicienne dans le droit français*, Dalloz 2004, Partie I, 1392, 1399 der am Beispiel der Sterbehilfe, die zwar nach französischem, nicht aber nach belgischem Recht unter die vorsätzliche Tötung fällt, auf Harmonisierungsdefizite hinweist. Gleiches gilt im umgekehrten Fall für den Betrugstatbestand im deutsch-französischen Verhältnis. Verlangt das französische Recht im Gegensatz zum deutschen zusätzlich zur einfachen *mensonge* (Lüge) sog. *manœuvres frauduleux* (betrügerische Manöver) als einen sich nach außen manifestierenden Akt, ist dies vom französischen Richter nun nicht mehr zu prüfen. Zum Straftatenkatalog aus französischer Sicht siehe auch *Cartier*, *Le mandat d'arrêt européen*, Bruxelles 2005, S. 85; *Chafai*, *Le mandat d'arrêt européen: outil de capture où idée captivante?*, *Gazette du Palais* 2004, 914.

⁶ *Lainé*, *Présentation et aspects pratiques*, *Actualité Juridique Pénal* 2006, 9 (11), der die Qualifizierung in der Mehrzahl der Fälle für unproblematisch hält.

⁷ Am 26. September 2002 (n° 368-282) entschied der *Conseil d'Etat* (Staatsrat), dass die Rechte und Freiheiten, so wie sie die Menschenrechtserklärung von 1789 und die Präambel der französischen Verfassung festschreiben, eine Auslieferung eigener Staatsangehöriger nicht verbieten. Dieser war deswegen zur Entscheidung berufen, weil der *Conseil constitutionnel* (Verfassungsrat) gemäß Art. 54 der Verfassung nur für solche internationalen Verpflichtungen zuständig ist, die der Ratifikation bzw. Zustimmung unterliegen. Bereits 1994 (CE, ass., 24 nov. 1994, n° 356641) hatte er den verfassungsrechtlichen Rang des Prinzips der Nichtauslieferung französischer Staatsangehöriger verneint.

⁸ Vgl. auch VI, S. 5.

⁹ Art. 215 Abs. 1 und 2 des Gesetzes n° 2004-204 vom 9. März 2004.

¹⁰ Art. 696 bis 696-47 CPP.

¹¹ *Lainé*, (Fn. 6), 10.

¹² Ist die zuständige Stelle nicht bekannt, kann das Europäische Justizielle Netzwerk kontaktiert werden.

¹³ Die Ausschreibung über Interpol erfolgt insbesondere bei Fahndungen nach Personen, die sich in den DOM-TOM (*Départements français d'Outre-Mer – Territoires français d'Outre-Mer*) aufhalten.

¹⁴ Die Vollstreckung eines eingehenden EuHb aus einem Staat, der dieses Instrument kennt, bleibt davon unberührt.

¹⁵ 1.2.3. Abs. 1. des Runderlasses n° 04-2 vom 11. März 2004.

¹⁶ Ist der Aufenthaltsort der verfolgten Person nicht bekannt, findet Art. 695-15 Abs. 2 CPP Anwendung, der auf das Schengener Informationssystem und Interpol verweist.

¹⁷ *Cartier* (Fn. 5), S. 86.

¹⁸ Die Anklagekammern sind mit Gesetz n° 2000-516 vom 15. Juni 2000 durch die Untersuchungskammern ersetzt worden.

¹⁹ 1.3.1. Abs. 7 des Runderlasses n° 04-2 vom 11. März 2004.

²⁰ Zu den einzelnen in Art. 63-1 bis 63-5 CPP niedergelegten Rechten zählen z.B. das Recht auf anwaltlichen Beistand und die Information über die Möglichkeit der Zustimmung oder Ablehnung der Übergabe.

²¹ Die Begründungspflicht ergibt sich aus der Rechtsmittelfähigkeit der Entscheidung.

²² Dies wirft die Frage auf, warum ein „künstliches“ Amnestiegesetz eher eine Verweigerung der Übergabe begründen können soll als ein Aufhebungsgesetz, das nicht zur Verweigerung führen kann.

²³ Zum Begriff der „*mêmes faits*“ und der „*décision définitive*“ in diesem Zusammenhang siehe *Pradel* (Fn. 5), 1402 ff.

²⁴ Anders z.B. Spanien in Art. 10 Abs. 2 des Gesetzes vom 14. März 2003.

²⁵ *Gay*, *Le mandat d'arrêt européen et son application par les Etats membres*, Fondation Robert Schuman – Questions d'Europe, abrufbar unter: www.robertschuman.org.

²⁶ *Pradel* (Fn. 5), 1397.

²⁷ Deutschland ist dagegen durch das BVerfG (18. Juli 2005, EuGRZ 2005, 387 ff.) dazu verpflichtet worden, diese Verweigerungsgründe im Falle einer Auslieferung eigener Staatsangehöriger in zwingende Verweigerungsgründe umzuwandeln. Zur Entscheidung des BVerfG siehe insbesondere *Ahlbrecht* in dieser Ausgabe; *Böhm*, NJW 2005, 2588 ff.; *Jekewitz*, GA 2005, 625 ff.; *Lagodny*, StV 2005, 515 ff.; *Pfützner*, *The decision of the Federal Constitutional Court (2BvR 2236/04) concerning*

the European Arrest Warrant, <http://www.eurowarrant.net>>publications> articles and commentaries; *Ranft*, *wistra* 2005, 361 ff.; *Tomuschat*, *EuGRZ* 2005, 453 ff.; v. *Unger*, *NVwZ* 2005, 1266 ff.; *Vogel*, *JZ* 2005, 801 ff. Siehe zu dieser BVerfG-Entscheidung aus französischer Sicht *Leblois-Happe*, *L'arrêt de la Cour constitutionnelle allemande du 18 juillet 2005*, *Actualité Juridique Pénal* 2006, 32-33. Der Gesetzesentwurf eines neuen Europäischen Haftbefehlsgesetzes ist abrufbar unter: www.bmj.bund.de/media/archive/1078.pdf.

²⁸ Erst die Einführung des Art. 88 Abs. 3 der Verfassung erlaubte die Aufgabe dieses Prinzips, das der *Conseil d'Etat* am 26. September 2002 (n° 368-282) zu

einem verfassungsrechtlichen Prinzip erklärt hatte.

²⁹ *Pradel*, *Le mandat d'arrêt européen – Un premier pas vers une révolution copernicienne dans le droit français*, *Dalloz* 2004, Partie II, 1462, 1469 spricht insoweit von einer „paralyse“.

³⁰ *Pradel* (Fn. 29), 1469, Fn. 166.

³¹ *Cartier* (Fn. 5), S. 91; *Gentili-Picard*, *La mise en œuvre du mandat d'arrêt européen en France*, *JCP* 2004, I, 1775, 1780; *Lainé*, (Fn. 6), 13; *Pradel* (Fn. 29), 1469.

³² KOM(2006) 8 endgültig.

³³ Siehe Fn. 27.

Notes sur la loi italienne portant mise en oeuvre du mandat d'arrêt européen (loi du 22 avril 2005, n° 69)

Professor Stefano Manacorda

I. Les doutes sur la constitutionnalité et la longue gestation de la loi de transposition

A la différence d'autres Etats membres de l'Union européenne, l'Italie n'a pas fait montre d'empressement dans la mise en œuvre en droit interne du mandat d'arrêt européen (MAE), la loi de transposition n'étant intervenue que le 22 avril 2005, à la suite d'une série d'ajournements du délai maximal de mise en œuvre de la décision-cadre (DC) ; elle a ainsi finalement déterminé l'entrée en vigueur de l'instrument européen.¹ L'exécutif avait en effet exprimé sa perplexité lors des négociations. Une fois abandonnée l'idée de parvenir à une modification de la liste positive de l'article 2, alinéa 2 DC, l'Italie avait accepté un accord *in extremis* au sein du Conseil, en ajoutant néanmoins au texte une déclaration politique aux contenus douteux.²

Toutefois, c'est à la suite d'un avis émis en 2002, à la demande du Premier Ministre, par deux éminents juristes, anciens présidents de la Cour constitutionnelle, que le débat autour du MAE s'est développé et que les critiques se sont multipliées.³ Les principaux doutes sur la constitutionnalité sont apparus en relation avec l'article 25, alinéa 2 de la Constitution, aux termes duquel « nul ne peut être puni pour un fait qui, au moment où il a été commis, ne constituait pas une infraction aux termes de la loi pénale ». Une partie de la doctrine avait, en effet, constaté que tous les corollaires du principe de légalité étaient menacés.⁴ Concernant l'intervention nécessaire de la loi parlementaire (*riserva di legge*), elle était violée par l'abandon de la règle de la double incrimination.⁵ Quant au corollaire de la précision (*tassatività et determinatezza*), les catégories de la

liste positive de l'article 2, alinéa 2 DC apparaissaient comme étant extrêmement vagues. De même, la non rétroactivité de la loi pénale était mise en danger par la possibilité de faire application du nouveau dispositif à des infractions réalisées antérieurement et par la faculté d'élargir *a posteriori* la liste positive.

Aux critiques sur la légalité s'ajoutaient les réserves émises au regard du principe de culpabilité. L'article 27, alinéa 1^{er} de la Constitution, aux termes duquel la responsabilité pénale est personnelle, lu en relation avec l'alinéa 3 de la même disposition, qui édicte le principe de la rééducation du condamné, conduit à considérer que l'individu ne saurait être jugé pénalement responsable s'il ignore, de manière non coupable, le contenu de la loi pénale. Aussi, le principe serait-il fortement menacé dès lors que la responsabilité se fonde sur une loi étrangère et que le fait ne constitue pas une infraction pénale aux termes de la loi pénale italienne.

Sur le plan de la procédure, l'on faisait observer que le MAE portait atteinte à l'article 13 de la Constitution concernant la liberté personnelle et la double 'réserve' (de loi et de juridiction). De même, l'on soulignait les points de conflit du nouveau dispositif avec les articles 112 et 24, portant respectivement sur le principe de légalité des poursuites et sur les droits de la défense. En termes plus généraux, les menaces à l'encontre du principe d'égalité apparaissaient également évidentes.⁶

Un dernier aspect soulevant de fortes perplexités tenait à la remise de l'auteur d'une infraction politique qui n'est envisagée dans la décision-cadre qu'à travers la clause de non-discrimination du préambule, alors que la Constitution italienne

prévoit à cet égard l'interdiction d'extradition pour le citoyen et le droit d'asile pour l'étranger (respectivement articles 26 et 10 de la Constitution).⁷

L'ensemble de ces critiques, combiné avec une certaine résistance de la majorité parlementaire à l'adoption du texte,⁸ a fortement conditionné les délais d'adoption et les contenus mêmes de la loi de transposition.

Par la suite l'on montrera la spécificité de la solution italienne découlant des ces facteurs, plus particulièrement en ce qui concerne la dérogation au principe de la double incrimination, admise à certaines conditions par la décision-cadre mais substantiellement rejetée par la loi interne.

II. Le rappel des droits fondamentaux et l'affirmation générale du principe de la double incrimination

Presque « obsédé » par l'idée des garanties, le législateur italien a marqué, dès les premiers articles de la loi, sa méfiance vis-à-vis du nouvel instrument. La mise en oeuvre de la décision-cadre en droit interne n'est admise que dans la mesure où les dispositions en cause « ne sont pas incompatibles avec les principes suprêmes de l'ordre constitutionnel portant sur les droits fondamentaux, ainsi que sur les droits de liberté et le procès équitable » (article 1^{er} de la loi). Dans le même esprit, l'article 2 de la loi impose, à toute autorité appelée à appliquer le mandat, le respect des droits fondamentaux, tels qu'ils sont consacrés par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et par la Constitution républicaine : le destinataire de cette injonction est avant tout le juge du fond chargé, aux termes de l'alinéa 2 du même article, de requérir éventuellement des garanties adéquates auprès l'Etat membre d'émission du mandat. L'article 18, qui contient la longue liste des motifs de refus, et sur lequel l'on reviendra, contient également des traces de la très forte inquiétude du Parlement italien vis-à-vis du nouveau cadre de coopération judiciaire, en autorisant le juge à ne pas donner suite à la remise de l'individu dès lors que la décision judiciaire qui est à la base du mandat contient des dispositions contraires aux principes généraux du droit de l'ordre juridique italien (article 18, alinéa 1, *litt. v*). Concernant le principe de la double incrimination, véritable noeud du nouveau dispositif,⁹ le législateur a maintenu une attitude que l'on n'hésiterait pas à qualifier de très grande prudence, la Commission des Affaires constitutionnelles de la Chambre des Députés s'étant montrée très inquiète à cet égard. Tout d'abord, il a tenu, à l'article 7 portant sur la double punissabilité, à affirmer qu'une telle règle revêt une portée générale : « l'Italie ne donnera exécution au mandat d'arrêt européen que si le fait est prévu en tant qu'infraction pénale également par la loi nationale ». Ce qui était prévu comme une simple faculté à l'article 2, alinéa 4, de la DC, devient ainsi une obligation.

L'article 7 contient une différenciation de la peine, selon que le MAE concerne une décision provisoire ou définitive de l'autorité judiciaire étrangère. Dans le premier cas de figure, l'alinéa 3 exige que le fait soit puni par l'Etat d'émission « d'une

peine ou d'une mesure de sûreté privative de liberté personnelle d'une durée maximale d'au moins douze mois ». Concernant cette première hypothèse, le législateur a voulu préciser qu'aux fins du calcul de la peine le juge ne devra pas prendre en considération les circonstances aggravantes, confiant ainsi à l'autorité judiciaire italienne le soin de vérifier si l'infraction, faisant l'objet de la demande, est à considérer comme étant « circonstanciée » en droit étranger.¹⁰ En revanche, le paragraphe suivant de la norme exige que la peine ou la mesure de sûreté ne soit pas inférieure à quatre mois dès lors qu'il s'agit de donner exécution à une demande de remise d'un individu condamné au pénal.

III. La dérogation à la double incrimination et le 'remplissage' de la liste positive

L'article 8 contient les normes applicables aux dérogations au principe de la double incrimination qui apparaissent dans la liste positive : ici la distance avec la décision-cadre est significative puisque, au fond, la loi italienne exige toujours une vérification de la punissabilité bilatérale.

Concernant la sanction, l'article 8 prévoit que le mandat sera appliqué dès lors que la peine maximale est égale ou supérieure à trois ans. D'où le doute qu'une telle disposition, ne faisant référence qu'à la peine édictée, couvre exclusivement l'hypothèse du MAE adopté en vue de l'arrestation et de la remise d'une personne recherchée pour l'exercice de poursuites pénales, et non pas aux fins d'exécution d'une peine ou d'une mesure de sûreté privatives de liberté. Une interprétation doctrinale correcte porte néanmoins à considérer que l'article 8 est applicable à cette seconde série de cas de figure, c'est-à-dire à la suite d'une condamnation pénale, mais dans les limites de peine prévues à l'alinéa 4 de l'article 7 de la loi.

Toutefois, c'est surtout en relation avec le manque de précision des catégories d'infractions incluses dans la liste positive que la loi italienne a un caractère innovant. Plutôt que de reprendre tout court les trente-deux macro-infractions prévues par l'instrument européen, le législateur italien a opté pour une solution différente qui vise à mieux définir les hypothèses permettant de déroger à la double incrimination.

Les formules de « remplissage » de l'article 8 sont à regrouper en trois catégories. Dans une première série d'hypothèses, l'étiquette de la décision-cadre est purement et simplement reprise en droit interne : c'est le cas par exemple de la falsification des moyens de paiement (article 8, alinéa 1^{er}, *litt. cc*). Dans un deuxième cas de figure, le législateur a précisé la définition européenne en ajoutant des éléments qui ont pour effet d'en restreindre la portée : ainsi, par exemple, le but du profit est ajouté à la définition de l'aide à l'entrée et au séjour irréguliers (article 8, alinéa 1^{er}, *litt. o*). En revanche, dans la plupart des cas, qui entrent dans le troisième cas de figure, l'intégration de la législation européenne a eu lieu au travers d'une définition se rapprochant de la norme d'incrimination interne correspondante : ainsi, à la place de la simple mention

de la corruption, l'article 8 admet la dérogation à la double incrimination dès lors que le comportement faisant l'objet du MAE consiste « dans le fait de recevoir, accepter la promesse, donner ou promettre de l'argent ou autre bénéfice en relation avec la commission ou la non commission d'un acte relatif à une fonction publique » (article 8, alinéa 1^{er}, *litt. g*).

La finalité poursuivie par le législateur est claire : il s'agissait en effet de répondre aux doutes sur la constitutionnalité portant sur le principe de légalité, d'où le choix de remplir les catégories vides de la décision-cadre par une référence, plus ou moins précise, aux normes d'incrimination internes.¹¹ Il reste néanmoins que, du point de vue de la coopération judiciaire, la « solution » italienne présente des inconvénients, car au fond elle trahit l'esprit de la reconnaissance mutuelle et réintroduit, de manière subreptice des conditions à la remise qui se rapprochent significativement de la double incrimination.

IV. Les garanties supplémentaires : reconnaissance du principe de culpabilité pour le citoyen, inclusion des faits justificatifs parmi les motifs de refus

Une série de dispositions entourent de garanties supplémentaires la remise du prévenu ou du condamné recherché à l'étranger et confirment l'attachement du législateur italien au principe de la double incrimination.

Tout d'abord, une clause de sauvegarde, contenue à l'alinéa 3 de l'article 8, complète le dispositif : « si l'infraction n'est pas prévue par la loi italienne, la remise du citoyen italien n'aura pas lieu dès lors que celui-ci ne connaissait pas, sans faute de sa part, la norme pénale de l'Etat membre d'émission sur la base duquel le mandat d'arrêt européen a été émis ». Il s'agit d'une application, sur le terrain du MAE, du principe de culpabilité élaboré par la doctrine et repris ensuite par la Cour constitutionnelle dans sa célèbre décision portant déclaration d'inconstitutionnalité partielle de l'article 5 du Code pénal en matière d'ignorance de la loi pénale (décision n° 364 de 1988).

Pour garantir ultérieurement le respect de la légalité, toute inclusion de nouvelles infractions dans la liste positive de la décision-cadre est subordonnée à l'avis du Parlement et l'Italie pourra ne pas s'engager dès lors que l'une des deux assem-

blées se sera prononcée de manière négative.

La remise fera également l'objet d'un refus dans d'autres cas portant sur un fait justificatif (consentement du sujet passif de l'infraction, exercice d'un droit, commandement de la loi ou de l'autorité légitime), aux termes de l'article 18, *litt. b et c*. L'effet d'une telle disposition n'est pas seulement de contrecarrer les risques liés au mécanisme de la dérogation, mais également d'affirmer un principe de double punissabilité *in concreto* pour la remise, contrairement aux indications émanant de la doctrine en ce qui concerne l'extradition.¹²

Le dispositif est complété par l'article 18 *litt. f*, portant sur l'infraction politique qui exclut la remise, exception faite des infractions terroristes et du génocide. Une fois encore, la distance avec la décision-cadre est grande et elle semble s'expliquer à la lumière des principes d'ordre constitutionnel précités.

Enfin, c'est dans le même esprit qu'il faut lire l'article 4 de la loi qui attribue un rôle significatif au Ministre de la Justice dans la nouvelle procédure, ce qui distingue encore la loi italienne de la philosophie de fond de la décision-cadre. Toutefois, une interprétation correcte du dispositif porte à considérer que le Ministre, en tant qu'autorité centrale, ne devrait pas jouer un rôle de filtre politique, étant d'ailleurs tenu transmettre toute demande de coopération à l'autorité judiciaire « sans retard ».

V. Conclusion

A la recherche d'un point d'équilibre entre les exigences de garantie de l'individu ayant un fondement constitutionnel et la nécessité de donner exécution aux impératifs de source européenne, le législateur italien semble avoir nettement privilégié les premières. S'inscrivent notamment dans cette logique les résistances à l'abandon de la règle de la double incrimination. Cela dit, la surabondance des rappels aux droits et libertés fondamentaux, le rôle de l'autorité politique, l'ampleur des motifs de refus, semblent indiquer à tout moment une attitude négative du législateur vis-à-vis du nouvel instrument. A la lecture du texte il en découle un système qui, loin de simplifier le cadre juridique préexistant, accomplit probablement un certain nombre de pas en arrière par rapport au cadre juridique applicable en matière d'extradition.

Prof. Stefano Manacorda

Professore associato di diritto penale, Facoltà di Giurisprudenza, Seconda Università di Napoli.

Professeur invité à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne UMR de Droit comparé de Paris



¹ Legge 22 aprile 2005, n. 69, "Disposizioni per conformare il diritto interno alla decisione quadro 2002/584/GAI del Consiglio, del 13 giugno 2002, relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri", *Gazzetta Ufficiale* n. 98 del 29 aprile 2005.

² Déclaration ainsi rédigée: « Per dare esecuzione alla decisione-quadro sul mandato di cattura europeo il Governo italiano dovrà avviare le procedure di diritto interno per rendere la decisione-quadro stessa compatibile con i principi supremi dell'ordinamento costituzionale in tema di diritti fondamentali, e per avvicinare il suo sistema giudiziario ed ordinamentale ai modelli europei ».

³ G. Vassalli/V. Caianiello, Parere sulla proposta di decisione-quadro sul mandato di arresto europeo, in: *Cass. pen.* 2002, 462 s.

⁴ S. Manacorda, Il mandato di arresto europeo nella prospettiva sostanzial-penalistica: implicazioni teoriche e ricadute politico-criminali, in: *Riv. It. Dir. Proc. Pen.* 2004, 789 s. et G. Giudicelli Delage/S. Manacorda (dir. avec la coordination de J. Tricot), *L'intégration pénale indirecte. Intéeractions entre droit pénal et coopération judiciaire au sein de l'Union européenne, Société de Législation comparée*, Paris 2005.

⁵ Voir également V. Sanguigno, Profili sostanziali dell'estradizione e del mandato di arresto europeo, Tesi di dottorato, Seconda Università di Napoli, 2005.

⁶ G. Vassalli, Mandato d'arresto e principio di uguaglianza, in: *Il Giusto processo*, 2002, 131 s.

⁷ Voir M. del Tufo, Il rifiuto della consegna motivato da esigenze di diritto sostanziale, in: G. Pansini/A. Scalfati (dir.), *Il mandato di arresto europeo*, Naples 2005, p. 137 s.

⁸ Avis de la Commission Affari costituzionali della Camera dei Deputati du 29 octobre 2003.

⁹ Ainsi F. Tulkens, La reconnaissance mutuelle des décisions sentencielles. Enjeux et perspectives, in: G. de Kerchove/A. Weyembergh (dir.), *La reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires pénales dans l'Union européenne*, Bruxelles 2001, p. 171.

¹⁰ L. d'Angelo, La rilevanza del principio della «doppia incriminazione» ai fini delle determinazioni in materia di consegna della persona, in: L. Kalb (dir.), *Mandato di arresto europeo e procedure di consegna. Commento alla legge 22 aprile 2005*, n. 69, Milan 2005, p. 59 s.

¹¹ F.R. Dinacci, Mandato d'arresto europeo, libertà personale e principio di uguaglianza, in: G. Pansini/A. Scalfati (dir.), *Il mandato di arresto europeo*, cit., p. 30.

¹² G. De Francesco, Il concetto di «fatto» nella previsione bilaterale e nel principio del «ne bis in idem» in materia di estradizione, in: *Indice penale* 1996, 643.

Das Urteil des polnischen Verfassungsgerichtshofs über den Europäischen Haftbefehl*

Dr. Barbara Nita

Der vorliegende Beitrag beschäftigt sich mit der Entscheidung des Verfassungsgerichtshofs (*Trybunał Konstytucyjny*) über die Verfassungswidrigkeit des Gesetzes zur Implementierung des Rahmenbeschlusses über den Europäischen Haftbefehl in das polnische Recht.

I. Einführung in die verfassungsrechtliche Problematik

Die Notwendigkeit, den Rahmenbeschluss 2002/584/JI des Europäischen Rates vom 13. Juni 2002 über den Europäischen Haftbefehl und die Übergabeverfahren zwischen den Mitgliedstaaten der Europäischen Union¹ (EuHb) zu implementieren, stellte das polnische Parlament vor die schwierige Aufgabe, die nationalen Rechtsvorschriften an die von der EU angenommenen Standards anzupassen. Diese scheinen nämlich mit den polnischen Verfassungsgarantien zu kollidieren.² Laut Art. 55 Abs. 1 der geltenden polnischen Verfassung von 1997 ist die Auslieferung eines polnischen Staatsbürgers nicht zulässig. Gemäß Art. 55 Abs. 2 ist es auch verboten, eine Person auszuliefern, die verdächtig ist, aus politischen Gründen eine Straftat ohne Gewaltanwendung begangen zu haben. Anders als in den Rechtssystemen anderer Mitgliedstaaten der EU,

welche die Implementierung des Rahmenbeschlusses über den EuHb mit einer Änderung der verfassungsrechtlichen Vorschriften verbanden, blieb Art. 55 der polnischen Verfassung bislang unverändert. Angesichts dieses Umstandes war zu erwarten, dass die mangelnde Kohärenz zwischen dem Gesetz zur Implementierung des Rahmenbeschlusses über den EuHb und der Verfassung früher oder später vor den polnischen Verfassungsgerichtshof führen würde.

Dies geschah dann auch tatsächlich in der Form einer Richtervorlage des Landgerichts in Danzig (*Sąd Okręgowy w Gdańsku*). Diese wurde im Zusammenhang mit einem bei diesem Gericht anhängigen Verfahren, das die Übergabe einer polnischen Staatsbürgerin zur Einleitung eines Strafverfahrens auf dem Gebiet der Niederlande zum Gegenstand hatte, beim Verfassungsgerichtshof eingereicht. Sie betraf die Frage der Übereinstimmung des Art. 607t § 1 der polnischen Strafprozessordnung (StPO) mit Art. 55 Abs. 1 der polnischen Verfassung. Während die StPO-Vorschrift die Übergabe eines polnischen Staatsbürgers an einen ausländischen Mitgliedstaat nicht ausschließt, lässt der Verfassungsartikel die Auslieferung eines polnischen Staatsbürgers gerade nicht zu.

Gemäß Art. 193 der polnischen Verfassung ist eine Richtervorlage an den Verfassungsgerichtshof grundsätzlich möglich, wenn von der unterbreiteten Frage die Entscheidung eines anhängigen Gerichtsverfahrens abhängt. Entschieden wird dann freilich ausschließlich über die entscheidungsrelevante Frage. Daher konnte die Richtervorlage des Landgerichts in Danzig nicht alle verfassungsrechtlichen Zweifel aufgreifen, die mit dem Instrument des EuHb zusammenhängen. Insbesondere konnte die Frage der Übereinstimmung der in die geltende polnische StPO implementierten Vorschriften über den EuHb mit Art. 55 Abs. 2 der Verfassung nicht geltend gemacht werden.

II. Das Urteil des polnischen Verfassungsgerichtshofs

Durch Urteil vom 27. April 2005³ hat der polnische Verfassungsgerichtshof entschieden, dass Art. 607t § 1 StPO in dem Bereich, in dem er die Übergabe eines polnischen Staatsbürgers an einen Mitgliedstaat nicht ausschließt, mit Art. 55 Abs. 1 der Verfassung nicht übereinstimmt und daher verfassungswidrig ist.

Grundsätzlich tritt mit Feststellung der Verfassungswidrigkeit durch den Verfassungsgerichtshof das verfassungswidrige Gesetz außer Kraft. Dies geschieht zum Zeitpunkt des Wirksamwerdens der Gerichtsentscheidung, was in aller Regel am Tag der Verkündung der Fall ist. Art. 190 Abs. 3 der polnischen Verfassung lässt jedoch eine Abweichung von diesem Grundsatz zu. Danach kann der Verfassungsgerichtshof die Vertagung des Außerkrafttretens eines verfassungswidrigen Gesetzes anordnen. Von dieser Möglichkeit haben die Richter auch im vorliegenden Fall Gebrauch gemacht. Trotz der Feststellung der Verfassungswidrigkeit der Umsetzung des EuHb in dem betroffenen Bereich hat der Verfassungsgerichtshof das Außerkrafttreten des verfassungswidrigen Gesetzes aufgeschoben. Er hat hierbei die maximale durch die Verfassung zulässige Frist von 18 Monaten ab der Urteilsverkündung im Amtsblatt (*Dziennik Ustaw*) ausgeschöpft. Diese Frist läuft am 5. November 2006 ab.

Zwar mag die Entscheidung, das Außerkrafttreten des verfassungswidrigen Artikels 607t § 1 StPO zu vertagen, juristische Bedenken hervorrufen. Denn damit setzt der Verfassungsgerichtshof praktisch für 18 Monate die Anwendung eines verfassungsrechtlichen Grundsatzes aus, der den Bürgern ein Freiheitsrecht gewährleistet.⁴ Dadurch sollte aber dem Dilemma zwischen dem sich aus Art. 55 Abs. 1 der Verfassung ergebenden Verbot der Auslieferung eigener Staatsangehöriger einerseits und der Anweisung zur Durchführung aller internationalen Verpflichtungen andererseits (Art. 9 der Verfassung) begegnet werden.⁵ Grund der Vertagung ist, dass im vorliegenden Fall eine sofortige Aufhebung des als verfassungswidrig eingestuften Gesetzes zu einem Widerspruch mit den für Polen bindenden internationalen Verpflichtungen führen könnte. Vom Standpunkt des Art. 9 der Verfassung kann eine falsche Implementierung ohne weiteres als Verletzung der Pflicht der Republik Polen zur Beachtung des für Polen bindenden internationalen Rechts verstanden werden. Auf diesen

Widerspruch, der sich aus Art. 9 und Art. 55 der Verfassung ergibt, hat der Verfassungsgerichtshof in der Begründung seines Urteils aufmerksam gemacht. Es wurde betont, dass die Implementierung des Rahmenbeschlusses eine verfassungsrechtliche Verpflichtung ist, die sich aus Art. 9 der Verfassung ergebe.

III. Die Folgen des Urteils

In der polnischen Rechtsprechung und im Schrifttum entzündete sich daraufhin ein Streit über die Folgen, welche die Entscheidung des Verfassungsgerichtshofs für die Strafjustiz hervorruft, d.h. ob das als verfassungswidrig geltende Gesetz bis November 2006 angewendet werden muss oder nicht. Im Wesentlichen sind zwei gegenteilige Ansichten auszumachen: Die eine Ansicht knüpft an den Wortlaut des Art. 190 Abs. 1 der Verfassung an, wonach eine Entscheidung des Verfassungsgerichtshofs seinem ganzen Inhalt nach allgemein bindend und endgültig ist. Nach dieser Ansicht muss das Gesetz trotz Verfassungswidrigkeit angewandt werden, weil der Verfassungsgerichtshof eben die Vertagung der Außerkraftsetzung des an sich verfassungswidrigen Gesetzes angeordnet hat.

Die zweite Auffassung knüpft dagegen an Art. 8 Abs. 2 der Verfassung an, der die unmittelbare Anwendbarkeit der Vorschriften der Verfassung statuiert. Eine Berufung auf diese Verfassungsbestimmung ist auch dann möglich, wenn die Vermutung der Übereinstimmung eines Gesetzes mit der Verfassung durch eine Entscheidung des Verfassungsgerichtshofs widerlegt wurde.⁶ Nach dieser Ansicht bindet die Anordnung der Vertagung des Außerkrafttretens die Gerichte nicht, mit der Folge, dass ab der Urteilsverkündung die Anwendung des Umsetzungsgesetzes wegen der festgestellten Verfassungswidrigkeit nicht mehr in Frage kommt. Vor dem Hintergrund des Urteils des Verfassungsgerichtshofs zum EuHb wiederholte insbesondere *Hofmański* die von ihm schon früher vertretene, gegenteilige Auffassung, dass in diesem Fall das Urteil des Verfassungsgerichtshofs für die Gerichte nicht bindend sei.⁷

Der Verfassungsgerichtshof selbst vertritt konsequent seinen Standpunkt, dass bis zu der im Urteil genannten Frist das als verfassungswidrig geltende Gesetz in Kraft bleibt und durch alle seine Adressaten beachtet und angewendet werden muss.⁸ Dies wird in der Begründung der Entscheidung deutlich hervorgehoben. Dort wird explizit festgestellt, dass das Gesetz von den Justizbehörden anzuwenden ist, obwohl in Bezug auf Art. 607t § 1 StPO die Vermutung seiner Übereinstimmung mit der Verfassung widerlegt wurde. Laut Verfassungsgerichtshof ändert sich der Rechtszustand in diesem Bereich daher bis zum Ablauf der in dem Urteil festgesetzten Frist, d.h. bis zum 5. November 2006, nicht.

Das Oberste Gericht hatte lange Zeit allerdings die gegenteilige Meinung vertreten.⁹ Erst in der letzten Zeit begann es, seinen Standpunkt dahingehend zu ändern, dass eine Entscheidung des Verfassungsgerichtshofs auch bindend ist, wenn über die Frist bis zum Außerkrafttreten eines verfassungswidrigen Ge-

setzes entschieden wurde, und dass – wenn der Verfassungsgerichtshof das Außerkrafttreten eines verfassungswidrigen Gesetzes vertagt – dieses Gesetz während der im Urteil des Verfassungsgerichtshofs festgesetzten Frist in Kraft bleibt.¹⁰ Die übrige Rechtsprechungspraxis in diesem Bereich ist uneinheitlich.¹¹ Angesichts der Vielfalt der vertretenen Ansichten zu der Frage der Bindung der Gerichte an eine solche Entscheidung des Verfassungsgerichtshofs lässt sich schwer sagen, in welche Richtung sich die Rechtsprechungspraxis entwickeln und ob sich eine einheitliche Linie herausbilden wird. Das Landgericht in Danzig beispielsweise, das beim Verfassungsgerichtshof die Richtervorlage eingereicht hatte, hatte – auf eine Anfrage des Verfassungsgerichtshofs im Laufe des Verfahrens hin – eine andere Auffassung als der Verfassungsgerichtshof vertreten. Danach sei es während der Vertagung wegen Art. 8 Abs. 2 der Verfassung, der die unmittelbare Anwendbarkeit der Vorschriften der Verfassung statuiert, nicht möglich, die verfassungswidrige, aber immer noch geltende Vorschrift anzuwenden.

Die Beziehungen zwischen Polen und der Bundesrepublik Deutschland werden zusätzlich durch das Urteil des deutschen Bundesverfassungsgerichts vom 18. Juli 2005¹² erschwert. Das Bundesverfassungsgericht hat dort die Verfassungswidrigkeit der deutschen Umsetzungsvorschriften zum EuHb festgestellt und sie im Ganzen für nichtig erklärt.

In diesem Zusammenhang hat das Landgericht in Stettin (*Sąd Okręgowy w Szczecinie*) am 22. Juli 2005 die Durchführung eines deutschen Haftbefehls bezüglich eines polnischen Bürgers abgelehnt. Es berief sich in seiner Urteilsbegründung auf den Mangel des Gegenseitigkeitsprinzips und auf das Urteil des polnischen Verfassungsgerichtshofs, in dem die Verfassungswidrigkeit des Art. 607t §1 StPO festgestellt wurde.¹³

IV. Ausblick

Die Implementierung der Rahmenbeschlüsse ist eine Verpflichtung, die dem Gesetzgeber durch Art. 9 der Verfassung auferlegt wird. Ihre Durchführung gewährleistet jedoch keine verfassungsmäßige Übereinstimmung der Gesetze des sekundären Rechts mit der Verfassung. Aus der Entscheidung des Verfassungsgerichtshofs ergibt sich die Richtung der wünschenswerten Gesetzgebungsänderungen bezüglich des Instruments des EuHb. Angesichts des Wortlautes des Art. 9 der Verfassung ist die einzige Maßnahme, die zur Übereinstimmung der Vorschriften der Strafprozessordnung mit der Ver-

fassung führen und zugleich die Erfüllung der internationalen Verpflichtungen Polens gewährleisten kann, die Änderung des Art. 55 der Verfassung, und zwar des ersten und zweiten Absatzes. Diejenigen Argumente, die auf die Nichtübereinstimmung der Gesetze zur Implementierung des EuHb mit Art. 55 Abs. 1 der Verfassung hinweisen, kann man nämlich entsprechend auf Art. 55 Abs. 2 der Verfassung übertragen.

Im Laufe der Entwurfsarbeiten für die geltende Verfassung aus dem Jahre 1997 gab es bestimmte Vorschläge, das Auslieferungsverbot zu beschränken und die Auslieferung in den Fällen zuzulassen, in denen sie kraft der völkerrechtlichen Verträge, bei denen Polen eine Vertragspartei ist, verlangt wird. Im Laufe der Entwurfsarbeiten wurde ein ursprünglich geplanter, entsprechender Vorbehalt gestrichen. Es gäbe kein verfassungsrechtliches Problem, das vom Verfassungsgerichtshof entschieden hätte werden müssen, wenn vor der Implementierung des Rahmenbeschlusses eine Änderung der Art. 55 Abs. 1 und Abs. 2 der Verfassung durchgeführt worden wäre.¹⁴ Dies war jedoch nicht der Fall, und zwar offenbar aus politischen Gründen, d.h. aus Angst vor der Ausnutzung dieser Angelegenheit zur Durchsetzung anderer umstrittener Verfassungsänderungen¹⁵ und weniger aus Angst vor dem Streben nach Bewahrung der Verfassungsgarantien, ungeachtet der sich aus dem Rahmenbeschluss ergebenden Anweisung.

Die einfachste Lösung, die Vorschriften der Strafprozessordnung an die Bestimmungen der Verfassung anzupassen, wäre es, in Art. 55 der Verfassung folgenden Halbsatz einzufügen: „...“, sofern es ein völkerrechtlicher Vertrag, bei dem die Republik Polen eine Vertragspartei ist, nicht anderes bestimmt.“ Bisher gibt es jedoch keine Gesetzesänderungen, die eine verfassungsmäßige Implementierung des Rahmenbeschlusses über den EuHb in das polnische Recht vornehmen. Wegen des politischen Klimas scheint eine solche Verfassungsänderung gegenwärtig auch nicht realistisch.¹⁶

Sollte der Gesetzgeber eine Änderung des Art. 55 der polnischen Verfassung ins Auge fassen, d.h. eine Ausnahme von dem dort formulierten Auslieferungsverbot einführen, so dass die Übergabe aufgrund des EuHb an einen anderen Mitgliedstaat zulässig wäre, müsste noch Folgendes beachtet werden: Diese Änderung bedürfte einer gleichzeitigen Wiederherstellung des Gesetzes zur Implementierung des EuHb in die StPO, das aufgrund des Urteils des Verfassungsgerichtshofs im November 2006 außer Kraft treten wird, auch wenn die Verfassungsänderung vorher erfolgt.



Dr. Barbara Nita

Sie graduierte 1998 zum Dr. iur. an der Jagiellonen Universität in Kraków und war dort am Lehrstuhl für Strafverfahrensrecht als wissenschaftliche Mitarbeiterin tätig. Sie trat in den Richterdienst ein und arbeitet seit März 2000 als wissenschaftliche Mitarbeiterin am Verfassungsgericht in Warszawa.

* Sehr herzlich bedanken möchte ich mich bei Frau *Sonja Kokott* (Doktorandin an der Universität Mainz) und Herrn Dr. *Guido Wißmann* (Wissenschaftlicher Mitarbeiter beim Bundesverfassungsgericht in Karlsruhe) für ihre Hilfe bei der sprachlichen Korrektur dieses Aufsatzes.

¹ ABIEG Nr. L 190 vom 18.7.2002, S. 1.

² Die Ablehnungsvoraussetzungen nach dem Rahmenbeschluss besprechen im deutschen Schrifttum *von Heintschel-Heinegg/Rohlf*, GA 2003, 44, 49 f. Die Ablehnungsvoraussetzungen nach den polnischen Umsetzungsvorschriften beschreiben im deutschen Schrifttum *Weigend/Górski*, ZStW 193 (2005), 193, 199-206.

³ Urteil des Verfassungsgerichtshofs vom 27. April 2005, P 1/05, OTK 2005, Nr. 4A, Pos. 42.

⁴ So richtig *Hofmański*, Państwo i Prawo 2005, Nr. 9, 113, 115.

⁵ So auch *Plachta/Wieruszewski*, Państwo i Prawo 2005, Nr. 9, 117, 123.

⁶ Näher *Nita*, Państwo i Prawo 2002, Nr. 9, 36, 45.

⁷ *Hofmański* (Fn. 4), 113; anders *Plachta/Wieruszewski* (Fn. 5), 124 und *Hudzik/Paprzycki*, Europejski Przegląd Sądowy 2005, Nr. 1, 46-48.

⁸ Vgl. z.B. Urteil des Verfassungsgerichtshofs vom 2. Juli 2003, K 25/01, OTK 2003, Nr. 6A, Pos. 60.

⁹ Vgl. z.B. Urteil des Obersten Gerichts vom 10. November 1999 r, I CKN 204/98, OSNC 2000, Nr. 5, Pos. 94.

¹⁰ Vgl. z.B. Urteil des Obersten Gerichts vom 3. Juli 2003, III CZP 45/03, OSNC 2004, Nr. 9, Pos. 136.

¹¹ Näher *Gierach*, Przegląd Sejmowy 2005, Nr. 5, 196, 203. Die Autorin bespricht Entscheidungen des Landgerichts in Lublin (*Sąd Okręgowy w Lublinie*), des Landgerichts in Zielona Góra (*Sąd Okręgowy w Zielonej Górze*) und des Landgerichts in Szczecin (*Sąd Okręgowy w Szczecinie*).

¹² 2 BvR 2236/04, abrufbar unter: <http://www.bverfg.de>.

¹³ Kritisch dazu *Hudzik/Paprzycki* (Fn. 10), 46.

¹⁴ In der Phase vor der Implementierung des Rahmenbeschlusses in das nationale Recht betonte das *Plachta*, Europäische Studien 2002, Nr. 3, 61.

¹⁵ So auch *Plachta/Wieruszewski* (Fn. 5), 122.

¹⁶ So auch *Kruszyński* (Fn. 15), 292; *Czapliński* (Fn. 11), 112.

Europäischer Haftbefehl im Interim

Dr. Heiko Ahlbrecht

Der Ministerrat der Europäischen Union hat am 13.6.2002 den „Rahmenbeschluss über den Europäischen Haftbefehl und die Übergabeverfahren zwischen den Mitgliedstaaten der Europäischen Union“¹ (= RbEuHb) beschlossen. Der deutsche Gesetzgeber hat den Rahmenbeschluss mit dem Europäischen Haftbefehlsgesetz vom 21.4.2004² (= EuHbG I) umgesetzt, welches am 23.8.2004 in Kraft trat und bis zum 18.7.2005 galt.³ Dieses Gesetz hat das Bundesverfassungsgericht am 18.7.2005 für verfassungswidrig erklärt und aufgehoben (I.)⁴ – gegenwärtig gilt die Rechtslage vor Inkrafttreten des EuHbG I, sprich die Auslieferung nach dem Europäischen Auslieferungsübereinkommen des Europarats von 1957 und dessen Zusatzprotokollen und -vereinbarungen.

Das Bundesjustizministerium hat nun einen neuen Gesetzentwurf (= EuHbG II) erarbeitet, der das „alte“ Gesetz in vermeintlicher Behebung der Monita des Bundesverfassungsgerichts lediglich in drei Paragraphen modifiziert. Tatsächlich wirft der vorliegende Gesetzentwurf mehr Fragen auf, als er beantwortet (II.). Neben diesen Gesetzesänderungen bleiben gravierende Mängel des alten Gesetzes bestehen, im Hinblick auf die Kritik des Bundesverfassungsgerichts sind sogar „Umsetzungsunterlassungen“ zu konstatieren (III.). Bei aller Kritik an der Qualität der parlamentarischen Befassung mit dem EuHbG I hat das Bundesverfassungsgericht die Problematik der EU-Rahmenbeschlussgesetzgebung in seiner Entscheidung nicht wie erwartet grundsätzlich aufgegriffen. Die Umsetzung

des Rahmenbeschlusses zum Europäischen Haftbefehl steht/jedoch auch in anderen EU-Mitgliedstaaten auf dem Prüfstand, so dass der Europäische Haftbefehl zum Lackmusest für die europäische Strafgesetzgebung avanciert (IV.).

I. Tragende Gründe der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts

Das Bundesverfassungsgericht hat das EuHbG I für verfassungswidrig erklärt, weil die folgenden Regelungsbereiche mangelhaft umgesetzt beziehungsweise verfassungswidrig waren:

1. Auslieferungsschutz bei Inlandstaaten – Keine grundrechtsschonende Umsetzung des Rahmenbeschlusses

Der Gesetzgeber hat die Vorgaben des Art. 16 Abs. 2 GG bei der Umsetzung des Rahmenbeschlusses nicht hinreichend berücksichtigt.⁵ Das Bundesverfassungsgericht sieht die rechtsstaatlichen Grundsätze durch das Europäische Haftbefehlsgesetz nicht hinreichend berücksichtigt, da die Einschränkung des Grundrechts auf Auslieferungsfreiheit in seiner konkreten Ausgestaltung durch das EuHbG unverhältnismäßig sei. Wesentlicher Kritikpunkt ist, dass der Gesetzgeber es versäumt habe, den grundrechtlich besonders geschützten Belangen deutscher Staatsangehöriger Rechnung zu tragen. Eine grundrechtsschonendere Umsetzung hätte gewählt werden können,

ohne gegen die bindenden Ziele des Rahmenbeschlusses zu verstoßen. So besteht nach Art. 4 Nr. 7a RbEuHb die Möglichkeit, die Vollstreckung des Haftbefehls zu verweigern, wenn er sich auf Straftaten erstreckt, die nach den Rechtsvorschriften des Vollstreckungsmitgliedstaates ganz oder zum Teil in dessen Hoheitsgebiet oder an einem gleichgestellten Ort begangen worden sind. Gleiches gilt, wenn sich der Haftbefehl lediglich auf Straftaten erstreckt, die außerhalb des Ausstellungsmitgliedstaates begangen wurden und die Rechtsvorschriften des Vollstreckungsmitgliedstaates die Verfolgung von außerhalb seines Hoheitsgebietes begangenen Straftaten gleicher Art nicht zulassen (Art. 4 Nr. 7b RbEuHb).

Der deutsche Gesetzgeber hat von diesen Möglichkeiten des Rahmenbeschlusses, die Auslieferung Deutscher zu verweigern, in seinem Umsetzungsgesetz keinen Gebrauch gemacht. Entsprechend fordert das Bundesverfassungsgericht, dass bei Taten mit maßgeblichem Inlandsbezug der Gesetzgeber die tatbestandliche Möglichkeit und die Rechtspflicht schaffen muss, die Auslieferung Deutscher zu verweigern (Ziffer 94). In diesem Zusammenhang hat das Bundesverfassungsgericht weiter festgehalten, dass im Hinblick auf den Inlandsbezug einer vorgeworfenen Straftat aus dem für das Strafverfahrensrecht nicht geltenden Rückwirkungsverbot ein materiell greifendes Rückwirkungsverbot wird, wenn sich – wie im konkreten Fall – ein bislang vor Auslieferung absolut geschützter Deutscher für Taten in einem Mitgliedstaat der Europäischen Union verantworten muss, die keinen maßgeblichen Auslandsbezug aufweisen und zum Zeitpunkt ihrer Begehung in Deutschland straffrei waren (Ziffer 98).

2. Fehlende Überprüfbarkeit der Bewilligungsentscheidung

Im deutschen Auslieferungsverfahren findet immer eine zweistufige Prüfung statt: Im Zulässigkeitsverfahren bereitet die Generalstaatsanwaltschaft die Entscheidung des Oberlandesgerichtes über die Zulässigkeit der Auslieferung vor. Gleichzeitig wird dem Verfolgten rechtliches Gehör gewährt. Nach einer positiven Zulässigkeitsentscheidung entscheidet die Bewilligungsbehörde – üblicherweise ebenfalls die Generalstaatsanwaltschaft – darüber, ob die Auslieferung unter außenpolitischen Aspekten bewilligt wird. Das Bewilligungsverfahren als solches ist gesetzlich nicht geregelt, und die Bewilligungsentscheidung ist rechtlich nicht überprüfbar.⁶

Der Gesetzgeber hatte im EuHbG I die fakultativen Auslieferungshindernisse aus Art. 4 RbEuHb in § 83b IRG a.F. als fakultative Bewilligungshindernisse umgesetzt. Diese potentiellen Bewilligungshindernisse ermöglichten der Bewilligungsbehörde, nach ihrem Ermessen die Bewilligung der Auslieferung unter bestimmten Voraussetzungen abzulehnen. Gleichzeitig wurde in § 74b IRG a.F. festgelegt, dass die Bewilligungsentscheidung unanfechtbar, d.h. nicht justiziabel ist. Während also die Zulässigkeitsvoraussetzungen für eine Auslieferung von dem zuständigen OLG im Einzelnen geprüft wurden und dem Verfolgten effektives rechtliches Gehör im Zulässigkeitsverfahren gewährt wurde, entzog sich das Bewil-

ligungsverfahren nach einer positiven Entscheidung des OLG über die Zulässigkeit der Auslieferung jedweder gerichtlichen Kontrolle.⁷

Das Bundesverfassungsgericht hat mit klaren Worten festgehalten, dass eine fehlende rechtliche Überprüfbarkeit der Bewilligungsentscheidung der Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG nicht entspricht, wenn die Bewilligungsentscheidung die gesetzliche Einschränkung eines Grundrechts – hier in Form fakultativer Bewilligungshindernisse – konkretisiert (Ziffer 101 ff.).

3. Kommentierung

Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts ist vielfach kommentiert und kritisiert worden.⁸ Wenngleich sie im Ergebnis auf Zustimmung stößt, konnte das Bundesverfassungsgericht insbesondere mit seinen Ausführungen zur Rechtsetzung im Wege des Rahmenbeschlusses nach Artikel 31, 33 EUV nicht überzeugen. Mit den bewusst überspitzten Worten *Schünemanns* gesprochen, hat die EU-Kommission über den Europäischen Ministerrat einen bequemen Weg der europäischen Rechtsetzung im Straf- und Strafverfahrensrecht durch Rahmenbeschlüsse gefunden, die in den Mitgliedstaaten nur noch „lakaienhaft“ umzusetzen sind. Das Bundesverfassungsgericht hat die Rahmenbeschlussgesetzgebung als solche nicht in Frage gestellt, obwohl diese im Rahmen der Zusammenarbeit der Mitgliedstaaten der Europäischen Union im Bereich der intergouvernementalen „dritten Säule“ des Unionsrechts erfolgt ist. Möglicherweise hätte das Bundesverfassungsgericht den Fall bei eigener kritischer Sichtweise dem EuGH vorlegen müssen und wollte durch die eigene Entscheidung verhindern, die Entscheidung in der Sache aus der Hand geben zu müssen.

II. Der Gesetzentwurf zum Europäischen Haftbefehlsgesetz

Die Bundesministerin der Justiz, Frau *Zypries*, hat den Gesetzentwurf des überarbeiteten EU-Haftbefehlsgesetzes erstmals am 25.1.2006⁹ im Deutschen Bundestag vorgestellt und sah sich sogleich fachlich fundierten Fragestellungen der Parlamentarier ausgesetzt, die in der ersten Beratung des Gesetzentwurfs am 9.2.2006 noch vertieft wurden.¹⁰ Der Gesetzentwurf sieht – wie das EuHbG I – eine Ergänzung des Gesetzes über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen (= IRG) um einen achten Teil vor, der ausschließlich den Auslieferungsverkehr zwischen EU-Mitgliedstaaten regeln soll und ändert das „alte“ EU-Haftbefehlsgesetz lediglich in drei Paragraphen – §§ 79, 80 und 83a IRG. Die Änderungen betreffen die folgenden Regelungsbereiche:

- Gerichtliche Überprüfbarkeit der Bewilligungsentscheidung, § 79 IRG
- Möglichkeit der Nichtauslieferung, wenn der Tatvorwurf einen maßgeblichen Inlandsbezug aufweist, § 80 IRG
- Vollständigkeit der Auslieferungsunterlagen, § 83a IRG.¹¹

1. § 79 IRG-E – Beschränkte Überprüfbarkeit der Bewilligungsentscheidung

§ 79 Grundsätzliche Pflicht zur Bewilligung; Vorabentscheidung

(1) Zulässige Ersuchen eines Mitgliedstaates um Auslieferung oder Durchlieferung können nur abgelehnt werden, soweit dies in diesem Teil vorgesehen ist. Die ablehnende Bewilligungsentscheidung ist zu begründen.

(2) Vor der Zulässigkeitsentscheidung des Oberlandesgerichts entscheidet die für die Bewilligung zuständige Stelle, ob sie beabsichtigt, Bewilligungshindernisse nach § 83b geltend zu machen. Die Entscheidung, keine Bewilligungshindernisse geltend zu machen, ist zu begründen. Sie unterliegt der Überprüfung durch das Oberlandesgericht im Verfahren nach § 29. Bei der Belehrung nach § 41 Abs. 4 ist der Verfolgte auch darauf hinzuweisen, dass im Falle der vereinfachten Auslieferung eine gerichtliche Überprüfung nach Satz 3 nicht stattfindet.

(3) Führen nach der Entscheidung nach Absatz 2 Satz 1 eingetretene oder bekannt gewordene Umstände, die geeignet sind, Bewilligungshindernisse geltend zu machen, nicht zu einer Ablehnung der Bewilligung, so unterliegt die Bewilligungsentscheidung auf Antrag des Verfolgten der Überprüfung durch das Oberlandesgericht.

Wesentlicher Kritikpunkt des Verfahrens vor dem Bundesverfassungsgericht war, dass die Bewilligungsentscheidung nach § 74b IRG a.F. nicht anfechtbar sein sollte und die Ermessensentscheidung der Bewilligungsbehörde über die Annahme von Bewilligungshindernissen im Sinne von § 83b IRG a.F. nicht überprüft werden konnte.

a) Bestandsaufnahme: Der neue Entwurf behält die Unanfechtbarkeit der Bewilligungsentscheidung in § 74b IRG-E unverändert bei. § 79 IRG-E statuiert in der Normüberschrift die grundsätzliche Pflicht zur Bewilligung der Auslieferung und sieht ein zweigeteiltes Bewilligungsverfahren vor: Die Bewilligungsbehörde trifft zunächst gem. § 79 Abs. 2 IRG-E ihre Entscheidung, ob sie Bewilligungshindernisse nach § 83b IRG-E annehmen wird, *vor* der Zulässigkeitsentscheidung durch das OLG. Die Entscheidung der Bewilligungsbehörde, keine Auslieferungshindernisse geltend zu machen, ist zu begründen. Das OLG überprüft diese Entscheidung der Bewilligungsbehörde im Rahmen der Zulässigkeitsprüfung nach § 29 IRG. Erklärt das OLG die Auslieferung für zulässig, schließt sich der zweite Teil des Bewilligungsverfahrens nach § 79 Abs. 1 IRG-E an. Die Bewilligungsbehörde entscheidet nun, ob sie die Auslieferung bewilligt. Dieses Verfahren ist nach § 79 Abs. 1 IRG-E geprägt von der Prämisse, dass die Bewilligung der Auslieferung nur ausnahmsweise abgelehnt wird. In diesem Fall muss die Bewilligungsbehörde die Nichtbewilligung der Auslieferung begründen.

§ 79 Abs. 3 IRG-E regelt den Fall, dass *nach* der Entscheidung des OLG Umstände bekannt werden, die relevant für die Entscheidung der Bewilligungsbehörde über die Annahme von Bewilligungshindernissen nach § 83b IRG-E sein könnten. Wird die Auslieferung trotz dieser neuen Umstände bewilligt, kann diese Entscheidung der Bewilligungsbehörde auf Antrag des Verfolgten erneut durch das OLG überprüft werden.

b) Kritik und Fragen: Mit einer Aufteilung des Bewilligungsverfahrens in die Prüfung des § 83b IRG-E vor der Zulässigkeitsentscheidung und der allgemeinen Bewilligung nach der OLG-Entscheidung durchbricht der Entwurf die klassischen Abläufe des Auslieferungsverkehrs des IRG. Die Motivation ist aus der Gesetzesbegründung klar herauszulesen: Der Gesetzgeber interpretiert die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts so, dass er nur die Entscheidung über die Bewilligungshindernisse nach § 83b IRG-E als rechtsschutzrelevant ansieht, nicht jedoch die allgemeine Bewilligungsentscheidung.¹²

Effektiven gerichtlichen Rechtsschutz für die allgemeine Bewilligungsentscheidung gewährt der Gesetzgeber mit der Beibehaltung des § 74b IRG-E ganz bewusst nicht, sondern verteidigt den rechtsfreien Raum der allgemeinen Bewilligungsentscheidung. Aus diesem Grund soll auch nur die Ablehnung der Bewilligung nach § 79 Abs. 1 IRG-E begründet werden, also die für den Verfolgten positive Entscheidung, um sich gegenüber dem ersuchenden Staat rechtfertigen zu können. Die abschließende Entscheidung, die Auslieferung zu bewilligen, soll nicht begründet werden, obwohl gerade diese Entscheidung die für den Verfolgten negative ist. Einer Überprüfbarkeit soll auf diese Weise der Weg verschlossen werden. Diese Interpretation und gesetzgeberische Konsequenz ist insgesamt nicht nur gewagt, sondern unrichtig, unterstellt sie doch, dass außerhalb des § 83b IRG-E keine grundrechtsrelevanten Konstellationen in der allgemeinen Bewilligungsentscheidung auftreten können, die der Rechtsweggarantie des Art. 19 Abs. 4 GG eröffnet sein müssten – deutlicher kann man den Angriffspunkt für die nächste Verfassungsbeschwerde kaum setzen. Hinzu kommt, dass der Verfolgte durch die Vorverlagerung der Bewilligungsentscheidung nur die Einführung eines Richtervorbehalts gewinnt, nicht aber die Rechtswegeroöffnung nach Art. 19 Abs. 4 GG.¹³

Die Norm des § 79 Abs. 3 IRG-E lässt offen, wie der Verfolgte von geänderten, bewilligungserheblichen Umständen – analog § 33 Abs. 1 IRG – Kenntnis erlangen soll – er befindet sich schließlich in Auslieferungshaft. Auch wenn sich aus der Gesetzesbegründung ergibt, dass die Bewilligungsbehörde den Verfolgten in Kenntnis zu setzen hat, erschließt sich nicht, warum diese Verpflichtung nicht in den Gesetzestext aufgenommen wurde. Zudem fehlt es an einer Frist, innerhalb derer der Verfolgte über neue Umstände zu informieren ist;¹⁴ diese muss meines Erachtens zeitnah innerhalb von 48 Stunden erfolgen.

Generell ist das Bewilligungsverfahren zeittechnisch nicht reglementiert. Innerhalb welcher Frist entscheidet die Bewilligungsbehörde nach der positiven Zulässigkeitsentscheidung des OLG? Wie schnell ist diese Entscheidung dem Verfolgten bekannt zu geben? Oder ist eine Bekanntgabe der Bewilligungsentscheidung nach der Konzeption des Gesetzgebers und in Konsequenz der Abschottung des Bewilligungsverfahrens gar nicht erforderlich?

Zusammenfassend stellt sich die Aufteilung des Bewilligungsverfahrens und die Einführung einer partiellen Überprüfbar-

keit der Bewilligungsentscheidung wie auch die Norm des § 79 IRG-E als solche als gesetzestechnisch nicht gelungen und als nicht grundrechtskonform im Lichte der Entscheidung des BVerfG dar.

2. § 80 IRG – Keine Auslieferung bei maßgeblichem Inlandsbezug

§ 80 – Auslieferung deutscher Staatsangehöriger

(1) Die Auslieferung eines Deutschen zum Zwecke der Strafverfolgung ist nur zulässig, wenn

1. gesichert ist, dass der ersuchende Mitgliedstaat nach Verhängung einer rechtskräftigen Freiheitsstrafe oder sonstigen Sanktion anbieten wird, den Verfolgten auf seinen Wunsch zur Vollstreckung in den Geltungsbereich dieses Gesetzes zurück zu überstellen, und
2. die Tat einen maßgeblichen Bezug zum ersuchenden Mitgliedstaat aufweist.

Ein maßgeblicher Bezug der Tat zum ersuchenden Mitgliedstaat liegt in der Regel vor, wenn die Tathandlung vollständig oder in wesentlichen Teilen auf seinem Hoheitsgebiet begangen wurde und der Erfolg zumindest in wesentlichen Teilen dort eingetreten ist, oder wenn es sich um eine schwere Tat mit typisch grenzüberschreitendem Charakter handelt, die zumindest teilweise auch auf seinem Hoheitsgebiet begangen wurde.

(2) Liegen die Voraussetzungen des Absatz 1 Satz 1 Nr. 2 nicht vor, ist die Auslieferung eines Deutschen zum Zwecke der Strafverfolgung nur zulässig, wenn

1. die Voraussetzungen des Absatz 1 Satz 1 Nr. 1 vorliegen, und die Tat
2. keinen maßgeblichen Bezug zum Inland aufweist und
3. auch nach deutschem Recht eine rechtswidrige Tat ist, die den Tatbestand eines Strafgesetzes verwirklicht oder bei sinngemäßer Umstellung des Sachverhalts auch nach deutschem Recht eine solche Tat wäre, und bei konkreter Abwägung der widerstreitenden Interessen das schutzwürdige Vertrauen des Verfolgten in seine Nichtauslieferung nicht überwiegt.

Ein maßgeblicher Bezug der Tat zum Inland liegt in der Regel vor, wenn die Tathandlung vollständig oder in wesentlichen Teilen im Geltungsbereich dieses Gesetzes begangen wurde und der Erfolg zumindest in wesentlichen Teilen dort eingetreten ist. Bei der Abwägung sind insbesondere der Tatvorwurf, die praktischen Erfordernisse und Möglichkeiten einer effektiven Strafverfolgung und die grundrechtlich geschützten Interessen des Verfolgten unter Berücksichtigung der mit der Schaffung eines Europäischen Rechtsraums verbundenen Ziele zu gewichten und zueinander ins Verhältnis zu setzen. Liegt wegen der Tat, die Gegenstand des Auslieferungsersuchens ist, eine Entscheidung einer Staatsanwaltschaft oder eines Gerichts vor, ein deutsches strafrechtliches Verfahren einzustellen oder nicht einzuleiten, so sind diese Entscheidung und ihre Gründe in die Abwägung mit einzubeziehen; Entsprechendes gilt, wenn ein Gericht das Hauptverfahren eröffnet und einen Strafbefehl erlassen hat.

(3) Die Auslieferung eines Deutschen zum Zwecke der Strafvollstreckung ist nur zulässig, wenn der Verfolgte nach Belehrung zu richterlichem Protokoll zustimmt. § 41 Abs. 3 und 4 gilt entsprechend.

(4) Die Absätze 1 bis 3 sind auf einen Ausländer entsprechend anwendbar, der im Inland in familiärer oder lebenspartnerschaftlicher Lebensgemeinschaft lebt.

Ein weiterer bedeutender Kritikpunkt des Bundesverfassungsgerichts war, dass der deutsche Gesetzgeber von der in Art. 4 Nr. 7a des EU-Rahmenbeschlusses vorgesehenen Möglichkeit der Nichtauslieferung eigener Staatsangehöriger in

Fällen eines maßgeblichen Inlandsbezuges keinen Gebrauch gemacht hatte. Das Gericht stellte daher klar, dass bei Straftaten mit maßgeblichem Inlandsbezug die Auslieferung Deutscher nicht zulässig ist.

a) *Bestandsaufnahme*: Der Gesetzgeber hat in § 80 IRG-E zwischen drei Vorwurfskonstellationen differenziert:

- § 80 Abs. 2 Satz 2 IRG-E: Vorwürfe mit maßgeblichem Inlandsbezug, wenn sämtliche oder wesentliche Teile des Handlungs- und Erfolgsortes (§ 9 StGB) im Inland liegen [*Inlandsfälle*]. In diesen Fällen ist die Auslieferung Deutscher oder ihnen nach § 80 Abs. 4 IRG-E gleichgestellter Ausländer nicht zulässig.
- § 80 Abs. 1 Nr. 2 IRG-E: Vorwürfe mit maßgeblichem Auslandsbezug, wenn Handlungs- und Erfolgsort vollständig oder in wesentlichen Teilen auf dem Hoheitsgebiet des ersuchenden Staates liegen [*Auslandsfälle*]. In diesen Fällen ist die Auslieferung zulässig.
- § 80 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 i.V.m. § 80 Abs. 2 Satz 3 und 4 IRG-E: Mischfälle, in denen weder ein maßgeblicher Inlands- noch ein maßgeblicher Auslandsbezug festgestellt werden kann. Die Auslieferung ist nur dann zulässig, wenn die beiderseitige Strafbarkeit gegeben ist und bei konkreter Abwägung der widerstreitenden Interessen kein schutzwürdiges Vertrauen des Verfolgten an seine Nichtauslieferung besteht.

Aus der Gesetzesbegründung ergibt sich hieraus das folgende Prüfungsschema, nach der die Auslieferung zur Strafverfolgung nur zulässig ist, wenn¹⁵

1. grundsätzlich die spätere Rücküberstellung zur Vollstreckung einer verhängten freiheitsentziehenden Sanktion „gesichert“ ist, und die Tat
2. keinen maßgeblichen Inlandsbezug aufweist [*Inlandsfall*] und
3. a. entweder einen maßgeblichen Bezug zum ersuchenden Staat aufweist (Absatz 1) [*Auslandsfall*] oder
b. die beiderseitige Strafbarkeit gegeben ist und bei konkreter Abwägung der widerstreitenden Interessen kein schutzwürdiges Vertrauen des Verfolgten in seine Nichtauslieferung besteht (Absatz 2) [*Mischfälle*].

b) *Kritik und Fragen*: § 80 IRG-E regelt lediglich die Auslieferung Deutscher und ihnen gleichgestellter Ausländer bei reinen Inlandstaten verständlich, die Normtechnik bei Taten mit Auslandsbezug, insbesondere aber bei den so genannten Mischfällen, bleibt verschwommen, das Gefüge ist unklar und weist technische Mängel auf.¹⁶ Was ist ein „maßgeblicher“ Inlands- oder Auslandsbezug einer Tat? Wann wurde eine Tat „in wesentlichen Teilen“ im Inland begangen beziehungsweise wann ist der Taterfolg „zumindest in wesentlichen Teilen“ in Deutschland eingetreten? Derartige Prüfkriterien sind zu schwammig, nur eine klar gesetzestechnisch zugewiesene Prüfung anhand der Kriterien des Handlungs- und Erfolgsort gem. § 9 StGB kann diese Unklarheit beheben.

Völlig verfehlt ist eine an Verhältnismäßigkeitserwägungen orientierte Bewertung des Tatortes, wie sie § 80 Abs. 2 S. 3 IRG-E beschreibt. Ein Tatort im Sinne des § 9 StGB ist anhand objektiver Maßstäbe zu bestimmen und lässt sich weder durch den „Tatvorwurf“, „praktische Erfordernisse und Möglichkeiten einer effektiven Strafverfolgung“ und „grundrechtlich geschützte Interessen des Verfolgten“ noch durch die „Berücksichtigung der mit der Schaffung eines Europäischen Rechtsraums verbundenen Ziele“ verschieben oder anders interpretieren. Ein lesender Arbeiter könnte sich im Übrigen zu der Frage veranlasst sehen, welche Ziele gemeint sind und aus welcher dogmatischen Schule derartige Abwägungskriterien hergeleitet werden.¹⁷

Das Kriterium der „Maßgeblichkeit“ des örtlichen Tatbezuges wird ohne eine klare gesetzliche Änderung Anlass zu erbitterten Kämpfen um die Bestimmung des Tatortes sein. Partiiell kann positiv hervorgehoben werden, dass in dem „Auffangbecken“ der sog. Mischfälle die beiderseitige Strafbarkeit als Zulässigkeitskriterium zu prüfen ist, was den Rechtsschutz des Verfolgten verbessert. Soweit § 80 Abs. 2 Satz 4 IRG-E darauf abstellt, dass in die Abwägung der Erlass eines Haftbefehls in gleicher Sache miteinbezogen werden soll, übersieht der Gesetzgeber, dass in diesem Fall bereits ein Urteil und damit ein zwingendes Auslieferungshindernis im Sinne des § 83 Nr. 1 IRG-E vorliegt.

§ 80 Abs. 4 IRG reduziert den Kreis der in Deutschland lebenden privilegierten Ausländer, denen der Auslieferungsschutz des § 80 IRG zugute kommt, gegenüber der Vorgängervorschrift des § 80 Abs. 3 IRG a.F. ohne Veranlassung oder gar Aufforderung durch das BVerfG auf einen wesentlich kleineren Kreis. Nur Ausländer, die mit Deutschen in Partnerschaften oder Ehen verbunden sind, sollen erfasst werden. Jahrzehntlang rechtmäßig in Deutschland lebende oder sogar hier aufgewachsene Ausländer, seien es Familien oder Singles, fallen aus der Privilegierung der Vorgängervorschrift heraus. Es bleibt zu hoffen, dass die CDU/CSU-Fraktion sich für die in diesem Bereich angekündigten Überarbeitungen¹⁸ tatsächlich einsetzt.

III. Unterlassungen

Einige vom Gesetzgeber nicht beachtete beziehungsweise für änderungsbedürftig erachtete Mängel des EuHbG I seien im Folgenden kurz skizziert.

– *Zusicherung der Rücküberstellung*: Das BVerfG hatte in seinem Urteil angezweifelt, ob das Zulässigkeitshindernis der fehlenden Zusicherung des ersuchenden Staates, die Rücküberstellung des Verfolgten zur Strafvollstreckung dem ersuchten Staat anzubieten, eine zureichende Maßnahme ist. Die bloße Zusage einer Rücküberstellung sei insoweit unzureichend, als dass damit noch nichts über die Möglichkeit der Strafverbüßung gesagt sei. Hintergrund ist, dass – wie vom Gesetzgeber schon in der Gesetzesbegründung des EuHbG I angeführt¹⁹ – Fälle denkbar sind, in denen Deutschland man-

gels fehlender Strafbarkeit nach dem StGB einen an das Ausland Ausgelieferten nicht zur Strafverbüßung in Deutschland „rückaufnehmen“ kann (Ziffer 100). Der Gesetzgeber hat sich zur Beibehaltung der Altregelung entschlossen und das Problem damit nicht gelöst.²⁰

– *Rückwirkungsverbot*: Der Gesetzgeber hat sich weiter dazu entschlossen, die Regelungen des EuHbG II rückwirkend auf solche Vorwürfe anzuwenden, die vor Inkrafttreten des Gesetzes begangen wurden, obwohl der Rahmenbeschluss (Art. 32) eine beschränkte Rückwirkung auf Taten nach dem 7.8.2002 ermöglicht hätte. Dies erscheint unverständlich, weil das Bundesverfassungsgericht eine Beachtung des Rückwirkungsverbots explizit für die Fälle angesprochen hatte, in denen sich ein bislang vor Auslieferung absolut geschützter Deutscher für Taten im EU-Ausland verantworten muss, die keinen maßgeblichen Auslandsbezug aufweisen und zum Zeitpunkt ihrer Begehung in Deutschland straffrei waren. Dann – so das BVerfG – könnte die Änderung des Verfahrensrechts, zu dem das Auslieferungsrecht zählt, einer materiell rückwirkenden Rechtsänderung gleichstehen und unter das Rückwirkungsverbot fallen.

– *Nichtaufnahme der Deliktgruppen in das Gesetz*: Ein Schwerpunkt der gesamteuropäischen Kritik am Rahmenbeschluss hat sich an dem in weiten Bereichen unbestimmten Katalog der Deliktgruppen des Art. 2 Abs. 2 RbEuHB entzündet. Der deutsche Gesetzgeber hat die Deliktgruppen, bei denen die Prüfung der beiderseitigen Strafbarkeit entfallen soll, nicht in das IRG integriert. Dies sollte schon deswegen erfolgen, weil durch den bisherigen Blankettverweis in § 81 Nr. 4 IRG-E Änderungen oder Ergänzungen des Rahmenbeschlusses wie eine Erweiterung der Deliktgruppen durch entsprechenden Beschluss auf EU-Ministerrateebene die Zustimmung des deutschen Parlaments unterlaufen könnten.

IV. Europäischer Kontext und Fazit

Das Bundesverfassungsgericht hat mit seiner Entscheidung vom 18.7.2005 keinen Sonderweg innerhalb der EU beschritten und steht mit den verfassungsrechtlichen Bedenken nicht allein. Der polnische Verfassungsgerichtshof hatte am 27.4.2005 die Auslieferung polnischer Staatsbürger partiell für verfassungswidrig erklärt, ebenso wie später der oberste Gerichtshof Zyperns am 7.11.2005. Am 13.7.2005 hat der belgische Schiedshof, das belgische Verfassungsgericht, dem EuGH die Frage vorgelegt, ob der Rahmenbeschluss überhaupt rechtmäßig ist.²¹ Die Entscheidung des Europäischen Gerichtshofes ist angesichts zweier jüngerer Entscheidungen²² kaum zu prognostizieren. In Italien und Frankreich sind Verfassungsbeschwerden anhängig.

In diesem schwierigen Umfeld beschränkt sich der Gesetzgeber mit dem vorliegenden Gesetzentwurf darauf, die Urteilsbegründung des Bundesverfassungsgerichts im Bereich der tragenden Gründe abzuschreiben und in Gesetzesform zu gießen. Ob dies dem grundlegenden Überarbeitungs-



Dr. Heiko Ahlbrecht

Rechtsanwalt in der Kanzlei Wessing II – Verjans, Düsseldorf.
Zulassung beim Internationalen Strafgerichtshof für das ehemalige Jugoslawien, Den Haag, seit 2002. Schwerpunkte: Verteidigung und Beratung in internationalen Fällen; Präventions- und Krisenberatung von Unternehmen; Korruptions- und Steuerstrafrecht
<http://www.strafrecht.de/de/personen/heiko-ahlbrecht.php>

Prüfungsauftrag des Bundesverfassungsgerichts gerecht wird, darf stark bezweifelt werden – eine weitere Befassung des höchsten Verfassungsorgans mit dem Europäischen Haftbefehl ist mit der Beibehaltung dieses Gesetzentwurfs gesichert. Angesichts der weiteren angesprochenen Kritikpunkte kommt der Entwurf über einen kosmetischen, oberflächlichen Eingriff nicht hinaus und provoziert schon deswegen die nächste(n) Verfassungsbeschwerde(n).

¹ Rahmenbeschluss 2002/584/JI des Rates vom 13.6.2002 über den Europäischen Haftbefehl und die Übergabeverfahren zwischen den Mitgliedstaaten, ABl. Nr. L 190 vom 18.7.2002, S. 1 ff.

² BGBl. I 2004, 1748. Das Gesetz war schon im Vorfeld erheblichen Angriffen aus Wissenschaft und Praxis ausgesetzt, vgl. statt vieler *Schünemann*, StV 2003, 531 ff.; *Ahlbrecht*, StV 2005, 40 ff. jeweils m.w.N.

³ Die Entscheidungen der deutschen Obergerichte aus diesem Zeitraum sind – soweit bekannt geworden – unter <http://www.strafrecht.de/de/eu/hb/> überblickartig dargestellt.

⁴ NJW 2005, 2289 ff.; die Entscheidung (Az.: 2 BvR 2236/04) ist mit der zitierten Ziffernfolge abrufbar unter <http://www.bundesverfassungsgericht.de/cgi-bin/link.pl?entscheidungen>. Vorangegangen war die Verfassungsbeschwerde des Deutsch-Syrers *Darkazanli*, dessen Fall unter <http://www.nullapoena.de> dokumentiert ist.

⁵ Art. 16 Abs. 2 GG lautet wie folgt: „Kein Deutscher darf an das Ausland ausgeliefert werden. Durch Gesetz kann eine abweichende Regelung für Auslieferungen an einen Mitgliedstaat der Europäischen Union oder an einen internationalen Gerichtshof getroffen werden, soweit rechtsstaatliche Grundsätze gewahrt sind.“

⁶ Zuletzt hatte das Bundesverfassungsgericht 1997 entschieden (NJW 1997, 3013, 3014), dass die Bewilligungsentscheidung rechtlich nicht überprüfbar und das Bewilligungsverfahren damit ein „letztes Residuum justizfreier Hoheitsakte“ (*Lagodny*) ist – Einflussmöglichkeiten des Verteidigers sind hier verschwindend gering. Diese Entscheidung wollte der Gesetzgeber mit § 74b IRG a.F. zementieren, zumal das OVG Berlin in zwei Beschlüssen vom 26.3.2001 die Anfechtbarkeit der Bewilligungsentscheidung im Verwaltungsrechtsweg bejaht und die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts mit guten Gründen in Frage gestellt hatte (OVG Berlin, OVG 2 S 2.01, StV 2002, 87ff.; vgl. auch BT-Drs. 15/1718, S. 14 m.w.N.).

⁷ Ein nicht hinnehmbarer Zustand, da Individualrechtsschutz nach Art. 19 Abs. 4 GG ausnahmslos auch im Bewilligungsverfahren gewährt werden muss, wie auch *Schomburg/Lagodny*, IRG, 3. Aufl. 1998, § 1 Rn. 24 ff.; Einleitung Rn. 130 ff. konstatieren.

⁸ *Schünemann*, StV 2005, 681 ff.; *Lagodny*, StV. 2005, 515 ff.; *Böhm*, NJW 2005, 2588 ff.; *Karpenstein*, AnwBl. 2005, 561; *Ranft*, wistra 2005, 361 ff.; *Hufeld*, JuS 2005, 865 ff.; *Tomuschat*, EuGRZ 2005, 453 ff.; *Jahn*, DRiZ, 2005, 281, *Kretschmer*, Jura 2005, 780 ff.; *Jekewitz*, GA 2005, 625 ff.; *von Unger*, NVwZ 2005, 1266 ff.; *Bosbach*, NSTZ 2006, 104 ff.; differenzierend *Vogel*, JZ 2005, 801, 804.

⁹ Protokoll Deutscher Bundestag, 16. Wahlperiode, 13. Sitzung, 25.1.2006, Blatt 875 ff.

¹⁰ BT-Drs. 16/544. Der Gesetzentwurf wurde am 9.2.2006 in die erste Beratung eingeführt (s. BT-Prot. 9.2.2006, S. 1152 ff. Am 24.11.2005 hatte das Bundesministerium der Justiz den ersten Entwurf vorgelegt, <http://www.bmj.de/media/archiv/1078.pdf>.

¹¹ Das Bundesverfassungsgericht hat auch kritisiert, dass das EuHbG I keine Klar-

stellung zu der Frage enthielt, unter welchen Voraussetzungen von der vollständigen Vorlage von Auslieferungsunterlagen abgesehen werden kann (Ziffer 115). Die Vorlage der vollständigen Auslieferungsunterlagen wurde beispielsweise vom OLG Stuttgart (NJW 2004, 3437, 3438) nicht als zwingende Zulässigkeitsvoraussetzung für die Auslieferung angesehen, da die Vorschrift des § 83a IRG a.F. als „Soll-Vorschrift“ formuliert war. § 10 IRG dagegen erfordert im Rahmen sonstiger Auslieferungsverfahren zwingend die Vorlage der kompletten Auslieferungsunterlagen. Mit § 83a Abs. 1 IRG-E stellt der Gesetzgeber in begrüßenswerter Weise klar, dass die Auslieferungsunterlagen des § 83a Abs. 1 Nr. 1-6 IRG-E vorliegen müssen.

¹² BT-Drs. 16/544, S. 27 f.

¹³ *Wehnert*, Stellungnahme der Bundesrechtsanwaltskammer Nr. 30/2005 zu dem Referentenentwurf zur Umsetzung des Rahmenbeschlusses über den Europäischen Haftbefehl (RbEuHb) auf der Grundlage der Nichtigkeitsentscheidung des BVerfG vom 18.7.2005, S. 7; *Rosenthal*, Stellungnahme des Deutschen Anwaltvereins Nr. 58/2005, S. 5.

¹⁴ So auch *Seitz*, Stellungnahme des Bayerischen Staatsministeriums der Justiz vom 15.12.2005, S. 2.

¹⁵ BT-Drs. 16/544, S. 33.

¹⁶ *Wehnert*, a.a.O., S. 4 f.; *Rosenthal*, a.a.O., S. 5; vgl. auch die kritischen Stellungnahmen von *Ahlbrecht*, *Albrecht*, *Böhm*, *Böse*, *Herdegen* und *Rosenthal* anlässlich der Anhörung im Rechtsausschuss des Bundestages vom 5.4.2006, die größtenteils unter http://www.bundestag.de/ausschuesse/a06/anhoerungen/EU-Haftbefehl/04_Stellungnahmen/index.html abrufbar sind.

¹⁷ *Seitz* (a.a.O., S. 3) formuliert dies in seiner fundierten Bewertung nüchtern wie folgt: „Gesetzestechisch erscheint die Regelung wenig konkret. Die Abgrenzung von Inlands- und Auslandstaten erscheint auch nicht eindeutig, § 80 Abs. 1, 2. Ein ‚maßgeblicher‘ Bezug muss kein ‚überwiegender Bezug‘ sein. Von daher gibt es bei der Formulierung im Entwurf keinen logischen Ausschluss. Nicht zu verkennen ist freilich die Problematik der organisierten Kriminalität (die das Bundesverfassungsgericht akzeptiert), bei der offenbar immer ein ‚maßgeblicher Bezug‘ vorliegt. Ob es vor diesem Hintergrund zweckmäßig ist, in einem neuen Abs. 1 vor die Klammer zu ziehen, dass bei maßgeblichem Inlandsbezug die Auslieferung nicht erfolgt, erscheint fraglich. Demgegenüber muss in Absatz 1 wohl zum Ausdruck kommen, dass bei maßgeblichem Inlandsbezug prinzipiell (RdNr. 84) Auslieferung nicht erfolgt.“

¹⁸ Pressemitteilung der CDU/CSU-Fraktion vom 25.1.2006.

¹⁹ BT-Drs. 15/1718, S. 16.

²⁰ BT-Drs. 16/544, S. 34 f.

²¹ StraFO 2005, 456; dazu *Weyembergh*, in dieser Ausgabe.

²² EuGH, Urteil vom 13.9.2005 (C-176/03) – Rahmenbeschluss zum Schutz der Umwelt und EuGH, Urteil vom 16.6.2005 (C-105/03) – Pupino.

Imprint:

Published by:

Max Planck Society for the Advancement of Science
c/o Max Planck Institute for Foreign and International Criminal Law
represented by Director Prof. Dr. Dr. h.c. Ulrich Sieber
Guenterstalstrasse 73, 79100 Freiburg i.Br./Germany
Tel: +49 (0)761 7081-1, Fax: +49 (0)761 7081-294
Email: u.sieber@mpicc.de
Internet: <http://www.mpicc.de>
Official Registration Number: VR 13378 Nz (Amtsgericht Berlin Charlottenburg)
VAT Number: DE 129517720
ISSN: 1863-6187



MAX-PLANCK-GESELLSCHAFT

Editor in Chief: Prof. Dr. Dr. h.c. Ulrich Sieber

Editorial Board: Luc Bihain, Université de Liège, Belgique; Julian Owen, Office for Criminal Justice Reform, United Kingdom; Dr. Tuomas Pöysti, Ministry of Finance, Finland; Lorenzo Salazar, Commission Européenne, Belgique; Prof. Rosaria Sicurella, Università degli Studi di Catania, Italia

Managing Editor: Thomas Wahl, Max Planck Institute for Foreign and International Criminal Law, Freiburg

Editorial Assistants: Indira Tie, Julia Macke, Peggy Pfützner (LL.M.), Sarah Kiesel, all Max Planck Institute for Foreign and International Criminal Law, Freiburg

Typeset: Petra Lehser, Max Planck Institute for Foreign and International Criminal Law, Freiburg

Produced in Cooperation with: Vereinigung für Europäisches Strafrecht e.V., Würzburg

Layout: JUSTMEDIA Design, Cologne

The publication is co-financed by the European Commission, European Anti-Fraud Office (OLAF), Brussels



© Max Planck Institute for Foreign and International Criminal Law 2006. All rights reserved: no part of this publication may be reproduced, stored in a retrieval system, or transmitted in any form or by any means, electronic, mechanical photocopying, recording, or otherwise without the prior written permission of the publishers.

The views expressed in the material contained in eucrim are not necessarily those of the editors, the editorial board, the publisher, the Commission or other contributors. Sole responsibility lies with the author of the contribution. The publisher and the Commission are not responsible for any use that may be made of the information contained therein.

Subscription: eucrim is published four times per year and distributed electronically for free. In order to receive issues of the periodical on a regular basis, please write an e-mail to: eucrim-subscribe@mpicc.de. For cancellations of the subscription, please write an e-mail to: eucrim-unsubscribe@mpicc.de.

For further information, please contact:

Thomas Wahl

Max Planck Institute for Foreign and International Criminal Law

Guenterstalstrasse 73, 79100 Freiburg i.Br./Germany

Tel: +49(0)761-7081-227 or +49(0)761-7081-1 (central unit)

Fax: +49(0)761-7081-294

e-mail: t.wahl@mpicc.de

