



Institut suisse de droit comparé
Schweizerisches Institut für Rechtsvergleichung
Istituto svizzero di diritto comparato
Swiss Institute of Comparative Law

E-Avis ISDC 2020-01

EMPRISONNEMENT À PERPÉTUITÉ ET MESURES PRIVATIVES DE LIBERTÉ PRÉVENTIVES

Allemagne, Autriche, France, Italie, Royaume-Uni,
Pays-Bas

Etat au : 28.06.2019 / mis à jour : 18.09.2019

Citation suggérée : C. Viennet / J. Curran / C. Hartl / D. Hwang / V. Kühnel / M. Langhorst / I. Pretelli / N. Rajaratnam

E-Avis ISDC 2020-01, disponible sur www.isdc.ch.

Ce texte peut être téléchargé uniquement à des fins de recherche personnelle. L'Institut suisse de droit comparé n'assume aucune responsabilité découlant d'une autre utilisation du texte, notamment à des fins professionnelles. Toute reproduction à d'autres fins, que ce soit papier ou électronique, requiert le consentement de l'Institut.

E-Avis ISDC

Série de publications électroniques d'avis de droit de l'ISDC / Elektronische Publikationsreihe von Gutachten des SIR / Serie di pubblicazioni elettroniche di pareri dell'Istituto svizzero di diritto comparato / Series of Electronic Publications of Legal Opinions of the SICL

TABLE DES MATIERES

RÉSUMÉ	5
I. FAITS	7
II. QUESTIONS.....	7
III. ANALYSE	9
A. ALLEMAGNE	9
1. Lebenslängliche Freiheitsstrafe.....	9
Résumé	9
1.1. Höchste gesetzliche Freiheitsstrafe	9
1.2. Vorzeitige Entlassung.....	11
1.3. Beschränkungen zum Urteilszeitpunkt	14
1.4. Begnadigung	17
2. Schuldunabhängige freiheitsentziehende Sicherheitsmassnahmen.....	18
Résumé	18
2.1. Arten freiheitsentziehender Massnahmen.....	18
2.2. Voraussetzungen.....	19
2.3. Dauer.....	28
B. AUTRICHE	36
1. Lebenslängliche Freiheitsstrafe.....	36
Résumé	36
1.1. Höchste gesetzliche Freiheitsstrafe	36
1.2. Vorzeitige Entlassung.....	38
1.3. Beschränkungen zum Urteilszeitpunkt	41
1.4. Begnadigung	41
2. Schuldunabhängige, freiheitsentziehende Sicherheitsmassnahmen.....	42
Résumé	42
2.1. Arten freiheitsentziehender Massnahmen.....	42
2.2. Voraussetzungen.....	43
2.3. Dauer.....	46
C. FRANCE	50
1. Condamnation à l'emprisonnement à perpétuité	50
Résumé	50
1.1. Peine d'emprisonnement la plus longue	50
1.2. Remise en liberté	51
1.3. Limitations au moment de la condamnation.....	53

1.4.	Grâce	55
2.	Mesures privatives de liberté préventives	56
	Résumé	56
2.1.	Mesures préventives	56
2.2.	Conditions	58
2.3.	Durée	59
D.	ITALIE	61
1.	Condamnation à l'emprisonnement à perpétuité	61
	Résumé	61
1.1.	Peine d'emprisonnement la plus longue	61
1.2.	Remise en liberté	63
1.3.	Limitations au moment de la condamnation	63
1.4.	Grâce	67
2.	Mesures privatives de liberté préventives	68
	Résumé	68
2.1.	Mesures préventives	68
2.2.	Conditions	70
2.3.	Durée	72
E.	ROYAUME-UNI (ANGLETERRE)	73
1.	Sentences for life imprisonment	73
	Summary	73
1.1.	Longest prison sentence	73
1.2.	Release from prison	76
1.3.	Imposition of restrictions at the time of issuing sentence	79
1.4.	Clemency	80
2.	Preventive measures which deprive freedom	81
	Summary	81
2.1.	Preventive measures	81
2.2.	Conditions	84
2.3.	Duration	86
F.	PAYS-BAS	88
1.	Sentence for life imprisonment	88
	Summary	88
1.1.	Longest prison sentence	88
1.2.	Release from prison	89
1.3.	Imposition of restrictions at the time of issuing sentence	92
1.4.	Clemency	93
2.	Preventive measures which deprive freedom	94

Summary	94
2.1. Preventive measures.....	95
2.2. Conditions	96
2.3. Duration	98
IV. ANALYSE COMPARATIVE	101
1. Condamnation à l'emprisonnement à perpétuité	101
2. Mesures privatives de liberté préventives.....	102

RESUMÉ

Les questions principales posées par l'Office fédéral de la Justice à l'Institut suisse de droit comparé, à savoir :

- L'**emprisonnement à perpétuité** est-il prévu par le droit national, prononcé par les juges nationaux et effectivement purgé par les criminels ?
- Existent-ils des **mesures privatives de liberté pouvant être prononcées indépendamment de toute culpabilité** de l'auteur d'une infraction ? Dans l'affirmative, comment ces mesures s'articulent-elles avec une peine de prison ?

peuvent être synthétiquement traitées, par Etat, comme suit :

Allemagne :

Für besonders schwere Verbrechen wird im deutschen Recht teils zwingend, teils fakultativ eine **lebenslange Freiheitsstrafe** verhängt. Nach Verbüßung von 15 Jahren (was der sonstigen, grundsätzlichen Höchstdauer einer zeitigen Freiheitsstrafe entspricht), setzt das Gericht die Vollstreckung des Restes einer lebenslangen Freiheitsstrafe zur Bewährung aus, wenn die gesetzlich festgelegten Voraussetzungen dafür vorliegen, insbesondere nicht die besondere Schwere der Schuld des Täters eine weitere Vollstreckung gebietet oder das Sicherheitsinteresse der Allgemeinheit entgegensteht. Eine Begnadigung kann im Einzelfall erfolgen.

Es besteht im Rahmen der **Massregeln der Besserung und Sicherung** die Möglichkeit, unabhängig von der Schuld des Täters aufgrund einer Gefährlichkeitsprognose eine Unterbringung des Täters in einem psychiatrischen Krankenhaus, einer Entziehungsanstalt oder in der Sicherungsverwahrung anzurufen. Eine Massregel kann neben oder statt einer Strafe im Urteil angeordnet werden.

Autriche:

Für besonders schwere Verbrechen kann im österreichischen Recht eine **lebenslange Freiheitsstrafe** verhängt werden. Eine bedingte Entlassung ist auch bei lebenslanger Freiheitsstrafe nach Verbüßung von 15 Jahren grundsätzlich zulässig, sie kann nicht von vornherein ausgeschlossen werden. Eine Begnadigung kann im Einzelfall erfolgen.

Neben Freiheitsstrafen kennt das österreichische Recht auch drei Arten von **schuldunabhängigen freiheitsentziehenden Massnahmen**, durch die die Allgemeinheit präventiv vor potentiell gefährlichen Tätern geschützt werden soll.

France :

L'**emprisonnement à perpétuité** est prévu par le droit français. Les juges qui le prononcent l'assortiront dans certains cas d'une période de sûreté, pendant laquelle une libération conditionnelle ne sera pas possible. En principe, les personnes condamnées à perpétuité seront libérées au plus tôt après dix-huit années d'enfermement. La grâce n'en est pas moins exercable par le pouvoir exécutif.

Le droit français prévoit des **mesures préventives permettant de priver de liberté** une personne dangereuse, dans le but de protéger la population, d'une part, en lieu et place d'une peine pénale en cas d'irresponsabilité pénale due à l'abolition du discernement ou du contrôle des actes de la personne concernée et, d'autre part, après l'emprisonnement d'une personne condamnée pénalement.

Italie:

L'**emprisonnement à perpétuité** est prévu par le droit national et effectivement prononcé par les juges nationaux, cependant sa conformité à la Constitution italienne soulève parfois des doutes. Seulement les criminels qui présentent un degré de danger pour la société très élevé et qui ne manifestent aucun

signe de rééducation le purgent. Une forme de réclusion à perpétuité (*ergastolo ostantivo*) conditionne la libération à la collaboration du criminel avec les autorités. Si ce dernier s'y refuse, la peine n'est pas compressible. La Cour européenne des droits de l'homme a récemment jugé que cette forme d'exécution de la peine viole l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme.

Les **mesures de sécurité** (*misure di sicurezza*) visent à neutraliser le danger pour la société que représente une personne ayant commis un crime, ou un « quasi-crime ». Ces mesures peuvent être exécutées avant, après ou pendant une peine de prison et même à la place de l'exécution de la peine de prison. L'une de ces mesures de sécurité (*assegnazione a una colonia agricola o a una casa di lavoro*), concerne les criminels habituels, professionnels ou par tendance, ainsi que, dans certains cas, des personnes condamnées ou acquittées, notamment lorsque leurs conditions psychiques se détériorent en prison et nécessitent leur internement. Les autres mesures de sécurité s'adressent aux personnes ayant commis un crime dont la capacité de comprendre et de vouloir était fortement diminuée (*assegnazione a una casa di cura e di custodia*) ou totalement exclue (*ricovero in un ospedale psichiatrico giudiziario*) au moment des faits. Une mesure spéciale vise les mineurs (*riformatorio giudiziario*). Enfin, une mesure de traitement sanitaire obligatoire permet un internement de courte durée dans les cas nécessitant une intervention thérapeutique urgente. Ces mesures posent un problème de conformité à la Constitution italienne, notamment en raison de l'absence de limites temporelles véritables à leur durée. Le législateur est intervenu en stipulant que la durée des mesures de sécurité privative de liberté ne peut excéder la durée maximale de la peine de prison prononcée pour l'infraction commise. La règle ne s'applique pas dans le cas de condamnation à l'*ergastolo*.

Pays-Bas:

While **life imprisonment** is a term that is served for life, policy changes were proposed in 2016 to respond to a series of cases by the European Court of Human Rights that found it incompatible with Article 3 of the European Convention on Human Rights if there was no possibility of review and prospect of release. Though the new policy changes for life prisoners do not bring them under the regime of conditional release, they provide reintegration activities that include leave and the possibility of release by way of a pardon.

The Criminal Code provides for three measures by which a criminal offender may be **incarcerated mainly for the purpose of protecting the public**: the TBS-order, the ISD-order and the placement in a psychiatric hospital. Both the TBS-order and the placement in a psychiatric hospital are security measures meant to protect the public from a pathologically disturbed offender. The ISD-order is a security measure in regards to offenders whose criminal behaviour relates to issues of addiction or other societal problems. Whereas the measure of placement in a psychiatric hospital and the ISD-order cannot be combined with a prison sentence, a TBS-order can be, and often is, imposed together with a prison sentence. The execution of the prison sentence always precedes that of the TBS-order.

Royaume-Uni:

The longest form of imprisonment provided for under English law is **life imprisonment**. At the time of passing the sentence of life imprisonment, however, the judge must specify the minimum term which the offender must spend in prison before becoming eligible to apply for early release on parole. Sentences for life imprisonment may be one of three types. The offender will only be eligible for release (except where subject to a *whole life order*) once it is considered that he or she no longer presents a risk to the public. In exceptional circumstances, the relevant government minister may order the release of a prisoner serving a life sentence.

Mentally disordered offenders, known as restricted patients, may be **detained in hospital for treatment and subject to special controls** by the Secretary of State of Justice. They will typically begin detention in one of the three high secure hospitals or in a medium secure hospital. This may take place in three ways: a restricted hospital order imposed by the Crown Court; a hospital and limitation

direction, imposed by the Crown Court alongside a sentence of imprisonment; or a transfer from prison to hospital for treatment.

I. FAITS

L'Office fédéral de la Justice (ci-après OFJ) a mandaté l'Institut suisse de droit comparé (ci-après ISDC), le 29 octobre 2018, pour établir un avis de droit comparé sur l'emprisonnement à perpétuité et les mesures privatives de liberté préventives. Cette demande fait suite au postulat 18.3530 relatif à la réforme de la peine privative de liberté « à vie » pour les infractions particulièrement graves, déposé par Andrea Caroni le 14 juin 2018¹.

Les ordres juridiques inclus dans l'étude sont ceux de l'Allemagne, l'Autriche, la France, l'Italie, les Pays-Bas et le Royaume-Uni.

II. QUESTIONS

Les questions que l'OFJ a posées à l'ISDC sont les suivantes :

1. Condamnation à l'emprisonnement à perpétuité

Résumé :

L'emprisonnement à perpétuité est-il prévu par le droit national, prononcé par les juges nationaux et effectivement purgé par les criminels ?

1.1. Peine d'emprisonnement la plus longue

La peine d'emprisonnement la plus longue qui soit prévue par la loi est-elle l'emprisonnement à vie ou bien est-elle assortie d'un terme ? Quelle(s) infraction(s) punit-elle ? Si la peine d'emprisonnement la plus longue est assortie d'un terme, quelle est la durée maximale de l'emprisonnement ?

1.2. Remise en liberté

Au bout de combien de temps, au plus tôt, une personne condamnée à la peine de prison la plus longue (à vie ou à terme) peut-elle être libérée (en conditionnelle) ? Quelles sont les conditions pour une telle remise en liberté (conditionnelle) ?

1.3. Limitations au moment de la condamnation

La loi prévoit-elle la possibilité, dès le prononcé de la décision relative à la durée de l'emprisonnement, d'exclure la libération conditionnelle, ou de la retarder, ou encore de la subordonner à des exigences particulières ? Quelles sont les conditions à réunir pour faire usage de cette possibilité ?

1.4. Grâce

¹ Postulat 18.3530 – Réforme de la peine privative de liberté « à vie » pour les infractions particulièrement graves, déposé le 14.06.2018 par A. Caroni, disponible sous : <https://www.parlament.ch/fr/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20183530> (29.05.2019).

La grâce (mesure de clémence) existe-t-elle ? Dans l'affirmative, par qui et sous quelles conditions la grâce peut-elle être prononcée ?

2. Mesures privatives de liberté préventives

Résumé :

Existen-ils des mesures privatives de liberté/de sûreté, pouvant être prononcées indépendamment de toute culpabilité de l'auteur d'une infraction ? Dans l'affirmative, comment ces mesures s'articulent-elles avec une peine de prison ?

2.1. Mesures préventives

Existen-ils des mesures préventives permettant de priver de liberté une personne dangereuse, dans le but de protéger la population, et ce indépendamment de sa culpabilité et en dehors des peines qui pourraient éventuellement être prononcées (par ex. : internement, internement de sûreté) ?

2.2. Conditions

A quelles conditions est subordonnée la prise d'une telle décision de mesure préventive ? Comment ces mesures s'articulent-elles avec une peine de prison ?

2.3. Durée

Quelle durée la loi prévoit-elle pour ces mesures ? A quelles conditions est subordonnée la fin de telles mesures ?

Afin de mieux saisir le champ des questions posées sous le 2., l'OFJ a indiqué les articles 59 alinéa 3 (mesures thérapeutiques institutionnelles en établissement fermé voire pénitentiaire), 61 (mesures thérapeutiques institutionnelles applicables aux jeunes adultes) et 64 (internement) du Code pénal suisse².

²

Code pénal suisse disponible sous :

<https://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/19370083/index.html> (29.05.2019).

III. ANALYSE

A. ALLEMAGNE

1. Lebenslängliche Freiheitsstrafe

Résumé

Für besonders schwere Verbrechen wird im deutschen Recht teils zwingend, teils fakultativ eine lebenslange Freiheitsstrafe verhängt. Nach Verbüßung von 15 Jahren (was der sonstigen, grundsätzlichen Höchstdauer einer zeitigen Freiheitsstrafe entspricht), setzt das Gericht die Vollstreckung des Restes einer lebenslangen Freiheitsstrafe zur Bewährung aus, wenn die gesetzlich festgelegten Voraussetzungen dafür vorliegen, insbesondere nicht die besondere Schwere der Schuld des Täters eine weitere Vollstreckung gebietet oder das Sicherheitsinteresse der Allgemeinheit entgegensteht. Eine Begnadigung kann im Einzelfall erfolgen.

1.1. Höchste gesetzliche Freiheitsstrafe

Gesetzliche Höchststrafe in Deutschland³ ist die **lebenslange Freiheitsstrafe**.

Die lebenslange Freiheitsstrafe wird von Tatbeständen im Strafgesetzbuch (StGB) sowie dem Völkerstrafgesetzbuch (VStGB) vorgesehen. **Zwingend** zu verhängen ist sie insbesondere bei **Mord** (§211 StGB), sowie bei manchen Tatbeständen aus dem **Völkerstrafgesetzbuch**.⁴ In den übrigen Delikten wird die lebenslange Freiheitsstrafe **fakultativ** angedroht oder kann in minder schweren Fällen gemildert werden.⁵ In der Praxis wird die lebenslange Freiheitsstrafe fast ausschliesslich wegen Mordes verhängt.⁶

³ Seit Abschaffung der Todesstrafe mit Einführung des Grundgesetzes im Jahre 1949.

⁴ Ausser bei Mord ist die lebenslange Freiheitsstrafe ferner zwingend in einem besonders schweren Fall des Totschlags (§212 Abs. 2 StGB) zu verhängen, sowie bei Tötungen von Personen im Falle des Völkermords (§6 Abs. 1 Nr. 1 VStGB), eines Verbrechens gegen die Menschlichkeit (§7 Abs. 1 Nr. 1 VStGB), eines Kriegsverbrechens gegen Personen (§8 Abs. 1 Nr. 1 VStGB) und des Verbrechens der Aggression (§13 Abs. 1 VStGB). Das StGB ist verfügbar unter <https://www.gesetze-im-internet.de/stgb> (22.01.2019), das VStGB unter <https://www.gesetze-im-internet.de/vstgb> (26.08.2019).

⁵ Dies betrifft aus dem **StGB**: Hochverrat gegen den Bund (§ 81 Abs. 1), Besonders schwerer Fall des Landesverrats (§ 94 Abs. 2), Verrat illegaler Geheimnisse (§ 97a), besonders schwerer Fall der friedensgefährdenden Beziehung (§ 100 Abs. 2), sexueller Missbrauch von Kindern mit Todesfolge (§ 176b), sexueller Übergriff, sexuelle Nötigung und Vergewaltigung mit Todesfolge (§178), erfolgsqualifizierter erpresserischer Menschenraub (§ 239a Abs. 3), Geiselnahme mit Todesfolge (§239 b Abs. 2), Raub/räuberische Erpressung mit Todesfolge (§ 251), Brandstiftung mit Todesfolge (§ 306c), erfolgsqualifiziertes Herbeiführen einer Explosion durch Kernenergie (§ 307 Abs. 3), erfolgsqualifiziertes Herbeiführen einer Sprengstoffexplosion (§ 308 Abs. 3), erfolgsqualifizierter Missbrauch ionisierender Strahlen (§ 309 Abs. 4), erfolgsqualifizierter räuberischer Angriff auf Kraftfahrer (§ 316a Abs. 3), erfolgsqualifizierte Angriffe auf den Luft- und Seeverkehr (§ 316c Abs. 3). Aus dem **VStGB**: Verbrechen gegen die Menschlichkeit (§ 7 Abs. 2, 3), Kriegsverbrechen (§ 8 Abs. 4), Kriegsverbrechen des Einsatzes verbotener Methoden (§11 Abs. 2) und Mittel (§12 Abs. 2) der Kriegsführung, sowie Verbrechen der Aggression (§13 Abs. 2).

⁶ Seit 1991 beruhten knapp 97% der Verurteilungen auf §211 StGB, vgl. A. Dessecker/A. Hoffmann, Die Vollstreckung lebenslanger Freiheitsstrafen: Dauer und Gründe der Beendigung in den Jahren 2016 und 2017, Wiesbaden 2019, S. 14, verfügbar unter <https://www.krimz.de/publikationen/bm-online/bm-online-16.html>.

Lebenslang bedeutet grundsätzlich eine **Haftstrafe auf unbestimmte Zeit**. Als absolute Strafe, die dem Gericht bei Verhängung keine Abstufungsmöglichkeit im Einzelfall erlaubt, bleibt sie umstritten.⁷

Inzwischen ist die Absolutheit der lebenslangen Freiheitsstrafe unter Einfluss der Rechtsprechung etwas eingeschränkt worden: Zum einen durch das Bundesverfassungsgericht (BVerfG), das bereits im Jahre 1977 entschied, dass eine Vollstreckung der lebenslangen Freiheitsstrafe nur dann mit dem Grundgesetz und insbesondere der Menschenwürde vereinbar ist, wenn dem Verurteilten eine konkrete Chance verbleibt, in seinem Leben noch einmal die Freiheit wiederzuerlangen.⁸ War bis dahin eine Entlassung aus der lebenslangen Freiheitsstrafe nur durch Begnadigung möglich, wurde mit dem 20. Strafrechtsänderungsgesetz vom 6.12.1981⁹ der neue § 57a StGB eingeführt, der die **Aussetzung** des Strafrestes bei lebenslanger Freiheitsstrafe regelt.¹⁰

Zum anderen durch den Grossen Senat für Strafsachen des Bundesgerichtshofs (BGH), der 1981 mit der sogenannten «**Rechtsfolgenlösung**»¹¹ auf der Ebene der Strafzumessung eine **Milderungsmöglichkeit** der lebenslangen Freiheitsstrafe bei aussergewöhnlichen Umständen erlaubte. Aus Gründen der Verhältnismässigkeit kann nach §49 I Nr. 1 StGB bei Heimtückemorden in auswegloser Lage die Strafe gemildert werden, der Strafrahmen beträgt dann 3-15 Jahre.¹²

Im Jugendstrafrecht kann keine lebenslange Freiheitsstrafe verhängt werden. Die höchste Freiheitsstrafe beträgt hier 10 Jahre¹³, bei Heranwachsenden 15 Jahre.¹⁴

⁷ Schon 2014 wurde vom damaligen Bundesminister für Justiz Heiko Maas eine Expertengruppe zur Reform der Tötungsdelikte eingesetzt, der Abschlussbericht von 2015 ist verfügbar unter https://www.bmji.de/DE/Ministerium/ForschungUndWissenschaft/ReformToetungsdelikte/ReformToetungsdelikte_node.html. Während die Expertenkommission Kritik an der lebenslangen Freiheitsstrafe äusserte und für eine Aufhebung ihrer zwingenden Verhängung bei Mord plädierte, sprach sie sich aber nicht zuletzt aufgrund ihrer «Kommunikations-, Symbol- und Signalfunktion», für eine Beibehaltung der lebenslangen Freiheitsstrafe aus. Andere Stimmen bezweifeln die Notwendigkeit einer lebenslangen Freiheitsstrafe, vgl. etwa T. Fischer, «Schafft Lebenslang ab!», ZEIT v. 24.2.2015, verfügbar unter <https://www.zeit.de/gesellschaft/zeitgeschehen/2015-02/lebenslange-freiheitsstrafe-schuld> ; andererseits steigt unter Jurastudenten in den ersten Semestern in den letzten Jahren die Zustimmung zu strengerer Strafen und sogar zur Todesstrafe, wie die Statistik des ehemaligen Erlanger Strafrechtsprofessors Franz Streng zeigt, s. F. Streng, Kriminalitätswahrnehmung und Punitivität im Wandel. Kriminalitäts- und berufsbezogene Einstellungen junger Juristen – Befragungen von 1989 bis 2012, Kriminalistik Verlag: Heidelberg 2014.

⁸ BVerfGE 45, 187, 229.

⁹ BGBl. 1981 I 1329, die Regelung trat am 1.5.1982 in Kraft.

¹⁰ Die bedingte Entlassung stellt den häufigsten Beendigungsgrund für die lebenslange Freiheitsstrafe dar. Im letzten Bericht der Kriminologischen Zentralstelle (KrimZ) für die Berichtsjahre 2016 und 2017 war die Strafrestaussetzung nach §57a StGB mit einem Anteil von mehr als 2/3 der häufigste Beendigungsgrund, 13% bzw. 15% entfielen auf eine Ausweisung nach §456a StPO und 11% bzw. 8% auf Todesfälle; vgl. A. Dessecker/A. Hoffmann, op. cit., S. 20.

¹¹ BGHSt 30, 105, 121; der Große Senat für Strafsachen sprach hier von Fällen in denen «aussergewöhnliche Umstände vorliegen, die das Ausmass der Täterschuld erheblich mindern» und liess es grundsätzlich offen, ob auch bei anderen Begehungsfällen neben der Heimtücke eine solche Milderung möglich sein könnte.

¹² Die höchste mögliche zeitliche Freiheitsstrafe beträgt 15 Jahre. Für nähere Ausführungen vgl. etwa T. Fischer, in: T. Fischer, Kommentar zum StGB, 66. Aufl., München 2019, § 211 Rn. 101 ff.

¹³ §18 Abs. 1 S. 1 Jugendgerichtsgesetz (JGG); Jugendlicher ist gem. §1 Abs. 2 JGG, wer zur Zeit der Tat vierzehn, aber noch nicht achtzehn Jahre alt ist.

¹⁴ §§ 105 Abs. 3, bzw. 106 Abs. 1 JGG, je nachdem ob Jugendstrafrecht oder das allgemeine Strafrecht angewendet wird; Heranwachsender ist gem. §1 Abs. 2 JGG, wer zur Zeit der Tat achtzehn, aber noch nicht einundzwanzig Jahre alt ist.

1.2. Vorzeitige Entlassung

Während eine lebenslange Freiheitsstrafe grundsätzlich eine Haftdauer auf unbestimmte Zeit bedeutet, die im Einzelfall auch eine Vollstreckung im Wortsinne bis zum Tod bedeuten kann,¹⁵ so sieht das Strafgesetzbuch seit 1982 in § 57a StGB die Möglichkeit einer Aussetzung des Strafrestes auch bei lebenslanger Freiheitsstrafe vor.

Für eine solche bedingte Entlassung müssen nach §57a Abs. 1 S. 1 StGB vier Voraussetzungen kumulativ erfüllt sein: es müssen **15 Jahre der Strafe verbüsst** sein (Nr. 1),¹⁶ die **besondere Schwere der Schuld** darf nicht die weitere Vollstreckung gebieten (Nr.2), die bedingte Entlassung muss unter Berücksichtigung des **Sicherheitsinteresses der Allgemeinheit** verantwortet werden können und die verurteilte Person muss **einwilligen** (Nr. 3 i.V.m. §57 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 und 3). Sind alle Voraussetzungen erfüllt, so muss die Strafvollstreckungskammer den Strafrest zur Bewährung aussetzen.

Nach Ablauf der **Mindestverbüssungszeit von 15 Jahren** der Strafvollstreckung überprüft die zuständige Strafvollstreckungskammer,¹⁷ ob die Voraussetzungen für eine bedingte Entlassung vorliegen¹⁸. Als verbüßte Strafe gilt nach §57a Abs. 2 StGB jede Freiheitsentziehung, die der Verurteilte aus Anlass der Tat erlitten hat.¹⁹

Dabei darf die **besondere Schwere der Schuld**²⁰ nicht die weitere Vollstreckung **gebieten**. Ob eine besondere Schwere der Schuld im Fall gegeben ist, stellt das Schwurgericht bereits im Erkenntnisverfahren fest. Diese Feststellung ist für das Vollstreckungsgericht bindend und stellt die Basis für die vollstreckungsrichterliche Entscheidung dar. Kommt das Vollstreckungsgericht zu dem Schluss, dass die besondere Schwere der Schuld eine weitere Vollstreckung gebietet, trifft es eine **zeitliche Festlegung**, wie lange die Vollstreckung deshalb fortzusetzen ist. Für diese Festlegung gibt es keine klaren Vorgaben oder eine Unter- bzw. Obergrenze.²¹ Um der Vollzugsbehörde eine rechtzeitige

¹⁵ Das Bundesverfassungsgericht hat mehrmals betont, dass die lebenslange Freiheitsstrafe «unter Umständen im Wortsinne auch ein Leben lang vollstreckt werden kann», etwa BVerfGE 64, 261, 272; 72, 105, 116.

¹⁶ Dagegen bei zeitiger Freiheitsstrafe, die ebenfalls eine Dauer von bis zu 15 Jahren erreichen kann, nach §57 StGB grundsätzlich nach Verbüßung von zwei Dritteln der Haftzeit (Abs. 1), mindestens jedoch nach Verbüßung der Hälfte (Abs. 2).

¹⁷ Die Zuständigkeit der Strafvollstreckungskammern an den Landgerichten ergibt sich aus §§454, 462a StPO i.V.m. §§ 78a und b GVG. Bei Beschlüssen über die Aussetzung des Strafrestes bei lebenslanger Freiheitsstrafe entscheidet die Strafvollstreckungskammer gem. §78 b GVG in einer Besetzung mit drei Richtern unter Einschluss des Vorsitzenden. Regelmässig ist dem Verurteilten auch, wenn das Verfahren nicht ohnehin zu einer bedingten Entlassung führen soll, ein Pflichtverteidiger beizutragen. Zudem sind nach §454 Abs. 1 StGB grundsätzlich Staatsanwaltschaft, Vollzugsbehörde und Verurteilter zu hören.

¹⁸ Bereits nach etwa 13 Jahren Haft kann ein Antrag auf Aussetzung des Strafrestes gestellt werden, damit für die Vorbereitung der Entlassung ausreichend Zeit bleibt, vgl. B. v. Heintschel-Heinegg, in: B. v. Heintschel-Heinegg (Hrsg.), BeckOK StGB, 40. Ed., München 2018, § 57a Rn. 35.

¹⁹ Hier wird meist eine Berechnung erforderlich sein. Der Strafbeginn bestimmt sich in der Regel nach §38 StVollstrO, verbüßte Freiheitsentziehungen aus Anlass der Tat, etwa Zeiten der Untersuchungshaft, Haft im Ausland, etc. anzurechnen ist. Die Strafvollstreckungsbehörde (in der Regel die Staatsanwaltschaft, vgl. §451 StPO, §4 StVollstrO) muss gem. §36 StVollstrO unter anderem über die richtige Berechnung der Strafzeit wachen. Sie muss ebenfalls rechtzeitig vor der anstehenden Prüfung der Aussetzung dafür sorgen, dass die Vollzugsanstalt eine Stellungnahme zu einer bedingten Entlassung abgibt.

²⁰ S. insbesondere unten unter Punkt 1.3.

²¹ Im Durchschnitt lag der arithmetische Mittelwert der Entlassung aus der lebenslangen Freiheitsstrafe von 2002-2017 bei fast 19 Jahren Vollzugsdauer; der Wert unterliegt einer gewissen Fluktuation und lag in den letzten Berichtsjahren bei 18,6 (2016), bzw. 17,2 (2017) Jahren, vgl. A. Dessecker/A. Hoffmann,

Vorbereitung der Entlassung zu ermöglichen,²² muss die Strafvollstreckungskammer aber in ihren Entscheidungsgründen verbindlich mitteilen, bis wann die schuldbedingte Vollstreckung fortzusetzen ist.²³

Falls durch das Tatgericht keine besondere Schwere der Schuld festgestellt worden war oder das Vollstreckungsgericht bei seiner Prüfung zu der Auffassung gelangt, die weitere Vollstreckung sei trotz besonderer Schwere der Schuld nicht mehr geboten, so kommt es grundsätzlich, aber nicht automatisch zur Reststrafenaussetzung.

Eine Aussetzung unterbleibt, wenn entweder der Verurteilte nicht **einwilligt**²⁴ oder keine **günstige Sozialprognose** vorliegt und die übergeordneten **Sicherheitsinteressen der Allgemeinheit** daher einer Entlassung entgegenstehen. Nach dem Bundesverfassungsgericht verletzt die **Vollstreckung der lebenslangen Freiheitsstrafe über den durch die besondere Schwere der Schuld bedingten Zeitpunkt hinaus** aus Gründen der Gefährlichkeit des Straftäters weder die Garantie der Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG) noch das Freiheitsgrundrecht (Art. 2 Abs.2 S. 2 GG).²⁵ Das Übermassverbot und der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gebieten dabei immer strengere Anforderungen an die Prognoseentscheidung und ihre Begründung, je länger der Freiheitsentzug dauert.²⁶ Insgesamt muss die Prognose **positiv** ausfallen, etwaige **Zweifel gehen zu Lasten des Betroffenen**.²⁷

Für die Entscheidung hat das Gericht im Wesentlichen die **Kriterien des §57 Abs. 1 S. 2 StGB** zu beachten, mithin die Persönlichkeit der verurteilten Person, ihr Vorleben, die Umstände ihrer Tat, das

op. cit., S. 25, die darauf hinweisen, dass es keinen klaren Trend gibt, der Anteil der besonders langen Vollzugsaufenthalte von mindestens 25 Jahren grossen Schwankungen unterworfen ist, sowie insbesondere «diejenigen Gefangenen mit lebenslangen Strafen, die im jeweiligen Berichtsjahr nicht entlassen wurden (und möglicherweise nie entlassen werden), in dieser rückwirkenden Datenerhebung systematisch ausgeblendet werden».

²² Aber auch da der Verurteilte aus Gründen der Rechtssicherheit einen Anspruch darauf hat, möglichst früh zu erfahren, wie lange seine schuldbedingt zu erwartende Gesamtvollstreckungsdauer andauern wird, J. Hubrach in Laufhütte et al., Leipziger Kommentar StGB, 12. Aufl. 2008, §57a StGB Rn. 18.

²³ T. Fischer, in: T. Fischer, Kommentar zum StGB, 66. Aufl., München 2019, §57a Rn. 18 mit Hinweis auf BVerfGE 86, 331. Die Entscheidung der Strafvollstreckungskammer ist grundsätzlich bindend. Eine Änderung der für die Beurteilung massgebenden Verhältnisse des Verurteilten, kann sich aber eventuell (positiv wie in besonderen Fällen auch negativ) auf die weitere schuldbedingt gebotene Vollzugsdauer auswirken, vgl. J. Hubrach in Laufhütte et al., Leipziger Kommentar StGB, 12. Aufl. 2008, §57a StGB Rn. 36 f.

²⁴ Nach T. Fischer, in: T. Fischer, Kommentar zum StGB, 66. Aufl., München 2019, § 57a Rn. 21 fehlt es nicht selten an einer Einwilligung. Er nennt insbesondere Verlust sozialer Anbindung nach langjähriger Haft, Abstumpfung und Verlust von Initiative und Lebensplanung, Furcht vor Verlust von Orientierung und Bedeutung als Gründe fehlender Einwilligung.

²⁵ Vgl. etwa BVerfG NJW 2007, 1933, 1935. Dieser «**Sicherungsüberhang**» bei der lebenslangen Freiheitsstrafe, der dazu führen kann, dass die Strafe lange Jahre fortgesetzt wird, auch wenn die besondere Schwere der Schuld eine weitere Vollstreckung nicht mehr gebietet und somit losgelöst von der Frage der Schuldangemessenheit der Strafe, wird in der Literatur kritisiert, vgl. etwa F. Streng, «Abstand» zu normalem Strafvollzug auch bei lebenslanger Freiheitsstrafe?, JZ 2017, 507 ff. Das Bundesverfassungsgericht betont, dass bei langjährigen Haftstrafen ein «privilegierter Vollzug» zu prüfen ist, um dem Verurteilten einen Rest an Lebensqualität zu gewähren, vgl. etwa BVerfGE 109, 133, 166 f.

²⁶ Vgl. etwa BVerfG, NJW 2009, 1941, 1942. Das Gericht muss sich insbesondere bemühen, seine Entscheidung aufgrund einer möglichst **breiten Tatsachenbasis** zu treffen, vgl. BVerfGE 117, 71, Rn. 110.

²⁷ Kinzig in Schöneke/Schröder, StGB, 30. Aufl. 2019, § 57a Rn. 12b, m.w.N. Der in-dubio-pro-reo-Grundsatz findet hier keine Anwendung. Die Situation ist demnach entgegengesetzt zur Frage der Entlassung bei der Sicherungsverwahrung, nur **keine negative** Prognose vorliegen darf und Zweifel zugunsten des Verwahrten gehen.

Gewicht des bei einem Rückfall bedrohten Rechtsguts, das Verhalten der verurteilten Person im Vollzug, ihre Lebensverhältnisse und die Wirkungen, die von der Aussetzung für sie zu erwarten sind.

Für die richterliche Prognoseentscheidung holt das Gericht in aller Regel nach §454 Abs. 2 StPO ein **Sachverständigungsgutachten** über den Betroffenen ein.²⁸ Das Gutachten muss sich nach dem Gesetzeswortlaut insbesondere zu der Frage äussern, ob bei dem Verurteilten keine Gefahr mehr besteht, dass dessen durch die Tat zutage getretene Gefährlichkeit fortbesteht – sodass das Gericht darauf aufbauend eine eigene Entscheidung treffen kann.

Das Gericht muss die Frage des **Restrisikos** in seiner **Gesamtabwägung** besonders beachten: Je höherwertig das bei einem Rückfall bedrohte Rechtsgut ist, desto geringer muss das Rückfallrisiko des Verurteilten sein.²⁹ Eine Gefahr der Begehung leichter und mittlerer Straftaten (wie etwa der Begehung von Diebstählen) genügt dagegen nicht, um eine bedingte Entlassung abzulehnen, ebenso wenig wie eine bloss theoretische Möglichkeit eines Rückfalls. Das Risiko muss vielmehr aufgrund spezifischer Tatsachen unvertretbar erscheinen.³⁰

Nach dem Bundesverfassungsgericht ist zudem besonderes Augenmerk auf das Vollzugsverhalten zu legen, gerade bezüglich Vollzugslockerungen, die einer geplanten bedingten Entlassung regelmässig vorausgehen.³¹

²⁸ Verzichtet werden kann auf das Gutachten etwa nicht alleine mit der Begründung, dass das Gericht eine Strafrestaussetzung nicht beabsichtige (vgl. etwa auch BVerfGE 117, 71, Rn. 110), sondern nur wenn die Möglichkeit der Aussetzung als völlig fernliegend erscheint; sobald das Gericht eine Aussetzung erwägt, muss es ein Gutachten einholen. An das Gutachten werden strenge **Anforderungen** gestellt: Es muss wissenschaftlich fundiert sein, die Begutachtung nachvollziehbar und transparent unter Darstellung der Anknüpfungs- und Begutachtungstatsachen, der Untersuchungsmethoden und Hypothesen und einer Auseinandersetzung mit vorherigen Gutachten, s. B. v. Heintschel-Heinegg, in: B. v. Heintschel-Heinegg (Hrsg.), BeckOK StGB, 40. Ed., München 2018, § 57a Rn. 11. Der Gefahr repetitiver Routinebeurteilungen muss der Richter durch eine sorgfältige Auswahl des Gutachters entgegenwirken, vgl. vgl. BVerfGE 117, 71, Rn. 108.

²⁹ Bei einem Tötungsdelikt, gerade wenn die Verurteilung auf Mord beruht, kann damit eine Strafrestaussetzung auch bei einer nur geringen Gefahr eines erneuten Tötungsdelikts nicht verantwortet werden, Kinzig in Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. 2019, § 57a Rn. 12b. Allerdings ist statistisch bei Tötungsdelikten nur ein **geringes Rückfallrisiko** zu erwarten, insbesondere bei Konflikttaten, s. F. Dünkel, in Kindhäuser et. al., Strafgesetzbuch, 5. Aufl., 2017, § 57a Rn. 15 m.w.N. Er weist darauf hin, dass bei Tötungsdelinquenten die Basisrückfallquote in der kriminalprognostischen Literatur mit nur 0-3% angegeben wird (die Quote kann sich erhöhen, etwa bei sexuell motivierten Taten).

³⁰ B. v. Heintschel-Heinegg, in: B. v. Heintschel-Heinegg (Hrsg.), BeckOK StGB, 40. Ed., München 2018, § 57a Rn. 16.

³¹ Kinzig in Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. 2019, § 57a Rn. 12a. Das Bundesverfassungsgericht hat auf die besondere Relevanz von Vollzugslockerungen für die prognostische Beurteilung durch den Richter (und damit für die Vorbereitung und Risikoabschätzung einer Entlassung) hingewiesen, etwa in BVerfGE 117, 71, Rn. 112. Nach F. Dünkel, in Kindhäuser et. al., Strafgesetzbuch, 5. Aufl., 2017, § 57a Rn. 19 (m.w.N.), folgt daraus, dass bei lebenslangen Freiheitsstrafen **frühzeitig** und damit nach ca. 9-12 Jahren eine **systematische Lockerungspraxis und Entlassungsvorbereitung** beginnen sollte. Er weist darauf hin, dass die Strafvollstreckungskammer in Ausnahmefällen sogar eine Anordnungskompetenz für Lockerungen haben kann, dies ist der Fall bei nachhaltiger und positiv festgestellter rechtswidriger Weigerung der Anstalt, Lockerungen zu gewähren. Aus § 454 Abs. 1 S. 4 Nr. 2b StPO kann jedenfalls geschlossen werden, dass der Gesetzgeber von einem Beginn des Prüfungsverfahrens nach 13 Jahren ausgegangen ist, sodass Anträge des Verurteilten zumindest ab diesem Zeitpunkt zulässig sind.

Bei einer **Ablehnung**³² der bedingten Entlassung kann die Strafvollstreckungskammer gem. §57a Abs. 4 StGB eine **Sperrfrist** von bis zu zwei Jahren festsetzen, vor deren Ende ein Antrag des Verurteilten auf erneute Prüfung unzulässig ist. Grundsätzlich bedarf es aus Gründen der Verhältnismäßigkeit und wegen der zeitlichen Unbestimmtheit der lebenslangen Freiheitsstrafe einer regelmässigen Überprüfung ihrer weiteren Vollstreckung. Das Gesetz sieht allerdings nach Erreichen des Höchstmaßes der schuldbedingten Vollstreckungsdauer keine regelmässige Überprüfung durch das Gericht von Amts wegen vor und geht vielmehr davon aus, dass der Verurteilte selbst seine Antragsmöglichkeit in Anspruch nimmt.³³

Setzt das Vollstreckungsgericht die weitere Vollstreckung zur **Bewährung** aus, so wird es in der Regel weitere **Folgeentscheidungen** treffen und Auflagen, Weisungen oder Bewährungshilfe anordnen. Die Bewährungszeit beträgt bei der bedingten Entlassung aus der lebenslangen Freiheitsstrafe nach § 57 a Abs. 3 S. 1 StGB grundsätzlich fünf Jahre, sie kann bis insgesamt sieben Jahre und sechs Monate verlängert werden.³⁴ Falls die Bewährung scheitert, kann sie gem. § 56f StGB durch das Gericht widerrufen werden. Erfolgt während der Bewährungszeit kein Widerruf, so erlässt das Gericht nach Ablauf der Bewährungszeit die Strafe gem. § 56g StGB.

1.3. Beschränkungen zum Urteilszeitpunkt

Ein absoluter **Ausschluss der bedingten Entlassung ist nicht möglich**.³⁵ Nach dem Bundesverfassungsgericht ist die lebenslange Freiheitsstrafe nur dann mit der Verfassung vereinbar, wenn dem Verurteilten noch eine Chance auf Wiedererlangung der Freiheit bleibt.³⁶

Dagegen kann ihre voraussichtliche **Hinauszögerung** sehr wahrscheinlich erreicht werden, wenn im Strafurteil die **besondere Schwere der Schuld festgestellt** wird: Voraussetzung für eine bedingte Entlassung ist dann, dass nicht die besondere Schuldenschwere eine weitere Vollstreckung gebietet.

³² Gegen die Ablehnung ist die sofortige Beschwerde möglich, vgl. §§304 ff. StPO. Für nähere Ausführungen vgl. etwa K. Graalmann-Scheerer in Löwe-Rosenberg, StPO, 26. Aufl. 2010, §454 Rn. 87 ff.

³³ Nach dem Bundesverfassungsgericht (vgl. etwa BVerfG NJW 2007, 1933, 1939) genügt dies den verfassungsrechtlichen Anforderungen. Wenn der Verurteilte sein Antragsrecht nicht wahrnimmt, kann eine Überprüfung entfallen. Allerdings ist die Staatsanwaltschaft als Vollstreckungsbehörde gegebenenfalls von Amts wegen aufgrund des Übermassverbots verpflichtet, einen entsprechenden Antrag zu stellen, wenn der Verurteilte dies über den Zeitraum von zwei Jahren hinaus nicht tut und Anzeichen dafür bestehen, dass er nicht in der Lage ist, selbst einen solchen Antrag zu stellen.

³⁴ Unter den Voraussetzungen von §56 f Abs. 1 und 2 S. 1 Nr. 2 StGB, auf den §57a Abs. 3 S. 2 verweist. Eine Verkürzung der Bewährungszeit ist dagegen nicht möglich.

³⁵ Zur Möglichkeit der Anordnung von Sicherungsverwahrung neben lebenslanger Freiheitsstrafe: G. Kett-Straub, Die Kombination von lebenslanger Freiheitsstrafe und Sicherungsverwahrung, Goltdammer's Archiv für Strafrecht 2009, S. 586-60. Eine Anordnung der Sicherungsverwahrung neben der lebenslangen Freiheitsstrafe ist grundsätzlich überflüssig, da die lebenslange Freiheitsstrafe so lange vollstreckt wird, wie die Sicherheitsinteressen der Allgemeinheit dies erfordern und die Voraussetzungen für eine bedingte Entlassung aus der lebenslangen Freiheitsstrafe sind mit einer erforderlichen positiven Prognose strenger als für eine Entlassung aus der Sicherungsverwahrung. Sie ist nur für eine spezielle Konstellation relevant: Wenn das Tatgericht wegen Verhängung einer lebenslangen Freiheitsstrafe keine Sicherungsverwahrung anordnen könnte, die lebenslange Freiheitsstrafe dann aber aufgrund einer Revision (des Verurteilten) in eine zeitige Freiheitsstrafe umgewandelt wird und eine (nachträgliche) Anordnung der Sicherungsverwahrung dann nicht mehr möglich ist, vgl. F. Streng, «Abstand» zu normalem Strafvollzug auch bei lebenslanger Freiheitsstrafe?, JZ 2017, 507, 512.

³⁶ BVerfGE 45, 187, 229.

Das dem Strafrecht zugrundeliegende Schuldprinzip soll grundsätzlich sicherstellen, dass der Täter einer Straftat die seiner Schuld angemessene Strafe verbüsst. Die lebenslange Freiheitsstrafe ist dagegen eine absolute Strafe, die etwa bei Mord zwingend zu verhängen ist: Dass ihr im Einzelfall ein sehr unterschiedliches Schuldmass zugrunde liegen kann, kommt im Ausspruch der lebenslangen Freiheitsstrafe nicht zum Ausdruck. Diese **Differenzierung** wird durch die sogenannte Schuldenschwereklausel ermöglicht. Sie soll eine **schuldangemessene, weitere Vollstreckung** bei Taten sicherstellen, die nach Erreichen der Mindestverbüßungszeit von 15 Jahren der Vollstreckung noch keinen Schuldausgleich gefunden haben.³⁷ Ist die besondere Schwere der Schuld im Urteil festgestellt worden, so legt das Vollstreckungsgericht nach Ablauf der 15-Jahres-Frist des § 57a Abs. 1 S. 1 Nr. 1 StGB erst noch das Höchstmass der Freiheitsstrafe fest, indem es bestimmt, wie lange die Vollstreckung aufgrund der besonderen Schwere der Schuld fortzusetzen ist. Für das Höchstmass sieht das Gesetz **keine Obergrenze** vor.³⁸

Ursprünglich entschieden erst die Strafvollstreckungskammern nach Ablauf der Mindestverbüßungszeit von 15 Jahren im Rahmen der Prüfung nach § 57a StGB über das Vorliegen der besonderen Schwere der Schuld. Durch die sogenannte **Schwurgerichtslösung** legte das Bundesverfassungsgericht 1992³⁹ fest, dass bereits das Schwurgericht im Erkenntnisverfahren über das Vorliegen einer besonderen Schuldschwere entscheidet: Liegt für das Tatgericht eine besondere Schwere der Schuld vor, so muss es diese in die Urteilsformel aufnehmen und im Urteil tatsächliche Feststellungen dazu treffen. Ist auf lebenslange Freiheitsstrafe als Gesamtstrafe erkannt, so werden bei der Feststellung der besonderen Schwere der Schuld gem. §57 b StGB die einzelnen Straftaten zusammenfassend gewürdigt.

Eine einheitliche Definition für die, im Gesetz nicht näher beschriebene, besondere Schwere der Schuld existiert nicht.⁴⁰ Es herrscht Einigkeit, dass eine besondere Schwere der Schuld ein «**erhebliches Mehr an Schuld** im Vergleich zum ‘Normalfall’ des Mordes»⁴¹ voraussetzt. Der Große Strafsenat verlangt eine Gesamtwürdigung im Einzelfall und Umstände von Gewicht.⁴² Als Indizien für das Vorliegen einer besonderen Schwere der Schuld können angesehen werden: eine Verwirklichung mehrerer

³⁷ Vgl. J. Hubrach in Laufhütte et al., Leipziger Kommentar StGB, 12. Aufl. 2008, §57a StGB Rn. 8 mit Verweis auf BVerfGE 72, 105, 113 ff. Die Schuldenschwereklausel erlaubt damit eine Differenzierung zwischen Einzelfällen des Mordes, vgl. Abschlussbericht der Expertengruppe zur Reform der Tötungsdelikte, Bundesministerium für Justiz 2015, op. cit., S. 64.

³⁸ Die Strafvollstreckungskammer muss keine weitere Verbüßungsdauer festlegen, wenn es trotz Feststellung der besonderen Schwere der Schuld im Urteil zu der Überzeugung gelangt, dass eine weitere Vollstreckung nicht mehr geboten ist. J. Hubrach in Laufhütte et al., Leipziger Kommentar StGB, 12. Aufl. 2008, §57a StGB Rn. 20, m.w.N. weist darauf hin, dass im Allgemeinen eine schuldenschwerebedingte Gesamtvolleistungsdauer nicht den Zeitraum von 25 Jahren übersteige, im Einzelfall aber auch deutlich darüber liegen kann. Nach A. Dessecker/A. Hoffmann, op. cit., hatte von den 966 Entlassungsfällen aus den Jahren 2002 bis 2017 die Hälfte der Entlassenen mehr als 17 Jahre im Strafvollzug verbracht, etwa jede 8. Person war länger als 25 Jahre im Vollzug.

³⁹ BVerfGE 86, 288. Den grundsätzlichen verfassungsrechtlichen Bedenken gegen eine solche Schuldenschwereklausel erteilte das Bundesverfassungsgericht dagegen eine Absage, vgl. J. Hubrach in Laufhütte et al., Leipziger Kommentar StGB, 12. Aufl. 2008, §57a StGB Rn. 10 f. Zweifel an der Bestimmtheit der Schuldenschwereklausel bestehen gerade in der Literatur weiterhin, vgl. zuletzt C. Blanke-Roeser, Die besondere Schwere der Schuld iSd §57a I 1 Nr. 2 StGB, JuS 2017, 826.

⁴⁰ Die Kriterien bleiben mangels konkreter Anhaltspunkte trotz Entscheidungen in der Rechtsprechung vage und ein Kritikpunkt, vgl. C. Blanke-Roeser, Die besondere Schwere der Schuld iSd §57a I 1 Nr. 2 StGB, JuS 2017, 826, 827.

⁴¹ F. Dünkel in Kindhäuser et al., Strafgesetzbuch, 5. Auflage 2017, §57a Rn. 9.

⁴² BGHSt 40, 360, 370. Gerade die verlangten Umstände von Gewicht und unterschiedliche Konzepte von «Mindestschuld» oder «Regelschuld» treffen in der Literatur auf Kritik, vgl. F. Dünkel in Kindhäuser et al., Strafgesetzbuch, 5. Auflage 2017, §57a Rn. 11.

Mordmerkmale, eine besondere Art, Intensität oder Begleitumstände der Begehung, eine Mehrzahl von Opfern sowie tateinheitliche oder tatmehrheitliche (vgl. §57 b StGB) Begehung weiterer Straftaten.⁴³ ⁴⁴ Grundsätzlich finden die Grundsätze für die Strafzumessungsschuld nach §46 StGB entsprechende Anwendung, insbesondere das Doppelverwertungsverbot, sowie der Grundsatz «*in dubio pro reo*». ⁴⁵

Durch die Vorverlegung der Feststellung der besonderen Schwere der Schuld vom Vollstreckungsverfahren ins Erkenntnisverfahren wird diese Teil der Tatsacheninstanz und, zumindest eingeschränkt,⁴⁶ überprüfbar. Die Entscheidung im Urteil bindet das Vollstreckungsgericht zwar,⁴⁷ dient aber nur der Vorbereitung der späteren vollstreckungsrichterlichen Entscheidung.⁴⁸ Das Schwurgericht darf sich nicht zu einer Dauer der Vollstreckung äussern: über die Frage des «**Gebietens**» der weiteren Vollstreckung nach der Mindestverbüßungszeit (und die Dauer der weiteren Vollstreckung) entscheidet allein die **Strafvollstreckungskammer** aufgrund einer **vollstreckungsrechtlichen Gesamtwürdigung** von Tat und Täterpersönlichkeit.⁴⁹

Erforderlich ist eine von der Feststellung der Schuldsschwere **unabhängige, eigenständige Beurteilung**. Die Strafvollstreckungskammer hat einerseits die **tatschuldrelevanten Faktoren** zu berücksichtigen und ist hierbei an die Feststellungen des Schwurgerichts zur besonderen Schwere der Schuld gebunden,⁵⁰ andererseits sind aber hier insbesondere das **Verhalten und die weitere Entwicklung des Verurteilten im Vollzug** zu berücksichtigen, sodass neben Kriterien wie Wiedergutmachungsbemühungen gegenüber dem Opfer oder dessen Verwandten auch aussertatbestandliche Aspekte wie eine schwere Erkrankung oder das Alter des Betroffenen relevant werden können,⁵¹ um festzustellen, ob ein Sühnebedürfnis weiterhin besteht.⁵² Das Gericht hat die Straf- und Vollzugswirkungen zu beachten, gerade im Hinblick auf die vom Bundesverfassungsgericht betonte verbleibende, realisierbare Chance, noch einmal die Freiheit wiederzuerlangen.⁵³

⁴³ R. Rieker-Müller/J. Schady, «Empfehlen sich Änderungen des §57a StGB?» in Abschlussbericht der Expertengruppe zur Reform der Tötungsdelikte, Bundesministerium für Justiz 2015, op. cit., S. 750, 755 m.w.N. Insgesamt spricht sich die Expertenkommission in ihrem Bericht (S. 64 ff.) für eine Beibehaltung der Schuldsschwereklausel aus; Kriterien für die besondere Schwere sollten aufgenommen werden, die Mindestverbüßungsdauer aus Gründen der besonderen Schwere der Schuld aber nicht festgelegt werden, es soll weiter die Strafvollstreckungskammer, auch unter Berücksichtigung des Vollzugsverlaufs, über die Höchstdauer entscheiden. Diese soll sie aber, wenn möglich, bereits früher festlegen, etwa schon nach fünf Jahren des Vollzugs.

⁴⁴ Für nähere Ausführungen zu konkreten Umständen, die für und gegen eine besondere Schwere der Schuld sprechen, vgl. etwa C. Blanke-Roeser, Die besondere Schwere der Schuld iSd §57a I 1 Nr. 2 StGB, JuS 2017, 826, 828, wie Kinzig in Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. 2019, § 57a Rn. 5.

⁴⁵ Vgl. J. Hubrach in Laufhütte et al., Leipziger Kommentar StGB, 12. Aufl. 2008, §57a StGB Rn. 16 m.w.N. Die besondere Schwere der Schuld darf also nicht mit Umständen begründet werden, die überhaupt erst zu einer Verurteilung wegen Mordes führen, sondern es müssen besonders verwerfliche, über das Mordmerkmal hinausgehende Umstände gegeben sein, vgl. BGHSt 42, 226.

⁴⁶ T. Fischer, in: T. Fischer, Kommentar zum StGB, 66. Aufl., München 2019, §57a Rn. 14.

⁴⁷ Das Vollstreckungsgericht selbst darf keine Neubeurteilung der Schwere der Schuld vornehmen.

⁴⁸ T. Fischer, in: T. Fischer, Kommentar zum StGB, 66. Aufl., München 2019, §57a Rn. 7.

⁴⁹ F. Dünkel in Kindhäuser et al., Strafgesetzbuch, 5. Auflage 2017, §57a Rn. 25.

⁵⁰ J. Hubrach in Laufhütte et al., Leipziger Kommentar StGB, 12. Aufl. 2008, §57a StGB Rn. 19.

⁵¹ F. Dünkel in Kindhäuser et al., Strafgesetzbuch, 5. Auflage 2017, §57a Rn. 25, mit Verweis auf BVerfG 22.5.1995, NStZ 1996, 53, 54.

⁵² J. Hubrach in Laufhütte et al., Leipziger Kommentar StGB, 12. Aufl. 2008, §57a StGB Rn. 17.

⁵³ J. Hubrach in Laufhütte et al., Leipziger Kommentar StGB, 12. Aufl. 2008, §57a StGB Rn. 20, die darauf hinweist, dass es nach BVerfGE 72, 105, 116 f. mit der Würde des Menschen unvereinbar wäre, die

1.4. Begnadigung

Das Institut der Begnadigung existiert in Deutschland, es hat aber an Bedeutung erheblich eingebüßt. Bis 1982 und der Einführung der Möglichkeit der bedingten Entlassung mit §57a StGB war eine Begnadigung das einzige Mittel, bei einer lebenslangen Freiheitsstrafe jemals wieder die Freiheit zu erlangen. Dies führte zu einem hohen Prozentsatz von Begnadigungen. Inzwischen hat die Begnadigung wieder ihren ursprünglich vorgesehenen Ausnahmecharakter: Bedeutung hat sie nur noch in seltenen Einzelfällen, etwa bei Mehrfachverbüssungen oder für die Entlassung eines Gefangenen vor Ablauf der Mindestverbüssungszeit von 15 Jahren, wenn dieser wegen einer Krankheit nur mehr eine geringe Lebenserwartung hat.⁵⁴

Die Zuständigkeit bezüglich des Gnadenrechts ist geteilt: In Sachen, in denen im ersten Rechtszug in Ausübung von Gerichtsbarkeit des Bundes entschieden worden ist, steht das Begnadigungsrecht dem Bund zu, in allen anderen Sachen steht es den Ländern zu.⁵⁵

Für den Bund übt der Bundespräsident im Einzelfalle das Begnadigungsrecht aus.⁵⁶ In den Ländern sind in der Regel die Ministerpräsidenten für die Begnadigung zuständig, im Saarland die Landesregierung und in den Stadtstaaten die jeweiligen Senate.⁵⁷

Das Begnadigungsrecht ermöglicht es, im Rahmen einer Ermessensentscheidung im Einzelfall bisher bestehende Rechtsnachteile durch einen Exekutivakt⁵⁸ abzuschwächen oder ganz aufzuheben.⁵⁹ Die Begnadigung stellt eine Einzelfallentscheidung dar und erfordert zu ihrer Wirksamkeit nicht die

geförderte konkrete und grundsätzlich auch realisierbare Chance zur Wiedererlangung der Freiheit auf einen von Siechtum und Todesnähe gekennzeichneten Lebensrest zu reduzieren.

⁵⁴ Gross, in Münchener Kommentar zum StGB, 3. Aufl. 2016, § 57a Rn. 2. Zuletzt gab es laut A. Dessecker/A. Hoffmann, op. cit., 2016 einen Fall der Begnadigung in Berlin.

⁵⁵ § 452 Strafprozeßordnung (StPO), verfügbar unter: <https://www.gesetze-im-internet.de/stpo/> (23.01.2019). Dem Bund steht damit das Begnadigungsrecht nur in Staatsschutzstrafsachen zu, in denen die Oberlandesgerichte gem. Art. 96 Abs. 5 GG i.V.m. § 120 Abs. 1 und 2 GVG die Gerichtsbarkeit des Bundes ausüben, vgl. E. Appl, in: R. Hannich (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zur Strafprozeßordnung, 7. Aufl., München 2013, § 452 Rn. 2.

⁵⁶ Art. 60 Abs. 2 Grundgesetz (GG). Nach Abs. 3 kann er diese Befugnis auch auf andere Behörden übertragen, vgl. insb. Anordnung des Bundespräsidenten über die Ausübung des Begnadigungsrechts des Bundes (GnO), verfügbar unter <https://www.gesetze-im-internet.de/gno/BJNR015730965.html>.

⁵⁷ In der Praxis allerdings wurden diese Befugnisse weitgehend an die Leiter der Staatsanwaltschaften oder die Generalstaatsanwälte delegiert, E. Appl, in: R. Hannich (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zur Strafprozeßordnung, 7. Aufl., München 2013, § 452 Rn. 3.

⁵⁸ Da es sich um einen Exekutivakt handelt, unterliegt die Entscheidung über die Begnadigung nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts weder hinsichtlich der Erteilung, noch der Versagung einer gerichtlichen Nachprüfbarkeit. Die Rechtsschutzgarantie aus Art. 19 Abs. 4 GG gelte hier nicht, vgl. Bundesverfassungsgericht (BVerfG), Beschluss vom 23. 4. 1969 - 2 BvR 552/63, sowie E. Appl, in: R. Hannich (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zur Strafprozeßordnung, 7. Aufl., München 2013, § 452 Rn. 6; C. Coen, in: Graf (Hrsg.), BeckOK StPO, 31. Ed., München 2018, § 452 Rn. 5. Eine Rücknahme oder ein Widerruf einer Begnadigung können dagegen gerichtlich überprüft werden, da sie dem Betroffenen eine erlangte, günstige Rechtsposition wieder absprechen, vgl. Bundesverfassungsgericht (BVerfG), Beschluss vom 12. 1. 1971 - 2 BvR 520/70C. Coen, in: Graf (Hrsg.), BeckOK StPO, 31. Ed., München 2018, § 452 Rn. 5.

⁵⁹ C. Coen, in: Graf (Hrsg.), BeckOK StPO, 31. Ed., München 2018, § 452 Rn. 2. Da es sich um eine Einzelfallentscheidung aufgrund der individuellen Umstände handelt, sind die Rechtsfolgen des Gnadenrechts nicht festgelegt. Üblicherweise hat die Entscheidung Auswirkungen auf die Strafvollstreckung und wird die durch das Strafurteil entstandenen Rechtsnachteile abmildern, vgl. N. Nestler, in: C. Knauer/ H. Kudlich (Hrsg.), Münchener Kommentar StPO, 1. Aufl., München 2016, § 452 Rn. 2, 5.

Zustimmung des Betroffenen.⁶⁰ Sie stellt ein von Amts wegen zu beachtendes Vollstreckungshindernis im Sinne der Strafprozessordnung dar.⁶¹

Das Begnadigungsverfahren kann sowohl auf Antrag des Betroffenen, als auch eines Dritten⁶² oder von Amts wegen eingeleitet werden.⁶³ Eine Einhaltung einer besonderen Form oder Frist ist für die Antragstellung nicht erforderlich. Stattdessen genügt es, das Gnadengesuch schriftlich oder mündlich bei der sachlich und örtlich zuständigen Behörde zu stellen.⁶⁴

Voraussetzung für eine Begnadigung ist das eine gnadenfähige, rechtskräftige Entscheidung, die den Betroffenen aktuell noch beschwert.⁶⁵ Stellt der Betroffene den Antrag selbst, muss er das Vorliegen besonders wichtiger Gründe, die für seine Begnadigung sprechen, detailliert darlegen.⁶⁶ Weitere besondere Voraussetzungen können sich nach den Gnadenordnungen der einzelnen Bundesländer ergeben.⁶⁷

2. Schuldunabhängige freiheitsentziehende Sicherheitsmassnahmen

Résumé

Es besteht im Rahmen der Massregeln der Besserung und Sicherung die Möglichkeit, unabhängig von der Schuld des Täters aufgrund einer Gefährlichkeitsprognose eine Unterbringung des Täters in einem psychiatrischen Krankenhaus, einer Entziehungsanstalt oder in der Sicherungsverwahrung anzurufen. Eine Massregel kann neben oder statt einer Strafe im Urteil angeordnet werden.

2.1. Arten freiheitsentziehender Massnahmen

Das deutsche StGB sieht mehrere Möglichkeiten einer schuldunabhängigen, freiheitsentziehenden Sicherheitsmaßnahme vor. Solche Massregeln der Besserung und Sicherung sind:

⁶⁰ K. Pflieger/B.-D. Meier, in: D. Dölling et al. (Hrsg.), Gesamtes Strafrecht, 4. Aufl., Baden-Baden 2017, § 452 StPO Rn. 1.

⁶¹ N. Nestler, in: C. Knauer/ H. Kudlich (Hrsg.), Münchener Kommentar StPO, 1. Aufl., München 2016, § 452 Rn. 1; E. Appl, in: R. Hannich (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, 7. Aufl., München 2013, § 449 Rn. 22; H. Birkhoff, in: H. Müller/ R. Schlothauer (Hrsg.), Münchener Anwaltshandbuch der Strafverteidigung, 2. Aufl., München 2014, § 26 Rn. 118.

⁶² Nach herrschender Auffassung in der Literatur soll die Antragstellung Dritter auch in den Bundesländern möglich sein, in denen die Gnadenordnung eine solche nicht ausdrücklich geregelt hat, siehe dazu: H. Birkhoff, in: H. Müller/ R. Schlothauer (Hrsg.), Münchener Anwaltshandbuch der Strafverteidigung, 2. Aufl., München 2014, § 26 Rn. 32.

⁶³ N. Nestler, in: C. Knauer/ H. Kudlich (Hrsg.), Münchener Kommentar StPO, 1. Aufl., München 2016, § 452 Rn. 9.

⁶⁴ H. Birkhoff, in: H. Müller/ R. Schlothauer (Hrsg.), Münchener Anwaltshandbuch der Strafverteidigung, 2. Aufl., München 2014, § 26 Rn. 28.

⁶⁵ N. Nestler, in: C. Knauer/ H. Kudlich (Hrsg.), Münchener Kommentar StPO, 1. Aufl., München 2016, § 452 Rn. 1, 4.

⁶⁶ Gründe für eine Begnadigung können sich dabei aus der persönlichen Sphäre, den Umständen der Tat sowie aus rechtlichen Gründen ergeben, vgl. H. Birkhoff, in: H. Müller/ R. Schlothauer (Hrsg.), Münchener Anwaltshandbuch der Strafverteidigung, 2. Aufl., München 2014, § 26 Rn. 118. Der Betroffene muss darlegen, dass die Abwägung zwischen seinen Rechtsgütern und Interessen und dem Interesse der Allgemeinheit sowie des Staates an der Strafvollstreckung zu seinen Gunsten ausfällt.

⁶⁷ H. Birkhoff, in: H. Müller/ R. Schlothauer (Hrsg.), Münchener Anwaltshandbuch der Strafverteidigung, 2. Aufl., München 2014, § 26 Rn. 65f.

- Die Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus⁶⁸
- Die Unterbringung in einer Entziehungsanstalt⁶⁹
- Die Unterbringung in der Sicherungsverwahrung⁷⁰

Diese Massnahmen sind, wie bereits ausgeführt, keine Strafen, sondern sind als sog. Massregeln der Besserung und Sicherung unabhängig von der Schuld des Täters und dienen seiner Resozialisierung bzw. der Prävention der Begehung neuer Straftaten. Dies entspricht dem zweigliedrigen System der Rechtsfolgen der Tat, die aus der Strafe einerseits und den Massregeln der Besserung und Sicherung andererseits besteht. Während sich die Strafe an der Schuld des Täters orientiert, sind die Massregeln der Besserung und Sicherung nicht auf die Vergangenheit, sondern auf die Zukunft gerichtet. Unabhängig von der Schuld des Täters ist hier Anknüpfungspunkt ist die vom Täter ausgehende Gefahr für die Allgemeinheit. Sie sollen sicherstellen, dass die Bevölkerung vor weiteren Straftaten des als gefährlich geltenden Täters geschützt wird.⁷¹

All diesen genannten freiheitsentziehenden Massnahmen ist gemein, dass für sie der Verhältnismässigkeitsgrundsatz gilt. Demnach darf eine Massregel der Besserung und Sicherung nicht angeordnet werden, wenn sie zur Bedeutung der vom Täter begangenen und zu erwartenden Taten sowie zu dem Grad der von ihm ausgehenden Gefahr außer Verhältnis steht.⁷² Massgeblich für die Prüfung der Verhältnismässigkeit ist dabei eine Gesamtabwägung der Bedeutung der durch den Täter verübten und der zukünftig zu erwartenden Taten, sowie der, Wahrscheinlichkeit mit der er weitere Taten begehen wird.⁷³

2.2. Voraussetzungen

2.2.1. Die Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus

Für die Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus gelten strenge **Voraussetzungen**:

Eine Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus ist demnach nur möglich, wenn der Täter eine **erhebliche rechtswidrige Tat**⁷⁴ begangen hat. Hierunter fällt auch der Versuch sowie die fahrlässige Begehung einer Straftat. Darüber hinaus muss der Täter die Tat in einem Zustand der Schuldunfähigkeit⁷⁵ oder der verminderten Schuldfähigkeit⁷⁶ begangen haben, die gerade die natürliche Einsichtsfähigkeit des Täters eingeschränkt oder völlig beseitigt hat. Hierbei ist allerdings erforderlich, dass es sich nicht nur um einen temporären Zustand des Täters handelte, sondern stattdessen die Schuldunfähigkeit oder verminderte Schuldunfähigkeit längere Zeit andauerte. Schliesslich muss eine umfassende Gefahrprognose des Täters zu dem Schluss geführt haben, dass der Bestand und die Einhaltung der Rechtsordnung durch eine drohende Tat des Täters erheblich

⁶⁸ § 61 Nr. 1 StGB, § 63 StGB.

⁶⁹ § 61 Nr. 2 StGB, § 64 StGB.

⁷⁰ § 61 Nr. 3 StGB, § 66 StGB.

⁷¹ G. van Gemmeren, in: W. Joecks/ K. Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum StGB, Band 2, 3. Aufl., München 2016, § 61 Rn. 1ff.

⁷² § 62 StGB.

⁷³ T. Ziegler, in: B. v. Heintschel-Heinegg (Hrsg.), BeckOK StGB; 40. Ed., München 2018, § 62 Rn. 1; M. Heger, in: K. Lackner/K. Kühl/ M. Heger (Hrsg.), Strafgesetzbuch Kommentar, 29. Aufl., München 2018, § 62 Rn. 2.

⁷⁴ § 11 Abs. 1 Nr. 5 StGB.

⁷⁵ § 20 StGB.

⁷⁶ § 21 StGB.

gefährdet sein würde und diese Gefahr für die Allgemeinheit dieser nicht zumutbar ist.⁷⁷ Eine Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus ist demnach dann möglich, wenn die Gesamtwürdigung des Täters und seiner Tat ergibt, dass von ihm infolge seines Zustandes erhebliche rechtswidrige Taten, durch welche die Opfer seelisch oder körperlich erheblich geschädigt oder erheblich gefährdet werden oder schwerer wirtschaftlicher Schaden angerichtet wird, zu erwarten sind und er deshalb für die Allgemeinheit gefährlich ist. Handelt es sich bei der begangenen rechtswidrigen Tat **nicht um eine im vorher genannten Sinne erhebliche Tat**, so trifft das Gericht eine solche Anordnung nur, wenn besondere Umstände die Erwartung rechtfertigen, dass der Täter infolge seines Zustandes derartige erhebliche rechtswidrige Taten begehen wird.⁷⁸

Zudem muss die Ursache für die drohenden Taten bzw. die vom Täter ausgehende Gefahr in dessen Schuldunfähigkeit bzw. verminderten Schulpflichtigkeit liegen. Abschliessend müssen die genannte Aspekte in einer umfassenden Güter- und Interessenabwägungen miteinander abgewogen werden.⁷⁹

2.2.2. Die Unterbringung in einer Entziehungsanstalt

Als zweite Massregel der Besserung und Sicherung sieht das Gesetz die Unterbringung in einer Entziehungsanstalt vor.

Hat eine Person den Hang, alkoholische Getränke oder andere berauscheinende Mittel im Übermass zu sich zu nehmen, und wird sie wegen einer rechtswidrigen Tat, die sie im Rausch begangen hat oder die auf ihren Hang zurückgeht, verurteilt oder nur deshalb nicht verurteilt, weil ihre Schuldunfähigkeit erwiesen oder nicht auszuschliessen ist, so soll das Gericht die Unterbringung in einer Entziehungsanstalt anordnen, wenn die Gefahr besteht, dass sie infolge ihres Hanges erhebliche rechtswidrige Taten begehen wird.⁸⁰

Die Regelung verfolgt zwei Zwecke, primär die Bevölkerung vor dem gefährlichen Täter zu schützen und sekundär dem Täter selbst Möglichkeiten zur Durchführung einer Therapie zur Verfügung zu stellen.⁸¹

Voraussetzung für Unterbringung in einer Entziehungsanstalt ist also zunächst der Hang zu übermässigem Konsum von Rauschmitteln. Die soziale Gefährlichkeit des Täters kann sich auch daraus ergeben, dass der Täter aus Gründen der Beschaffung von Rauschmitteln eine rechtswidrige Tat begeht, also ein Fall einer sogenannten Beschaffungskriminalität vorliegt.⁸²

Schliesslich bedarf es einer sogenannten Anlassstat. Der Täter muss also eine rechtswidrige Tat begangen haben.⁸³

Des Weiteren muss diese gerade im Rauschzustand begangen worden sein oder auf diesen Zustand zurückzuführen sein. Erforderlich ist also eine Kausalität zwischen der begangenen Tat und dem Hang zum übermässigen Rauschmittelkonsum. Eine solche Kausalität kann dann angenommen werden, wenn sich der Täter bei Begehung der Tat aufgrund des Rauschmittels in einem Zustand befunden hat,

⁷⁷ M. Braasch, in: D. Dölling et al. (Hrsg.), *Gesamtes Strafrecht*, 4. Aufl., Baden-Baden 2017, § 63 StGB Rn. 3ff.

⁷⁸ Vgl. § 63 StGB.

⁷⁹ M. Braasch, in: D. Dölling et al. (Hrsg.), *Gesamtes Strafrecht*, 4. Aufl., Baden-Baden 2017, § 63 StGB Rn. 3ff.

⁸⁰ § 64 S. 1 StGB.

⁸¹ G. van Gemmeren, in: W. Joecks/ K. Miebach (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum StGB*, Band 2, 3. Aufl., München 2016, § 64 Rn. 1.

⁸² T. Ziegler, in: B. v. Heintschel-Heinegg (Hrsg.), *BeckOK StGB*; 40. Ed., München 2018, § 64 Rn. 2ff.

⁸³ T. Ziegler, in: B. v. Heintschel-Heinegg (Hrsg.), *BeckOK StGB*; 40. Ed., München 2018, § 64 Rn. 7f.

der seine geistig-psychischen Fähigkeiten stark beeinträchtigt hat. Der Hang des Täters zum Rauschmittelmissbrauch muss also in irgendeiner Weise für die begangene Anlaßstat ursächlich gewesen sein. Dazu zählen insbesondere Delikte der Beschaffungskriminalität sowie Gewaltdelikte und Verkehrsdelikte unter Rauschmitteleinfluss.⁸⁴ In Fällen der Beschaffungskriminalität muss die Straftat gerade unmittelbar oder mittelbar darauf abzielen, sich Drogen zum Eigenkonsum zu besorgen, um damit das eigene Suchtbedürfnis zu befriedigen.⁸⁵

Die Anordnung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt ergeht **nur, wenn eine hinreichend konkrete Aussicht** besteht, die Person durch die Behandlung in einer Entziehungsanstalt innerhalb der Frist von zwei Jahren beziehungsweise gegebenenfalls nach einer zulässigen Verlängerung⁸⁶ zu heilen oder über eine erhebliche Zeit vor dem Rückfall in den Hang zu bewahren und von der Begehung erheblicher rechtswidriger Taten abzuhalten, die auf ihren Hang zurückgehen.⁸⁷

Zudem muss sich aufgrund einer Prognose ergeben, dass damit zu rechnen ist, dass der Täter infolge seines Hanges auch weitere Straftaten begehen wird. Diese Prognoseentscheidung ist anhand einer umfassenden Würdigung der Gesamtumstände des Falls vorzunehmen. Eine bestehende Rauschmittelabhängigkeit ist dabei ein gewichtiger Anhaltspunkt für das Vorliegen einer solche Gefährlichkeit im Sinne des Gesetzes.⁸⁸ Neben der bestehenden Gefahrprognose ist auch erforderlich, dass die Unterbringung in einer Entziehungsanstalt erfolgversprechend ist. Hierdurch soll dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz Rechnung getragen werden.⁸⁹

2.2.3. Die Sicherungsverwahrung

Die dritte und letzte Art der Unterbringung ist die sogenannte Sicherungsverwahrung. Diese ist die einschneidendste Sanktion, die das deutsche Strafrecht vorsieht.⁹⁰ Das Gesetz nennt dabei eine Vielzahl von Fällen (Katalog), in denen eine Sicherungsverwahrung **neben einer Strafe** angeordnet werden kann.

Das Ziel der Sicherungsverwahrung als zeitlich unbegrenzte Freiheitsentziehung liegt darin, die Bevölkerung vor einzelnen hochgefährlichen Menschen zu schützen, die aufgrund ihres vorangegangenen Verhaltens so eingeschätzt werden, dass sie durch die Begehung von zukünftigen, schweren Straftaten eine Gefährdung für die Bevölkerung darstellen.⁹¹

⁸⁴ G. van Gemmeren, in: W. Joecks/ K. Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum StGB, Band 2, 3. Aufl., München 2016, § 64 Rn. 39ff.; T. Ziegler, in: B. v. Heintschel-Heinegg (Hrsg.), BeckOK StGB; 40. Ed., München 2018, § 64 Rn. 7f.

⁸⁵ G. van Gemmeren, in: W. Joecks/ K. Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum StGB, Band 2, 3. Aufl., München 2016, § 64 Rn. 41.

⁸⁶ § 67d Abs.1 S. 1 und 3 StGB.

⁸⁷ Vgl. § 64 StGB.

⁸⁸ G. van Gemmeren, in: W. Joecks/ K. Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum StGB, Band 2, 3. Aufl., München 2016, § 64 Rn. 55ff.

⁸⁹ M. Heger, in: K. Lackner/K. Kühl/ M. Heger (Hrsg.), Strafgesetzbuch Kommentar, 29. Aufl., München 2018, § 64 Rn. 6; T. Ziegler, in: B. v. Heintschel-Heinegg (Hrsg.), BeckOK StGB; 40. Ed., München 2018, § 64 Rn. 12f.

⁹⁰ Ullenhag/Drenkhahn/Morgenstern, in: W. Joecks/ K. Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum StGB, Band 2, 3. Aufl., München 2016, § 66 Rn. 6; J. Kinzig, in: A. Schönke/ H. Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar, 30. Aufl., München 2019, § 66 Rn. 2.

⁹¹ G. Schäfer/G. M. Sander/G. van Gemmeren, Praxis der Strafzumessung, 6. Aufl., München 2017, Teil 3 Rn. 484.

Die Voraussetzungen der Sicherungsverwahrung hängen von der jeweiligen Variante der Sicherungsverwahrung ab. Das Gesetz unterscheidet zwischen vier Varianten:⁹² Erste Konstellation ist die Anordnung einer Sicherungsverwahrung nach zwei Katalogvorverurteilungen.⁹³ Die zweite Gruppe bildet die Sicherungsverwahrung ohne Vorverurteilung bei drei Katalogtaten⁹⁴, gefolgt von der dritten Gruppe der Anordnung nach einer Vorverurteilung bei einer Katalogtat⁹⁵ sowie der vierten Gruppe der Anordnung ohne Vorverurteilung bei zwei Katalogtaten.⁹⁶

Hinsichtlich der formellen Voraussetzungen der Sicherungsverwahrung ist auf die jeweilige Variante abzustellen, die materiellen Voraussetzungen sind dann für alle Varianten gleich.

2.2.3.1. Formelle Voraussetzungen für die Anordnung der Sicherungsverwahrung nach zwei Vorverurteilungen

Das Gericht **ordnet** neben der Strafe die Sicherungsverwahrung an, wenn jemand zu Freiheitsstrafe von mindestens zwei Jahren wegen einer vorsätzlichen Straftat verurteilt wird, die

- sich gegen das Leben, die körperliche Unversehrtheit, die persönliche Freiheit oder die sexuelle Selbstbestimmung richtet,
- unter den Ersten⁹⁷, Siebenten⁹⁸, Zwanzigsten⁹⁹ oder Achtundzwanzigsten¹⁰⁰ Abschnitt des Besonderen Teils des Strafgesetzbuchs oder unter das Völkerstrafgesetzbuch oder das Betäubungsmittelgesetz fällt und im Höchstmaß mit Freiheitsstrafe von mindestens zehn Jahren bedroht ist oder
- den Tatbestand des Verstoßes gegen Weisungen während der Führungsaufsicht¹⁰¹ erfüllt, soweit die Führungsaufsicht auf Grund einer Straftat der in den vorherigen Ziffern genannte Art eingetreten ist, oder den Tatbestand des Vollrausches¹⁰², soweit die im Rausch begangene rechtswidrige Tat eine solche der oben genannten Art ist.¹⁰³

Voraussetzung ist also in formeller Hinsicht, dass der Täter wegen einer vorsätzlichen Tat, auch Anlasstat genannt, zu einer mindestens zweijährigen Freiheitsstrafe verurteilt wird. Darunter fällt auch die Verurteilung zu einer lebenslangen Freiheitsstrafe.¹⁰⁴ Die Verurteilung zu einer Gesamtstrafe kann dabei dann ausreichend sein, wenn darin zumindest eine Einzelstrafe von mindestens zwei Jahren enthalten ist.¹⁰⁵

Kumulativ dazu muss der Täter bereits zweimal wegen einer der genannten Anlasstaten zu einer Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr verurteilt worden ist. Wurde hier eine Gesamtstrafe

⁹² T. Ziegler, in: B. v. Heintschel-Heinegg (Hrsg.), BeckOK StGB; 40. Ed., München 2018, § 66 Rn. 5.

⁹³ § 66 Abs. 1 StGB.

⁹⁴ § 66 Abs. 2 StGB.

⁹⁵ § 66 Abs. 3 S. 1 StGB.

⁹⁶ § 66 Abs. 3 S. 2 StGB.

⁹⁷ 1. Abschnitt: Friedensverrat, Hochverrat und Gefährdung des demokratischen Rechtsstaates, §§ 80 – 92b StGB.

⁹⁸ 7. Abschnitt: Straftaten gegen die öffentliche Ordnung, §§ 123 – 145d StGB

⁹⁹ 20. Abschnitt: Raub und Erpressung, §§ 249 – 256 StGB

¹⁰⁰ 28. Abschnitt: Gemeingefährliche Straftaten §§ 306 – 323c StGB

¹⁰¹ § 145a StGB.

¹⁰² § 323a StGB.

¹⁰³ Vgl. § 66 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 StGB.

¹⁰⁴ A. Dessecker, in: U. Kindhäuser (Hrsg.) et. Al., Strafgesetzbuch, 5. Aufl., Baden-Baden 2017, § 66 Rn. 41.

¹⁰⁵ T. Ziegler, in: B. v. Heintschel-Heinegg (Hrsg.), BeckOK StGB; 40. Ed., München 2018, § 66 Rn. 6.

ausgesprochen, so ist lediglich die Höhe der verhängten Einzelstrafen massgeblich, das heisst die einjährige Strafe darf gerade nicht das Ergebnis einer Gesamtstrafenbildung sein.¹⁰⁶

Weiterhin muss er auch wegen einer oder mehrerer dieser genannten Anlasstaten bereits für die Zeit von mindestens zwei Jahren Freiheitsstrafe verbüßt haben oder sich im Vollzug einer freiheitsentziehenden Massregel der Besserung und Sicherung befunden haben. Die Gesamtdauer berechnet sich dabei nach der Summe der jeweiligen Einzelvollstreckung.¹⁰⁷

2.2.3.2. Formelle Voraussetzungen für die Anordnung der Sicherungsverwahrung bei Erstverurteilung

Das Gesetz sieht auch die Anordnung der Sicherungsverwahrung im Fall einer Erstverurteilung vor. Hat jemand drei Straftaten der in der vorherigen Fallgruppen genannten Art¹⁰⁸ begangen, durch die er jeweils Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr verwirkt hat, und wird er wegen einer oder mehrerer dieser Taten zu Freiheitsstrafe von mindestens drei Jahren verurteilt, so **kann** das Gericht unter Vorliegen der entsprechenden materiellen Voraussetzungen¹⁰⁹ neben der Strafe die Sicherungsverwahrung auch ohne frühere Verurteilung oder anordnen.¹¹⁰ Die Anordnung der Sicherungsverwahrung steht im Ermessen des Gerichts und soll restriktiv gehandhabt werden und nur in Ausnahmefällen erfolgen.¹¹¹

Diese Vorschrift soll sicherstellen, dass eine Sicherungsverwahrung auch in den Fällen angeordnet werden kann, in denen es an einer Vorverurteilung fehlt, der Täter allerdings durch die Begehung von drei Straftaten besonders in Erscheinung getreten ist und sich als gefährlicher Serien- oder Intensivstraftäter erwiesen hat. Alle Taten müssen «Symptomtaten» sein, die gerade den Hang des Angeklagten belegen.¹¹²

2.2.3.3. Formelle Voraussetzungen für die Anordnung der Sicherungsverwahrung wegen besonderer Anlasstaten

Hinsichtlich der formellen Voraussetzungen für die Anordnung der Sicherungsverwahrung wegen besonderer Anlasstaten ist zwischen zwei Fallgruppen zu unterscheiden: Das Gesetz sieht die Anordnung der Sicherungsverwahrung sowohl für den Fall des Vorliegens einer Vorverurteilung¹¹³, als auch ohne eine entsprechende Vorverurteilung vor.¹¹⁴

2.2.3.3.1. Anlasstat mit Vorverurteilung

In der ersten Variante der Anordnung der Sicherungsverwahrung aufgrund einer Anlasstat verschärft das Gesetz die vorher genannten Anforderungen einer Anlasstat dahingehend, dass das Vorliegen bestimmter schwerer Körperverletzungs-, Sexualdelikte und entsprechende Rauschdelikte sowie eine Vorverurteilung erforderlich sind.¹¹⁵

¹⁰⁶ Vgl. § 66 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 StGB; A. Dessecker, in: U. Kindhäuser (Hrsg.) et. Al., Strafgesetzbuch, 5. Aufl., Baden-Baden 2017, § 66 Rn. 43aff.

¹⁰⁷ Vgl. § 66 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 StGB; A. Dessecker, in: U. Kindhäuser (Hrsg.) et. Al., Strafgesetzbuch, 5. Aufl., Baden-Baden 2017, § 66 Rn. 51f.

¹⁰⁸ § 66 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 StGB.

¹⁰⁹ § 66 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 StGB.

¹¹⁰ Vgl. § 66 Abs. 2 StGB.

¹¹¹ A. Dessecker, in: U. Kindhäuser (Hrsg.) et. Al., Strafgesetzbuch, 5. Aufl., Baden-Baden 2017, § 66 Rn. 53.

¹¹² A. Dessecker, in: U. Kindhäuser (Hrsg.) et. Al., Strafgesetzbuch, 5. Aufl., Baden-Baden 2017, § 66 Rn. 53ff.

¹¹³ § 66 Abs. 3 S. 1 StGB.

¹¹⁴ § 66 Abs. 3 S. 2 StGB.

¹¹⁵ A. Dessecker, in: U. Kindhäuser (Hrsg.) et. Al., Strafgesetzbuch, 5. Aufl., Baden-Baden 2017, § 66 Rn. 59.

Wird jemand wegen einer

- vorsätzlichen Straftat verurteilt, die sich gegen das Leben, die körperliche Unversehrtheit, die persönliche Freiheit oder die sexuelle Selbstbestimmung richtet,
- oder wegen eines Verbrechens, das unter den Ersten, Siebenten, Zwanzigsten oder Achtundzwanzigsten Abschnitt des Besonderen Teils des Strafgesetzbuchs oder unter das Völkerstrafgesetzbuch oder das Betäubungsmittelgesetz fällt und im Höchstmaß mit Freiheitsstrafe von mindestens zehn Jahren bedroht ist, verurteilt,
- oder wegen
 - der Vorbereitung einer schweren staatsgefährdenden Gewalttat¹¹⁶,
 - der Terrorismusfinanzierung¹¹⁷,
 - der Unterstützung einer terroristischen Vereinigung¹¹⁸,
 - auch einer kriminellen und terroristischen Vereinigungen im Ausland¹¹⁹,
 - sexuellen Missbrauchs¹²⁰,
 - dem sexuellen Missbrauch von Kindern¹²¹,
 - der sexuellen Nötigung beziehungsweise Vergewaltigung¹²²,
 - der Förderung sexueller Handlungen Minderjähriger¹²³,
 - dem sexuellen Missbrauch von Jugendlichen¹²⁴,
 - gefährlicher Körperverletzung¹²⁵ oder
 - der Misshandlung von Schutzbefohlenen¹²⁶ oder
 - wegen einer vorsätzlichen Straftat des Vollrausches,¹²⁷ soweit die im Rausch begangene Tat eine der vorgenannten rechtswidrigen Taten ist,

zu Freiheitsstrafe von mindestens zwei Jahren verurteilt, **so kann das Gericht neben der Strafe die Sicherungsverwahrung anordnen**, wenn der Täter wegen einer oder mehrerer solcher Straftaten, die er vor der neuen Tat begangen hat, schon einmal zu Freiheitsstrafe von mindestens drei Jahren verurteilt worden ist und er wegen einer oder mehrerer dieser Taten vor der neuen Tat für die Zeit von mindestens zwei Jahren Freiheitsstrafe verbüßt oder sich im Vollzug einer freiheitsentziehenden Maßregel der Besserung und Sicherung befunden hat¹²⁸ und die Gesamtwürdigung des Täters und seiner Taten ergibt, dass er infolge eines Hanges zu erheblichen Straftaten, namentlich zu solchen, durch welche die Opfer seelisch oder körperlich schwer geschädigt werden, zum Zeitpunkt der Verurteilung für die Allgemeinheit gefährlich ist¹²⁹.¹³⁰

Nach dem Wortlaut der Norm ist es also erforderlich, dass der Täter bereits einmal zu einer Freiheitsstrafe von mindestens drei Jahren verurteilt worden ist, sowie im aktuellen Verfahren zu

¹¹⁶ § 89a Abs. 1 bis 3 StGB.

¹¹⁷ § 89c Abs. 1 bis 3 StGB.

¹¹⁸ § 129a Abs. 5 S. 1 StGB.

¹¹⁹ § 129b Abs. 1 Strafgesetzbuch StGB.

¹²⁰ §§ 174 bis 174c StGB.

¹²¹ § 176 StGB.

¹²² § 177 Abs- 2 Nr. 1, Abs. 3 und 6 StGB.

¹²³ § 180 StGB.

¹²⁴ § 182 StGB.

¹²⁵ § 224 StGB.

¹²⁶ § 225 Abs.1 und 2 StGB.

¹²⁷ § 323a StGB.

¹²⁸ § 66 Abs. 1 Nr. 3 StGB.

¹²⁹ § 66 Abs. 1 Nr. 4 StGB.

¹³⁰ Vgl. § 66 Abs. 3 S. 1 StGB.

mindestens zwei Jahren Freiheitsstrafe verurteilt wird. Eine Gesamtstrafe kann wie bei der vorher genannten Fallgruppe dagegen nicht genügen.¹³¹

2.2.3.3.2. Anlasstat ohne Vorverurteilung

Darüber hinaus besteht auch die Möglichkeit der Anordnung der Sicherungsverwahrung beim Vorliegen einer Anlasstat ohne das zusätzliche Vorliegen einer Vorverurteilung.

Hat jemand zwei selbständige Straftaten der oben bezeichneten Art begangen, durch die er jeweils Freiheitsstrafe von mindestens zwei Jahren verwirkt hat (dies bedeutet, die Verurteilung ist bereits ergangen oder wird im Zusammenhang mit dem Verfahren, in welchem die Frage der Sicherungsverwahrung zu entscheiden ist, ausgesprochen¹³²) und wird er wegen einer oder mehrerer dieser Taten zu Freiheitsstrafe von mindestens drei Jahren verurteilt, so kann das Gericht unter Vorliegen der materiellen Voraussetzungen neben der Strafe die Sicherungsverwahrung auch ohne frühere Verurteilung oder Freiheitsentziehung anordnen.¹³³

Eine vorangegangene Vorverurteilung ist in dieser Fallgruppe also keine formelle Voraussetzung für die Sicherungsverwahrung.¹³⁴ Im Übrigen gelten die unter 2.3.1. genannten Voraussetzungen.

2.2.3.4. Materielle Voraussetzungen der Sicherungsverwahrung

In materieller Hinsicht ist es in jeder der vier vorgenannten Konstellationen erforderlich, dass die Gesamtwürdigung des Täters und seiner Taten ergibt, dass er infolge eines Hanges zu erheblichen Straftaten, namentlich zu solchen, durch welche die Opfer seelisch oder körperlich schwer geschädigt werden, zum Zeitpunkt der Verurteilung für die Allgemeinheit gefährlich ist.¹³⁵ Die Gefährlichkeit des Täters für die Bevölkerung muss sich also aus dessen Hang zur Begehung von Straftaten ergeben. Des Weiteren muss sich aufgrund einer umfassenden Gefährlichkeitsprognose unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls ergeben, dass der Täter wegen der Begehung weiterer erheblicher Straftaten als gefährlich erscheint und sich daraus eine erhebliche Gefährdung für die Bevölkerung ergibt.¹³⁶

2.2.3.5. Verfassungsrechtliche Bedenken

Die Verfassungsmäßigkeit der Sicherungsverwahrung war in Deutschland lange Zeit umstritten.

Zentraler Dreh- und Angelpunkt der Diskussion war dabei die Frage der Vereinbarkeit der bisherigen Regelungen mit den Grundrechten der deutschen Verfassung beziehungsweise mit den Rechten aus der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK).

Grundsätzlich sind sich das Bundesverfassungsgericht und der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) darüber einig, dass eine Sicherungsverwahrung sowohl verfassungskonform als auch konventionskonform ausgestaltet werden könne.¹³⁷ So verstösse die Anordnung einer Sicherungsverwahrung als legitime Massnahme zum Schutz der Bevölkerung grundsätzlich nicht gegen den Grundsatz der Freiheitsentziehung aufgrund gerichtlicher Verurteilung und auch nicht gegen das

¹³¹ A. Dessecker, in: U. Kindhäuser (Hrsg.) et. Al., Strafgesetzbuch, 5. Aufl., Baden-Baden 2017, § 66 Rn. 60.

¹³² T. Fischer, in Fischer, StGB, 66. Aufl. 2019, § 66 Rn. 39.

¹³³ Vgl. § 66 Abs. 3 S. 2 StGB.

¹³⁴ A. Dessecker, in: U. Kindhäuser (Hrsg.) et. Al., Strafgesetzbuch, 5. Aufl., Baden-Baden 2017, § 66 Rn. 61.

¹³⁵ § 66 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 StGB.

¹³⁶ T. Ziegler, in: B. v. Heintschel-Heinegg (Hrsg.), BeckOK StGB; 40. Ed., München 2018, § 66 Rn. 14ff.

¹³⁷ T. Ullenhag/ K. Drenkhahn/ C. Morgenstern, in: W. Joecks/ K. Miebach, Münchener Kommentar zum StGB, Band 2, 3. Aufl., München 2016, § 66 Rn. 34.

in der deutschen Verfassung garantierte Grundrecht der Menschenwürde¹³⁸, sowie das Bestimmtheitsgebot¹³⁹ und das Doppelbestrafungsverbot¹⁴⁰.¹⁴¹

Für die Frage der Vereinbarkeit mit den Grundsätzen der Europäischen Menschenrechtskonvention sei dabei massgeblich, ob die Sicherungsverwahrung überhaupt eine Strafe darstellt. Nur wenn diese auch als Strafe zu qualifizieren ist, kann auch eine konkrete Ausgestaltung der Vorschriften der Sicherungsverwahrung im deutschen Recht mit dem Recht der Europäischen Menschenrechtskonvention auf Freiheit und Sicherheit¹⁴² beziehungsweise dem Grundsatz «keine Strafe ohne Gesetz»¹⁴³ unvereinbar sein.

In seinem Urteil zum Wegfall der Höchstfrist von zehn Jahren für eine erstmalige Sicherungsverwahrung hat das Bundesverfassungsgericht 2004 festgestellt, dass es sich bei der Sicherungsverwahrung um eine Massregel der Besserung und Sicherung und um keine Strafe handelt. Daraus folgt, dass Massregeln der Besserung und Sicherung von dem Rückwirkungsverbot¹⁴⁴ gar nicht erfasst werden und daher die Aufrechterhaltung einer Sicherungsverwahrung auch nach Ablauf der eigentlichen Zehn-Jahres-Höchstfrist mit der Verfassung vereinbar ist.¹⁴⁵ Ein Urteil des EGMR hat im Rahmen der Frage nach der rückwirkenden Aufhebung der Zehn-Jahres-Grenze nach der ersten Sicherungsverwahrung dagegen festgestellt, dass die Sicherungsverwahrung sehr wohl eine Strafe darstellt und eine rückwirkende Aufhebung der Zehn-Jahres-Höchstfrist daher gegen Art. 5 I und Art. 7 I der EMRK¹⁴⁶ verstößt.¹⁴⁷

Das Bundesverfassungsgericht ist jedoch auch nach der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte weiterhin der Auffassung, dass die Sicherungsverwahrung aufgrund ihres präventiven Charakters keine Strafe darstelle.¹⁴⁸ Dies ergebe sich nach der Auffassung des Bundesverfassungsgerichts schon daraus, dass die Sicherungsverwahrung nicht an den Beweis einer bereits begangene Straftat anknüpft, sondern stattdessen eine Gefährlichkeitsprognose für die Beurteilung der Anordnung einer Sicherungsverwahrung ausschlaggebend sei. Ferner erfülle die Sicherungsverwahrung auch keinen Strafzweck.¹⁴⁹

¹³⁸ Art. 1 Abs. 1 GG.

¹³⁹ Art. 103 Abs. 2 GG.

¹⁴⁰ Art. 103 Abs. 3 GG.

¹⁴¹ Art. 5 S. 2 Nr. a Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK)

¹⁴² Art. 5 EMRK, verfügbar unter:

<https://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/19500267/index.html> (06.02.2019).

¹⁴³ Art. 7 EMRK.

¹⁴⁴ Art. 103 Abs. 2 GG.

¹⁴⁵ Bundesverfassungsgericht (BVerfG), Urteil v. 05.02.2004 – 2 BvR 2029/01; T. Ullenbruch/ K. Drenkhahn/ C. Morgenstern, in: W. Joecks/ K. Miebach, Münchener Kommentar zum StGB, Band 2, 3. Aufl., München 2016, § 66 Rn. 36.

¹⁴⁶ Art. 5 Abs. 1 EMRK, sowie Art. 7 Abs. 1 EMRK.

¹⁴⁷ Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR), Urteil v. 17.12.2009 – 19359/04; T. Ullenbruch/ K. Drenkhahn/ C. Morgenstern, in: W. Joecks/ K. Miebach, Münchener Kommentar zum StGB, Band 2, 3. Aufl., München 2016, § 66 Rn. 38.

¹⁴⁸ T. Ullenbruch/ K. Drenkhahn/ C. Morgenstern, in: W. Joecks/ K. Miebach, Münchener Kommentar zum StGB, Band 2, 3. Aufl., München 2016, § 66 Rn. 35.

¹⁴⁹ So Bundesverfassungsgericht (BVerfG), Urteil v. 04.05.2011 – 2 BvR 2365/09, Rn. 101f.

Darüber hinaus wurden in einem Urteil des deutschen Bundesverfassungsgerichts vom 4.5.2011¹⁵⁰ die damals geltenden Regelungen der Sicherungsverwahrung im deutschen Strafrecht für verfassungswidrig erklärt. Die Vorschriften zur Anordnung sowie zur Beendigung der Sicherungsverwahrung würden gegen das Freiheitsgrundrecht¹⁵¹ verstossen, die Möglichkeit des Fortbestehens einer ersten Sicherungsverwahrung über den Zeitraum von zehn Jahren hinaus für Taten für diejenigen Verurteilten, deren Taten vor dem 31.1.1998 begangen worden waren, verstösst gegen das Vertrauenschutzgebot.¹⁵²

Auf die Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte hat der Gesetzgeber mit der Einführung des Gesetzes zur bundesrechtlichen Umsetzung des Abstandsgebots im Recht der Sicherungsverwahrung vom 05.12.2012 reagiert, um die bisherigen Regelungen mit der deutschen Verfassung in Einklang zu bringen. Seit dem 01.06.2013 unterliegt die Sicherungsverwahrung neuen gesetzlichen Anforderungen. So wurde der Regelungskomplex insbesondere um Vorschriften der Konkretisierung der Verhältnismässigkeit ergänzt. Die Vorschriften bezüglich der Voraussetzungen einer Anordnung der Unterbringung in der Sicherungsverwahrung¹⁵³ hatte der Gesetzgeber allerdings trotz der Kritik des Bundesverfassungsgerichts in dessen Urteil aus dem Jahr 2011 ohne Nachbesserung wieder übernommen. Lediglich die geltenden Übergangsvorschriften hat der Gesetzgeber den entsprechenden Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts angepasst.¹⁵⁴

Noch in selben Jahr hat das Bundesverfassungsgericht in einer Entscheidung erstmals den Begriff der psychischen Störung nach dem Therapieunterbringungsgesetz¹⁵⁵ definiert, das eine Unterbringung in einer Therapieeinrichtung aufgrund des Verbots der rückwirkenden Verschärfung im Recht der Sicherungsverwahrung unter gewissen Voraussetzungen ermöglicht.¹⁵⁶ Die Möglichkeit einer Unterbringung in einer Therapie knüpft dabei an die Sicherungsverwahrung an.

Erst 2016 hat der EGMR dann entschieden, dass die rückwirkend verlängerte Sicherungsverwahrung eines gefährlichen Straftäters aufgrund seiner psychischen Krankheit mit der EMRK vereinbar ist und keinen Verstoss gegen Art. 5 und Art. 7 darstellt.¹⁵⁷

2.2.3.6. Vorbehalt der Sicherungsverwahrung

Des Weiteren besteht auch die Möglichkeit, dass sich das Gericht im Urteil die Sicherungsverwahrung vorbehält.¹⁵⁸

¹⁵⁰ Bundesverfassungsgericht (BVerfG), Urteil v. 04.05.2011 – 2 BvR 2365/09; T. Ullenbruch/ K. Drenkhahn/ C. Morgenstern, in: W. Joecks/ K. Miebach, Münchener Kommentar zum StGB, Band 2, 3. Aufl., München 2016, § 66 Rn. 33, 40ff.

¹⁵¹ Art. 2 Abs. 2 S. 2, Art. 104 Abs.1 GG.

¹⁵² Art. 2 Abs. 2 S. 2, Art. 20 Abs. 3 GG.

¹⁵³ §§ 66 bis 66b StGB.

¹⁵⁴ A. Dessecker, in: U. Kindhäuser (Hrsg.) et. Al., Strafgesetzbuch, 5. Aufl., Baden-Baden 2017, § 66 Rn. 7.

¹⁵⁵ § 1 Therapieunterbringungsgesetz (ThUG), verfügbar unter:

<http://www.buzer.de/s1.htm?a=1&g=ThUG> (30.01.2019).

¹⁵⁶ Bundesverfassungsgericht (BVerfG), Beschluss v. 15.9.2011 – 2 BvR 1516/11; T. Ullenbruch/ K. Drenkhahn/ C. Morgenstern, in: W. Joecks/ K. Miebach, Münchener Kommentar zum StGB, Band 2, 3. Aufl., München 2016, § 66 Rn. 45.

¹⁵⁷ Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR), Urteil v. 7.1.2016 – 23279/14; T. Ullenbruch/ K. Drenkhahn/ C. Morgenstern, in: W. Joecks/ K. Miebach, Münchener Kommentar zum StGB, Band 2, 3. Aufl., München 2016, § 66 Rn. 51.

¹⁵⁸ § 66a StBG.

2.2.3.7. Nachträgliche Anordnung der Sicherungsverwahrung

Schliesslich kann Anordnung der Unterbringung in der Sicherungsverwahrung auch nachträglich erfolgen.¹⁵⁹

2.3. Dauer

Das Gesetz sieht eine Vielzahl von Möglichkeiten zur Beendigung einer Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus, einer Entziehungsanstalt oder in Sicherungsverwahrung vor. Hinsichtlich der jeweiligen Beendigungsgründe muss dabei immer auf die konkret vorliegende Art der Unterbringung abgestellt werden. Während manche Formen der Beendigung der Unterbringung sowohl für die Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus bzw. einer Entziehungsanstalt gelten, finden sich für das Vollstreckungsende hinsichtlich einer Sicherungsverwahrung einige Sondervorschriften.

Das Gericht¹⁶⁰ kann jederzeit prüfen, ob die Voraussetzungen für eine Vollstreckung der Unterbringung noch vorliegen oder diese zur Bewährung auszusetzen oder für erledigt zu erklären ist. Zudem muss es diese Prüfung vor Ablauf bestimmter Fristen in regelmässigen Abständen durchführen.¹⁶¹

2.3.1. Dauer der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus

Grundsätzlich erfolgt die Unterbringung **zeitlich unbefristet** und ist so lange aufrechtzuerhalten, bis die mit der Unterbringung beabsichtigten Ziele erreicht sind und die gesetzlichen Voraussetzungen für die Beendigung der Unterbringung erfüllt sind.¹⁶²

2.3.2. Dauer der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt

Die Unterbringung in einer Entziehungsanstalt darf **zwei Jahre** nicht übersteigen. Wird vor einer Freiheitsstrafe eine daneben angeordnete freiheitsentziehende Maßregel vollzogen, so verlängert sich die **Höchstfrist** um die Dauer der Freiheitsstrafe, soweit die Zeit des Vollzugs der Maßregel auf die Strafe angerechnet wird.¹⁶³

2.3.3. Gemeinsame Vorschriften zum Vollstreckungsende bei einer Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus und einer Entziehungsanstalt

Grundsätzlich gibt es folgende Möglichkeiten, eine Unterbringung zu **beenden**:¹⁶⁴

- Aussetzung der Vollstreckung zur Bewährung¹⁶⁵
- Erledigung nach widerrufsfreiem Ablauf der ursprünglich oder später eingetretenen Führungsaufsicht (Bewährung)¹⁶⁶

¹⁵⁹ § 66b StGB.

¹⁶⁰ Zuständig ist nach §§ 463 Abs.3, 454, 462a Abs. 1 StPO grundsätzlich die Strafvollstreckungskammer in deren Bezirk die Strafanstalt liegt, in die der Verurteilte zu dem Zeitpunkt, in dem das Gericht mit der Sache befasst wird, aufgenommen ist.

¹⁶¹ § 67e StGB.

¹⁶² § 67d Abs. 2 StGB.

¹⁶³ § 67d Abs.1 StGB.

¹⁶⁴ So G. van Gemmeren, in: W. Joecks/ K. Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum StGB, Band 2, 3. Aufl., München 2016, § 63 Rn. 78.

¹⁶⁵ §67b StGB, §67d Abs. 2 StGB, 67c Abs.1 StGB.

¹⁶⁶ § 67g Abs. 5 StGB.

- Erledigung bei Wegfall der Unterbringungsvoraussetzungen beziehungsweise bei anfänglicher Fehleinweisung¹⁶⁷
- Erledigung bei späterem Beginn der Unterbringung und Zweckerreichung¹⁶⁸
- Ausweisung¹⁶⁹
- nachträgliche Anordnung des (teilweisen oder vollständigen) Vorwegvollzugs der Freiheitsstrafe (Umkehr der Vollstreckungsreihenfolge)¹⁷⁰
- Überweisung in den Vollzug einer anderen Maßregel¹⁷¹

Im Allgemeinen können die Beendigungsgründe wie folgt zusammengefasst werden: die Unterbringung kann dann beendet werden, wenn eine andere Möglichkeit der Zweckerreichung¹⁷² besteht, die für die Unterbringung erforderlichen Voraussetzungen¹⁷³ wie beispielsweise eine vom Täter ausgehende fortdauernde Gefahr nicht mehr besteht¹⁷⁴, ein Vollzugsdefizit wie mangelnde Betreuung¹⁷⁵ gegeben ist oder der Zweck der Massregel bereits erreicht ist¹⁷⁶, die Unterbringung nicht mehr den gewünschten Erfolg verspricht¹⁷⁷, die Höchstfrist der Unterbringung erreicht ist¹⁷⁸ bzw. die Aussetzung der Unterbringung innerhalb der Frist nicht widerrufen worden ist.¹⁷⁹ Daneben existieren noch einige Einzelfälle, in denen ebenfalls eine Beendigung der Unterbringung möglich ist.

2.3.3.1. Die Aussetzung der Vollstreckung zur Bewährung

2.3.3.1.1. Aussetzung zugleich mit der Anordnung

Ordnet das Gericht die Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus oder einer Entziehungsanstalt an, so setzt es zugleich deren Vollstreckung zur Bewährung aus, wenn besondere Umstände die Erwartung rechtfertigen, dass der Zweck der Massregel auch dadurch erreicht werden kann. Die Aussetzung unterbleibt, wenn der Täter noch eine Freiheitsstrafe zu verbüßen hat, die gleichzeitig mit der Massregel verhängt und nicht zur Bewährung ausgesetzt wird.¹⁸⁰ Eine solche Aussetzung kommt dabei nur in Ausnahmefällen in Betracht, wenn beispielsweise der Täter bereits mit Therapiemaßnahmen begonnen hat und sich zu deren Aufnahme und Durchführung er verpflichtet hat. Etwaige Gefahren können dadurch ausgeräumt werden, dass dem Täter bei der Aussetzung zur Bewährung ein Bewährungshelfer¹⁸¹ zur Seite gestellt wird, der auch eine Weisungsbefugnis hat¹⁸², wodurch eine regelmäßige Überprüfung des Gesamtzustands des Täters möglich ist.¹⁸³

2.3.3.1.2. Aussetzung bei Fehlen einer Höchstfrist bzw. Nichtablauf der Frist zur Unterbringung

Ganz ähnlich regelt eine Folgevorschrift die Möglichkeit der Aussetzung der Vollstreckung zur Bewährung für den Fall der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus oder einer

167 §67d Abs. 6 StGB (analog).

168 §67c Abs. 2 StGB.

169 § 456a StPO.

170 §67 Abs. 3 StGB.

171 §67a StGB.

172 Vgl. § 67b Abs. 1, 67a Abs. 1, Abs. 2 StGB.

173 Vgl. § 67d Abs. 5, Abs. 6 StGB.

174 Vgl. § 67d Abs. 2 S. 1, 67 Abs. 3 StGB.

175 Vgl. § 67c Abs. 1 S. 1 Nr. 2 StGB.

176 Vgl. § 67c Abs. 1 S. 1 Nr. 1, 67c Abs. 2 S. 1 StGB.

177 Vgl. § 67d Abs. 5 StGB.

178 Vgl. § 67d Abs. 4 StGB.

179 Vgl. § 67g Abs. 5 StGB.

180 § 67b Abs. 1 StGB.

181 § 68a StGB.

182 § 68b StGB.

183 T. Ziegler, in: B. v. Heintschel-Heinegg (Hrsg.), BeckOK StGB; 40. Ed., München 2018, § 67b Rn. 2ff.

Entziehungsanstalt. Ist keine Höchstfrist vorgesehen oder ist die Frist noch nicht abgelaufen, so setzt das Gericht die weitere Vollstreckung der Unterbringung zur Bewährung aus, wenn zu erwarten ist, dass der Untergebrachte ausserhalb des Massregelvollzugs keine erheblichen rechtswidrigen Taten mehr begehen wird.¹⁸⁴ Erforderlich ist daher eine positive Prognose im Hinblick auf die Begehung weiterer rechtswidriger Straftaten. Hierbei ist allerdings auch der Verhältnismässigkeitsgrundsatz zu beachten. Das Schutzinteresse der Allgemeinheit muss daher mit der Interesse des Täters an seiner Freiheit abgewogen werden.¹⁸⁵

2.3.3.1.3. Aussetzung der Unterbringung nach Vollzug einer Freiheitsstrafe wegen derselben Tat

Schliesslich sieht das Gesetz noch eine dritte Fallgruppe vor, nach der die Unterbringung nach der Vollstreckung einer Freiheitsstrafe zur Bewährung ausgesetzt werden kann. Wird eine Freiheitsstrafe vor einer wegen derselben Tat oder Taten angeordneten Unterbringung vollzogen und ergibt die vor dem Ende des Vollzugs der Strafe erforderliche Prüfung, dass der Zweck der Maßregel die Unterbringung nicht mehr erfordert, setzt das Gericht die Vollstreckung der Unterbringung zur Bewährung aus.¹⁸⁶ Die Aussetzung kann demnach nur erfolgen, wenn die Vollstreckung der Unterbringung auch tatsächlich erforderlich erscheint.¹⁸⁷ Die Erforderlichkeit bestimmt sich dabei nach der potentiellen Gefährlichkeit des Täters.¹⁸⁸

2.3.3.2. Die Erledigung nach widerrufsfreiem Ablauf der ursprünglichen oder später eingetretenen Führungsaufsicht (Bewährung)

Darüber hinaus kann die Unterbringung auch dadurch beendet werden, dass sich die Unterbringung als Massregel der Besserung und Sicherung mangels Widerrufs der Aussetzung ihrer Vollstreckung erledigt hat. Widerruft das Gericht die Aussetzung der Unterbringung nicht, so ist die Maßregel mit dem Ende der Führungsaufsicht erledigt¹⁸⁹ und endet mit Ablauf ihr.¹⁹⁰

2.3.3.3. Die Erledigung bei Wegfall der Unterbringungsvoraussetzungen bzw. anfänglicher Fehleinweisung

Zudem sieht das Gesetz die Möglichkeit vor, dass die Unterbringung bei Wegfall der Unterbringungsvoraussetzungen bzw. anfänglicher Fehleinweisung beendet wird. Stellt das Gericht nach Beginn der Vollstreckung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus fest, dass die Voraussetzungen der Maßregel nicht mehr vorliegen oder die weitere Vollstreckung der Maßregel unverhältnismässig wäre, so erklärt es sie für erledigt.¹⁹¹ Voraussetzung hierfür ist also der Wegfall der Voraussetzungen für die Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus, wenn also der Täter als nicht mehr bedrohlich angesehen wird beziehungsweise der Täter keine psychische Störung mehr hat.¹⁹² Darüber hinaus kann die Norm auch analog für die Behandlung des Falls herangezogen werden, dass die Unterbringungsvoraussetzungen von Anfang an nicht vorgelegen haben und der

¹⁸⁴ § 67d Abs. 2 S. 1 StGB.

¹⁸⁵ M. Braasch, in: D. Dölling et al. (Hrsg.), Gesamtes Strafrecht, 4. Aufl., Baden-Baden 2017, § 67d StGB Rn. 7ff.; T. Ziegler, in: B. v. Heintschel-Heinegg (Hrsg.), BeckOK StGB; 40. Ed., München 2018, § 67d Rn. 6ff.

¹⁸⁶ § 67c Abs. 1 S. 1 Nr. 1 StGB.

¹⁸⁷ T. Ziegler, in: B. v. Heintschel-Heinegg (Hrsg.), BeckOK StGB; 40. Ed., München 2018, § 67c Rn. 3.

¹⁸⁸ H. Veh, in: W. Joecks/ K. Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum StGB, Band 2, 3. Aufl., München 2016, § 67c Rn. 78.

¹⁸⁹ § 67g Abs. 5 StGB.

¹⁹⁰ K.-H. Groß, in: W. Joecks/ K. Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum StGB, Band 2, 3. Aufl., München 2016, § 67g Rn. 26.

¹⁹¹ § 67d Abs. 6 StGB.

¹⁹² T. Ziegler, in: B. v. Heintschel-Heinegg (Hrsg.), BeckOK StGB; 40. Ed., München 2018, § 67d Rn. 15.

Unterbringung eine fehlerhafte Einschätzung zugrunde lag.¹⁹³ Diese Ausführungen gelten darüber hinaus auch für die Unterbringung in der Sicherungsverwahrung.

2.3.3.4. Die Erledigung bei späterem Beginn der Unterbringung und Zweckerreichung

Hat der Vollzug der Unterbringung drei Jahre nach Rechtskraft ihrer Anordnung noch nicht begonnen und liegt ein Fall der Aussetzung der Unterbringung nach Vollzug einer Freiheitsstrafe wegen derselben Tat oder der Aussetzung zugleich mit der Anordnung nicht vor, so darf die Unterbringung nur noch vollzogen werden, wenn das Gericht es anordnet.¹⁹⁴ Es ist also erneut darüber zu befinden, ob nach dem Zweck der entsprechenden Massregel eine Unterbringung überhaupt noch erforderlich ist. Hierdurch soll dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz Rechnung getragen werden.¹⁹⁵ Ist der Zweck der Massregel der Unterbringung nicht erreicht, rechtfertigen aber besondere Umstände die Erwartung, dass er auch durch die Aussetzung erreicht werden kann, so setzt das Gericht die Vollstreckung der Unterbringung zur Bewährung aus; mit der Aussetzung tritt Führungsaufsicht ein. Ist der Zweck der Maßregel erreicht, so erklärt das Gericht sie für erledigt.¹⁹⁶

2.3.3.5. Ausweisung

Daneben entfällt die Unterbringung auch dann, wenn ein Fall der sogenannten Ausweisung gegeben ist. Als Ausweisung wird dabei die Aufforderung der zuständigen Justizbehörden verstanden, in denen der Betroffene förmlich dazu aufgefordert wird, das Bundesgebiet zu verlassen.¹⁹⁷ Die Vollstreckungsbehörde kann von der Vollstreckung einer Freiheitsstrafe, einer Ersatzfreiheitsstrafe oder einer Maßregel der Besserung und Sicherung absehen, wenn der Verurteilte wegen einer anderen Tat einer ausländischen Regierung ausgeliefert, an einen internationalen Strafgerichtshof überstellt oder wenn er aus dem Geltungsbereich dieses Bundesgesetzes abgeschoben, zurückgeschoben oder zurückgewiesen wird.¹⁹⁸ Bei der Entscheidung der Ausweisung handelt es sich um eine Ermessensentscheidung der jeweiligen Vollstreckungsbehörden, die auf Antrag oder von Amts wegen ergeht.¹⁹⁹

2.3.3.6. Nachträgliche Anordnung des (teilweisen oder vollständigen) Vorwegvollzugs der Freiheitsstrafe (Umkehr der Vollstreckungsreihenfolge)

Daneben kann auch nachträglich die Reihenfolge des Vorwegvollzugs geändert werden. So kann ein getroffene Anordnung²⁰⁰ nachträglich erfolgen, wenn Umstände in der Person des Verurteilten es erforderlich erscheinen lassen. So kann nach dem primären Massregelvollzug der Vollzug der Strafe angeordnet werden. Hierbei muss allerdings beachtet werden, dass grundsätzlich eine Erledigung der Unterbringung durch den Wegfall der Unterbringungsvoraussetzungen bzw. anfänglicher Fehleinweisung gegenüber einer nachträglichen Anordnung vorrangig ist. Auch hier ist es entscheidungserheblich, wo und wie dem Ziel der Massregel besser Rechnung getragen werden kann.²⁰¹

¹⁹³ M. Braasch, in: D. Dölling et al. (Hrsg.), Gesamtes Strafrecht, 4. Aufl., Baden-Baden 2017, § 67d StGB Rn. 17; T. Ziegler, in: B. v. Heintschel-Heinegg (Hrsg.), BeckOK StGB; 40. Ed., München 2018, § 67dRn. 15.

¹⁹⁴ § 67c Abs. 2, S. 1 StGB.

¹⁹⁵ M. Braasch, in: D. Dölling et al. (Hrsg.), Gesamtes Strafrecht, 4. Aufl., Baden-Baden 2017, § 67c StGB Rn. 7; Ziegler, in: B. v. Heintschel-Heinegg (Hrsg.), BeckOK StGB; 40. Ed., München 2018, § 67c Rn. 8.

¹⁹⁶ § 67c Abs. 2, S. 3 und 4 StGB.

¹⁹⁷ H. Diemer, in: R. Hannich, Karlsruher Kommentar zur StPO, 7. Aufl., München 2013, § 154b Rn. 6.

¹⁹⁸ § 456a Abs. 1 StPO.

¹⁹⁹ K. Pflieger/ B.-D. Meier, in: D. Dölling et al. (Hrsg.), Gesamtes Strafrecht, 4. Aufl., Baden-Baden 2017, § 456a StPO Rn. 3.

²⁰⁰ § 67 Abs. 2 S. 1 und 2 StGB.

²⁰¹ H. Pollhähne, in: U. Kindhäuser et al. (Hrsg.), Strafgesetzbuch, 5. Aufl., Baden-Baden 2017, § 67 Rn. 50.

2.3.3.7. Überweisung in den Vollzug einer anderen Massregel

Ferner ist auch die Überweisung in den Vollzug einer anderen Massregel möglich. Ist die Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus oder einer Entziehungsanstalt angeordnet worden, so kann das Gericht die untergebrachte Person nachträglich in den Vollzug der anderen Maßregel überweisen, wenn ihre Resozialisierung dadurch besser gefördert werden kann.²⁰² In formeller Hinsicht ist hierfür erforderlich, dass gegen den Verurteilten gerade eine Unterbringung in ein psychiatrisches Krankenhaus²⁰³ oder in einer Entziehungsanstalt²⁰⁴ vollzogen wird, und eine Einweisung in die gerade andere Art der Unterbringung erfolgt. In materieller Hinsicht ist auf die bessere Förderung der Resozialisierung im Sinne einer Prognoseentscheidung abzustellen.²⁰⁵

2.3.4. Spezielle Regelungen eines Vollstreckungsendes bei einer Unterbringung einer Entziehungsanstalt

Grundsätzlich gelten die oben genannten Beendigungsgründe auch für die Unterbringung in einer Entziehungsanstalt. Daneben existieren noch Spezialvorschriften, die auf die anderen Formen der Unterbringung nicht anwendbar sind.

2.3.4.1. Erledigung mangels Erfolgsaussichten

Speziell geregelt ist dabei zunächst die Erledigung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt mangels Erfolgsaussichten. Das Gericht erklärt die Unterbringung in einer Entziehungsanstalt für erledigt, wenn deren Voraussetzungen nicht mehr vorliegen.²⁰⁶ Die Anordnung ergeht nur, wenn eine hinreichend konkrete Aussicht besteht, die Person durch die Behandlung in einer Entziehungsanstalt innerhalb der Frist nach von zwei Jahren oder der entsprechenden zulässigen Höchstfrist²⁰⁷ zu heilen oder über eine erhebliche Zeit vor dem Rückfall in den Hang zu bewahren und von der Begehung erheblicher rechtswidriger Taten abzuhalten, die auf ihren Hang zurückgehen.²⁰⁸ In formeller Hinsicht ist hierbei erforderlich, dass das zuständige Gericht die Vollstreckung der Unterbringung sofort zu erledigen hat, sobald abzusehen ist, dass der mit der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt verbundene Zweck nicht erreicht werden wird. Denkbare Fallgruppen sind dabei eine Therapieunwilligkeit, Therapieresistenz sowie Sprachprobleme und die Ungeeignetheit der Einrichtung.²⁰⁹

2.3.4.2. Erledigung durch Ablauf der Höchstfrist

Ein weiterer Beendigungsgrund der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt ist die Erledigung durch Ablauf der Höchstfrist. Ist die Höchstfrist abgelaufen, so wird der Untergebrachte entlassen. Die Maßregel ist damit erledigt.²¹⁰ Grundsätzlich darf eine Unterbringung in einer Entziehungsanstalt höchstens für die Dauer von zwei Jahren erfolgen.²¹¹ Allerdings darf das Gericht die Unterbringung nicht von Vorneherein auf einen vorher festgelegten Zeitraum begrenzen. Auch eine Verlängerung der Höchstfrist ist unter Anrechnung von zwei Dritteln der Strafe möglich.²¹² Die Unterbringung in einer

²⁰² § 67a Abs. 1 StGB .

²⁰³ § 63 StGB.

²⁰⁴ § 64 StGB.

²⁰⁵ Ziegler, in: B. v. Heintschel-Heinegg (Hrsg.), BeckOK StGB; 40. Ed., München 2018, § 67a Rn. 2ff.

²⁰⁶ Vgl. § 67d Abs. 5 S. 1 StGB.

²⁰⁷ § 67d Abs. 1 S. 1 und 3 StGB.

²⁰⁸ § 64 Satz 2 StGB.

²⁰⁹ H. Pollhähne, in: U. Kindhäuser et al. (Hrsg.), Strafgesetzbuch, 5. Aufl., Baden-Baden 2017, § 67d Rn. 43ff.

²¹⁰ § 67d Abs. 4 S. 1 und 2 StGB.

²¹¹ § 67d Abs. 1 S. 1 StGB.

²¹² § 67d Abs. 1 S. 3 StGB.

Entziehungsanstalt endet damit mit Ablauf der unter Umständen verlängerten Höchstfrist, so dass die Unterbringung beendet werden muss.²¹³

2.3.4.3. Erledigung bei Wegfall der Unterbringungsvoraussetzungen beziehungsweise anfänglicher Fehleinweisung

Schliesslich führt auch der Wegfall der Unterbringungsvoraussetzungen bzw. die anfängliche Fehleinweisung zu einer Beendigung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt. Das Gericht erklärt die Unterbringung in einer Entziehungsanstalt für erledigt, wenn die Voraussetzungen für die Unterbringung in einer Entziehungsanstalt nicht mehr vorliegen. Hinsichtlich der Voraussetzungen kann auf die Ausführungen unter Punkt 2.3.4.1. verwiesen werden.

2.3.5. Dauer der Unterbringung und spezielle Regelungen eines Vollstreckungsendes bei einer Sicherungsverwahrung

Grundsätzlich handelt es sich bei der Sicherungsverwahrung um eine **zeitlich unbefristete** Unterbringung. Bei der Anordnung erfolgt keine Festlegung der Dauer der Sicherungsverwahrung.²¹⁴ Allerdings erklärt das Gericht die Massregel für erledigt, wenn zehn Jahre der Unterbringung in der Sicherungsverwahrung vollzogen worden sind, und wenn nicht die Gefahr besteht, dass der Untergebrachte erhebliche Straftaten begehen wird, durch welche die Opfer seelisch oder körperlich schwer geschädigt werden.²¹⁵ Durch den Wortlaut der Norm hat der Gesetzgeber auf die vom Bundesverfassungsgericht²¹⁶ geäusserten verfassungsrechtlichen Bedenken reagiert und ein Regel-Ausnahme-Verhältnis konzipiert, wonach sich die Sicherungsverwahrung grundsätzlich erledigt, ausser für den Fall, dass ausnahmsweise eine entsprechende Gefahrenprognose gegen die Erledigung und für eine Aufrechterhaltung der Sicherungsverwahrung spricht.²¹⁷ Das Gericht hat dabei nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts im Hinblick auf das Freiheitsgrundrecht bei der Beurteilung der Gefahrprognose restriktiv vorzugehen.²¹⁸

Ebenso verhält es sich bei der Sicherungsverwahrung. Zwar gibt es einige Beendigungsgründe, die sich mit denen der Beendigung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus decken, allerdings existieren daneben noch spezielle Vorschriften, die den Regelungen zur Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (oder einer Entziehungsanstalt) insoweit vorgehen.

2.3.5.1. Die Aussetzung der Vollstreckung zur Bewährung beim Vorliegen von Vollzugsdefiziten

Hinsichtlich der Beendigung der Sicherungsverwahrung durch die Aussetzung der Vollstreckung zur Bewährung sind zwei Fallgruppen gegeben. Zum einen kann bei einem späteren Beginn der Unterbringung die Vollstreckung zur Bewährung ausgesetzt werden, wenn der Zweck der Massregel die Unterbringung nicht mehr erfordert.²¹⁹ Daneben existiert für die Sicherungsverwahrung noch die spezielle Regelung, dass diese auch dann beendet wird, wenn die Unterbringung in der Sicherungsverwahrung unverhältnismäßig wäre, weil dem Täter bei einer Gesamtbetrachtung des Vollzugsverlaufs ausreichende Betreuung nicht angeboten worden ist.²²⁰ Die Unterbringung in der

²¹³ Ziegler, in: B. v. Heintschel-Heinegg (Hrsg.), BeckOK StGB; 40. Ed., München 2018, § 67a Rn. 2ff.

²¹⁴ J. Kinzig, in: A. Schönke/ H. Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar, 30. Aufl., München 2019, § 66 Rn. 73.

²¹⁵ § 67d Abs. 3 S. 1 StGB.

²¹⁶ Bundesverfassungsgericht (BVerfG), Urteil v. 05.02.2004, 2 BvR 2029/01.

²¹⁷ J. Kinzig, in: A. Schönke/ H. Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar, 30. Aufl., München 2019, § 67d Rn. 17; Bundesverfassungsgericht (BVerfG), Urteil v. 05.02.2004, 2 BvR 2029/01, Rn. 103f.

²¹⁸ Bundesverfassungsgericht (BVerfG), Urteil v. 05.02.2004, 2 BvR 2029/01, Rn. 104

²¹⁹ §67c Abs. 1 S. 1 Nr. 1 StGB, vergleiche hierzu bereits die Ausführungen unter **Punkt 2.1.3.**

²²⁰ §67c Abs. 1 S. 1 Nr. 2 StGB, vergleiche hierzu bereits die Ausführungen unter **Punkt 2.1.3.**

Sicherungsverwahrung erfolgt in Einrichtungen, die dem Untergebrachten auf der Grundlage einer umfassenden Behandlungsuntersuchung und eines regelmäßig fortzuschreibenden Vollzugsplans eine Betreuung anbieten, die individuell und intensiv sowie geeignet ist, seine Mitwirkungsbereitschaft zu wecken und zu fördern, insbesondere eine psychiatrische, psycho- oder sozialtherapeutische Behandlung, die auf den Untergebrachten zugeschnitten ist, soweit standardisierte Angebote nicht Erfolg versprechend sind, und die zum Ziel hat, seine Gefährlichkeit für die Allgemeinheit so zu mindern, dass die Vollstreckung der Maßregel möglichst bald zur Bewährung ausgesetzt oder sie für erledigt erklärt werden kann.²²¹ Hat das Gericht die Unterbringung in der Sicherungsverwahrung im Urteil, nach Vorbehalt oder nachträglich angeordnet oder sich eine solche Anordnung im Urteil vorbehalten, ist dem Täter schon im Strafvollzug eine Betreuung im oben genannten Sinne, insbesondere eine sozialtherapeutische Behandlung, anzubieten mit dem Ziel, die Vollstreckung der Unterbringung oder deren Anordnung möglichst entbehrlich zu machen.²²² Geregelt ist hier der Fall der sog. Vollzugsdefizite, die eine umfangreiche Verhältnismässigkeitsprüfung erforderlich machen, in der alle Umstände der mangelhaften Betreuung gegen den Schutz der Allgemeinheit abgewogen werden müssen.²²³

2.3.5.2. Die Aussetzung der Vollstreckung zur Bewährung bei Fehlen einer Höchstfrist bzw. Nichtablauf der Frist zur Unterbringung

Grundsätzlich gilt das zur Beendigung der Erledigung durch Aussetzung der Vollstreckung zur Bewährung bei Fehlen einer Höchstfrist bzw. Nichtablauf der Frist zur Unterbringung unter Punkt 2.3.3.1.2. Gesagte auch für die Sicherungsverwahrung. Allerdings sieht das Gesetz noch eine Spezialregel für den Fall der Sicherungsverwahrung vor. Gleiches gilt demnach, wenn das Gericht nach Beginn der Vollstreckung der Unterbringung in der Sicherungsverwahrung feststellt, dass die weitere Vollstreckung unverhältnismäßig wäre, weil dem Untergebrachten nicht spätestens bis zum Ablauf einer vom Gericht bestimmten Frist von höchstens sechs Monaten ausreichende Betreuung²²⁴ angeboten worden ist; eine solche Frist hat das Gericht, wenn keine ausreichende Betreuung angeboten wird, unter Angabe der anzubietenden Maßnahmen bei der Prüfung der Aussetzung der Vollstreckung festzusetzen.²²⁵ Auch diese Fallgruppe stellt also auf das Vorliegen von bestimmten Vollzugsdefiziten, nämlich Betreuungsdefiziten bei der Sicherungsverwahrung ab. Auch hier gilt folgendes: sind die nach dem Gesetz erforderlichen Betreuungsangebote dem Sicherungsverwahrten nicht entsprechend bereitgestellt worden, kann dies unter Berücksichtigung des Verhältnismässigkeitsprinzips dazu führen, dass eine weitere Vollstreckung der Sicherungsverwahrung unverhältnismäßig ist und daher beendet werden muss.²²⁶

2.3.5.3. Die Erledigterklärung

Ferner besteht auch die Möglichkeit, dass die Sicherungsverwahrung durch eine Erledigterklärung beendet wird. Sind zehn Jahre einer Unterbringung in der Sicherungsverwahrung vollzogen worden, so erklärt das Gericht die Massregel für erledigt, wenn nicht die Gefahr besteht, dass der Untergebrachte erhebliche Straftaten begehen wird, durch welche die Opfer seelisch oder körperlich schwer geschädigt werden.²²⁷ In formeller Hinsicht muss die Sicherungsverwahrung für einen Zeitraum von zehn Jahren auch tatsächlich vollzogen worden sein. Eine Erledigung vor Ablauf der Zehn-Jahres-Frist wird nur in besonders gelagerten Fällen in Betracht kommen. In materieller Hinsicht ist eine

²²¹ § 66c Abs. 1 S. 1 Nr. 1 a) und b) StGB.

²²² § 66c Abs. 2 StGB.

²²³ Ziegler, in: B. v. Heintschel-Heinegg (Hrsg.), BeckOK StGB; 40. Ed., München 2018, § 67a Rn. 4ff.

²²⁴ Im Sinne des § 66c Abs. 1 Nr. 1 StGB.

²²⁵ § 67d Abs. 2 S. 2 StGB.

²²⁶ H. Veh, in: W. Joecks/ K. Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum StGB, Band 2, 3. Aufl., München 2016, § 67d Rn. 23.

²²⁷ § 67d Abs. 3 StGB.

Erledigung dann möglich, wenn eine Sozialprognose ergibt, dass die Gesamtwürdigung des Täters und seiner Taten ergibt, dass er nicht infolge eines Hanges zu erheblichen Straftaten, namentlich zu solchen, durch welche die Opfer seelisch oder körperlich schwer geschädigt werden, zum Zeitpunkt der Verurteilung für die Allgemeinheit gefährlich ist²²⁸. Zweifel hieran müssen als zu Gunsten des Sicherungsverwahrten gewertet werden.²²⁹

2.3.5.4. Die Überweisung in den Vollzug einer anderen Massregel

Die letzte Spezialvorschrift die Beendigung der Sicherungsverwahrung betreffend ist der Fall der Überweisung in den Vollzug einer anderen Massnahme. Ist festgestellt, dass die Resozialisierung einer Person besser durch eine andere Art der Massregel erreicht werden kann, so kann das Gericht die untergebrachte Person, gegen die Sicherungsverwahrung angeordnet worden ist, in den Vollzug der anderen Maßregel überweisen. Die Möglichkeit einer nachträglichen Überweisung besteht auch bei einer Person, die sich noch im Strafvollzug befindet und deren Unterbringung in der Sicherungsverwahrung angeordnet oder vorbehalten worden ist, wenn die Überweisung zur Durchführung einer Heilbehandlung oder Entziehungskur angezeigt ist.²³⁰ Damit ist die Überweisung aus einer Sicherungsverwahrung möglich.

Zudem ist auch eine Überweisung in die anderen beiden Arten der Massregel zulässig, wenn eine Freiheitsstrafe bereits vollzogen wird und die Sicherungsverwahrung dem Betroffenen entweder tatsächlich auferlegt oder auch nur vorbehalten worden ist. Die Besonderheit ist, dass der umgekehrte Fall der Überweisung von der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus oder einer Entziehungsanstalt in die Sicherungsverwahrung gesetzlich gerade nicht geregelt und damit auch nicht vorgesehen ist. Eine Rücküberweisung in die Sicherungsverwahrung ist dagegen möglich.²³¹.

Des Weiteren erfasst die Vorschrift auch die Fälle, in denen die Sicherungsverwahrung nicht bereits von Anfang an bestand, sondern erst später angeordnet wurde. Auch dann soll eine Überweisung in eine andere Art der Massregel möglich sein.²³²

²²⁸ Vergleiche hierzu den Wortlaut des § 66 Abs.1 Nr. 4 StGB.

²²⁹ H. Veh, in: W. Joecks/ K. Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum StGB, Band 2, 3. Aufl., München 2016, § 67d Rn. 36.

²³⁰ Vgl. § 67a Abs. 2 StGB.

²³¹ §67a Abs. 3 StGB.

²³² J. Kinzig, in: A. Schönke/ H. Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar, 30. Aufl., München 2019, § 67a Rn. 5ff.

B. AUTRICHE

1. Lebenslängliche Freiheitsstrafe

Résumé

Für besonders schwere Verbrechen kann im österreichischen Recht eine lebenslange Freiheitsstrafe verhängt werden. Eine bedingte Entlassung ist auch bei lebenslanger Freiheitsstrafe nach Verbüßung von 15 Jahren grundsätzlich zulässig, sie kann nicht von vornherein ausgeschlossen werden. Eine Begnadigung kann im Einzelfall erfolgen.

1.1. Höchste gesetzliche Freiheitsstrafe

Die Haftstrafe ist ein Teil des „zweispurigen Sanktionensystems“²³³ in Österreich, das zwischen freiheitsentziehenden vorbeugenden Massnahmen²³⁴ und Strafen²³⁵ unterscheidet. Die höchste Freiheitsstrafe im österreichischen Strafgesetzbuch (StGB) ist die **lebenslange Freiheitsstrafe**²³⁶, die grundsätzlich die gesamte Lebenszeit des Täters andauert. Daneben gibt es **zeitliche Freiheitsstrafen** im Ausmaß von einem Tag bis zu 20 Jahren.²³⁷

Die **lebenslange Freiheitsstrafe** kann vor allem für Straftaten verhängt werden, die **vorsätzlich** begangen werden und den **Tod** eines oder mehrerer Menschen²³⁸ verursachen. Dies sind die folgenden Delikte:

Tatbestände im Kernstrafrecht (geregelt im Strafgesetzbuch):

- Mord (§ 75 Strafgesetzbuch)²³⁹
- Erpresserische Entführung mit Todesfolge (§ 102 Absatz 3 Strafgesetzbuch)²⁴⁰
- Schwerer Raub mit Todesfolge (§ 143 Absatz 2 Strafgesetzbuch)²⁴¹

²³³ R. Lässig in: F. Höpfel/E. Ratz, Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch, StGB, Wien 2010 Vorbemerkung zu § 18 Rz 1.

²³⁴ §§ 21 - 23 Strafgesetzbuch (StGB), verfügbar unter <https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10002296> (06.02.2019).

²³⁵ Die zwei Hauptstrafen sind die Freiheitsstrafe und die Geldstrafe. §§ 18 ff. StGB, verfügbar unter <https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10002296> (06.02.2019).

²³⁶ Die folgenden Ausführungen befassen sich ausschliesslich mit dem Erwachsenenstrafrecht. Für Personen, die das 21. Lebensjahr noch nicht vollendet haben, ist die höchste Freiheitsstrafe endlich ausgestaltet und beträgt bis zu 20 Jahren, § 36 StGB. Die Bestrafung von Jugendlichen richtet sich nach dem Jugendgerichtsgesetz (JGG). Siehe dazu R. Lässig in Höpfel/Ratz, Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch, StGB, Wien 2010, § 18 Rz 6.

²³⁷ F. Salimi in: O. Triffterer u.a, StGB: Salzburger Kommentar zum Strafgesetzbuch, 35. Lieferung, April 2016, § 18 StGB, Rz 7.

²³⁸ Die einzige Ausnahme davon ist der § 177a Absatz 2 StGB, der die Herstellung und Verbreitung von Massenvernichtungswaffen mit dem Wissen um ihre unmittelbare Benutzung betrifft.

²³⁹ § 75 StGB, verfügbar unter <https://www.ris.bka.gv.at/NormDokument.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10002296&FassungVom=2019-02-07&Artikel=&Paragraf=75&Anlage=&Uebergangsrecht> (06.02.2019).

²⁴⁰ § 102 Absatz 3 StGB, verfügbar unter <https://www.ris.bka.gv.at/NormDokument.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10002296&FassungVom=2019-02-07&Artikel=&Paragraf=102&Anlage=&Uebergangsrecht> (06.02.2019).

²⁴¹ § 143 Absatz 2 StGB, verfügbar unter

- Herstellung und Verbreitung von Massenvernichtungswaffen mit dem Wissen um ihre unmittelbare Benutzung (§ 177a Absatz 2 Strafgesetzbuch)²⁴²
- Luftpiraterie mit Todesfolge für eine größere Anzahl Menschen (§ 185 Absatz 2 Strafgesetzbuch)²⁴³
- Vorsätzliche Gefährdung der Sicherheit der Luftfahrt mit Todesfolge für eine größere Anzahl Menschen (§ 186 Absatz 3 Strafgesetzbuch)²⁴⁴
- Vergewaltigung mit Todesfolge (§ 201 Absatz 2 Strafgesetzbuch)²⁴⁵
- Schwerer sexueller Missbrauch von Unmündigen mit Todesfolge (§ 206 Absatz 3 Strafgesetzbuch)²⁴⁶
- Völkermord (§ 321 Absatz 1 Strafgesetzbuch)²⁴⁷
- Verbrechen gegen die Menschlichkeit (§ 321a Absatz 1–3 Strafgesetzbuch)²⁴⁸
- Kriegsverbrechen gegen Personen (§ 321b Absatz 1–3 Strafgesetzbuch)²⁴⁹

und

Tatbestände im Nebenstrafrecht (geregelt in Strafbestimmungen anderer Gesetze):

- Organisierter Drogenhandel, wenn der Täter eine führende Stellung in der Organisation einnimmt (§ 28a Absatz 5 Suchtmittelgesetz)²⁵⁰
- Nationalsozialistische Wiederbetätigung in verschiedenen Varianten bei besonderer Gefährlichkeit des Täters oder der Betätigung (§§ 3a, 3e und 3f Verbots gesetz 1947)²⁵¹.

²⁴² <https://www.ris.bka.gv.at/NormDokument.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10002296&FassungVom=2019-02-07&Artikel=&Paragraf=143&Anlage=&Uebergangsrecht> (06.02.2019).

§ 177a Absatz 2 StGB, verfügbar unter

<https://www.ris.bka.gv.at/NormDokument.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10002296&FassungVom=2019-02-07&Artikel=&Paragraf=177a&Anlage=&Uebergangsrecht> (06.02.2019).

²⁴³ § 185 Absatz 2 StGB, verfügbar unter

<https://www.ris.bka.gv.at/NormDokument.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10002296&FassungVom=2019-02-07&Artikel=&Paragraf=185&Anlage=&Uebergangsrecht> (06.02.2019).

²⁴⁴ § 186 Absatz 3 StGB, verfügbar unter

<https://www.ris.bka.gv.at/NormDokument.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10002296&FassungVom=2019-02-07&Artikel=&Paragraf=186&Anlage=&Uebergangsrecht> (06.02.2019).

²⁴⁵ § 201 Absatz 2 StGB, verfügbar unter

<https://www.ris.bka.gv.at/NormDokument.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10002296&FassungVom=2019-02-07&Artikel=&Paragraf=201&Anlage=&Uebergangsrecht> (06.02.2019).

²⁴⁶ § 206 Absatz 3 StGB, verfügbar unter

<https://www.ris.bka.gv.at/NormDokument.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10002296&FassungVom=2019-02-07&Artikel=&Paragraf=206&Anlage=&Uebergangsrecht> (06.02.2019).

²⁴⁷ § 321 StGB, verfügbar unter

<https://www.ris.bka.gv.at/Dokument.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Dokumentnummer=NOR12029871> (06.02.2019).

²⁴⁸ § 321a Absätze 1 – 3 StGB, verfügbar unter

<https://www.ris.bka.gv.at/NormDokument.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10002296&FassungVom=2019-02-07&Artikel=&Paragraf=321a&Anlage=&Uebergangsrecht> (06.02.2019).

²⁴⁹ § 321b Absätze 1 – 3 StGB, verfügbar

<https://www.ris.bka.gv.at/NormDokument.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10002296&FassungVom=2019-02-07&Artikel=&Paragraf=321b&Anlage=&Uebergangsrecht> (06.02.2019).

²⁵⁰ § 28a Absatz 5 Suchtmittelgesetz (SMG), verfügbar unter

<https://www.ris.bka.gv.at/NormDokument.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10011040&FassungVom=2019-02-07&Artikel=&Paragraf=28a&Anlage=&Uebergangsrecht> (06.02.2019).

²⁵¹ § 3a Verbots gesetz 1947, verfügbar unter

<https://www.ris.bka.gv.at/Dokument.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Dokumentnummer=NOR12003472> (06.02.2019), § 3e Absatz 1 Verbots gesetz 1947, verfügbar unter

Eine **absolute Strafandrohung**, die **zwingend eine lebenslange Freiheitsstrafe** vorsieht, befindet sich im Strafgesetzbuch ausschliesslich bei dem Tatbestand des Völkermordes, bei bestimmten Formen von Verbrechen gegen die Menschlichkeit und bestimmten Formen von Kriegsverbrechen gegen Personen.²⁵² In allen anderen Fällen kann **entweder die lebenslange Haftstrafe oder eine endliche Haftstrafe** ausgesprochen werden.²⁵³

Die grundsätzliche Möglichkeit, für Kapitalverbrechen lebenslange Freiheitsstrafen zu verhängen ist auf Grund des Prinzips der Verhältnismässigkeit **verfassungsrechtlich unbedenklich**. Freiheitsentziehende Sanktionen geraten nur dann in ein Spannungsverhältnis zu der europäischen Menschenrechtskonvention, wenn sie zur Schuld des Täters und zum Unrechtsgehalt der Tat in keinem **Verhältnis** stehen.²⁵⁴

1.2. Vorzeitige Entlassung

Ab welchem Zeitpunkt kann die zur höchsten Freiheitsstrafe (lebenslänglich oder endlich) verurteilte Person von Gesetzes wegen oder gemäss der Rechtsprechung frühestens (bedingt) entlassen werden? Welches sind die Voraussetzungen für die (bedingte) Entlassung?

Sowohl bei zeitlichen als auch bei lebenslang verhängten Freiheitsstrafen ist eine frühzeitige bedingte Entlassung als Mittel der Resozialisierung unter den Voraussetzungen des § 46 Strafgesetzbuch möglich.²⁵⁵

1.2.1. Frühzeitige bedingte Entlassung bei zeitlich begrenzt verhängter Freiheitsstrafe

Die bedingte Entlassung aus der Freiheitsstrafe ist in § 46 Strafgesetzbuch geregelt und unterscheidet zwischen der Entlassung nach Verbüßung der halben Strafzeit und nach zwei Dritteln der Strafzeit.²⁵⁶ Zuständig für die Entscheidung über die bedingte Entlassung ist grundsätzlich das Vollzugsgericht.²⁵⁷

<https://www.ris.bka.gv.at/NormDokument.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10000207&FassungVom=2019-02-07&Artikel=1&Paragraf=3e&Anlage=&Uebergangsrecht> (06.02.2019) und § 3f Verbotsgesetz 1947, verfügbar unter

<https://www.ris.bka.gv.at/NormDokument.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10000207&FassungVom=2019-02-07&Artikel=1&Paragraf=3f&Anlage=&Uebergangsrecht> (06.02.2019).

²⁵² §§ 321, 321a und 321b StGB, verfügbar unter <https://www.ris.bka.gv.at/Dokument.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Dokumentnummer=NOR12029871> (06.02.2019); siehe auch S. Seiler in: A. Birkbauer u.a., „StGB Strafgesetzbuch, Praxiskommentar“, 1. Auflage, Wien 2018, Vorbemerkungen § 18 ff. StGB Rz 2.

²⁵³ R. Lässig in: F. Höpfel und E. Ratz, Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch, StGB, Wien 2010 § 18 Rz 5.

²⁵⁴ Ein Spannungsverhältnis kann insbesondere zu Artikel 3 EMRK, das heisst dem Verbot der Folter und der unmenschlichen oder erniedrigenden Behandlung, entstehen, siehe R. Lässig in: F. Höpfel und E. Ratz, Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch, StGB, Wien 2010 § 18 Rz 8.

²⁵⁵ S. Seiler in: A. Birkbauer u.a., „StGB Strafgesetzbuch, Praxiskommentar“, 1. Auflage, Wien 2018, § 46 StGB Rz 1.

²⁵⁶ § 46 StGB, verfügbar unter <https://www.ris.bka.gv.at/Dokument.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Dokumentnummer=NOR40177252> (06.02.2019).

²⁵⁷ §16 Abs.2 Z. 12 Strafvollzugsgesetz (StVG), verfügbar unter <https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10002135> (20.06.2019). Im Fall des §265 Strafprozessordnung (StPO), wenn eine Anrechnung einer bereits verbüsst Strafe vorgenommen wird, ist ausnahmsweise das erkennende Gericht für die bedingte Entlassung zuständig. Die StPO ist verfügbar unter <https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10002326> (20.6.2019).

Nachdem die **Hälfte der Strafzeit** verbüßt wurde, wird regelmässig eine bedingte Entlassung geprüft.²⁵⁸ **Spezialpräventive Gesichtspunkte** werden bei der Prüfung besonders berücksichtigt. Ausschlaggebend sind daher vor allem das Vorleben und die Persönlichkeitsstruktur des Verurteilten, die Aussichten für sein redliches Fortkommen und sein Verhalten während des Strafvollzuges.²⁵⁹ Des Weiteren spielt auch die Therapiebereitschaft des Verurteilten eine Rolle, sofern die Tat unter Einfluss von psychischen Besonderheiten verübt wurde.²⁶⁰ Dem Verurteilten ist der Rest der Strafe unter **Bestimmung einer Probezeit** zu erlassen, wenn absehbar ist, dass er durch die bedingte Entlassung nicht weniger als durch die weitere Verbüssung der Haftstrafe von der Begehung weiterer Straftaten abgehalten wird.²⁶¹ Mit anderen Worten bedarf es der Annahme der **gleichen Wirksamkeit von fortgesetzter Strafe und Straffreiheit**.²⁶² Diese **positive Prognose** ist insbesondere unter Berücksichtigung der erwarteten Wirkung von Weisungen und anderen Massnahmen, die die bedingte Entlassung begleiten, zu treffen.²⁶³

Um für eine bedingte frühzeitige Entlassung in Frage zu kommen, muss der Täter **mindestens drei Monate** in Strahaft verbracht haben.²⁶⁴ Nach **spätestens 15 Jahren** ist in jedem Fall über eine bedingte Entlassung zu entscheiden.²⁶⁵

§ 46 Absatz 2 beinhaltet eine Ausnahmebestimmung: selbst bei Vorliegen aller Voraussetzungen für eine bedingte Entlassung muss diese aus **generalpräventiven Gesichtspunkten** in einigen Ausnahmefällen im Hinblick auf die **Schwere der Tat** unterbleiben.²⁶⁶ Dies ist zum Beispiel anzunehmen bei besonderem öffentlichen Aufsehen des Straffalls.²⁶⁷

-
- 258 § 46 Absatz 1 StGB, verfügbar unter
https://www.ris.bka.gv.at/Dokument.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Dokumentnummer=NOR4017725_2 (06.02.2019).
- 259 S. Seiler in: A. Birklbauer u.a., „StGB Strafgesetzbuch, Praxiskommentar“, 1. Auflage, Wien 2018, § 46 StGB Rz 9.
- 260 S. Seiler in: A. Birklbauer u.a., „StGB Strafgesetzbuch, Praxiskommentar“, 1. Auflage, Wien 2018, § 46 StGB Rz 10.
- 261 § 46 Absatz 1 StGB, verfügbar unter
https://www.ris.bka.gv.at/Dokument.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Dokumentnummer=NOR4017725_2 (06.02.2019).
- 262 R. Jerabek, in: F. Höpfel/E. Ratz, Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2. Auflage, Wien 2016, § 46 Rz 20.
- 263 Die §§ 50 bis 52 Strafgesetzbuch beinhalten Weisungen, die die bedingte Nachsicht der Strafe, beziehungsweise die bedingte Entlassung begleiten können. Zudem regeln sie auch die mögliche Beistellung einer Bewährungshilfe. Weisungen können verschiedene Gebote und Verbote sein, die stets aus spezialpräventiven Erwägungen erteilt werden sollen. Beispiele solcher Anweisungen sind das Gebot, an einem bestimmten Ort zu wohnen oder das Verbot, Alkohol zu konsumieren. Siehe S. Seiler in: A. Birklbauer u.a., „StGB Strafgesetzbuch, Praxiskommentar“, 1. Auflage, Wien 2018, § 46 StGB Rz 2 und § 51 Rz 1.
- 264 § 46 Absatz 1 StGB, verfügbar unter
https://www.ris.bka.gv.at/Dokument.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Dokumentnummer=NOR4017725_2 (06.02.2019).
- 265 § 46 Absatz 5 StGB, verfügbar unter
https://www.ris.bka.gv.at/Dokument.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Dokumentnummer=NOR4017725_2 (06.02.2019).
- 266 § 46 Absatz 2 StGB, verfügbar unter
https://www.ris.bka.gv.at/Dokument.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Dokumentnummer=NOR4017725_2 (06.02.2019); S. Seiler in: A. Birklbauer u.a., „StGB Strafgesetzbuch, Praxiskommentar“, 1. Auflage, Wien 2018, § 46 StGB Rz 5.
- 267 Entscheidung des Obersten Gerichtshofes vom 2.8.1988, OGH 15 Os 94/88 EvBl 1988/147, verfügbar unter

Diese Ausnahmeregelung findet jedoch keine Anwendung mehr, wenn der Täter bereits **zwei Drittel der Haftzeit** verbüßt hat. Dann dürfen generalpräventive Bedenken gegen eine bedingte Entlassung kein Hindernis mehr darstellen.²⁶⁸ Die vorzeitige Entlassung nach zwei Dritteln der Freiheitsstrafe ist daher **üblich** und nur ausnahmsweise bei einem hohen Rückfallrisiko verwehrt.²⁶⁹ Zudem gilt auch in diesem Fall, dass der Täter bereits mindestens drei Monate in Strafhaft verbracht haben muss.

Bei der bedingten Entlassung aus einer Freiheitsstrafe wird eine **Probezeit** festgesetzt. Die Probezeit beträgt mindestens **ein Jahr** und höchstens **drei Jahre**. Wenn der bedingt erlassene Strafrest drei Jahre übersteigt, so beträgt die Probezeit fünf Jahre.²⁷⁰

1.2.2. Frühzeitige bedingte Entlassung bei lebenslang verhängter Freiheitsstrafe

Auch ein zu lebenslanger Haft Verurteilter muss wegen des **Grundsatzes der Menschenwürde** Aussicht auf eine vorzeitige Entlassung haben.²⁷¹ Gemäss § 46 Absatz 6 Strafgesetzbuch können daher auch zu lebenslanger Freiheitsstrafe verurteilte Straftäter vorzeitig entlassen werden.²⁷² Eine vorzeitige bedingte Entlassung kommt bei einem zu lebenslanger Haft Verurteiltem nur in Betracht, wenn er mindestens **bereits 15 Jahre Freiheitsstrafe** verbüßt hat.²⁷³ Angerechnete Haftzeiten sind hierbei zu berücksichtigen.²⁷⁴ Eine bedingte Entlassung aus einer lebenslangen Haft bleibt auch dann möglich, wenn der Straftäter bereits zuvor bedingt aus einer lebenslangen Haft entlassen worden ist.²⁷⁵

Voraussetzung für die frühzeitige bedingte Entlassung ist die **spezialpräventive Annahme**, dass der Verurteilte in Freiheit **keine weiteren strafbaren Handlungen mehr begehen wird**.²⁷⁶ Anders als in § 46 Absatz 1 Strafgesetzbuch bedarf es bei der bedingten Entlassung aus einer lebenslangen Haftstrafe also nicht bloss der Annahme zumindest gleicher Wirksamkeit von Straffreiheit und Strafe, sondern der positiven Annahme, dass der Straftäter keine weiteren Straftaten begehen wird.²⁷⁷ Für diese

²⁶⁸ https://www.ris.bka.gv.at/Dokument.wxe?Abfrage=Justiz&Dokumentnummer=JJT_19880802_OGH0002_0150OS00094_8800000_000 (11.02.2019).

§ 46 Absatz 2 StGB, verfügbar unter

<https://www.ris.bka.gv.at/Dokument.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Dokumentnummer=NOR40177252> (06.02.2019); S. Seiler in: A. Birklbauer u.a., „StGB Strafgesetzbuch, Praxiskommentar“, 1. Auflage, Wien 2018, § 46 StGB Rz 7.

²⁶⁹ S. Seiler in: A. Birklbauer u.a., „StGB Strafgesetzbuch, Praxiskommentar“, 1. Auflage, Wien 2018, § 46 StGB Rz 8

²⁷⁰ § 48 Absatz 1 StGB, verfügbar unter

<https://www.ris.bka.gv.at/NormDokument.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10002296&FassungVom=2019-02-13&Artikel=&Paragrapf=48&Anlage=&Uebergangsrecht> (06.02.2019).

²⁷¹ R. Jerabek, in: F. Höpfel/E. Ratz, Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2. Auflage, Wien 2016, § 46 Rz 18.

²⁷² § 46 Absatz 6 StGB, verfügbar unter

<https://www.ris.bka.gv.at/Dokument.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Dokumentnummer=NOR40177252> (06.02.2019).

²⁷³ S. Seiler in: A. Birklbauer u.a., „StGB Strafgesetzbuch, Praxiskommentar“, 1. Auflage, Wien 2018, § 46 StGB Rz 14.

²⁷⁴ R. Jerabek, in: F. Höpfel/E. Ratz, Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2. Auflage, Wien 2016, § 46 Rz 19.

²⁷⁵ R. Jerabek, in: F. Höpfel/E. Ratz, Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2. Auflage, Wien 2016, § 46 Rz 19.

²⁷⁶ S. Seiler in: A. Birklbauer u.a., „StGB Strafgesetzbuch, Praxiskommentar“, 1. Auflage, Wien 2018, § 18 StGB Rz 2.

²⁷⁷ Nicht mehr erforderlich ist jedoch die „Gewähr“ einer zukünftigen Straffreiheit, siehe R. Jerabek, in: F. Höpfel/E. Ratz, Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2. Auflage, Wien 2016, § 46 Rz 20.

Verhaltensprognose werden alle in Betracht kommenden Umstände gewürdigt. Generalpräventive Erwägungen spielen hingegen keine Rolle.²⁷⁸

Bei der bedingten Entlassung aus einer lebenslangen Freiheitsstrafe beträgt die **Probezeit** zehn Jahre.²⁷⁹

1.3. Beschränkungen zum Urteilszeitpunkt

Die Möglichkeit der bedingten Entlassung ist grundsätzlich bei keiner Tätergruppe und keinem Tatbestand von vornherein ausgeschlossen.²⁸⁰

Die besondere Schwere der Schuld oder eine vergleichbare Regelung sind nach unseren Recherchen in Österreich kein zulässiges Kriterium für die Verweigerung einer frühzeitigen bedingten Entlassung.²⁸¹

1.4. Begnadigung

Das Institut der Begnadigung ist in den Paragraphen 507 bis 511 der Strafprozessordnung geregelt. Eine Begnadigung steht gemäss § 507 Strafprozessordnung nur dem **Bundespräsidenten** auf Vorschlag der Bundesregierung oder des von ihr ermächtigten Bundesministers für Justiz zu.²⁸² Mit einem **Gnadenakt** kann der Bundespräsident im Einzelfall bei unverhältnismässigen und vom Gesetzgeber nicht gewollten Härten in der Rechtsanwendung korrigierend eingreifen. Er kann von den Gerichten ausgesprochene Strafen mildern oder umwandeln, Strafverfahren einstellen, Strafurteile für getilgt erklären oder anordnen, dass für Strafurteile die Auskunftsbeschränkung gelten soll.²⁸³ Gerade auf Grund der korrekiven und auf den Einzelfall gerichteten Natur der Begnadigung beinhaltet das Gesetz **keine normative Festlegung der materiell-rechtlichen Voraussetzungen** und des möglichen Inhalts einer Begnadigung.²⁸⁴ Die Begnadigung ist von den zeitlichen und sachlichen Voraussetzungen des Gesetzes unabhängig.²⁸⁵

²⁷⁸ R. Jerabek, in: F. Höpfel/E. Ratz, Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2. Auflage, Wien 2016, § 46 Rz 21.

²⁷⁹ § 48 Absatz 1 StGB, verfügbar unter <https://www.ris.bka.gv.at/NormDokument.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10002296&FassungVom=2019-02-13&Artikel=&Paragraf=48&Anlage=&Uebergangsrecht> (06.02.2019).

²⁸⁰ S. Seiler in: A. Birkbauer u.a., „StGB Strafgesetzbuch, Praxiskommentar“, 1. Auflage, Wien 2018, § 46 StGB Rz 6.

²⁸¹ Siehe dazu auch den Beschluss des Zweiten Senats vom 3. Juni 1992, Rz 74, verfügbar unter <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv086288.html> (14.02.2019).

²⁸² Der Bundespräsident ist also an einen Begnadigungsvorschlag gebunden, was seine Begnadigungskompetenz einschränkt. § 507 Strafprozessordnung (StPO), verfügbar unter <https://www.ris.bka.gv.at/Dokument.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Dokumentnummer=NOR40093600> (12.02.2019) und R. Jerabek, in: H. Fuchs/E. Ratz, Wiener Kommentar zur Strafprozessordnung, 249. Lieferung, Wien 2016, § 507 Rz 4.

²⁸³ R. Jerabek, in: H. Fuchs/E. Ratz, Wiener Kommentar zur Strafprozessordnung, 249. Lieferung, Wien 2016, § 507 Rz 1 und 8.

²⁸⁴ R. Jerabek, in: H. Fuchs/E. Ratz, Wiener Kommentar zur Strafprozessordnung, 249. Lieferung, Wien 2016, § 507 Rz 4.

²⁸⁵ R. Jerabek, in: H. Fuchs/E. Ratz, Wiener Kommentar zur Strafprozessordnung, 249. Lieferung, Wien 2016, § 46 Rz 4.

Es besteht weder ein Recht auf Erstattung noch auf Erfolg eines Gnadengesuchs.²⁸⁶ Die Möglichkeit der Begnadigung besteht **nicht** bezüglich der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus, bezüglich der Unterbringung in einer Anstalt für geistig abnorme²⁸⁷ oder entzöhnungsbedürftige²⁸⁸ Rechtsbrecher und der Unterbringung in einer Anstalt für gefährliche Rückfallstäter.²⁸⁹

2. Schuldunabhängige, freiheitsentziehende Sicherheitsmassnahmen

Résumé

Neben Freiheitsstrafen kennt das österreichische Recht auch drei Arten von schuldunabhängigen freiheitsentziehenden Massnahmen, durch die die Allgemeinheit präventiv vor potentiell gefährlichen Tätern geschützt werden soll.

2.1. Arten freiheitsentziehender Massnahmen

Das österreichische Strafrecht ist wie das deutsche und das schweizerische auch ein **Schuld-Strafrecht**.²⁹⁰ Strafbar ist gemäß § 4 Strafgesetzbuch allein schuldhaftes Handeln.²⁹¹ Das Verschulden des Täters ist auch Grundlage für die Bemessung der Strafhöhe.²⁹² Nicht schuldhaft²⁹³ handelnde Täter können nach diesem System nicht bestraft werden.

Um der von diesen Tätern für die Gesellschaft ausgehenden Gefahr zu begegnen, gibt es parallel zur endlichen und zur lebenslangen Freiheitsstrafe in dem bereits erwähnten „zweispurigen System“ in Österreich verschiedene Formen von freiheitsentziehenden Massnahmen. Strafen und Massnahmen bestehen nebeneinander.²⁹⁴ Die freiheitsentziehenden vorbeugenden Massnahmen sind allein gegen

²⁸⁶ R. Jerabek, in: H. Fuchs/E. Ratz, Wiener Kommentar zur Strafprozeßordnung, 249. Lieferung, Wien 2016, § 507 Rz 6.

²⁸⁷ Siehe Punkt 2.1.

²⁸⁸ Siehe Punkt 2.2.

²⁸⁹ Siehe Punkt 2.3. Ebenfalls nicht möglich sind Begnadigungen bei von Verwaltungs- oder Finanzbehörden ausgesprochenen Strafen oder bei gerichtlichen Ordnungsstrafen und Gerichtskosten. R. Jerabek, in: H. Fuchs/E. Ratz, Wiener Kommentar zur Strafprozeßordnung, 249. Lieferung, Wien 2016, § 507 Rz 8. A.A. A. Venier, in C. Bertel/A. Venier, Kommentar zur StPO, Wien 2012, § 507 Rz 2.

²⁹⁰ S. Seiler in: A. Birkbauer u.a., „StGB Strafgesetzbuch, Praxiskommentar“, 1. Auflage, Wien 2018, § 4 StGB Rz 1.

²⁹¹ § 4 StGB, verfügbar unter

[\(06.02.2019\).](https://www.ris.bka.gv.at/NormDokument.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=1000229_6&FassungVom=2019-02-06&Artikel=&Paragraf=4&Anlage=&Uebergangsrecht=)

²⁹² § 32 StGB, verfügbar unter

[\(06.02.2019\).](https://www.ris.bka.gv.at/NormDokument.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=1000229_6&FassungVom=2019-02-06&Artikel=&Paragraf=32&Anlage=&Uebergangsrecht=)

²⁹³ Die Zurechnungsunfähigkeit ist in § 11 StGB definiert: „Wer zur Zeit der Tat wegen einer Geisteskrankheit, wegen einer geistigen Behinderung, wegen einer tiefgreifenden Bewußtseinsstörung oder wegen einer anderen schweren, einem dieser Zustände gleichwertigen seelischen Störung unfähig ist, das Unrecht seiner Tat einzusehen oder nach dieser Einsicht zu handeln, handelt nicht schuldhaft.“, verfügbar unter

[\(06.02.2019\).](https://www.ris.bka.gv.at/NormDokument.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=1000229_6&FassungVom=2019-02-06&Artikel=&Paragraf=11&Anlage=&Uebergangsrecht=)

²⁹⁴ S. Seiler in: A. Birkbauer u.a., „StGB Strafgesetzbuch, Praxiskommentar“, 1. Auflage, Wien 2018, § 21 StGB Rz 1.

die Gefährlichkeit der Täter gerichtet und sollen in Zukunft vor ihnen schützen. Sie haben also anders als die Strafe eine präventive Aufgabe.²⁹⁵ Das Gesetz sieht drei Arten freiheitsentziehender Massnahmen vor: Die Unterbringung in einer Anstalt für geistig abnorme Rechtsbrecher (§21 StGB) und in einer Anstalt für entwöhnnungsbedürftige Rechtsbrecher (§22 StGB) erfolgen **vor** der Vollziehung der Haftstrafe, während die Unterbringung in einer Anstalt für gefährliche Rückfallstäter (§23 StGB) **nach** der Vollziehung der Haftstrafe erfolgt.²⁹⁶

2.2. Voraussetzungen

2.2.1. Unterbringung in einer Anstalt für geistig abnorme Rechtsbrecher

§ 21 Strafgesetzbuch sieht die Unterbringung in einer „Anstalt für geistig abnorme Rechtsbrecher“ als **schuldunabhängige, präventiv wirkende und freiheitsentziehende Sicherheitsmaßnahme** vor.²⁹⁷

Die Einweisung in eine Anstalt nach § 21 Strafgesetzbuch ist erst zulässig, wenn der Täter eine Anlasstat begangen hat, die mit einer ein Jahr übersteigenden Freiheitsstrafe bedroht ist. Darüber hinaus unterscheidet die Regelung zwischen Tätern, die bei der Anlasstat zurechnungsunfähig waren und Tätern, die bei der Anlasstat zurechnungsfähig waren.

§ 21 Absatz 1 Strafgesetzbuch legt die **Voraussetzungen** für die Unterbringung eines **zurechnungsunfähigen Täters** in einer Anstalt fest. Die Einweisung in diese vorbeugende Massnahme setzt demnach zunächst voraus, dass der Täter eine mit **mehr als einem Jahr** bedrohte Straftat in einem auf **geistige oder seelische Abartigkeit zurückzuführenden Zustand der Unzurechnungsfähigkeit** verübt hat und zumindest unter anderem deswegen nicht bestraft werden kann.²⁹⁸ Ausserdem muss eine **ungünstige krankheitsbedingte Kriminalprognose** bestehen, das heisst, dass zu befürchten ist, dass der Täter unter dem Einfluss seiner geistigen oder seelischen Abartigkeit noch eine weitere strafbare Handlung mit schweren Folgen begehen könnte.²⁹⁹ Nicht erforderlich ist hingegen, dass die zu befürchtende Tat erneut im Zustand der Zurechnungsunfähigkeit begangen werden wird.³⁰⁰ Die Anordnung der Unterbringung richtet sich allein nach der Gefährlichkeit des Täters.³⁰¹ Auf die medizinische Erforderlichkeit der Unterbringung in einer Anstalt kommt es hingegen gerade nicht an.³⁰²

²⁹⁵ R. Jerabek, in: H. Fuchs/E. Ratz, Wiener Kommentar zur Strafprozeßordnung, 249. Lieferung, Wien 2016, Vor §§ 21 - 25 Rz 2.

²⁹⁶ Siehe unten im jeweiligen Kapitel.

²⁹⁷ § 21 Absatz 1 StGB, verfügbar unter

<https://www.ris.bka.gv.at/Dokument.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Dokumentnummer=NOR12029563> (06.02.2019).

²⁹⁸ T. Stompe/ H. Schanda, Der österreichische Maßnahmenvollzug nach § 21 Abs. 1 StGB, in: Journal für Neurologie Neurochirurgie und Psychiatrie 2010; 11 (2), Seiten 30-36, S. 30. Die geistige oder seelische Abartigkeit braucht nicht der einzige Grund für die Zurechnungsunfähigkeit sein, siehe S. Seiler in: A. Birklbauer u.a., „StGB Strafgesetzbuch, Praxiskommentar“, 1. Auflage, Wien 2018, § 21 StGB Rz 10.

²⁹⁹ S. Seiler in: A. Birklbauer u.a., „StGB Strafgesetzbuch, Praxiskommentar“, 1. Auflage, Wien 2018, § 21 StGB Rz 11.

³⁰⁰ S. Seiler in: A. Birklbauer u.a., „StGB Strafgesetzbuch, Praxiskommentar“, 1. Auflage, Wien 2018, § 21 StGB Rz 12.

³⁰¹ E. Ratz, in: F. Höpfel/E. Ratz, Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2. Auflage, Wien 2011, § 21 Rz 10.

³⁰² So soll sicher gestellt werden, dass gerade auch die schwersten Fällen in einer Anstalt untergebracht werden können. E. Ratz, in: F. Höpfel/E. Ratz, Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2. Auflage, Wien 2011, § 21 Rz 2.

§ 21 Absatz 2 Strafgesetzbuch legt darüber hinaus fest, dass eine Unterbringung auch in den Fällen möglich ist, in denen der Täter die Anlasstat im Zustand der **Zurechnungsfähigkeit** begangen hat, währenddessen aber unter dem **Einfluss seiner geistigen oder seelischen Abartigkeit** von höherem Grad stand. Dieser Zustand muss die Willensbildung wesentlich beeinflusst haben und in Kausalzusammenhang zu der Begehung der Strafe stehen.³⁰³ Die Unterbringung ist dann zusammen mit dem Ausspruch der Strafe anzutreten und hat vor dem Strafvollzug zu erfolgen.³⁰⁴ Die in der Anstalt für geistig abnorme Rechtsbrecher verbrachte Zeit ist auf die danach zu vollstreckende Strafe anzurechnen.³⁰⁵

Eine Reform des Massnahmenvollzugs ist schon lange in der Diskussion. Insbesondere die Unterbringung der zurechnungsfähigen Straftäter nach § 21 Absatz 2, nicht in einer besonderen Anstalt, sondern in Abteilungen für geistig abnorme zurechnungsfähige Rechtsbrecher in den Strafvollzugsanstalten, wurde als problematisch angesehen, nicht zuletzt im Hinblick auf das Abstandsgebot. Nach dem Bericht einer Expertenkommission 2015 und einem Gesetzesvorschlag dieser Kommission 2017³⁰⁶ scheint eine Reform nun näher zu rücken.³⁰⁷

2.2.2. Unterbringung in einer Anstalt für entwöhnungsbedürftige Rechtsbrecher

§ 22 regelt mit der Unterbringung in einer Anstalt für entwöhnungsbedürftige Rechtsbrecher eine weitere schuldunabhängige präventive Massnahme. Anders als bei der Unterbringung in einer Anstalt für geistig abnorme Rechtsbrecher sind für die Anordnung dieser Massnahme neben dem **Schutzbedürfnis der Rechtsgemeinschaft** insbesondere auch die **Behandlungsaussichten** ausschlaggebend.³⁰⁸

Die **Voraussetzungen** für eine Unterbringung nach § 22 Strafgesetzbuch müssen **kumulativ** vorliegen und beinhalten, dass der Täter dem **Missbrauch eines berauschenenden Mittels oder Suchtmittels ergeben** ist, sowie die **Verurteilung wegen einer Anlasstat**, eine noch zu verbüssende **Strahaft von höchstens zwei Jahren** und das Nichtvorliegen der Voraussetzungen nach § 21 Absatz 2 Strafgesetzbuch.³⁰⁹ Letzteres bedeutet, dass eine Unterbringung nicht anzutreten ist, wenn die Voraussetzungen für eine Unterbringung in einer Anstalt für geistig abnorme Rechtsbrecher vorliegen oder der **Versuch einer Entwöhnung von vornherein aussichtlos**³¹⁰ erscheint.³¹¹ Anlasstat ist eine Tat,

³⁰³ Relevant ist § 21 Absatz 2 StGB, S. Seiler in: A. Birkbauer u.a., „StGB Strafgesetzbuch, Praxiskommentar“, 1. Auflage, Wien 2018, § 21 StGB Rz 15.

³⁰⁴ E. Ratz, in: F. Höpfel/E. Ratz, Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2. Auflage, Wien 2011, § 21 StGB Rz 1 und 18.

³⁰⁵ E. Ratz, in: F. Höpfel/E. Ratz, Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2. Auflage, Wien 2011, § 21 StGB Rz 18.

³⁰⁶ <https://www.justiz.gv.at/web2013/home/presse/pressemitteilungen/pressearchiv/pressemitteilungen-2017/justizminister-brandstetter-praesentiert-zukunft-massnahmenvollzug~2c94848a5d559217015d55bc9d1d4483.de.html>; <https://www.justiz.gv.at/web2013/file/2c94848a5d55ef0a015d883cd2b033e1.de.0/ma%C3%9Fnahmen-reform-gesetz%202017-text.pdf>

³⁰⁷ https://www.parlament.gv.at/PAKT/PR/JAHR_2019/PK0128/index.shtml.

³⁰⁸ E. Ratz, in: F. Höpfel/E. Ratz, Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2. Auflage, Wien 2011, § 22 StGB Rz 1.

³⁰⁹ S. Seiler in: A. Birkbauer u.a., „StGB Strafgesetzbuch, Praxiskommentar“, 1. Auflage, Wien 2018, § 22 StGB Rz 1 und E. Ratz, in: F. Höpfel/E. Ratz, Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2. Auflage, Wien 2011, § 22 StGB Rz 2.

³¹⁰ Der Prognose der Aussichtslosigkeit steht bereits jeder „Strohhalm“ entgegen, E. Ratz, in: F. Höpfel/E. Ratz, Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2. Auflage, Wien 2011, § 23 StGB Rz 16.

³¹¹ § 22 Absatz 2 StGB, verfügbar unter

die im Rausch oder im Zusammenhang mit der Gewöhnung des Täters begangen wurde oder eine mit Strafe bedrohte Handlung im Zustand voller Berauschtung.³¹² Zudem muss zu befürchten sein, dass der Täter in Zukunft im Zusammenhang mit seiner Gewöhnung an Suchtmittel eine strafbare Handlung mit nicht blos leichten Folgen begehen werde.³¹³ Wenn diese Voraussetzungen vorliegen, so ist die Anordnung der Massnahme zwingend.³¹⁴

2.2.3. Unterbringung in einer Anstalt für gefährliche Rückfallstäter

Die Unterbringung in einer Anstalt für gefährliche Rückfallstäter gemäss § 23 Strafgesetzbuch³¹⁵ ist gegen die von **Hang- oder Berufsverbrechern** ausgehende **Gefahr schwerer Kriminalität** gerichtet, der mit regulärem Strafvollzug nicht mehr **wirksam entgegengehalten** werden kann.³¹⁶ Anders als die anderen beiden vorbeugenden Massnahmen wird die Unterbringung in einer Anstalt für gefährliche Rückfallstäter **nach Abbüßen der Freiheitsstrafe vollzogen**.³¹⁷ Auf Grund ihrer Eingriffsschwere wird diese Massnahme nur sehr **restriktiv** gehandhabt und ist an umfangreiche Voraussetzungen gebunden, um in ihrer Anwendung dem **Grundsatz der Verhältnismässigkeit** zu genügen.³¹⁸ Eine Unterbringung in einer Anstalt für gefährliche Rückfallstäter ist ausgeschlossen, wenn die Voraussetzungen für die Unterbringung in einer Anstalt für geistig abnorme Rechtsbrecher nach § 21 Strafgesetzbuch vorliegen.³¹⁹

Folgende sind gemäss § 23 Absatz 1 Strafgesetzbuch die **Voraussetzungen** für die Unterbringung in einer Anstalt für gefährliche Rückfallstäter:

- eine **Verurteilung** zu einer mindestens **zweijährigen Freiheitsstrafe** nach Vollendung des **24. Lebensjahres** ausschliesslich oder überwiegend wegen einer strafbaren Handlung gegen Leib und Leben, gegen die Freiheit, gegen fremdes Vermögen unter Anwendung oder Androhung

³¹² <https://www.ris.bka.gv.at/NormDokument.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10002296&FassungVom=2019-02-21&Artikel=&Paragraf=22&Anlage=&Uebergangsrecht=> (11.02.2019).

§ 22 Absatz 1 StGB, verfügbar unter

<https://www.ris.bka.gv.at/NormDokument.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10002296&FassungVom=2019-02-21&Artikel=&Paragraf=22&Anlage=&Uebergangsrecht=> (11.02.2019).

³¹³ Diese Gefährlichkeits- und Besserungsprognose orientiert sich an der Person des Rechtsbrechers und an der Art seiner Anlasstat. § 22 Absatz 1 StGB, verfügbar unter

<https://www.ris.bka.gv.at/NormDokument.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10002296&FassungVom=2019-02-21&Artikel=&Paragraf=22&Anlage=&Uebergangsrecht=> (11.02.2019).

³¹⁴ E. Ratz, in: F. Höpfel/E. Ratz, Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2. Auflage, Wien 2011, § 22 StGB Rz 7. Grundsätzlich **ausgeschlossen** ist die Unterbringung in einer Anstalt für entwöhungsbedürftige Rechtsbrecher neben den aussichtlosen Fällen auch dann, wenn der Täter für die Anlasstat oder auf Grund anderer Taten bereits mehr als zwei Jahre Haft zu verbüßen hat. Hintergrund dieser Begrenzung ist die Annahme des Gesetzgebers, dass eine Entwöhnung dann im Rahmen des regulären Strafvollzugs stattfinden wird. S. Seiler in: A. Birkbauer u.a., „StGB Strafgesetzbuch, Praxiskommentar“, 1. Auflage, Wien 2018, § 22 StGB Rz 8.

³¹⁵ § 23 StGB, verfügbar unter

<https://www.ris.bka.gv.at/NormDokument.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10002296&FassungVom=2019-02-21&Artikel=&Paragraf=23&Anlage=&Uebergangsrecht=> (14.02.2019).

³¹⁶ E. Ratz, in: F. Höpfel/E. Ratz, Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2. Auflage, Wien 2011, § 23 StGB Rz 1.

³¹⁷ E. Ratz, in: F. Höpfel/E. Ratz, Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2. Auflage, Wien 2011, § 47 StGB Rz 9.

³¹⁸ E. Ratz, in: F. Höpfel/E. Ratz, Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2. Auflage, Wien 2011, § 23 StGB Rz 1.

³¹⁹ § 23 Absatz 2 StGB, verfügbar unter

<https://www.ris.bka.gv.at/NormDokument.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10002296&FassungVom=2019-02-21&Artikel=&Paragraf=23&Anlage=&Uebergangsrecht=> (11.02.2019).

von Gewalt gegen eine Person, gegen die sexuelle Integrität oder Selbstbestimmung, wegen Suchtgifthandels oder wegen gemeingefährlicher strafbarer Handlungen

- bereits zwei **Vorverurteilungen** wegen unter Punkt 1 aufgezählter Handlungen zu Freiheitsstrafen von jeweils mehr als sechs Monaten und deshalb insgesamt seit Vollendung des 19. Lebensjahres mindestens **18 Monate Aufenthalt in Strafhaft**³²⁰
- eine Gefährlichkeitsprognose, die feststellt, dass der Täter auf Grund seiner Neigung unter Punkt 1 aufgezählten strafbaren Handlungen oder aber weil er seinen Lebensunterhalt üblicherweise und überwiegend durch solche Straftaten finanziert, auch weiterhin solche Delikte mit schweren Folgen begehen werde.³²¹

Zudem ist der **Hangverbrecher**, wie ihn § 23 Strafgesetzbuch fordert, von einem Gewohnheitstäter zu unterscheiden. Der Unterschied liegt darin, dass der Hangverbrecher jede Hemmung zur Begehung von Straftaten verloren hat und bei jeder sich bietenden Gelegenheit deliktsfällig wird oder aber eine solche Neigung zur Begehung von Straftaten hat, dass er trotz Hemmungen immer wieder Delikte begeht.³²² **Berufsverbrecher** im Sinne dieses Paragraphen kann nur sein, wer überwiegend und nicht blass zum Teil seinen Lebensunterhalt aus deliktischen Handlungen bezieht.³²³

In den Jahren von 2001 bis 2016 wurde nur bei vier Straftätern eine Unterbringung in einer Anstalt für gefährliche Rückfalltäter angeordnet, während die Zahlen in den anderen beiden Arten der Unterbringung gestiegen sind.³²⁴ Dies lässt die Hypothese zu, dass besonders gefährliche, aber zurechnungsfähige Täter eher in die Kategorie der Psychopathen nach §21 Abs.2 StGB eingeordnet werden und in einer Anstalt für geistig abnorme Rechtsbrecher (damit potentiell auf unbeschränkte Dauer) untergebracht werden. Der EGMR hat diese Praxis bereits 2015 scharf kritisiert.³²⁵

2.3. Dauer

2.3.1. Unterbringung in einer Anstalt für geistig abnorme Rechtsbrecher

Wenn die gesetzlichen Voraussetzungen für eine Unterbringung nach § 21 Strafgesetzbuch vorliegen, **muss** diese unabhängig von der medizinischen Erforderlichkeit zwingend erfolgen.³²⁶ Die **Dauer** dieser vorbeugenden Massnahme ist nicht gesetzlich bestimmt und wird auf unbestimmte Zeit

³²⁰ Eine frühere Verurteilung bleibt ausser Acht, wenn seit ihrer Verbüssung bis zur folgenden Tat mindestens fünf Jahre vergangen sind. Ebenfalls ausser Acht zur Berechnung der 18 Monate Aufenthalt in Strafhaft bleiben Aufenthalte in Untersuchungshaft, im Krankenhaus und Haftaufenthalte wegen anderer sonstiger Vortaten. Es kommt allein auf die zwei Vorverurteilungen an. S. Seiler in: A. Birkbauer u.a., „StGB Strafgesetzbuch, Praxiskommentar“, 1. Auflage, Wien 2018, § 23 StGB Rz 6.

³²¹ § 23 Absatz 1 StGB, verfügbar unter [https://www.ris.bka.gv.at/NormDokument.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10002296&FassungVom=2019-02-21&Artikel=&Paragrapf=23&Anlage=&Uebergangsrecht="](https://www.ris.bka.gv.at/NormDokument.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10002296&FassungVom=2019-02-21&Artikel=&Paragrapf=23&Anlage=&Uebergangsrecht=) (11.02.2019).

³²² S. Seiler in: A. Birkbauer u.a., „StGB Strafgesetzbuch, Praxiskommentar“, 1. Auflage, Wien 2018, § 24 StGB Rz 11.

³²³ S. Seiler in: A. Birkbauer u.a., „StGB Strafgesetzbuch, Praxiskommentar“, 1. Auflage, Wien 2018, § 24 StGB Rz 12.

³²⁴ W. Stangl, Die Maßnahme der Unterbringung in einer Anstalt für gefährliche Rückfalltäter, in: Journal für Strafrecht (JSt) 2018, Seiten 113 ff.

³²⁵ EGMR, Urteil vom 16.7.2015 - 7997/08, *Kuttner vs. Austria*, Rz 6-9, verfügbar unter [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-156068%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-156068%22]}) (20.6.2019).

³²⁶ S. Seiler in: A. Birkbauer u.a., „StGB Strafgesetzbuch, Praxiskommentar“, 1. Auflage, Wien 2018, § 21 StGB Rz 2.

angeordnet.³²⁷ Sie könnte **grundsätzlich unbeschränkt** lange andauern.³²⁸ Allerdings muss das Prinzip der **Verhältnismässigkeit** gewahrt sein und die verhängte Massnahme muss der begangenen, beziehungsweise befürchteten Tat angemessen sein: die befürchtete Gefahr für die Allgemeinheit muss schwerer wiegen als die Einschränkungen, die der Verursacher der Gefahr durch die Massnahmen zu erdulden hat.³²⁹

Die Notwendigkeit der weiteren **Fortsetzung der Massnahme** wird einmal jährlich vom regionalen Vollzugsgericht überprüft. Eine **bedingte Entlassung**³³⁰ aus einer Anstalt für geistig abnorme Rechtsbrecher geschieht gemäss § 47 Absatz 1 stets nur unter Bestimmung einer **Probezeit**.³³¹ Eine Entlassung aus einer Anstalt für geistig abnorme Rechtsbrecher ist ähnlich der Entlassung aus der Strafhaft erst dann möglich, wenn die Gefährlichkeit gegen die sich die Unterbringung richtet, nicht mehr angenommen wird, also eine positive **Gefährlichkeitsprognose** gestellt werden kann.³³² Darüber hinaus können dem bedingt vorzeitig Entlassenen **Weisungen** erteilt werden.³³³ Wenn der Rechtsbrecher eine Weisung bricht, so kann die Entlassung widerrufen werden.³³⁴ Wenn die bedingte Entlassung aus einer Anstalt vor dem Ablauf der Strafzeit erfolgt, so ist der Rechtsbrecher in den Strafvollzug zu übergeben.³³⁵

2.3.2. Unterbringung in einer Anstalt für entwöhnungsbedürftige Rechtsbrecher

Die **Dauer** der Unterbringung in einer Anstalt für entwöhnungsbedürftige Rechtsbrecher richtet sich nach dem Zweck dieser Unterbringung, also der Heilung des süchtigen Rechtsbrechers. Grundsätzlich ist die Unterbringung auf **unbestimmte Zeit** anzurufen und hat solange anzudauern, wie sie für die **Heilung erforderlich** ist, jedoch nie länger als **zwei Jahre**.³³⁶ Alle sechs Monate muss das Gericht von

³²⁷ § 25 Absatz 1 StGB, verfügbar unter
<https://www.ris.bka.gv.at/NormDokument.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=1000229&FassungVom=2019-02-06&Artikel=&Paragraf=25&Anlage=&Uebergangsrecht=> (06.02.2019).

³²⁸ S. Seiler in: A. Birklbauer u.a., „StGB Strafgesetzbuch, Praxiskommentar“, 1. Auflage, Wien 2018, § 21 StGB Rz 3.

³²⁹ S. Seiler in: A. Birklbauer u.a., „StGB Strafgesetzbuch, Praxiskommentar“, 1. Auflage, Wien 2018, § 21 StGB Rz 4.

³³⁰ Aus einer Anstalt für geistig abnorme Rechtsbrecher ist nur die bedingte, nicht aber die unbedingte Entlassung möglich, siehe E. Ratz, in: F. Höpfel/E. Ratz, Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2. Auflage, Wien 2011, § 47 StGB Rz 3.

³³¹ Die Probezeit beträgt in der Regel 5 oder 10 Jahre, siehe S. Seiler in: A. Birklbauer u.a., „StGB Strafgesetzbuch, Praxiskommentar“, 1. Auflage, Wien 2018, § 48 StGB Rz 4.

³³² Massgeblich für die Prognose sind insbesondere das Verhalten und die Entwicklung des Eingewiesenen während des Aufenthalts in der Anstalt, sowie auch seine persönlichen Umstände, sein Gesundheitszustand, sein Vorleben und seine Aussichten auf eine positive Weiterentwicklung in Freiheit. Siehe S. Seiler in: A. Birklbauer u.a., „StGB Strafgesetzbuch, Praxiskommentar“, 1. Auflage, Wien 2018, § 47 StGB Rz 3 und § 47 Absatz 2 StGB, verfügbar unter
<https://www.ris.bka.gv.at/NormDokument.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=1000229&FassungVom=2019-02-21&Artikel=&Paragraf=47&Anlage=&Uebergangsrecht=> (11.02.2019).

³³³ §§ 50 und 51 StGB, verfügbar unter
https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=1000229_96 (11.02.2019).

³³⁴ § 54 StGB, verfügbar unter
<https://www.ris.bka.gv.at/NormDokument.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=1000229&FassungVom=2019-02-21&Artikel=&Paragraf=54&Anlage=&Uebergangsrecht=> (11.02.2019).

³³⁵ Der Strafrest, der nach Anrechnung der in der Anstalt verbrachten Zeit noch übrig ist, kann ebenfalls erlassen werden, § 47 Absatz 3 in Verbindung mit § 24 Absatz 1 Strafgesetzbuch, siehe S. Seiler in: A. Birklbauer u.a., „StGB Strafgesetzbuch, Praxiskommentar“, 1. Auflage, Wien 2018, § 47 StGB Rz 4.

³³⁶ § 25 Absatz 1 StGB, verfügbar unter

Amts wegen prüfen, ob die Massnahme fortgesetzt wird.³³⁷ Die Unterbringung nach § 22 Strafgesetzbuch hat vor dem Vollzug der Strafe zu erfolgen und ist auf diese anzurechnen.³³⁸ Eine **unbedingte Entlassung** erfolgt, wenn eine Fortsetzung der Entwöhnungsbehandlung keinen Erfolg verspräche.³³⁹ Nach der vom Gesetz vorgesehenen Höchstaufenthaltsdauer von zwei Jahren ist der Rechtsbrecher ungeachtet seiner Gefährlichkeit ebenfalls unbedingt aus der Anstalt zu entlassen. Eine **bedingte Entlassung** ist ähnlich der bedingten Entlassung aus einer Strahaft möglich, wenn anzunehmen ist, dass die Gefährlichkeit, gegen die sich die vorbeugende Massnahme gerichtet hat, nicht mehr besteht. Es ist also eine **Gefährlichkeitsprognose** anzustellen.³⁴⁰

2.3.3. Unterbringung in einer Anstalt für gefährliche Rückfallstäter

Die **Dauer** einer Unterbringung in einer Anstalt für gefährliche Rückfallstäter ist wie für die anderen mit Freiheitsentziehung verbundenen vorbeugenden Massnahmen auch in § 25 Strafgesetzbuch geregelt.³⁴¹ Grundsätzlich wird auch diese Massnahme auf unbestimmte Zeit verhängt und währt so lange, wie es ihr Zweck erfordert. Allerdings darf gemäss Absatz 1 die Unterbringung in einer solchen Anstalt **nicht länger als zehn Jahre** dauern.³⁴²

Über die **Aufhebung der Unterbringung** entscheidet auch hier das Gericht. Es hat jährlich von Amts wegen zu prüfen, ob die Massnahme weiter aufrecht erhalten werden soll.³⁴³ Die **Voraussetzungen für eine vorzeitige Entlassung** richten sich wie bei den beiden anderen auf mit Freiheitsentzug verbundenen Massnahmen nach § 47 Strafgesetzbuch.³⁴⁴ Nach Ablauf der Frist von zehn Jahren ist der

³³⁷ <https://www.ris.bka.gv.at/NormDokument.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=1000229&FassungVom=2019-02-21&Artikel=&Paragraf=25&Anlage=&Uebergangsrecht=> (11.02.2019).

§ 25 Absatz 4 StGB, verfügbar unter

<https://www.ris.bka.gv.at/NormDokument.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=1000229&FassungVom=2019-02-21&Artikel=&Paragraf=25&Anlage=&Uebergangsrecht=> (11.02.2019).

³³⁸ S. Seiler in: A. Birkbauer u.a., „StGB Strafgesetzbuch, Praxiskommentar“, 1. Auflage, Wien 2018, § 22 StGB Rz 5 - 8.

³³⁹ § 47 Absatz 1 StGB, verfügbar unter

<https://www.ris.bka.gv.at/NormDokument.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=1000229&FassungVom=2019-02-21&Artikel=&Paragraf=47&Anlage=&Uebergangsrecht=> (11.02.2019).

³⁴⁰ Massgeblich für die Prognose sind insbesondere das Verhalten und die Entwicklung des Eingewiesenen während des Aufenthalts in der Anstalt, sowie auch seine persönlichen Umstände, sein Gesundheitszustand, sein Vorleben und seine Aussichten auf eine positive Weiterentwicklung in Freiheit. § 47 Absatz 2 StGB, verfügbar unter

<https://www.ris.bka.gv.at/NormDokument.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=1000229&FassungVom=2019-02-21&Artikel=&Paragraf=47&Anlage=&Uebergangsrecht=> (11.02.2019) und S. Seiler in: A. Birkbauer u.a., „StGB Strafgesetzbuch, Praxiskommentar“, 1. Auflage, Wien 2018, § 47 StGB Rz 3.

³⁴¹ § 25 StGB, verfügbar unter

<https://www.ris.bka.gv.at/NormDokument.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=1000229&FassungVom=2019-02-21&Artikel=&Paragraf=25&Anlage=&Uebergangsrecht=> (11.02.2019).

³⁴² Die zeitliche Limitierung bringt den vom Gesetzgeber gewollten strafenden Charakter der Unterbringung in einer Anstalt für gefährliche Rückfallstäter zum Ausdruck, welche also nicht bloss auf die zukünftige Gefährlichkeit des Täters abstellt. Siehe S. Seiler in: A. Birkbauer u.a., „StGB Strafgesetzbuch, Praxiskommentar“, 1. Auflage, Wien 2018, § 25 StGB Rz 4 - 6.

³⁴³ S. Seiler in: A. Birkbauer u.a., „StGB Strafgesetzbuch, Praxiskommentar“, 1. Auflage, Wien 2018, § 25 StGB Rz 6.

³⁴⁴ § 47 Absatz 2 StGB, verfügbar unter

<https://www.ris.bka.gv.at/NormDokument.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=1000229&FassungVom=2019-02-21&Artikel=&Paragraf=47&Anlage=&Uebergangsrecht=> (11.02.2019) und S. Seiler in: A. Birkbauer u.a., „StGB Strafgesetzbuch, Praxiskommentar“, 1. Auflage, Wien 2018, § 47 StGB Rz 1.

Straftäter unbedingt zu entlassen.³⁴⁵ Vor dem Ende der Strafzeit ist von Amts wegen zu prüfen, ob die Unterbringung in einer Anstalt für gefährliche Rückfallstäter noch notwendig ist.³⁴⁶ Da die Strafhaft vor der Unterbringung in einer Anstalt für Rückfalltäter vollzogen wird, kommt diese Prüfung der Entscheidung über eine bedingte Entlassung aus dieser Massnahme gleich.³⁴⁷ Wenn ein gefährlicher Rückfallstäter aus der Freiheitsstrafe bedingt entlassen wird, dann wird zugleich ausgesprochen, dass die Unterbringung in einer Anstalt gemäss § 23 Strafgesetzbuch nicht mehr notwendig ist.³⁴⁸ Dafür wird, wie auch bei den anderen Massnahmen, eine **Gefährlichkeitsprognose** durchgeführt. Diese soll feststellen, ob die Gefährlichkeit gegen die sich die Massnahme richtet, nicht mehr besteht.³⁴⁹

³⁴⁵ E. Ratz, in: F. Höpfel/E. Ratz, Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2. Auflage, Wien 2011, § 47 StGB Rz 1.

³⁴⁶ § 24 Absatz 2 StGB, verfügbar unter <https://www.ris.bka.gv.at/NormDokument.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=1000229&FassungVom=2019-02-21&Artikel=&Paragraf=24&Anlage=&Uebergangsrecht=> (11.02.2019).

³⁴⁷ § 47 Absatz 4 StGB, verfügbar unter <https://www.ris.bka.gv.at/NormDokument.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=1000229&FassungVom=2019-02-21&Artikel=&Paragraf=47&Anlage=&Uebergangsrecht=> (11.02.2019) und E. Ratz, in: F. Höpfel/E. Ratz, Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2. Auflage, Wien 2011, § 47 StGB Rz 3.

³⁴⁸ E. Ratz, in: F. Höpfel/E. Ratz, Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2. Auflage, Wien 2011, § 47 StGB Rz 3.

³⁴⁹ Massgeblich für die Prognose sind insbesondere das Verhalten und die Entwicklung des Eingewiesenen während des Aufenthalts in der Anstalt, sowie auch seine persönlichen Umstände, sein Gesundheitszustand, sein Vorleben und seine Aussichten auf eine positive Weiterentwicklung in Freiheit. § 47 Absatz 2 StGB, verfügbar unter <https://www.ris.bka.gv.at/NormDokument.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=1000229&FassungVom=2019-02-21&Artikel=&Paragraf=47&Anlage=&Uebergangsrecht=> (11.02.2019) und S. Seiler in: A. Birkbauer u.a., „StGB Strafgesetzbuch, Praxiskommentar“, 1. Auflage, Wien 2018, § 47 StGB Rz 3.

C. FRANCE

1. Condamnation à l'emprisonnement à perpétuité

Résumé

L'emprisonnement à perpétuité est prévu par le droit français. Les juges qui le prononcent l'assortiront éventuellement d'une période de sûreté, pendant laquelle une libération conditionnelle ne sera pas possible. La loi prévoit le principe selon lequel les personnes condamnées à perpétuité sont libérées au plus tôt après dix-huit années d'enfermement. La grâce n'en est pas moins exercable par le pouvoir exécutif.

1.1. Peine d'emprisonnement la plus longue

La peine d'emprisonnement la plus longue prévue par la loi est **l'emprisonnement à perpétuité**. La réclusion criminelle à perpétuité et la détention criminelle à perpétuité³⁵⁰ répriment, respectivement, des crimes de droit commun et des crimes politiques.

Sont **par exemple** réprimés par la réclusion criminelle à perpétuité³⁵¹ : les crimes contre l'humanité³⁵² (par exemple, le génocide³⁵³), les crimes d'eugénisme et de clonage reproductif commis en bande organisée³⁵⁴, le meurtre qui précède, accompagne ou suit un autre crime, le meurtre qui a pour objet de préparer ou faciliter un délit ou encore de favoriser la fuite ou d'assurer l'impunité de l'auteur ou du complice d'un délit³⁵⁵, l'assassinat³⁵⁶, le meurtre commis sur un mineur de quinze ans, sur un ascendant légitime ou naturel ou sur les père ou mère adoptifs, sur une personne particulièrement vulnérable, un dépositaire de l'autorité publique, un personnel enseignant, un agent d'un exploitant de réseau de transport public de voyageur, une personne chargée d'une mission de service public, un professionnel de santé, sur le conjoint, les descendants ou descendants en ligne directe ou toute autre personne vivant habituellement au domicile des personnes dépositaire de l'autorité publique, personnel enseignant, des transports publics, des personnes chargées de missions de service public et professionnel de santé, sur un témoin, une victime ou une partie civile³⁵⁷, la disparition forcée³⁵⁸, le fait de soumettre une personne à des tortures ou à des actes de barbarie, accompagné d'un crime autre que le meurtre ou le viol³⁵⁹ ou lorsque la torture ou l'acte de barbarie à entraîner la mort de la victime sans intention de la donner³⁶⁰, le viol précédé, accompagné ou suivi de tortures ou d'actes de barbarie³⁶¹, le fait de diriger ou d'organiser un groupement ayant pour objet la production, la fabrication, l'importation, l'exportation, le transport, la détention, l'offre, la cession, l'acquisition ou l'emploi illicites de stupéfiants³⁶², l'enlèvement ou la séquestration précédés ou accompagnés de

³⁵⁰ Code pénal, article 131-1, 1°.

³⁵¹ Ou par la détention criminelle à perpétuité (différence alors indiquée en note de bas de page pour les infractions concernées).

³⁵² Code pénal, articles 211-1 et s..

³⁵³ Code pénal, article 211-1.

³⁵⁴ Code pénal, article 214-3.

³⁵⁵ Code pénal, article 221-2.

³⁵⁶ Code pénal, article 221-3 (un assassinat est un meurtre commis avec préméditation ou guet-apens).

³⁵⁷ Code pénal, article 221-4.

³⁵⁸ Code pénal, article 221-12.

³⁵⁹ Code pénal, article 222-2.

³⁶⁰ Code pénal, article 222-6.

³⁶¹ Code pénal, article 222-26.

³⁶² Code pénal, article 222-34.

tortures ou d'actes de barbarie ou lorsqu'ils sont suivis de la mort de la victime³⁶³, le détournement d'aéronef, de navire ou de tout autre moyen de transport lorsqu'il est accompagné de torture ou d'actes de barbarie ou s'il en est résulté la mort d'une personne³⁶⁴, la traite des êtres humains commise en recourant à des tortures ou à des actes de barbaries³⁶⁵, le proxénétisme commis en recourant à des tortures ou des actes de barbarie³⁶⁶, le fait de livrer à une puissance étrangère, à une organisation étrangère ou sous contrôle étranger ou à leurs agents soit des troupes appartenant aux forces armées françaises, soit tout ou partie du territoire national (détention criminelle à perpétuité)³⁶⁷, un attentat commis par une personne dépositaire de l'autorité publique³⁶⁸, le fait de diriger ou d'organiser un mouvement insurrectionnel (détention criminelle à perpétuité)³⁶⁹, certains actes de terrorisme³⁷⁰, etc..

1.2. Remise en liberté

Lorsqu'une personne est condamnée à l'emprisonnement à perpétuité, elle ne subira pas forcément pour autant cette peine jusqu'à son décès. Des mesures d'individualisation de la peine peuvent en effet permettre un **aménagement de la peine**³⁷¹.

Ainsi, au plus tôt, une personne condamnée à un emprisonnement à perpétuité pourra bénéficier d'une **libération conditionnelle au bout de 18 années** (voire 22 années si elle est en état de récidive légale)³⁷². Néanmoins, il est possible, sous réserve de la réunion de conditions en particulier relatives aux efforts de réadaptation sociale et au suivi du traitement éventuellement proposé³⁷³, de **réduire ce temps d'épreuve** de 18 (ou 22) années, à hauteur de **maximum d'1 mois par année d'incarcération** (ou 20 jours en cas de récidive légale). A noter que cette réduction du temps d'épreuve n'est imputable que sur la partie de la peine excédant la période de sûreté³⁷⁴.³⁷⁵ Ainsi, dans l'hypothèse où une personne, condamnée à l'emprisonnement à perpétuité sans période de sûreté et hors cas de récidive légale, a fourni des efforts de réadaptation sociale et a suivi le traitement éventuellement proposé, celle-ci pourra espérer bénéficier d'une libération conditionnelle au bout de 16 année et 8 mois d'emprisonnement. En effet, après 16 années d'emprisonnement, cette personne aura accumulée 16 mois à titre de réduction de peine ; ces 16 mois sont soustraient aux 18 années imposées au titre du temps d'épreuve ; on aboutit alors à une libération après 16 années et 8 mois d'incarcération.

³⁶³ Code pénal, article 224-2.

³⁶⁴ Code pénal, article 224-7.

³⁶⁵ Code pénal, article 225-4-4.

³⁶⁶ Code pénal, article 225-9.

³⁶⁷ Code pénal, article 411-2 (détention criminelle à perpétuité).

³⁶⁸ Code pénal, article 412-1 (détention criminelle à perpétuité).

³⁶⁹ Code pénal, article 412-6 (détention criminelle à perpétuité).

³⁷⁰ Code pénal, articles 421-3, 421-4 et 421-6.

³⁷¹ Code pénal, article 720-2.

³⁷² Code de procédure pénale, article 729 alinéa 4.

³⁷³ Code de procédure pénale, article 721-1.

³⁷⁴ Code de procédure pénale, article 729-1. Concernant la période de sûreté, voir *infra* 1.3..

³⁷⁵ Une exception marginale peut être relevée : pour les condamnés à perpétuité dont les déclarations ont permis de faire cesser ou d'éviter la commission d'infractions de criminalité organisée ou de terrorisme, une réduction du temps d'épreuve peut exceptionnellement être accordée, à hauteur de 5 ans maximum (article 721-3 du Code de procédure pénale). Voir V. Lesclous, Fasc. 20 : Libération conditionnelle, in JurisClasseur Procédure pénale > Art. 729 à 733, 2018 (dernière mise à jour), N 53.

Le temps d'épreuve de 18 années d'emprisonnement n'est toutefois **pas applicable aux condamnés âgés de plus de 70 ans** ; la libération conditionnelle leur est accordée seulement sur des critères de capacité de réinsertion et d'absence de risque grave de renouvellement de l'infraction ou si la libération est susceptible de causer un trouble grave à l'ordre public³⁷⁶.

De la même manière, le temps d'épreuve n'est pas applicable aux condamnés ayant bénéficiés d'une mesure de suspension de peine en raison d'une **pathologie engageant le pronostic vital ou dont l'état de santé physique ou mentale est durablement incompatible avec le maintien en détention**³⁷⁷. La libération conditionnelle peut dans ce cas leur être accordée sans condition quant à la durée de la peine accomplie si, à l'issue d'un délai d'un an après l'octroi de la mesure de suspension, une nouvelle expertise établie que l'état de santé physique ou mentale est toujours durablement incompatible avec le maintien en détention et si le condamné justifie d'une prise en charge adaptée à sa situation³⁷⁸.

En dehors des condamnés ayant plus de 70 ans ou dont la santé justifie une mesure de suspension de peine, viennent s'ajouter au temps d'épreuve de 18 ans **d'autres conditions**. Tout d'abord, les condamnés doivent manifester des **efforts sérieux de réadaptation sociale**. Ensuite, ils doivent justifier soit de **l'exercice d'une activité professionnelle**, d'un stage ou d'un emploi temporaire ou de leur assiduité à un enseignement ou à une formation professionnelle, soit de leur **participation essentielle à la vie de leur famille**, soit de la **nécessité de suivre un traitement médical**, soit de leurs **efforts en vue d'indemniser leurs victimes**, soit de leur implication dans **tout autre projet sérieux d'insertion ou de réinsertion**³⁷⁹. En outre, en ce qui concerne les personnes condamnées pour un crime pour lequel un suivi socio-judiciaire est encouru, une libération conditionnelle est subordonnée au **suivi régulier d'un traitement** pendant l'incarcération et à l'engagement du condamnée à le suivre après sa libération³⁸⁰. De plus, une **évaluation pluridisciplinaire de dangerosité**, réalisée dans un service spécialisé chargé de l'observation des personnes détenues et assortie d'une expertise médicale, doit être menée³⁸¹. Pour finir, la libération conditionnelle doit être assortie d'un **placement sous surveillance électronique mobile**, ou bien elle ne pourra être prononcée qu'après **l'exécution, à titre probatoire, d'une mesure de semi-liberté**, de placement à l'extérieur ou de placement sous surveillance électronique **pendant une période d'1 à 3 ans, réalisée après la fin du temps d'épreuve**³⁸².

Une fois en liberté conditionnelle, la personne condamnée à un emprisonnement à perpétuité peut être soumises à des **obligations visant au suivi socio-judiciaire, aux soins**³⁸³, **ou à toutes autres modalités d'exécution et conditions ou mesures d'assistance et de contrôle fixées, pour 5 à 10 ans**³⁸⁴, par la décision de libération conditionnelle ou par la suite³⁸⁵. La décision de mise en liberté conditionnelle sera révoquée en cas de nouvelle condamnation, d'inconduite notoire, d'infraction aux

³⁷⁶ Code de procédure pénale, article 729 alinéa 6.

³⁷⁷ Voir l'article 720-1-1 du Code de procédure pénale.

³⁷⁸ Code de procédure pénale, article 729 alinéa dernier.

³⁷⁹ Code de procédure pénale, article 729 alinéa 2.

³⁸⁰ Code de procédure pénale, article 729 alinéa 5.

³⁸¹ Code de procédure pénale, article 730-2 alinéa 1, 2°.

³⁸² Code de procédure pénale, article 730-2 alinéa 2. Voir également les articles 730-2-1 et 730-3 du Code de procédure pénale.

³⁸³ Code de procédure pénale, article 731-1.

³⁸⁴ Pour certains crimes, les condamnées à la réclusion criminelle à perpétuité soumis à une injonction de soins peuvent voir prolonger tout ou partie des obligations auxquelles ils sont astreints au-delà de la période de libération conditionnelle, en étant placés sous surveillance de sûreté avec injonction de soins pour une durée de 2 ans, afin de prévenir une récidive (Code de procédure pénale, article 732-1).

³⁸⁵ Code de procédure pénale, article 732.

conditions ou d'inobservation des mesures susmentionnées. En l'absence de révocation, la libération devient définitive et la peine est réputée terminée depuis le jour de la libération conditionnelle.³⁸⁶

1.3. Limitations au moment de la condamnation

Une personne condamnée à un emprisonnement à perpétuité ne peut pas être libérée avant l'issue d'une **période de sûreté, prévue dans le texte d'incrimination ou décidée par le juge**. Cette période de sûreté est une modalité d'exécution de la peine privative de liberté, et non une peine³⁸⁷. La période de sûreté correspond à une **période d'incarcération stricte**, pendant laquelle il ne sera pas possible de faire application des dispositions concernant la libération conditionnelle³⁸⁸.

Lorsque la disposition prévoyant l'infraction le prévoit³⁸⁹, la période de sûreté est par principe automatiquement³⁹⁰ de **dix-huit ans**. Néanmoins, le juge qui prononce la peine peut décider de porter cette durée à un **maximum de vingt-deux ans** ou, au contraire, **décider de réduire cette durée**.³⁹¹ En outre, pour deux infractions pénales³⁹², il est prévu que la période de sûreté peut être portée **jusqu'à trente ans**, ou, si la juridiction a prononcé la réclusion criminelle à perpétuité, elle peut décider que les dispositions concernant les mesures d'aménagement de la durée d'exécution (en l'occurrence, la libération conditionnelle) ne seront pas accordées au condamné.³⁹³

³⁸⁶ Code de procédure pénale, article 733.

³⁸⁷ Conseil constitutionnel, décision n° 78-98 du 22.11.1978.

³⁸⁸ Code pénal, article 132-23, alinéa 1. Concernant la libération conditionnelle, cf. *supra* 1.2..

³⁸⁹ Il s'agit par exemple des crimes contre l'humanité (articles 211-1 à 212-3 du Code pénal), de l'eugénisme et du clonage reproductif commis en bande organisée (articles 214-3 et 214-4 du Code pénal), des meurtres aggravés et empoisonnement (article 221-2 à 221-5), des tortures et actes de barbarie (articles 222-2 à 222-6 du Code pénal), des violences aggravées ayant entraîné la mort, une mutilation ou une infirmité permanente (articles 222-8 et 222-10 du Code pénal) ; des violences sur mineur de quinze ans par un ascendant ayant entraîné une interruption temporaire de travail de plus de huit jours (article 222-12 du Code pénal), des violences habituelles sur mineur de quinze ans ou sur personne vulnérable ayant entraîné la mort, une mutilation ou une infirmité permanente (article 222-12 du Code pénal) ; voir P. Pétron, Fasc. 20 : Période de sûreté, in JurisClasseur Pénal Code > Art. 132-23, N 55, 28.02.2019 (dernière mise à jour).

³⁹⁰ Cour de cassation, chambre criminelle, arrêt du 10.03.1992.

³⁹¹ Code pénal, article 132-23, alinéas 1 et 2. Conformité à la Constitution française déclarée par le Conseil constitutionnel, décision n° 2018-742 QPC, 26.10.2018.

³⁹² Code pénal, article 221-3 : assassinat d'un mineur de quinze ans précédé ou accompagné d'un viol, de tortures ou d'actes de barbarie, ou lorsque l'assassinat a été commis sur un magistrat, un fonctionnaire de la police nationale, un militaire de la gendarmerie, un membre du personnel de l'administration pénitentiaire ou toute autre personne dépositaire de l'autorité publique, à l'occasion de l'exercice ou en raison de ses fonctions ; et article 221-4 : meurtre d'un mineur de quinze ans précédé ou accompagné d'un viol, de tortures ou d'actes de barbarie, ou lorsque le meurtre a été commis en bande organisée sur un magistrat, un fonctionnaire de la police nationale, un militaire de la gendarmerie, un membre du personnel de l'administration pénitentiaire ou toute autre personne dépositaire de l'autorité publique, à l'occasion de l'exercice ou en raison de ses fonctions.

³⁹³ On se trouve alors dans ce que la doctrine a pu qualifier de « peine incompressible » ou encore de « perpétuité réelle ». Pétron, Fasc. 20 : Période de sûreté, *op. cit.*, N 87, citant M. Herzog-Evans, Droit de l'application des peines, 2^{ème} éd., 2005 ; F. Desportes et F. Le Gunehec, Droit pénal général ; 12^{ème} éd., 2005 ; P. Couvrat, De la période de sûreté à la peine incompressible, à propos de la loi du 1^{er} février 1994, Rev. sc. crim., 1994, p. 359 ; P. Poncela, Droit de la peine, 2011.

Lorsque la disposition prévoyant l'infraction ne le prévoit pas, la période de sûreté est facultative. Pour ces infraction, en cas de condamnation à la réclusion criminelle à perpétuité, la période de sûreté décidée par le juge ne pourra excéder **vingt-deux ans**.³⁹⁴

A noter que, dans tous les cas, la période de sûreté n'est **pas applicable aux mineurs**³⁹⁵.

Qu'une période de sûreté soit rendue obligatoire par la loi pour telles infractions ou bien qu'elle soit facultative, **la décision qui l'impose à un condamné n'a pas à être motivée**³⁹⁶.

Cette période de sûreté peut cependant être **aménagée, pendant l'exécution de la peine**. Tout d'abord, le condamné peut bénéficier, à titre exceptionnel, de la possibilité d'une **sortie sous escorte**³⁹⁷. Ensuite, sauf risque grave de renouvellement de l'infraction, les condamnés atteints d'une pathologie engageant le pronostic vital ou dont l'état de santé est durablement incompatible avec le maintien en détention, peuvent bénéficier d'une **suspension de peine pour raison médicale**, tant que les conditions sont remplies³⁹⁸. Enfin, il existe des mécanismes de **relèvement de la période de sûreté**, dont l'effet sur celle-ci peut être sa **suppression** ou sa diminution, notamment en fonction de la gravité de l'infraction ; le condamné pourra exceptionnellement en bénéficier, s'il manifeste des gages sérieux de réadaptation sociale³⁹⁹.

La grâce présidentielle figure également au nombre des mécanismes d'aménagement de la période de sûreté pendant l'exécution de la peine⁴⁰⁰.

³⁹⁴ Code pénal, article 132-23, alinéa 3.

³⁹⁵ Ordonnance n°45-174 du 02.02.1945 relative à l'enfance délinquante, article 20-2, alinéa 4.

³⁹⁶ Cour de cassation, chambre criminelle, 05.07.1993, n°1993-001583 ; 29.01.1998, n° 1998-000812 ; 03.05.1999, n° 98-82142 ; décisions indiquées par Pétron, Fasc. 20 : Période de sûreté, *op. cit.*, N 71.

³⁹⁷ Code de procédure pénale, article 723-6.

³⁹⁸ Code de procédure pénale, article 720-1-1.

³⁹⁹ Code de procédure pénale, article 720-4. A noter que, dans les cas où la période de sûreté a été fixée à 30 ans pour des infractions (a) d'assassinat d'un mineur de 15 ans accompagné d'un viol, de torture ou d'actes de barbarie ou lorsque l'assassinat a été commis sur une personne dépositaire de l'autorité publique à l'occasion de l'exercice ou en raison de ses fonctions, ou (b) de meurtre sur un mineur de 15 ans accompagné d'un viol, de tortures ou d'actes de barbarie ou lorsque le meurtre a été commis en bande organisée sur une personne dépositaire de l'autorité publique à l'occasion de l'exercice ou en raison de ses fonctions, alors il ne pourra pas être mis fin à la période de sûreté avant que le condamné ait subi une incarcération d'une durée au moins égale à 20 ans (Code de procédure pénale, article 720-4 alinéa 2). Par ailleurs, dans les cas où la décision ayant défini la peine prévoyait que les mesures d'aménagement de la durée d'exécution de la peine ne pourraient bénéficier au condamné, alors il ne pourra pas être mis fin à la période de sûreté avant que le condamné ait subi une incarcération d'une durée au moins égale à 30 ans (Code de procédure pénale, article 720-4 alinéa 3). Enfin, pour les actes de terrorisme punis de la réclusion criminelle à perpétuité ayant entraîné une décision de période de sûreté de 30 ans, ou qu'aucune des mesures d'aménagement de la durée d'exécution de la peine ne seraient possibles, alors il ne pourra pas être mis fin à la période de sûreté avant que le condamné ait subi une incarcération d'une durée au moins égale à trente ans (Code de procédure pénale, article 720-5).

⁴⁰⁰ Code de procédure pénale, article 720-2 alinéa 2 : « Sauf s'il en est décidé autrement par le décret de grâce, la commutation ou la remise d'une peine privative de liberté assortie d'une période de sûreté entraîne de plein droit le maintien de cette période pour une durée globale qui correspond à la moitié de la peine résultant de cette commutation ou remise, sans pouvoir toutefois excéder la durée de la période de sûreté attachée à la peine prononcée. ». Cf. *infra* 1.4..

1.4. Grâce

Prévu à l'article 17 de la Constitution française, le droit de faire grâce à titre individuel est celui du Président de la République⁴⁰¹.

La grâce dispense exceptionnellement un individu de l'exécution totale ou partielle⁴⁰² d'une peine, mais elle n'a pas d'incidence sur la réparation du préjudice due aux victimes⁴⁰³. Elle n'est pas un effacement de la peine, mais seulement une dispense de l'exécution. Le casier judiciaire conserve la mention de la condamnation, et la mesure de grâce y est inscrite. En cas de récidive, cette condamnation pourra être prise en compte⁴⁰⁴. Ainsi, la peine pourra faire l'objet d'une remise totale (grâce pure et simple) ou partielle (grâce conditionnelle), ou encore être commuée en une peine moins sévère⁴⁰⁵. Dans le cas des peines perpétuelles, la commutation leur substitue une peine à temps⁴⁰⁶. La grâce conditionnelle subordonne à certaines conditions l'acquisition définitive de la grâce (par exemple : pas de nouvelle condamnation pendant un certain délai, des mesures d'assistance et de surveillance, le désintéressement des victimes). En cas de non satisfaction des conditions, la grâce est révoquée et la peine ramenée à exécution.⁴⁰⁷

Il s'agit d'un **recours ultime**, lorsqu'aucune autre voie de droit n'est plus ouverte au condamné⁴⁰⁸. Le Président de la République l'exerce **discrétionnairement, sans contrôle des autres pouvoirs**⁴⁰⁹. La décision de grâce ne peut être remise en cause par un recours contentieux⁴¹⁰. Aucune condition de fond n'est exigée⁴¹¹, mais l'objet de la grâce est limité. **La condamnation doit ainsi être définitive et exécutoire.** Ne peuvent donc pas être graciées les peines privatives de liberté dès lors que le condamné bénéficie d'une libération conditionnelle⁴¹².

L'absence de formalisme caractérise la procédure applicable en matière de grâce. Une simple lettre suffit. Le requérant peut aussi bien être le condamné lui-même, que l'un de ses parents ou amis, son avocat ou toute autre personne y ayant un intérêt matériel ou moral. En outre, des autorités judiciaires peuvent instruire d'office un recours en grâce, s'ils estiment qu'une situation le justifie. Par ailleurs, le rejet d'un recours précédent concernant une personne n'empêche pas les recours successifs et n'influence pas leur recevabilité.⁴¹³ La grâce s'impose au condamné qui ne peut pas la refuser⁴¹⁴.

Les mesures de grâce n'ont pas à être motivées. Néanmoins, la doctrine relève que « l'octroi des remises gracieuses est inspiré soit par des considérations humanitaires (maladie), soit par des motifs d'intérêt social (notamment lorsque le reclassement du condamné pourrait être compromis par l'exécution de la peine), soit par des raisons d'équité, en particulier si des éléments nouveaux survenus

⁴⁰¹ Voir également les articles R. 133-1 et R. 133-2 sur le rôle des ministres.

⁴⁰² Cour de cassation, chambre criminelle, 14.06.1976 ; décision indiqué par Pétron, Fasc. 20 : Période de sûreté, *op. cit.*, N 108.

⁴⁰³ Code pénal, articles 133-7 et 133-8.

⁴⁰⁴ C. Etienne, Fasc. 20 : Grâce, in JurisClasseur Pénal Code > art. 133-7 et 133-8, 2016, N 97.

⁴⁰⁵ Etienne, Fasc. 20 : Grâce, *op. cit.*, N 85, N 91 et s..

⁴⁰⁶ Etienne, Fasc. 20 : Grâce, *op. cit.*, N 86.

⁴⁰⁷ Etienne, Fasc. 20 : Grâce, *op. cit.*, N 92.

⁴⁰⁸ Etienne, Fasc. 20 : Grâce, *op. cit.*, N 1 et 16.

⁴⁰⁹ *Ibidem*, N 8 et s..

⁴¹⁰ Etienne, Fasc. 20 : Grâce, *op. cit.*, N 83.

⁴¹¹ *Ibidem*, N 10.

⁴¹² Etienne, Fasc. 20 : Grâce, *op. cit.*, N 19.

⁴¹³ Etienne, Fasc. 20 : Grâce, *op. cit.*, N 55 à N 60.

⁴¹⁴ Etienne, Fasc. 20 : Grâce, *op. cit.*, N 80.

depuis la condamnation font apparaître une sévérité excessive de la peine. En ce qui concerne les détenus, la grâce peut aussi récompenser un comportement particulièrement méritant »⁴¹⁵.

2. Mesures privatives de liberté préventives

Résumé

Le droit français prévoit des mesures préventives permettant de priver de liberté une personne dangereuse, dans le but de protéger la population, d'une part, en lieu et place d'une peine pénale en cas d'irresponsabilité pénale due à l'abolition du discernement ou du contrôle des actes de la personne concernée et, d'autre part, après l'emprisonnement d'une personne condamnée pénallement.

2.1. Mesures préventives

2.1.1. Mesures préventives prononcées en cas d'irresponsabilité pénale

Le Code pénal prévoit des **causes d'irresponsabilité** ou d'atténuation de responsabilité. Il distingue entre, d'une part, les personnes atteintes, au moment des faits, **d'un trouble psychique ou neuropsychique ayant aboli leur discernement ou le contrôle de leurs actes** et, d'autre part, les personnes qui étaient atteintes, au moment des faits, d'un trouble psychique ou neuropsychique ayant seulement altéré leur discernement ou entravé le contrôle de leurs actes. Ainsi, seules les premières ne sont **pas responsables pénallement**⁴¹⁶. Au contraire les personnes dont il a été estimé que le discernement n'était qu'altéré ou le contrôle de leurs actes seulement entravé, demeurent punissable sur le plan pénal et peuvent, par conséquent, faire l'objet d'un emprisonnement. Cette altération ou entrave n'est qu'une cause légale de diminution de la peine.⁴¹⁷

Le Code de procédure pénale prévoit qu'en cas de déclaration d'**irresponsabilité pénale** pour cause de trouble mental, la chambre de l'instruction ou la juridiction de jugement qui a pris cette décision peut ordonner l'admission en soins psychiatriques, c'est-à-dire son **hospitalisation complète** dans un établissement autorisé en psychiatrie chargé d'assurer les soins psychiatriques sans consentement. Il s'agit ainsi d'une mesure préventive privant de liberté une personne potentiellement dangereuse, en dépit de son irresponsabilité sur le plan pénal. La personne concernée peut toutefois demander la modification ou la levée de cette décision⁴¹⁸.

Outre cette hospitalisation, le juge peut prononcer des mesures de sûreté d'**interdictions** à l'encontre de la personne sujet d'une déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental. Il s'agit de :

⁴¹⁵ Etienne, Fasc. 20 : Grâce, *op. cit.*, N 78.

⁴¹⁶ Elles n'en restent pas moins responsables sur le plan civil (Code civil, article 414-3).

⁴¹⁷ La loi prévoit en effet que, « si est encourue une peine privative de liberté, celle-ci est réduite du tiers ou, en cas de crime puni de la réclusion criminelle ou de la détention criminelle à perpétuité, est ramenée à trente ans » ; cependant, en matière correctionnelle, le juge peut, par une décision spécialement motivée, décider de ne pas appliquer cette diminution de peine; Code pénal, article 122-1 alinéa 2. Par ailleurs, la juridiction tient néanmoins compte de ces altérations ou entraves pour déterminer la peine et son régime. Lorsque la nature du trouble le justifie, la juridiction, sur avis médical, doit s'assurer que la peine permette au condamné de faire l'objet de soins adaptés ; Code pénal, article 122-1. Voir *infra* 2.1.2..

⁴¹⁸ Code de procédure pénale, article 706-137.

- l'interdiction d'entrer en relation avec la victime de l'infraction ou certaines personnes ou catégories de personnes, et notamment les mineurs, spécialement désignées ;
- l'interdiction de paraître dans tout lieu spécialement désigné ;
- l'interdiction de détenir ou de porter une arme ;
- l'interdiction d'exercer une activité professionnelle ou bénévole spécialement désignée, dans l'exercice de laquelle ou à l'occasion de laquelle l'infraction a été commise ou impliquant un contact habituel avec les mineurs, sans faire préalablement l'objet d'un examen psychiatrique déclarant la personne apte à exercer cette activité ;
- la suspension du permis de conduire ;
- l'annulation du permis de conduire avec interdiction de solliciter la délivrance d'un nouveau permis.⁴¹⁹

2.1.2. Mesures préventives prononcées suite à une condamnation pénale

En cas de **simple altération du discernement ou entrave du contrôle des actes**, le Code de procédure pénale prévoit qu'une personne condamnée qui ne serait pas condamnée à un suivi socio-judiciaire, peut faire l'objet d'une ordonnance du juge de l'application des peines prévoyant que, à sa libération, si son état le justifie et après avis médical, elle aura **l'obligation de suivre des soins** pendant la durée fixée par ce juge (maximum 5 ans en matière correctionnelle et maximum 10 ans lorsque l'infraction commise est un crime ou un délit puni de 10 ans d'emprisonnement)⁴²⁰. De tels soins peuvent notamment consister en une hospitalisation⁴²¹ ou en une prise en charge au sein d'un établissement d'accueil adapté dans lequel le condamné est tenu de résider⁴²². Le non-respect de cette obligation de soins est puni de 2 ans d'emprisonnement et 30 000 euros d'amende (sauf déclaration d'irresponsabilité⁴²³)⁴²⁴. **Il ne s'agit toutefois pas strictement de mesures d'enfermement destinées à protéger la population** d'une personne dangereuse. C'est la rétention de sûreté qui est destinée à répondre à cet objectif.

La **rétention de sûreté** est une mesure s'appliquant à un individu encore dangereux après l'exécution de sa peine de prison. Le Code de procédure pénale prévoit en effet que, à titre exceptionnel, les personnes qui, à la fin de l'exécution de leur peine prononcée pour la commission de certains **crimes graves**, présentent une « **particulière dangerosité** caractérisée par une **probabilité très élevée de récidive** parce qu'elles souffrent d'un **trouble grave de la personnalité** »⁴²⁵, peuvent se voir privées de leur liberté et placé de force dans un centre socio-médico-judiciaire de sûreté. Il leur y est proposé une prise en charge médicale, sociale et psychologique, dont l'objectif est de permettre la fin de la mesure de rétention de sûreté⁴²⁶.

⁴¹⁹ Code de procédure pénale, article 706-136.

⁴²⁰ Code de procédure pénale, article 706-136-1.

⁴²¹ Code de procédure pénale, article 138 10° ; Code pénal, article 132-45 3°, Code de procédure pénale, article 731.

⁴²² Code pénal, article 132-45 (en cas de mise à l'épreuve).

⁴²³ En application du premier alinéa de l'article 122-1 du Code pénal.

⁴²⁴ Code de procédure pénale, article 706-139.

⁴²⁵ Code de procédure pénale, article 706-53-13 alinéa premier.

⁴²⁶ Code de procédure pénale, article 706-53-13 alinéa dernier.

2.2. Conditions

2.2.1. Mesures préventives prononcées en cas d'irresponsabilité pénale

L'**hospitalisation d'office** des personnes déclarées irresponsables pénallement repose sur leur **état dangereux**. Leur dangerosité doit être constatée par une **expertise psychiatrique** établissant que « les troubles mentaux de l'intéressé nécessitent des soins et compromettent la sûreté des personnes ou portent atteinte, de façon grave, à l'ordre public »⁴²⁷.

Cette **décision doit être motivée** et une **expertise psychiatrique** doit établir que les troubles mentaux de la personne concernée **nécessitent des soins et compromettent la sûreté** des personnes ou portent **atteinte de façon grave à l'ordre public**⁴²⁸.

Outre cette hospitalisation, le juge peut prononcer des mesures de sûreté d'**interdiction** à l'encontre de la personne sujet d'une déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental. Pour ce faire, il est nécessaire qu'une **expertise psychiatrique** ait été menée. En outre, il est impératif que ces interdictions ne constituent **pas « un obstacle aux soins** dont la personne est susceptible de faire l'objet »⁴²⁹. La décision prononçant une interdiction doit être **motivée**, par référence aux objectifs de la mesure⁴³⁰, à savoir au regard de la nécessité de « prévenir le renouvellement des actes commis par la personne déclarée pénallement irresponsable, pour protéger cette personne, pour protéger la victime ou la famille de la victime, ou pour mettre fin au trouble à l'ordre public résultant de la commission de ces actes »⁴³¹. Il ne doit pas s'agir de sanctionner l'intéressé⁴³². Toutefois, le non-respect d'une interdiction est puni de 2 ans d'emprisonnement et 30 000 euros d'amende (sauf déclaration d'irresponsabilité⁴³³)⁴³⁴.

⁴²⁷ Code de procédure pénale, article 706-135.

⁴²⁸ Code de procédure pénale, article 706-135. L'article 706-136 prévoit d'autres mesures de sûreté pouvant être prononcée dans le cadre d'une déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental ; cette disposition prévoit : « Lorsque la chambre de l'instruction ou une juridiction de jugement prononce un arrêt ou un jugement de déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental, elle peut ordonner à l'encontre de la personne les mesures de sûreté suivantes, pendant une durée qu'elle fixe et qui ne peut excéder dix ans en matière correctionnelle et vingt ans si les faits commis constituent un crime ou un délit puni de dix ans d'emprisonnement : 1° Interdiction d'entrer en relation avec la victime de l'infraction ou certaines personnes ou catégories de personnes, et notamment les mineurs, spécialement désignées ; 2° Interdiction de paraître dans tout lieu spécialement désigné ; 3° Interdiction de détenir ou de porter une arme ; 4° Interdiction d'exercer une activité professionnelle ou bénévole spécialement désignée, dans l'exercice de laquelle ou à l'occasion de laquelle l'infraction a été commise ou impliquant un contact habituel avec les mineurs, sans faire préalablement l'objet d'un examen psychiatrique déclarant la personne apte à exercer cette activité ; 5° Suspension du permis de conduire ; 6° Annulation du permis de conduire avec interdiction de solliciter la délivrance d'un nouveau permis. Ces interdictions, qui ne peuvent être prononcées qu'après une expertise psychiatrique, ne doivent pas constituer un obstacle aux soins dont la personne est susceptible de faire l'objet. Si la personne est hospitalisée en application des articles L. 3213-1 et L. 3213-7 du code de la santé publique, les interdictions dont elle fait l'objet sont applicables pendant la durée de l'hospitalisation et se poursuivent après la levée de cette hospitalisation, pendant la durée fixée par la décision ». L'article 706-139 prévoit une sanction de 2 ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende pour non-respect de cette disposition, sauf déclaration d'irresponsabilité pénale.

⁴²⁹ Code de procédure pénale, article 706-136 alinéa 2.

⁴³⁰ E. Bonis, Troubles psychiques – Malades mentaux, in Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, 2018, N 113.

⁴³¹ Code de procédure pénale, article D 47-29-6 alinéa premier.

⁴³² Code de procédure pénale, article D 47-29-6 alinéa dernier.

⁴³³ En application du premier alinéa de l'article 122-1 du Code pénal.

⁴³⁴ Code de procédure pénale, article 706-139.

Lorsqu'une déclaration d'irresponsabilité pénale est prononcée, la personne concernée ne peut, par définition, **pas faire l'objet d'une peine de prison**.

2.2.2. Mesures préventives prononcées suite à une condamnation pénale

Le placement en rétention de sûreté peut être prononcé à l'égard des personnes qui présentent toujours, à leur sortie de prison, **une particulière dangerosité**. La loi indique que « cette dangerosité est caractérisée par une probabilité très élevée de récidive parce qu'elles souffrent d'un trouble grave de la personnalité ».

La dangerosité est évaluée au moins un an avant la date prévue de libération, par une commission pluridisciplinaire spéciale. Pour ce faire, la personne concernée est **placée en observation** pour une durée d'au moins 6 semaines dans un service spécialisé. La commission est chargée de vérifier que la personne condamnée a bien été mise en mesure de bénéficier, pendant l'exécution de sa peine, d'une prise en charge médicale, sociale et psychologique. Elle rendra ensuite un avis sur la nécessité de la rétention de sûreté, ou indiquera s'il convient d'y préférer une mesure moins lourde⁴³⁵. C'est enfin à la juridiction régionale de la rétention de sûreté qu'il reviendra de prendre la décision de rétention de sûreté. Avant qu'elle ne statue, un **débat contradictoire** permet au condamné assisté par un avocat d'être entendu et de solliciter une contre-expertise. La décision peut faire l'objet d'un recours, puis d'un pourvoi en cassation.⁴³⁶

Néanmoins, la décision de placement en rétention de sûreté ne peut être prise **que si cette possibilité avait été déjà prévue par la cour d'assises lorsqu'elle a condamné la personne** concernée⁴³⁷.

La rétention de sûreté n'est applicable **qu'aux personnes condamnées à une peine de réclusion criminelle d'une durée égale ou supérieure à 15 ans pour les crimes :**

- commis sur une victime mineure, d'assassinat ou de meurtre, de torture ou actes de barbarie, de viol, d'enlèvement ou de séquestration ;
- commis sur une victime majeure, d'assassinat ou de meurtre aggravé, de torture ou actes de barbarie aggravés, de viol aggravé, d'enlèvement ou de séquestration aggravé, ou, lorsqu'ils sont commis en récidive, de meurtre, de torture ou d'actes de barbarie, de viol, d'enlèvement ou de séquestration.⁴³⁸

2.3. Durée

2.3.1. Mesures préventives prononcées en cas d'irresponsabilité pénale

L'hospitalisation d'une personne déclarée pénallement irresponsable pour trouble mentale dure **aussi longtemps que les conditions justifiant sa nécessité perdurent**. Dès le début de la prise en charge et tout au long de l'hospitalisation, des examens psychiatriques sont effectués de manière à vérifier si l'hospitalisation complète est toujours nécessaire⁴³⁹.

La durée des **mesures de sûreté d'interdiction** prononcées à l'encontre des personnes déclarées irresponsable pénallement est **fixée par le juge**. Elle **ne peut toutefois excéder 10 ans**, lorsqu'on se

⁴³⁵ Code de procédure pénale, article 706-53-14.

⁴³⁶ Code de procédure pénale, article 706-53-15.

⁴³⁷ Code de procédure pénale, article 706-53-13 alinéa 3.

⁴³⁸ Code de procédure pénale, article 706-53-13 alinéas 1 et 2.

⁴³⁹ Code de procédure pénale, article 706-135, renvoyant au régime de l'admission en soins psychiatriques sur décision du représentant de l'Etat prévu à l'article L 3213-1 du Code de la santé publique (voir les articles suivants de ce derniers code). Voir N. Peterka, L'hospitalisation psychiatrique sans consentement, in dalloz.actu-etudiant.fr, 12.07.2018.

trouve en matière correctionnelle, **voire 20 ans**, si les faits commis constituent un crime ou un délit puni de 10 ans d'emprisonnement⁴⁴⁰. Lorsqu'une interdiction est faite à une personne hospitalisée, les interdictions s'appliquent pendant la durée de l'hospitalisation et se poursuivent après la sortie, jusqu'à écoulement du temps fixé pour l'interdiction.

2.3.2. Mesures préventives prononcées suite à une condamnation pénale

Une décision de rétention de sûreté n'est valable que pour une durée d'un an. Toutefois, elle peut être renouvelée, pour la même durée, **aussi longtemps que les conditions pour un placement de sûreté persistent**. Le renouvellement est effectué après avis favorable de la commission pluridisciplinaire des mesures de sûreté.⁴⁴¹ Si les conditions requises pour une rétention de sûreté ne sont plus réunies, la juridiction régionale de la rétention de sûreté ordonne d'office la fin immédiate de la mesure⁴⁴² et, éventuellement, l'accompagne d'une décision de placement sous surveillance de sûreté pendant 2 ans renouvelable, qui comprend en particulier une injonction de soins et le placement sous surveillance électronique mobile. La méconnaissance des obligations liées à la surveillance de sûreté, qui ferait apparaître que la personne présente à nouveau une particulière dangerosité caractérisée par une probabilité très élevée de commettre à nouveau certains crimes graves, peut conduire à un nouveau placement en rétention de sûreté.⁴⁴³

⁴⁴⁰ Code de procédure pénale, article 706-136 alinéa premier.

⁴⁴¹ Code de procédure pénale, article 706-53-16 ; les modalités et les conditions sont les mêmes que celles exposées *supra* au 2.2.2. pour la décision de rétention de sûreté initiale.

⁴⁴² Code de procédure pénale, article 706-53-18.

⁴⁴³ Code de procédure pénale, article 706-53-19.

D. ITALIE

1. Condamnation à l'emprisonnement à perpétuité

Résumé

L'emprisonnement à perpétuité est prévu par le droit national et effectivement prononcé par les juges nationaux, cependant sa conformité à la Constitution italienne soulève parfois des doutes. D'ailleurs, seulement les criminels qui présentent un degré de danger social très élevé et qui ne manifestent aucun signe de rééducation le purgent. On peut indiquer, en guise d'exemple, Salvatore Riina, condamné en raison des nombreux délits commis en tant que chef de l'organisation mafieuse plus importante de la Sicile (*Cosa nostra*) et décédé à 80 ans sans avoir pu bénéficier de mesures alternatives à la détention malgré son état de santé.

1.1. Peine d'emprisonnement la plus longue

Le terme technique italien pour l'emprisonnement à perpétuité est *ergastolo*⁴⁴⁴. L'*ergastolo* est parmi les peines énumérées par l'article 17 du Code pénal italien⁴⁴⁵, et c'est dans l'article 22 du même code que se trouve le régime de cette sanction. Ladite norme caractérise l'*ergastolo* comme une **peine d'emprisonnement à perpétuité** qui doit être purgée dans l'un **des centres pénitentiaires prévus à cette fin** (*case di reclusione*), avec l'obligation de travailler ainsi que l'isolement nocturne ; la personne condamnée peut aussi être admise à travailler à l'extérieur⁴⁴⁶. La compatibilité de l'emprisonnement à perpétuité avec la Constitution italienne, qui indique que la peine a pour but la rééducation du condamné (art. 27,3)⁴⁴⁷, constitue un problème juridique non encore résolu en Italie. Le droit pénal italien lu à la lumière de la Constitution, prévoit que la peine ait comme fonction principale la « fonction de prévention spéciale par la rééducation du condamné », c'est-à-dire apprendre au

⁴⁴⁴ L'étymologie de ce terme, c'est-à-dire la racine grecque « ἐπάγωμαι (ergazomai) », atteste que l'emprisonnement à perpétuité est né dans le cadre de la peine de travaux forcés ; en effet initialement, cette dénomination indiquait le lieu où les esclaves et les prisonniers pour cause de dettes condamnés à travailler aux champs étaient internés pendant la nuit. Toutefois la conception moderne de l'emprisonnement à perpétuité date de l'époque des Lumières et des travaux de Cesare Beccaria. Dans son œuvre *Dei delitti e delle Pene*, écrite contre la peine de mort dont il démontre l'inutilité, il écrit en faveur de la prison à vie : « *On dira peut-être que l'esclavage perpétuel est une peine aussi rigoureuse, et par conséquent aussi cruelle que la mort. Je répondrai qu'en rassemblant en un point tous les moments malheureux de la vie d'une esclave, sa vie serait peut-être plus horrible que les supplices les plus affreux ; mais ces moments sont répandus sur tout le cours de sa vie, au lieu que la peine de mort exerce toutes ses forces en un seul instant.* » (Des délits et des peines / par Beccaria ; introd. et commentaire de Faustin Hélie, Paris, 1980, p. 98.). L'idée d'une sanction sévère, au lieu de la peine de mort, est déjà présente dans le Code pénal du 1889 (*Codice Zanardelli*) à l'article 11 ainsi que dans le Règlement pénitentiaire du 1891. Avec le Codice Rocco du 1930, la réintroduction de la peine de mort change la discipline de l'emprisonnement à la perpétuité (articles 248 et 250 du Règlement pénitentiaire du 1931). La Constitution en vigueur abolit la peine de mort définitivement, partant l'*ergastolo* reste la peine la plus sévère appliquée par les juges italiens. Sur tous ces aspects, voir R. PEROTTI, *L'ergastolo è ancora una pena perpetua? Appunti giuridici e sociologici sulla pena dell'ergastolo*, 2006, <http://www.adir.unifi.it/rivista/2006/perotti/cap1.htm#h1>.

⁴⁴⁵ Article 17 du Code pénal : « *Le pene principali stabilite per i delitti sono [...] 2) l'ergastolo* »

⁴⁴⁶ Art. 22 : « *La pena dell'ergastolo è perpetua, ed è scontata in uno degli stabilimenti a ciò destinati, con: l'obbligo del lavoro e con l'isolamento notturno. Il condannato all'ergastolo può essere ammesso al lavoro all'aperto.* »

⁴⁴⁷ L'art. 27 al. 3 déclare « Les peines ne peuvent consister en des traitements contraires aux sentiments d'humanité et elles doivent avoir pour but la rééducation du condamné ». (https://www.quirinale.it/allegati_statici/constituzione/constituzione_francesi.pdf).

condamné les règles de base de la société de manière à le dissuader de commettre d'autres crimes s'il sort⁴⁴⁸. Cependant, la difficulté de combattre la criminalité organisée a conduit à reconnaître l'importance de la « fonction de prévention générale » que la peine a, c'est-à-dire dissuader la population de la commission des crimes en leur montrant la réaction systématique de l'ordre juridique⁴⁴⁹. En attendant des développements futurs, pour l'instant, la possibilité théorique et pratique d'une réinsertion du condamné à la prison à perpétuité dans la société par le biais d'une série d'avantages (dits « *benefici* ») qui peuvent inclure sa libération,⁴⁵⁰ est considérée une justification suffisante pour le maintien des règles prévoyant l'emprisonnement à perpétuité⁴⁵¹. Il est donc évident qu'aujourd'hui l'emprisonnement à perpétuité s'inspire de l'idée d'une **exécution progressive** de la peine, c'est-à-dire que l'évolution des aptitudes sociales de la personne condamnée permet le changement du régime de détention de manière progressive⁴⁵². En résumé, bien que l'application concrète de l'emprisonnement à perpétuité ait été souvent mise en question, **la position de la Cour constitutionnelle a toujours été de considérer cette peine compatible avec la Constitution italienne** en soulignant que le but de la peine n'est pas seulement celui de la réinsertion sociale du condamné ; que cette dernière est garantie par l'institution de la **libération conditionnelle** ; et finalement que la peine d'emprisonnement à vie n'a plus un caractère de perpétuité absolue⁴⁵³. En particulier, depuis 1974, la Cour a confirmé sa légitimité en observant que la réclusion à perpétuité est une peine qui répond aux possibilités de resocialisation (C. cost. 264/1974) et de progressivité des sanctions qui pourraient paraître niées par le caractère perpétuel de la peine (C. cost. 135/2003).

1.1.1. Typologies des crimes (*delitti*) susceptibles d'entrainer l'emprisonnement à perpétuité

La peine de l'emprisonnement à perpétuité est appliquée pour les typologies d'infractions suivantes⁴⁵⁴: **les infractions contre la personnalité de l'Etat** (*delitti contro la personalità dello Stato*)⁴⁵⁵, **les infractions contre la sécurité de la population** (*delitti contro l'incolumità pubblica*)⁴⁵⁶, **les infractions contre la personne** (*delitti contro la persona*)⁴⁵⁷, **les infractions contre le patrimoine commis avec violence sur les biens ou les personnes** (*delitti contro il patrimonio mediante violenza alle cose e alle persone*)⁴⁵⁸.

⁴⁴⁸ *Ibi*, p. 650.

⁴⁴⁹ Par la décision 1974, n. 264, la Cour constitutionnelle d'Italie a admis que l'emprisonnement à perpétuité est compatible avec la constitution italienne à condition qu'une possibilité de libération existe et en raison du caractère polyfonctionnel de la peine. G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale Parte generale*, 2008, p. 660.

⁴⁵⁰ Corte Costituzionale, 21 novembre 1974, n. 264: “*l'istituto della liberazione condizionale [...] consente l'effettivo reinserimento anche dell'ergastolano [...]*”.

<https://www.cortecostituzionale.it/actionPronuncia.do>

⁴⁵¹ Voir G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, 7^a ed, 2018, 659.

⁴⁵² Ibidem.

⁴⁵³ Corte Costituzionale, 28 aprile 1994, n. 168: “*La previsione astratta dell'ergastolo deve ormai essere inquadrata in quel tessuto normativo che progressivamente ha finito per togliere ogni significato al carattere della perpetuità che all'epoca dell'emanazione del codice la connotava*”. <https://www.cortecostituzionale.it/actionPronuncia.do>

⁴⁵⁴ Pour cette liste récapitulative voir S. VOLPE, *La pena dell'ergastolo nel sistema italiano*, tesi, università di Pavia, a.a. 2016-2017, p. 45 et suivantes

http://www.ristretti.it/commenti/2018/marzo/pdf/tesi_volpe.pdf.

⁴⁵⁵ Voir les articles 242 al. 1, 243 al. 2, 244 al. 1, 258 alinéas 2 et 3, 261 al. 3 et 4, 262 al. 3, 265 dernier alinéa, 276, 280 al. 4, 284 al. 1 et 2, 285, 286, 287 al. 3, 289 bis al. 3, 295 du Code pénal.

⁴⁵⁶ Art. 422, 438, 439 al. 2 du Code pénal.

⁴⁵⁷ Voir les articles 576 et 577 du Code pénal.

⁴⁵⁸ Art. 630 al. 30 du Code pénal.

À noter que le code pénal italien utilise le terme *reati* pour désigner toutes les infractions, qui sont de deux types, les *delitti* et les *contravvenzioni* (art. 39 *codice penale*). Les *delitti* sont les infractions les plus graves.

1.1.2. Emprisonnement à perpétuité résultant d'un cumul de sanctions

L'*ergastolo* est également appliqué lorsqu'il y a plus d'une infraction pour laquelle **une peine d'emprisonnement d'au moins vingt-quatre ans doit être infligée**⁴⁵⁹.

1.2. Remise en liberté

L'article 176 al. 3 du Code pénal⁴⁶⁰ envisage la possibilité, pour le condamné à perpétuité, d'être admis à la liberté conditionnelle⁴⁶¹ **une fois que vingt-six ans de peine ont été purgés**. Pour obtenir la liberté conditionnelle, il faut que, au cours de l'exécution de la peine, le comportement du condamné ait été tel qu'on puisse imaginer sa repentance. L'octroi de la libération conditionnelle est subordonné en outre à l'exécution des obligations civiles découlant du crime, à moins que le condamné ne prouve qu'il n'est pas en mesure de les exécuter. Cette période pourrait être ultérieurement raccourcie en conséquence des réductions de la peine⁴⁶² prévues par l'art. 54⁴⁶³ de la loi sur l'ordonnancement pénitentiaire : il s'agit de la réduction de **quarante-cinq jours chaque semestre**⁴⁶⁴. Pour obtenir la réduction, le condamné doit avoir « participé à l'œuvre de rééducation » de manière active. Ainsi, un condamné à perpétuité pourrait sortir de prison après 16 ans de détention effective. En outre, après la réforme de l'ordonnancement pénitentiaire de 1986, les condamnés à l'*ergastolo* ayant purgé au moins **dix ans** de leur peine, peuvent obtenir des avantages tels que la possibilité de travailler à l'extérieur (art. 21), bénéficier des **permessi premio pour sortir de l'établissement pénitentiaire** (art. 30 ter) ; les mères d'enfants qui ont moins de dix ans, ayant purgé quinze ans de leur peine, peuvent bénéficier de la détention domiciliaire spéciale (art. 47 quinquies), les condamnés ayant purgé vingt ans peuvent bénéficier du régime de **semi-liberté** (art. 50)⁴⁶⁵.

1.3. Limitations au moment de la condamnation

1.3.1. La limitation des avantages aux seuls « collaborateurs de la justice »

Dans le but de combattre la criminalité organisée – qui a représenté un enjeu majeur pour le contrôle de la criminalité et le maintien de l'ordre social en Italie notamment après les « carnages » des années '80' et 90' - **un régime particulier a été conçu pour l'octroi des avantages (décris au par. 1.2.) aux condamnés pour des crimes particulièrement graves** : les délits des organisations mafieuses et

⁴⁵⁹ Art. 73, al. 2 du Code pénal.

⁴⁶⁰ Art. 176 al. 3 du Code pénal.

⁴⁶¹ La libération conditionnelle est l'une des **causes extinctives de la peine** prévue par l'article 176 du Code pénal; en particulier, il s'agit d'une **cause suspensive de l'exécution de la peine principale** qui peut **déterminer son extinction**, lorsque le sujet condamné à l'emprisonnement à vie ne commet aucune infraction dans les cinq ans suivant sa « libération conditionnelle ». Voir G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte Generale*, Milano, 2012.

⁴⁶² *Id.*, *Manuale di diritto penale*, pp. 631-632.

⁴⁶³ Legge 26 luglio 1975, n. 354, *Norme sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà*.

⁴⁶⁴ L'art. 4 al. 1 *Decreto Legislativo*, 23 dicembre 2013, n. 146, convertito con modificazioni dalla L. 21 febbraio 2014, n. 10 a modifié la réduction pour une période limitée (deux ans à partir de l'entrée en vigueur de la loi).

⁴⁶⁵ Voir, G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, 2012, p. 555.

terroristes, la traite des êtres humains, l'exploitation de la prostitution des enfants et l'exploitation des enfants à des fins de production de matériel pornographique, les violences sexuelles de groupe, les enlèvements à des fins d'extorsion, certaines infractions liées à la drogue, la traite des migrants. L'art. 4 –bis al. 1 et al. 1-bis de la loi sur l'ordonnancement pénitentiaire⁴⁶⁶, introduits par le *decreto legge* 13 maggio 1991, n. 152 modifiés par le *decreto legge* 8 juin 1992, n. 306 (*Modifiche urgenti al nuovo codice di procedura penale e provvedimenti di contrasto alla criminalità mafiosa*)⁴⁶⁷ subordonnent désormais **la possibilité de bénéficier de certains avantages** (notamment le travail à l'extérieur, les *permessi premio*, la **libération conditionnelle** ainsi que les autres mesures alternatives à la détention ... sauf la libération anticipée qui ne s'applique pas, ici)⁴⁶⁸ non seulement **aux conditions prévues en général par la loi (cf. supra 1.2.), mais aussi et surtout** à la condition que **le condamné collabore avec les autorités judiciaires** notamment afin de les éclairer sur la structure de l'organisation criminelle dans le cadre de laquelle ils ont commis le crime pour lequel ils ont été condamnés (voir l'art. 58-ter de la même loi)⁴⁶⁹.

Même si la règle ne vise pas explicitement les condamnés à perpétuité, le régime de l'art. 4 bis intéresse principalement ceux-ci, au point que la doctrine italienne a créé une nouvelle catégorie de peine, nommée « *ergastolo ostativo* ». Il s'agit d'une **forme d'exécution de la peine** qui n'est pas

⁴⁶⁶ Legge 26 luglio 1975, n. 354.

⁴⁶⁷ F. FIORENTIN, *L'ergastolo "ostativo" ancora davanti al giudice di Strasburgo. Brevi note sulle osservazioni scritte presentate nella causa Viola c. Italia (n. 77633/16), pendente davanti alla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, dall'Associazione "L'Altro diritto" onlus*, in Diritto Penale Contemporaneo, 3/2018, p. 12. <https://www.penalecontemporaneo.it/upload/8368-fiorentin318.pdf>, pp. 6-7.

⁴⁶⁸ La libération anticipée est une réduction de la durée de la peine, qui a pour effet la fin anticipée de la période de détention. L'article 54 de la loi sur l'ordonnancement pénitentiaire (26 juillet 1975, n. 354) définit la libération anticipée comme "une déduction de quarante-cinq jours pour chaque semestre de peine purgée" qui est accordée "à un détenu condamné qui a démontré sa participation active au travail de rééducation". La condition préalable essentielle à une libération anticipée est la reconnaissance de la participation du sujet au travail de rééducation. Elle peut être appliquée aux condamnés à perpétuité. Voir l'article 54 : « 1. Al condannato a pena detentiva che ha dato prova di partecipazione all'opera di rieducazione è concessa, quale riconoscimento di tale partecipazione, e ai fini del suo più efficace reinserimento nella società, una detrazione di quarantacinque giorni per ogni singolo semestre di pena scontata. A tal fine è valutato anche il periodo trascorso in stato di custodia cautelare o di detenzione domiciliare. 2. La concessione del beneficio è comunicata all'ufficio del pubblico ministero presso la corte d'appello o il tribunale che ha emesso il provvedimento di esecuzione o al pretore se tale provvedimento è stato da lui emesso. 3. La condanna per delitto non colposo commesso nel corso dell'esecuzione successivamente alla concessione del beneficio ne comporta la revoca. (nb: selon la Cour constitutionnelle 1995, n. 186 cette règle ne comporte pas la révocation automatique mais la révocation est subordonnée à l'évaluation d'une conduite du condamné incompatible avec le bénéfice accordé) 4. Agli effetti del computo della misura di pena che occorre avere espiato per essere ammessi ai benefici dei permessi premio, della semilibertà e della liberazione condizionale, la parte di pena detratta ai sensi del comma 1 si considera come scontata. La presente disposizione si applica anche ai condannati all'ergastolo ».

⁴⁶⁹ Voir en particulier l'art. 4-bis al. 1-bis : « I benefici di cui al comma 1 possono essere concessi ai detenuti o internati per uno dei delitti ivi previsti, purché siano stati acquisiti elementi tali da escludere l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva, altresì nei casi in cui la limitata partecipazione al fatto criminoso, accertata nella sentenza di condanna, ovvero l'integrale accertamento dei fatti e delle responsabilità, operato con sentenza irrevocabile, rendono comunque impossibile un'utile collaborazione con la giustizia, nonché nei casi in cui, anche se la collaborazione che viene offerta risulti oggettivamente irrilevante, nei confronti dei medesimi detenuti o internati sia stata applicata una delle circostanze attenuanti previste dall'articolo 62, numero 6), anche qualora il risarcimento del danno sia avvenuto dopo la sentenza di condanna, dall'articolo 114 ovvero dall'articolo 116, secondo comma, del codice penale ».

prévue directement par le Code pénal mais qui dérive d'une lecture combinée de l'article 22 du Code pénal avec l'art. 4bis.

En substance, sur la base d'une présomption absolue de la persistante dangerosité de la personne condamnée non coopérative, la loi exclut toute possibilité de réinsertion du condamné dans la société.

Il faut aussi souligner que, pour pouvoir obtenir les avantages, il suffit que les condamnés soient disponibles à collaborer, sans égard aux résultats effectifs de leur apport à l'évolution de l'enquête : ainsi, si la collaboration est utile – ou si son inutilité ne peut pas être reprochée au condamné comme dans le cas de collaboration impossible ou insignifiante - le **condamné pourra bénéficier de la libération conditionnelle. En d'autres termes, pour l'octroi des avantages, il faut pouvoir acquérir des éléments utiles à confirmer que le condamné n'ait plus aucun lien actuel avec les organisations criminelles dont il faisait partie.**

Cette situation est très critiquée, notamment en raison de la fréquence des condamnations : ***l'ergastolo ostantivo* est la forme d'emprisonnement à perpétuité la plus appliquée par les juges italiens** : en fait, selon des données présentées par le Ministère de la Justice (département de l'administration pénitentiaire), en 2016, 72,5% des condamnés à la réclusion à vie ont été soumis à ce régime⁴⁷⁰. Il est vrai, que ce traitement n'est prévu que pour des **crimes particulièrement graves et dangereux**, c'est-à-dire des **delitti relevant du terrorisme national et international**, de **subversion** - par des actes de violence - contre **l'ordre démocratique, de nature mafieuse ou connexes**⁴⁷¹ ainsi que des **delitti particulièrement graves contre la personnalité individuelle et contre la personne**⁴⁷² ou contre le **patrimoine**⁴⁷³.

Évidemment, la compatibilité de l'emprisonnement à vie avec la fonction rééducative de la peine s'est posée de manière encore plus aigüe dans la cadre de ***l'ergastolo ostantivo***⁴⁷⁴. Cependant, dans le contexte socio-criminel particulier de l'Italie, ***l'ergastolo ostantivo*** a paru justifié, le cas échéant avec quelques interventions corrigeant ses aspects les plus problématiques⁴⁷⁵ d'une part **par la nature particulièrement antisociale des crimes** pour lesquels il est prévu; d'autre part en raison du fait que son application serait subordonnée à un choix, c'est-à-dire celui de coopérer avec l'autorité judiciaire, laissé à la volonté de l'auteur de l'infraction⁴⁷⁶ et qui serait en même temps, une preuve de sa réelle rééducation et possibilité de réinsertion dans la société⁴⁷⁷.

⁴⁷⁰ F. FIORENTIN, *L'ergastolo "ostativo" ancora davanti al giudice di Strasburgo*, cit.

⁴⁷¹ La norme renvoi aux articles 416-bis et ter et à tous les activités qui favorisent les crimes gérés par les organisations « *di stampo mafioso* ».

⁴⁷² Il s'agit de délits très graves de nature sexuelle ou de réduction à l'esclavage prévus par les articles 600, 600-bis al. 1, 600-ter, al. 1 et 2, 601, 602, 609-octies du Code pénal.

⁴⁷³ Voir art. 630, *Enlèvement à des fins d'extorsion*.

⁴⁷⁴ F. FIORENTIN, *L'ergastolo "ostativo" ancora davanti al giudice di Strasburgo*, cit.

⁴⁷⁵ Voir Corte Costituzionale, 16-30 dicembre 1997, n. 445, Corte Costituzionale, 14-22 aprile 1999, n. 137 et Corte Costituzionale, 22 ottobre 2014, n. 239; <https://www.cortecostituzionale.it/actionPronuncia.do>

⁴⁷⁶ F. FIORENTIN *L'ergastolo "ostativo" ancora davanti al giudice di Strasburgo*, cit., p. 7; voir aussi Corte Costituzionale, 9-24 aprile 2003, n.135: “La preclusione prevista dall'art. 4-bis, comma 1, primo periodo, dell'ordinamento penitenziario non è conseguenza che discende automaticamente dalla norma censurata, ma deriva dalla scelta del condannato di non collaborare, pur essendo nelle condizioni per farlo: tale disciplina non preclude pertanto in maniera assoluta l'ammissione al beneficio, in quanto al condannato è comunque data la possibilità di cambiare la propria scelta.”

<https://www.cortecostituzionale.it/actionPronuncia.do>

⁴⁷⁷ Corte Costituzionale, 5-20 luglio 2001, n.273: “è solo la scelta collaborativa ad esprimere con certezza quella volontà di emenda che l'intero ordinamento penale deve tendere a realizzare”. <https://www.cortecostituzionale.it/actionPronuncia.do>

Le problème de la perpétuité de l'*ergastolo ostativo*, sera objet d'une décision par la **Cour européenne des droits de l'homme** qui doit encore se prononcer dans l'affaire *Viola c. Italie*⁴⁷⁸. Selon une source, sur 1 735 personnes condamnées à la réclusion à perpétuité, 70 % sont condamnées à la réclusion « ostativa » à perpétuité⁴⁷⁹.

En définitive : le problème principal est l'emprisonnement à perpétuité « ostativo », récemment repris également par la CEDH (voir déjà CEDH G.C. Vinter/UK 9/7/2013 ; CEDH Hutchinson/UK 17/1/2017 ; et maintenant CEDH Viola/ITA). Ce type d'emprisonnement à perpétuité se justifie par le refus du détenu de participer à un processus de resocialisation, identifié dans le cas des crimes « organisés » dans sa collaboration avec la justice pour limiter les conséquences ultérieures du crime ou dans la reconstruction des faits et la capture des auteurs de crimes (art. 58-ter du Code pénal). En cas d'emprisonnement à perpétuité « ostativo », il n'y a pas de permis « premio », pas de travail extérieur, pas de mesures alternatives à l'emprisonnement et, dans le cas de la criminalité organisée, aucune libération conditionnelle n'est accordée.

En somme, la resocialisation et la progressivité de la sanction dépendent d'un type de collaboration défini par la loi, et il n'y a pas d'impossibilité objective à cette collaboration, les avantages dépendent donc et avant tout des choix libres de la personne condamnée.

Mise à jour du 11 septembre 2019 :

Par la décision Marcello Viola contre Italie du 13.06.2019⁴⁸⁰, la Cour EDH déclare que la réclusion à perpétuité infligée en application de l'article 4 bis de la loi sur l'administration pénitentiaire, dite « *ergastolo ostativo* », « restreint excessivement la perspective d'élargissement de [la personne emprisonnée] et la possibilité de réexamen de sa peine. Dès lors, cette peine perpétuelle ne peut pas être qualifiée de compressible aux fins de l'article 3 de la Convention ». Ainsi, l'Italie a été condamnée pour violation de l'article 3 de la Convention EDH, tant du point de vue de l'interdiction des peines et traitements inhumains et dégradants que de celui du respect nécessaire de la dignité humaine. L'arrêt remet en question ce régime, soumis à la condition de la « collaboration avec la justice » dans l'éradication de l'organisation criminelle.

1.3.2. La limitation des avantages pour les crimes d'enlèvement à des fins de terrorisme ou de subversion et d'enlèvement à des fins d'extorsion en cas de mort de la victime

Une limitation particulière était prévue pour les crimes d'enlèvement à des fins de terrorisme ou de subversion et d'enlèvement à des fins d'extorsion en cas de mort de la victime enlevée prévus par l'art. 58-quater, al. 4 : « *I condannati per i delitti di cui agli articoli 289- bis e 630 del codice penale che abbiano cagionato la morte del sequestrato non sono ammessi ad alcuno dei benefici indicati nel comma 1 dell'articolo 4- bis se non abbiano effettivamente espiato almeno i due terzi della pena irrogata o, nel caso dell'ergastolo, almeno ventisei anni* »⁴⁸¹. Dans ce cas, l'octroi des bénéfices était subordonné non seulement à la condition que le condamné coopère avec les autorités mais aussi à la circonstance objective que celui-ci ait au moins purgé vingt-six ans de détention, (éventuellement

⁴⁷⁸ F. FIORENTIN, *L'ergastolo "ostativo" ancora davanti al giudice di Strasburgo*, cit., p. 14 e ss.

⁴⁷⁹ Le chiffre m'a été fourni par le Professeur Alessandro Bondi (université d'Urbino).

⁴⁸⁰ Cour EDH, Marcello Viola c. Italie, 13.06.2019, req. n° 77633/16.

⁴⁸¹ « Les personnes reconnues coupables des infractions visées aux articles 289 à 630 du Code pénal qui ont causé la mort de la personne enlevée n'ont droit à aucune des prestations visées au paragraphe 1 de l'article 4 bis si elles n'ont pas effectivement purgé au moins les deux tiers de la peine prononcée ou, en cas d'emprisonnement à vie, au moins vingt-six ans ».

réduits à une vingtaine d'années ex art. 54 de loi sur l'ordonnancement pénitentiaire). Seulement après l'écoulement de ce temps, la libération conditionnelle pouvait être accordée, **sans qu'aucun autre avantage ait pu profiter au condamné dans l'intervalle⁴⁸²**.

Cette rigidité a été condamnée par la Cour constitutionnelle qui a déclaré la non-conformité à la Constitution italienne de l'article **58-quater, al. 4⁴⁸³**.

En particulier, en **réfléchissant sur le mécanisme d'exclusion des avantages (*benefici*), la Cour constitutionnelle déclare que la finalité rééducative ne peut pas être sacrifiée au préjudice de toute autre fonction, bien que légitime, de la peine⁴⁸⁴**.

1.4. Grâce

Parmi les différentes typologies de mesures de clémence prévues par la loi italienne, la grâce est qualifiée comme **individuelle**, c'est-à-dire qu'elle s'adresse, **contrairement à l'amnistie et à l'indult, à un ou plusieurs condamnés spécialement identifiés⁴⁸⁵**.

La grâce est octroyée par le Président de la République : il s'agit de l'un des pouvoirs du Chef d'Etat expressément prévus par l'article 87 de la Constitution italienne⁴⁸⁶. **L'acte est délivré sur demande de la personne condamnée ou de son conjoint, cohabitant, tuteur, curateur ou avocat** directement par le **Ministre de la Justice** ou le **juge de surveillance** (si la personne est emprisonnée) ainsi qu'au **Procureur général de la Cour d'appel⁴⁸⁷**. D'ailleurs, la grâce peut être également octroyée même **en l'absence d'une requête spécifique⁴⁸⁸** ; aux fins de la **validité substantielle**, l'acte du Président de la République ne **nécessite pas le « contreseing » du Ministre de la Justice** qui n'a donc aucun pouvoir de *veto*⁴⁸⁹.

Comme dans le cas de l'indult, **l'effet typique** de la grâce est dit **extinctif** : la peine infligée est donc partiellement ou totalement annulée ainsi que convertie en une autre sanction moins sévère⁴⁹⁰. Il faut noter que **l'effet extinctif de la grâce est limité aux peines principales**, à moins que le Président en décide autrement, d'ailleurs **l'acte ne concerne pas les effets pénaux de la condamnation⁴⁹¹**.

⁴⁸² Voir l'art. 58 quater, al. 4, ord. pen. ainsi que E. DOLCINI, *Dalla Corte costituzionale una coraggiosa sentenza in tema di ergastolo (e di rieducazione del condannato)*, *Diritto penale contemporaneo*, 7-8/2018, <https://www.penalecontemporaneo.it/d/6178-dalla-corte-costituzionale-una-coraggiosa-sentenza-in-tema-di-ergastolo-e-di-rieducazione-del-condannato>.

⁴⁸³ Corte Costituzionale, 21 Giugno- 11 luglio 2018, n. 149, <https://www.cortecostituzionale.it/actionPronuncia.do>

⁴⁸⁴ E. DOLCINI, *Dalla Corte costituzionale una coraggiosa sentenza in tema di ergastolo*, cit.

⁴⁸⁵ Voir MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 629.

⁴⁸⁶ Art. 87 de la Constitution italienne : “ Il Presidente della Repubblica [...] Può concedere grazia e commutare le pene”.

⁴⁸⁷ Voir l'art. 681 al.1 et 2 du Code de procédure pénale; d'ailleurs, l'art. 76 du règlement sur l'ordonnément pénitentiaire (Decreto del Presidente della Repubblica, 30 giugno 2000, n. 230) envisage que dans le cas de bonne conduite, la demande de grâce peut être présentée par le directeur du pénitencier.

⁴⁸⁸ Art. 681 al.4.

⁴⁸⁹ Toutefois le contreseing sera nécessaire aux fins de la validité formelle de l'acte; voir Corte Costituzionale, 3 maggio 2006, n. 200 ; <https://www.cortecostituzionale.it/actionPronuncia.do> .

⁴⁹⁰ Art. 174 al. 1 du Code pénal.

⁴⁹¹ Voir MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 629.

Des **conditions spécifiques pour présenter la demande ne sont pas prévues** par la loi, toutefois il est toujours possible de **subordonner la grâce à des conditions**⁴⁹², notamment celle de **l'absence de condamnations** successives ; la **réparation du dommage** résultant de l'infraction ; le **paiement d'une somme au caissier des amendes** ainsi que l'**interdiction de séjourner dans un lieu particulier**. Le **Président de la République peut en outre établir d'autres conditions**⁴⁹³. Si ces obligations ne sont pas respectées, l'acte de grâce est révoqué et la personne intéressée devra purger toute ou une partie de la peine initialement infligée⁴⁹⁴.

Du 12 mai 1948 au 28 février 2019, les décrets présidentiels ayant servi à la libération de condamnés sur base individuelle ont été au nombre de 42 331⁴⁹⁵.

2. Mesures privatives de liberté préventives

Résumé

Cette partie ne concerne pas les mesures préventives proprement dites mais uniquement les mesures de sécurité (*misure di sicurezza*). Ces mesures visent à **neutraliser le danger social qu'une personne ayant commis un crime, ou un « quasi-crime », représente**. Ces mesures posent un problème de conformité à la Constitution italienne, notamment en raison de **l'absence de limites temporelles véritables** à leur durée. Ces mesures peuvent être exécutées avant, après ou pendant une peine de prison et même à la place de l'exécution de la peine de prison.

2.1. Mesures préventives

Le droit italien opère une distinction entre mesures préventives et mesures de sécurité. Ici nous traitons des mesures de sécurité.

Les mesures de sécurité sont édictées par le *Libro I, Titolo VIII, Capo I*, articles 199 -240 du Code pénal italien.

La loi fait une distinction entre les mesures privatives de liberté⁴⁹⁶, les mesures non privatives de liberté⁴⁹⁷, et les mesures patrimoniales⁴⁹⁸. Ces mesures, et en particulier les mesures restrictives de la liberté, ne sont pas liées à la culpabilité mais à la dangerosité du sujet. Le résultat de ces mesures peut être celui d'un **emprisonnement additionnel et illimité**, puisqu'elles sont généralement exécutées **après l'expiation de la peine**. Pour des raisons évidentes d'incompatibilité avec le principe de légalité,

⁴⁹² Voir art. 681 al. 5. Code de Procédure pénale ; la-dite norme fait un renvoi à l'art. 672 al. 5 qui régit l'amnistie ainsi que l'indult conditionné ; à l'expiration du terme fixé (ou en son absence, quatre mois), si les conditions ont été respectées, la mesure devient définitive.

⁴⁹³ <https://www.studiocataldi.it/articoli/28516-la-grazia-del-presidente-della-repubblica.asp>

⁴⁹⁴ Voir MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 630.

⁴⁹⁵ <https://www.quirinale.it/page/provclpe>.

⁴⁹⁶ Voir articles 216-218, *Assegnazione a una colonia agricola o a una casa di lavoro*, articles 219-221, *assegnazione in una casa di cura e custodia*, art. 222 *ricovero in un ospedale psichiatrico giudiziario*, art. 223 *ricovero in un riformatorio giudiziario*.

⁴⁹⁷ Voir articles 228-232 *libertà vigilata*, art. 233, *divieto di soggiorno in uno o più comuni o in una o più province*, art. 234, *divieto di frequentare osterie e pubblici spacci di bevande alcoliche*, art. 235 *espulsione dello straniero dallo stato*.

⁴⁹⁸ Voir articles 237-239, *cauzione di buona condotta*, art. 240 *confisca*.

le législateur et la Cour constitutionnelle sont intervenus maintes fois pour limiter le recours à ces mesures dans la pratique⁴⁹⁹.

2.1.1. L'assegnazione a una colonia agricola o a una casa di lavoro

Selon l'art. 216 du code pénal : 1) ceux qui ont été déclarés **criminels habituels, professionnels ou par tendance** ; 2) ceux qui avaient été déclarés criminels habituels, professionnels ou par tendance, qui ne sont plus soumis à des mesures de sécurité, mais qui commettent un nouveau crime, intentionnel, c'est-à-dire qui confirment leur habitude, professionnalisme ou tendance criminelle ; 3) les personnes **condamnées ou acquittées**, dans les autres cas expressément prévus par la loi (par exemple dans le cas de conversion de la détention en prison ou en internement pour la détérioration des conditions psychiques du condamné); peuvent être soumis à cette mesure d'enfermement.

Le choix entre une colonie agricole et lieu de travail est laissé au juge qui l'applique, ou au juge de surveillance.

2.1.2. L'assegnazione a una casa di cura e di custodia

Cette mesure de sécurité, prévue par les arts. 219 à 221 s'adresse aux personnes condamnées pour un crime qu'elles ont commis sans en être entièrement conscientes⁵⁰⁰. Il s'agit en particulier des sujets dont la capacité de comprendre et de vouloir au moment de l'événement était fortement diminuée. Cette mesure vise à soigner le sujet, dans des cliniques ou instituts spécialisés, afin d'en diminuer la dangerosité et d'éliminer les raisons qui sont à la base de la diminution de capacité, notamment si leur infirmité psychique était due à une intoxication chronique conséquente de l'abus d'alcool ou des drogues.

La Cour de cassation n. 249/1983, ainsi que n. 1102/1988, a établi que l'application d'une telle mesure est subordonnée à la constatation, au moment de l'exécution, de la dangerosité sociale persistante de la personne condamnée.

2.1.3. Il ricovero in un ospedale psichiatrico giudiziario

Cette mesure de sécurité, prévue par l'art. 222 du code pénal, est appliquée dans l'hypothèse d'un délit intentionnel puni dans l'abstrait par une peine d'emprisonnement dont le maximum encouru est supérieur à deux ans, mais pour le cas où le responsable a été acquitté en raison de son infirmité mentale totale au moment de la commission du délit. Les destinataires sont donc des sujets dont la capacité de comprendre et de vouloir était, au moment de la commission du fait, totalement exclue⁵⁰¹. L'internement forcé dans un hôpital psychiatrique judiciaire vise avant tout à prévenir de futurs crimes, mais devrait toujours conserver un caractère thérapeutique.

⁴⁹⁹ Voir G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale di Diritto Penale. Parte Generale*, Milano, 2012, p. 659-660.

⁵⁰⁰ Voir art. 219 al. 1 c.p. "Il condannato, per delitto non colposo, a una pena diminuita per cagione di infermità psichica o di cronica intossicazione da alcool o da sostanze stupefacenti, ovvero per cagione di sordomutismo, è ricoverato in una casa di cura e di custodia per un tempo non inferiore a un anno, quando la pena stabilita dalla legge non è inferiore nel minimo a cinque anni di reclusione".

⁵⁰¹ Voir art. 222, al. 1 c.p. "Nel caso di proscioglimento per infermità psichica, ovvero per intossicazione cronica da alcool o da sostanze stupefacenti, ovvero per sordomutismo, è sempre ordinato il ricovero dell'imputato in un manicomio giudiziario per un tempo non inferiore a due anni; salvo che si tratti di contravvenzioni o di delitti colposi o di altri delitti per i quali la legge stabilisce la pena pecuniaria o la reclusione per un tempo non superiore nel massimo a due anni, nei quali casi la sentenza di proscioglimento è comunicata all'Autorità di pubblica sicurezza."

Toutefois, sur ce dernier aspect ces institutions se sont révélées inadéquates, à tel point que le législateur est intervenu en ordonnant leur abolition et leur remplacement par les **Résidences pour l'exécution des mesures de sécurité (REMS)**⁵⁰² où le but médical et thérapeutique revêt une importance croissante lors de l'internement et dans l'organisation ainsi que dans l'architecture de la structure.

Les personnes qui ont cessé d'être dangereuses pour la société doivent être rapidement libérées et prises en charge, sur le territoire, par les services publics de santé mentale. Ces derniers ne prévoient pas l'internement forcé.

2.1.4. Riformatorio giudiziario (art. 223-227)

Il s'agit d'une mesure de sécurité spéciale pour les mineurs, qu'ils soient ou non imputables (c'est-à-dire qu'ils soient ou non jugés responsables de leurs actes). Elle consiste en l'enfermement des mineurs concernés dans un établissement où ils sont censés être rééduqués.

L'application de cette mesure est subordonnée à la **constatation de la dangerosité** (qui doit être actuelle) du mineur.

2.1.5. Traitement sanitaire obligatoire

Une autre mesure qui limite la liberté personnelle est le **Trattamento Sanitario obbligatorio (T.S.O.)**, prévu par la loi n° 180 du 13 mai 1978 c'est-à-dire une mesure visant à limiter la liberté individuelle et consistant en l'admission forcée et obligatoire de patients présentant des problèmes psychiatriques de manière à les rendre potentiellement dangereux pour eux-mêmes et pour la communauté⁵⁰³.

A noter qu'il s'agit d'une mesure d'urgence médicale qui est avant tout prise pour protéger le malade mental de ses actes au moment où il est victime d'une crise aigüe liée à sa condition pathologique.

2.2. Conditions

Les mesures de sécurité sont ordonnées par le juge avec la décision de condamnation ou d'acquittement.

Elles peuvent aussi être ordonnées avant ou après la décision de condamnation ou d'acquittement. Les mesures peuvent être ordonnées avant la décision seulement si elles visent un mineur, une personne qui a une pathologie mentale, et une personne habituellement ivre ou toxicomane (art. 206 code pénal).

Les mesures peuvent être ordonnées après par le juge qui surveille l'exécution de la peine (art. 679, Code de procédure pénale et 69, Loi 26-7-1975, No 354) dans les cas suivants :

⁵⁰² Voir Art. 3-ter decreto-legge 22 dicembre 2011, n. 211, Interventi urgenti per il contrasto della tensione detentiva determinata dal sovraffollamento delle carceri, convertito con modificazioni dalla L. 17 febbraio 2012, n. 9. Il s'agit du décret dit "prisons vides" (décret législatif 22-12-2011, n. 211 modifié par le décret législatif 31-3-2014, n. 52) dont le but était de définir une procédure visant à la clôture définitive des hôpitaux psychiatriques judiciaires à compter du 31 mars 2015. Les mesures de sécurité de l'admission à l'hôpital psychiatrique judiciaire doit donc être exécutée exclusivement dans des établissements de santé spécifiques, identifiées par un décret ministériel spécial.

⁵⁰³ LEGGE 13 maggio 1978, n. 180 Accertamenti e trattamenti sanitari volontari e obbligatori.

- 1) en cas de condamnation, pendant l'exécution de la peine ou pendant la période au cours de laquelle le condamné se soustrait volontairement à l'exécution de la peine ;
- 2) en cas d'acquittement, si la personne est présumée dangereuse pour la société et si le délai correspondant à la durée minimale de la mesure de sécurité visée ne s'est pas écoulé ;
- 3) à tout moment, dans les cas prévus par la loi⁵⁰⁴ (ex. : art. 109).

Pendant l'instruction ou le jugement, **l'application provisoire de la mesure de sécurité est admise** ; elle est ordonnée par le juge à la demande du procureur général (articles 312 et 313 du code de procédure pénale).

Conformément à l'article 202 du Code pénal, l'application des mesures de sécurité est subordonnée à l'existence de deux éléments :

- **Le danger pour la société**, défini comme la probabilité que la personne commette de nouveaux crimes⁵⁰⁵. Le juge doit toujours évaluer cet élément en termes concrets et au moment de l'application ou de l'exécution de la mesure, par l'analyse de la dangerosité du sujet et en formulant un pronostic criminel⁵⁰⁶ ;
- **Commission d'un crime ou d'un « quasi-crime »**⁵⁰⁷ ;

Les seuls cas dans lesquels une personne peut être soumise à une mesure de sécurité **sans avoir commis un crime**, sont ceux prévus par les arts. 49 et 115 du code pénal.

Ainsi, les « quasi-crimes » sont :

- le crime impossible, qui se produit lorsque l'action était inapte à la commission du crime (tentative de meurtre par l'utilisation d'une arme cassée, etc.) ou lorsqu'il y a une erreur sur l'objet (la victime visée était déjà morte au moment de la tentative d'assassinat, etc.) ;
- aucune des personnes qui s'accordent pour commettre un crime ne peut, en règle générale, être punie du seul fait de l'accord mais toutes peuvent être soumises à des mesures de sécurité ;
- l'**instigation non suivie de la commission du crime** : si on incite une personne à commettre un crime mais la personne ne mène pas l'opération criminelle, l'instigateur peut être soumis à la mesure de sécurité.

En ce qui concerne le « traitement sanitaire obligatoire » celui-ci n'est pas une mesure de sécurité mais simplement une mesure d'urgence sanitaire. Il s'agit d'adresser une crise pathologique qui met en danger la vie de la personne malade. Le *trattamento sanitario obbligatorio* est possible si trois

⁵⁰⁴ Comp. art. 109: "Oltre agli aumenti di pena stabiliti per la recidiva e i particolari effetti indicati da altre disposizioni di legge, la dichiarazione di abitualità o di professionalità nel reato o di tendenza a delinquere importa l'applicazione di misure di sicurezza. La dichiarazione di abitualità o di professionalità nel reato può essere pronunciata in ogni tempo, anche dopo la esecuzione della pena; ma se è pronunciata dopo la sentenza di condanna, non si tiene conto della successiva condotta del colpevole e rimane ferma la pena inflitta. La dichiarazione di tendenza a delinquere non può essere pronunciata che con la sentenza di condanna. La dichiarazione di abitualità e professionalità nel reato e quella di tendenza a delinquere si estinguono per effetto della riabilitazione."

⁵⁰⁵ Voir art. 203 al. 1 c.p. "Agli effetti della legge penale, è socialmente pericolosa la persona, anche se non imputabile o non punibile, la quale ha commesso taluno dei fatti indicati nell'articolo precedente quando è probabile che commetta nuovi fatti preveduti dalla legge come reati".

⁵⁰⁶ Voir G.MARINUCCI, E. DOLCINI, Manuale, cit., p. 663-664.

⁵⁰⁷ Voir art. 202 c.p. "Le misure di sicurezza possono essere applicate soltanto alle persone socialmente pericolose che abbiano commesso un fatto preveduto dalla legge come reato. La legge penale determina i casi nei quali a persone socialmente pericolose possono essere applicate misure di sicurezza per un fatto non preveduto dalla legge come reato".

conditions sont remplies : 1) des altérations mentales nécessitant des **interventions thérapeutiques urgentes**, 2) le **refus du traitement** par le patient ; 3) l'**absence d'alternatives** aux mesures sanitaires hospitalières⁵⁰⁸. La procédure prévoit une proposition écrite et justifiée par un médecin, validée ensuite par un autre médecin du service local de santé ; l'hospitalisation doit être ordonnée par le maire en tant que plus haute autorité sanitaire et la mesure doit, dans les 48 heures, être validée par le juge des tutelles⁵⁰⁹ (*giudice tutelare*). L'internement dure **sept jours** mais peut être prolongé en répétant la procédure ci-dessus mentionnée⁵¹⁰.

2.3. Durée

La durée est l'un des aspects les plus problématiques des mesures de sécurité : en effet, le Code pénal prévoit expressément une limite minimale mais aucune limite maximale.

L'assegnazione a una colonia agricola o a una casa di lavoro a une durée minimale d'un an. Pour les délinquants réguliers, la durée minimale est de deux ans, pour les délinquants professionnels, de trois ans, et de quatre ans pour les autres.

L'assegnazione a una casa di cura e custodia est généralement appliquée pour une période d'au moins un an, lorsque la peine prévue par la loi n'est pas inférieure à cinq ans d'emprisonnement au minimum ; si l'infraction commise est passible d'une peine d'emprisonnement à perpétuité ou d'une peine minimale de dix ans, la mesure de sûreté est ordonnée pour une durée minimale de trois ans ; dans les autres cas où une peine privative de liberté est prononcée, la mesure est ordonnée pour une période d'au moins six mois⁵¹¹.

Le Ricovero in un ospedale psichiatrico giudiziario est ordonné pour une période d'au moins deux ans, dix ans si l'acte commis par la loi prévoit l'emprisonnement à perpétuité, ou cinq si la loi prévoit une peine d'emprisonnement d'au moins dix ans pour l'infraction commise⁵¹².

Normalement, après la période minimale, la condition du danger pour la société doit être réévaluée par le juge compétent. Si la condition fait défaut, la mesure est levée, sinon la mesure est confirmée.

En raison de l'absence d'une limite maximale dans le Code pénal, le législateur est intervenu en stipulant que la durée des mesures de sécurité privative de la liberté ne peut excéder la durée maximale de la peine de prison prévue pour l'infraction commise. La règle ne s'applique pas dans le cas de condamnation à l'*ergastolo*⁵¹³.

⁵⁰⁸ Voir A. CAZZANIGA, C.M. CATTABENI, R. LUVONI, R. ZOJA, *Compendio di medina legale e delle assicurazioni*, Torino, 2006, p. 560.

⁵⁰⁹ Id., *Compendio di medicina legale*, cit., p. 560.

⁵¹⁰ Id., *Compendio di medicina legale*, cit., p. 560.

⁵¹¹ Voir art. 219 c.p.

⁵¹² Voir art. 222 c.p.

⁵¹³ Voir art. 1 -quater DECRETO-LEGGE 31 marzo 2014, n. 52, Disposizioni urgenti in materia di superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari, Convertito con modificazioni dalla L. 30 maggio 2014, n. 81: "Le misure di sicurezza detentive provvisorie o definitive, compreso il ricovero nelle residenze per l'esecuzione delle misure di sicurezza, non possono durare oltre il tempo stabilito per la pena detentiva prevista per il reato commesso, avuto riguardo alla previsione edittale massima. Per la determinazione della pena a tali effetti si applica l'articolo 278 del codice di procedura penale. Per i delitti puniti con la pena dell'ergastolo non si applica la disposizione di cui al primo periodo".

E. ROYAUME-UNI (ANGLETERRE)⁵¹⁴

1. Sentences for life imprisonment

Summary

The longest form of imprisonment provided for under English law is **life imprisonment**. At the time of passing the sentence of life imprisonment, however, the **judge must specify the minimum term** which the offender must spend in prison before becoming eligible to apply for early release on parole.

Sentences for **life imprisonment may be one of three types**: a mandatory life sentence, handed down to any offender convicted of murder; a ‘whole life order’, generally reserved for the most serious cases of murder, according to which the offender will remain in prison for the rest of his or her life without any prospect of early release; and a discretionary life sentence, for serious criminal offences other than murder, where certain conditions are met.

Legislation provides for a statutory scheme to aid judges in determining the minimum term which an offender must serve. In the case of mandatory life sentences (for cases of murder), where it is deemed that a ‘whole life term’ is not appropriate, the **starting point for the minimum term of imprisonment is 30 years**. In the case of a discretionary life sentence, the minimum term is set at the sole discretion of the judge.

The offender will only be eligible for release (except where subject to a whole life order) once it is considered that that he or she **no longer presents a risk to the public**. Courts do not, in the case of indeterminate sentences, establish **conditions for the offender’s release**; instead, these are **set by the Parole Board**, immediately prior to his or her release.

In exceptional circumstances, the relevant government minister may, **on compassionate grounds, order the release of a prisoner serving a life sentence**. Prison regulations set out the conditions on which this may take place, including that the prisoner in question must normally be suffering from a terminal illness where death is likely to occur imminently, or that he or she is bedridden or similarly incapacitated. Such a decision, however, is entirely at the discretion of the government minister, who must interpret ‘compassionate grounds’ broadly and in accordance with Article 3 of the European Convention on Human Rights (“ECHR”), as incorporated into domestic law under the *Human Rights Act 1998*.

1.1. Longest prison sentence

Life imprisonment (known as a ‘life sentence’) is the longest form of imprisonment provided for under English law.

When a court passes a life sentence, it means that the offender will be subject to that sentence for the rest of his or her life.⁵¹⁵ However, at the time of passing a life sentence, the **judge must specify the**

⁵¹⁴ The United Kingdom (the “UK”) has three separate legal systems: one each for England & Wales, Scotland and Northern Ireland. Certain statutes of the UK Parliament have application in all or some of these legal systems, but aspects of criminal law and criminal procedure law can differ considerably. For this reason, the present country report will deal with the legal system of England and Wales, unless otherwise indicated.

⁵¹⁵ Sentencing Council, *Life sentences*, 2019, available at <https://www.sentencingcouncil.org.uk/about-sentencing/types-of-sentence/life-sentences/> (17.04.2019).

minimum term (sometimes called the “tariff”) an offender must spend in prison before becoming eligible to apply for release on parole.

The offender will still be **subject to the life sentence for his or her whole life**, regardless of the length of the minimum term, and may be returned to prison at any time if he or she is considered to be a risk to the public. The only exception to this is when a life sentence is passed with a ‘**whole life order**’. An offender subject to such an order will **spend the rest of his or her life in prison**.⁵¹⁶

There are **three types of life sentence**: mandatory life sentences, whole life orders and discretionary life sentences. The first two apply to offenders convicted of murder, whereas discretionary life sentences are those sentences of life imprisonment which may be issued as punishment for other types of serious offence.⁵¹⁷ These are each addressed in turn, below.

1.1.1. Mandatory life sentences

An offender aged 21 and over who is **convicted of murder** must be sentenced to imprisonment for life.⁵¹⁸

A judge is **required by law to give a life sentence, but will also set a minimum term** that an offender must serve before he or she can be considered for release on parole.⁵¹⁹

1.1.2. Whole life orders

In the most serious cases, an offender may be sentenced to life imprisonment under a ‘whole life order’, with **no prospect of parole**. On 30th September 2018, there **were 63 offenders serving a whole life sentence**.⁵²⁰ A whole life order is imposed in cases where the offender is over the age of 21 at the time the offence was committed and the offence involves:

- (a) the murder of two or more persons, where each murder involves any of the following:
 - (i) a substantial degree of premeditation or planning;
 - (ii) the abduction of the victim or
 - (iii) sexual or sadistic motivation;
- (b) the murder of a child if involving the abduction of the child or sexual or sadistic motivation;
- (c) the murder of a police officer or prison officer in the course of his or her duty;

⁵¹⁶ *Ibid.* See section 1.1.2. of this country report, below.

⁵¹⁷ Although, as mentioned in section 1.2.2. of this country report, below, whole life orders outside the context of murder are possible but are only likely to apply in very exceptional cases.

⁵¹⁸ *Murder (Abolition of Death Penalty) Act 1965*, available at

<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1965/71/contents> (17.04.2019), section 1(1). Those aged 18 or over, but under 21 when the offence was committed, are sentenced to ‘custody for life’. This is said to have no real legal distinction with those handed a life sentence. Those under the age of 18 when the offence was committed are held in ‘detention at Her Majesty’s Pleasure’. The fundamental distinction with a life sentence and custody for life is that this sentence contains an intrinsic welfare element as well as the normal punitive and protective elements in those sentences imposed on adults: see Hamish Arnott and Simon Creighton, *Parole Board Hearings – Law and Practice*, third edition, 2014, Legal Action Group, London, para. 7.2.

⁵¹⁹ For minimum terms, see section 1.2.1. of this country report, below.

⁵²⁰ Out of 7,088 life-sentenced prisoners. See: Ministry of Justice, *Offender Management Statistics Bulletin, England and Wales*, 25th October 2018, available at

https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/750698/omsq-bulletin-2018-q2.pdf (17.04.2019), p.4.

- (d) a murder done for the purpose of advancing a political, religious, racial or ideological cause; or
- (e) a murder by an offender previously convicted of murder.⁵²¹

1.1.3. Discretionary life sentences

A number of criminal offences, such as attempted murder, manslaughter and rape, **attract a maximum sentence of life imprisonment** for those aged 21 or over.⁵²² Although most offenders convicted of such offences will not receive life sentences, the *Criminal Justice Act 2003*⁵²³ provides that a sentence of life imprisonment may be imposed, first, on offenders who have committed a **listed serious offence and who are considered dangerous**,⁵²⁴ and, secondly, on offenders who are convicted of a **second very serious offence**.⁵²⁵ Specifically, the legislation states that a court must impose a sentence of life imprisonment in either of these two scenarios where the following conditions are met:

(a) Life sentence for serious offences

- the offender is convicted of a ‘serious offence’ (as listed in Schedule 15 of the *Criminal Justice Act 2003*),⁵²⁶ and
- in the court’s opinion, the offender poses a significant risk to the public of serious harm by the commission of further specified offences (the ‘dangerousness test’); and
- the court considers that the seriousness of the offence justifies the imposition of imprisonment for life.

(b) Life sentence for second listed offence

- the offender is convicted of an offence listed in Part 1 of Schedule 15B of the *Criminal Justice Act 2003*,⁵²⁷ and
- the court would impose a sentence of imprisonment of 10 years or more for the offence; and
- the offender has a previous conviction for a listed offence (in Schedule 15B of the *Criminal Justice Act 2003*) for which he or she received a life sentence with a

⁵²¹ *Criminal Justice Act 2003*, available at <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2003/44/contents> (17.04.2019), Schedule 21, para. 4.

⁵²² Although a sentencing court has, in theory, the power to impose a discretionary life sentence where this is the maximum available for the offence in question, this is, since April 2005, said to have largely been usurped by the revised discretionary life sentence framework set out here (under section 225 of the *Criminal Justice Act 2003*, *op. cit.*, and since 2012, under section 224A – see below): Hamish Arnott and Simon Creighton, *Parole Board Hearings – Law and Practice*, para. 7.3.

⁵²³ *Op. cit.*

⁵²⁴ *Criminal Justice Act 2003*, *op. cit.*, section 225.

⁵²⁵ *Ibid*, section 224A.

⁵²⁶ *Ibid*. Section 224 of the *Criminal Justice Act 2003*, *op. cit.*, defines a ‘serious offence’ as a specified sexual or violent offence which (apart from section 224A) is punishable in the case of a person aged 18 or over by (i) life imprisonment or (ii) imprisonment for a determinate period of 10 years or more (section 224(2)). Schedule 15 of the *Criminal Justice Act 2003* sets out more than 200 ‘specified offences’, classified as violent offences (such as manslaughter, kidnapping and false imprisonment) and sexual offences.

⁵²⁷ Part 1 of Schedule 15B of the *Criminal Justice Act 2003*, *op. cit.*, lists approximately 50 offences, many of which also feature in Schedule 15, including manslaughter, robbery with a firearm, terrorism offences, offences of sexual assault and modern slavery.

minimum term of at least 5 years or a sentence of imprisonment of at least 10 years;

unless, it would be unjust to do so in all the circumstances.

It is said that there are probably very few examples of offenders who would fall within the criteria for imposing a life sentence for a second listed offence (scenario (b) above), but who would not attract a discretionary life sentence for the new offence in any event as a ‘serious offence’ (scenario (a) above).⁵²⁸ However, to qualify for a discretionary life sentence for a ‘serious offence’, the **offender must pass the ‘dangerousness’ test** – something which is not a requirement for receiving a life sentence for a second listed offence. Moreover, even if all the conditions under scenario (b) above apply, the court may still avoid passing the life sentence for a second listed offence if there are particular circumstances relating to either the current offence or the past offence, or to the offender, which would “make it unjust to do so in all the circumstances.”⁵²⁹

The option of imposing a **life sentence for a second listed offence** came into force on 3rd December 2012 in relation to offences committed on or after that date.⁵³⁰ This coincided with the **abolition of what are referred to as sentences of ‘imprisonment for public protection’ (“IPPs”)**, which had been in force since 2005.⁵³¹ Designed to ensure that dangerous violent and sexual offenders stayed in custody for as long as they presented a risk to society, those not receiving a life sentence upon conviction for one of the 153 listed categories of violent or sexual offences could instead be subjected to an indeterminate sentence. This had led to differences in punishment as between offenders committing the same crime, and placed the prisoner in the difficult position of proving that he or she was no longer a risk to the public.⁵³² IPPs were not abolished retrospectively, however, and a large number of offenders are still serving indeterminate sentences.⁵³³

1.2. Release from prison

The minimum period of time that an offender serving life imprisonment must spend in custody before being eligible for release on parole is known as the ‘**minimum term**’. Historically referred to as the ‘tariff’ this is considered as the punitive part of the sentence that is imposed for the purposes of retribution and deterrence.⁵³⁴ At the end of that term, the offender may apply to a non-departmental public body known as the **Parole Board**,⁵³⁵ for release on licence. The offender will only be released if

⁵²⁸ See David Ormerod QC and David Perry QC (eds.), *Blackstone’s Criminal Practice 2018*, Oxford University Press, 2018, para. E4.16.

⁵²⁹ *Ibid* with reference to *Criminal Justice Act 2003*, *op. cit.*, section 224A(2)(b).

⁵³⁰ Section 122 of the *Legal Aid, Sentencing and Punishment of Offenders Act 2012* (available at <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2012/10/contents/enacted> (23.04.2019)) introduced a new section 224A into the *Criminal Justice Act 2003*, *op. cit.*

⁵³¹ The sentence of IPP was introduced by section 224(2) of the *Criminal Justice Act 2003* for offences committed on or after 4th April 2005. See section 2.1. of this country report, below.

⁵³² See Jacqueline Beard, *Briefing Paper - Sentences of Imprisonment for Public Protection*, House of Commons Library, Number 06086, 25th October 2017, available at <http://researchbriefings.files.parliament.uk/documents/SN06086/SN06086.pdf> (23.04.2019), p.12, with reference to Ken Clarke, Secretary of State for Justice, House of Commons Debate 1st November 2011, c787.

⁵³³ See section 2.1. of this country report, below, for more details on IPPs.

⁵³⁴ See Hamish Arnott and Simon Creighton, *Parole Board Hearings – Law and Practice*, *op. cit.*, para. 7.23.

⁵³⁵ The Parole Board was established in 1968 and consists of 246 members (whose appointment is approved by the Secretary of State) who make decisions and assessments on prisoners to determine whether they

no longer considered to be a risk to the public, and will be subject to certain conditions imposed by the Parole Board itself on a case by case basis. If the conditions are broken or if the offender is considered to be a risk to the public, s/he will be returned to prison.⁵³⁶

As discussed above, a **whole life term of imprisonment is the starting point** for sentences handed down to those aged 21 or over in the **most serious of murder cases**. As the name indicates, imprisonment is for the whole of the offender's life, and no minimum term is set by the court. Due to the seriousness of the offence, the court orders that the **early release provisions are not to apply to the offender**.⁵³⁷ The conditions for setting a whole life sentence are discussed in section 1.3. of this country report, below.

1.2.1. Minimum terms for mandatory life sentences

The *Criminal Justice Act 2003*⁵³⁸ provides a **statutory scheme for the setting of minimum terms in murder cases**. The relevant provisions apply to all cases in which a court passes a mandatory life sentence for murder. These state that the court must normally make an order that early release provisions⁵³⁹ are to apply to the offender as soon as he or she has served the part of his sentence which is specified in the order.⁵⁴⁰ A judge fixing the minimum term to be served is concerned with the seriousness of the offence and not the dangerousness of the offender. The element of public protection is provided by the indeterminate nature of the life sentence itself and becomes the responsibility of the Parole Board once the minimum term has been served.⁵⁴¹

In setting a minimum term for a mandatory life sentence, courts will make reference to statutory guidelines, contained in Schedule 21 of the *Criminal Justice Act 2003*. The **first starting point is that of a 'whole life order'**. Where a court considers that the seriousness of the offence does not fall within the category of offence warranting a whole-life term sentence, but that it is nevertheless particularly high, the **appropriate starting point in determining the minimum term is 30 years**.⁵⁴² Cases that would normally fall in to this category, according to the legislative guidance are, where the offender is aged 18 years or over and he or she is convicted of one or more of the following offences:

- a murder involving the use of a firearm or explosive;
- murder for gain (e.g. a contract killing or murder during the course of a burglary);
- murder intended to obstruct the course of justice (e.g. murder of a witness);
- murder involving sexual or sadistic conduct;
- the murder of two or more persons (other than those for which a whole life starting point is appropriate);
- murder motivated by race, religion, sexual orientation, disability or transgender identity; or

can be safely released into the community. See Gov.uk, *The Parole Board – About us*, available at <https://www.gov.uk/government/organisations/parole-board> (24.04.2019).

⁵³⁶ See Sentencing Council, *Life sentences*, *op. cit.*

⁵³⁷ *Criminal Justice Act 2003*, *op. cit.*, section 269(4).

⁵³⁸ *Ibid*, sections 269 to 277 and Schedules 21 and 22.

⁵³⁹ Set out under *Criminal (Sentences) Act 1997*, available at <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1997/43/contents> (24.04.2019).

⁵⁴⁰ *Criminal Justice Act 2003*, *op. cit.*, section 269(2).

⁵⁴¹ David Ormerod QC and David Perry QC (eds.), *Blackstone's Criminal Practice 2018*, *op. cit.*, para. E3.2, with reference to *Leigers* [2005] 2 Criminal Appeal Reports (Sentencing) 654 and *Jones* [2006] 2 Criminal Appeal Reports (Sentencing) 121.

⁵⁴² *Criminal Justice Act 2003*, *op. cit.*, Schedule 21, para. 5(1).

- a murder within the category of cases that would otherwise attract a whole life sentence starting point committed by an offender aged under 21 at the time of the offence.⁵⁴³

Where the case does not fall within the level of seriousness warranting a whole life sentence or a 30-year starting point, the **starting point is 25 years**. This is used where the offender took a knife or other weapon to the scene intending to commit any offence or to have it available to use as a weapon, and then used that knife or other weapon in committing the murder.⁵⁴⁴

The appropriate starting point for any murder not covered by the whole life, 30-year or 25-year starting points for determining the **minimum period is 15 years**.⁵⁴⁵

The starting point for any murder (whatever the circumstances) committed by an offender aged 17 years or under at the time of the offence is 12 years.⁵⁴⁶

Once a court has determined the appropriate starting point for the minimum term, it should take into account any **aggravating or mitigating factors** and may add to or subtract from the starting point to arrive at the appropriate minimum term for the particular offender being sentenced.⁵⁴⁷ In particular, Schedule 21 of the *Criminal Justice Act 2003* states that:

*“Detailed consideration of aggravating or mitigating factors **may result in a minimum term of any length** (regardless of the starting point), or in the making of a whole life order.”⁵⁴⁸*

It is unlikely that a minimum term would be reduced to zero. There are, however, examples of significant departures from the starting point for the minimum term to be served for a sentence of life imprisonment. In a 2007 case, a man who killed his severely sick wife after she pleaded with him to help her die was, from a starting point of 15 years, ordered to serve a minimum of three years. The case was described by the judge as being “highly unusual, if not unique.”⁵⁴⁹

1.2.2. Minimum terms for discretionary life sentences

Different legislative rules apply to discretionary life sentences; in other words, where the sentence is not fixed by law.⁵⁵⁰ Unlike guidelines set out under Schedule 21 of the *Criminal Justice Act 2003* in relation to whole life and mandatory life sentences for murder, Section 82A of the *Power of Criminal Courts (Sentencing) Act 2000*⁵⁵¹ provides that calculation of the minimum term in a discretionary life sentence is **solely an exercise in judicial discretion**. The minimum term may therefore be of any duration deemed appropriate by the court.

In particular, section 82A requires a court to set out that part of the offender’s sentence which the offender must serve (the ‘specified period’) before he or she becomes eligible to be considered for early release.⁵⁵² Although the life sentence is designed to protect the public from the offender, the

543 *Ibid*, Schedule 21, para. 5(2).

544 *Ibid*, Schedule 21, paras. 5A(1) and (2).

545 *Ibid*, Schedule 21, para. 6.

546 *Ibid*, Schedule 21, para. 7.

547 *Ibid*, Schedule 21, para. 8.

548 *Ibid*, Schedule 21, para. 9.

549 The *Guardian*, ‘Devoted’ husband gets life for killing wife, 24th May 2007, available at <https://www.theguardian.com/society/2007/may/24/longtermcare.crime> (20.05.2019).

550 See section 1.1.3. of this country report, above.

551 *Power of Criminal Courts (Sentencing) Act 2000*, available at <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2000/6/contents> (24.04.2019).

552 *Ibid*, section 82A(2) and (3).

specified period under section 82A is meant to reflect the degree of punishment, retribution and deterrence appropriate for the offence, aside from the question of public protection.⁵⁵³ This will represent the minimum term to be served by the offender.

In deciding what the specified period should be, the **seriousness of the offence** or the combination of the offence and one or more of the offences associated with it should be taken into account, along with an **appropriate adjustment for time spent in custody on remand** or under qualifying curfew.⁵⁵⁴

It is also possible in very rare cases of a **discretionary life sentence** for early release provisions to even be disapplied and a **whole life sentence** ordered; this is where it is deemed that the offence (or offences) is so serious that imprisonment for life is justified, irrespective of the risk to the public.⁵⁵⁵

1.3. Imposition of restrictions at the time of issuing sentence

Where a court imposes a **determinate sentence of imprisonment of 12 months or more** on an offender for any offence, the part of the sentence to be served after release from custody “on licence” will be **subject to prescribed standard conditions**, and may also be subject to additional conditions, recommended by the court at the time of sentencing.⁵⁵⁶ Licence conditions are to be determined by the Secretary of State shortly before release of the offender, and such determination must take into account any such recommendations previously made by the court.⁵⁵⁷

However, a judge fixing the minimum term to be served as part of a life sentence (in other words, an **indeterminate sentence**) is not empowered to attach conditions to the terms of early release or to otherwise delay release. He or she **only determines the minimum term to be served**, and in doing so, is only concerned with the seriousness of the offence and not the dangerousness of the offender.⁵⁵⁸ As stated above, the element of public protection from the offender is said to be provided by the indeterminate nature of the life sentence itself; the question of whether the offender continues to be a risk to the public becomes the **responsibility of the Parole Board** once the minimum term has been served.⁵⁵⁹ The Parole Board, is, by statute, required to consider whether it is, “*satisfied that it is no longer necessary for the protection of the public*,” that the prisoner should remain detained.⁵⁶⁰

Although a **court is not in a position to attach conditions to the early release of offenders serving life imprisonment**, it is, as discussed above,⁵⁶¹ **empowered to preclude release altogether** by issuing a whole life order in the most serious of murder cases. According to section 269(4) of the *Criminal Justice Act 2003*, the court must, in such cases, order that the usual early release provisions relating to life sentences⁵⁶² do not apply.

⁵⁵³ David Ormerod QC and David Perry QC (eds.), *Blackstone's Criminal Practice 2018*, *op. cit.*, para. E4.26, with reference to Wheaton [2005] 1 Criminal Appeal Reports (Sentencing) 425.

⁵⁵⁴ *Power of Criminal Courts (Sentencing) Act 2000*, *op. cit.*, section 82A(3)(b).

⁵⁵⁵ *Power of Criminal Courts (Sentencing) Act 2000*, section 82A(4). See Oakes [2013] 2 All England Law Reports 30.

⁵⁵⁶ *Criminal Justice Act 1993*, *op. cit.*, section 238. See David Ormerod QC and David Perry QC (eds.), *Blackstone's Criminal Practice 2018*, *op. cit.*, para. E2.25.

⁵⁵⁷ *Ibid.*

⁵⁵⁸ *Ibid.*, para. E3.2.

⁵⁵⁹ *Ibid.*, para. E3.2.

⁵⁶⁰ *Criminal (Sentences) Act 1997*, *op. cit.*, section 28(6)(b).

⁵⁶¹ See section 1.1.2. of this country report, above.

⁵⁶² *Criminal Justice Act 1993*, *op. cit.*, section 269(2) and sections 28(5) to (8) of the *Crime (Sentences) Act 1997*, *op. cit.* See section 1.2. of this country report, above.

1.4. Clemency

The only known form of pardon, or clemency, is the power of the Secretary of State to release prisoners serving life sentences on compassionate grounds at any time during the life sentence. This power, set out under section 30 of the *Criminal (Sentences) Act 1997*⁵⁶³ states that the Secretary of State may **at any time** release a life prisoner on licence if he is satisfied that **exceptional circumstances exist which justify the prisoner's release on compassionate grounds**, and that the Secretary of State must, moreover, consult the Parole Board before releasing a life prisoner on such grounds, unless circumstances render such consultation impracticable.⁵⁶⁴ The exercise of this power, however, is entirely discretionary.⁵⁶⁵

Section 30 of the Act is supported by the only surviving chapter of the now defunct Prison Service Order, *PSO 4700 indeterminate sentence manual*,⁵⁶⁶ part of a set of rules and regulations by which prisons are run, issued by *Her Majesty's Prison & Probation Service*. This specifies that the **purpose of compassionate release for those serving life sentences is ordinarily restricted to medical grounds**. It provides that compassionate release must be approved personally by the minister and that it cannot be delegated to another official. In particular, it specifies that the power may be exercised where:

- the prisoner is **suffering from a terminal illness and death is likely to occur very shortly** (although there are no set time limits, three months may be considered to be an appropriate period for an application to be made to what is known as the *Public Protection Casework Section*), or the lifer is bedridden or similarly incapacitated (for example, he or she is paralysed or suffering from a severe stroke); and
- the risk of **re-offending (particularly of a violent or sexual nature) is minimal**; and
- further **imprisonment would reduce the prisoner's life expectancy**; and
- there are **adequate arrangements** for the prisoner's care and treatment outside prison; and
- early release will bring some **significant benefit to the prisoner** or he or her family.⁵⁶⁷

It is **only the Secretary of State that may exercise this power**. Although the statute requires the Parole Board to be consulted where release is being contemplated, there is no such requirement in cases where the Secretary of State does not consider that compassionate release is appropriate.⁵⁶⁸

Recent case law has, however, clarified that release in exceptional circumstances is not to be limited to 'end of life' situations but, in order to be consistent with the ECHR, must be interpreted broadly and extend to all compassionate grounds.⁵⁶⁹ Although previously viewed by the European Court of Human Rights as being incompatible with Article 3 of the ECHR (because the Court found that UK law offered

⁵⁶³ *Op. cit.*

⁵⁶⁴ *Criminal (Sentences) Act 1997, op. cit.*, section 30(2).

⁵⁶⁵ See this section of the country report, further below.

⁵⁶⁶ HM Prison & Probation Service, *PSO 4700 indeterminate sentence manual – Chapter 12: Compassionate release on medical grounds*, May 2006, updated 11th April 2019, available at https://www.justice.gov.uk/downloads/offenders/psipso/pso/pso_4700_indeterminate_sentence_manual_ch_12.doc (29.04.2019).

⁵⁶⁷ *Ibid*, para. 12.2.1.

⁵⁶⁸ See reference in Hamish Arnott and Simon Creighton, *Parole Board Hearings – Law and Practice*, *op. cit.*, para. 7.42 to *R (Spinks) v. Secretary of State for the Home Department* [2005] England and Wales Court of Appeal (Civil Division) 275.

⁵⁶⁹ *R. v. McLoughlin and R. v. Lee William Newell* [2014] England and Wales Court of Appeal (Criminal Division) 188, paras 19-37.

no possibility of review or release for whole life sentences except in very limited circumstances),⁵⁷⁰ the Court subsequently held in 2017 that a UK prisoner's whole life sentence does not breach the ECHR where the Secretary of State's discretion to release whole life prisoners on compassionate grounds is bound by domestic law that recognises the binding nature of the ECHR (as incorporated into domestic law by the *Human Rights Act 1998*) and jurisprudence of the European Court of Human Rights.⁵⁷¹

2. Preventive measures which deprive freedom

Summary

Other than court orders which may be made in relation to mentally disordered offenders, there are no known preventive measures open to a court by which an offender may, independently of their guilt, be placed in custody for the purposes of protecting the public.

From 2005 until 2012, sentences of *Imprisonment for Public Protection* ("IPP"), lasting for as long as the offender was considered to present a risk to society, could be issued to those convicted of particularly dangerous sexual and violent offences. These were, however, abolished in 2012.

Mentally disordered offenders, known as restricted patients, may be detained in hospital for treatment and subject to special controls by the Secretary of State of Justice. They will typically begin detention in one of the three high secure hospitals or in a medium secure hospital. This may take place in three ways: (a) a restricted hospital order imposed by the Crown Court;⁵⁷² (b) a hospital and limitation direction, imposed by the Crown Court alongside a sentence of imprisonment; or (c) a transfer from prison to hospital for treatment. The duration of restricted detention in a hospital relies on whether the patient's disorder justifies his or her continuing detention for medical treatment and on whether that detention is still, in the view of the Secretary of State, needed for the protection of the public from serious harm. It may therefore potentially be indefinite. A patient subject to a restricted hospital order may spend significantly more or less time detained than s/he would have had s/he received a sentence of imprisonment; a patient who is subject to a sentence and then transferred to hospital may spend longer in hospital than s/he would have in prison.

2.1. Preventive measures

Other than court orders for the detention and treatment of mentally disordered offenders, there are no known preventive measures⁵⁷³ currently in force which allow for the deprivation of a dangerous person's liberty with the aim of protecting the public, regardless of that person's guilt.

⁵⁷⁰ See *Vinter and Others v. The United Kingdom*, Applications nos. 66069/09, 130/10 and 3896/10, European Court of Human Rights, 9 July 2013.

⁵⁷¹ *Hutchinson v. The United Kingdom*, no. 57592/08, European Court of Human Rights, 17 January 2017.

⁵⁷² 'Crown Court' refers to those criminal courts which have jurisdiction to deal with more serious ('either-way' and 'indictable') offences.

⁵⁷³ Note that the present report does not address questions of remand (committing an accused person to custody prior to conviction as an alternative to being released on bail during an adjournment of proceedings).

2.1.1. Imprisonment for Public Protection (abolished)

From 2005 until their **abolition in 2012**, courts could issue sentences of ***Imprisonment for Public Protection*** ("IPP").⁵⁷⁴ These were designed to ensure that dangerous violent and sexual offenders stayed in custody for as long as they presented a risk to society. As they were abolished in 2012, IPPs are not treated in detail in the present report, and are not addressed further in sections 2.2. and 2.3. below.

Under the IPP system, a person who had committed a specified violent or sexual offence would be given an IPP if the offence was not so serious as to warrant a life sentence.⁵⁷⁵ Once they had served their minimum period, they would have to satisfy the Parole Board that they no longer posed a risk to society, before they could be released. Release is never automatic and prisoners can be detained indefinitely if the Parole Board decides it is not safe to release them. The new Coalition Government in 2010 **abolished IPP sentences for offenders convicted on or after 3rd December 2012**.⁵⁷⁶ The change, however, was not retrospective and did not apply to prisoners serving such sentences at the time. It is reported that there are **still around 2,600 prisoners serving IPPs**.⁵⁷⁷

IPPs were abolished following **criticism of the system**, in particular:

- the provision as introduced was too broad, and caught up less serious offenders, as well as the more serious ones;
- because there were so many prisoners on IPPs with short minimum terms, all needing to show that they were no longer a risk to society before they could be released, this put a strain on the prison and parole systems, which had been used to detaining with indeterminate sentence prisoners with much longer minimum periods of imprisonment;
- the administrative delays resulted in uncertainty and perceived injustice for prisoners and litigation;
- the rapid rise in the numbers of those on IPPs contributed to overcrowding in prisons.⁵⁷⁸

The *Legal Aid, Sentencing and Punishment of Offenders Act 2012* repealed provisions of the *Criminal Justice Act 2003* which created IPPs⁵⁷⁹ and **replaced them with provisions for life sentences to be imposed on conviction for a second serious offence**.⁵⁸⁰ These are discussed above.⁵⁸¹

⁵⁷⁴ The *Legal Aid, Sentencing and Punishment of Offenders Act 2012*, *op. cit.*, Part 3, Chapter 5, sections 122 to 128 repeals provisions in the *Criminal Justice Act 2003*, *op. cit.* which created IPP sentences.

⁵⁷⁵ Jacqueline Beard, *Briefing Paper - Sentences of Imprisonment for Public Protection*, *op. cit.*, p. 3.

⁵⁷⁶ *Ibid*, p. 4.

⁵⁷⁷ As quoted by Smash IPP, a grassroots campaign for IPP prisoners: see BBC News, *Family 'left in limbo' by indefinite jail term*, 5th March 2019, available at <https://www.bbc.com/news/uk-england-lancashire-47461779> (30.04.2019).

⁵⁷⁸ Jacqueline Beard, *Briefing Paper - Sentences of Imprisonment for Public Protection*, *op. cit.*, p. 5.

⁵⁷⁹ The *Legal Aid, Sentencing and Punishment of Offenders Act 2012*, *op. cit.*, Part 3, Chapter 5, sections 122 to 128 repealed provisions in the *Criminal Justice Act 2003*, *op. cit.* which created IPP sentences.

⁵⁸⁰ This was in addition to a new provision, under section 226A of the *Criminal Justice Act 2003*, *op. cit.*, according to which offenders could be issued with an extended sentence where the court considers that there is a significant risk to members of the public of serious harm occasioned by the commission by the offender of further specified offences. However, the length of any extended custodial sentence cannot exceed the maximum penalty for the offence.

⁵⁸¹ See section 1.1.3. of this country report, above.

2.1.2. Mentally disordered offenders

Mentally disordered offenders may be subjected to preventive measures in the form of detention under specific sections of the *Mental Health Act 1983* (the “MHA 1983”)⁵⁸² in what is known as the ‘restricted patient system’. This may occur in one of three ways, as discussed below:

2.1.2.1. Restricted hospital order (MHA 1983, sections 37 and 41)

A mentally disordered offender convicted of an imprisonable offence⁵⁸³ may be subjected by criminal courts to a hospital order, **admitting the offender to hospital for treatment instead of imposing a prison sentence**.⁵⁸⁴ A hospital order alone is not considered as a punishment, but rather as a diversion from the criminal justice system and into the secure hospital system for treatment. However, where a Crown Court makes a hospital order, it may also impose a restriction order (making it a ‘restricted hospital order’) if it considers that it is **necessary to do so to protect the public from serious harm**.⁵⁸⁵ The distinction from a unrestricted order is that the Court has concluded, in the light of the circumstances of the offender and the offence, that decisions on liberty should not be left to clinical discretion. While a restriction order is in force, certain aspects of the patient’s management which would otherwise be at the discretion of the patient’s responsible clinician⁵⁸⁶ (for example, taking a leave of absence, transferring to another hospital or discharge into the community) become **subject to the consent of the Secretary of State for Justice**.

A hospital order may also be made in cases **where the offender is not convicted** but has been found unfit to plead [guilty or not guilty, for example] (but found to have committed the act), or has been found not guilty by reason of insanity.⁵⁸⁷ In each case, the Crown Court may also impose a restriction order; this is mandatory where the offender was charged with murder.⁵⁸⁸

2.1.2.2. Hospital direction and limitation direction (MHA 1983, sections 45A and 45B)

The Crown Court has the power to make what is known as a hospital direction and limitation direction where it decides that an **appropriate sentence is one of imprisonment**, but considers that it is necessary to immediately divert the offender to hospital for treatment.⁵⁸⁹ This route offers to the court an appropriate order in circumstances **where an offender’s responsibility for his or her actions are reduced, but still high** and where the court wishes to ensure that the offender, upon completion of his or her period of treatment, will thereafter be transferred to prison for the remainder of the sentence rather than being released from hospital. It involves the imposition of a hospital direction and limitation direction, with the limitation direction having the same effect as a restriction order under section 41 (see (a) above).

⁵⁸² *Mental Health Act 1983*, available at <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1983/20/contents> (21.05.2019).

⁵⁸³ A section 37 hospital order cannot be imposed for an offence which attracts a mandatory life sentence: see section 1.1.1. of this country report, above.

⁵⁸⁴ MHA 1983, section 37.

⁵⁸⁵ *Ibid*, section 41.

⁵⁸⁶ This is the clinician, usually a psychiatrist, responsible for the care of the restricted patient either while detained in hospital or under supervision in the community.

⁵⁸⁷ *Criminal Procedure (Insanity) Act 1964*, available at <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1964/84> (21.05.2019), section 5.

⁵⁸⁸ *Ibid*.

⁵⁸⁹ A section 45A hospital direction and limitation direction cannot be imposed for an offence which attracts a mandatory life sentence: see section 1.1.1. of this country report, above.

2.1.2.3. Transferred prisoners (MHA 1983, sections 47 and 49)

Offenders who have been sentenced to prison may be transferred, by the Secretary of State for Justice, from prison to hospital for treatment. He or she may also make these transferred prisoners **subject to a ‘restriction direction’**, resulting in the same restrictions as an order under section 41 of the MHA 1983 (see (a) above). Such a restriction will generally be imposed for such a transfer in order to ensure that the offender is not discharged from hospital where he or she should be returned to prison or other place of detention and to also ensure that relevant decisions concerning the patient’s management in hospital require the Secretary of State’s consent.

It is reported that a restricted patient entering the hospital system from the courts will typically begin **detention in one of England’s three high secure hospitals** (Broadmoor Hospital, Ashworth Hospital and Rampton Secure Hospital) or in a medium secure hospital.⁵⁹⁰ Those entering the system as transferred prisoners, on the other hand, will initially be transferred to a hospital offering an appropriate level of security, dependent on the circumstances of the case and the level of risk the patient presents.

2.2. Conditions

The following concerns the detention of mentally disordered individuals only.

The order for a person to be detained as a restricted patient for the purposes of hospital treatment is subject to certain conditions. These **vary according to the circumstances of the detention**. For ease of reference, these will be considered under the same categories examined in 2.1.2. of this country report, above:

2.2.1. Restricted hospital order

Where convicted of an offence punishable with imprisonment, a court may order detention in a hospital where it is satisfied on the written or oral **evidence of two registered medical practitioners** that the offender is suffering from **a mental disorder** of a nature or degree which makes it appropriate for him or her to be detained in a hospital for medical treatment, that such **medical treatment is available** for him or her, and that with regard to the circumstances of the case (including the nature of the offence and the character and criminal history of the offender), that a hospital order is the most appropriate means of dealing with him or her.⁵⁹¹

Moreover, a hospital order cannot be made unless the court is satisfied, on the written or oral evidence of the approved clinician who would be in charge of the offender’s treatment, or some other person representing the managers of the hospital, that **arrangements have been made for the offender’s admission** to that hospital within 28 days of the date of the order.⁵⁹² The decision whether to make a hospital order or to impose a sentence of imprisonment is within the discretion of the court.⁵⁹³

Where a hospital order is made, a **restriction order** may be made where it appears to the court, “*having regard to the nature of the offence, the antecedents of the offender and the risk of his*

⁵⁹⁰ Ministry of Justice and Her Majesty’s Prison & Probation Service, *Mentally disordered offenders – the restricted patient system – Background Briefing*, 22nd December 2017, available at https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/670671/RP_Background_Brief_v1_Dec_2017.pdf (21.05.2019), p. 8.

⁵⁹¹ MHA 1983, section 37(2).

⁵⁹² *Ibid*, section 37(4).

⁵⁹³ *Khelfi* [2006] 2 Criminal Appeal Reports (Sentencing) 650.

*committing further offences is set at large, that it is necessary for the protection of the public from serious harm so to do.*⁵⁹⁴ A restriction order cannot be made unless there is evidence that it is **necessary to protect the public from serious harm**,⁵⁹⁵ but even if criteria for making a restriction order are met, the sentencer may, but is not obliged, to make one.⁵⁹⁶ Alternative sentences include life imprisonment or a fixed-term sentence. Case law indicates that a life sentence is to be preferred to a fixed-term sentence where the offender is subject to a degree of mental instability which makes it probable that he or she will continue to offend unless detained for an indefinite period.⁵⁹⁷

2.2.2. Hospital direction and limitation direction

A hospital direction under section 45A of the MHA 1983 must also include a limitation direction under section 45B – sometimes referred to as a ‘hybrid’ order. The power to make a hospital direction and limitation direction is available where a person is convicted of an offence (not including one for which there is a mandatory sentence)⁵⁹⁸ and the court decides that an appropriate sentence is one of imprisonment, but also considers that it is **necessary to immediately divert the offender to hospital**. Case law has clarified that it is limited to offenders aged 21 and over only.⁵⁹⁹

Before making a hospital direction, the court must be satisfied on the written or oral **evidence of two registered medical practitioners** (at least one of whom must give oral evidence)⁶⁰⁰ that:

- the offender is suffering from a mental disorder;
- the mental disorder from which the offender is suffering is of a nature or degree which makes it appropriate for him or her to be detained in a hospital for medical treatment; and
- appropriate medical treatment is available for him or her.⁶⁰¹

The limitation direction, which must accompany the hospital direction, is a direction that the offender is made subject to the restrictions set out in a restriction order under section 41 of the MHA 1983.⁶⁰² Neither direction may be made unless the court is satisfied, on the written or oral evidence of the approved clinician who would be in charge of the offender’s treatment, or some other person representing the managers of the hospital, that **arrangements have been made for the offender’s admission** to that hospital within 28 days of the date of the order.⁶⁰³

2.2.3. Transferred prisoners

For a prisoner to be transferred to a hospital for treatment, the Secretary of State must be satisfied, by **reports from at least two registered medical practitioners**, that the person is suffering from a **mental disorder** of a nature or degree which makes it appropriate for him or her to be detained in hospital for medical treatment, and that medical treatment is available.⁶⁰⁴ The Secretary of State must

⁵⁹⁴ MHA 1983, section 41(1).

⁵⁹⁵ Courtney (1987) 9 Criminal Appeal Reports (Sentencing) 404 ; Kearney [2003] 2 Criminal Appeal Reports (Sentencing) 85.

⁵⁹⁶ David Ormerod QC and David Perry QC (eds.), *Blackstone’s Criminal Practice 2018*, *op. cit.*, para. E22.8.

⁵⁹⁷ *Ibid.*

⁵⁹⁸ For ‘mandatory sentence’ see section 1.1.1. of this country report above.

⁵⁹⁹ Poole [2015] 1 Criminal Appeal Reports (Sentencing) 7 (2).

⁶⁰⁰ MHA 1983, section 45A(4).

⁶⁰¹ MHA 1983, section 45A(2).

⁶⁰² See section 2.2.(a) of this country report, above.

⁶⁰³ MHA 1983, section 45A(5).

⁶⁰⁴ MHA 1983, section 47(1).

also be of the opinion that having regard to the public interest and all the circumstances, that it is expedient to direct transfer to hospital.

The Secretary of State may also make these transferred prisoners subject to the special restrictions of a restriction order under section 41 of the MHA 1983 (to be known as a ‘restriction direction’). As mentioned above, the Secretary of State will generally impose restrictions on the transfer of a prisoner to ensure that the offender is **not discharged from the hospital in circumstances where they should be returned to prison** or other place of detention and in order to ensure that relevant decisions relating to the patient’s management in hospital require the Secretary of State’s consent.⁶⁰⁵

2.3. Duration

The following concerns the detention of mentally disordered individuals only.

2.3.1. Restricted hospital order

A **hospital order** unaccompanied by a restriction order **lapses after six months, although it may be renewed** for a further six months and then at yearly intervals thereafter, where the responsible medical officer considers further detention necessary for the protection of the public or in the interests of the patient’s health or safety.⁶⁰⁶ There is **no limit to the number of renewals**. The principal consequence of the making of a **restriction order**, however, is that it **converts a hospital order into an order of indefinite duration**. It does not require regular renewal to prevent it from lapsing, but remains in force indefinitely until it is discharged by the responsible clinician with the agreement of the Secretary of State.⁶⁰⁷ While a person is subject to a restriction order, the responsible clinician is required, at intervals of no more than one year, to report to the Secretary of State on that person.⁶⁰⁸ It is only if the Secretary of State is **satisfied that a restriction order is no longer required for the protection of the public** from serious harm that he or she may direct that the patient shall cease to be subject to the special restrictions set out in the restriction order.⁶⁰⁹ The question then informing a decision to discharge is whether the patient’s disorder, and the risk arising from it, justifies his or her continuing detention for medical treatment.

These principles also apply to individuals who have not been convicted, but who have been found **unfit to plead or not guilty by reason of insanity**.⁶¹⁰

2.3.2. Hospital and limitation direction

Similarly, a patient who is subject to a **section 45A hospital and limitation direction** may serve his or her entire sentence in hospital if he or she continues to meet the criteria for detention under the MHA 1983. The limitation direction ceases to have effect on the patient’s sentence release date, but the hospital direction continues in force until the patient is discharged. Accordingly, if the patient

⁶⁰⁵ Ministry of Justice and Her Majesty’s Prison & Probation Service, *Mentally disordered offenders – the restricted patient system – Background Briefing*, op. cit., p. 6.

⁶⁰⁶ MHA 1983, section 20 and Schedule 1.

⁶⁰⁷ Under section 23 of the MHA 1983, or under section 42, or by the First Tier (Mental Health) Tribunal under section 73 or 75 of the MHA 1983. See Ministry of Justice, *Mental Health Act 2007: Guidance for the courts on remand and sentencing powers for mentally disordered offenders*, March 2008, Crown Copyright, paras 5.9-5.11.

⁶⁰⁸ MHA 1983, section 41(6).

⁶⁰⁹ MHA 1983, section 42(1).

⁶¹⁰ See 2.1.2.1. of this country report, above.

continues to meet the criteria under the MHA 1983 for detention in hospital,⁶¹¹ he or she **may remain detained in hospital beyond the date on which he or she would have been released** from his or her sentence, but will no longer be subject to the restrictions.

As the Government explains in its own briefing note,⁶¹² if a patient subject to a section 45A hospital and limitation direction was **sentenced to an indeterminate sentence** (this being a IPP (under the now abolished law) or a discretionary life sentence), the limitation direction would remain in effect for the duration of that person's detention in hospital, even past the minimum term stipulated. The release date for such sentences is not fixed and is determined by a direction to release by the Parole Board. The Parole Board cannot consider release until the minimum term has been served, and the **case will not be referred to the Parole Board while the patient remains detained under the MHA 1983**. If, during the period of the sentence, the offender's health improves, such that they no longer meet the criteria for detention in hospital, he or she may be **transferred to prison to serve the remainder of his or her sentence**.

2.3.3. Transferred prisoners

The **principles concerning the duration of hospital and limitation directions also apply** to transferred prisoners. In the case of indeterminate sentences, the restriction direction applying to the transferred prisoner remains in effect for the duration of his or her detention in hospital, even if this exceeds the minimum term stipulated at original sentencing.

⁶¹¹ MHA 1983, section 37(2), referred to in section 2.1.1. of this country report, above.

⁶¹² Ministry of Justice and Her Majesty's Prison & Probation Service, *Mentally disordered offenders – the restricted patient system – Background Briefing*, op. cit., p. 5.

F. PAYS-BAS

1. Sentence for life imprisonment

Summary

Until 2007, all criminal offenders sentenced to a prison sentence were automatically entitled to early release after having served two-thirds of their prison sentence. In 2007, the system of early release was replaced by the system of conditional release. Prisoners who are eligible for release in accordance with the relevant provisions of the new system, are released after having served two-thirds of the prison sentence on conditions.

The system of conditional release does not apply to prisoners sentenced to life imprisonment. While life imprisonment is a term that is served for life, policy changes were proposed in 2016. This was followed by a series of cases by the European Court of Human Rights concerning the compatibility of life imprisonment without the possibility of review and prospect of release with Article 3 of the European Convention on Human Rights. Though the new policy changes for life prisoners do not bring them under the regime of conditional release they entail possibilities for reintegration activities including leave and eventually release by way of a pardon.

1.1. Longest prison sentence

In the Netherlands, unlike many countries in the European Union, the life imprisonment term is in fact a prison sentence that is served for life.⁶¹³

The legal basis can be found in Article 10 of the Criminal Code (hereafter “CC”)⁶¹⁴ which provides that criminal offences may be punished by either life imprisonment or a fixed prison sentence, which for certain categories of criminal offences is limited to a maximum of 18 years or 30 years of imprisonment where it concerns crimes where the judge may decide between life imprisonment or a fixed sentence. For each criminal offence the maximum penalty that may be imposed is defined in the respective provisions in the Criminal Code.

Categories of crimes for which life imprisonment can be imposed include:

- murder (Article 289 Criminal Code), whether or not with a terrorist purpose
- aggravated manslaughter (Article 288 Criminal Code)
- crimes against state security (Article 92 et al. Criminal Code)
- crimes against royal dignity (Article 108 Criminal Code)
- hostage-taking with terrorist purposes (Article 282b Criminal Code)
- deliberately triggering an explosion where there is a danger to life for someone else and which results in someone's death (Article 157 (3) Criminal Code).

If the conviction concerns a (mere) attempt to an offence for which, had it been fully executed, life imprisonment may be imposed, a maximum prison sentence of 20 years can be imposed (Article 45 CC). For all other attempted criminal offences, one-third of the maximum sentences provided for, shall be deduced.

⁶¹³ WODC, *De levenslange vrijheidsstraf*, jaargang 39, april, <https://research.vu.nl/ws/portalfiles/portal/869180/Perspectief+voor+levenslanggestraften.pdf>.

⁶¹⁴ Wetboek van Strafrecht, <https://wetten.overheid.nl/jci1.3:c:BWBR0001854>, accessed on 13 May 2019.

1.2. Release from prison

Background: from early release to conditional release

Until 2007 the system of parole in the Netherlands was covered by the provisions governing early release. The system of early release entailed that every offender sentenced to a prison sentence was automatically entitled to early release after having served two-thirds of the prison sentence. However, as this system became heavily criticised since no conditions could be attached to the early release and no legal basis existed to revoke early release, it was overhauled. In 2007 legislation on conditional release was introduced.⁶¹⁵

The current system's departing point is that all prisoners who fall under the scope of the relevant provisions are eligible for conditional release. The objective of the conditional release is to ensure that detainees who have served a long-term prison sentence are released and that they may return to society in a supervised, controlled manner. The conditions are aligned with the specific aspects and circumstances of the crime and the offender.

Eligibility for conditional release

In general, conditional release is excluded for those who serve life sentences and prison sentences of less than a year (Article 15 paragraphs 1-2 CC). The particular circumstances under which prisoners may be released will be discussed hereafter. The procedure under which prisoners serving a life sentence can become eligible for leave, will be addressed thereafter.

Conditional release is also excluded for prisoners serving a fixed, but partially conditional prison sentence (Article 15 paragraph 3 CC). In all other situations where a fixed prison sentence is imposed the provisions governing conditional release are applicable. In cases where one and up to two years of prison sentence is imposed, one-third of the remaining sentence, however with a minimum of one year, must be served. For prison sentences above two years, conditional release is possible when two-thirds of the sentence has been served (Article 15 paragraphs 1-2 CC).

Conditional release may be delayed or denied when there are specific circumstances. This will be addressed hereafter.⁶¹⁶

Conditions for conditional release

As a general rule, the release of a convicted person is based on the condition that he or she not commit a new criminal offence during probation. In addition, special conditions can be set by the prosecutor (Article 15a paragraph 5 CC). Where such conditions are imposed, the convicted person must cooperate with the probation services (*Reclassering*).

Article 15a paragraph 3 CC provides a list of the special conditions the Public Prosecutor's Office may attach to the conditional release. These include:

- a prohibition on making contact or having someone make contact with specific persons or institutions;

⁶¹⁵ There is at present a legislative proposal submitted to the Parliament with a view to change the current provisions concerning conditional release to have a case-by-case review of prisoners prior to granting conditional release, instead of the current 'automatic' conditional release based on eligibility criteria laid down in the law. It is further proposed that the maximum time period for conditional release is restricted to two years, which in practice would affect those serving a prison sentence of 6 or more years. As of May 2019 it was still pending before the Lower House (*Tweede Kamer*) of Parliament. In case of approval it will be forwarded to the Senate for approval.

⁶¹⁶ <https://zoek.officielebekendmakingen.nl/kst-30513-6.html>

- a prohibition on being in or in the immediate vicinity of a certain location;
- an obligation to be present at a specific location at specific times or during a specific period;
- an obligation to report to a specific body at specific times;
- a prohibition on the use of narcotic drugs or alcohol and the obligation to cooperate with blood tests or urine tests for compliance with this prohibition;
- admission of the convicted person to a care institution during a certain period, at most equal to the probationary period;
- an obligation to be treated by an expert or healthcare institution during a certain period, at most equal to the probationary period;
- staying in an institution for assisted living or social relief during a certain period, at most equal to the probationary period;
- participating in a behavioural intervention.

This list is not exhaustive and other conditions pertaining to the behaviour of the convicted person may be added. Electronic supervision may attend a special condition. The director of the penitentiary institution advises on the special conditions to be set. The probation services, on the other hand, can provide advice on the special conditions to be set. The Public Prosecutor's Office may change, add or withdraw any of the special conditions.

The situation for those serving a life sentence⁶¹⁷

Until recently, life sentences were indeed served for life. The only exceptions to this situation was where a revision of the criminal proceedings leading to the conviction had resulted in the revocation of the conviction or the reduction of the sentence. Another exception was when pardon was granted.

Following a series of cases by the European Court of Human Rights (ECtHR) concerning life imprisonment and its compatibility with Article 3 of the European Convention on Human Rights ("the Convention"), the Netherlands Government announced a revision in its policy.

In principle, the imposition of a life sentence on an adult offender is not in itself incompatible with Article 3 of the Convention. As found in *Vinter and Others v. the United Kingdom*⁶¹⁸, however, a life sentence needs to be *de facto* and *de jure* reducible. This means that there needs to be a prospect of release and the possibility of review.⁶¹⁹ In *Murray v. The Netherlands*⁶²⁰, the applicant complained about the impossibility of having his punishment reviewed and the lack of a prospect of release. The Grand Chamber set out principles with which a review mechanism must comply:

- a. The review should be guaranteed no later than twenty-five years after the imposition of the life sentence, with further periodic reviews thereafter, and should allow the domestic authorities to consider whether, in the course of the sentence, any changes in the life prisoner and progress towards his or her rehabilitation are of such significance that continued detention is no longer justified on legitimate penological grounds.
- b. This assessment must be based on rules having a sufficient degree of clarity and certainty and be based on objective, pre-established criteria, surrounded by sufficient procedural guarantees.
- c. The review should permit the authorities to assess any changes in the life prisoner and any progress towards rehabilitation, to the extent possible within the constraints of the prison context, that it offers him or her the hope of one day being eligible for parole or conditional release. This could be

⁶¹⁷ Conditional release is excluded for those who serve life sentences.

⁶¹⁸ Applications nos. 66069/09, 130/10 and 3896/10, European Court of Human Rights, 9 July 2013.

⁶¹⁹ *Vinter and others*, paragraphs 107-110

⁶²⁰ Application no. 10511/10 , European Court of Human Rights, 26 April 2016.

achieved, for example, by setting up and periodically reviewing an individualised programme that will encourage the sentenced prisoner to develop himself or herself to be able to lead a responsible and crime-free life.⁶²¹

The ECtHR's views on this issue was adopted by the Supreme Court of the Netherlands⁶²². As a result a policy change was introduced by the Netherlands Government in 2016⁶²³. In December 2017 the Supreme Court ruled that with the introduction of this policy the Netherlands' legal system as regards life imprisonment now complies with the case law of the ECtHR.⁶²⁴

Current situation

The current situation as a result of the policy change for all cases in which a life sentence is irrevocably imposed entails the following.

Twenty-five years after the start of detention⁶²⁵, the newly established Advisory Board for Prisoners serving a life sentence (consisting of, among others, lawyers and behavioural scientists, hereafter "Advisory Board") gives advice on whether a convicted person can start reintegration activities aimed at a possible return to society. It also takes into account how the convicted person has developed, whether there is a risk of recidivism and the victims' or relatives' view. The Advisory Board operates independently and gives advice to the Minister of Justice and Security. It is the Deputy Minister who takes the final decision on admission to reintegration activities on behalf of the Minister.

No later than six months prior to the issuing of the advice, the convicted person - unless he or she does not wish to cooperate - will be placed in the Pieter Baan Center (Netherlands Institute for Forensic Psychiatry and Psychology, NIFP) for risk analysis and a personality development assessment. The NIFP indicates the risk of committing a violent crime in view of the diagnostic findings and risk analysis.

Before the Advisory Board proceeds to issue their advice, it must hear the convicted person as well as the relatives of the victims and/or the victims. The Advisory Board is provided with the information referred to in Article 5 paragraph 2, Regulation on the Advisory Board for Prisoners serving a life

⁶²¹ Murray v. The Netherlands, paragraphs 99-112.

⁶²² ECLI:NL:HR:2016:1325, 5 July 2016,

<https://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:HR:2016:1325> accessed on 1 July 2019.

⁶²³ There were a series of parliamentary documents while the Advisory Board was established and other changes were introduced into legislation. The first letter introducing the changes to life imprisonment policy of the Deputy Minister (2 June 2016) is available at :

<https://www.rijksoverheid.nl/binaries/rijksoverheid/documenten/kamerstukken/2016/06/02/kamerbrief-over-wijzigingen-in-de-tenuitvoerlegging-van-de-levenslange-gevangenisstraf/tk-wijziging-inde-tenuitvoerlegging-van-de-levenslange-gevangenisstraf.pdf> accessed on 1 July 2019.

The other relevant parliamentary documents include : Kamerstuk 29279, nr. 354,

<https://zoek.officielebekendmakingen.nl/kst-29279-354.html>; Kamerstuk 29279, nr. 366, https://zoek.officielebekendmakingen.nl/resultaten?svl=Publicatiedatum&svl=Aflopended&pg=10&q=%28%28publicationName%3D%3D%22Kamerstuk%22%29and%28dossiernummer%3D%2229279%22%29%29%20%20AND%20facet_vergaderjaar%20%3D%20%222016-2017%22%20%20AND%20facet_subject%20%3D%20%22Recht%20%7C%20Organisatie%20en%20beleid%22%20sortby%20available%2Fdescending&col=Kamerstuk%2CKamerstuk&pagina=4 accessed on 1 July 2019.

⁶²⁴ <https://www.rechtspraak.nl/Organisatie-en-contact/Organisatie/Hoge-Raad-der-Nederlanden/Nieuws/Paginas/Hoge-Raad-Oplegging-levenslange-gevangenisstraf-blijft-mogelijk.aspx>, accessed on 6 May 2019.

⁶²⁵ Pre-trial detention, which in practice can last two years.

sentence (hereafter “Regulation on the Advisory Board”)⁶²⁶, including the penitentiary file and, where appropriate, the medical file, while it has authority to obtain further information and request assistance of experts. The aforementioned psychiatric assessment carried out at the Pieter Baan Center is, if available, sent to the Advisory Board. In advising, the Advisory Board addresses issues including the risk of recidivism (the risk of committing any other crime than the one(s) convicted for is included), the behaviour and development of the prisoner during his detention, the impact on the victims and their relatives and, retribution.

Based on the assessments that are carried out as part of the periodic review, the Advisory Board issues its advice to the Deputy Minister. The advice concerns whether and, if so, how a life-long prisoner is eligible for activities aimed at reintegration, as well as the period during which follow-up assessments needs to take place. The Deputy Minister decides based on the advice. Prior to the first review, regular reintegration activities are offered to lifelong prisoners.⁶²⁷

If the Advisory Board finds the person concerned eligible for activities aimed at reintegration and the Deputy Minister endorses this advice, the Custodial Institutions Agency (*Dienst Justitiële Inrichtingen*) will prepare a personal detention and reintegration plan. This involves tailor-made solutions based on existing activities and programs, in particular behavioural interventions, which are also offered to other detainees. This so-called reintegration plan is aimed at gradually granting more freedoms to the convicted person in order to enable him to work on preparing for his possible return to society. If the Advisory Board comes to a negative opinion, the Minister will decide accordingly. In either situation, it further indicates in its advice when a subsequent assessment should take place. In the event of a positive recommendation from the Advisory Board, the Minister can take a different decision stating reasons.

The life-long prisoner found eligible for activities will be periodically subjected to follow-up reviews (*vervolgtoetsingen*). Based on these reviews, it is determined whether the life-long prisoner can qualify for more far-reaching activities aimed at reintegration, whereby leave is possible, though such leave may not be granted more than two years prior to the reassessment as discussed under 1.4.⁶²⁸

As the Advisory Board and the above-described procedure(s) are fairly new, their practical implementation and the actual impact on those serving a lifelong prison sentence has yet to be seen. In its first periodic report, the Advisory Board noted that it had issued one positive advice for leave and in another case, a positive advice for reintegration activities. It appears that in the former case, the Minister refused to grant leave. Furthermore, in the second case the Minister had not followed the Advisory Board's recommendations on most of its important aspects.⁶²⁹

1.3 Imposition of restrictions at the time of issuing sentence

In the present system there is no legal basis for the courts when convicting an offender, to exclude or delay conditional release. It is the Public Prosecutor's Office (*ex officio* or at the request of the Minister of Justice and Security) that can submit a request to the courts to deny or delay conditional release on the following grounds (Article 15d CC):

⁶²⁶ Besluit Adviescollege levenslangstraffen, <https://wetten.overheid.nl/BWBR0038779/2017-07-01>, accessed on 6 May 2019.

⁶²⁷ This is also the case for all other prisoners who serve a fixed prison sentence.

⁶²⁸ Kamerstukken II 2016/17, 29 279, nr. 366, p. 13, <https://zoek.officielebekendmakingen.nl/kst-29279-366.html>, accessed on 20 May 2019.

⁶²⁹ Foundation for Life imprisonment, <https://forumlevenslang.nl/nieuws/adviescollege-levenslangstraffen-brengt-eerste-verslag-uit/>, accessed on 6 May 2019.

- the convicted person is in a TBS clinic (see below under question 2) and needs to receive treatment for a longer period of time;
- the convicted person has misbehaved very seriously while serving his sentence;
- the convicted person does not want to adhere to conditions, or if there is too great a risk that the convicted person will commit (serious) violent crimes despite the conditions;
- if the convicted person has escaped or attempted to escape.

The conditional release can be postponed repeatedly for a specific period of time or, even after having been postponed once or more, be denied (Article 15d paragraph 7 CC).

Conditional release may be wholly or partially revoked if the convicted person has not complied with a condition attached to it. If the conditional release has been partially revoked, the convicted person, after he has undergone the part of the custodial sentence, is again eligible for conditional release (Article 15g CC).

The courts sentencing an offender to a lifetime imprisonment do not have the authority to restrict or otherwise direct the review that takes place after 25 years of detention.

1.4 Clemency

General

The rules regarding pardon can be found in Article 122 Constitution⁶³⁰, the Pardon Act⁶³¹ and Articles 558-560b Code of Criminal Procedure.⁶³²

Pardon is a reduction, change or remission (*kwijtschelding*) of a punishment or measure imposed by the court.⁶³³ It is only granted if it contributes to a fair, human and efficient execution of the punishment. It is granted by the King, by Royal Decree.

According to Article 2 of the Pardon Act, pardon can be granted where on the basis of any circumstance with which the court at the time of its decision did not or could not take sufficient account of and which, had it been known or sufficiently known at that time, would have given reason to impose another sentence or measure, or to abandon it. It may also be granted if it has become plausible that the enforcement of the judicial decision or the continuation thereof does not reasonably serve the purpose pursued by the application of criminal law. Article 13 of the Pardon Act provides that a pardon may be granted under conditions and according to Article 14 of the Pardon Act the conditions can be valid for the duration of leave, which is a maximum of two years. The Minister can decide to shorten the leave or prolong it.

Pardon is possible if the sentence of the convicted person is irrevocable and has not yet been fully served. This means that there is no longer any possibility for the convicted person to appeal. Pardon is not a form of re-trial or appeal - the judgment of the court convicting and sentencing the offender is not reviewed again.

⁶³⁰ Grondwet, <https://wetten.overheid.nl/BWBR0001840/2018-12-21>, accessed on 10 May 2019.

⁶³¹ Gratiewet, <https://wetten.overheid.nl/BWBR0004257/2015-01-01>, accessed on 10 May 2019.

⁶³² Wetboek van Strafvordering, <https://wetten.overheid.nl/BWBR0001903/>, accessed on 10 May 2019.

⁶³³ It is only possible to request pardon for sentences imposed by a court and for fines in excess of € 340.

Life sentence and pardon: *ex officio* or at request

In case of life imprisonment the possibility of granting a pardon is assessed *ex officio* by the responsible Minister no later than 27 years after the start of the detention⁶³⁴ and in accordance with Article 19 Pardon Act. In addition, the possibility of pardon can be assessed at the request of the convicted person. Such a request may be submitted three months after the conviction has become final, and thus there are no appeal possibilities left, provided that the changed circumstances are of such nature as provided for in Article 2 of the Pardon Act.

This reassessment (*herbeoordeling*, *ex officio* pardon procedure) focuses on the question whether changes have taken place on the part of the convicted person and if progress has been made in his or her rehabilitation such that the legitimate objectives of the sentence are no longer served by continuing the execution of the sentence. This reassessment will be initiated by the Minister of Security and Justice (Article 4 Regulation on the Advisory Board).

To be eligible for the reassessment of the life sentence imposed, the conditions that apply in the pardon procedure must be met. The following criteria are assessed: the risk of recidivism, including the risk of committing any other crime than the one(s) convicted for, the impact on victims and surviving relatives, and the behaviour and the development of the life-long prisoner during detention. In addition, the reassessment also takes into account the seriousness of the crime committed by the offender as found and the personal circumstances of the life-long prisoner.

In assessing the possibility of pardon, whether *ex officio* or upon request, the Minister takes into account information and advice from several persons. Firstly, the Advisory Board informs the Minister about the progress of the rehabilitation and reintegration activities of the convicted person. Furthermore, the Minister receives advices from the Public Prosecutor's Office and the court which handed down the judgment convicting and sentencing the prisoner. It must be assumed that the Minister hears the convicted person and obtains all information that is important for the assessment prior to issuing a decision regarding the pardon. When the Minister deviates from the advice of the court that had imposed the prison sentence, the decision should state sufficient reasons.

2. Preventive measures which deprive freedom

Summary

The Criminal Code provides for three measures by which a criminal offender may be incarcerated mainly for the purpose of protecting the public: the TBS-order, the ISD-order and the placement in a psychiatric hospital.

Both the TBS-order and the placement in a psychiatric hospital are security measures meant to protect the public from a pathologically disturbed offender. The ISD-order is a security measure in regards to offenders whose criminal behaviour relates to issues of addiction or other societal problems.

Whereas the measure of placement in a psychiatric hospital and the ISD-order cannot be combined with a prison sentence, a TBS-order can be, and often is, imposed together with a prison sentence. The execution of the prison sentence always precedes that of the TBS-order.

⁶³⁴

As pre-trial detention could last for two years, in practice this is 25 years after the sentencing.

2.1. Preventive measures

Placement in a psychiatric hospital

The measure of placement in a psychiatric hospital can be imposed on a criminal offender whose culpability has been *fully exonerated* due to an inadequate development or pathological disturbance of his mental faculties and when the person poses a danger to him or herself, others or general safety of persons and goods (Article 37 CC).

While the TBS-order can be imposed to an offender whose culpability has been fully or partially exonerated, the measure of placement in a psychiatric hospital applies only to an offender who has been fully exonerated of all criminal guilt. Another noteworthy difference between the placement in a psychiatric hospital and the TBS-order is that the former concerns an offender who poses a danger mainly to himself, whereas the latter concerns an offender who poses a threat to others or the general public.

In situations outside the criminal law, where the commission of a crime is not concerned but a person is considered to pose a threat to himself or the public, it is possible for that person to be incarcerated in a psychiatric institution. This possibility created by the Special Admissions in Psychiatric Hospitals Act (*Wet Bijzondere Opnemingen in Psychiatrische Ziekenhuizen*, hereafter the BOPZ Act).

TBS-order

When the commission of a crime has been found proven by the court but the offender cannot (entirely) be held responsible for the crime due to an inadequate development or pathological disturbance of his/her mental faculties, the court may order the offender be placed at the disposal of the government (*terbeschikkingstelling*, hereinafter TBS-order). It is typically meant to protect the society from a psychologically disturbed offender. The TBS measure is not suitable for an offender who poses a danger to himself but not to others. The measure of placement in a psychiatric hospital would be more appropriate in such a case. To an offender who cannot be held responsible for the crime and poses a danger to others, both the TBS-order and the placement in a psychiatric hospital (alternatively, not combined) are possible options. In practice, the TBS-order is imposed far more often than the measure of placement in a psychiatric hospital. This is probably due to the fact that the TBS offers more refined possibilities of assessing the offender's development of his/her mental faculties.

ISD-order

The measure of placement in a Persistent Offenders Institution (*Instelling Stelselmatige Daders*, hereinafter: ISD-order) is a measure aimed at the protection of the society and the prevention of reoffending (Article 38m paragraph 2 of the CC). In addition, if the accused is an addict or if other specific problems exist which are connected to him or her committing criminal offences, the measure is also aimed at solving the addiction or other problems (Article 38m paragraph 3 of the CC). Although it is a security measure, the main concern is nuisance, not danger to the safety of others in the sense of Articles 37 or 37a of the CC (TBS-order). The measure has been brought to life to target “very active multiple-crime offenders”, meaning persons who have committed similar offences in a relatively short period of time, owing to or relating to issues such as addiction and behavioural or financial problems.

2.2. Conditions

Placement in psychiatric hospital

Article 37 of the CC provides that the court may order the placement in a psychiatric hospital for a maximum period of one year:

- “1. The court can order that a person who cannot be held responsible for a criminal offence due to inadequate development or pathological disturbance of his mental faculties will be placed in a psychiatric hospital for a period of one year, but only if he is dangerous for himself, for others, or for the general safety of persons or goods.
2. The court will only issue a charge as referred to in the first paragraph after he has submitted a reasoned, dated and signed advice from at least two behavioural experts from different disciplines - including a psychiatrist - who have examined the person concerned. Such advice must be issued jointly by the behavioural experts or by each of them separately. If this advice is dated earlier than one year before the start of the trial, the judge can only use it with the consent of the public prosecutor and the suspect.
3. The second paragraph does not apply if the person concerned refuses to cooperate in the investigation that must be carried out for the purpose of the advice. To the extent possible, the behavioural experts jointly or each of them separately draw up a report on the reason for the refusal. The court shall, as far as possible, submit a different advice or report that may inform it about the desirability or necessity of a charge as referred to in the first paragraph and submit to the conclusion of which the person concerned is willing to cooperate.”

The measure of placement in a psychiatric hospital may not be imposed in conjunction with a criminal sentence. The procedure for imposing this measure is similar to that of the TBS-order, as detailed hereafter.

TBS-order

The legal requirements for the imposition of a TBS-order are laid down in Article 37a of the CC:

- “1. The court may impose a TBS order on a suspect whose mental faculties were inadequately developed or pathologically disturbed at the time of the commission of the offence if:
 - 1º the offence he has committed is one which, according to its statutory definition, renders offenders liable to a term of imprisonment of four years or more, ... and
 - 2º the said measure is necessary in the interests of the safety of others or the general safety of persons or goods.
2. In applying paragraph 1, the judge may refrain from imposing a penalty, even if he finds that the suspect may be held criminally responsible for the offence.
3. Paragraphs 2 and 3 of article 37 applies identically.
4. In giving an order under paragraph 1, the court shall take account of the statements contained in the other opinions and reports made concerning the suspect's personality, and shall take account of the seriousness of the offence committed and the number of previous convictions for indictable offences.”

Contrary to the measure of placement in a psychiatric hospital and the ISD-order, a TBS-order can be imposed together with a prison sentence. The execution of the prison sentence always precedes that of the TBS-order (Article 38f paragraph 1 CC).

Prerequisite to imposing a TBS-order is that 1) the existence of an inadequate development or pathological disturbance of the mental faculties at the time of the commission of the crime has been established by the court, preferably but not necessarily based on expert (psychiatric) report(s), 2) that

the TBS-order is called for by the danger posed by the offender on the safety of others and properties, 3) a causal link exists between the pathological disturbance and the danger posed on others, and 4) the seriousness of the crime and prior convictions need to be taken into account.

Pursuant to Article 37a paragraph 4 in conjunction with Article 37 paragraph 3 of the CC, the court shall take into account two expert report(s) on the offender's mental faculties from different disciplines, one of which must originate from a psychiatrist (psychological report). Furthermore, both experts must have examined the offender in person and the reports may not be older than one year. However, these requirements do not apply when the offender refuses to cooperate in taking a psychological examination. Although in theory, the TBS-order cannot be deterred by a refusing offender, establishing the presence of a pathological disturbance will be difficult in such a case.

There are two kinds of TBS-orders: either with confinement in a secure institution (*verpleging van overheidswege* or *dwangverpleging*) pursuant to Article 37b of the CC⁶³⁵ or without. In the latter case, the TBS-order will be imposed with the conditions that: the hospitalisation in a (general) institution, treatment by a specialist or that the offender shall take in certain prescribed medicine. These conditions may be imposed separately or cumulatively. The court may also set other appropriate conditions (Articles 38 and 38a paragraph 1 of the CC).

The confinement in an institution with coerced nursing having a more intrusive character, the TBS-order without such confinement but with conditions is the more lenient version of the TBS. The TBS-order with conditions may be changed to a TBS-order with confinement in a secure institution if the offender fails to comply with the conditions.

ISD-order

The legal requirements for imposing an ISD-order are laid out in Article 38m paragraph 1 of the CC:

"The court, upon request of the public prosecutor, can impose the measure of placement in a Persistent Offenders Institution if:

1. The offence committed by the accused is classified as a crime for which pre-trial detention (*voorlopige hechtenis*) is permitted;
2. In the five years prior to the offence committed by him, the accused has on at least three occasions been convicted by final judgment of a crime and sentenced to a custodial sentence or measure, a measure restricting his liberty or a community service order, or has had a community service order imposed on him by final penalty decision issued by the Public Prosecution Department (*strafbeschikking*), and the offence was committed after the execution of these sentences or measures and, in addition, the likelihood of the accused reoffending is to be taken seriously; and
3. If the safety of persons or goods requires the imposition of the placement order.
4. The court will impose the order only after having taken cognisance of a reasoned (and written) ... advice on the desirability and the necessity of the measure."

To summarise, the main legal requirements for the imposition of the ISD-order are 1) serious offences committed and convicted for multiple times within a period of 5 years 2) serious nuisance caused by those prior offences 3) serious risk of reoffending and 4) the measure is called for by the safety of other persons and goods. An essential part in establishing the aforementioned circumstances is played by the advice on the offender's (criminal) behaviour. That advice should not be older than one year. Any

⁶³⁵ Entailing coerced nursing, this does not entail any coerced (psychiatric) treatment as such grave interference would violate the fundamental right to physical integrity.

advices or reports older than one year can only be used with the consent of the offender and the prosecutor.

The ISD-order entails that the offender will be placed in a designated institution, where specialists draw up a ‘programme’ of necessary treatments and learning programmes. A ‘bare’ ISD without any treatment or programme is also possible - for example if the offender refuses to cooperate - which could result in a ‘mere’ incarceration for the entire period of the ISD-order.

In accordance with jurisprudence, the ISD-order cannot be combined with a prison sentence (HR 21 March 2006, LJN AV1161).⁶³⁶

2.3. Duration

Placement in a psychiatric hospital

The maximum period of time a person can be placed in a psychiatric hospital is one year. While the aforementioned BOPZ Act does not fall within the scope of criminal law, certain provisions do govern the conditions for extension of the measure of placement in a psychiatric hospital.⁶³⁷ An extension of the measure is possible where the impairment of the mental capacity of the person concerned will also be present after the period of the current authorisation has expired and this disorder will cause the person concerned to be in danger. In addition, the danger cannot be averted through the intervention of persons or institutions outside the hospital. Pursuant to Article 18 of the BOPZ Act the court may grant a new authorisation for (continued) placement in a psychiatric hospital, when necessary. As the law does not provide for a maximum number of authorisations for placement in a psychiatric hospital that may be granted for a person, a protracted placement is possible.

TBS-order

It should be noted, firstly, that the TBS-order can, and often is, imposed in combination with a prison sentence. That prison sentence may even be of a long term. Combining the TBS-order with a life sentence, however, is excluded by jurisprudence (HR 14 March 2006, NJ 2007, 345)⁶³⁸. As mentioned above, the execution of the prison sentence always precedes that of the TBS-order. During the time that the offender serving (any) prison sentence, the two-year-term of TBS stops running (Article 38f paragraph 1 CC).

Pursuant to Article 38d of the CC, the TBS-order is valid for the period of two years, counting from the day that the judgment imposing it has become final. The sentence, including any (auxiliary) measures, is pronounced in the same judgment. If the TBS-order has been imposed together with a prison sentence or if the offender has any outstanding prison term from previous convictions, the offender will serve the prison sentence first before serving the TBS-order. As long as the offender is serving a prison sentence, the two-year-term of the TBS-order stops running.

A shorter period than the two-year-term for the TBS-order is not possible - except when extending the TBS-order - nor is it possible to discontinue the TBS-order prematurely, not even conditionally (see below for more information on conditional discontinuation). After the initial 2-year-term, the TBS-

⁶³⁶ ECLI:NL:HR:2006:AV1161,
<https://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:HR:2006:AV1161>, accessed 6 May 2019.

⁶³⁷ The relevant provisions are Article 15-18, Article 51 of BOPZ Act.

⁶³⁸ ECLI:NL:PHR:2006:AU5496,
<https://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:PHR:2006:AU5496>.

order may be extended for either one or two years. In case of a TBS-order with confinement in a secure institution (in the sense of Article 37b CC), a second extension is possible. The total duration of the TBS, however, may not exceed 4 years, unless the TBS-order is imposed in connection with an indictable offence that is directed against, or endangering, the physical integrity of one or more persons. In the latter case, the law provides no maximum term and thus, the duration of the TBS-order is open-ended. The relevant legal provisions of the CC read as follows.

Article 38d

- "1. A TBS order shall remain in force for a period of two years, counting from the day on which the judgment imposing it has become final.
- ..."
- 3. Except as provided in Article 38e ..., the duration of the TBS order can be extended, on the application of the public prosecution service, for either one year or two years at a time, if the safety of others or the general safety of persons or goods requires such extension. A second extension is possible only when an order as mentioned in Article 37b ... has been given."

Article 38e

- "1. The total duration of the TBS order shall not exceed a four-year period, unless the TBS order is imposed in connection with an indictable offence that is directed against, or endangers, the physical integrity of one or more persons.
- 2. If the total duration of the TBS order is not limited in time, the duration of the TBS order can be extended periodically, if the safety of others or the general safety of persons requires such extension."

For each extension of the TBS-order, the continued danger posed on the safety of other persons or goods should be established by newly drawn up expert reports.

Furthermore, for the open-ended TBS (longer than 4 years) it is required that the judgment contains an explicit reasoning that the TBS-order has been imposed in connection with an indictable offence that is directed against, or endangers, the physical integrity of others (Article 359 paragraph 7 Code of Criminal Procedure).

Conditional discontinuation of the TBS-order

Based on Article 38h of the CC, an extended TBS-order with confinement in a secure institution may be discontinued conditionally, *ex officio* by the court or at the request of the Public Prosecutor's Office or the offender, after the completion of a probationary release of 12 months without any interruptions. The duration of the conditional discontinuation is equal to the remaining term of the TBS-order.

The conditions for the discontinuation concern the offender's behaviour in order to secure the safety of other persons and goods. In principle, the same conditions set out in Article 38a paragraph 1 of the CC (see above) apply. Based on Article 38i of the CC, the conditions can be amended *ex officio* by the court or at the request of the Public Prosecutor's Office or the offender.

The conditional discontinuation of the TBS-order can be extended, each time by 1 or 2 years but for a maximum period of 9 years (Article 38j of the CC). The TBS will end automatically after those 9 years, unless an order pursuant to Article 38k CC, resuming the TBS with confinement in a secure institution, is issued. Based on the latter provision, such an order can be issued at the request of the Public Prosecutor's Office if the offender has failed to comply with the set conditions or if the (general) safety of other persons or goods so requires.

The ISD-order

The ISD-order has a maximum duration of two years, counting from the day on which the judgment by which the measure was imposed became final (Article 38n paragraph 1). The court may impose the measure for a shorter period but not shorter than one year (*Rules of Criminal Procedure for Adult Persistent Offenders, richtlijn voor strafvordering bij meerderjarige veelplegers*, 2013R017). The ISD-order cannot be extended. A second ISD-order can only be imposed if the offender commits a new crime after the termination of the first ISD.

Contrary to the TBS-order, the ISD-order cannot be combined with a prison sentence (HR 21 March 2006, LJN AV1161).⁶³⁹ It is also possible to impose the ISD-order conditionally with a probationary period during which the offender may not commit a new offence, as a means to give the offender a last chance (Article 38p CC). The court can also set other conditions such as supervision and guidance provided by the probation services or taking behavioural classes.

At the time of imposing the measure or afterwards, the court may, at the request of the public prosecutor or the accused, or *ex officio*, decide that an interim review on the necessity of the measure will take place (Article 38s paragraph 1 CC). The judgment imposing the ISD-order, may omit an order for an interim review or state that a review should take place only after one year or more from the start of the ISD. In those cases a request for review can be lodged six months after the start of the execution of the measure. In all other cases, a request for review can be lodged six months after a decision that no interim review is to take place or six months after a decision not to terminate the measure has become final (Article 38s paragraph 2). If the court decides that the continuation of the measure is no longer required, the measure shall be terminated (Article 38s paragraph 3 CC). The ISD-measure can also be terminated at any time by the Minister of Justice and Security (Article 38u CC).

⁶³⁹

ECLI:NL:HR:2006:AV1161,
<https://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:HR:2006:AV1161>, accessed 6 May 2019.

IV. ANALYSE COMPARATIVE

1. Condamnation à l'emprisonnement à perpétuité

Dans l'ensemble des ordres juridiques sélectionnés, la **peine d'emprisonnement à perpétuité** est prévue pour certains crimes.

La plupart des rapports nationaux se réfèrent à la **Convention européenne des droits de l'homme** (ci-après Convention EDH) et à la jurisprudence de sa Cour (ci-après Cour EDH) qui précise sa portée en matière d'emprisonnement à vie. La Cour EDH interprète en effet la Convention EDH comme n'interdisant pas aux Etats parties d'infliger une peine d'emprisonnement à perpétuité pour réprimer les infractions particulièrement graves. En revanche, elle déduit de l'article 3 de la Convention EDH l'**obligation que cette peine soit « compressible, de jure et de facto**, c'est-à-dire qu'elle doit offrir une perspective d'élargissement et une possibilité de réexamen »⁶⁴⁰. Ce réexamen doit être l'occasion d'évaluer la persistance des motifs légitimes d'ordre pénologique – c'est-à-dire les impératifs de châtiment, de dissuasion, de protection du public et de réinsertion – et l'évolution de leur équilibre, au cours de l'exécution de la peine⁶⁴¹. La Cour lit dans l'article 3 de la Convention EDH, en ce qu'il impose le respect de la dignité humaine, une **obligation pour les autorités pénitentiaires d' « œuvrer à la réinsertion des condamnés à perpétuité »**⁶⁴². Il convient en conséquence que les législations nationales prennent en considération « les progrès du détenu sur le chemin de l'amendement et [que le réexamen] détermine si le détenu a fait des progrès tels qu'aucun motif légitime d'ordre pénologique ne justifie plus son maintien en détention »⁶⁴³.

Il n'est alors pas surprenant de constater que l'ensemble des Etats inclus dans le champ d'étude du présent avis de droit prévoient dans leur droit pénal la **possibilité d'une libération** après l'accomplissement d'un certain nombre d'années de prison. Ils prévoient tous également que la libération n'est qu'une possibilité qui n'est **pas automatiquement accordée**. Des conditions – tenant en particulier à la dangerosité et la gravité des actes – doivent être réunies pour qu'un condamné à une peine de prison à perpétuité puisse prétendre à une libération.

En ce qui concerne le **nombre d'années d'emprisonnement qu'un condamné à vie doit avoir purgées avant de pouvoir prétendre à un réexamen**, la Cour EDH considère qu'il s'agit d'une question relevant de la marge d'appréciation à accorder aux Etats. Marge d'appréciation dont l'expression ne saurait néanmoins aboutir à éteindre tout espoir de libération et entraver le processus d'amendement du condamné. En ce sens la Cour a eu l'occasion de préciser qu'un délai de 40 ans n'était pas conforme à l'article 3 de la Convention EDH⁶⁴⁴. En revanche, la Cour EDH a jugé que la Convention EDH impose que ce délai soit connu du condamné, dès le début de sa peine⁶⁴⁵ et, en outre, que les conditions pour pouvoir prétendre à une libération soient suffisamment claires et certaines⁶⁴⁶.

⁶⁴⁰ Cour EDH (Grande chambre), Hutchinson c. Royaume-Uni, 17.01.2017, req. n° 57592/08, N 42. Voir également : Cour EDH (Grande chambre), Vinter et autres c. Royaume-Uni, 09.07.2013, req. n° 66069/09, 130/10 et 3896/10, N 103 à N 122 ; Murray c. Pays-Bas, 26.04.2016, req. n° 10511/10, N 99 et N 100.

⁶⁴¹ *Ibidem*.

⁶⁴² Cour EDH, Hutchinson c. Royaume-Uni, *op. cit.*, N 43 ; Murray c. Pays-Bas, *op. cit.*, N 103 et N 104.

⁶⁴³ Cour EDH, Hutchinson c. Royaume-Uni, *op. cit.*, N 43 ; Vinter et autres c. Royaume-Uni, *op. cit.*, N 113 à N 116.

⁶⁴⁴ Cour EDH, T.P. et A.T. c. Hongrie, 04.10.2016, req. n° 37871/14 et 73986/14, N 38 et s..

⁶⁴⁵ Cour EDH, Vinter et autres c. Royaume-Uni, *op. cit.*, N 122.

⁶⁴⁶ Cour EDH, Hutchinson c. Royaume-Uni, *op. cit.*, N 44.

Par ailleurs, le réexamen de la peine ne doit pas se limiter aux motifs d'humanité⁶⁴⁷, fondant généralement les mesures de grâce. L'institution de la grâce, présente dans l'ensemble des ordres juridiques analysés, se caractérise le plus souvent par sa dimension discrétionnaire. Elle peut atténuer une peine ou dispenser le condamné du reste de son exécution.

Au Royaume-Uni, les *mandatory life sentences* peuvent être aménagées après l'exécution de 30, 25, 15 ou 12 ans de prison, voire moins si les circonstances de l'affaire le justifient ; la marge d'appréciation du juge anglais s'exprime alors, tout comme dans le cadre des années de prison minimum des *discretionary life sentences*. Cependant, qu'il s'agisse des *whole life terms*, des *discretionary life sentences* ou encore des *mandatory life sentences*, le juge peut aussi décider d'exclure une libération. Dans ces cas, la possibilité d'une libération conditionnelle ne sera pas examinée par l'instance judiciaire spécialisée (*Parole Board*) à échéance prédéterminée. Mais un réexamen de la peine peut être sollicité auprès du ministre compétent et ce, à tout moment. En dépit de son apparentement aux mesures de clémence, la Cour EDH a estimé que cette procédure permettait aujourd'hui de juger conforme à la Convention EDH le droit anglais, puisqu'il s'agit davantage d'une procédure de réexamen répondant aux critères qu'elle a identifiés⁶⁴⁸. En France, 18 années doivent avoir été exécutées (voire 22 en cas de récidive légale), desquelles peuvent se déduire les réductions de peine (à hauteur d'un mois par année d'incarcération, voire 20 jours par an en cas de récidive, soit au plus tôt après 16 années de détention effective). Toutefois, la libération conditionnelle peut être exclue, soit pendant une période de sûreté, soit complètement (« perpétuité réelle ») ; mais l'usage d'un mécanisme de relèvement de la période de sûreté reste possible. Aux Pays-Bas, la barre est fixée à 25 ans, pour pouvoir espérer graduellement plus de liberté. En Autriche et en Allemagne, 15 années doivent avoir été exécutées. En Italie, les condamnés à perpétuité peuvent éventuellement sortir de prison après 26 années d'incarcération, voire moins en cas de réduction de peine (45 jours par semestre d'enfermement, soit au plus tôt après 16 années de détention effective). Ils peuvent encore, dans certains cas, bénéficier de permissions de sortie de quelques jours ou de travailler à l'extérieur (après 10 ans de détention), de la détention à domicile pour les mères avec enfants de moins de 10 ans (après 15 ans de détention), et de la semi-liberté (après 20 ans de détention). En revanche, cet Etat prévoit que la perpétuité réelle est infligée à ceux qui refusent de collaborer avec les autorités judiciaires dans le cadre des activités d'investigation et de poursuite (*ergastolo ostativo*). La Cour EDH a récemment jugé que cette forme d'exécution de la peine perpétuelle viole l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme, en ce qu'elle ne peut être qualifiée de compressible⁶⁴⁹.

La Cour EDH s'est également prononcée sur les droits des personnes sous le coup de mesures privatives de liberté préventives⁶⁵⁰.

2. Mesures privatives de liberté préventives

Dans l'ensemble des Etats sélectionnés, on observe principalement **trois types de mesures privatives de liberté préventives**.

⁶⁴⁷ Cour EDH, Hutchinson c. Royaume-Uni, *op. cit.*, N 43 ; Cour EDH, Vinter et autres c. Royaume-Uni, *op. cit.*, N 127.

⁶⁴⁸ Cour EDH, Hutchinson c. Royaume-Uni, *op. cit.*, voir notamment N 51 à N 55.

⁶⁴⁹ Cour EDH, Marcello Viola c. Italie, *op. cit.*. A noter que l'affaire fait actuellement l'objet d'une demande de renvoi devant la Grande chambre.

⁶⁵⁰ Voir par exemple l'arrêt récent de la Cour EDH, Rooman c. Belgique, 31.01.2019, req. n° 18052/11 et en particulier le rappel des principes pertinents aux N 141 à N 148, et N 190 à N 213.

Tout d'abord, il existe des mesures privatives de liberté préventives visant les personnes atteintes de **troubles mentaux de nature à abolir leur discernement** et, ainsi, à **exclure le plus souvent leur responsabilité** sur le plan pénal pour les actes qu'ils ont commis constituant des infractions pénales. En **Allemagne**, les personnes ayant commis une infraction dans un état d'incapacité ou de diminution de capacité qui perdure, et qui présentent un risque de récidive qui représente un danger important pour le public, peuvent être placées dans un hôpital psychiatrique et ne sont pas condamnées à une peine d'emprisonnement. En **Autriche**, les personnes déclarées irresponsables pénalement pour cause de trouble mental pourront être placées dans des établissements pour délinquants souffrant de troubles mentaux, lorsque l'infraction qu'elles ont commise est possible d'au moins un an de prison. Les personnes souffrant de troubles mentaux mais dont les actes leurs sont tout de même imputables seront placées dans les mêmes établissements, mais exécuteront ensuite leur peine d'emprisonnement si elles sortent de l'établissement avant la fin de la durée de la peine. En **France**, ceux dont le trouble mental a aboli le discernement ou le contrôle de leurs actes sont déclarés irresponsables sur le plan pénal et peuvent faire l'objet d'une hospitalisation complète, lorsque leur trouble mental nécessite des soins et compromet la sûreté des personnes ou porte gravement atteinte à l'ordre public. En **Italie**, le responsable d'une infraction punissable par une peine d'emprisonnement dont le maximum est supérieur à deux ans, ayant été acquitté pour cause d'infirmité mentale totale – c'est-à-dire une personne dont la capacité de comprendre et de vouloir était, au moment de la commission du fait, totalement exclue – pourra être internée de force dans une Résidence pour l'exécution des mesures de sécurité. L'objectif premier y est médical et thérapeutique, bien que cette mesure vise également la prévention de futures infractions. Aux **Pays-Bas**, le placement en hôpital psychiatrique des personnes totalement exonérées de culpabilité est également prévu ; il vise avant tout la protection de la personne hospitalisée et, subsidiairement, la protection de la population. Au **Royaume-Uni**, le juge, sur avis médical, peut ordonner l'hospitalisation d'une personne qu'il aura déclarée non coupable pour cause de démence, afin qu'elle suive un traitement. Cette décision peut être accompagnée d'un *restricted order* si la nature de l'infraction commise, les antécédents de la personne et le risque de récidive imposent la privation de liberté pour protéger le public d'une atteinte grave (obligatoirement prononcé en cas de meurtre).

La **durée** de ses mesures, dans l'ensemble des ordres juridiques sélectionnées, est définie en fonction de leur nécessité. Le placement en hôpital psychiatrique ou autres établissements spécialisés dure **aussi longtemps que les conditions nécessaires à son prononcé perdureront**, à l'exception de l'ordre juridique italien. Des examens pluridisciplinaires, ou en tout cas médicaux et judiciaires, ont lieu très régulièrement afin d'évaluer la nécessité de poursuivre les placements, d'y mettre un terme, ou de définir une période probatoire ou des mesures transitoires. En Italie, les personnes acquittées pour cause d'infirmité mentale totale sont placées en hôpital psychiatrique judiciaire pour au minimum 2 ans, voire au minimum 5 ans si l'acte commis est puni par la loi par une peine de prison d'au moins 10 ans, ou au minimum 10 ans si l'acte commis est puni par la loi à l'emprisonnement à perpétuité. **La durée maximale de la mesure ne peut excéder celle de la peine de prison prévue** pour l'infraction commise.

Ensuite, il existe des mesures privatives de liberté préventives visant les personnes dont le **discernement n'est pas entièrement aboli**, mais qui sont sujettes par exemple à des **dépendances** à des substances telles que des drogues ou l'alcool, ou encore qui ont d'importants **problèmes sociaux**. L'exécution de ces mesures est **limitée dans le temps, hormis, dans certains cas**, au Royaume-Uni et aux Pays-Bas. En Italie, des **durées minimales** sont encore prévues. En **Allemagne**, lorsqu'une infraction est commise par une personne en raison de sa consommation excessive de substances intoxicantes, elle peut être placée dans un centre de désintoxication. La mesure est décidée en cas de risque de commission de nouveaux actes illicites graves, afin de protéger la population et de soigner l'intéressé. Elle dure au maximum 2 ans, mais peut être prolongée à hauteur des 2/3 de la durée de la peine de prison, le cas échéant. Une fois sevré ou en cas de refus de collaborer, à sa sortie de centre de désintoxication, l'intéressé purgera le restant de sa peine en prison (sauf libération

conditionnelle). En **Autriche**, il existe des établissements pour délinquants nécessitant un sevrage, lorsque la peine de prison est d'au maximum 2 ans. Cette mesure ne peut s'appliquer qu'aux personnes représentant un danger, dont on estime que la situation laisse apparaître une perspective de guérison. La mesure dure le temps du sevrage, dans la limite de 2 ans. Un examen de la nécessité de la mesure a lieu tous les 6 mois. A l'issue de cette mesure, l'intéressé est transféré de l'établissement pour délinquants nécessitant un sevrage à la prison, pour effectuer le reste de sa peine (sauf remise de peine ou libération conditionnelle). En **France**, une personne coupable d'une infraction pénale, dont le discernement est seulement altéré ou le contrôle de ses actes seulement entravé, peut se voir obligée par le juge, après sa libération de prison, de suivre des soins pendant au maximum 5 ans en matière correctionnelle et 10 ans lorsque l'infraction commise est un crime ou un délit puni de 10 ans d'emprisonnement ; ces soins peuvent éventuellement consister en une hospitalisation ou en une prise en charge au sein d'un établissement d'accueil adapté dans lequel le condamné est tenu de résider ; l'objectif est alors avant tout de soigner, plutôt que de protéger la population. Aux **Pays-Bas**, deux mesures peuvent s'inscrire dans ce deuxième type de mesures privatives de liberté préventives. Il s'agit premièrement des mesures de sécurité pour les criminels dont le comportement est lié à des problèmes d'addiction ou sociaux. Ces mesures visent la protection de la société et la prévention de la récidive, par le traitement des problèmes d'addiction ou autres. Elles concernent les personnes qui ont commis de multiples infractions liées ou dues à une addiction, des problèmes comportementaux ou financiers. Elles ne sont possibles que pour les crimes pour lesquels la détention avant le jugement est possible ; elles ne peuvent pas être combinées avec une peine de prison. Un programme des traitements nécessaires et d'apprentissage est généralement établi par les spécialistes des institutions pour multirécidivistes. Ces mesures sont introduites pour 1 an au minimum et 2 ans au maximum, sans possibilité d'extension ; mais il est possible d'émettre une seconde décision de placement, si un nouveau crime est commis après la fin de la première mesure. Deuxièmement, pour les crimes réprimés par au moins 4 ans d'emprisonnement mais pas par l'emprisonnement à vie, les personnes représentant une menace pour l'ordre public entièrement ou partiellement exonérées de culpabilité peuvent être confinées dans une institution sécurisée ou générale pour suivre un traitement médical ou autres (*TBS order*). Ces mesures durent 2 ans et peuvent être étendues pour 1 ou 2 ans une ou deux fois, à hauteur de 4 ans au total maximum ; si l'infraction commise portait atteinte à l'intégrité physique, il n'y a pas de limitation de durée. Eventuellement, la fin de cette mesure sera suivie de l'exécution de la peine de prison décidée. Au **Royaume-Uni** également, il existe une mesure visant les délinquants, âgés d'au moins 21 ans, souffrant d'un trouble mental de nature ou d'intensité propre à justifier leur détention dans un hôpital sécurisé, pour suivre un traitement médical. Cette mesure est appliquée lorsque la peine appropriée est l'emprisonnement en raison du fait que le délinquant est estimé partiellement responsable de ses actes. Il est alors hospitalisé sans possibilité de sortir, puis, une fois sa santé recouvrée, emprisonné pour l'exécution de sa peine. La rétention en hôpital peut durer aussi longtemps que la peine de prison imposée, voire plus longtemps si les conditions justifiant l'hospitalisation sont toujours réunies. Si la santé du délinquant s'améliore avant le terme de sa peine de prison, il sera incarcéré pour le reste de son exécution. Le droit britannique prévoit encore une mesure comparable pour les personnes déjà incarcérées (*Transferred prisoners*). En **Italie**, les personnes condamnées pour une infraction qu'elles ont commise sans en être entièrement conscientes – c'est-à-dire dont la capacité de comprendre et de vouloir au moment de l'événement était fortement diminuée – peuvent être assignées dans une clinique ou un institut spécialisés (*assegnazione a una casa di cura e custodia*), notamment pour soigner des infirmités psychiques dues à une intoxication chronique conséquentes d'abus d'alcool ou de drogues. L'objectif est alors de diminuer la dangerosité et d'éliminer les raisons à l'origine de la diminution de capacité. La durée de l'assignation varie entre six mois et trois ans au minimum, en fonction de la durée de la peine d'emprisonnement prévue pour l'infraction commise. La durée maximale de la mesure correspond à la peine maximale encourue pour l'infraction commise. La mesure peut être exécutée avant, après, pendant ou à la place de l'exécution de la peine de prison.

Enfin, il existe des mesures privatives de liberté préventives qui s'adressent aux **criminels particulièrement dangereux et qui permettent, à leur sortie de prison, de continuer à les priver de liberté, dans le but de protéger la population**. Limitées dans le temps en Autriche et en Italie, dans les autres Etats dont le droit a été analysé ici, ces mesures ne prennent fin que lorsque les conditions les ayant rendues nécessaires cesseront, le cas échéant. En **Allemagne**, les criminels extrêmement dangereux présentant un risque de commettre de nouvelles infractions graves peuvent être placés en détention préventive, afin de protéger la population. Ce placement est d'une durée illimitée ; toutefois, un réexamen de la mesure a lieu tous les ans, puis, après 10 années de détention préventive, tous les 9 mois. En **Autriche**, une mesure de placement dans un établissement pour récidivistes dangereux, après l'exécution d'une peine de prison, permet d'enfermer les personnes dont on prédit la dangerosité et qui ont été condamnées à une peine d'emprisonnement pour la commission d'actes portant notamment atteinte à la vie, l'intégrité physique, la liberté, aux biens avec violence contre les personnes, ou encore à l'intégrité sexuelle. Cette mesure dure aussi longtemps que nécessaire, sans toutefois pouvoir dépasser 10 années. Certains auteurs et praticiens du droit constatent que cette limitation de la durée de la mesure à 10 années a pu conduire au placement dans des établissements pour délinquants souffrant de troubles mentaux⁶⁵¹, de personnes correspondants davantage à des récidivistes dangereux qu'à des personnes souffrant de troubles mentaux. En effet, à la différence des placements dans les établissements pour récidivistes dangereux, l'enfermement dans les établissements pour délinquants souffrant de troubles mentaux peut être indéfiniment poursuivi. En **France**, la rétention de sûreté permet de retenir en centre socio-médico-judiciaire de sûreté les criminels dont on estime qu'ils sont particulièrement dangereux, au regard de la probabilité très élevée de récidive en raison d'un trouble grave de la personnalité. Pour ce faire, il revient à la Cour d'assises qui prononce la condamnation de prévoir que, après l'exécution de la peine de prison (d'au moins 15 ans pour certains crimes graves contre les personnes), la personne sera retenue dans un de ces centres pour suivre une prise en charge médicale, sociale et psychologique, dont l'objectif est de permettre la fin de cette mesure de rétention de sûreté. La mesure dure 1 an renouvelable, tant que les conditions persistent. A son terme, la personne fera éventuellement l'objet d'un placement sous surveillance de sûreté, pendant une période de 2 ans renouvelable, comprenant la pose d'un bracelet électronique et le suivi de soins. Aux **Pays-Bas** et au **Royaume-Uni**, le *TBS order* et la mesure de *Transferred prisoners* sont également pertinents pour les criminels les plus dangereux ayant terminé d'exécuter leur peine de prison ; on rappelle que ces mesures peuvent durer aussi longtemps que nécessaire. A noter qu'au **Royaume-Uni**, jusqu'en 2012, l'*imprisonnement for public protection* visait à assurer la détention des délinquants violents et sexuels dangereux aussi longtemps qu'ils représentaient un risque pour la société. Cette mesure très critiquée a été remplacée par des dispositions relatives à l'emprisonnement à vie en cas de deuxième infraction grave. L'**Italie** se distingue des ordres juridiques précédents, en particulier en ce que les criminels habituels, professionnels ou par tendance, ainsi que les personnes condamnées ou acquittées, qui se trouvent en prison ou sont internées, dont les conditions psychiques se sont détériorées, peuvent être assignées à **tout moment** (avant, après, pendant ou à la place de l'exécution de la peine de prison) dans une colonie agricole ou un lieu de travail. Elles y sont enfermées pour une durée minimale d'un an, voire, pour les délinquants réguliers, de deux à quatre ans minimum. Après la fin de la période minimale, si le danger persiste, la mesure est prolongée, dans la limite de la durée de la peine de prison maximale encourue pour l'infraction commise.

⁶⁵¹ Cf. ci-dessus dans l'analyse comparative, la mesure autrichienne dédiée aux personnes déclarées irresponsables pénalement pour cause de trouble mental ou souffrant de troubles mentaux mais dont les actes leurs sont tout de même imputables.

PD Dr. Krista Nadakavukaren Schefer
Vice-Directrice

Dr. Carole Viennet
Cheffe de projet

Rapports nationaux :

Allemagne	Corinna Hartl <i>Stagiaire</i> Verena Kühnel <i>Conseillère juridique, ordres juridiques germanophones</i>
Autriche	Maren Langhorst <i>Stagiaire</i> Verena Kühnel <i>Conseillère juridique, ordres juridiques germanophones</i>
France	Dr. Carole Viennet <i>Conseillère juridique, ordres juridiques francophones</i>
Italie	Dr. Ilaria Pretelli <i>Conseillère juridique, droit italien</i>
Royaume-Uni	John Curran, LLM <i>Conseiller juridique, Common Law</i>
Pays-Bas	Nadeeka Rajaratnam <i>Correspondante pour le droit hollandais</i> Daun Hwang <i>Correspondant pour le droit hollandais</i>