



# **PROPOSITION DE LOI TENDANT À GARANTIR LE DROIT AU RESPECT DE LA DIGNITÉ EN DÉTENTION**

## **OBSERVATIONS & RECOMMANDATIONS**

Dans une décision du 30 janvier 2020, la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) a condamné la France pour l'indignité de ses conditions de détention et l'absence de voie de recours pour y mettre un terme. De son côté, le Conseil constitutionnel a considéré, dans une décision du 2 octobre dernier, qu'il incombait au législateur de garantir aux personnes placées en détention la possibilité de saisir le juge de conditions de détention contraires à la dignité de la personne humaine afin qu'il y soit mis fin. Pour se mettre en conformité avec cette exigence, le président de la Commission des lois du Sénat, M. Jean-Noël Buffet a déposé le 11 février 2021 une proposition de loi « tendant à garantir le droit au respect de la dignité en détention », texte sur lequel le gouvernement a engagé une procédure accélérée.

Dans la présente note, nos organisations soulignent les limites soulevées par le dispositif proposé et rappellent que la seule création d'une voie de recours contre des conditions indignes ne saurait satisfaire les exigences fixées par l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) du 30 janvier 2020, qui implique de la France « l'adoption de mesures générales visant à supprimer le surpeuplement et à améliorer les conditions matérielles de détention ».

## I. Contexte : la France sommée de résorber sa surpopulation carcérale et de mettre en place un recours efficace contre des conditions de détention inhumaines et dégradantes

En moins de vingt ans, les prisons sont passées de 48 000 à 72 000 personnes détenues. Si ce chiffre a ponctuellement connu une baisse significative à la faveur de la crise sanitaire, le nombre de personnes incarcérées est reparti à la hausse depuis plusieurs mois<sup>1</sup> et la surpopulation carcérale demeure le mal chronique des prisons françaises. Au 1<sup>er</sup> janvier 2021, 21 664 personnes étaient détenues dans des établissements dont le taux d'occupation est supérieur à 120 %.

Les conséquences de cette suroccupation sont connues : promiscuité, personnes contraintes de vivre à deux, trois parfois plus dans une même cellule sur des matelas posés à même le sol, manque d'intimité, hygiène défectueuse, multiplication des tensions et violences, etc. Plus généralement, la surpopulation carcérale entraîne une prise en charge dégradée, avec une offre de travail, de formation ou de soins réduite, ou encore un moindre accès aux activités ou aux dispositifs de préparation à la sortie. Elle est aussi à l'origine de conditions de travail particulièrement compliquées pour les personnels pénitentiaires et les intervenants en détention.

Le 30 janvier 2020, la Cour européenne des droits de l'homme constatait, dans l'arrêt *J.M.B. et autres c. France*, l'indignité des conditions dans lesquelles 27 personnes avaient été détenues dans six établissements pénitentiaires français surpeuplés, en violation de l'article 3 de la Convention européenne qui prohibe les traitements inhumains et dégradants. Relevant par ailleurs que le droit français n'organisait pas de voie de recours leur permettant d'obtenir la cessation des mauvais traitements liés à aux conditions matérielles de détention (recours « dit préventif »), la Cour concluait également à la violation du droit à un recours effectif garanti par l'article 13 de la Convention. Surtout, elle constatait le caractère structurel en France des mauvaises conditions d'incarcération. En conséquence, elle demandait à l'État français « l'adoption de mesures générales » visant à « garantir aux détenus des conditions de détention conformes à l'article 3 », en assurant notamment la « résorption définitive de la surpopulation carcérale », et à offrir « un recours préventif » aux personnes dont les conditions de détention sont contraires à la dignité. Elle inscrivait, ce faisant, la France dans la liste des pays visés par un arrêt « pilote » ou « quasi-pilote » leur intimant de réformer leur système carcéral.

À cet égard, il y a lieu de rappeler que l'État est tenu de prendre des mesures individuelles et/ou, le cas échéant, générales dans son ordre juridique interne, afin de mettre un terme à la violation constatée par la Cour. Si, en principe, l'État défendeur reste libre, sous le contrôle du Comité des Ministres, de choisir les moyens d'y parvenir, pour autant que ces moyens soient compatibles avec les conclusions contenues dans l'arrêt, il en va différemment lorsque la Cour a estimé utile d'indiquer le type de

1. Alors qu'au 1<sup>er</sup> juillet 2020, il y avait 58 695 personnes détenues dans les prisons françaises, leur nombre s'élevait à 63 800 à la mi-février 2021.

2. *Verein gegen Tierfabriken Schweiz (VgT) c. Suisse* (no 2) [GC], no 32772/02, § 86-88.

mesures à prendre pour mettre un terme à la situation structurelle ayant donné lieu à un constat de violation. La nature de la violation constatée peut ne pas laisser de choix quant aux mesures à prendre<sup>2</sup>.

Alors qu'aucune réaction officielle des pouvoirs publics n'a accompagné la parution de cette décision pourtant inédite, la Cour de cassation a tiré de son côté les premières conséquences de la condamnation européenne, en jugeant pour la première fois le 8 juillet 2020 que, si une personne placée en détention provisoire justifie être soumise à des conditions indignes de détention, l'autorité judiciaire « doit ordonner [sa] mise en liberté, en l'astreignant, le cas échéant, à une assignation à résidence avec surveillance électronique ou à un contrôle judiciaire ». Dans le même temps, elle saisissait le Conseil constitutionnel de deux questions prioritaires de constitutionnalité critiquant l'absence, dans la loi, d'une voie de recours permettant aux personnes détenues d'être protégées contre les conditions dégradantes d'incarcération.

Dans une décision du 2 octobre 2020, le Conseil constitutionnel a affirmé l'inconstitutionnalité de cette carence. Rappelant que « la sauvegarde de la dignité de la personne humaine contre toute forme d'asservissement et de dégradation est un principe à valeur constitutionnelle », il a relevé qu'il incombe « au législateur de garantir aux personnes placées en détention provisoire la possibilité de saisir un juge de conditions de détention contraires à la dignité humaine, afin qu'il y soit mis fin » et appelé le Parlement à se saisir de la question pour leur ouvrir une voie de recours avant le 1<sup>er</sup> mars 2021.

## **II • Une voie de recours insuffisamment protectrice**

En décembre 2020, le Gouvernement a tenté de profiter de la fenêtre parlementaire ouverte par les discussions relatives au projet de loi sur le Parquet européen pour intégrer une voie de recours nouvelle au bénéfice des personnes détenues. L'exposé des motifs de ce texte indiquait que « ces dispositions ont fait l'objet d'une consultation du Conseil d'État qui, dans un avis rendu le 1<sup>er</sup> décembre, a donné son plein accord au dispositif proposé, sous certaines réserves qui ont toutes été prises en compte dans la version finalement retenue. » C'est le même dispositif qui est aujourd'hui présenté au Parlement par le sénateur Jean-Noël Buffet.

La voie de recours ainsi projetée se présente comme un mécanisme comportant quatre phases procédurales : un filtre de recevabilité, une phase d'établissement des faits avec l'examen des conditions de détention, un temps de remédiation par l'administration pénitentiaire, puis, pour finir, la décision sur le bienfondé de la demande :

- Après avoir été saisi sur requête, le juge des libertés et de détention ou le juge de l'application des peines appréciera les allégations de la personne détenue et, si elles constituent un commencement de preuve de conditions indignes, fera procéder à des vérifications par l'administration pénitentiaire.
- S'il est établi que les conditions de détention atteignent un degré de gravité suffisant, le juge enjoindra à l'administration d'y remédier dans un délai de dix jours à

un mois. Il ne pourra pas lui prescrire d'exécuter l'une ou l'autre des mesures qu'il juge appropriées. L'administration pourra librement procéder au transfèrement de l'intéressé vers un nouveau centre pénitentiaire.

- Dans le cas où, à l'issue du délai, la situation reste attentatoire aux droits de la personne détenue, le juge pourra ordonner à son tour le changement d'établissement du requérant ou organiser sa remise en liberté.
- Faute d'intervention du juge ou en cas de désaccord avec sa décision, la personne détenue disposera du droit de saisir directement ou par voie d'appel le président de la chambre de l'instruction ou de la chambre de l'application des peines.

Ce cheminement progressif, s'il est présenté comme préservant les droits de la personne détenue et l'équilibre entre les parties, nous semble comporter d'importants écueils. Nous craignons surtout que l'articulation et l'organisation du recours contribuent à le priver de l'effectivité requise par la jurisprudence et ne permettent pas de résoudre le problème soulevé.

### **A. Un formalisme superflu**

La proposition de loi exige que la personne détenue présente ses allégations au moyen d'une « requête », semblant indiquer que sa situation devra être formalisée dans un écrit respectant un certain formalisme.

Cette exigence ne nous semble convenir ni aux circonstances dans lesquelles ces allégations sont susceptibles d'être évoquées (ex : interrogatoire devant le juge d'instruction ou débat aux fins de prolongation de détention provisoire), ni à la souplesse procédurale qui devrait entourer la prévention des traitements inhumains et dégradants.

Si nous notons que le projet se conclut par l'indication selon laquelle un décret précisera « les modalités de saisine du juge des libertés et de la détention ou du juge de l'application des peines », nous croyons essentiel que ce point puisse être débattu au Parlement, lequel pourra ainsi déterminer lui-même les garanties procédurales.

### **B. Des conditions de recevabilité limitatives**

En ce qui concerne les conditions de recevabilité de la requête, la proposition de loi reprend le dispositif de l'arrêt du 8 juillet 2020 de la chambre criminelle de la Cour de cassation en exigeant que les allégations soient « circonstanciées, personnelles et actuelles ».

Il importe de rappeler les difficultés – déjà reconnues par les juridictions administratives – pour une personne détenue d'apporter des éléments précis et circonstanciés sur sa situation en détention, qu'il s'agisse autant des conditions matérielles que de l'exercice de ses droits.

Afin de tenir compte de cette situation d'entière dépendance à l'administration pénitentiaire, une formulation plus ouverte devrait être privilégiée, en indiquant éven-

tuellement que les allégations portées à la connaissance du juge judiciaire doivent « constituer des indices » de conditions indignes de détention.

### **C. Déséquilibre dans l'établissement des conditions de détention : un juge « arbitre » et non « acteur »**

Face à des allégations relatives à l'indignité des conditions de détention, le texte prévoit que le juge judiciaire devra dans un premier temps s'effacer et laisser l'administration pénitentiaire s'expliquer seule. Dans ce sens la proposition reste floue sur les pouvoirs de contrôle à la disposition du juge des libertés et de la détention et du juge de l'application des peines.

Le texte se borne à indiquer que lorsque les allégations de la personne détenues « constituent un commencement de preuve que les conditions de détention de la personne ne respectent pas la dignité de la personne, le juge déclare la requête recevable, fait procéder aux vérifications nécessaires et recueille les observations de l'administration pénitentiaire ».

Il nous paraît nécessaire que le Parlement organise l'intervention rapide du juge judiciaire et lui attribue de véritables pouvoirs d'instruction dans ce nouveau contentieux des conditions de détention. Ceci est nécessaire pour donner au recours l'efficacité et la célérité requises par la jurisprudence européenne.

De même, en l'état du texte, il ne pourra intervenir et ordonner une mesure de remédiation qu'autant que les actions de l'administration pénitentiaire auront été jugées insuffisantes. Cette articulation devrait pouvoir être optionnelle et le juge devrait disposer de la capacité de prendre seul et rapidement les décisions qu'il juge opportunes.

### **D. Des délais trop longs en regard de l'objet du recours**

Les délais de procédure actuellement envisagés pourront finalement achever de décourager les personnes détenues de saisir le juge judiciaire de leurs conditions de détention. À chacune de ses étapes, le Gouvernement envisage des délais minimums et maximums d'intervention.

La procédure ne pourra ainsi être traitée dans un délai inférieur à deux semaines et pourra s'étaler sur une période de deux mois, voire deux mois et demi en cas d'appel devant le président de la chambre de l'instruction.

Cette attente pourrait d'ailleurs s'avérer parfaitement vaine dans l'hypothèse où ce dernier magistrat ne serait pas intervenu dans les délais requis ; le texte prévoit en effet que faute pour l'appel d'avoir été examiné dans un délai de quinze jours, il sera réputé non-venu.

Cette temporalité ne nous semble pas correspondre à la gravité des enjeux ni répondre à la nécessité d'une intervention urgente pour mettre fin aux mauvais traitements. Elle contribue à repousser l'intervention des institutions et, par suite, à laisser perdurer des traitements inhumains et dégradants.

Une telle situation et de telles allégations devraient tout au contraire appeler une action rapide aux fins de remédier à la situation et rétablir le requérant dans ses droits. À défaut, c'est l'effectivité même de la voie de recours qui est interrogée.

### **E. L'absence de possibilité d'appel en cas de rejet de la demande de protection formulée par la personne détenue**

La proposition de loi prévoit qu'un appel peut être formé contre les décisions par lesquelles l'autorité judiciaire ordonne le transfert de la personne détenue ou sa libération dans le cadre d'une mesure de mise en liberté ou d'aménagement de peine. Elle précise que s'il est formé dans les 24 heures, l'appel du ministère public est suspensif.

Mais aucune possibilité d'appel n'est expressément prévue si le juge rejette au départ la requête au motif qu'elle serait irrecevable, s'il l'écarte après avoir fait procéder à des vérifications au motif que les conditions de détention ne seraient pas indignes ou s'il décide de ne prononcer aucune mesure de protection au motif que l'administration aurait remédié aux mauvaises conditions de détention dénoncées dans le temps qu'il lui avait laissé à cet effet.

Or, le respect du droit à un recours effectif commande que la personne détenue puisse contester en appel l'appréciation par laquelle le juge saisi considère que les conditions de détention dénoncées ne sont pas contraires aux exigences de la dignité humaines.

La règle selon laquelle l'appel est réputé non avenu lorsque le juge d'appel ne s'est pas prononcé dans le délai de quinze jours ne saurait s'appliquer aux appels formés par les personnes détenues.

### **F. Une absence de garanties quant au respect des droits fondamentaux et à l'efficacité des mesures prononcées**

Parmi les solutions envisagées pour remédier aux atteintes subies par la personne détenue, la proposition de loi formule l'hypothèse d'un transfèrement du requérant vers un autre établissement.

Cette mesure peut être initiée par l'administration pénitentiaire (au cours du délai de dix jours à un mois qui lui est accordé pour mettre fin aux conditions indignes) ou par le juge judiciaire lui-même (après avoir constaté l'inefficacité de l'intervention de l'administration).

Or, cette proposition présente une fragilité évidente: pour répondre aux exigences européennes, la mesure décidée par le juge doit effectivement soustraire le requérant au traitement contraire à la Convention, et donc impliquer l'examen rigoureux des conditions de détention dans l'établissement de destination<sup>3</sup>. La proposition ne tient pas non plus compte des autres considérations fondamentales que sont la situation sociale et familiale de la personne détenue: l'éloignement géographique que suppose bien souvent un transfèrement entraîne des conséquences immédiates sur

3. Strucl et a. c. Slovénie, 5903/10, §141.

l'exercice des droits (maintien des liens familiaux, droits de la défense, droit à la réinsertion si la personne est engagée dans un projet de préparation à la sortie ou d'aménagement de peine, etc.) Il est donc nécessaire d'encadrer davantage les conditions de transfert et de créer un contrôle de la décision a priori et non après qu'elle aura été mise à exécution.

À défaut d'apporter des garanties suffisantes, le dispositif proposé pourrait être dissuasif pour les personnes détenues qui préféreront encore l'indignité de leurs conditions de vie à une plus grande séparation de leurs familles. Il pourrait également les contraindre à engager de nouveau recours si les conditions de détention dans leur établissement d'accueil ne sont pas respectueuses de leur droit et de leur dignité.

Enfin, en donnant la priorité au transfèrement, le dispositif proposé ne règle pas le problème soulevé par la personne détenue à l'origine de la procédure, à savoir l'indignité des conditions de détention dans l'établissement de départ. En effet, après l'exécution du transfèrement, la place libérée sera très probablement occupée par une nouvelle personne détenue qui sera à son tour exposée à la même situation que celle à laquelle l'opération entendait remédier. Notons à cet égard que, dans un contexte de surpopulation endémique, la Cour européenne ne se satisfait pas de mécanismes inaptes à donner au litige une solution individuelle qui n'intervienne pas au détriment des autres détenus, eux-mêmes confrontés à la surpopulation. Par exemple, la Cour a retenu, à l'appui de sa décision de prononcer un arrêt pilote contre la Pologne, qu'« une décision d'une juridiction civile est insusceptible d'apporter une solution globale au problème des conditions de détention inadéquates compte tenu du fait qu'elle ne peut agir sur les circonstances qui en sont à l'origine »<sup>4</sup>.

### **III · Une voie de recours qui ne satisfait pas les exigences européennes : la nécessité de mettre en place une politique de limitation du recours à l'emprisonnement**

La création d'une voie de recours permettant de mettre fin à des conditions de détention jugées contraires au principe de respect de la dignité humaine s'impose afin de mettre la législation française en conformité avec les exigences européennes et constitutionnelles. Cependant, celle-ci pourrait s'avérer inapplicable et donc ineffective dans l'état actuel des conditions de détention et de surpopulation des établissements pénitentiaires et n'aura de sens que si l'administration est en mesure d'offrir des solutions acceptables, à savoir des conditions d'incarcération respectueuses de la dignité, ce qui n'est pas le cas actuellement. La création d'une voie de recours ne saurait par ailleurs redresser la situation que connaissent les établissements pénitentiaires français depuis de très nombreuses années.

Or, l'objet premier de l'arrêt J.M.B. contre France, est de constater le « phénomène structurel » (§ 315) de la violation de l'interdiction des traitements inhumains et dégradants dans les maisons d'arrêt française. La Cour astreint dès lors le gouverne-

4. Norbert Sikorski c. Pologne, 17599/05, 22 octobre 2019, § 160.

ment français à adopter des « mesures générales » visant « la résorption définitive de la surpopulation carcérale », notamment par « la refonte du mode de calcul de la capacité des établissements pénitentiaires et l'amélioration du respect de cette capacité d'accueil » (§ 316).

Il est donc essentiel que la création d'une voie de recours contre des conditions de détention indignes s'accompagne d'une véritable politique de réduction du recours à l'emprisonnement, qui rompe avec la tendance actuelle.

### **A. Mettre en place d'un Plan national d'action contre la surpopulation carcérale**

L'augmentation continue du nombre de personnes détenues ces dernières décennies ne traduit pas une augmentation de la délinquance mais avant tout des choix de politique pénale. Il faut dès lors agir sur les facteurs qui concourent à cette inflation carcérale et s'inspirer pour cela des recommandations des instances internationales et des conclusions de nombreux travaux de recherche qui pointent les effets désocialisants et criminogènes de la prison.

En particulier, le Conseil de l'Europe invite les États membres à élaborer des plans d'action nationaux incluant l'ensemble des acteurs de la chaîne de justice pénale et prévoyant :

- la dépénalisation de certains types de délits ; alors que la loi sanctionne un nombre de plus en plus important de comportements, certains d'entre eux pourraient être pris en charge par les autorités administratives (ex. conduite sans permis) ou sanitaires (ex. consommation de stupéfiants).
- la réduction du recours à la détention provisoire. Les prévenus représentent près de 30 % de la population détenue. Leur nombre n'a cessé de progresser ces dernières années, en même temps que la durée moyenne de détention provisoire s'est allongée. Cette réalité met à mal le respect du principe de présomption d'innocence. Appelée de leurs vœux par nombre de professionnels et d'acteurs publics, la refonte des conditions de recours à la détention provisoire fait pourtant partie des oubliés de la loi de programmation pour la justice.
- une révision des conditions de jugement ; en proie à un manque de moyens, les parquets recourent de plus en plus, pour des questions de gestion des flux, aux procédures de jugement rapide, telle la comparution immédiate, emblème d'une justice expéditive. Ces procédures de jugement rapides, ne permettent pas d'individualiser les peines, autrement dit d'adapter la sanction aux faits et à la situation de l'auteur, et sont donc particulièrement pourvoyeuses d'incarcération. Leur champ d'application doit être révisé.
- une révision de l'échelle des peines qui prévoit la réduction du recours aux longues peines et le remplacement des courtes peines d'emprisonnement par des sanctions et mesures appliquées en milieu ouvert. Cela nécessite de renforcer les moyens alloués aux peines non privatives de liberté, afin d'en faire des alternatives crédibles à la peine d'emprisonnement.

- le développement des mesures permettant de réduire la durée effective de la peine purgée, et notamment de la libération conditionnelle, « une des mesures les plus efficaces et constructives » pour permettre la réintégration dans la communauté.

Afin de définir et mettre en œuvre un tel plan d'action, le comité des ministres du Conseil de l'Europe a également défini une méthode : une implication large des acteurs de la chaîne pénale et de la société civile doit donner à la réforme pénale une assise suffisante pour résister aux risques d'instrumentalisation du politique.

### **B. Instaurer un mécanisme de régulation carcérale**

Jusqu'à présent, aucune réforme (contrainte pénale, libération sous contrainte, aménagements de peine dès son prononcé, procédures simplifiées d'aménagement en fin de peine) n'a eu d'effet sur le problème de la surpopulation carcérale, qui n'a cessé au contraire d'augmenter. La baisse de la population carcérale n'est intervenue qu'à l'occasion de la mise en œuvre de mesures exceptionnelles lors de la crise sanitaire, qui permettaient de libérer des détenus sur des critères larges. Il est donc important que la volonté de réduire le recours à l'incarcération s'accompagne d'un mécanisme contraignant de régulation carcérale. Celui-ci pourrait être fondé non pas sur le principe d'une interdiction d'entrée en détention mais sur celui d'une régulation des sorties lorsque le nombre de détenus dépasse le nombre de places dans l'établissement (lire encadré page 10).

### **C. Renoncer aux programmes d'extension du parc pénitentiaire**

Cette politique nécessite également de revoir la politique d'extension du parc immobilier. Depuis 30 ans, plus de 25 000 places de prison ont été mises en service, sans effet cependant sur la surpopulation car l'adage selon lequel « plus on construit, plus on remplit » s'est toujours vérifié. De très nombreux travaux de recherche en France et à l'étranger pointent l'impasse des politiques d'accroissement du parc pour résorber la surpopulation pénitentiaire et les dangers d'une réponse carcérale économiquement et socialement coûteuse et contreproductive. Cette politique vient asphyxier les fonds disponibles quand il y a urgence à entretenir le parc carcéral actuel, développer les activités en détention, accompagner les personnes dans leurs démarches d'insertion, et renforcer les alternatives à l'emprisonnement et les aménagements de peine, plus efficaces en matière de prévention de la récidive.

## POUR UN MÉCANISME DE RÉGULATION CARCÉRALE

Un dispositif contraignant de régulation carcérale devrait prévoir un mécanisme de sortie dès lors que le nombre de détenus dépasse le nombre de places dans l'établissement.

L'instauration d'un *numerus clausus* n'aurait pas nécessairement vocation à instaurer une limite intangible du nombre de détenus. Celui-ci pourrait évoluer en fonction des ouvertures et des fermetures d'établissements pénitentiaires ainsi que de leur état. Un mécanisme de régulation carcérale qui se baserait sur la capacité opérationnelle des établissements nécessiterait par ailleurs la formalisation d'un nouveau mode de calcul de cette capacité. Actuellement, la capacité d'hébergement d'un établissement se calcule par référence à la surface au plancher. Dans son arrêt la CEDH préconise « la refonte du mode de calcul de la capacité des établissements pénitentiaires et l'amélioration du respect de cette capacité d'accueil ». Dans son Livre Blanc sur le surpeuplement, le Conseil de l'Europe indique que le calcul de la capacité carcérale et celui de la surpopulation doivent tenir compte d'autres critères que l'espace ou les mètres carrés dont dispose le détenu, comme le temps passé en cellule et, de façon plus générale, l'adéquation des conditions carcérales, notamment en termes de dotation en personnel et d'activités motivantes axées sur la réinsertion. Doivent donc être pris en compte des critères tels que la capacité des espaces collectifs, l'offre de formation, de travail et d'activités, l'offre de soin et les capacités de suivi par les services pénitentiaires d'insertion et de probation.

Un mécanisme de régulation carcérale pourrait alors reposer sur le dispositif suivant :

- Création, par décret, dans chaque établissement, d'un volant de places exclusivement réservées à l'accueil des nouveaux arrivants, pour une durée maximale de deux mois.
- Instauration d'un seuil d'alerte pour lancer le processus de régulation, à 90% de la capacité de l'établissement par exemple (à adapter en fonction du délai de traitement du mécanisme de régulation mis en place : réduction de peine exceptionnelle ou aménagement de peine).
- Dès lors que le seuil d'alerte est atteint, la direction de l'établissement ou le parquet ont l'obligation de saisir le juge de l'application des peines de situations individuelles permettant d'envisager des aménagements de peine, afin de libérer les places nécessaires à l'affectation des personnes incarcérées au quartier arrivant. Il y aura lieu de privilégier les aménagements de peine hors débat ou de tenir une commission de l'application des peines exceptionnelle, pour envisager l'octroi d'une libération sous contrainte pour les détenus dont le reliquat de peine à exécuter est compris entre 1 et 6 mois.
- Au cas où aucun aménagement de peine n'aurait été décidé au bout du délai de deux mois pour libérer la place aux détenus du quartier arrivant, une « procédure balai » pourrait être envisagée : le détenu dont la date de libération est la plus proche bénéficierait d'une réduction supplémentaire de peine exceptionnelle dont le quantum le rend immédiatement libérable.

À cette fin, il convient de maintenir l'information hebdomadaire de tous les magistrats du siège et du parquet par l'administration pénitentiaire de la situation des établissements pénitentiaires du ressort (et le cas échéant des ressorts voisins) dans lesquels les personnes condamnées ou placées en détention provisoire par la juridiction ont vocation à être incarcérées.

La mise en place d'un tel dispositif ne doit pas seulement prendre en compte la situation des personnes condamnées mais aussi celle des prévenus. Aussi, il y a lieu d'informer également les juges d'instruction et les juges des libertés et de la détention de la situation des établissements de leur ressort. Par ailleurs, les services pénitentiaires d'insertion et de probation (ou associations de contrôle judiciaire) doivent être saisis de la situation de tous les détenus provisoire pour évaluer leur situation et, en fonction de la nature de la procédure et des directives du juge d'instruction, étudier un projet de sortie, la faisabilité d'une assignation à résidence sous surveillance électronique ou d'un contrôle judiciaire. A cette fin il convient de prévoir que le juge d'instruction puisse transmettre des éléments de personnalité de la personne mise en examen au SPIP. A minima les SPIP doivent être saisis en amont des renouvellements de mandats de dépôt ou dès le dépôt d'une demande de mise en liberté. Dans ce cas, le rapport doit être rendu dans un délai contraint (5 jours par exemple).

En tout état de cause, afin d'éviter les inégalités territoriales, il conviendra de définir précisément les mécanismes qui s'imposeront aux acteurs en matière de transfèvements. Plus largement, un tel dispositif ne peut trouver son sens qu'inséré dans une politique réductionniste, prenant en compte les différents facteurs de l'inflation pénale. Ceci pour éviter des effets de seuils dans le choix des peines par les juridictions et par ailleurs que les acteurs de l'exécution des peines ne soient accaparés par des tâches gestionnaires de la surpopulation, au détriment du suivi individuel.