



HAL
open science

La circonstance aggravante de bande organisée

Guillaume Beaussonie

► **To cite this version:**

Guillaume Beaussonie. La circonstance aggravante de bande organisée. Le procès de la criminalité organisée 2021, Mar 2021, Toulouse, France. hal-03279021

HAL Id: hal-03279021

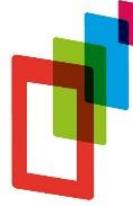
<https://hal.science/hal-03279021>

Submitted on 6 Jul 2021

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

**TOULOUSE
CAPITOLE**
Publications



« Toulouse Capitole Publications » est l'archive institutionnelle de
l'Université Toulouse 1 Capitole.

La circonstance aggravante de bande organisée

BEAUSSONIE GUILLAUME

Professeur, Droit privé et sciences criminelles

Pour toute question sur Toulouse Capitole Publications,
contacter portail-publi@ut-capitole.fr

La circonstance aggravante de bande organisée

Ce que révèle l'analyse de la circonstance aggravante de bande organisée, c'est que la criminalité organisée n'a rien de nouveau. Tout au plus les organisations criminelles ont-elles évolué, dans leur forme et dans leur objet, obligeant les autorités à adapter de plus en plus leur réponse à une telle délinquance.

Autrefois lutte contre le banditisme de grand chemin, désormais lutte contre les mafias, les cartels, les gangs, les réseaux (comme l'écrivait Mario Puzo, dans *le Parrain*, « un avocat habile vole bien plus d'argent avec son porte-documents qu'un millier de brigands avec leurs pistolets et leurs cagoules »...), la criminalité organisée éprouve depuis longtemps mais de façon croissante le système répressif, tant à raison de son caractère collectif, que de son caractère ordonné, voire rationnel.

On prête même à Napoléon d'être à l'origine de la notion de bande organisée puisque, durant la discussion sur le projet de code pénal, l'empereur avait émis l'idée, finalement non retenue, que « le banditisme de grand chemin ne soit déféré aux Cours spéciales "que dans le cas où ils ont été commis par une bande organisée" » (G. Levasseur, « Napoléon et l'élaboration des codes répressifs », *Mélanges Imbert*, p. 371 et s.).

C'est dire que, depuis l'origine, l'idée d'une appréhension particulière des infractions commises en bande organisée était présente, l'évolution l'ayant consacrée, à travers notamment une circonstance aggravante aujourd'hui définie par l'article 132-71 du code pénal :

« Constitue une bande organisée au sens de la loi tout groupement formé ou toute entente établie en vue de la préparation, caractérisée par un ou plusieurs faits matériels, d'une ou de plusieurs infractions ».

*

C'est le texte inaugural d'une section consacrée à « la définition de certaines circonstances entraînant l'aggravation, la diminution ou l'exemption des peines » et il s'agit d'une définition qui, du point de vue du Conseil constitutionnel, « n'est ni obscure, ni ambiguë et se distingue ainsi de la notion de réunion et de coaction » (Cons. const., déc. 2 mars 2004, n° 2004-492 DC). On y reviendra.

Si, comme l'a révélé l'intérêt qu'y portait Napoléon, le terme « bande organisée » apparaissait dès le code pénal de 1810, il n'y était recouru à l'époque que pour incriminer le pillage ou les bandes armées, et bien entendu les associations de malfaiteurs, dont faisait état précédemment le professeur Marc Segonds.

Il fallut attendre 1981 pour qu'une circonstance aggravante de bande organisée apparaisse, en matière de vol exclusivement. Elle fut alors accompagnée d'une définition un peu étrange, en forme de présomption : « Est réputé bande organisée tout groupement de malfaiteurs établi en vue de commettre un ou plusieurs vols aggravés par une ou plusieurs des circonstances visées à l'article 382 (alinéa 1) et caractérisé par une préparation ainsi que par la possession des moyens matériels utiles à l'action » (art. 385).

Dès lors, non seulement, seul le vol pouvait être aggravé par la circonstance de bande organisée mais, au surplus, seuls certains vols – déjà aggravés – étaient concernés (violences, effraction, escalade, usage de fausses clefs ou entrée par ruse dans un local d’habitation).

En 1983, la circonstance fut étendue aux destructions, dégradations et dommages présentant un danger pour la sécurité des personnes puis, tout en en donnant la définition moderne, le code pénal de 1992 l’étend à son tour, encore timidement, à l’enlèvement et la séquestration, au trafic de stupéfiants, au proxénétisme, à l’extorsion, à l’escroquerie, à la fausse monnaie, ainsi qu’au recel.

Un seuil est néanmoins franchi, car le premier ministre de l’époque révèle, durant l’exposé des motifs du projet de loi portant réforme du code pénal, que « la plus redoutable menace est celle du crime organisé dans ses formes diverses. À ceux qui choisissent délibérément de s’organiser dans le crime, la société doit répondre par une rigoureuse fermeté pénale » (*Doc. AN n° 500*, session 1985-1986, p. 16).

La dernière étape, sans surprise, a eu lieu avec de l’adoption de loi Perben 2 (n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité), qui a étendu le champ d’application de la circonstance aggravante de façon substantielle, en visant même des infractions situées en dehors du code pénal.

Dans le code pénal, s’ajoutent ainsi les homicides volontaires (C. pén., art. 221-4), les tortures ou actes de barbarie (C. pén., art. 222-4), la corruption de mineurs (C. pén., art. 227-22), et les représentations pornographiques de mineurs (C. pén., art. 227-23).

Au-delà du code pénal, sont concernées les lois portant sur les armes et munitions (L. 19 juin 1871 ; D. 18 avr. 1939, abrogés et partiellement codifiés, Ord. n° 2004-1374, 20 déc. 2004. – V. C. défense, art. L. 2339-2, L. 2339-8 [devenu CSI, art. L. 317-7, Ord. n° 2012-351, 12 mars 2012] et L. 2339-10), sur les poudres et substances explosives (L. n° 70-575, 3 juill. 1970, partiellement codifiée. – V. C. défense, art. L. 2353-4 et L. 2353-5), sur l’interdiction des armes biologiques ou à base de toxines (L. n° 72-467, 9 juin 1972, abrogée et partiellement codifiée, Ord. n° 2004-1374, 20 déc. 2004. – V. C. défense, art. L. 2341-4), sur les courses de chevaux (L. 2 juin 1891), sur les jeux de hasard (L. n° 83-628, 12 juill. 1983, abrogée et partiellement codifiée, Ord. n° 2012-351, 12 mars 2012. – V. CSI, art. L. 321-5 s.), ainsi que nombre d’articles du Code de la propriété intellectuelle réprimant les contrefaçons (CPI, art. L. 335-2, L. 335-4, L. 343-1 [ancien], L. 521-4 [ancien], L. 615-14, L. 623-32, L. 716-9 et L. 716-10).

A l’issue d’autres lois encore, sont également concernées les infractions de :

- eugénisme et de clonage reproductif (C. pén., art. 214-3) ;
- empoisonnement (C. pén., art. 221-5, al. 3) ;
- violences à l’égard des policiers, gendarmes, personnel de l’administration pénitentiaire et autres représentants de l’ordre (C. pén., art. 222-14-1) ;
- détournement de tout moyen de transport (C. pén., art. 224-6-1) ;
- traite des êtres humains (C. pén., art. 225-4-3) ;
- exploitation de la mendicité (C. pén., art. 225-12-7) ;
- exploitation de la vente à la sauvette (C. pén., art. 225-12-10) ;
- abus de confiance (C. pén., art. 314-1-1) ;
- atteintes aux STAD à caractère personnel (C. pén., art. 323-4-1) ;
- blanchiment (C. pén., art. 324-2, 2°) ;

- évasion (C. pén., art. 434-30, rédaction L. n° 2004-204, 9 mars 2004, al. 2) ;
 - soustraction et détournement de biens publics ou dans un dépôt public (C. pén., art. 432-15 et 433-4) ;
 - trafic d'armes (C. pén., art. 222-57) ;
 - corruption et trafic d'influence (C. pén., art. 432-11, 433-1, 435-1, 435-3).
- infractions portant sur l'entrée et le séjour des étrangers en France (Ord. n° 45-2658, 2 nov. 1945, art. 21, mod. L. n° 98-349, 11 mai 1998, abrogée et codifiée Ord. n° 2004-1248, 24 nov. 2004. – V. C. étrangers, art. L. 622-5, et plus récemment, C. étrangers, art. L. 623-1, réd. L. n° 2006-911, 24 juill. 2006, art. 90, II, mod. L. n° 2011-672, 16 juin 2011) ;
 - dopage des sportifs (C. santé publ., art. L. 3633-3, al. 2, abrogé et codifié Ord. n° 2006-596, 23 mai 2006. – V. C. sport, art. L. 232-26) ;
- falsifications (art. L. 451-2 c. conso), tromperies (art. L. 454-1 c. conso) ;
 - fraude à la sécurité sociale, où la circonstance est utilisée autrement que comme cause d'aggravation (art. R. 147-12 s. CSS) ;
 - fait de favoriser l'embarquement ou le débarquement d'un passager clandestin ou de le dissimuler (art. L. 5531-16 c. transports) ;
 - infractions relatives aux chèques (art. L. 163-4-2 CMF) et atteintes à la transparence des marchés (art. L. 465-3-5 CMF) ;
 - autres infractions au code de la défense et au code de la sécurité intérieure ;
 - fraude fiscale (art. 1741 et 1811 CGI) ;
 - différences infractions au code minier, code rural, code des douanes, code de la santé publique, code de l'environnement et code du travail.

*

Revenons, un instant, sur la loi Perben 2, dont le professeur Antoine Botton a parlé ce matin. Car, depuis lors, l'existence d'une « bande organisée » n'apparaît plus seulement comme une circonstance aggravant la punition (**I**) ; elle est tout autant, et peut-être encore plus, en tant que criterium de la criminalité organisée, une circonstance qui aggrave la procédure (**II**).

Disons quelques mots de ces deux aspects.

I. Une circonstance aggravant la punition

Très classiquement, en tant que circonstance aggravante, la bande organisée obéit à une définition abstraite (**A**) dont la correspondance avec un comportement concret conduit à l'aggravation de la répression de celui qui, agissant de la sorte, est déjà responsable de certaines infractions (**B**).

A. La définition

La bande organisée est, en vertu de l'article 132-71 du code pénal, « tout groupement formé ou toute entente établie en vue de la préparation, caractérisée par un ou plusieurs faits matériels, d'une ou de plusieurs infractions ».

Deux éléments composent ainsi la bande organisée : la structure et le but.

La structure – « tout groupement formé ou toute entente établie » – suppose, à la fois, une réunion et une organisation.

Autrement dit, au-delà de la présence d'au moins deux personnes, qui suffit parfois à aggraver la répression d'une infraction (ex. : vol en réunion), il faut en l'occurrence une entente préalable, c'est-à-dire pas une simple réunion de circonstance.

Par exemple ont été perçues comme constitutives d'une escroquerie commise en bande organisée, « les manœuvres frauduleuses [qui] ont consisté à proposer à [des] personnes "un test de personnalité" sans aucune valeur scientifique, conçu pour donner de mauvais résultats dont la communication était suivie de propositions de cours, de ventes de services et d'ouvrages censés résoudre les difficultés ainsi décelées ; [...] les victimes étaient incitées, par des pratiques commerciales particulièrement offensives, à remettre, dans de brefs délais, des sommes importantes, sans aucune mesure avec leurs ressources réelles, ce qui a entraîné de graves conséquences sur leur situation personnelle ; [...] les juges mentionnent, en outre, l'absence d'intérêt des victimes pour le caractère religieux des prestations ». Surtout, selon les juges du fond, « **l'existence d'un dispositif destiné à obtenir des fonds de la part de personnes conditionnées par les résultats négatifs des tests de personnalité et mis en place, à des degrés divers, par plusieurs intervenants, qui se sont réparti les initiatives et les rôles auprès des victimes, prises en charge dès leur arrivée à l'association, puis orientées vers [deux personnes] qui sont devenu[es] leurs interlocuteurs privilégiés** » (Crim. 16 oct. 2013, n^{os} 12-81.532, 05-82.121, 05-82.122 et 03-83.910, à propos de l'église de scientologie).

Il s'infère d'une telle organisation, selon différents instruments internationaux, que la bande organisée nécessiterait plus de deux participants. En ce sens, l'article 2 de la Convention des Nations unies contre la criminalité transnationale organisée en date du 15 novembre 2000 définit le « groupe criminel organisé » comme « **un groupe structuré de trois personnes ou plus** existant depuis un certain temps et agissant de concert dans le but de commettre une ou plusieurs infractions graves ou infractions établies conformément à la présente convention, pour en tirer, directement ou indirectement, un avantage financier ou un autre avantage matériel ».

Par ailleurs, comme on va le voir, la structure implique une constance, tant temporelle que personnelle, c'est-à-dire une organisation suffisante. Le professeur Vitu, en ce sens, se réfère à une « structure hiérarchisée et disciplinée qui donne au groupement sa force et sa pérennité » (A. Vitu, *Droit pénal spécial*, t. 2, Cujas 1982, n^o 2287). Le texte ne semble pas aussi exigeant, puisqu'il se réfère aussi au simple établissement d'une entente, mais la jurisprudence a été plus exigeante.

Le but – « la préparation, caractérisée par un ou plusieurs faits matériels, d'une ou de plusieurs infractions » – est ce vers quoi tend la concertation ainsi formalisée. Il peut s'agir de préparer – bref préméditer – une infraction unique, mais il doit en principe s'agir de l'une des infractions susceptibles d'être aggravées par l'existence d'une bande organisée. Et il faut donc caractériser au moins un acte préparatoire de cette infraction. L'ancien article 385 parlait peut-être plus clairement, à cet égard, de la « possession des moyens matériels utiles à l'action ».

Le Conseil constitutionnel a relevé, dans sa décision relative à la loi Perben 2, que « la jurisprudence dégagée par les juridictions pénales a apporté les précisions complémentaires utiles pour caractériser la circonstance aggravante de bande organisée, laquelle suppose la préméditation des infractions et une organisation structurée de leurs auteurs » (déc. préc., cons. 13).

Ladite jurisprudence, qui n'avait sans doute pas formulé les choses de manière aussi claire et aussi ferme, n'en a pas moins profité pour affirmer que « la bande organisée suppose la préméditation des infractions et, **à la différence de l'association de malfaiteurs**, une organisation structurée entre ses membres » (Crim. 8 juill. 2015, n° 14-88.329, où une telle structure a été écartée faute d'une pérennité suffisante et d'une variabilité du nombre des malfaiteurs...).

Or cette structure et ce but, que l'on vient d'analyser, sont communs à la circonstance aggravante de bande organisée et à l'infraction d'association de malfaiteurs, de sorte que, à notre sens, le concours de qualifications s'avère alors inéluctable entre l'infraction aggravée et l'infraction autonome dans certaines situations, voire pour toutes (tout dépend, en effet, si l'on prend en compte la peine encourue avec ou sans le jeu de la circonstance : dans le premier cas, toutes les infractions aggravées par la circonstance de bande organisée font partie du domaine de l'association de malfaiteurs ; dans le second cas, certaines y échappent, par exemple le vol, puni de moins de cinq ans d'emprisonnement, l'association de malfaiteurs ne s'appliquant qu'à la préparation d'infractions punies d'au moins cinq ans d'emprisonnement).

Dans tous les cas, si les infractions programmées n'ont pas été réalisées, seule demeure l'association de malfaiteurs.

Dans le cas inverse, c'est-à-dire dès que, au stade des actes préparatoires, il existe au moins un commencement d'exécution des infractions ainsi projetées, tout devient compliqué.

Il n'est donc pas surprenant que, récemment, le principe *ne bis in idem* ait été mobilisé pour mettre un peu d'ordre à cela.

S'il en ressort que « des faits qui procèdent de manière indissociable d'une action unique caractérisée par une seule intention coupable ne peuvent être retenus comme élément constitutif d'une infraction et circonstance aggravante d'une autre infraction » (Crim. 9 mai 2019, n° 18-82.800 : vol unique préparé par l'association de malfaiteurs), il n'est pas impossible de cumuler la circonstance aggravante de bande organisée assortissant une infraction et l'infraction d'association de malfaiteurs lorsque cette dernière visait à la préparation de faits distincts, autrement dit d'autres infractions (Crim. 9 mai 2019, n° 18-82.885 ; Crim. 22 avr. 2020, n° 19-84.464 : ici vols et... autres vols).

Bande organisée et association de malfaiteurs sont donc liées tout en demeurant distinctes.

B. L'aggravation

Est en cause, ici, une circonstance aggravante « spéciale » et « mixte », pour reprendre des typologies qui n'ont néanmoins rien d'officiel. Elle est également grave. Il en ressort en tous les cas que :

Tout d'abord, cette circonstance aggravante ne s'applique que pour quelques infractions (« spéciale »).

Il ressort de la liste précédemment évoquée que les infractions concernées sont, non seulement, celles qui s'exécutent aisément à plusieurs mais, plus encore, que beaucoup d'entre elles impliquent déjà, dans leur constitution, une forme d'organisation, un réseau ou un trafic. On

pourrait ainsi distinguer les infractions structurellement commises en bande organisée (ex. : trafic de stupéfiants) de celles possiblement commises ainsi (ex. : escroquerie).

Ensuite, l'effet aggravant de la bande organisée ne devrait se communiquer qu'aux participants (effet réel) ayant connaissance de l'organisation mise en œuvre et du but poursuivi (condition personnelle), ce qui en ferait une circonstance dite « mixte ».

Pourtant, la jurisprudence considère avec constance que la bande organisée est une circonstance aggravante réelle, « ayant trait aux conditions dans lesquelles l'infraction a été commise », de sorte, par exemple que le coupable d'une évasion encourt une peine aggravée par la commission en bande organisée, même s'il n'a pas participé de façon personnelle et directe à la préparation de sa propre évasion (Crim. 11 janv. 2017, n° 16-80.610).

C'est enfin une circonstance « grave », combinant en quelque sorte deux gravités, celle de la réunion et celle de la préméditation. En conséquence, elle fait souvent basculer un délit en crime.

Par exemple, en ce qui concerne l'importation ou l'exportation illicites de stupéfiants (C. pén., art. 222-36), 30 ans de réclusion criminelle seraient encourus au lieu de 10 ans d'emprisonnement, la peine d'amende demeurant dans un cas comme dans l'autre de 7 500 000 euros.

Pour finir, rappelons que la circonstance aggravante de bande organisée n'a, à l'instar de toutes les autres, rien d'obligatoire : l'existence d'une telle circonstance, en effet, est appréciée souverainement par la juridiction de jugement.

En vérité, l'essentiel est ailleurs. La circonstance de bande organisée, aujourd'hui, marque surtout le point d'entrée dans un ensemble propre et dérogoire d'autres dispositions pénales, tant substantielles que procédurales.

Avant de dire quelques mots de la procédure, qu'il s'agit finalement tout autant d'aggraver, sur le fond, contentons-nous de souligner – en plus de ce que nous avons déjà dit – que l'effet de l'existence d'une bande organisée peut être inverse et conduire un ou plusieurs participants à échapper à une peine ou à bénéficier d'une peine réduite.

En effet, au sein de l'arsenal des dispositions relatives à la criminalité organisée, a été insérée la possibilité pour une personne ayant tenté de commettre ou commis un crime ou un délit de bénéficier, le cas échéant, d'une exemption ou d'une réduction de peine si elle a prévenu les autorités et permis par là même d'éviter ou de mettre fin à l'infraction et d'en identifier les autres auteurs ou complices (art. 132-78 c. pén.).

Les infractions concernées par ce dispositif spécifique sont toutes, bien logiquement, des infractions qui s'inscrivent dans ce que l'on appelle la criminalité organisée.

C'est dire qu'il existe, en la matière, une politique criminelle particulière, dont le cœur réside plutôt dans une procédure pénale... aggravée !

II. Une circonstance aggravant la procédure

En tant que criterium, la bande organisée permet le basculement vers l'une des plus notoires, si ce n'est la plus notoire des « quelques procédures particulières » qui composent le livre IV du code de procédure pénale : celle que l'on trouve au titre XXV et aux articles 706-73 à 706-106 consacrés à « la procédure applicable à la criminalité et à la délinquance organisées et aux crimes ».

Sur ce point, sans qu'il soit question de détailler ici toutes les procédures qu'autorise la lutte contre la criminalité organisée, deux aspects peuvent peut-être nous intéresser : d'une part, la bande organisée fixe en quelque sorte un périmètre abstrait à ces procédures (A), en révélant une liste d'infractions qui y sont accessibles ; d'autre part, elle devrait permettre d'en éprouver le périmètre concret afin, le cas échéant, de contrôler que ces procédures ne soient pas détournées (B).

A. Le périmètre abstrait

En ce qui concerne la procédure applicable à la criminalité organisée, il n'existe pas une liste d'infractions, mais deux : celle de l'article 706-73 et celle de l'article 706-73-1.

La première liste ouvre la porte à des dispositions spécifiques en matière d'enquête, de poursuite, d'instruction et de jugement ; la seconde aussi, mais c'est « à l'exception de l'article 706-88 », autrement dit des règles particulières concernant la garde à vue.

On se souvient que la création de l'article 706-73-1 procède d'une décision du Conseil constitutionnel du 9 octobre 2014 (n° 2014-420/421 QPC ; v. également déc. n° 2015-508 QPC du 11 déc. 2015,) qui a déclaré contraire à la constitution « le 8° bis de l'article 706-73 du code de procédure pénale » qui faisait référence au délit d'escroquerie en bande organisée. Le Conseil a en effet considéré que « même lorsqu'il est commis en bande organisée, le délit d'escroquerie n'est pas susceptible de porter atteinte en lui-même à la sécurité, à la dignité ou à la vie des personnes » et, qu'ainsi, en autorisant un placement en garde à vue d'un suspect jusqu'à une durée de 96 heures, comme le prévoit l'article 706-88, « le législateur [avait] permis qu'il soit porté à la liberté individuelle et aux droits de la défense une atteinte qui ne [pouvait] être regardée comme proportionnée au but poursuivi ».

Deux remarques à cet égard :

- 1^{ère} : dans ces listes, la référence est parfois faite au mode opératoire de la bande organisée (ex. : meurtre commis en bande organisée), parfois pas (ex. : trafic de stupéfiants), ce qui est extrêmement maladroit. Peut-être faut-il y voir une expression de ce que nous révélions tout à l'heure, à savoir l'existence d'infractions structurellement commises en bande organisée et d'autres simplement possiblement commises de la sorte ;

- 2^{nde} : cette différence faite entre les atteintes les plus graves, qui autorisent toutes les procédures particulières, et les atteintes les moins graves, qui excluent la garde à vue dérogatoire, démontre que se mêle deux éléments de contrôle, celui de la complexité, qui justifie la procédure dérogatoire et celui de la gravité, qui l'autorise. Cette grille de lecture manque de clarté, dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, mais elle ne manque pas pour autant de pertinence.

Par ailleurs, l'article 706-74 ajoute que « lorsque la loi le prévoit, les dispositions du présent titre sont également applicables : 1° Aux crimes et délits commis en bande organisée, autres

que ceux relevant des articles 706-73 et 706-73-1 ; 2° Aux délits d'association de malfaiteurs prévus par le deuxième alinéa de l'article 450-1 du code pénal autres que ceux relevant du 15° de l'article 706-73 ou du 4° de l'article 706-73-1 du présent code ».

Il aurait été sans doute plus simple de se contenter d'une telle précision mais, en l'occurrence, la loi ne prévoit que d'étendre à ces autres infractions, pour lesquelles il a nécessairement été prévu qu'elles pourraient faire l'objet d'une bande organisée, que quelques éléments des procédures particulières : la compétence des juridictions (art. 706-75 s.), ainsi que les dispositions relatives à la surveillance (art. 706-80 s.) et aux mesures conservatoires (art. 706-103).

B. Le périmètre concret

Les procédures mises en œuvre en vertu des articles 706-73 et suivants du code de procédure pénale ne se justifient qu'en cas d'existence d'une bande organisée.

Or la loi Perben II, dans sa version antérieure à son examen par le Conseil constitutionnel, prévoyait, dès son article 1^{er}, d'insérer dans le code de procédure pénale un article 706-104 qui serait libellé ainsi : « le fait qu'à l'issue de l'enquête ou de l'information ou devant la juridiction de jugement la circonstance aggravante de bande organisée ne soit pas retenue ne constitue pas une cause de nullité des actes régulièrement accomplis en application des dispositions du présent titre ».

C'était, si ce n'est inciter, du moins admettre les détournements de la procédure de criminalité organisée, des enquêteurs soucieux d'accroître leurs pouvoirs pouvant faire le choix de retenir ladite qualification pour des faits qui, d'évidence, ne s'avéraient pas y entrer. C'est pourquoi les « juges » sis rue de Montpensier ont sagement censuré cette disposition, précisant que « si le législateur pouvait exonérer de nullité les actes d'enquête ou d'instruction dès lors que la circonstance aggravante de bande organisée paraissait caractérisée à la date où ils ont été autorisés, il ne pouvait exonérer, de façon générale, des actes qui auraient été autorisés » alors que l'absence de cette circonstance était connue des enquêteurs (Cons. const., déc. n° 2004-492 DC du 2 mars 2004, cons. 67 à 71).

Il faudra alors vérifier que l'enquêteur a caractérisé la circonstance de bande organisée au moment de l'acte, celle-ci prenant de la sorte le pas sur la qualification de l'infraction qu'elle ne fait pourtant qu'aggraver. Ce qui signifie que la nature de la procédure va changer alors que seul va varier le degré de l'infraction, ce qui pourrait apparaître disproportionné (B. de Lamy, « La loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité », *D.* 2004, p. 1910 : « Recourir à une circonstance aggravante laisse penser que le cadre global que la loi instaure repose sur une différence de degré criminel, alors que seule une différence de nature, traduite par une qualification autonome, pourrait justifier ces règles exceptionnelles »). C'est pourquoi, sans doute, le Conseil constitutionnel a également précisé qu'il faudrait alors vérifier, en sus de la correspondance des faits avec la définition de la bande organisée donnée par l'article 132-71 du Code pénal, si lesdits faits présentent « des éléments de gravité suffisants pour justifier les mesures dérogatoires en matière de procédure pénale prévues » par la loi Perben II (déc. préc. du 2 mars 2004, cons. 17). Et c'est d'ailleurs, en un sens, l'un des fondements d'une autre décision précitée du Conseil constitutionnel qui a écarté l'escroquerie en bande organisée de la liste des infractions pour lesquelles toutes les mesures particulières sont possibles (déc. préc. du 9 oct. 2014).

Cette réserve d'interprétation, en ce qu'elle incite les enquêteurs à ajouter à leur appréciation de la situation une appréciation de la proportionnalité de leur action, participe déjà de la lutte contre une qualification frauduleuse.

*

Pour conclure, la bande organisée apparaît moins comme une simple circonstance aggravante que comme la clef d'entrée dans un droit pénal parallèle. L'actualité révèle qu'il s'agit moins alors d'un droit pénal complémentaire ou accessoire que du droit pénal de demain, voire d'aujourd'hui. Faut-il se réjouir que, de nos jours, l'on puisse faire autant à l'encontre d'Arsène Lupin que de Don Corleone ? Je n'en suis pas certain...