

REVUE DROIT & SOCIÉTÉ

PÉRIODIQUE SCIENTIFIQUE À COMITÉ DE LECTURE, ÉDITÉE PAR L'INSTITUT D'ÉTUDES SOCIALES ET MÉDIATIQUE
CONSCRÉE À LA PUBLICATION D'ÉTUDES ET DE RECHERCHES DANS LES DOMAINES JURIDIQUE ET SOCIAL.

CULPABILITÉ ÉPISTÉMIQUE ET PROPORTIONNALITÉ ÉPISTÉMIQUE

FONDEMENTS ET CRITÈRES D'UNE THÉORIE
PÉNALE DE LA FAUTE DE NE PAS SAVOIR

Hniya BENNANI



مجلة القانون و المجتمع Revue Droit et Société



E ISSN 2737-8101



CULPABILITÉ ÉPISTÉMIQUE ET PROPORTIONNALITÉ ÉPISTÉMIQUE : FONDEMENTS ET CRITÈRES D'UNE THÉORIE PÉNALE DE LA FAUTE DE NE PAS SAVOIR

EPISTEMIC GUILT AND EPISTEMIC PROPORTIONALITY: FOUNDATIONS AND CRITERIA FOR A CRIMINAL THEORY OF THE FAULT OF NOT KNOWING

Hniya BENNANI,

*Docteure en droit privé, chercheure en sciences
criminelles,*

Université Sidi Mohamed Ben Abdellah, Fès, Maroc.

Email: bennani.hniya@hotmail.com



BENNANI, H. (2026). CULPABILITÉ
ÉPISTÉMIQUE ET PROPORTIONNALITÉ
ÉPISTÉMIQUE : FONDEMENTS ET CRITÈRES
D'UNE THÉORIE PÉNALE DE LA FAUTE DE NE
PAS SAVOIR. REVUE DROIT ET SOCIÉTÉ, 7(21),
43–68. <https://doi.org/10.5281/zenodo.23245536>



CULPABILITÉ ÉPISTÉMIQUE ET PROPORTIONNALITÉ ÉPISTÉMIQUE : FONDEMENTS ET CRITÈRES D'UNE THÉORIE PÉNALE DE LA FAUTE DE NE PAS SAVOIR



Résumé

L'inflation normative rend de nombreuses infractions techniques objectivement inconnues, si bien que la présomption *nemo censetur ignorare legem* conduit à punir l'ignorance inévitable comme la désobéissance délibérée, au mépris du principe de culpabilité. Les correctifs existants restent fragmentés. En l'absence d'un principe unificateur, elles fluctuent entre une logique binaire d'exonération ou de condamnation, une atténuation laissée à la discrétion du juge et un traitement de l'aveuglement délibéré qui manque de symétrie avec l'ignorance simplement négligente. Cet article, à travers une approche conceptuelle et comparative reliant philosophie morale et doctrine pénale, construit la théorie de la culpabilité épistémique, aspect cognitif de la faute pénale. Adossée à la notion de confiance institutionnelle, elle identifie trois catégories : l'ignorance invincible, l'ignorance négligente et l'aveuglement délibéré, chacune accompagnée de critères d'évaluation opérationnels. Cette gradation appelle un principe subsidiaire, la proportionnalité épistémique qui entraîne des conséquences différenciées sur la sanction : exonération ou dispense de la peine pour la

Hniya BENNANI,

*Docteure en droit privé, chercheure
en sciences criminelles,*

*Université Sidi Mohamed Ben
Abdellah, Fès, Maroc*

première catégorie, atténuation pour la seconde et traitement aggravé pour le troisième. Ce principe oblige le juge à justifier la variable cognitive et le législateur à rendre la norme pénale effectivement connaissable, au-delà de sa seule publication.

Mots-clés : *Culpabilité épistémique – Proportionnalité épistémique – Ignorance de la loi – Connaissabilité de la norme – Aveuglement délibéré – Confiance institutionnelle.*

EPISTEMIC GUILT AND EPISTEMIC PROPORTIONALITY: FOUNDATIONS AND CRITERIA FOR A CRIMINAL THEORY OF THE FAULT OF NOT KNOWING

Abstract

The proliferation of norms renders many technical offences objectively unknowable, so that the presumption *nemo censetur ignorare legem* leads to punishing inevitable ignorance as deliberate disobedience, in disregard of the principle of culpability. Existing correctives remain fragmented. In the absence of a unifying principle, they fluctuate between a binary logic of exoneration or conviction, a mitigation left to the judge's discretion, and a treatment of deliberate blindness that lacks symmetry with merely negligent ignorance. This article, through a conceptual and comparative approach linking moral philosophy and criminal doctrine, develops the theory of epistemic culpability, the cognitive aspect of criminal fault. Grounded in the notion of institutional trust, it identifies three categories: invincible ignorance, negligent ignorance, and deliberate blindness, each accompanied by operational assessment criteria. This gradation calls for a subsidiary principle, epistemic proportionality, which entails differentiated consequences for sentencing: exoneration or exemption from punishment for the first category, mitigation for the second, and aggravated treatment for the third. This principle requires the judge to justify the cognitive variable and the legislator to make the criminal norm effectively knowable, beyond its mere publication.

Hniya BENNANI,

Ph.D. in Private Law, researcher in criminal sciences,

Sidi Mohamed Ben Abdellah University, Fez, Morocco

Keywords : *Epistemic culpability - Epistemic proportionality - Ignorance of law - Knowability of the norm - Willful blindness - Institutional trust*

INTRODUCTION :

Utilité et limites d'une maxime. Il est peu de maximes juridiques aussi universellement partagées que *nemo censetur ignorare legem* : nul n'est censé ignorer la loi. Traversant les siècles et les systèmes juridiques avec constance, elle fonde la présomption de connaissance de la loi, autorise la sanction pénale sans que l'État ait à démontrer que le prévenu savait son comportement prohibé et interdit que l'ignorance alléguée devienne un bouclier contre toute responsabilité. Cet avantage pratique est certes réel, mais il ne saurait justifier que la maxime soit appliquée sans nuance à des situations que ses auteurs n'ont jamais envisagées. Les ordres juridiques contemporains se caractérisent par une inflation normative qui rend de nombreuses règles pénales objectivement inconnues pour leurs destinataires ordinaires

: des infractions techniques se dissimulent dans un corpus normatif dont l'existence même échappe à la majorité de ceux qu'il prétend régir. Présumer dans ces conditions que tout auteur savait son comportement prohibé revient à punir l'ignorance inévitable au même titre que la désobéissance délibérée, ce qui est à la fois intellectuellement intenable et moralement injustifiable. Si la présente étude mobilise principalement les développements doctrinaux français, allemands et anglo-saxons, son ambition n'est pas pour autant limitée à ces systèmes. Les interrogations qu'elle soulève trouvent également écho dans le droit marocain où le principe selon lequel nul n'est censé ignorer la loi demeure fermement établi : l'article 2 du Code pénal dispose que « nul ne peut invoquer pour son excuse l'ignorance de la loi pénale ». Or, l'inflation normative et la multiplication des incriminations techniques posent avec une acuité croissante la question de l'accessibilité réelle de la norme pénale. C'est donc dans ce contexte partagé que la théorie proposée entend s'inscrire.

Fragmentation des instruments correcteurs. Face à ce constat, différents systèmes pénaux ont développé des correctifs partiels : l'erreur de droit de l'article 122-3 du Code pénal français, l'atténuation facultative du § 17 StGB allemand ou encore la doctrine anglo-américaine du *willful blindness*. Aucun de ces instruments ne repose sur un principe unifié : le premier ne connaît que la logique binaire exonération/condamnation, le second laisse l'atténuation au pouvoir discrétionnaire du juge et le troisième traite l'aveuglement délibéré sans symétrie pour l'ignorance simplement négligente. Ainsi, leur application reste fragmentaire, casuistique et imprévisible d'une juridiction à l'autre.

Objet de l'article. La théorie de la culpabilité épistémique, définie comme la dimension cognitive de la faute pénale¹, mobilise des travaux existants en philosophie morale, en droit comparé et en doctrine pénale. Son ambition est de les ordonner : proposer une gradation précise et des critères que le juge peut effectivement mettre en œuvre. Sa portée est certes générale, mais son utilité pratique se concentre là où la présomption *nemo censetur* produit ses effets les plus contestables, à savoir les infractions réglementaires et techniques.

Problématique. Si la culpabilité épistémique désigne la dimension cognitive de la faute pénale, la question qui se pose est celle de sa structuration : selon quels fondements philosophiques, selon quels degrés de fautivité² et selon quels critères opérationnels le juge peut-il évaluer la situation cognitive de l'auteur pour en faire un élément pertinent de la décision pénale finale ? et, en aval, comment cette évaluation se traduit-elle en conséquences normatives sur la peine sans pour autant déstabiliser les fonctions essentielles de la présomption *nemo censetur* ? de ces interrogations découlent trois questions spécifiques :

Question 1 : quel fondement philosophique justifie de traiter l'ignorance normative comme une faute pénalement pertinente et non comme un simple état de fait susceptible d'écarter la responsabilité ?

¹ La faute pénale est employée dans notre article dans une double acception dont il importe de distinguer : dans sa dimension morale, la faute désigne le reproche adressé à l'agent en raison de ses choix cognitifs, à côté, dans sa dimension juridique, la faute désigne un élément constitutif de l'infraction. Ainsi, la théorie de la culpabilité épistémique se situe à l'articulation de ces deux niveaux. Elle part de la faute morale pour proposer une reconfiguration de la faute juridique.

² Le terme fautivité est entendu comme l'intensité mesurable du caractère fautif de la situation cognitive de l'auteur.

Question 2 : selon quels degrés et selon quels critères le juge peut-il concrètement évaluer la fautivité épistémique d'un auteur ?

Question 3 : comment le principe de proportionnalité des peines doit-il être adapté pour intégrer la dimension cognitive de la culpabilité de manière cohérente ?

Hypothèses. A ces trois questions, notre article avance les propositions suivantes : d'abord, la responsabilité épistémique constitue une catégorie morale autonome dont la transposition est rendue possible et nécessaire par la notion de confiance institutionnelle qui spécifie les obligations cognitives de l'auteur en fonction de son rapport à la norme. Ensuite, la fautivité épistémique est un *continuum* structurable en trois figures auxquelles correspondent des critères opérationnels distincts. Enfin, ces distinctions appellent un principe subsidiaire autonome, à savoir la proportionnalité épistémique, qui impose au juge une obligation de motivation spécifique sur la variable cognitive et adresse également au législateur une obligation de connaissabilité effective des normes pénales.

Méthodologie. La méthode est conceptuelle et comparative, elle combine une reconstruction analytique des fondements philosophiques de la responsabilité épistémique à partir des travaux de Greenberg, Robison, Husak, Piovarchy et San Miguel, une étude de droit comparé portant sur les droits français, allemand et anglo-américain et finalement une construction théorique visant à produire des critères utilisables par le praticien. Le droit marocain n'est pas intégré à la comparaison en raison de l'état lacunaire de la doctrine spécialisée sur ce point ; cependant, il est évoqué dans le contexte d'inscription de la théorie et dans les orientations conclusives où les propositions formulées trouvent leur pertinence pratique la plus directe.

Plan. Notre article s'articule en deux temps. La première partie établit les éléments constitutifs de la théorie de la culpabilité épistémique ; la seconde partie en dérive le principe normatif qui gouverne les conséquences sur la peine, qui n'est autre que la proportionnalité épistémique, en démontrant pourquoi le principe général de proportionnalité est structurellement insuffisant à rendre compte de la dimension cognitive de la culpabilité et quelles obligations ce principe subsidiaire adresse au juge comme au législateur.

I. La culpabilité épistémique : éléments d'une théorie pénale de la faute de ne pas savoir

Plan. La théorie de la culpabilité épistémique s'articule autour de trois axes complémentaires : l'identification de son fondement philosophique, ce qui revient à comprendre pourquoi l'ignorance peut être une faute (A) ; l'établissement de sa gradation, c'est-à-dire les degrés de fautivité qu'il convient de distinguer (B) ; et enfin la formulation de ses critères d'évaluation opérationnels, autrement dit la façon dont le juge identifie le degré de faute dans un cas concret (C).

A. Le fondement philosophique : la faute de ne pas savoir

La culpabilité épistémique exige un fondement moral autonome, ancré dans la philosophie de la connaissance et la théorie de la responsabilité. Le fondement ici tient à la nature même de l'obligation cognitive que génère la vie en société.

1. La responsabilité épistémique comme catégorie morale autonome

Autonomie de la catégorie. Dans la tradition philosophique notamment anglo-saxonne, la responsabilité épistémique s'est progressivement affirmée comme une catégorie morale autonome³ : les agents ne sont pas seulement responsables de leurs actes, mais de la diligence avec laquelle ils forment leurs croyances. Elle se distingue tant du blâme moral classique que des obligations professionnelles en ce qu'elle porte spécifiquement sur la conformité des états doxastiques⁴ à la force des preuves disponibles, indépendamment de toute conséquence pratique immédiate. Au cœur de cette conception se trouve l'idée que la connaissance n'est pas un état passif subi par l'agent, mais le produit d'un processus d'acquisition qui admet des degrés de sérieux et de négligence. Un agent peut ainsi être jugé épistémiquement blâmable s'il échoue à respecter ses obligations épistémiques procédurales⁵, c'est-à-dire son devoir d'enquête et de réflexion avant de prendre position ou d'agir.

Analogie avec la négligence pénale. Cette autonomie trouve un appui supplémentaire dans l'analogie avec la négligence pénale : de même que celle-ci traduit une indifférence aux intérêts d'autrui, la responsabilité épistémique sanctionne une indifférence à la vérité, manifestée par la paresse intellectuelle, l'arrogance ou le dogmatisme⁶. C'est dans ce registre que s'inscrit le concept d'évasion épistémique⁷ : il désigne le vice de caractère par lequel un agent refuse de reconnaître ses propres échecs cognitifs, compromettant sa fiabilité au sein de la communauté à laquelle il appartient. La responsabilité ne se réduit donc pas à un contrôle volontaire immédiat : elle dépend de la manière dont les valeurs profondes de l'agent orientent ses mécanismes d'accès et de traitement de l'information, ce que Robison désigne par la notion de fiabilité sécurisée par les valeurs⁸ (*Value Secured Reliability*).

L'étape de médiation. Cependant, la mobilisation de la responsabilité épistémique philosophique pour fonder la culpabilité pénale suppose une étape de médiation qui ne va pas de soi. Les normes épistémiques élaborées par Greenberg⁹, Robison¹⁰ ou Piovarchy¹¹ régissent la formation des croyances dans un contexte moral général : elles définissent ce qu'un agent doit faire pour croire de manière responsable, indépendamment de tout système normatif précis et de toute conséquence juridique. La blâmabilité épistémique qu'elles

³ J. BROWN, « Epistemically blameworthy belief », *Philosophical Studies*, vol. 177, 2020, p. 3596

⁴ En épistémologie, un état doxastique est un état mental portant sur la vérité ou la fausseté d'une proposition. Cette expression est centrale en philosophie analytique de la connaissance pour désigner ce que l'agent croit, de ce qu'il sait ou de ce qu'il désire.

⁵ J. W. ROBISON, *The Epistemic Dimensions of Moral Responsibility and Respect*, Thèse de doctorat, University of Massachusetts Amherst, 2019, p. 19

⁶ A. GREENBERG, « Epistemic Responsibility and Criminal Negligence », *Criminal Law and Philosophy*, 2019, p. 1-2

⁷ A. PIOVARCHY, « What do we want from a theory of Epistemic blame? », *Synthese*, vol. 201, 2023, p. 12

⁸ J. W. ROBISON, *op. cit.*, p. 105

⁹ A. GREENBERG, *art. cit.*, p. 1 : « Broadly speaking, the account of negligence that improves on Hart's account grounds culpability in a (lack of) concern for others' interests, whereas my account of epistemic responsibility grounds responsibility for belief in a (lack of) concern for the truth. »

¹⁰ J. W. ROBISON, *op. cit.*, p. 11 : « According to this theory, an agent's right action is morally worthy just to the extent that it is explained by the agent's value-secured reliable tie to the right, a reliable tie to the right that is secured through the influence that her person-level values have (perhaps unreflectively) on her patterns of informational access and processing. »

¹¹ A. PIOVARCHY, « Vice epistemology, norm-maintenance and epistemic evasiveness », *Synthese*, vol. 201, 2023, p. 105 : « If they were genuinely concerned for that norm, such that they cared sufficiently about the norm being upheld for its own sake, then they would want to recognize their own failure and react appropriately for the sake of the norm. »

fondent reste une blâmabilité morale diffuse, attachée à la seule relation de l'agent à la vérité. Or la culpabilité pénale obéit à une logique différente : elle est institutionnellement déterminée, ancrée dans un texte, garantie par une sanction et contrôlée par une procédure. Une question dès lors se pose : pourquoi les obligations épistémiques générales se particulariseraient-elles en une obligation spécifique de connaître la loi pénale ? La réponse à cette question est la condition de validité de l'ensemble du cadre théorique proposé.

La confiance institutionnelle comme pont. Le pont le plus solide entre ces deux domaines est fourni par la notion de confiance institutionnelle¹² développée par San Miguel. Dans cette conception, les obligations épistémiques ne sont pas des obligations abstraites flottant dans un espace moral indéterminé : elles sont des obligations relationnelles, dont le contenu est défini par la position qu'occupe l'agent au sein d'un réseau de pratiques sociales et institutionnelles structurées par la confiance mutuelle. Appartenir à une société réglementée par le droit, c'est déjà participer à un système d'attentes réciproques où chacun est censé contribuer, par sa diligence cognitive, à la prévisibilité collective des comportements ; et la loi pénale n'est pas une règle parmi d'autres dans cet espace : elle est l'expression institutionnelle des interdits jugés suffisamment graves pour être assortis d'une sanction. Cette particularisation n'est pas circulaire si l'on distingue deux types d'obligations épistémiques. Les premières sont diffuses et s'appliquent à tout agent moral dans toute situation sociale. Les secondes quant à elles sont renforcées car elles s'appliquent lorsque le coût de l'ignorance pour autrui est suffisamment grave pour justifier une réaction coercitive de l'État. La ligne de partage entre ces deux catégories n'est pas tracée par la seule gravité formelle de la sanction mais plutôt par le type d'intérêts protégés dont la protection crée des attentes réciproques tellement enracinées qu'aucun membre ordinaire de la société ne peut prétendre ignorer de bonne foi. C'est donc ce caractère d'attente fondamentale, et non la seule étiquette « pénale » qui justifie le renforcement de l'obligation épistémique.

La structure duale de l'obligation. Cette médiation par la confiance institutionnelle permet de répondre à une objection symétrique : si les obligations épistémiques sont relationnelles et contextuelles, ne varient-elles pas trop selon les contextes pour fonder une règle pénale générale ? La réponse tient à la double structure de l'obligation de connaître la loi pénale. D'un côté, cette obligation a un noyau commun : les interdits fondamentaux du droit pénal classique correspondent aux comportements dont le caractère prohibé est enraciné dans les attentes réciproques les plus élémentaires de toute communauté morale organisée ; pour ces interdits, la confiance institutionnelle n'a pas besoin d'être explicitée, elle est présupposée par la participation même à la vie sociale. De l'autre, cette obligation a une périphérie variable : pour les infractions techniques et réglementaires dont le contenu dépend d'un corpus normatif spécialisé en constante évolution, l'obligation épistémique ne peut être présumée satisfaite que si les conditions institutionnelles de son accomplissement sont effectivement réunies, ce qui suppose que l'État ait rendu la norme accessible, intelligible et prévisible dans sa qualification pénale. De cette structure duale découle la gradation de la culpabilité. L'ignorance invincible est celle qui résulte d'une défaillance des conditions institutionnelles elles-mêmes : on ne peut reprocher à l'agent de n'avoir pas accompli une obligation dont les conditions d'accomplissement n'étaient pas réunies. L'ignorance négligente, elle, suppose que ces conditions étaient bien réunies : l'agent pouvait savoir, il ne l'a pas fait ; la confiance institutionnelle a été trahie par un défaut de soin, non par une impossibilité. Quant à l'aveuglement délibéré, il va plus loin : l'agent a non seulement manqué à son obligation épistémique mais il a organisé ce manquement pour se soustraire aux conséquences de la

¹² C. SAN MIGUEL, *Rethinking false beliefs about the law*, Thèse de doctorat, University of Glasgow, 2019, p. 73

connaissance qu'il aurait dû acquérir et ici, c'est la trahison la plus grave, parce qu'elle est stratégique.

2. La culpabilité épistémique et le principe de culpabilité

Le principe de culpabilité appliqué à la dimension cognitive. Prolongement logique du principe de culpabilité appliqué à la dimension cognitive de la faute, la culpabilité épistémique exige que la responsabilité pénale repose sur une faute morale imputable à son auteur, laquelle suppose la réunion de deux conditions¹³ : la liberté d'action (condition de contrôle) et la connaissance (condition épistémique). Si le droit s'est concentré sur la dimension intentionnelle en se demandant si l'auteur « voulait » accomplir ce qu'il accomplissait, il a souvent négligé la dimension cognitive, à savoir s'il pouvait « appréhender » ce qu'il faisait. Une telle extension est pourtant indispensable : la culpabilité ne peut être établie si l'acte était inévitable ou issu d'une ignorance irréprochable¹⁴. Husak soutient que le prévenu ignorant le caractère répréhensible de sa conduite ne possède pas l'état d'esprit coupable requis : vouloir agir sans pouvoir savoir que l'acte est interdit constitue une faute incomplète, insuffisante à fonder l'élément moral de l'infraction. Le principe de culpabilité interdit de punir là où l'auteur ne disposait d'aucune possibilité de percevoir le caractère prohibé de son comportement : un citoyen privé d'accès à la substance de la loi ne saurait être condamné sans que cette condamnation soit injuste¹⁵.

La trilogie de l'ignorance. Cette exigence impose de dépasser la dichotomie classique entre erreur de fait et erreur de droit au profit d'une trilogie de l'ignorance¹⁶ articulée autour de trois objets distincts : les faits bruts qui portent sur des propriétés physiques dont la perception est souvent instantanée ; les faits institutionnels, portant sur des concepts sociaux ou juridiques complexes comme la propriété ou le consentement qui exigent un processus de perception évaluatif et intellectuel ; le commandement institutionnel, à savoir l'ignorance de la prohibition légale elle-même.

Le positionnement procédural : une question préalable. Avant de procéder à la gradation de la faute épistémique, une question préalable doit être posée car elle conditionne l'ensemble des conséquences pratiques de la théorie : à quel stade du procès pénal la culpabilité épistémique intervient-elle ? Trois positionnements sont possibles qui comprennent des implications procédurales différentes : le premier fait de la culpabilité épistémique un élément constitutif de l'infraction, intégré à l'élément moral. Dans cette conception, défendue notamment par Husak, l'ignorance non fautive du caractère prohibé de l'acte prive l'infraction d'un élément essentiel de son élément moral : l'auteur qui ne pouvait pas savoir n'a tout simplement pas commis l'infraction au sens complet du terme. Les conséquences procédurales sont considérables : la charge de prouver que l'auteur avait ou pouvait avoir connaissance de la prohibition incomberait à l'accusation et non au prévenu à titre de cause d'exonération invoquée par lui. Le deuxième fait de la culpabilité épistémique une cause d'irresponsabilité ou d'atténuation, opérant au stade de la défense. Dans cette conception, notamment celle que le droit français a partiellement consacrée à l'article 122-3

¹³ C. M. CLOOS, *Responsibility Beyond Belief: The Epistemic Condition on Moral Responsibility*, Thèse de doctorat, University of California Santa Barbara, 2018, p. 8

¹⁴ K. M. LEVY, « Normative Ignorance », *Florida State University Law Review*, vol. 47, 2020, p. 418

¹⁵ D. HUSAK, « Ignorance of Wrongdoing and Mens Rea », *Arizona State Law Journal*, vol. 53, 2021, p. 523 « [...] defendants who are unaware their conduct is wrongful do not commit the mens rea of the offense that (otherwise) proscribes their conduct. »

¹⁶ C. SAN MIGUEL, *op. cit.*, p. 140

du Code pénal¹⁷, l'infraction est constituée dans tous ses éléments, mais l'auteur peut se prévaloir de son ignorance pour obtenir soit l'exonération totale, soit, dans une théorie graduée, une atténuation de sa responsabilité. Le droit de se prévaloir de cette cause d'irresponsabilité appartient exclusivement à la personne poursuivie et il ne peut être accordé d'office par le juge. Une fois invoqué, l'accusation peut contester le caractère inévitable de l'erreur. C'est ce que confirme l'arrêt de la Chambre criminelle du 17 mars 2021, en énonçant que seule la personne poursuivie est fondée à invoquer une erreur sur le droit¹⁸. Le troisième cantonne la culpabilité épistémique au stade de la détermination de la peine. L'auteur est déclaré coupable selon les règles ordinaires, mais sa situation épistémique est prise en compte comme variable d'individualisation par le juge au moment du prononcé de la sanction.

Articulation des positionnements. Ces trois positionnements ne s'excluent pas mutuellement de manière absolue : une théorie cohérente peut admettre que la culpabilité épistémique opère à des stades différents selon la figure de la faute en cause. Ainsi, l'ignorance invincible appelle logiquement le premier ou le deuxième positionnement tandis que l'ignorance négligente, qui n'exclut pas la culpabilité mais la réduit, se prête davantage au deuxième ou au troisième positionnement. L'aveuglement délibéré, quant à lui, opère exclusivement au stade de la peine comme circonstance aggravante. Toutefois, il importe de préciser, avant d'aborder les conséquences normatives de cette gradation, qu'elle ne remet pas en cause le principe de légalité criminelle. La théorie de la culpabilité épistémique ne conteste ni l'existence de la norme pénale ni son caractère obligatoire, elle intervient uniquement au stade de l'évaluation du reproche adressé à l'auteur lorsque les conditions effectives d'accès à la connaissance de cette norme apparaissent défaillantes. Pour l'aveuglement délibéré, la situation est plus complexe car son équivalence fonctionnelle avec la connaissance directe pourrait suggérer qu'il opère au stade de l'élément moral. Ici, le positionnement au stade de la peine est maintenu pour une raison précise : l'aveuglement délibéré se prouve par une accumulation d'indicateurs factuels dont l'appréciation est structurellement judiciaire, non préalable au procès. Ainsi, le traiter comme un élément constitutif de l'infraction imposerait à l'accusation une charge probatoire d'un état mental négatif dont la démonstration directe est par définition inaccessible. Il est donc traité comme circonstance aggravante parce que son mode de preuve le destine au stade de la sanction.

Position de l'article. Le présent article adopte un positionnement pragmatique : la culpabilité épistémique opère principalement au stade de la défense et de la détermination de la peine, ce qui en soi est cohérent avec l'état du droit positif dans la plupart des systèmes qui y sont étudiés. Cependant, ce choix n'implique pas de renoncer à la thèse de Husak, mais signifie qu'une réforme partielle est réalisable sans révision constitutionnelle, alors qu'intégrer la culpabilité épistémique à l'élément moral exigerait un renversement de la charge de la preuve dont les effets pratiques sur l'accusation méritent un traitement séparé. Raison pour laquelle notre article laisse ce débat ouvert sans pour autant l'ignorer.

B. La gradation de la faute épistémique : trois figures sur un *continuum*

Principe. La faute épistémique est un *continuum* allant de l'ignorance irréprochable à l'aveuglement délibéré, en passant par une zone médiane de négligence variable. Trois

¹⁷ Il convient de préciser que l'article 122-3 du Code pénal français ne vise pas l'ignorance de la norme pénale au sens strict, mais l'erreur sur la licéité d'un comportement : la personne doit avoir « cru, par une erreur sur le droit qu'elle n'était pas en mesure d'éviter, pouvoir légitimement accomplir l'acte ». Il s'agit d'une croyance erronée en la légitimité de l'acte accompli et non d'une simple méconnaissance du texte incriminateur.

¹⁸ Cour de cassation, criminelle, Chambre criminelle, 17 mars 2021, 20-83.062

figures permettent d'en ordonner les degrés pour les besoins de la théorie pénale. Ces dernières ne prétendent pas épuiser tous les cas possibles mais constituent des points d'ancrage sur un *continuum*, choisis pour leur valeur opérationnelle : chacune correspond à une réponse punitive distincte.

1. L'ignorance invincible : l'absence totale de faute épistémique

Définition. L'ignorance invincible représente la figure achevée de l'absence totale de faute épistémique : elle concerne les situations qu'un agent n'aurait pu éviter même en exerçant toute la diligence raisonnablement exigible¹⁹. Dans cette configuration, l'individu ne dispose ni d'un accès effectif à la règle, ni de raisons de soupçonner son existence, ni des compétences intellectuelles pour en percevoir la portée normative²⁰. Elle est épistémiquement irréprochable parce qu'elle ne procède d'aucun manquement aux obligations de diligence de l'agent, lequel a agi dans les limites de ses capacités et des opportunités que son contexte social lui offrait²¹.

Conséquences sur la responsabilité. Sur le plan doctrinal, l'acte demeure objectivement illicite, mais l'auteur ne saurait en être tenu moralement responsable : la responsabilité pénale légitime exige la réunion d'une condition de liberté et d'une condition de connaissance, et l'ignorance invincible prive cette réunion de son second terme²². Punir dans un tel contexte reviendrait à instituer une responsabilité sans faute, en contradiction directe avec l'axiome selon lequel la seule causalité matérielle ne saurait fonder une peine²³. Une telle solution heurterait en outre le principe de légalité : la loi ne peut guider la conduite que si elle est accessible, et son inaccessibilité rend cette exigence impossible à satisfaire²⁴. En conséquence, l'ignorance invincible doit neutraliser la blâmabilité pénale, ou du moins produire une atténuation radicale de la sanction, car celui qui ignore le caractère répréhensible de son acte ne possède pas l'état d'esprit coupable requis par le principe de culpabilité²⁵.

2. L'ignorance négligente : la faute épistémique atténuante

Définition. La deuxième figure est l'ignorance négligente²⁶, celle qui résulte d'un manquement à une obligation de diligence cognitive que la situation imposait. L'ignorance de l'auteur est ici épistémiquement fautive en ce qu'elle marque un écart par rapport à ce qu'une personne raisonnable, placée dans les mêmes circonstances, aurait accompli²⁷. Tout comme la négligence pénale classique, cette faute ne réside pas dans une volonté de nuire, mais dans un manque de souci pour la vérité ou pour les intérêts d'autrui, influençant la manière dont l'agent traite l'information²⁸. Parce qu'elle ne procède pas d'une volonté

¹⁹ M. SYLL, *Le droit à l'erreur*, Mémoire, Université Cheikh Anta Diop de Dakar, 2006, p. 90

²⁰ C. SAN MIGUEL, *op. cit.*, p. 204

²¹ J. W. ROBISON, *op. cit.*, p. 64-65

²² C. M. CLOOS, *op. cit.*, p. 125

²³ K. M. LEVY, *art. cit.*, p. 418

²⁴ C. SAN MIGUEL, *op. cit.*, p. 194

²⁵ D. HUSAK, *art. cit.*, p. 523

²⁶ Entre l'absence totale de faute épistémique et la stratégie délibérée d'aveuglement, il existe une zone intermédiaire que la dichotomie classique entre ignorance excusable et ignorance inexcusable ne permet pas de saisir. L'intérêt de la catégorie de l'ignorance négligente réside précisément dans sa capacité à rendre compte de situations fréquentes en pratique, où l'auteur n'a ni volontairement ignoré la norme, ni accompli les diligences minimales qui lui auraient permis de la connaître.

²⁷ A. GREENBERG, *art. cit.*, p. 7

²⁸ *Ibid.*, p. 15

délibérée de violer la loi, cette ignorance est moins blâmable qu'un acte intentionnel car elle réduit la blâmabilité sans l'exclure, ce qui commande de la traiter comme une circonstance atténuante²⁹ pesant sur le degré de culpabilité globale de l'auteur. On obtient par là une conception graduée de la responsabilité : celui qui agit avec insouciance cognitive n'est ni exonéré ni pleinement condamné, mais situé entre les deux.

Variabilité de la fautivité. Le degré de fautivité n'est pas figé : il varie selon des facteurs appréciés *in concreto*, tels que l'expérience de l'auteur, son âge ou encore sa profession³⁰. Cette exigence est plus forte pour ceux qui agissent dans un cadre professionnel, notamment dans les secteurs réglementés où l'expertise est la condition même de l'autorisation d'intervenir³¹. Dans ces cas, le test de la négligence devient plus strict, se rapprochant d'un standard spécialisé³² qui compare le comportement de l'agent à celui d'un utilisateur compétent et diligent de la structure institutionnelle concernée.

3. L'aveuglement délibéré : la faute épistémique aggravante

Définition. La troisième et dernière figure est l'aveuglement délibéré, à savoir la stratégie qui consiste à éviter sciemment d'acquérir la connaissance d'une règle ou d'un fait dont on soupçonne l'existence et la pertinence, précisément pour pouvoir invoquer ultérieurement son ignorance³³. Cette figure dépasse la simple négligence en ce qu'elle révèle une forme oblique de conscience de l'illicéité : on ne peut délibérément s'aveugler que sur ce qu'on pressent déjà. Sous le nom d'ignorance volontaire³⁴, lorsqu'un agent perçoit une probabilité élevée que son comportement soit illégal et prend des mesures délibérées pour s'interdire d'en confirmer la réalité³⁵, son ignorance est réputée équivalente à une connaissance effective³⁶.

Fautivité. Sur le plan moral, l'aveuglement délibéré est fonctionnellement équivalent à l'acte intentionnel³⁷ : ce que l'agent refuse d'apprendre, il le tient déjà pour probable, de sorte que son ignorance procède d'un choix et non d'un défaut de capacité. Cette équivalence pourrait suggérer un traitement au stade du *mens rea* ; il en est néanmoins écarté pour le motif probatoire déjà établi, tenant à ce que cet état mental négatif ne se prouve que par un ensemble d'indices dont l'appréciation relève du juge. C'est donc une contrainte de preuve et

²⁹ D. HUSAK, *art. cit.*, p. 532

³⁰ M. SYLL, *op. cit.*, p. 49

³¹ C. SAN MIGUEL, *op. cit.*, p. 201

³² *Ibid.*, p. 130

³³ K. GARG & C. P. SINGH, « When Ignorance Shields the Guilty : A Critical Study of Immunity under Mistake in Criminal Law », *IJSREM*, vol. 9, 2025, p. 2

³⁴ La doctrine de l'aveuglement délibéré (*willful blindness*) trouve son fondement textuel dans le *Model Penal Code*, §2.02(7) (American Law Institute, 1962) : lorsque la connaissance d'un fait est un élément de l'infraction, cette connaissance est établie si l'agent est conscient d'une haute probabilité de l'existence de ce fait, à moins qu'il ne croie effectivement qu'il n'existe pas. Sa consécration jurisprudentielle en droit pénal américain remonte à *United States v. Jewell*, 532 F.2d 697 (9th Cir. 1976), dans lequel la Cour d'appel du 9ème Circuit valida l'instruction au jury selon laquelle l'exigence de connaissance (*knowingly*) est satisfaite par la preuve d'un « *conscious purpose to avoid learning the truth* ». La dissidence du juge Kennedy précise utilement les limites de la doctrine : elle ne s'applique que lorsque l'agent est conscient d'une haute probabilité de l'existence du fait, et non d'un simple soupçon.

³⁵ K. M. LEVY, *art. cit.*, p. 423

³⁶ R. M. PERKINS, « Ignorance and Mistake in Criminal Law », *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 88, 1939, p. 57

³⁷ C. SAN MIGUEL, *op. cit.*, p. 167

non une différence de nature morale qui commande de le traiter comme circonstance aggravante autonome.

C. Les critères d'évaluation opérationnels

Plan. Une gradation qui ne serait pas opérationnellement applicable resterait lettre morte. Quatre critères permettent au juge d'évaluer concrètement la situation épistémique de l'auteur et d'en déduire le degré de fautivité. Cependant, ces critères n'ont pas vocation à constituer des conditions légales supplémentaires de l'infraction. Ils doivent être compris comme des instruments méthodologiques destinés à structurer la motivation judiciaire et à rationaliser l'appréciation des situations d'ignorance normative sans pour autant créer de nouveaux seuils d'incrimination.

1. Le standard de l'acteur raisonnablement informé

Le standard classique. Ce standard repose traditionnellement sur la fiction juridique du *bonus paterfamilias*³⁸ ou de la personne raisonnable, qui définit le niveau de soin et de vigilance qu'un individu moyen, doté de capacités normales, aurait exercé dans les mêmes circonstances. En droit pénal, la négligence est ainsi caractérisée lorsque l'agent omet de percevoir un risque injustifié que sa situation lui imposait de reconnaître, marquant une déviation par rapport à ce standard de diligence³⁹.

Affinement du standard. Toutefois, la théorie moderne de la responsabilité épistémique propose d'affiner ce standard en fonction du statut de l'agent et de la nature de son interaction sociale, en distinguant deux niveaux d'exigence⁴⁰ fondés sur les dimensions inactive et proactive du statut. Pour les actes relevant de la vie courante (dimension inactive), le standard applicable est celui du test de l'utilisateur institutionnel collatéral⁴¹ : le juge doit se demander si un utilisateur ordinaire de la structure sociale concernée, placé dans les mêmes circonstances et disposant d'informations similaires, aurait partagé la même croyance erronée. Ce test préserve l'objectivité du jugement tout en l'ancrant dans les attentes réciproques qui structurent la confiance au sein d'une société donnée⁴². À l'inverse, lorsqu'un agent agit dans un cadre professionnel ou réglementé (dimension proactive), la société exige un standard de connaissance plus élevé, qualifié de standard spécialisé⁴³ ou inspiré du test de Bolam⁴⁴. L'acteur est alors comparé à un utilisateur compétent et donc expert de son domaine, pour qui le devoir d'enquête et de mise à jour des connaissances est une obligation stricte. Dans cette perspective, l'ignorance n'est jugée irréprochable que si elle est invincible, c'est-à-dire si même un agent particulièrement averti et diligent n'aurait pu l'éviter⁴⁵. Le standard de l'acteur raisonnablement informé garantit ainsi que la responsabilité pénale ne frappe que ceux dont l'insouciance épistémique est établie, sans sacrifier l'autonomie des sujets de droit à une exigence de connaissance irréaliste⁴⁶.

³⁸ *Ibid.*, p. 170

³⁹ A. GREENBERG, *art. cit.*, p. 7

⁴⁰ C. SAN MIGUEL, *op. cit.*, p. 130

⁴¹ *Ibid.*, p. 171

⁴² *Ibid.*, p. 168

⁴³ *Ibid.*, p. 171

⁴⁴ Le test de Bolam est un standard juridique issu de la jurisprudence britannique (*Bolam v Friend Hospital Management Committee*, 1957) qui sert à définir le niveau de diligence et de soin attendu d'un professionnel qualifié.

⁴⁵ M. SYLL, *op. cit.*, p. 90

⁴⁶ A. GREENBERG, *art. cit.*, p. 1

2. Les facteurs de connaissabilité de la norme

Un préalable à l'évaluation de la diligence. Avant même d'évaluer la diligence de l'auteur, le juge doit évaluer la connaissabilité objective de la norme violée. Trois facteurs structurent cette évaluation, selon un ordre de priorité.

L'accessibilité formelle. Ce premier facteur est le suivant : l'État a l'obligation de rendre la loi raisonnablement accessible aux citoyens. La connaissabilité dépend d'abord de la diligence de l'État à publier ses normes pénales de manière prospective et certaine. Autrement dit, un agent manque d'opportunité d'apprendre la loi si, par exemple, l'accès à la publication officielle lui est bloqué par des circonstances hors de son contrôle, comme dans le cas d'un détenu à qui l'administration refuse l'accès aux textes⁴⁷.

L'intelligibilité substantielle. Ce deuxième facteur interroge la formulation même de la norme : est-elle rédigée en termes suffisamment clairs pour que son contenu soit compréhensible par un destinataire ordinaire ou par un professionnel du secteur concerné ? Ce facteur prime sur le premier : une norme formellement publiée mais rédigée dans un jargon technique opaque demeure pratiquement inconnaisable, et l'accessibilité formelle ne peut y remédier à elle seule. Il convient cependant de souligner que la complexité de l'intelligibilité varie selon la nature de la loi. D'un côté, les infractions *mala in se*⁴⁸ interdisent des comportements dont le caractère immoral est gravé dans la conscience commune, ce qui les rend naturellement connaissables. De l'autre, les infractions *mala prohibita*⁴⁹ s'inscrivent dans des domaines hautement réglementés et leurs textes sont souvent complexes et purement techniques ; dans ces cas, la complexité est un facteur qui peut rendre la norme objectivement inconnaisable pour un profane, car le coût d'acquisition de la connaissance parfaite devient quasi infini⁵⁰.

La prévisibilité de la qualification pénale. Ce troisième facteur opère de manière autonome : même si le comportement prohibé était identifiable, le fait que sa violation soit pénalement sanctionnée (plutôt qu'administrativement ou civilement) était-il raisonnablement prévisible ? Dans les systèmes où les sanctions pénales sont dispersées dans des textes spéciaux, ce facteur peut faire défaut même lorsque les deux premiers sont satisfaits, et il suffit à rendre l'ignorance invincible. La jurisprudence française illustre les conséquences de l'application restrictive de ces facteurs : dans un contentieux portant sur des règles dérogatoires de permis de conduire applicables en Outre-mer, la jurisprudence a confirmé que la simple ignorance ou mauvaise interprétation par l'utilisateur d'une norme géographiquement complexe ne suffit pas à établir l'inévitabilité de l'erreur, même lorsque l'intelligibilité substantielle de la règle dérogatoire est objectivement douteuse pour un profane. Développé en matière civile⁵¹, ce raisonnement est transposable à la matière pénale dans la mesure où il applique un critère d'invincibilité fonctionnellement analogue à celui de la chambre criminelle, sans toutefois lier celle-ci. Cette solution révèle que les trois facteurs

⁴⁷ K. M. LEVY, *art. cit.*, p. 434-435

⁴⁸ Les infractions dites *mala in se* (expression latine signifiant « mal en soi ») renvoient à des actes moralement condamnables par nature, indépendamment de leur reconnaissance par la loi. Ces comportements, comme le meurtre, le viol, le vol ou les violences, sont universellement perçus comme graves et leur commission suppose généralement une intention coupable.

⁴⁹ Les infractions *mala prohibita* désignent des actes que la loi incrimine non pas parce qu'ils seraient intrinsèquement immoraux ou mauvais, mais en raison de leur interdiction légale. Ce type d'infraction comprend souvent des délits de responsabilité stricte, où la simple réalisation de l'acte suffit à établir la culpabilité.

⁵⁰ K. GARG & C. P. SINGH, *art. cit.*, p. 8

⁵¹ Cass. civ. 2e, 30 juin 2022

de connaissabilité ne sont pas appréciés cumulativement par le juge : seule la défaillance imputable à une autorité compétente est retenue comme source d'invincibilité⁵², là où la théorie de la culpabilité épistémique commande que le défaut d'intelligibilité substantielle soit, à lui seul, susceptible de rendre l'ignorance irréprochable.

3. La charge de la preuve et le champ d'application

Une question procédurale déterminante. La théorie de la culpabilité épistémique soulève une question procédurale : qui supporte la charge de prouver la situation épistémique de l'auteur ? La réponse varie selon la nature de la norme en cause. Pour les infractions aux normes ordinairement connues (*mala in se*), la présomption de connaissance continue de s'appliquer sans discussion⁵³ car celles-ci sont considérées comme dictées par la raison naturelle, rendant l'ignorance intrinsèquement fautive ou inexistante dans une communauté morale donnée. Elle ne peut être renversée par la simple allégation d'ignorance, qui constituerait sinon une cause d'exonération universelle et incontrôlable, risquant de paralyser l'administration de la justice. L'évaluation de la culpabilité épistémique ne s'impose comme démarche systématique que pour les infractions techniques (*mala prohibita*) dont la connaissabilité est objectivement douteuse en raison de la prolifération et de la complexité des textes réglementaires⁵⁴. Pour ces infractions, et sous réserve que le prévenu apporte des éléments *prima facie* établissant le caractère inconnaissable de la norme, la charge de démontrer que la connaissance était accessible se déplace vers l'accusation⁵⁵. Husak propose même que si l'ignorance du caractère répréhensible est traitée comme une absence d'élément moral, c'est à l'État qu'il devrait incomber de prouver la conscience de l'illicéité au-delà de tout doute raisonnable⁵⁶. Cependant, cette règle de déplacement de la charge probatoire appelle une précision : ce dernier est conditionnel et partiel car il est déclenché par la production d'éléments *prima facie* par le prévenu et porte exclusivement sur la question de l'accessibilité de la norme, non sur l'ensemble de l'élément moral. Il s'agit donc d'une règle probatoire fonctionnelle propre aux infractions *mala prohibita* et non d'un retour au modèle de Husak dans lequel la charge globale pèserait sur l'accusation dès le stade de la construction de l'infraction.

4. L'épreuve des infractions de *strict liability*

Une épreuve décisive. La théorie de la culpabilité épistémique se heurte à une catégorie d'infractions qui constitue son épreuve la plus exigeante : les infractions matérielles, dites de *strict liability* dans la tradition de *common law*, pour lesquelles le législateur a expressément ou implicitement écarté toute exigence d'élément intentionnel. Ces infractions posent la question suivante : si la culpabilité épistémique est une composante de la faute pénale, que devient-elle lorsque la loi elle-même dispense l'accusation d'établir tout état mental ?

Sweet v. Parsley. Dans l'arrêt *Sweet v. Parsley*⁵⁷ la Chambre des Lords pose une présomption générale d'interprétation : la *mens rea* est un élément essentiel de toute infraction pénale, sauf si une raison peut être trouvée de tenir cette exigence pour non

⁵² Il est à noter que les arrêts Cass. civ. 2e, 30 juin 2022 ou encore Cass. civ. 1re, 15 juin 2022 ne portent pas directement sur l'article 122-3 du code pénal français. Ils sont retenus ici à titre comparatif pour le critère d'invincibilité qu'ils appliquent dans le contexte para-pénal.

⁵³ K. M. LEVY, *art. cit.*, p. 428

⁵⁴ S. L. DAVIES, « The Jurisprudence of Willfulness », *Duke Law Journal*, vol. 48, 1998, p. 372

⁵⁵ C. SAN MIGUEL, *op. cit.*, p. 195

⁵⁶ D. HUSAK, *art. cit.*, p. 534

⁵⁷ *Sweet v. Parsley* [1970] AC 132 (House of Lords)

nécessaire⁵⁸. Lord Reid fonde cette présomption sur l'injustice qu'il y aurait à punir quelqu'un pour un acte commis sans faute, particulièrement lorsque la condamnation emporte un stigmatisme pénal sérieux⁵⁹ : le législateur ne saurait être présumé avoir voulu une telle conséquence en l'absence d'indication claire en ce sens⁶⁰. Lord Diplock en tire la règle de construction : même lorsque les termes décrivant le comportement prohibé sont silencieux sur l'élément mental, ils doivent être lus comme impliquant que la *mens rea* est néanmoins requise sous une forme appropriée⁶¹. Il faut noter cependant que l'arrêt ne formule pas de règle absolue fondée sur la situation épistémique de l'auteur : la présomption cède si les mots de la loi ou la matière réglementée le commandent, et Lord Diplock ajoute que là où l'infraction porte sur la réglementation d'une activité dangereuse à laquelle les citoyens choisissent librement de participer, une obligation de diligence plus élevée peut être inférée⁶².

Gammon (HK) Ltd v. Attorney General of Hong Kong. L'arrêt *Gammon (HK) Ltd v. Attorney General of Hong Kong*⁶³ affine ce cadre en précisant les conditions dans lesquelles la présomption de *mens rea* peut être écartée. Lord Scarman énonce cinq propositions qui forment non pas des critères cumulatifs indépendants, mais une hiérarchie d'appréciation. Premièrement, la présomption de *mens rea* s'applique à toute infraction statutaire. Deuxièmement, elle est particulièrement forte lorsque l'infraction est vraiment criminelle. Troisièmement, elle ne peut être écartée que si cela résulte clairement du texte ou par implication nécessaire. Quatrièmement, la seule situation dans laquelle la présomption peut être écartée est celle où le texte législatif traite d'une question d'intérêt social ; Lord Scarman

⁵⁸ « But in a very large number of cases there is no clear indication either way. In such cases there has for centuries been a presumption that Parliament did not intend to make criminals of persons who were in no way blameworthy in what they did. That means that whenever a section is silent as to *mens rea* there is a presumption that, in order to give effect to the will of Parliament, we must read in words appropriate to require *mens rea* ».

⁵⁹ « In the first place a stigma still attaches to any person convicted of a truly criminal offence, and the more serious or more disgraceful the offence the greater the stigma. So he would have to consider whether, in a case of this gravity, the public interest really requires that an innocent person should be prevented from proving his innocence in order that fewer guilty men may escape. »

⁶⁰ « Speaking from a rather long experience of membership of both Houses, I assert with confidence that no Parliament within my recollection would have agreed to make an offence of this kind an absolute offence if the matter had been fully explained to it. So, if the court ought only to hold an offence to be an absolute offence where it appears that that must have been the intention of Parliament, offences of this kind are very far removed from those which it is proper to hold to be absolute offences. »

⁶¹ « ...the mere fact that Parliament has made the conduct a criminal offence gives rise to *some* implication about the mental element of the conduct proscribed [...] the important decision of the nine judges who constituted the majority in *Reg. v. Tolson*, which concerned a charge of bigamy [...] laid down as a general principle of construction of any enactment, which creates a criminal offence, that, even where the words used to describe the prohibited conduct would not in any other context connote the necessity for any particular mental element, they are nevertheless to be read as subject to the implication that a necessary element in the offence is the absence of a belief, held honestly and upon reasonable grounds, in the existence of facts which, if true, would make the act innocent. »

⁶² « But where the subject-matter of a statute is the regulation of a particular activity involving potential danger to public health, safety or morals in which citizens have a choice as to whether they participate or not, the court may feel driven to infer an intention of Parliament to impose by penal sanctions a higher duty of care on those who choose to participate and to place upon them an obligation to take whatever measures may be necessary to prevent the prohibited act, without regard to those considerations of cost or business practicability which play a part in the determination of what would be required of them in order to fulfil the ordinary common law duty of care. »

⁶³ *Gammon (Hong Kong) Ltd v. Attorney General of Hong Kong* [1985] AC 1 (Privy Council)

cite expressément la sécurité publique⁶⁴ comme exemple type d'une telle question, suggérant que tous les domaines réglementaires ne satisfont pas nécessairement ce critère. Cinquièmement, même dans ces domaines, la *strict liability* ne peut être justifiée que s'il peut être démontré qu'elle encouragera effectivement une plus grande vigilance, et non si l'absence de connaissance des faits essentiels rendait de toute façon impossible toute prévention de l'infraction.

La *strict liability* partielle. La *strict liability* admise par l'arrêt n'est pas totale. S'agissant de la sous-section 2A(b), le Conseil privé retient que la connaissance du plan approuvé et du fait de déviation demeure exigée ; seule la connaissance du caractère matériel de la déviation est écartée. Il s'agit donc d'une *strict liability* partielle, portant sur un élément précis de l'infraction, et non d'une dispense générale d'élément mental. Cette distinction est importante : elle montre que même lorsque la présomption de *mens rea* est partiellement écartée, une forme minimale de conscience factuelle subsiste comme condition de la responsabilité pénale.

Une règle d'articulation en trois temps. Il résulte de ces deux arrêts une règle d'articulation que l'on peut présenter en trois temps, à condition de ne pas aller au-delà de ce que les textes autorisent. En premier lieu, lorsque l'infraction appartient à un domaine réglementaire dans lequel l'auteur a choisi d'intervenir et que la *strict liability* favorise effectivement une plus grande vigilance de la part des acteurs concernés, son application est compatible avec les principes dégagés par *Gammon*. En second lieu, lorsque la *strict liability* serait appliquée à une catégorie de personnes dont la conduite ne pourrait en aucune manière affecter l'observation de la loi, les arrêts eux-mêmes indiquent qu'elle n'est pas justifiée : *Gammon* cite expressément ce principe, repris de *Lim Chin Aik*, selon lequel si l'auteur est dans l'impossibilité pratique de prévenir l'infraction même en faisant preuve de toute la diligence requise, la *strict liability* ne saurait être regardée comme voulue par le législateur⁶⁵. En dernier lieu, bien que la *strict liability* puisse être justifiée dans les domaines réglementaires critiques pour la sécurité publique, cette justification ne saurait reposer uniquement sur l'intention présumée du législateur⁶⁶. Les tribunaux conservent non seulement le pouvoir mais aussi le devoir d'interpréter l'intention du législateur à la lumière du texte, de son contexte et de ses objectifs⁶⁷. La *strict liability* ne peut ainsi être inférée que si le législateur l'a exprimée clairement ou par implication nécessaire ; l'absence de langage explicite ne suffit pas. En cas de doute, la présomption de *mens rea* doit prévaloir⁶⁸, car il en va de la protection fondamentale de la liberté individuelle.

⁶⁴ *Gammon (Hong Kong) Ltd v. Attorney General of Hong Kong* [1985] AC 1 (Privy Council), Lord Scarman, p. 6 du jugement : « (4) the only situation in which the presumption can be displaced is where the statute is concerned with an issue of social concern. Public safety is such an issue. »

⁶⁵ *Gammon (Hong Kong) Ltd v. Attorney General of Hong Kong* [1985] AC 1, 13 (PC), citant *Lim Chin Aik v. The Queen* [1963] AC 160, 175 : « The basic submission of the appellants was that the imposition of strict liability (to the extent analysed in the earlier part of this judgment) "could not in any way affect the observance of the law" ».

⁶⁶ *Sweet v. Parsley* [1970] A.C. 132, Lord Reid : « If Parliament did not say what it meant, the remedy is in its own hands and not those of the court » ; *Gammon* [1985] 1 A.C. 1, Lord Scarman : « The question is whether Parliament intended to make this an absolute offence if the matter had been fully explained to it »

⁶⁷ *Sweet v. Parsley* [1970] A.C. 132, Lord Morris of Borth-y-Gest : « It is of the utmost importance for the protection of liberty of the subject that a court should always bear in mind that, unless a statute, either clearly or by necessary implication, rules out *mens rea* as a constituent part of a crime, the court should not find a man guilty »

⁶⁸ *Sweet v. Parsley* [1970] A.C. 132, Lord Diplock : « It is firmly established that *mens rea* is an essential ingredient of every offence unless some reason can be found for holding that that is not necessary »

5. Les présomptions d'aveuglement délibéré

La difficulté probatoire. Établir l'aveuglement délibéré se heurte à une difficulté probatoire structurelle : la preuve porte sur un état mental négatif dont la démonstration directe est, par définition, inaccessible. Pour y remédier, la théorie propose de recourir à des présomptions fondées sur des obligations d'investigation préalable à l'action, dont l'inexécution caractérisée fonde la présomption d'aveuglement délibéré⁶⁹. Deux critères opérationnels permettent de déclencher ces présomptions.

Le premier critère : la connaissance latente et actualisable. Avant toute action, le citoyen dispose d'une conscience partielle mais réelle du contexte factuel et normatif dans lequel il agit⁷⁰. Cette connaissance latente doit déclencher en lui le doute ou le soupçon que son action requiert une investigation complémentaire. L'agent qui, en présence de ce soupçon, choisit délibérément de ne pas actualiser sa connaissance afin de conserver une dénégation plausible, manifeste ce que Greenberg nomme un manque de souci pour la vérité (*insufficient concern for the truth*) : son ignorance est le reflet de ses préférences épistémiques⁷¹. La difficulté pratique de ce critère tient à son apparent caractère subjectif : comment le juge établit-il qu'un agent disposait d'une connaissance latente sans avoir à reconstituer un état mental par définition non directement observable ? La réponse tient dans le recours à cinq catégories d'indicateurs factuels objectifs : l'exercice d'une activité réglementée⁷², qui présuppose une conscience au moins partielle du corpus normatif applicable ; la participation à des formations professionnelles⁷³ portant sur le cadre juridique de l'activité ; l'existence de correspondances internes⁷⁴ faisant état d'une conscience partielle du risque juridique, qui constitue l'indicateur le plus probant ; l'appartenance à un réseau professionnel⁷⁵ au sein duquel la règle en cause est connue et appliquée ; et l'existence d'un précédent personnel⁷⁶, c'est-à-dire d'une mise en cause antérieure pour un comportement identique. Ces indicateurs sont cumulables et leur force probante est additive : plus le nombre d'indicateurs présents dans une situation donnée est élevé, plus la présomption de connaissance latente est robuste et plus la charge de la preuve contraire pesant sur le prévenu est lourde. Aucun d'entre eux n'est à lui seul suffisant pour établir l'aveuglement délibéré, mais leur réunion caractérise avec une précision suffisante le soupçon initial que l'agent aurait dû, et a délibérément choisi de ne pas, approfondir.

⁶⁹ C. SAN MIGUEL, *op. cit.*, p. 119-120

⁷⁰ *Ibid.*, p. 121

⁷¹ A. GREENBERG, *art. cit.*, p. 17 : la responsabilité épistémique est fondée non sur la raison-réactivité des croyances mais sur le souci que manifeste l'agent envers la vérité ; un déficit de ce souci, visible dans les biais de confirmation ou la pensée désidérative, engage sa responsabilité morale et pénale.

⁷² Tout acteur intervenant dans un secteur soumis à autorisation, agrément ou licence est présumé conscient de l'existence d'un corpus normatif encadrant son activité, non de son contenu précis, mais de son existence et de sa pertinence. L'obtention du titre d'exercice, qui suppose une interaction préalable avec l'institution réglementaire, renforce cette présomption.

⁷³ La participation documentée à des formations portant sur le cadre juridique de l'activité établit que l'agent a été exposé, avant les faits, à une information normative qu'il lui appartenait d'actualiser. L'indicateur est d'autant plus fort que ces formations portaient sur des obligations voisines de celle dont l'ignorance est alléguée.

⁷⁴ Courriels, notes de service, comptes rendus de réunion ou rapports d'audit faisant état d'une conscience partielle du risque juridique constituent l'indicateur le plus probant : ils attestent, par une trace objective antérieure aux faits, que l'agent avait identifié le risque normatif et choisi de ne pas l'approfondir.

⁷⁵ L'appartenance à un réseau professionnel où la règle est connue et appliquée établit que l'agent y avait accès par ses échanges ordinaires avec ses pairs. L'indicateur se renforce lorsque la règle fait l'objet d'une discussion active au sein du réseau, rendant son ignorance objectivement improbable.

⁷⁶ Une mise en cause, une sanction ou un simple avertissement antérieur pour un comportement identique ou analogue établit que la norme a déjà été opposée à l'agent. Combiné à l'absence d'investigation ultérieure, ce précédent fonde la présomption d'aveuglement délibéré de manière quasi irréfragable.

Le second critère : le standard de diligence lié au statut. Tout acteur occupant une position institutionnelle déterminée est porteur d'obligations de vigilance dont le contenu est fonction de cette position⁷⁷. Dans ces contextes, la probabilité qu'une norme encadre le comportement de l'agent est suffisamment élevée pour que son ignorance alléguée des textes applicables soit présumée fautive, sauf à établir que les diligences normalement attendues d'un agent de cette catégorie ont bien été accomplies. Husak a montré, dans sa discussion de la symétrie entre erreur de fait et erreur de droit, que cette présomption trouve sa justification dans l'idée que l'ignorance peut, comme le savoir, être le fruit d'un choix⁷⁸ : la différence morale entre celui qui sait et celui qui s'arrange pour ne pas savoir n'est pas une différence de nature, mais de degré de culpabilité.

II. La proportionnalité épistémique : une déclinaison normative spécialisée du principe de proportionnalité

Nécessité d'un principe de transition. Une théorie de la culpabilité épistémique qui distinguerait avec rigueur l'ignorance invincible, l'ignorance négligente et l'aveuglement délibéré, sans en dériver de conséquences normatives précises sur la détermination de la peine, resterait une taxinomie sans portée pratique. Or, le passage de la culpabilité à la peine n'est pas automatique : il suppose un principe qui traduise les degrés de la faute épistémique en degrés de réponse punitive. Ce principe n'est autre que le principe de proportionnalité. Mais ce dernier, comme on va le montrer, est structurellement aveugle à la dimension épistémique de la culpabilité : il ne peut pas remplir cette fonction par lui-même. C'est précisément ce déficit structurel qui rend nécessaire un principe subsidiaire autonome, calibré spécifiquement sur la dimension cognitive de la faute : la proportionnalité épistémique. La relation entre la première et la seconde partie de cet article n'est donc pas simplement celle d'une théorie et de ses applications : c'est celle d'une théorie de la culpabilité qui appelle, par une nécessité logique interne, une théorie complémentaire de la peine. Son autonomie sera démontrée en établissant d'abord pourquoi le principe général est insuffisant pour rendre compte de la dimension épistémique de la culpabilité (A), avant de formuler la proportionnalité épistémique comme principe directeur autonome et d'en dériver la double exigence qu'elle emporte, à savoir une obligation de motivation pour le juge, une obligation de connaissabilité effective des normes pour le législateur (B).

A. L'insuffisance du principe général de proportionnalité

Le principe général de proportionnalité des peines est construit sur une conception de la culpabilité qui ignore sa dimension épistémique. Cette lacune est de nature structurelle et ses conséquences pratiques sont réelles.

1. Portée et limites du principe général de proportionnalité

Portée du principe. Le principe de proportionnalité des peines dispose que celles-ci doivent être proportionnelles à la gravité de l'infraction et à la culpabilité de son auteur⁷⁹. Dans sa version constitutionnalisée, il remplit une double fonction : il s'adresse au législateur en lui interdisant de prévoir des peines disproportionnées au regard de la gravité sociale des faits

⁷⁷ C. SAN MIGUEL, *op. cit.*, p. 197

⁷⁸ D. HUSAK, *art. cit.*, p. 533-534

⁷⁹ J. PRADEL, « Du principe de proportionnalité en droit pénal », *Les Cahiers de Droit*, 2019, n°60, p. 1143

incriminés⁸⁰ et au juge en lui imposant d'individualiser la sanction en fonction de la personnalité et de la situation concrète de l'auteur⁸¹.

Une lacune persistante. Cependant, ce que le principe formule avec précision sur la gravité de l'acte et l'intensité de l'intention, il l'ignore presque entièrement s'agissant de la situation épistémique de l'auteur. Sa conception de la culpabilité repose sur deux dimensions : la première est objective et comprend la gravité du comportement et de ses conséquences ; la seconde est volitionnelle notamment au sens de l'intention, la préméditation ou encore le dol spécial. Elle n'intègre pas de manière systématique une troisième dimension, pourtant tout aussi pertinente pour l'appréciation de la responsabilité morale de l'auteur : la mesure dans laquelle il pouvait et devait savoir que son comportement était prohibé. Le principe général de proportionnalité répond donc à la question « quelle peine pour cet acte, commis de cette manière, par cet auteur ? » mais non à la question « quelle peine pour cet auteur, compte tenu de la distance cognitive qui le séparait de la norme au moment des faits ? ».

2. La dimension épistémique : une lacune structurelle

La lacune du principe général est de nature structurelle pour deux raisons qui tiennent aux fondements mêmes du principe.

Première raison : l'antériorité structurelle du *nemo censetur*. Le principe général de proportionnalité a été conçu pour opérer à l'intérieur d'un cadre dans lequel la connaissance de la loi est présumée. La présomption *nemo censetur ignorare legem* fonctionne, dans ce cadre, comme une donnée acquise : tous les auteurs d'infraction sont réputés avoir su que leur comportement était prohibé, de sorte que la variable épistémique est neutralisée avant même que la question de la proportionnalité ne se pose. Si tout auteur est présumé savoir, la différenciation des peines en fonction de la situation épistémique individuelle est, par définition, exclue du champ du principe. C'est ce que l'on pourrait appeler l'antériorité structurelle du *nemo censetur*⁸² sur le principe de proportionnalité : le premier conditionne le champ d'application du second en lui fermant l'accès à la dimension épistémique de la culpabilité.

Seconde raison : les critères légaux d'individualisation. Même lorsque le principe de proportionnalité s'applique à l'individualisation judiciaire de la peine, les critères que les systèmes positifs lui associent sont orientés vers les caractéristiques de l'acte et de la personnalité de l'auteur plutôt que vers sa situation épistémique au moment des faits. Les codes pénaux qui listent les circonstances à prendre en compte pour l'individualisation de la peine mentionnent généralement les mobiles, la gravité du préjudice, le comportement de la victime, la situation personnelle et familiale de l'auteur et non son accès effectif à la connaissance de la norme violée. La dimension épistémique est ainsi doublement exclue : en amont par la présomption de connaissance, en aval par l'absence d'intégration dans les critères légaux d'individualisation.

⁸⁰ G. CHETARD, « La proportionnalité de la répression : Étude sur les enjeux du contrôle de proportionnalité en droit pénal français », Thèse, Strasbourg, 2019, p. 101

⁸¹ C. DEMPTINNE, « La peine et sa finalité : Un équilibre entre protection de la société, réparation de la victime et répression de l'autre », Mémoire en Droit, Université catholique de Louvain, 2016, p.70

⁸² L'expression désigne le fait que la présomption de connaissance de la loi opère en amont du principe de proportionnalité : en neutralisant la variable épistémique avant même que la question de la peine ne se pose, elle prive structurellement le juge de la possibilité de différencier les peines en fonction de la situation cognitive individuelle de l'auteur.

3. Conséquences pratiques de la lacune

Trois conséquences documentées. L'insuffisance du principe général de proportionnalité à l'égard de la dimension épistémique de la culpabilité produit des conséquences pratiques réelles que le droit positif de certains systèmes illustre de manière exemplaire.

Première conséquence : l'absence de régulation cohérente de la peine en cas d'ignorance négligente. Le prévenu qui a commis une infraction technique par défaut de diligence normative et ce sans avoir cherché à savoir, mais sans non plus avoir délibérément évité de savoir, n'est pas aussi coupable que celui qui l'a commise en connaissance de cause. Le principe général de proportionnalité exige pourtant que cette différenciation de culpabilité se traduise dans la peine ; or aucun système positif ne lui fournit les instruments pour l'opérer de manière cohérente et prévisible. L'article 122-3⁸³ du Code pénal français n'offre que deux issues : soit l'ignorance est invincible et l'auteur est exonéré, soit elle est évitable et il est condamné selon le droit commun, sans modulation intermédiaire. Cependant, la Chambre criminelle n'a pas développé de jurisprudence reconnaissant l'ignorance simplement négligente comme circonstance atténuante de droit, distincte de la simple circonstance atténuante de fait soumise à l'appréciation discrétionnaire du juge. La jurisprudence confirme et précise cette logique binaire selon trois axes convergents. En premier lieu, le critère de l'invincibilité est appliqué avec une rigueur qui exclut structurellement les situations d'ignorance simplement négligente. Dans un arrêt du 11 octobre 1995⁸⁴, la Chambre criminelle a jugé que l'erreur de droit commise par un prévenu agissant sur les conseils de son avocat n'était pas invincible : une telle consultation ne saurait se substituer à la saisine de l'autorité juridictionnelle compétente, seule à même de dissiper l'incertitude normative de manière opposable. De manière plus significative, l'arrêt du 11 mai 2004⁸⁵ a posé qu'une divergence de jurisprudence entre la Chambre sociale et la Chambre criminelle de la Cour de cassation elle-même ne suffit pas à rendre l'erreur de droit invincible. Lorsque la norme applicable est objectivement incertaine, la présomption de connaissance continue de s'appliquer sans modulation. Cette solution illustre avec une netteté particulière l'antériorité structurelle du *nemo censetur* sur le principe de proportionnalité : la variable épistémique est neutralisée avant même que la question de la peine ne se pose, y compris dans des hypothèses où l'inconnaissabilité de la norme est objectivement attestée par l'état de la jurisprudence elle-même. En second lieu, la jurisprudence a circonscrit à une hypothèse très étroite les cas dans lesquels l'invincibilité peut être retenue. L'arrêt du 11 mai 2006⁸⁶ en constitue l'illustration topique : un conducteur avait circulé muni d'une attestation délivrée par un agent de police judiciaire, sur instruction d'un vice-procureur, confirmant à tort la validité de son permis international. La Chambre criminelle a reconnu l'erreur de droit inévitable au motif que le prévenu avait légitimement cru à la légalité de sa conduite sur la base d'une information officielle émanant d'une autorité compétente. Cet arrêt confirme que l'invincibilité n'est admise, en pratique, que lorsque l'accessibilité formelle de la norme a été compromise par une défaillance imputable à l'État lui-même, ce qui exclut structurellement l'inconnaissabilité substantielle de la norme comme fondement autonome d'exonération et réduit d'autant le champ d'application réel de l'article 122-3. En dernier lieu, l'arrêt du 17 mars 2021⁸⁷ apporte une précision procédurale déterminante : la Chambre criminelle a cassé un arrêt d'appel dans lequel les juges avaient

⁸³ « N'est pas pénalement responsable la personne qui justifie avoir cru, par une erreur sur le droit qu'elle n'était pas en mesure d'éviter, pouvoir légitimement accomplir l'acte ».

⁸⁴ Cass. Crim., 11 octobre 1995

⁸⁵ Cour de Cassation, Chambre criminelle, du 11 mai 2004, 03-80.254

⁸⁶ Cour de Cassation, Chambre criminelle, du 11 mai 2006, 05-87.099

⁸⁷ Cour de cassation, criminelle, Chambre criminelle, 17 mars 2021, 20-83.062

relevé d'office une éventuelle erreur de droit sans que le prévenu s'en fût prévalu. Seule la personne poursuivie est fondée à invoquer ce moyen. Cette solution confirme que l'erreur de droit fonctionne en droit positif français comme une cause d'irresponsabilité d'invocation strictement personnelle, et non comme un élément objectif de l'infraction relevant de l'office du juge. Ce positionnement procédural a une conséquence directe sur la théorie de la culpabilité épistémique : en droit français, celle-ci opère au niveau de la défense et non au niveau de l'élément moral, contrairement à ce que la thèse de Husak préconise⁸⁸. La même lacune affecte la *common law* : si la doctrine du *willful blindness*⁸⁹ a permis de traiter l'aveuglement délibéré comme équivalent à la connaissance directe, aucun développement jurisprudentiel comparable n'a conduit à systématiser l'atténuation pour ignorance négligente et ce alors même que la Cour suprême américaine a posé, dans l'arrêt *Staples v. United States*, 511 U.S. 600 (1994), des jalons significatifs en raisonnant en termes de ce que le défendeur pouvait raisonnablement savoir eu égard au contexte réglementaire de son activité. Ce précédent demeure cependant limité : son fondement est interprétatif et non constitutionnel, il s'applique principalement aux infractions réglementaires sans victime directe, et les arrêts *Morissette*⁹⁰, *Cheek*⁹¹ et *Ratzlaf*⁹² confirment la même tendance sans l'unifier en doctrine cohérente. Seul le droit allemand s'en approche davantage : le § 17 StGB⁹³ distingue expressément l'exonération totale pour erreur inévitable et la possibilité d'une atténuation pour erreur évitable, réalisant la gradation bipartite que le droit français n'a pas su opérer.

Deuxième conséquence : l'arbitraire judiciaire dans la prise en compte de la situation épistémique de l'auteur. En l'absence d'un principe directeur formalisé, le juge qui souhaite tenir compte de l'ignorance de l'auteur est renvoyé à son pouvoir d'appréciation discrétionnaire sans cadre normatif qui oriente et contrôle cet exercice. Deux auteurs peuvent ainsi se trouver dans des situations épistémiques rigoureusement identiques et recevoir pourtant des peines radicalement différentes⁹⁴.

Troisième conséquence : la déconnexion entre la finalité rétributive de la peine et sa réalité pratique. La peine rétributive n'est légitime que si elle est proportionnelle à la faute réelle de l'auteur⁹⁵. Si cette faute comprend une dimension épistémique que la peine ne prend pas en compte, la rétribution est inexacte : elle punit plus ou moins que ce que la faute mérite⁹⁶. Dans les infractions techniques où la connaissabilité de la norme est objectivement douteuse, la dimension épistémique peut représenter une part substantielle de la faute totale de l'auteur et l'ignorer revient à déconnecter la peine de son propre fondement.

⁸⁸ D. HUSAK, *art. cit.*, p. 534

⁸⁹ La doctrine du « *willful blindness* » (aveuglement délibéré), également appelée « ignorance volontaire », « évitement conscient » ou « fermeture délibérée des yeux », est une construction juridique utilisée pour empêcher un prévenu d'échapper à sa responsabilité pénale en organisant sciemment son ignorance des faits ou de la loi.

⁹⁰ *Morissette v. United States* : 342 U.S. 246 (1952)

⁹¹ *Cheek v. United States* : 498 U.S. 192 (1991)

⁹² *Ratzlaf v. United States* : 510 U.S. 135 (1994)

⁹³ § 17 StGB : « Si l'auteur, au moment de la commission de l'acte, n'a pas conscience d'agir de manière illicite, il agit sans culpabilité s'il ne pouvait pas éviter cette erreur. S'il pouvait éviter l'erreur, la peine peut être atténuée conformément au § 49 al. 1. »

⁹⁴ A. GUILMAIN, « Sur les traces du principe de proportionnalité : une esquisse généalogique », *Revue de droit de McGill*, vol. 61, 2015, p. 131

⁹⁵ T. ASSALE, P. GERMAIN, « La guerre peut-elle être juste ? Réflexion sur le jus post bellum », *L'Harmattan*, 2018, p.116

⁹⁶ A. JODOUIN, M.E. SYLVESTRE, « Changer les lois, les idées, les pratiques : réflexions sur l'échec de la réforme de la détermination de la peine, *Les Cahiers de droits*, 2009, vol.50, n°3, p.532

B. La proportionnalité épistémique : formulation et effets d'un principe directeur autonome

Un principe subsidiaire nécessaire. Si le principe général de proportionnalité est insuffisant, c'est parce qu'il lui manque un principe subsidiaire spécifiquement calibré sur la dimension épistémique de la culpabilité. Ce principe subsidiaire, le présent article le forme sous le nom de proportionnalité épistémique.

1. Formulation du principe

Définition. La proportionnalité épistémique est un principe normatif qui complète et spécialise le principe général de proportionnalité en y intégrant la dimension cognitive de la culpabilité. Une précision liminaire s'impose sur la nature de ce rapport : la proportionnalité épistémique n'est pas un principe concurrent du principe général. Elle en est une déclinaison spécialisée, qui en précise les exigences pour une dimension de la culpabilité que le principe général laisse structurellement indéterminée.

Réfutation de l'objection. On pourrait objecter que le pouvoir d'individualisation judiciaire existant permet déjà de prendre en compte la situation épistémique de l'auteur sans qu'il soit nécessaire de lui conférer le statut d'un principe distinct. Si le juge dispose déjà d'un pouvoir discrétionnaire suffisamment large pour intégrer cette dimension, la lacune diagnostiquée ne serait pas une lacune du principe de proportionnalité lui-même, mais une lacune dans son application pratique ; et le remède serait alors une application plus rigoureuse du principe existant, non la formulation d'un principe nouveau. L'objection ici est exacte sur un point : la lacune n'est pas d'ordre logique. Rien dans la structure formelle du principe de proportionnalité n'interdit au juge de tenir compte de la situation cognitive de l'auteur. Mais elle sous-estime deux obstacles qui rendent cette prise en compte structurellement improbable sans cadre normatif explicite. Le premier obstacle est celui de la motivation. Un principe de portée générale n'impose pas au juge de motiver spécifiquement chacune de ses dimensions d'application. En l'absence d'une règle autonome imposant de rendre compte de la variable épistémique, le juge qui l'ignore ne viole aucune obligation formelle : il exerce simplement son pouvoir discrétionnaire en omettant une considération que rien ne lui commande expressément de mentionner. La conséquence en est le même arbitraire que celui déjà analysé parmi les effets pratiques de la lacune : faute d'obligation de motivation dédiée, cette disparité échappe à tout contrôle. Une déclinaison spécialisée du principe général, en revanche, impose une obligation de motivation spécifique sur la faute épistémique, substituant à la discrétion non contrôlée une exigence structurée de cohérence. Le second obstacle, celui de l'antériorité structurelle du *nemo censetur* déjà exposée, confirme qu'un principe général d'individualisation ne peut lever cette présomption par lui-même : il ne peut opérer que dans le champ qu'elle lui laisse libre, donc seule une déclinaison spécialisée adressée explicitement à la dimension épistémique peut ouvrir au juge l'espace d'appréciation que le principe général à lui seul, ne lui donne pas. En ce sens, la relation entre proportionnalité épistémique et principe général de proportionnalité est analogue à celle qui existe entre le principe de légalité formelle et le principe de prévisibilité de la loi pénale : le second n'est pas extérieur au premier, il en est la déclinaison substantielle qui lui donne son effectivité réelle⁹⁷.

⁹⁷ La relation de spécialisation entre la proportionnalité épistémique et le principe général de proportionnalité est analogue à d'autres couples de principes généraux et ou spéciaux en droit : de même que le principe de prévisibilité de la loi pénale est une déclinaison substantielle du principe de légalité formelle.

Valeur normative double. L'apport propre de la proportionnalité épistémique est donc moins de créer une règle nouvelle que d'explicitier et de contraindre une exigence que le principe général contient en germe sans jamais la déployer. Sa valeur normative est double : d'un côté, elle impose au juge de motiver sa décision sur la dimension épistémique de la faute, de l'autre, elle adresse au législateur une exigence qui dépasse la légalité formelle : rendre la norme pénale effectivement connaissable par ceux auxquels elle s'adresse⁹⁸.

Trois précisions. La première précision porte sur la structure de l'interaction. La proportionnalité épistémique ne constitue pas une variable autonome flottant à côté des deux autres : elle opère sur elles en les modulant. La gravité de l'acte et l'intensité de l'intention fixent la fourchette de la peine envisageable ; la dimension épistémique déplace ensuite le curseur à l'intérieur de cette fourchette : vers le bas lorsque l'ignorance est irréprochable ou négligente, vers le haut lorsque l'aveuglement est délibéré. Ce n'est donc pas une troisième colonne indépendante du calcul pénal, mais un coefficient correcteur qui s'applique au résultat que les deux premières variables ont déjà produit. La deuxième précision porte sur la nature des effets du principe. La proportionnalité épistémique produit des effets à la fois qualitatifs et quantitatifs, selon la figure de la faute épistémique en cause. Aux extrêmes de la gradation, les effets sont qualitatifs : l'ignorance invincible n'appelle pas une peine réduite, mais une absence de peine rétributive, car signifier l'absence totale de blâme exige une réponse d'une nature différente de la simple réduction de *quantum*. L'aveuglement délibéré, à l'opposé, appelle un traitement du blâme équivalent à celui de l'acte intentionnel, et non un simple accroissement du *quantum*. Cette équivalence demeure toutefois fonctionnelle : conformément au positionnement retenu en première partie, elle ne se traduit pas par une requalification formelle de l'élément moral de l'infraction mais par une circonstance aggravante autonome qui hisse la réponse punitive au niveau qu'appellerait une faute intentionnelle. Dans la zone intermédiaire de l'ignorance négligente, en revanche, les effets sont quantitatifs : l'atténuation est graduée en fonction de l'intensité du manquement à l'obligation de diligence normative. La troisième précision est que la proportionnalité épistémique s'applique exclusivement aux infractions dont la connaissabilité est objectivement douteuse, selon les critères établis précédemment. Pour les infractions fondamentales du droit pénal classique dont le caractère illicite est moralement et socialement présumé, la présomption de connaissance s'applique sans modulation.

2. Les trois conséquences pratiques du principe

Des conséquences distinctes pour chaque figure. La proportionnalité épistémique a des conséquences pratiques précises pour chacune des trois figures de la faute épistémique identifiées en première partie. Ces conséquences sont distinctes de celles que le principe général de proportionnalité produirait dans les mêmes situations, ce qui atteste du caractère autonome du principe.

S'agissant de l'ignorance invincible, la proportionnalité épistémique impose une conséquence plus radicale que celle qu'un simple aménagement du principe général permettrait d'obtenir. L'absence totale de faute épistémique doit se traduire, dans les systèmes qui admettent l'exonération de responsabilité, par une irresponsabilité pénale pleine et entière, ce que le droit français a partiellement reconnu dans l'article 122-3. Mais dans les systèmes qui n'admettent pas une telle exonération, la proportionnalité épistémique exige une réponse qualitativement différente d'une simple réduction de peine : soit une dispense de peine, soit une peine purement symbolique dépourvue de toute dimension rétributive.

⁹⁸ Cette double fonction est précisément ce qui confère à la proportionnalité épistémique le statut d'un principe et non d'un simple critère d'individualisation.

S'agissant de l'ignorance négligente, la proportionnalité épistémique impose une atténuation obligatoire et motivée, structurellement différente d'une simple circonstance atténuante. Ce type d'ignorance est un fait de culpabilité autonome qui réduit la faute totale de l'auteur d'une manière que le juge doit apprécier et exprimer explicitement dans sa décision. Ce degré d'atténuation doit lui-même être proportionnel à l'intensité du manquement à l'obligation de diligence normative. Une ignorance légèrement négligente et dans le cas où l'auteur a fait des recherches mais insuffisantes, justifie une atténuation plus forte qu'une ignorance gravement négligente, l'auteur n'ayant fait aucune recherche dans un secteur fortement réglementé où cette obligation s'imposait avec la plus grande évidence. Cette gradation à l'intérieur de la catégorie de l'ignorance négligente est elle-même un effet de la proportionnalité épistémique, qui interdit de traiter uniformément des situations épistémiques de gravité différente.

S'agissant enfin de l'aveuglement délibéré, la proportionnalité épistémique impose un traitement aggravé qui repose sur un fondement autonome, distinct de la simple symétrie inverse avec l'ignorance invincible. Si l'ignorance invincible exonère parce qu'elle supprime un élément constitutif de la culpabilité, l'aveuglement délibéré aggrave parce qu'il constitue un tort autonome : l'agent a non seulement commis l'infraction, mais il a organisé sa propre ignorance pour se soustraire à la responsabilité, ajoutant à sa faute substantielle une faute procédurale distincte. La proportionnalité épistémique impose que l'aveuglement délibéré soit traité non pas comme une simple absence de circonstance atténuante, mais comme une circonstance aggravante autonome. La logique en est la suivante : l'aveuglement délibéré équivaut, quant à l'infraction, à l'agir en connaissance de cause ; mais s'y ajoute une faute propre : avoir organisé sa propre ignorance pour échapper à la responsabilité. C'est ce tort surajouté qui fonde l'aggravation, non une prétendue supériorité de l'ignorance sur la connaissance.

Conclusion

Une faute de ne pas savoir. La culpabilité épistémique repose sur un constat que le droit pénal reconnaît sans vraiment en tirer les conséquences : la faute de ne pas savoir n'est pas monolithique. Entre l'ignorance de celui qui ne pouvait objectivement pas connaître la norme et la cécité délibérée de celui qui a organisé son ignorance pour esquiver toute responsabilité, il existe un spectre de situations moralement et juridiquement distinctes que les instruments correcteurs existants ne permettent pas de traiter de façon cohérente et prévisible.

Un cadre structuré. La notion de confiance institutionnelle fournit le pont entre la blâmabilité morale diffuse et la culpabilité pénale : elle ancre l'obligation épistémique dans les attentes réciproques qui structurent la vie sociale réglementée, et fonde directement la gradation tripartite à laquelle correspondent des critères opérationnels que le juge peut effectivement mobiliser. Deux axes les organisent : l'évaluation de la situation épistémique de l'auteur d'un côté, l'évaluation de la connaissabilité objective de la norme de l'autre.

La proportionnalité épistémique. La gradation ne produit ses effets pratiques que si elle se traduit en conséquences sur la peine. C'est l'objet de la proportionnalité épistémique : déclinaison spécialisée du principe général, elle impose au juge de motiver explicitement la variable cognitive et adresse au législateur une exigence que la légalité formelle ne contient pas. Ces exigences se concrétisent en deux orientations : l'introduction d'une circonstance atténuante de droit fondée sur l'ignorance négligente et un impératif adressé au législateur : rendre la norme pénale effectivement connaissable de ceux auxquels elle s'adresse, au-delà de sa seule publication formelle. Cependant, la traduction procédurale de ce second impératif dépasse le cadre du présent article, qui se borne à en établir le principe.

Le contexte marocain. Pour le droit marocain, ces orientations valent moins comme conclusion démontrée que comme hypothèse de travail : la théorie n'y a pas été éprouvée, faute d'une doctrine spécialisée, mais les tensions qu'elle vise y sont manifestement présentes et en appellent l'examen. Le Code pénal, à travers son article 2, illustre clairement ces tensions. En faisant de l'ignorance de la loi pénale une cause d'inexcusabilité absolue, il positionne le droit marocain parmi ceux qui refusent l'exonération pour ignorance invincible. Ainsi, la proportionnalité épistémique pourrait s'appliquer de manière directe : en l'absence d'une réforme qui reconnaîtrait l'erreur de droit invincible, il incomberait au juge de considérer l'absence de faute épistémique lors de la détermination de la peine. La théorie ne propose pas un modèle à imiter ; elle offre un cadre pour nommer ce qui existe déjà. La question n'est plus seulement de savoir si la loi a été publiée au Bulletin Officiel, mais si elle pouvait raisonnablement être connue de ceux auxquels elle s'adresse. C'est à cette condition que la maxime *nemo censetur ignorare legem* peut rester ce qu'elle a toujours prétendu être : non une fiction commode, mais une présomption adossée à des conditions réelles de connaissabilité de la norme.

Bibliographie

ASSALE T., GERMAIN P., « La guerre peut-elle être juste ? Réflexion sur le *jus post bellum* », L'Harmattan, 2018.

BROWN J., « Epistemically blameworthy belief », *Philosophical Studies*, vol. 177, 2020.

CHETARD G., *La proportionnalité de la répression : étude sur les enjeux du contrôle de proportionnalité en droit pénal français*, thèse de doctorat, Université de Strasbourg, 2019.

CLOOS C. M., *Responsibility Beyond Belief: The Epistemic Condition on Moral Responsibility*, thèse de doctorat, University of California Santa Barbara, 2018.

DAVIES S. L., « The Jurisprudence of Willfulness », *Duke Law Journal*, vol. 48, 1998.

DEMPINNE C., « La peine et sa finalité : un équilibre entre protection de la société, réparation de la victime et répression de l'autre », mémoire en droit, Université catholique de Louvain, 2016.

GARG K., SINGH C. P., « When Ignorance Shields the Guilty : A Critical Study of Immunity under Mistake in Criminal Law », *IJSREM*, vol. 9, 2025.

GREENBERG A., « Epistemic Responsibility and Criminal Negligence », *Criminal Law and Philosophy*, 2019.

GUILMAIN A., « Sur les traces du principe de proportionnalité : une esquisse généalogique », *Revue de droit de McGill*, vol. 61, 2015.

HUSAK D., « Ignorance of Wrongdoing and Mens Rea », *Arizona State Law Journal*, vol. 53, 2021.

JODOUIN A., SYLVESTRE M.-E., « Changer les lois, les idées, les pratiques : réflexions sur l'échec de la réforme de la détermination de la peine », *Les Cahiers de droit*, vol. 50, n° 3, 2009.

LEVY K. M., « Normative Ignorance », *Florida State University Law Review*, vol. 47, 2020.

PERKINS R. M., « Ignorance and Mistake in Criminal Law », *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 88, 1939.

PIOVARCHY A., « Vice epistemology, norm-maintenance and epistemic evasiveness », *Synthese*, vol. 201, 2023.

PIOVARCHY A., « What do we want from a theory of Epistemic blame? », *Synthese*, vol. 201, 2023.

PRADEL J., « Du principe de proportionnalité en droit pénal », *Les Cahiers de Droit*, n° 60, 2019.

ROBISON J. W., *The Epistemic Dimensions of Moral Responsibility and Respect*, thèse de doctorat, University of Massachusetts Amherst, 2019.

SAN MIGUEL C., *Rethinking false beliefs about the law*, thèse de doctorat, University of Glasgow, 2019.

SYLL M., *Le droit à l'erreur*, mémoire, Université Cheikh Anta Diop de Dakar, 2006.

Jurisprudence

- Jurisprudence française

Cass. crim., 11 octobre 1995.

Cass. crim., 11 mai 2004, n° 03-80.254.

Cass. crim., 11 mai 2006, n° 05-87.099.

Cass. crim., 17 mars 2021, n° 20-83.062.

Cass. civ. 1re, 15 juin 2022.

Cass. civ. 2e, 30 juin 2022.

- Jurisprudence britannique

Sweet v. Parsley [1970] AC 132 (House of Lords).

Gammon (Hong Kong) Ltd v. Attorney General of Hong Kong [1985] AC 1 (Privy Council).

Lim Chin Aik v. The Queen [1963] AC 160 (Privy Council).

Bolam v. Friern Hospital Management Committee [1957] 1 WLR 582.

- **Jurisprudence américaine**

United States v. Jewell, 532 F.2d 697 (9th Cir. 1976).

Staples v. United States, 511 U.S. 600 (1994).

Morissette v. United States, 342 U.S. 246 (1952).

Cheek v. United States, 498 U.S. 192 (1991).

Ratzlaf v. United States, 510 U.S. 135 (1994).

.

.