

Volonté, droit Civil et Neurosciences*Will, Civil Law and Neuroscience**Voluntad, Derecho Civil y Neurociencias***Monica Vinueza Flores**

Titulaire d'un Master Droit de la Santé délivré par l'université de Bordeaux.

Ville: Quito**Pays:** Ecuador

Article original (research)

RFJ, No. 8, 2020, pp. 130-163, ISSN 2588-0837

RÉSUMÉ : Que ce soit dans le domaine du droit public ou du droit privé, la volonté est une notion qui imprègne le droit, et pourtant elle ne peut être saisie par le droit sans recourir, pour l'instant, à la philosophie. Ce n'est qu'à partir des éléments apportés par la philosophie que la volonté juridique a pu être construite. Toutefois, avec l'essor des neurosciences, notamment à partir du XXI^e siècle grâce aux progrès de l'imagerie cérébrale par résonance magnétique, elles pourraient apporter une réponse concernant le substrat biologique de la volonté. Visant ainsi à expliquer la façon dont le système nerveux central produit les processus mentaux, les neurosciences touchent des attributs essentiels de la personnalité et de l'identité de l'être humain, telles que la capacité, la volonté ou l'autonomie qui sont pris en compte par le droit et notamment par le droit civil, dans ses institutions juridiques. C'est pourquoi les recherches en neurosciences pourraient avoir un impact sur les actes juridiques où la volonté joue un rôle primordial.

MOTS CLÉS : droit civil, droit des contrats, cerveau, neurobiologie, prise de décision.

ABSTRACT: Both in the public or private domains, a will is a notion found in all aspects of the law, though it cannot be understood for the time being without invoking philosophy. It is only with such elements provided by the philosophy that

constructing the juridical will was made possible. Nevertheless, with the growth of neurosciences, especially in the 21st century with the development of magnetic resonance brain imaging, an explanation of the biological substrate of a will could be provided. By attempting to explain how the central nervous system produces mental processes, neuroscience deals with essential attributes of personality and the identity of human beings such as capacity, will or autonomy, which are considered by law, especially civil law, in its legal institutions. It is why the research on neurosciences could have an impact on the legal acts where will plays a vital role.

KEYWORDS: civil law, contract law, brain, neurobiology, decision making

INTRODUCTION

La volonté a fait l'objet de plusieurs études dans tous les domaines de la science. Étymologiquement, le terme volonté vient du latin « *voluntas* » ou « *voluntatis* » signifiant « vouloir » ainsi que la « faculté de vouloir ». Dans son sens commun, la volonté est « la disposition mentale ou acte d'une personne qui veut [ainsi que la] faculté de se déterminer librement à l'action, en pleine connaissance de cause et après réflexion » (Robert, Rey & Morvan, 2019). La volonté peut être définie également comme la « puissance intérieure par laquelle l'homme et aussi les animaux se déterminent à faire ou à ne pas faire » (Littré, 1963, p.1359).

Si on se réfère à la définition espagnole du terme, la volonté est « la faculté de décider et de prescrire sa propre conduite impliquant, par conséquent, le libre arbitre et la libre détermination de la personne »¹ (Real Academia Española Madrid, 2014).

Dans le droit, la volonté est une notion omniprésente et le droit civil, notamment, a fait de la volonté sa clé de voûte. Le Code civil comporte au moins cinquante références à la

1 C'est nous qui traduisons.

volonté, cependant il n'en donne pas de définition. C'est à partir des éléments apportés par la philosophie et la médecine que la volonté juridique a pu être construite.

L'essor des neurosciences, à partir du XXI^e siècle, et notamment les recherches sur la prise de décisions, nous porte à nous demander si ces recherches pourront avoir un impact sur le droit et plus spécifiquement sur le droit civil. En conséquence, nous n'aborderons ni les implications des neurosciences sur le droit pénal ni sur le droit de la santé. Il n'en pas question non plus d'entrer dans le débat du déterminisme biologique ou du dualisme cartésien consistant en la séparation de l'esprit, *res cogitans*, du corps, *res extensa*. Nous ferons brièvement référence à celui-ci mais nous ne traiterons pas le débat philosophique sur ce point. Nous nous concentrerons donc sur la notion de volonté saisie par la philosophie, par le droit, et plus précisément par le droit civil à travers le droit des contrats, ainsi que par les neurosciences.

Ainsi nous allons voir dans une première partie que la volonté au sens large est une notion développée fondamentalement par la philosophie. C'est pourquoi nous nous référerons aux grands philosophes qui, ayant étudié la volonté, ont également contribué à la construction de la volonté juridique. En ce sens, nous ne cherchons pas à être exhaustifs et moins encore à approfondir l'étude philosophique de la volonté. Nous nous limiterons à mettre en évidence ces études qui ont enrichi d'une manière ou d'une autre la volonté juridique.

À partir de ces éléments, nous expliquerons que la volonté saisie par le droit n'est pas la simple volonté. Le droit a construit une fiction autour de la volonté : la volonté juridique, une volonté caractérisée qui tient compte tant de la volonté interne que de la volonté déclarée de l'individu ainsi que de sa capacité. Pour cela, nous analyserons la volonté en droit civil et notamment dans le cadre des actes juridiques où elle est la condition *sine qua non* de leur existence.

Nous nous référerons ensuite aux recherches en neurosciences concernant la volonté, que nous associons plus spécifiquement au processus neurobiologique de la prise de décision où nous démontrerons brièvement à partir des études de neurosciences, notamment de neurobiologie, l'existence d'un substrat biologique expliquant la production de ce processus par le système nerveux.

Enfin nous mettrons en évidence quelques réflexions introductoires portant sur les possibles implications des recherches en neurosciences sur le droit civil.

1. LA VOLONTE, UNE NOTION ESSENTIELLEMENT PHILOSOPHIQUE

Qu'est-ce que la volonté ? La philosophie a longtemps essayé d'apporter une réponse à cette question et à d'autres concernant l'esprit de l'individu. Ainsi, la volonté a fait l'objet d'un grand nombre d'études philosophiques qui ont influé sur le droit.

Dans son ouvrage *Éthique à Nicomaque* (2014), Aristote s'intéresse au caractère volontaire ou involontaire d'un acte. Il conclut que « l'acte volontaire semblerait être ce dont le principe réside dans l'agent lui-même connaissant les circonstances particulières au sein desquelles son action se produit ». Tandis que « ce qui est fait sous la contrainte ou par ignorance est involontaire » (p.61). La volonté est donc action, action qui est le résultat d'un choix préférentiel fruit de la délibération et de la raison, il s'agirait d'une décision délibérée d'agir. Il n'y a donc point de volonté libre sans délibération impliquant une certaine réflexion.

Comme le signale Ricœur (s.d.) cette analyse d'Aristote est extrêmement riche, car :

la volonté, d'une part, s'enracine dans la vitalité, dont l'énergie alimente les motivations de l'agir humain ; d'autre part, elle participe à la rationalité, qui, en se joignant au désir, se fait raison pratique, comme

on le voit dans la théorie du « syllogisme pratique », qui est un raisonnement et un calcul du désirable. Aussi peut-on voir dans la philosophie de la volonté d'Aristote l'ancêtre à la fois d'un « volontarisme », qui met l'accent sur la force de l'agir et sur l'initiative du choix, et d'un « intellectualisme », pour lequel seule une volonté éclairée par des motifs rationnels est proprement humaine (paragr. 6).

Ainsi, en mettant en exergue cette dualité d'actes ainsi que la délibération et la raison dans l'action de l'individu, Aristote décrit le processus de prise de décision, toujours en référence à la vertu et ou vice, et forge les bases de la responsabilité juridique.

Saint Thomas d'Aquin reviendra sur l'héritage aristotélicien et conclura que « la volonté est le sommet d'une hiérarchie d'appétits éclairée par la raison, inclinée vers le Bien qui est de l'être » (Blay, 2012, p. 357), il s'agit d'une puissance active caractérisée par le libre arbitre qui « est ce par quoi on choisit le bien ou le mal » et qui « se rapporte à l'acte du choix » (S. Thomas d'Aquin traduit par Kammerer, 2006, distinction 24, sol.3). Saint Thomas d'Aquin liera donc la liberté à la volonté pour élucider la liberté de choix, c'est-à-dire la volonté qui opère des choix et qui agit librement. Il donnera ainsi continuité au débat initié par les stoïciens et poursuivi par Saint Augustin sur le libre arbitre et la prédétermination des actions de l'individu.

Dans les Méditations Métaphysiques Descartes (2010) précise que la volonté considérée formellement et précisément en elle-même :

consiste seulement en ce que nous pouvons faire une chose, ou ne la faire pas (c'est-à-dire affirmer ou nier, poursuivre ou fuir), ou plutôt seulement en ce que, pour affirmer ou nier, poursuivre ou fuir les choses que l'entendement nous propose, nous agissons en telle sorte que nous ne sentons point qu'aucune force extérieure nous y contraigne. (p. 67-68).

Cette définition amène Jeangène Vilmer (2008) à conclure que chez Descartes « volonté et liberté sont confondues, dans la mesure où la liberté est toujours associée à l'amplitude de notre volonté. Par conséquent, être libre ne relève rien moins que de l'essence de la volonté » (p. 292).

Ainsi, c'est l'amplitude de la volonté qui permet de concevoir et l'entendement de délibérer pour choisir en exerçant notre libre arbitre. On remarquera donc que l'achèvement de ce processus unissant volonté, entendement et libre arbitre donne lieu à une décision, à une action, encore connue de nos jours comme décision cartésienne.

De plus, l'on précisera que Descartes a instauré une séparation catégorique entre le corps (*res extensa*) et l'esprit (*res cogitans*), selon laquelle les pensées, les idées, les affections, l'entendement et tous les produits de l'esprit font partie de la *res cogitans* alors que tout ce qui est une substance matérielle comme les organes ne relèvent que de la *res extensa* :

j'aie un corps auquel je suis très étroitement conjoint; néanmoins, parce que d'un côté j'ai une claire et distincte idée de moi-même, en tant que je suis seulement une chose qui pense et non étendue, et que d'un autre j'ai une idée distincte du corps, en tant qu'il est seulement une chose étendue et qui ne pense point, il est certain que ce moi, c'est-à-dire mon âme, par laquelle je suis ce que je suis, est entièrement et véritablement distincte de mon corps, et qu'elle peut être ou exister sans lui (p. 92).

La volonté fait donc partie de l'esprit ou *res cogitans*, c'est-à-dire de la substance intelligente, pensante, insaisissable ; et non du corps ou *res extensa* qui est la substance matérielle composée d'organes mécaniques. C'est pourquoi la volonté chez Descartes est immatérielle, insaisissable, un produit de l'esprit et complètement dissociée du corps. C'est l'esprit qui produit la volonté et c'est le corps qui la traduit en action.

Par ailleurs, l'un des apports majeurs de la philosophie au droit, et notamment à la volonté juridique, provient d'Emmanuel Kant. Selon Kant (2020), la volonté est la « faculté de se déterminer soi-même à agir conformément à la représentation de certaines lois. Une telle faculté ne peut se rencontrer que dans des êtres raisonnables » (p. 68). Ainsi, la volonté n'est assujettie à aucun élément extérieur à elle, mais son autonomie lui exige « d'opter toujours de telle sorte que la volonté puisse considérer les maximes qui déterminent son choix comme des lois universelles » (Kant, 2020, p. 90). De plus, la liberté est une propriété de la volonté et la raison, c'est ce qui détermine la volonté. Il n'y a donc pas de véritable volonté sans liberté et il n'y a pas de liberté sans raison. Comme l'explique Daudin (1950) :

La liberté au sens pratique est l'indépendance du vouloir à l'égard de toute contrainte exercée par des impulsions de la sensibilité, si l'homme à la différence des bêtes a un libre arbitre, c'est que sa sensibilité, en lui, ne détermine pas nécessairement son action, c'est-à-dire qu'il existe en lui un pouvoir de se déterminer de lui-même indépendamment de la contrainte exercée par les impulsions sensibles (p. 221).

Nous verrons que c'est cette conception kantienne de la volonté qui va influencer fortement le droit civil et notamment le droit des contrats à travers la théorie de l'autonomie de la volonté dès le début du XIX^e siècle.

Par conséquent, comme nous venons de le voir, la volonté est avant tout une notion essentiellement construite par la philosophie. C'est la philosophie qui a majoritairement conceptualisé la volonté et qui l'a caractérisée. Qu'il s'agisse d'une action, d'une réflexion, d'une caractéristique de l'être humain ou d'un produit de l'esprit, les philosophes s'accordent à dire qu'elle implique une certaine liberté de choisir et d'agir, de même qu'une délibération guidée par la raison, éclairée par l'intelligence et par le discernement.

Ce sont précisément ces éléments ou plutôt ces caractéristiques de la volonté qui ont été prises en compte par le droit afin de construire la volonté juridique, et ont permis de préciser, par exemple, le rôle de la volonté dans les actes juridiques², la détermination de la responsabilité juridique³ de l'individu ou les qualités d'un consentement valable.

À partir de ces éléments nous allons voir à présent que la volonté juridique n'est pas la simple volonté, elle est une sorte de volonté parfaite, saisissable par le droit et étant en quelque sorte stable de manière à ce que soit assurée une certaine sécurité juridique aux relations juridiques des individus. Autrement dit, la volonté saisie par le droit est une fiction juridique.

2. LA VOLONTE EN DROIT : UNE FICTION JURIDIQUE

En droit la volonté n'est pas saisie de manière abstraite. Même si le droit tient compte des éléments philosophiques, sociologiques, anthropologiques et même biologiques, il a construit la volonté juridique par la voie de la technique de la fiction.

Dans un sens général, une fiction est une création de l'imagination. Toutefois, en droit il s'agit d'une technique juridique permettant de créer des situations, des figures juridiques qui ne sont pas nécessairement concordantes avec la réalité. C'est le cas de la volonté juridique. Ainsi, si la volonté pure est une faculté mentale, un attribut inhérent à l'être humain, un produit de l'esprit et est donc changeante et soumise aux passions, la volonté juridique est fondamentalement « une volonté corrigée, artificiellement rendue constante, cohérente,

2 Le Code civil précise, dans l'article 1129, pour donner un exemple, qu' « il faut être sain d'esprit pour consentir valablement à un contrat » ; et dans l'article 1130, précise que le consentement peut être vicié par l'erreur, le dol et la violence, vices dont le caractère déterminant s'apprécie eu égard aux personnes et aux circonstances dans lesquelles le consentement a été donné.

3 Pour donner un exemple, le Code pénal prévoit à l'article 121-3, alinéa 1 qu' « Il n'y a point de crime ou de délit sans intention de le commettre » et l'article 122-1 exempte de responsabilité toute personne « qui était atteinte, au moment des faits, d'un trouble psychique ou neuropsychique ayant aboli son discernement ou le contrôle de ses actes ».

correspondante à la raison telle que la loi se la représente, une volonté surveillée par la loi » (Villey, 1957, p. 94). Autrement dit, « le droit sous le nom de volonté vise une fiction de volonté, car la volonté empirique est instable et désordonnée » (Villey, 1957, p. 94).

Cette volonté corrigée rendue parfaite et stable imprègne le droit et notamment le droit civil où elle est la clé de voûte du droit des contrats. Dans ce domaine on distingue classiquement les faits juridiques des actes juridiques⁴. Pour les faits juridiques, définis comme tout événement quelconque auquel sont attachés des effets ou des conséquences juridiques, la volonté de l'individu est indifférente ; alors que pour les actes juridiques, manifestations de volonté destinées à produire des effets de droit, la volonté de l'individu a un rôle primordial, elle est une condition de leur existence ou selon les mots de J. Carbonnier (2000) « la volonté est le moteur des actes juridiques » (p. 47).

Ainsi, la réalisation d'un acte juridique exige une manifestation de volonté libre, lucide et éclairée. Il ne suffit donc pas de vouloir (volonté pure). Il est nécessaire que l'acte juridique soit le résultat d'une volonté qui est le « fruit d'une réflexion, d'une délibération éclairée par l'intelligence, [et donc] fondamentalement rationnelle » (Brenner & Lequette, 2019, paragr. 15). C'est qui explique que « la loi subordonne l'activité juridique à des conditions de capacité en considération de l'aptitude intellectuelle des individus et [qu'elle] protège les individus en situation de faiblesse contre des engagements irréflectis » (Brenner & Lequette, 2019, paragr. 15).

De plus, pour être saisie par le droit et produire des effets juridiques, la volonté doit être extériorisée. Encore une fois, il

⁴ Le Code civil de 1804 ne contenait aucun article visant à différencier les faits des actes juridiques. L'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations a introduit expressément cette distinction à l'article 1100 dont le texte précise que « Les obligations naissent d'actes juridiques, de faits juridiques ou de l'autorité seule de la loi. Elles peuvent naître de l'exécution volontaire ou de la promesse d'exécution d'un devoir de conscience envers autrui ». Le Code civil équatorien contient également cette distinction à l'article 1453.

ne suffit pas de vouloir (volonté pure). Il faut que ce vouloir soit extériorisé notamment par la voie du consentement. La volonté est donc un préalable au consentement, elle est la « source du consentement » (Attuel-Mendes & Loquin, 2008, p. 67) et « une composante subjective du consentement » (François, 2007, p. 6). Le consentement devient donc l'extériorisation de la volonté de l'individu., laquelle une fois exprimée lors de la conclusion d'un acte juridique, par exemple la passation d'un contrat, demeure inchangée, stable et non soumise aux caprices de la volonté pure.

Néanmoins, même si le consentement constitue l'extériorisation de la volonté, il est possible qu'il soit différent de la volonté. C'est pourquoi la doctrine juridique différencie la volonté interne de la volonté déclarée.

La volonté interne ou réelle est un élément psychologique, et avec les progrès actuels des neurosciences, nous pouvons même dire qu'il s'agit d'un processus neurobiologique, nécessaire à la formation de l'acte juridique correspondant « à la l'intention véritable de l'auteur de l'acte » (Association Henri Capitant, 2017). Cette volonté est censée être libre, c'est-à-dire sans erreur, non extorquée par la violence ni surprise par le dol ; et rationnelle, c'est-à-dire être le fruit d'une « délibération éclairée par l'intelligence » (Brenner & Lequette, 2019, paragr. 15) et non frappée par une insanité mentale . Ainsi, la volonté interne exige un acte conscient et intentionnel, autrement dit elle « nécessite la *conscience* de ce que l'on va faire d'une part, et d'autre part *l'intention* de le réaliser » (Buffelan-Lanore & Larribau-Terneyre, 2018, p. 372).

C'est dans la volonté interne que nous reconnaissons la contribution de Emmanuel Kant au droit, puisque sa pensée a inspiré la théorie dite de l'autonomie de la volonté⁵, laquelle est

5 Dans le domaine des obligations, et plus précisément dans le domaine contractuel, l'autonomie de la volonté fait du contrat, en tant que rencontre des volontés, une source du droit et donne lieu à trois principes : la liberté contractuelle (chacun est libre de contracter ou ne pas contracter, choisir son cocontractant et déterminer le contenu du contrat), la force obligatoire du contrat (le contrat est loi pour les parties et elles sont tenues de respecter leurs engagements) et l'effet relatif du contrat (le contrat n'oblige que les parties ayant contracté).

érigée sur la liberté individuelle. Ainsi, la volonté humaine se donne à elle-même sa propre loi et est « la source et la mesure des droits subjectifs ; organe créateur du droit » (Ranouil, 1980, p. 9). C'est pourquoi « la liberté de l'individu ne peut être restreinte que par sa propre volonté » (Buffelan-Lanore & Larribau-Terneyre, 2018, p. 282) et « si l'homme est obligé par un acte juridique, spécialement par un contrat, c'est parce qu'il l'a voulu » (Carbonnier, 1956, p. 53).

Comme le précisent Terré, Simler, Lequette & Chénéde (2018) en faisant de la volonté la source des obligations, l'assujettissement des individus les uns aux autres a pu être justifié lors du XIX^e siècle et se maintenir jusqu'à nos jours :

Poser que l'homme est obligé uniquement parce qu'il l'a voulu et dans la mesure où il l'a voulu, c'est encore respecter sa liberté. De là, deux propositions : un individu ne saurait être assujéti à des obligations qu'il n'a pas voulues, car il se pourrait qu'elles soient tyranniques ; un individu doit respecter toutes les obligations auxquelles il a librement consenti. (p. 33).

La complexité pour appréhender la volonté interne, en tant qu'élément psychologique, a fait que le droit se tourne plutôt vers la volonté déclarée correspondant à « la volonté exprimée par déclaration écrite ou orale ou même par gestes » (Association Henri Capitant, 2017).

En effet, le principe de sécurité juridique exige une certaine stabilité dans les relations juridiques qui ne peuvent être subordonnées au seul vouloir de l'individu. Comme le remarquait Léon Duguit (1911), à propos de la possibilité admise par le Code civil de prouver la volonté réelle pour déterminer les effets d'un acte juridique dans le cas où la volonté réelle ne correspondrait pas à la volonté déclarée :

Ce système paraît, au premier abord, très logique, très équitable. Mais en y réfléchissant, on s'aperçoit qu'il présente de graves inconvénients et qu'il n'est point aussi logique qu'il le paraît à un observateur superficiel.

En effet, il ouvre une source inépuisable de procès ; il favorise l'arbitraire du juge ; il peut faire disparaître la confiance qui doit exister dans les relations juridiques, il favorise le plaideur de mauvaise foi, lui permettant d'invoquer des restrictions mentales (p. 221).

Néanmoins, au-delà de cette dualité, volonté interne et volonté déclarée, le droit n'a pas retenu la seule volonté déclarée. En effet, même si dans un souci de sécurité juridique, la plupart du temps la volonté déclarée est retenue, la volonté interne peut l'emporter à condition de prouver leur discordance car :

On ne saurait retenir une déclaration de volonté que ne sous-tend pas une volonté véritable. Il en résulte alors un décalage entre les volontés des deux parties qui fait obstacle à la rencontre de celles-ci et entraîne la nullité du contrat (Terré, Simler, Lequette & Chénéde, 2018, p. 184-185).

Par conséquent, la volonté interne est si importante que la doctrine juridique a essayé d'étudier sa formation et a même développé une théorie qui explique les éléments ou situations faisant obstacle à un consentement de qualité, autrement dit à l'extériorisation d'une volonté réelle ; il s'agit de la théorie des vices du consentement.

Ainsi, malgré ses critiques, Duguit ne nie pas l'importance de la volonté interne comme élément nécessaire à l'acte juridique. C'est d'autant plus vrai que selon Attuel-Mendes (2008), Duguit a été le premier juriste à exposer les différentes étapes du processus de la déclaration de volonté, il identifie alors quatre étapes : la conception, la délibération, la décision et l'exécution (p. 63).

D'autres juristes, tels que Michel Storck et Jean Maury, distingueraient trois phases : la connaissance, l'intention et enfin l'acte de volition. Ainsi, la connaissance serait le préalable à l'intention, celle-ci correspondrait à la volonté déterminée vers un but et l'acte de volition serait l'achèvement de ce processus (Attuel-Mendes & Loquin, 2008, p. 65).

Enfin Terré, Simler, Lequette & Chénéde (2018), à propos de l'accord de volontés, dans le même sens que les auteurs précités, considèrent que chaque partie après avoir délibéré, pesé le pour et le contre, va décider à la lumière de son intelligence de s'engager ou non. On remarquera alors la délibération et la décision comme étapes qui précèderaient au consentement en tant qu'expression de la volonté de l'individu.

En ce qui concerne la théorie des vices du consentement le Code civil détermine que le consentement peut être vicié s'il a été obtenu par l'erreur, surpris par le dol ou extorqué par la violence, vices dont le caractère déterminant s'apprécie eu égard aux personnes et aux circonstances dans lesquelles le consentement a été donné. De cette manière, le droit tient compte de l'erreur, la violence ou le dol comme de situations faisant obstacle à une volonté libre et éclairée et sanctionne son intervention selon son impact sur la conclusion du contrat, parfois même jusqu'à la nullité absolue de l'acte. Il s'agit donc de protéger l'intégrité de la volonté, une fois qu'elle a été déjà exprimée ou extériorisée par le consentement.

Par conséquent, comme nous venons de le voir, la volonté juridique n'est pas la simple volonté ou volonté pure. La volonté juridique est une fiction qui tient compte des différents éléments philosophiques, anthropologiques, psychologiques de l'individu et qui se différencie de la volonté pure en ce qu'elle est rendue parfaite, stable, corrigée, elle ne peut vouloir que ce qui est permis par la loi et elle n'est valable que si elle a été exprimée par une personne saine d'esprit et est le résultat d'une décision libre et éclairée.

Nous venons de voir également que la liberté de la personne est intrinsèquement liée à sa volonté quelle qu'en soit la forme : volonté intérieure ou volonté déclarée. Cette liberté est appréciée soit au regard de l'état de santé de la personne, si par exemple elle n'est pas atteinte d'une maladie ou d'un trouble mental faisant obstacle à son discernement ; soit au regard des circonstances dans lesquelles elle a pris sa décision et a exprimé sa volonté, c'est-à-dire si sa volonté a été induite à l'erreur, surprise par le dol ou extorquée par la violence.

De plus, nous avons vu que le droit s'intéresse au processus de formation de la volonté, puisqu'il admet la possibilité de faire prévaloir la volonté interne ou réelle sur la volonté déclarée, à condition de prouver la discordance entre elles ; et dans ce cas, la volonté interne emportera la volonté déclarée. Dans cette étude du processus de la formation de la volonté, le droit fait appel à d'autres sciences pour s'éclairer. Comme le précise Carbonnier (2000) « les juristes suivent, en général, l'analyse de la psychologie classique : conception, délibération, décision, parfois avec des raffinements » (p. 90). Toutefois, à partir du XX^e siècle il est possible de se tourner vers les neurosciences, spécialement vers la neurobiologie.

Nous allons donc voir que la volonté en neurosciences peut être associée au processus de la prise de décision, dont l'étude, notamment par la neurobiologie, a identifié son substrat biologique et l'a relié effectivement au système nerveux. Dès lors, la volonté n'est pas seulement une notion philosophique et une construction juridique, elle peut être également un processus neurobiologique.

3. LA VOLONTE DANS LES NEUROSCIENCES : UN PROCESSUS NEUROBIOLOGIQUE

Les neurosciences « rassemblent les disciplines scientifiques dont la recherche a pour objet la connaissance du système nerveux et de son fonctionnement » (Clarac & Ternaux, 2008). Elles essaient d'apporter une réponse sur le substrat biologique des processus mentaux c'est-à-dire sur la façon dans laquelle le système nerveux produit ces processus d'un point de vue neurobiologique (Kandel, Schwartz & Jessell, 2000). Autrement dit, elles cherchent à déterminer comment le système nerveux produit les émotions, la cognition, les perceptions, la conscience, les décisions entre autres processus ; et quels organes et zones sont impliqués.

Depuis longtemps, le cerveau est l'objet de la curiosité non seulement des médecins mais aussi des philosophes, des psychologues, des économistes et des neuroscientifiques. En fait, les neurosciences ont intégré ce double héritage, c'est-

à-dire, d'une part, l'héritage biomédical avec la physiologie, l'anatomie, la neurochirurgie, la neurologie ; et d'autre part, l'héritage psychologique avec la psychologie expérimentale, le cognitivisme, le behaviorisme, l'économie et la philosophie. Ainsi, expliquer la pensée, les comportements et plus largement l'esprit de l'être humain a signifié un véritable défi dont les résultats ont été obtenus au fur et à mesure des progrès technologiques.

L'essor des neurosciences, à partir de la fin du XX^e siècle avec le développement de l'imagerie cérébrale fonctionnelle, a permis d'approfondir les connaissances sur le système nerveux et son fonctionnement de telle sorte qu'à l'heure actuelle nous pouvons même nous en servir à des fins autres que médicales, par exemple dans le cadre du dénommé neuro-marketing où l'utilisation de l'imagerie cérébrale a permis d'observer en temps réel l'activité du cerveau et d'expliquer certains comportements des consommateurs, voire même l'écart entre leurs intentions et leurs comportements (Petit, Merunka et Oullier, 2014, p.10).

Ainsi, les neurosciences font irruption dans des attributs essentiels de la personnalité et de l'identité de l'être humain, telles que la capacité, la volonté ou encore l'autonomie, autrefois considérées insaisissables et relevant de l'âme ou plus largement de ce que Descartes appelé la *res cogitans* (chose pensante) par opposition à la *res extensa* (le corps ou chose non pensante). Ce dualisme instaurant une séparation catégorique entre le corps et l'esprit, entre la matière par nature mécanique et limitée et l'essence insaisissable, dépourvue de limites, non dépendante de la matière pour être et dont la seule nature est de penser, a largement intéressé les neurosciences et a avivé de nombreux débats.

Toutefois, les travaux d'Antonio Damasio, même s'ils n'ont pas mis fin à ces débats, ont largement contribué à démontrer que des phénomènes mentaux ou de l'esprit peuvent être expliqués à partir du corps, du fonctionnement d'un ou de plusieurs organes (par exemple le cerveau), de cellules (telles que les neurones) ou de substances chimiques (par exemple

un neurotransmetteur) avec l'aide des neurosciences (neuro-anatomie, neurobiologie, neurophysiologie, neurochimie, etc.), ce qui indique qu'il n'existe pas de séparation –du moins catégorique– entre la *res cogitans* et la *res extensa*. Pourtant, Damasio a pris soin de bien préciser que cela ne veut pas dire que l'esprit puisse être réduit à des éléments biologiques. Sans nul doute certains phénomènes de l'esprit, comme le raisonnement ou la prise de décisions, peuvent avoir un substrat biologique bien identifié, mais ils ne se limitent pas uniquement à leur biologie, l'environnement social et familial exercent bien entendu une influence sur eux, ce qui prouve également la complexité de saisir –ou du moins d'essayer de comprendre– les phénomènes mentaux et plus largement l'esprit de l'être humain.

Ayant apporté cette nécessaire précision nous allons voir que les neurosciences ne donnent pas de définition particulière du terme volonté. La volonté semble être quelque chose d'abstrait, dépourvue, pour l'instant, d'un substrat biologique spécifiquement identifié. Toutefois, l'étude de la prise de décisions semble être le pont unissant les neurosciences à la volonté et notamment à la volonté juridique, puisque comme nous l'avons précédemment vu, les juristes s'intéressent au processus de formation de la volonté soit dans le cadre de la formation des actes juridiques pour déterminer leur validité, soit dans le cadre de leur interprétation en cherchant à retrouver la volonté réelle des parties.

Ainsi, pour les neurosciences la prise de décision constitue « un processus fondamentalement intégratif correspondant à l'association de processus cognitifs complexes (encodage, maintien et récupération de l'information) avec des processus motivationnels déterminant la valeur des actions ou des séquences d'actions » (Alcaraz, 2015, p. 21). Le processus de prise de décision implique de « choisir une action (non verbale), ou un mot, ou une phrase (ou une combinaison de ces trois types d'entités) au sein de la gamme de nombreuses autres possibilités, envisageables à un moment donné, en rapport avec une situation donnée » (Damasio, 1994, p. 229).

L'étude de la prise de décisions implique donc d'étudier « l'ensemble des processus cognitifs nous permettant de choisir une option ou une action à faire parmi des alternatives s'offrant à nous accidentellement, par concours de circonstances ou intentionnellement » (Masmoudi & Naceur, 2010, p. 64).

L'étude la prise de décision a débuté en 1989 grâce à William Newsome et Anthony Movshon qui sont les premiers à avoir réussi à établir une corrélation entre l'activité électrophysiologique d'un neurone et une décision, bien que –il faut le dire tout de même– leur but n'était pas du tout cela, mais d'étudier le rôle des neurones de l'aire médio-temporale du cortex du singe dans la discrimination visuelle. Cette corrélation nommée appariement psychométrique-neurométrique, aux dires de Boraud (2015), « va devenir la cheville ouvrière de toutes études de la neurobiologie [sic] de la décision » (p.31). Ainsi, le modèle de Newsome et Movshon continuera à être la base des études postérieures qui apporteront beaucoup plus de réponses sur le processus de la décision grâce au développement de l'IRM fonctionnel.

De nos jours nous savons que le processus de la prise de décision a un substrat biologique situé dans le système nerveux, qu'il n'y a pas de décision sans émotions et que l'environnement, le niveau de certitude ou d'incertitude, la sensation de récompense ou de punition, ainsi que les automatismes mentaux peuvent guider et influencer nos choix.

Dans son ouvrage *L'erreur de Descartes*, Damasio (1994) a mis en exergue le rôle des émotions dans le processus de la prise de décisions et a contribué à l'identification des zones du cerveau qui y interviennent, notamment le cortex préfrontal ventromédian. Il a ainsi démontré que les mécanismes neuraux sous-tendant la faculté de raisonnement, c'est-à-dire les processus de pensée orientés vers un but et dont la finalité est d'amener à une prise de décision, fonctionnent et sont situés non seulement dans le néo-cortex mais également au niveau subcortical :

La nature semble avoir construit les mécanismes sous-tendant la faculté de raisonnement non pas seulement au-dessus des mécanismes neuraux sous-tendant la régulation biologique mais aussi à partir d'eux et avec eux. Les mécanismes sous-tendant les comportements de niveau plus élevé que les pulsions et les instincts reposent, je pense, à la fois sur les étages supérieurs et inférieurs : le néo-cortex fonctionne de pair avec les parties anciennes du cerveau, et la faculté de raisonnement résulte de leur activité concertée (p.181).

La prise de décision est donc fortement influencée par la perception des émotions qui ne sont pas « des entités aussi impalpables et éthérées que beaucoup le disent. En réalité, elles ont une existence bien concrète, et on peut les rapporter à des systèmes spécifiques dans le corps et dans le cerveau » (Damasio, 1994, p. 227). Ainsi, les émotions perçues par le corps et traduites en marqueurs somatiques acquis par l'apprentissage par l'expérience individuelle jouent un rôle d'incitation ou de prévention dans le choix à faire selon le stimuli lui étant associé. Il s'agit donc d'un « système qui [...] donne, en quelque sorte, des indications d'orientation » (Damasio, 1994, p. 241).

D'après Allain (2013) les travaux de Damasio ont permis de « pointer que les conduites complexes du quotidien, en particulier les prises de décision, n'étaient pas uniquement sous dépendance de mécanismes cognitifs mais dépendaient aussi de facteurs émotionnels exerçant parfois une pression déterminante sur l'orientation des choix » (p.73).

D'un autre côté, l'étude menée par Alcaraz et al. (2015) a mis en exergue le rôle majeur du cortex, du thalamus et des ganglions de base dans le processus de prise de décisions. Il a ainsi montré le rôle du thalamus submédian dans les comportements adaptatifs dont l'interaction avec le cortex préfrontal résulte primordial dans la prise de décision adaptée à l'environnement.

Une autre étude de neurobiologie très intéressante pour notre analyse est celle réalisée par Boraud (2015)

concernant la neurobiologie de la décision et de sa rationalité. Boraud a démontré que la prise de décision a bien un substrat neurobiologique et a répondu clairement à la question de la façon dont le tissu nerveux décide : le cortex permet d'automatiser certains processus, le circuit cingulaire qui construit une représentation mentale de l'environnement, le circuit orbitofrontal qui projette le sujet dans la représentation et évalue les options et le circuit préfrontal qui évalue les options et choisit ; la dopamine liée à l'apprentissage par renforcement et aux circuits de la récompense, le thalamus, les ganglions de la base, etc.

De plus, concernant la neurobiologie de la rationalité, Boraud (2015) a conclu que s'il y a eu une évolution au niveau du cortex rendant possible le développement de grandes capacités d'abstractions, « le processus conserve sa nature aléatoire, ce qui limite la capacité de l'homo sapiens à raisonner de façon rationnelle » (s.p.). Les limites de la rationalité sont donc intrinsèques aux propriétés du système nerveux et nécessaires au processus de la prise de décision. Boraud précise enfin que malgré l'existence d'automatismes mentaux qui découlent du développement du cortex, la partie aléatoire du processus de la prise de décision demeure.

Par ailleurs, Ernst et Paulus (2005) ont identifié trois étapes dans le processus de prise de décision : tout d'abord, l'évaluation et la formation des préférences parmi les options possibles. Ensuite, la sélection et l'exécution de l'action qui permettraient la mise en œuvre de l'une des possibilités envisagées à l'étape précédente. Enfin, l'attribution d'une valeur au résultat en fonction de l'expérience vécue et de son évaluation (satisfaction, regret, etc.)⁶. Chacune de ces étapes impliquent l'interaction de différentes zones du système nerveux central, ce qui montre que le processus mental de la prise de décisions a donc un substrat biologique identifié.

6 Tout au long de leur étude, les auteurs précisent pour chaque étape les zones du cerveau intervenant dans le processus de la prise de décisions et leur rôle, ainsi, par exemple, le cortex cingulaire antérieur agit sur le contrôle des erreurs, l'amygdale et le cortex préfrontal sont impliqués dans la motivation à l'action, la région limbique est impliquée dans le traitement émotionnel du stimuli, entre autres.

Il est clair qu'il existe une bibliographie vaste sur le processus neurobiologique de la décision, cependant les exemples que nous avons empruntés illustrent notre propos, c'est-à-dire qu'ils démontrent que si la volonté continue à être insaisissable, immatérielle, le processus de la prise de décision nous en rapproche et qu'il est dès lors possible de connaître comment le système nerveux produit une décision ainsi que les facteurs qui peuvent intervenir et influencer sur un choix.

Par conséquent, l'expression de la volonté par un choix, par la prise d'une décision a bien un substrat biologique où interviennent un grand nombre de facteurs biologiques mais également de facteurs liés à l'environnement, à l'expérience individuelle, à ce que l'individu a vécu. Cela prouve également que même si la philosophie a marqué la démarche de la théorisation de la volonté caractérisée par l'autonomie, la liberté et la rationalité, les neurosciences ont tracé leur chemin pour essayer d'expliquer les phénomènes mentaux —autrefois considérés détachés du corps et ne concernant que l'esprit— dans un but médical, notamment au regard des addictions, de la schizophrénie ou des troubles obsessionnels compulsifs ; ainsi que dans un but non médical, comme c'est le cas du neuro-marketing visant à étudier « les processus mentaux explicites et implicites des comportements du consommateur (dans divers contextes marketing) qui s'appuie pleinement sur les paradigmes et les connaissances des neurosciences » (Roullet & Droulers, 2010, p. X).

Ces études, qui naissent notamment de la synergie entre les neurosciences et l'économie —synergie qui a d'ailleurs donné lieu à une discipline appelée neuro-économie—, ont démontré qu'il est possible de mieux connaître le comportement des individus, et plus spécifiquement de l'individu en tant que consommateur, ses préférences et ses motivations et ainsi mieux cibler la clientèle et la consommation pour inciter à une décision d'achat.

Pour donner un exemple, Petit, Merunka et Oullier (2014) présentent une étude selon laquelle les messages subliminaux, traités par le striatum, peuvent orienter le choix

de l'individu sans qu'il en ait conscience ; et une autre selon laquelle le désir d'obtenir un produit accroit dès lors qu'on se met à la place de quelqu'un désirant l'obtenir, montrant une augmentation de l'activité des neurones miroirs (p. 15).

Deppe, Schwindt, Kugel, Plassmann et Kenning (2004) ont mené une expérience visant à étudier comment les décisions économiques sont influencées par les contributions implicites de la mémoire. En utilisant l'IRM, ils ont monitoré l'activité cérébrale des participants qui devaient faire un choix entre deux marques d'un même produit (de la bière pour les hommes et du café pour les femmes). Une fois les produits présentés, les participants devaient choisir le produit de leur préférence en répétant le nom de la marque choisie uniquement dans leur tête. L'étude arrive à deux conclusions : d'un côté, les informations stockées dans le cerveau permettant de reconnaître une marque activent le cortex préfrontal ventromédian ce qui suggère l'intervention des émotions et faciliterait le choix à faire :

Pour les produits se distinguant principalement par les informations sur la marque, [il y a] un effet gagnant-gagnant non linéaire pour la marque préférée d'un participant, caractérisé d'une part par une activation réduite dans les zones du cerveau associée à la mémoire de travail et au raisonnement et, d'autre part, une activation accrue dans les domaines impliqués dans le traitement des émotions et des réflexions sur soi lors de la prise de décision⁷ (Deppe, Schwindt, Kugel, Plassmann et Kenning, 2005, p. 171).

Et d'un autre côté, à partir de l'hypothèse des marques somatiques et des émotions influant le processus de décision de Damasio, les auteurs concluent que la marque connue par l'individu constitue un stimuli évoquant un état somatique favorable au choix de cette marque :

Sur la base de l'hypothèse du marqueur somatique, un FCB [first choice brand] peut être considéré comme un stimulus, évoquant un état somatique qui « force

⁷ C'est nous qui traduisons.

l'attention sur le résultat négatif de la décision » et rejette immédiatement la ligne de conduite négative, c'est-à-dire de ne pas choisir le FCB, ou, si le marqueur est positif, il devient une « balise d'incitation » pour sélectionner le FCB. Pour notre sélection de la marque particulière, le contenu implicite de la mémoire et les émotions ressenties sont causales, généralement stockées longtemps avant la réelle décision⁸ (Deppe, Schwindt, Kugel, Plassmann et Kenning, 2005, p. 181).

C'est pourquoi nous allons voir que cet approfondissement des connaissances touchant des attributs essentiels de l'individu peut avoir des impacts sur le droit civil où la volonté est la clé de voûte des actes juridiques et notamment du droit des contrats.

4. EXISTE-T-IL DONC UN IMPACT DES RECHERCHES EN NEUROSCIENCES SUR LE DROIT CIVIL ?

Les règles de droit dans certaines situations tiennent compte des éléments biologiques de l'individu. En droit civil ce rapport est tout à fait évident, par exemple l'institution de la filiation où l'expertise sanguine et maintenant celle concernant les empreintes génétiques servent à établir un lien de filiation ou comme nous l'avons vu auparavant, dans le cas de la capacité juridique où l'état de santé mentale de l'individu détermine la perte ou la limitation de cette capacité.

Comme nous l'avons vu, grâce aux progrès en neurosciences, il est dès lors possible de savoir comment le système nerveux produit une décision et les facteurs qui peuvent l'influencer. De ce fait, on pourrait bien se poser la question de l'autonomie de la volonté de l'individu face à un processus de prise de décision dans lequel des éléments extérieurs ou intérieurs pourraient exercer une influence.

Nous avons vu que la volonté juridique extériorisée par le consentement exige une certaine autonomie, liberté et raison de l'individu. Ce qui implique « que l'homme ne puisse être

⁸ C'est nous qui traduisons.

commandé pour aucune autre volonté que la sienne » (Ghestin, Loiseau & Serinet, 2013, p. 19) et même lorsqu'il s'agit de contrats d'adhésion où l'autonomie et la liberté sont présentes, car l'individu a et doit avoir la faculté de choisir d'adhérer ou non, que son consentement soit le résultat d'une délibération éclairée par l'intelligence, c'est-à-dire avec conscience et intention dans l'acte et qu'il provienne d'une personne saine d'esprit, c'est-à-dire non atteinte d'une maladie mentale.

De plus, selon la théorie de l'autonomie de la volonté, à chaque fois que l'individu a consenti à un contrat sa volonté est réputée libre et autonome, sauf preuve du contraire, ce qui veut dire qu'il y a une présomption de l'existence d'une volonté libre et autonome exprimant les souhaits des parties et saisie par le droit à travers le consentement. Le contrat est donc le résultat de l'application du principe de la liberté contractuelle, puisque les parties ont décidé de contracter mais également du contenu du contrat, dans les limites imposées par la loi, et ont choisi leur cocontractant. Il acquiert alors une force obligatoire et devient loi pour les parties qui l'ont souscrit.

Cependant, si nous connaissons comment le processus de décision fonctionne, ne serait-il pas possible de « guider », d'orienter cette décision ? Et, dans ce cas, dans quelle mesure la volonté de l'individu est-elle libre, autonome ? Dans quelle mesure serait-elle éclairée si elle ne répond qu'à une incitation déclenchée à partir des données biologiques qui provoquent une réaction pouvant orienter le choix ? Pourrions-nous dire que le consentement donné à ce contrat reflète réellement la volonté de l'individu ?

Ces questions pourraient nous amener à réexaminer le rôle de la volonté dans les contrats qui sont eux-mêmes définis depuis longtemps comme la rencontre de volontés et le lieu privilégié de la manifestation de la théorie de l'autonomie de la volonté. Cependant, s'il était possible d'orienter la décision par l'activation de certains mécanismes neurobiologiques, et que cette décision était extériorisée par le consentement de l'individu à un acte juridique, on ne pourrait pas dire que la volonté de l'individu n'existait pas, puisqu'elle existe bel et

bien et a même pu s'extérioriser. On ne pourrait pas dire non plus que la volonté exprimée ne correspond pas à ses souhaits, car on a de fait favorisé le déclenchement de ces souhaits par exemple à travers certains stimulus sensoriels.

Dans ces sens, il semblerait que la théorie de l'objectivation du contrat, minimisant le rôle de la volonté dans les contrats, émerge. En effet, selon le mouvement doctrinal qui promeut cette théorie, le contrat consiste plutôt en un échange équilibré de droits et d'obligations qu'en une rencontre de volontés. Ainsi, la volonté ne jouerait qu'un rôle secondaire et il faudrait examiner dans le contrat l'équilibre des prestations entre les parties, autrement dit « la vision objective du contrat s'intéresse davantage à la réalisation et à la justesse de cet échange qu'aux volontés qui lui ont donné naissance » (Ouerdane, 2002, p. 18). Le contrat devient donc « une opération économique fondée sur l'équilibre objectif ou subjectif des valeurs échangées » (Poughon, 1987, p.154). Cette théorie fait bien sûr l'objet de critiques telles que la difficulté à évaluer les valeurs échangées afin d'apprécier l'équilibre objectif, cependant il n'est pas question de les aborder maintenant.

De plus, le droit considère traditionnellement qu'il y a un défaut de loyauté du cocontractant dès lors qu'il a obtenu le consentement de l'autre partie ayant recours à l'erreur, le dol ou la violence, ce qui entraîne l'altération du consentement et donc la nullité de l'acte. Néanmoins, si la décision a été orientée mais sans avoir recours à ces vices, il est pertinent de se demander si les vices du consentement seront dépassés et s'ils devront faire l'objet d'une adéquation en fonction des progrès des neurosciences et notamment des connaissances neurobiologiques sur le processus de prise de décisions.

Il a d'ores et déjà été constaté une inadaptation des vices du consentement prévus par le Code civil aux situations contractuelles actuelles. Comme l'explique Ouerdane (2002), dans un contexte où les types de contrats se multiplient et, de ce fait, deviennent plus complexes, et que les techniques de vente approfondissent la disparité entre les cocontractants touchant

notamment les plus faibles, les vices du consentement de 1804⁹ ne sont plus adaptés au contexte contemporain.

En effet, la complexité pour prouver le dol ou la violence ainsi que leur conception très limitée dans les textes ne permettent pas de protéger l'intégrité du consentement dans toutes les circonstances où la volonté serait atteinte. Ainsi, pour retenir le dol il faut prouver l'utilisation de manœuvres trompeuses, ce qui implique nécessairement l'intention du cocontractant de tromper l'autre partie afin d'obtenir son consentement. Or, toutes les manœuvres ne sont pas comprises par le dol, il faut qu'elles soient illégitimes et donc le bonus dolus « qu'à toujours toléré la morale des affaires, ces menus mensonges dont se sert le marchand pour vanter sa marchandise » (Carbonnier, 2000, p. 101) est exclu.

Concernant la violence, c'est-à-dire le fait de s'engager sous la pression d'une contrainte inspirant la crainte d'exposer sa personne, sa fortune ou celle de ses proches à un mal considérable, il faut prouver l'existence d'une contrainte ou d'une menace qui a créé un sentiment de crainte dans le cocontractant. Or, toutes les menaces ne sont pas illégitimes et dans certaines situations il peut y avoir une forte pression qui, sans inspirer la crainte, donne au cocontractant l'impression de ne pas avoir d'autre choix que de consentir, par exemple « dans le cas de ventes agressives, le cocontractant peut consentir à un achat qu'il regrettera peu de temps après, sans avoir agi sous l'empire d'un sentiment de crainte, mais plutôt de surprise, d'harcèlement ou de lassitude » (Ouerdane, 2002, p. 148).

Il y a donc bien lieu à étudier une possible adaptation des vices du consentement aux progrès des neurosciences, puisque l'on pourrait orienter une décision par l'activation de ses mécanismes neurobiologiques sous-jacents et en fonction de l'interférence exercée la volonté de l'individu sera soit préservée, soit atteinte, ce qui nous amène à admettre des degrés d'intensité de l'interférence qui devront être qualifiés de licites ou d'illicites sachant que nous vivons dans un contexte

9 Le 21 mars 1804 (30 ventôse an XII pour le calendrier révolutionnaire français) a été promulgué le Code civil des français, aussi connu sous le nom de Code Napoléon.

d'hétéronomie où l'autonomie totale n'existe pas et que le monde des affaires et les techniques de vente deviennent de plus en plus complexes et intrusifs.

Cela dit, il convient de se demander à partir de quel degré cette interférence deviendrait illicite de telle sorte qu'elle puisse vicier le consentement et comment déterminer l'intensité de cette interférence. Si l'on suit le raisonnement de Sunstein (2003), il n'y aurait rien d'illégitime à condition que tous les choix soient présentés, car il ne s'agit que d'un coup de pouce à une possibilité déjà envisagée par l'individu parmi plusieurs et que le processus neurobiologique de la décision conserve une partie d'aléatoire, ce qui permet de garantir la liberté de l'individu ainsi que son autonomie.

En outre, comme nous l'avons déjà dit, à l'heure actuelle, le droit positif attribue des effets juridiques à la volonté interne dans certaines circonstances. Ainsi, si l'on peut prouver qu'il existe une discordance entre la volonté interne ou réelle et la volonté déclarée, la volonté réelle prime. En ce sens, quelle serait la volonté interne à l'époque des neurosciences ? Parlerait-on de volonté réelle comme synonyme de volonté biologique ? Et dans ce cas, devons-nous éliminer toute subjectivité du consentement (volonté interne) et ne nous attacher qu'aux éléments objectifs du consentement, c'est-à-dire au simple équilibre de prestations, à leur réalisation et à leur justesse ?

CONCLUSIONS

La volonté a fait l'objet d'un grand nombre d'études dans plusieurs champs des sciences telles que la philosophie, les neurosciences ou le droit. Dans ce cheminement, l'explication de ce qu'est la volonté et en quoi elle consiste rencontre une explication plus vaste et abstraite dans la philosophie ; chez les juristes elle fait l'objet d'une adaptation par la voie de la technique de la fiction de manière à ce qu'elle puisse être saisie par le droit et garantir une certaine sécurité juridique dans les relations entre les individus. Enfin, pour les neurosciences, elle est saisie dans l'une de ses manifestations : la décision. Par l'étude du processus de la prise de décisions la volonté devient

plus tangible dès lors qu'elle trouve une explication dans un processus neurobiologique avec un substrat biologique identifié. Ainsi, l'étude de la volonté montre combien il est complexe d'expliquer les phénomènes mentaux, les produits de l'esprit de l'être humain, lesquels ne peuvent être expliqués sous un regard unique, sous peine de tomber dans un réductionnisme.

Que ce soit dans la philosophie, le droit ou les neurosciences, la volonté est caractérisée par l'autonomie et la liberté. La volonté est autonome dès lors que l'individu édicte sa propre décision guidé par la raison et elle est libre lorsqu'il n'y a aucune interférence dans le processus de décision ni aucune détermination et que l'individu peut donc choisir de son plein gré.

De plus, l'autonomie et la liberté sont caractérisées par la raison, laquelle dans une décision saisie par le droit se traduit par la délibération sur l'acte avant son exécution, c'est-à-dire par l'entendement, l'intelligence, la conscience et l'intention de l'individu de réaliser ou non un acte ; ou saisie par les neurosciences lorsqu'il s'agit de la meilleure décision dans le rapport coût-bénéfice, c'est-à-dire la raison saisie par les économistes et qui comme le voyons a été empruntée par les neurosciences. Néanmoins, l'on voit bien qu'il n'y a pas de volonté autonome (raison = autonomie) dans la mesure où nos décisions ne sont pas toujours rationnelles, comme cela a été démontré tant par les neurosciences, que par l'économie et la psychologie, mais guidées par nos passions et nos émotions sans qu'elles soient nécessairement le meilleur choix dans le rapport coût-bénéfice.

Nous rappellerons toutefois que bien que les progrès des neurosciences ont montré que certains phénomènes mentaux ont un substrat biologique, et plus précisément neurobiologique, qui explique en partie leur réalisation, il n'est pas possible de réduire l'être humain à ce qu'il y a dans son cerveau sous peine de tomber dans un neuro-essentialisme et dans le déterminisme biologique, ou plutôt neurobiologique, qui inclurait par exemple la négation du libre arbitre dans le cas qui nous occupe. Il est clair que l'individu du modèle expérimental,

limitation propre aux sciences expérimentales telles que les neurosciences, n'est pas celui de la vie réelle où son expérience et son environnement ont un rôle à jouer dans la construction de son être et dans la prise de ses décisions.

Bien que les neurosciences aient démontré qu'il existe un déterminisme biologique dans certains mécanismes de la décision, cela ne veut pourtant pas dire que l'ensemble des décisions et des actions de l'individu soient le fruit de ce déterminisme biologique, qui répond de fait à une nécessité d'adaptation et de survie de l'être humain, et ainsi qu'il a également été démontré, le processus neurobiologique de la décision conserve une grande partie d'aléatoire qui ne peut être uniquement expliquée par les neurosciences. Dans une décision, il y a bien sûr des éléments neurobiologiques qui interviennent mais également des éléments liés à l'environnement et aux circonstances particulières dans lesquelles elle doit émerger. C'est précisément à l'ensemble de ces éléments que le droit, et notamment dans notre étude, le droit civil, va s'intéresser dans les rapports juridiques de l'individu dérivés de ses décisions, fruit de sa volonté et exprimée par le consentement aux actes juridiques.

En outre, la volonté juridique en tant que fiction construite par le droit tient compte de la volonté interne ou réelle impliquant les notions de conscience et d'intention ainsi que de la volonté déclarée qui prend la forme du consentement. Bien que de nos jours cette volonté soit protégée soit par la possibilité de démontrer la discordance entre volonté interne et volonté déclarée, soit *a posteriori* à travers l'application des vices du consentement, on ne peut cesser de se demander quelle sera la volonté à l'époque des neurosciences au regard notamment de l'autonomie de l'individu.

Dès l'Antiquité, autonomie, liberté et raison sont mises en exergue pour expliquer l'esprit et le comportement de l'être humain. Toutefois, il semblerait que cette autonomie et même cette liberté pourraient être mise à mal du fait des connaissances sur le fonctionnement biologique du processus de la prise de décisions, puisque comme nous l'avons vu il

serait possible d'orienter les décisions de l'individu par des interférences externes comme la publicité, les images, les odeurs, bref une série de stimulus sensoriels, ou au contraire par des interférences provenant de lui-même, de mécanismes innés nécessaires à sa survie tels que la réaction émotionnelle à certains traits comme la taille ou certains types de mouvements perçus par l'individu. Ainsi, sous l'apparence d'une autonomie de décider par soi-même et d'une liberté d'agir pourrait se cacher une série d'incitations ou de contraintes créées pour guider nos choix, et donc nos décisions. Ces décisions pourront ensuite prendre la forme d'actes juridiques, et plus spécifiquement de contrats. Dans ce cas, le rôle de la volonté juridique, cœur des actes juridiques, devrait être réétudié afin d'être adapté aux nouvelles circonstances et au développement des connaissances en neurosciences. Il est donc clair qu'un dialogue interdisciplinaire s'impose.

Bien que les faits précèdent le droit et donc la règle juridique, il est tout de même important que le droit puisse porter un regard critique sur cette nouvelle époque, l'époque des neurosciences, qui rappelle la course pour le décodage du génome humain, car les progrès des neurosciences pourraient bouleverser le droit, notre droit, imprégné du volontarisme, de la volonté libre et éclairée de l'individu, des actes juridiques dont la clé de voûte est la volonté.

RÉFÉRENCES BIBLIOGRAPHIQUES

- Alcaraz, F. (2015). Circuits Thalamocorticaux de la prise de décision. Thèse pour l'obtention du grade de docteur spécialité neurosciences, Université de Bordeaux.
- Alcaraz, F., Marchand, A., Vidal, E., Guillou, A., Faugere, A., Coutureau, E., & Wolff, M. (2015). Flexible use of predictive cues beyond the orbitofrontal cortex: role of the submedial thalamic nucleus. *Journal of Neuroscience* 35 (38), 23 septembre 2015. 13183-13193. DOI: 10.1523/jneurosci.1237-15.2015.

- Allain, P. (2013). La prise de décision : Aspect théoriques, neuro-anatomie et évaluation. *Revue de neuropsychologie, neurosciences cognitives et cliniques* 2013/2 Vol. 5, p. 69-81.
- Aristote. (2014). *Éthique à Nicomaque*. (J. Tricot Trad.). Les Échos du Maquis, France.
- Association Henri Capitant. (2017). Vocabulaire juridique. Paris : Presses Universitaires de France.
- Attuel-Mendes, L., & Loquin, E. (2008). Consentement et actes juridiques. Montpellier: Litec Groupe LexisNexis.
- Baertschi, B. (2009). *La neuroéthique: Ce que les neurosciences font à nos conceptions morales*. Paris: La Découverte.
- Bear, M., Connors, B., Paradiso M., Nieoullon, A. (2016). Neurosciences : À la Découverte du Cerveau. Montrouge : Éditions Pradel.
- Blay, M. (2012). Grand dictionnaire de la philosophie. Paris : Larousse.
- Boraud, T. (2015). Matière à décision. Paris : CNRS Éditions.
- Brenner, C., & Lequette, S. (2019). Répertoire de droit civil. Acte juridique -Théorie générale de l'acte juridique. Paris : Dalloz.
- Brun, C. & Boraud, T. (Juillet 2017). Neuroessentialisme et décision. Colloque international : La vie entre éthique et science, Toulouse. Sur : <https://www.youtube.com/watch?v=CQdmwQq9KRA>
- Brun, C. & Boraud, T. (2019). Neurobiology and Decision Making. Sur : <https://www.youtube.com/watch?v=R3asrlAcQsE>
- Buffelan-Lanore, Y., & Larribau-Terneyre, V. (2018). Droit civil. Les obligations. Paris : Sirey Dalloz.

- Carbonnier, J. (2000). Droit civil. Les Obligations. Tome 4. Paris : Presses Universitaires de France.
- Chardin, N. (1988). Le contrat de consommation de crédit et l'autonomie de la volonté. Paris : Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence.
- Chark R. (2018) « Neuromarketing » In: Moutinho L., Sokele M. (eds) *Innovative Research Methodologies in Management. Vol. II : Futures, Biometrics and Neuroscience Research* (179- 198). Cham : Palgrave Macmillan.
- Clarac, F., & Ternaux, J. (2008). Préambule. Dans F. C. (Dir), *Encyclopédie historique des neurosciences: Du neurone à l'émergence de la pensée* (p. 1-7). Belgique: De Boeck Supérieur.
- Damasio, A. (1994). L'Erreur de Descartes. La Raison des Émotions. Paris : Odile Jacob.
- Daudin. H. (1950). La Liberté de la Volonté. Signification des Doctrines Classiques. Paris : Presses Universitaires de France.
- Deppe, M., Schwindt W., Kugel, H., Plassmann, H. & Kenning, P. (2005). Nonlinear Responses Within the Median Prefrontal Cortex Reveal When Specific Implicit Information Influences Economic Decision Making. *Journal of Neuroimaging*. Vol 15. No 2 Avril, 2005, 171-182.
- Descartes, R. (2010). Méditations Métaphysiques. Grenoble: PhiSophie.
- Duguit, L. (1911). Traité de droit constitutionnel . Théorie générale de l'État. Paris, France: Fontemoing & C. Éditeurs.
- Duguit, L. (1927). Traité de droit constitutionnel. Tome premier. La règle de droit - Le problème de l'État. Paris : Fontemoing & C. Éditeurs.

- François, G. (2007). Consentement et objectivation. L'apport des principes du droit européen du contrat à l'étude du consentement contractuel. Aix-en-Provence : Presses universitaires d'Aix-Marseille.
- Ghestin, J., Loiseau, G., & Serinet, Y. (2013). La formation du contrat Tome 1 Le contrat, le consentement (4e édition. ed., Traité de droit civil sous la direction de Jacques Ghestin 1). Paris : LGDJ.
- Jeangène Vilmer, J. (2008). Descartes : l'infinitude de ma volonté: Ou comment Dieu m'a fait à son image. *Revue des sciences philosophiques et théologiques*, 92 (2), 287-312. doi:10.3917/rspt.922.0287.
- Kammerer, A. & Imbach M. (2006). Texte latin et traduction française du Commentaire des Sentences II distinction 24 par Thomas d'Aquin. Ed. num.
- Kandel, E., Schwartz, J., & Jessell, T. (2000). Principles of neural science. New York St. Louis San Francisco: H. p. McGraw-Hill Editors.
- Kant, E. (2020). Emmanuel Kant : Oeuvres complètes. (J. B. Joseph Tissot, Trad.) Arvensa Editions.
- Terre, F., Simler, P., Lequette, Y. & Chenede, F. (2018). Droit civil : les obligations. Paris : Précis Dalloz.
- Littre, E. (1963). Dictionnaire de la langue française. Paris : Éditions Universitaires.
- Masmoudi , S., & Naceur, A. (2010). Du percept à la décision : Intégration de la cognition, l'émotion et la motivation. Belgique: De Boeck Supérieur.
- Newsome, W., Britten K., et Movshon, A., (1989). Neuronal correlates of a perceptual decision. *Nature*. Vol. 341, 7 septembre 1989. Sur : <https://www-nature-com.doclec.u-bordeaux.fr/articles/341052a0.pdf>

- Ouerdane, C. & De Vincelles, A. (2002). Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles. Paris : Dalloz.
- Pessiglione, M. (2014). Comment le cerveau motive le comportement : du circuit de la récompense au système de valeurs. *Bull. Acad. Natle Méd.*, 2014, 198, No 7, 1283-1296. Sur : <http://www.academie-medecine.fr/wp-content/uploads/2016/03/PAGES-DE-1283-1296.pdf>
- Petit, O., Merunka, D., & Oullier, O. (2014). Neurosciences et comportement du consommateur. État de l'art et perspectives de recherche. *Revue française du marketing*, N°248, 9-26.
- Pougon. J.M. Baud, J., & Ghestin, J. (1987). Histoire doctrinale de l'échange. Paris : LGDJ.
- Ranouil, V. (1980). L'autonomie de la volonté. Naissance et évolution d'un concept. Paris : Presses Universitaires de France.
- Real Academia Española Madrid. (2014). Diccionario de la lengua española. Madrid : Real Academia Española Madrid.
- Ricœur, P. (s.d.). Encyclopædia Universalis. Sur : <http://www.universalis-edu.com.docelec.u-bordeaux.fr/encyclopedia/volonte/>
- Robert, P., Rey, A., & Morvan, D. (2019). Le Grand Robert de la langue française. Paris : France: Dictionnaires Le Robert - SEJER.
- Roulet, B., & Droulers, O. (2010). Le marketing revisité par les neurosciences du consommateur. Paris : Dunod.
- Sunstein, C. (2012). Análisis conductual del derecho. *Thēmis*, (62), 53-64. Sur : <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/9013/9422>

- Thaler, R. & Sunstein, C.(2012). Nudge. La méthode Douce pour Inspirer la Bonne Décision. Traduit par Pavillet M.F. Paris : Vuibert.
- Villey, M. (1957). Essor et décadence du volontarisme juridique. In Le Rôle de la Volonté dans le Droit. *Archives de Philosophie du Droit* (p. 87-98). Paris : Sirey.
- Zeliha E., Bahar I. & Métehan T. (2011), « Perceptions of marketing academics, neurologists, and marketing professionals about neuromarketing ». *Journal of Marketing Management*. Vol. 27. No. 7-8, juillet 2011, 854-868.

Reçu:15/04/2020

Approuvé: 15/04/2020

Monica Vinueza Flores : Titulaire d'un Master Droit de la Santé délivré par l'université de Bordeaux. Doctorante du Centre européen de recherches en droit des familles, des assurances, des personnes et de la santé de l'université de Bordeaux (France).

Courrier électronique: monica.vinueza-flores@u-bordeaux.fr

Ville: Quito

Pays: Ecuador

