

# Artikel

## Evolutie van het privaatrecht: *the Greatest Show on Earth?*

Mr. M. Uijen\*

Een tijdje terug, en niet toevallig in het Darwin-jaar 2009, werd er in het Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie (WPNR)<sup>1</sup> een fascinerend debat gevoerd over het nut van inzichten uit Darwins evolutietheorie voor het duiden van ontwikkelingen in het privaatrecht. In dat debat draaide het in belangrijke mate om de tegenstelling tussen het willekeurige en amorele karakter van natuurlijke selectie enerzijds en de doelgerichtheid en normativiteit van het recht anderzijds. Of, nog weer korter geformuleerd, om de tegenstelling tussen marktwerking (*nature*) en sturing (*nurture*).

Op erudiete en elegante wijze gaf Willem Grosheide de aftrap voor de uitwisseling van standpunten: naar aanleiding van een beschouwing van Smits uit 2003<sup>2</sup> wierp Grosheide de vraag op of het zogeheten 'evolutionaire perspectief' een adequate verklaring zou kunnen geven voor de door hem in het privaatrecht waargenomen tendens om zwakkere partijen te beschermen. Hoe verhoudt deze tendens zich tot het darwinistische principe van *survival of the fittest*? Bepaald moeizaam, zo concludeert hij. Het is in de ontwikkeling van het Nederlandse privaatrecht van de afgelopen honderd jaar voorlopig de zwakkere en niet de fitste partij die wint. Bovendien heeft de vrije markt gefaald, zo poneert Grosheide met

een verwijzing naar de recente kredietcrisis. Wat hem betreft impliceert dit dat nog meer (en liefst ook strengere) regulering noodzakelijk is. Er moeten opnieuw welbewuste keuzes voor rechtvaardigheid worden gemaakt, en zulke welbewuste keuzes passen nu eenmaal slecht bij de willekeur en het egoïsme die eigen zijn aan evolutie in de natuur. Exit Darwin dus.

Een interessante stelling, die wordt bestreden door hoogleraar rechtsgeschiedenis Jansen in een al even lezenswaardige reactie van een paar maanden later.<sup>3</sup> Volgens Jansen zou uit de ontwikkeling van het recht naar voren komen dat de praktijk, en niet de wetgever, dient te beslissen over het wel of niet invoeren van nieuwe rechtsregels – regels waar de praktijk weinig aan heeft zullen dan (door natuurlijke selectie) vanzelf uitsterven. En dat hoeft, aldus Jansen, hoegenaamd niet te leiden tot aantasting van de positie van de economisch zwakkere partij. In zijn visie staat het op haar beloop laten van marktwerking overeenkomstig het evolutiemodel allerminst gelijk aan het binnenhalen van een mateloos egoïsme. Altruïsme zit namelijk ingebakken in onze psychologie, omdat samenwerking veelal effectiever is dan het exclusief volgen van het primaire eigenbelang.

Wat mij intrigeert aan deze twee bijdragen is dat uiteindelijk Grosheide noch Jansen de evolutietheorie tot in haar uiterste consequenties toepast op de rechtsontwikkeling. Beiden erkennen ze, Jansen met meer enthousiasme dan Grosheide, dat het recht een product is van een evolutionair proces. Maar aan de andere kant spreken ze ook allebei nogal nadrukkelijk een voorkeur uit

\* Martijn Uijen is advocaat bij Höcker Advocaten en redacteur van dit tijdschrift.

1. F.W. Grosheide, *Survival of the fittest en bescherming van de zwakkerij partij*, WPNR (2009) 6793, p. 281-284; C.J.H. Jansen, *Reactie op 'Survival of the fittest en bescherming van de zwakkerij partij'* van prof. mr. F.W. Grosheide, WPNR (2009) 6811, p. 736-737; F.W. Grosheide, *Darwinisme in soorten en maten*, WPNR (2009) 6811, p. 738-740.  
2. J.M. Smits, *De missing link in het debat over unificatie van privaatrecht: het evolutionair perspectief*, NTBR 2003, p. 241-246.

3. Jansen 2009; zie ook C.J.H. Jansen, *Charles Robert Darwin (1809-1882), het privaatrecht en de rechtswetenschap*, NJB 2009/21, p. 1320-1326.

voor het antwoord dat door de samenleving, in het licht van dat evolutionaire proces, via het recht zou moeten worden gegeven op maatschappelijke ontwikkelingen: de een (Grosheide) door een lans te breken voor overheidsingrijpen, de ander (Jansen) door juist te pleiten voor een soort *laissez faire*. En eigenlijk is dat wonderlijk. Want als het recht inderdaad moet worden gezien als een product van de evolutie van de menselijke soort, doet het er welbeschouwd niet zoveel toe welk antwoord de samenleving kiest – ieder antwoord is dan per definitie en onvermijdelijk een uitdrukking van de evolutionaire fase (met bijbehorende machtsverhoudingen) waarin de soort zich op het desbetreffende ogenblik op de desbetreffende plaats bevindt. Er is in dat geval geen goed of fout antwoord; er is alleen evolutie. Natuurlijke selectie laat geen ontsnapping toe – niet door extra te reguleren en niet door stil te zitten. Extra reguleren en stilzitten zijn hooguit uitingen van natuurlijke selectie.

Wat Grosheide en Jansen mogelijk parten speelt, is de enigszins metaforische benadering die Smits heeft bedacht voor het koppelen van de rechtsontwikkeling aan de evolutietheorie. Zowel door Grosheide als door Jansen wordt deze benadering tot uitgangspunt genomen; zij houdt in dat het recht zelf kan worden opgevat als een organisme dat onderworpen is aan dezelfde evolutionaire wetmatigheden als de mensheid (of enige andere soort). En daar wringt de schoen naar mijn idee, want ik heb moeite met het concept van recht als zelfstandig evoluerend organisme. Zoals Grosheide terecht constateert, is het recht ‘maakwerk’. Het is uit de aard der zaak een constructie, kunstmatig en vatbaar voor manipulatie. Nog fundamenteler: het recht beschikt niet over genen die alles in de sleutel van overleving zetten, en die naar zeggen van Richard Dawkins (door Grosheide eveneens aangehaald) de drijvende kracht zijn achter alle evolutionaire processen.<sup>4</sup> Akkoord, het is misschien een beetje flauw om deze open deur in te trappen. Smits zal vast niet hebben willen beweren dat rechtsstelsels volledig kunnen worden vereenzelvigd met organismen in biologische zin; ik noemde zijn benadering daarom al ‘metaforisch’. Aan de andere kant presenteert hij zijn evolutionaire model met de bedoeling er de werkelijkheid mee te analyseren en er zelfs de overlevingskansen van wetgevingsprojecten mee te voorspellen. Bij zulke stevige ambities mag je toch minimaal verwachten dat het object van de analyse (het recht) *grosso modo* dezelfde bepalende eigenschappen heeft als het model (een evoluerend organisme).

Zelf vind ik het voor de analyse toch meer voor de hand liggen het recht te bestempelen als een waarneembare verschijningsvorm van de evolutie van onze eigen soort. Het is verhelderend de juridische werkelijkheid op die manier te bekijken, want eigenlijk valt de opmerkelijke aandacht voor bescherming van de zwakkere partij dan ineens vrij soepel op zijn plaats: dat is dan gewoon een van de uitkomsten van de *struggle for life* in het Neder-

land van de twintigste eeuw. Nog iets pregnanter verwoord: de zwakkere partij was bij ons in de laatste honderd jaar in zekere zin simpelweg even de sterkste. Bijvoorbeeld in het arbeidsrecht, huurrecht en consumentenrecht. Hoewel ik het verder niet heb onderzocht, lijkt het numeriek aardig te kloppen – er zijn meer werknemers dan werkgevers, meer huurders dan verhuurders en meer consumenten dan producenten. En op het eerste gezicht is er ook best iets te zeggen voor de gedachte dat de industrialisering de invoering van het algemeen kiesrecht bij ons de machtsverhoudingen hebben beïnvloed. In de bescherming van de zwakkere partij klinkt de stem van de massa door, en de massa was nog nooit zo mondig als in de afgelopen honderd jaar.

Als ik het met deze hypothese bij het rechte eind heb, zou dat betekenen dat we voor het begrijpen van ontwikkelingen in wetgeving, rechtspraak en gewoonte nog steeds iets kunnen hebben aan de evolutietheorie van Darwin. Het ‘evolutionair perspectief’ helpt ons dan (achteraf) die ontwikkelingen historisch en sociologisch te verklaren. Een heel bemoedigende verklaring zal het alleen niet opleveren, vrees ik. Anders dan Jansen voorspel ik dat er bij zo’n darwinistische kijk op het recht weinig ruimte zal zijn voor zuiver altruïsme, en nog minder voor absolute normativiteit. Helaas is het niet veel fraaier; ik ben bang dat ik Smits gelijk moet geven wanneer hij met zoveel woorden stelt dat normatieve voorkeuren in het recht tijd-, plaats- en groepsgebonden zijn.<sup>5</sup>

Tot nu toe heb ik het overigens uitsluitend gehad over het macroniveau van wetten en verdragen. Wanneer we afdalen naar het microniveau van individuele rechtsverhoudingen, wordt de relevantie van Darwins leer nog scherper zichtbaar. Ik gok dat iedere door de wol geverfde praktijkjurist probleemloos een weinig opbeurende reeks gevallen kan noemen waarin het recht voornamelijk werd behandeld als instrument voor het verwezenlijken van eigen doelen (wat een afgeleide is van de door Darwin blootgelegde overlevingsstrijd). Bescherming van de zwakkeren is meestal ver weg. En toegespitst op een van de deelgebieden die deze bescherming het meest nadrukkelijk in het vaandel dragen: in het arbeidsrecht zoeken werkgevers al decennialang heel vindingrijk sluipteggetjes langs de door de wetgever geïntroduceerde beperkingen. Het draaieurcontract, de nul-urenregeling, de doorstart na faillissement, het zijn allemaal fenomenen die illustreren dat het bloed kruipt waar het juridisch niet gaan kan. Mij is het wat te naïef (en te makkelijk) om daar enkel verontwaardigd over te klagen. Naar mijn idee zijn achter het gedrag van de creatieve werkgevers universele instincten te ontwaren die dat gedrag op zijn minst begrijpelijk maken, instincten die geconditioneerd zijn op het najagen van een individueel optimum – ongeacht of dat zich verdraagt met de op dat moment geldende wetten.

4. Richard Dawkins, *The Greatest Show on Earth*, Bantam Press 2009, o.m. p. 392.

5. Smits 2003.

Waar ik uiteindelijk naartoe wil, is dat diezelfde instincten meer in het algemeen nog altijd hun sporen achterlaten in ons recht. En daarmee ook in contracten. Contracten worden nagekomen zolang nakoming een partij dichter bij het individuele optimum brengt. Contracten worden niet nagekomen omdat rechtsgeleerden een mooie regel als *pacta sunt servanda* hebben verzonnen. Het zou prachtig zijn als we allemaal blind op die regel mochten vertrouwen. Maar de verstandige praktijkjurist is liever iets voorzichtiger en controleert veiligheidshalve meteen wat de waarde is van het contract als de wederpartij het totaal aan haar laars lapt. Hij controleert, met andere woorden, wie in die situatie eigenlijk de sterkste is. Op zijn eigen, beschaafde manier doet hij mee aan *the only game in town, the greatest show on earth*.<sup>6</sup>

Dat is darwinisme ten voeten uit.

6. Dawkins 2009, p. 426.