



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Hoi Topoi

Nieuwenhuis, J.H.; Hondius, E.H.; Huijgen, ; W.G., ; Hijma, Jac. Mellema-Kranenburg T.J.

Citation

Nieuwenhuis, J. H. (1992). Hoi Topoi. In E. H. Hondius, Huijgen, W.G., & J. M. -K. T. J. Hijma (Eds.), *Quod licet, Kleijn-bundel* (pp. 283-292). Deventer: Kluwer. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/36284>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/36284>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

J.H. Nieuwenhuis*

HOI TOPOI

Het juiste gebruik van gemeenplaatsen in het recht

TOPICA

KLEIJN als topicus:

'Allereerst wordt op deze wijze het stelsel willekeurig toegepast, maar bovendien omgekeerd evenredig met de verhoudingen. Immers, de wederpartij die koopt van een mede-eigenaar (bij bestuursovertreding ten aanzien van een gemeenschaps-goed) sluit een vernietigbaar contract, terwijl koop van een niet-eigenaar (bijvoorbeeld bij bestuursovertreding ten aanzien van een privé-goed van de echtgenoot) onaantastbaar is en mogelijkheid tot schadevergoeding schept. *Quod licet non domino, non licet condomino*, inderdaad de omgekeerde wereld'.¹

Het ongelijke, ongelijk. Zeker; maar dan wel evenredig, en niet omgekeerd evenredig met de verhoudingen. Het argument dat het standpunt van de ander de wereld op haar kop zet, behoort sedert de oudheid tot de vaste 'gemeenplaatsen' van het retorisch arsenaal.² Wat zijn dat: gemeenplaatsen? En wat is hun rol in het recht?

Twee typen van rechtsnormen strijden in het Burgerlijk Wetboek om de voorrang. In de eerste plaats zijn er de bepalingen met een klassiek profiel. Het intreden van een rechtsgevolg wordt afhankelijk gesteld van een aantal vereisten. Voor overdracht van een goed is vereist een levering krachtens geldige titel (art. 3:84). Levering en een geldige titel zijn ieder op zichzelf genomen een noodzakelijke voorwaarde voor het intreden van het rechtsgevolg: de overdracht van het goed. Zij staan los van elkaar en kunnen elkaar niet compenseren. Het is niet goed voorstelbaar dat een rechter zou oordelen dat de levering weliswaar aan de gebrekkige kant is, maar dat, gezien de ijzersterke titel, de eigendom toch is overgegaan.

* Hoogleraar burgerlijk recht RUL.

1. W.M. Kleijn, *Intreerede* 1970, p. 13 e.v.

2. Zie E.R. Curtius, *Europäische Literatur und Lateinisches Mittelalter*, V, 7.

In de tweede plaats zijn er bepalingen van het type 6:233. Een beding in algemene voorwaarden is vernietigbaar, indien het, *gelet* op de aard en overige inhoud van de overeenkomst, de wijze waarop de voorwaarden zijn tot stand gekomen, de wederzijds kenbare belangen van partijen en de overige omstandigheden van het geval, onredelijk bezwarend is voor de wederpartij. Het is onmogelijk de aard en inhoud van de overeenkomst, de belangen van partijen en de omstandigheden van het geval op te vatten als vereisten, ook niet als vage vereisten. Hun status is een geheel andere. Het zijn gemeenplaatsen, dit begrip genomen in de oorspronkelijke betekenis die het had in de antieke retoriek. Als *koinoi topoi*, *loci communes* zijn het de vindplaatsen van argumenten (*sedes e quibus argumenta promuntur*).³

Een indeling bij één van beide typen is zeker niet definitief. Het komt herhaaldelijk voor dat een rechtsregel wordt overgeplaatst naar het andere kamp. Zo bepaalde de Hoge Raad aanvankelijk dat de werkgever de werknemer slechts dan aan diens, met zijn werkelijke wil niet overeenstemmende, wilsverklaring mag houden als er aan de kant van de werkgever sprake is van nadeel.⁴ De aanwezigheid van nadeel werd aldus aangemerkt als een vereiste voor de geldigheid van de rechtshandeling (de ontslagneming). Later heeft de Hoge Raad, in het zicht van het nieuwe Burgerlijk Wetboek, gekozen voor een topische koers. De redelijkheid en billijkheid kunnen het gezichtspunt opleveren dat de werkgever, hoezeer hij de desbetreffende uitingen van de werknemer (je bekijkt het maar, ik kom niet meer terug) mocht opvatten als een ontslagneming, die werknemer toch niet aan zijn verklaring mag houden als niet sprake is van nadeel aan de kant van de werkgever.⁵

Aristoteles geldt als grondlegger van de *Topica*, de leer van het argumenteren met behulp van algemeen aanvaarde opvattingen (*ex endoxōn*). Hij onderscheidt twee typen van syllogismen; het apodictische en het dialectische type. Zij verschillen slechts wat de status van hun premissen betreft. In het eerste geval zijn dat onmiddellijk evidente waarheden ($2 + 2 = 4$). In het tweede geval zijn het premissen die eerst worden gevonden door te peilen wat de opinie is van allen, althans de meesten, althans de verstandigsten.⁶ De (on-)juistheid van de stelling $\frac{1}{2} : \frac{1}{2} = \frac{1}{4}$ is niet afhankelijk van de opvatting hieromtrent van de meeste, althans de verstandigste landgenoten. Ter vaststelling van wat redelijkheid en billijkheid eisen, wordt daarentegen terecht wel een beroep gedaan op de 'in Nederland levende rechtsovertuigingen' (art. 3:12 BW). Tot die rechtsovertuigingen behoort zeker een van de meest karakteristieke prestaties van de antieke topiek: de ontwikkeling van het proportionaliteitsbeginsel, door Aristoteles omschre-

3. Cicero, *Topica* I, II, 7.

4. HR 29 november 1974, NJ 1975, 211.

5. HR 12 september 1968, NJ 1968, 267, AA 1968, p. 99.

6. Aristoteles, *Topica* I, I.

ven als de topos van meer en minder (tou mallon kai hētton topos).⁷ Hoe meer schuld, hoe meer aansprakelijkheid (en omgekeerd). Hoe meer voordeel, hoe meer nadeel (en omgekeerd). Een evenredige verdeling van lusten en lasten. *Qui habet commoda, ferre debet onera*.⁸ Dat rijmt.

De topiek belandt al snel in de gevarenzone. De grens wordt overschreden, daar waar 'gemeenplaats' niet langer wordt opgevat als vindplaats van argumenten, maar wordt gehanteerd in de pejoratieve betekenis die het woord thans in het spraakgebruik heeft: sjabloon, dooddooener. De omstandigheden van het geval bieden een rijke bron waaruit argumenten kunnen worden geput. Die argumenten moeten dan wel eerst boven water worden gehaald, onder woorden worden gebracht, en vervolgens worden blootgesteld aan een confrontatie met tegenargumenten. De omstandigheid dat de verkoper wist dat de verkochte kippen leden aan de pseudo-vogelppest is een krachtig argument om hem aansprakelijk te houden, ondanks het feit dat hij zijn aansprakelijkheid had uitgesloten en ondanks het feit dat de koper naar een wettelijk voorgeschreven gezondheidsverklaring had kunnen vragen.⁹ We bevinden ons hier niet op het terrein van de *apodeixis*, het onmiddellijk evidente, waar de zaken vanzelf spreken, maar in het strijdperk van de dialectiek, hetgeen betekent dat de bereikte conclusies het resultaat zijn van een debat over vóór en tegen. Geen rechter is echter steeds bestand tegen de verlokkingen van het apodictische syllogisme. 'Gezien de omstandigheden van het geval, is een beroep op het beding in strijd met de redelijkheid en billijkheid'. De omstandigheden van het geval fungeren hier als dooddooener.

Twee, onderling nauw verbonden, kenmerken markeren het verschil tussen topische rechtsnormen en regels met de vertrouwde structuur van een koppeling van vereisten en rechtsgevolgen. Bij het beoordelen van hetgeen aan argumentatiemateriaal tevoorschijn komt uit de vindplaatsen die door een topische rechtsnorm worden aangewezen, gaat het vrijwel steeds om de vraag: meer of minder? De zwaarte van de schuld, de ernst van de schade, de verhouding tussen de prijs van de geleverde zaak en de omvang van de schade die het gevolg is van een gebrek in die zaak. Dit zijn gezichtspunten die van belang zijn voor de vraag of een aansprakelijkheidsbeperking in algemene voorwaarden onredelijk bezwarend is (art. 6:233). Een tweede kenmerk van een topische rechtsnorm hangt hiermee onmiddellijk samen. De verschillende vindplaatsen vormen onderling een systeem van communicerende vaten. Als uit de vindplaats gevormd door omstandigheden van het geval naar voren komt dat de schuld van de verkoper met betrekking tot het gebrek in de geleverde zaak, respectievelijk, te verwaarlozen, niet onaanzienlijk, zeer zwaar is, wordt het gewicht van het argument

7. Aristoteles, *Rhetorica* I, II, 21.

8. Zie over deze topos G.C.J.J. Van den Bergh, *Flores Legum*, Groningen 1971, p. 21 e.v.

9. HR 20 februari 1976, NJ 1976, 486.

dat de door de verkoper ontvangen koopprijs slechts een fractie vormt van de omvang van de schade (vindplaats: de overige inhoud van de overeenkomst) respectievelijk groot, gering, te verwaarlozen.

Beide kenmerken ontbreken als het gaat om regels waarbij het intreden van een rechtsgevolg afhankelijk wordt gesteld van een aantal vereisten. Als de notariële akte, vereist voor de levering van een onroerende zaak, niet wordt ingeschreven in de openbare registers vindt geen levering plaats (art. 3:89). Of de notaris hieraan nu veel of weinig schuld heeft, doet niet terzake. Ook is het niet zo dat het ontbreken van de levering kan worden gecompenseerd door de overige vereisten voor overdracht. Geen titel zo vlekkeloos, en geen overdrager zo beschikkingsbevoegd dat zij, bij gebreke van een inschrijving, de overdracht zouden kunnen redden.

LAAT ALLE VATEN COMMUNICEREN

Voor de topische rechtsvinding luidt het devies: laat alle vaten communiceren. Wat houdt dat in ten aanzien van de vaten van art. 6:233: aard en overige inhoud van de overeenkomst, de wijze waarop de voorwaarden zijn tot stand gekomen, de wederzijds kenbare belangen van partijen, en de overige omstandigheden van het geval.

Monster verkoopt en levert aan Van Kleef 162 verwarmingsinstallaties ten behoeve van een woningbouwproject. Door defecten in sommige thermostaten ontstaan scheuren in de plafonds van een aantal woningen (schade in eerste instantie begroot op f 63 684,95). Monster beroept zich op zijn algemene voorwaarden, inhoudende dat 'de verkoper niet gehouden is tot vergoeding van kosten, schaden en interessen, onder andere wegens persoonlijke ongevallen, schade aan roerende en onroerende goederen (...) tenzij de afnemer aantoon, dat een en ander te wijten is aan opzet of grove schuld van de verkoper of diens ondergeschikten, voor zover deze laatste handelen overeenkomstig de uitdrukkelijke instructie van de verkoper.'

De conclusie van A-G Ten Kate inspireert de Hoge Raad tot de volgende proeve van rechtsgeleerde dialectiek:

'Al naar de aard van de overeenkomst, de inhoud van de daaruit voortvloeiende verplichtingen en de risico's verbonden aan onregelmatigheden bij de uitvoering, kan zowel het feit dat in een contractueel beding de aansprakelijkheid van een der partijen wordt beperkt tot een fractie van de in geval van bepaalde wanprestaties te verwachten schade, als het feit dat het aansprakelijkheidsbeding betrekking heeft op de levering van een weinig kostbaar artikel, waarvan een defect tot een schade kan leiden die in geen verhouding staat tot de waarde van dat artikel, omstandigheden opleveren, die zij het in tegengestelde zin, een rol spelen bij de beantwoording van de vraag of in het gegeven geval een beroep op een exonerationbeding in strijd met de goede trouw zou zijn.'¹⁰

10. HR 18 december 1981, NJ 1982, 71.

Een subtiel duet van verhoudingen die, zij het in tegengestelde zin, een rol spelen bij de vraag of een exonatiebeding onredelijk bezwarend is voor de wederpartij.¹¹

Uit de inhoud van de overeenkomst (bijvoorbeeld het beding dat de schadevergoeding zal zijn beperkt tot de herstel- of vervangingskosten van de geleverde zaak) en de omstandigheden van het geval (een defect in een verwarmingsketel heeft geleid tot een brandschade van f 120 000) kan worden afgeleid wat de verhouding is tussen beide bedragen. Is de aansprakelijkheid beperkt tot een bedrag dat slechts een fractie vormt van de schade, dan is dit een argument dat krachtig pleit *vóór* de conclusie dat het exonatiebeding onredelijk bezwarend is voor de wederpartij.

Er is echter nog een tweede verhouding in het spel. Uit een consultatie van diezelfde vindplaatsen (de inhoud van de overeenkomst en de omstandigheden van het geval) valt ook af te leiden wat de verhouding is tussen de door de verkoper ontvangen koopprijs en de omvang van de schade. Staat die koopprijs in geen verhouding tot de omvang van de schade, dan is dit een argument dat niet minder krachtig pleit *tegen* de conclusie dat het exonatiebeding onredelijk bezwarend is voor de wederpartij.

Beide gezichtspunten zijn zeer redelijk en billijk en zijn geheel in overeenstemming met de in Nederland levende rechtsovertuigingen. Het is redelijk dat de schade veroorzaakt door een tekortkoming die aan de schuldenaar kan worden toegerekend door deze wordt vergoed. Verdacht is daarom een beding in algemene voorwaarden dat dit in de wet verankerde uitgangspunt (art. 6:74) tracht te ondergraven. Wel is het zo dat het billijkheidsgehalte van het beginsel dat een toerekenbare tekortkoming verplicht tot vergoeding van de daardoor veroorzaakte schade, geringer wordt als de toerekening van de tekortkoming berust op andere overwegingen dan schuld van de debiteur.

De redelijkheid van het tweede gezichtspunt (een wanverhouding tussen de waarde van het verkochte artikel en de omvang van de schade vormt een argument ter rechtvaardiging van een aansprakelijkheidsbeperking) vloeit voort uit de omstandigheid dat het contractenrecht de elementaire wetten van de bedrijfseconomie niet ongestraft kan negeren. *Qui habet com-
moda, ferre debet onera*. Wie de voordelen heeft, moet ook de nadelen dragen. Accoord, maar dan moeten de lasten wel gedragen *kunnen* worden door de voordelen. Stel één ondernemer boekt per verkocht artikel een winst van tien gulden. In een op de duizend gevallen veroorzaakt een defect artikel, geheel buiten de schuld van de verkoper, een schade van twintig duizend gulden. In dat geval gaat de aardigheid er snel af als de onder-

11. Ook indien de wederpartij een natuurlijk persoon is die niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf en het exonatiebeding derhalve wordt vermoed onredelijk bezwarend te zijn (art. 6:237 sub f), blijven deze gezichtspunten van belang, zij het dat de argumentatielast dan vooral rust op de gebruiker van de algemene voorwaarden.

nemer zonder beperkingen aansprakelijk wordt gehouden voor de schade.

Tot welke omvang is de aansprakelijkheid beperkt? Is er wellicht een wanverhouding tussen dit bedrag en de omvang van de schade? Wat is de waarde van het geleverde artikel? Staat dit bedrag misschien in geen verhouding tot de schade? Twee wanverhoudingen zijn van belang voor de overlevingskansen van een exoneratiebeding, zij het in tegengestelde zin. In dit laatste schuilt een probleem. Er zal vrijwel steeds sprake zijn van een samenval van beide wanverhoudingen, en wel in ongeveer dezelfde omvang. Zo ook in de zaak Van Kleef/Monster. Monster had haar aansprakelijkheid beperkt tot herstel of vervanging van defecte onderdelen en had de aansprakelijkheid voor gevolgschade (zaaksbeschadiging die in dit geval vele tienduizenden guldens bedroeg) geheel uitgesloten. Het hof was op dit punt uiterst apodictisch:

‘Verder kan een wanverhouding tussen de limitering van de aansprakelijkheid enerzijds en de omvang van de voorzienbare schade anderzijds aanleiding zijn om de leverancier een beroep op de limitering te ontzeggen, doch zodanige wanverhouding acht het hof niet aanwezig’.

Men kan wel enig begrip opbrengen voor de in cassatie geuite klacht dat onbegrijpelijk is hoe het hof tot dit oordeel heeft kunnen komen. Dit is zeker zo nu het hof wel een wanverhouding constateerde tussen de waarde van het geleverde artikel en de schade, terwijl het daarbij ging om een even grote, zo niet grotere, discrepantie.

A-G Ten Kate biedt de helpende hand. Hij formuleert een voorrangsregel. Als op grond van de wanverhouding tussen de waarde van de geleverde zaak en de omvang van de schade een aansprakelijkheidsbeperking redelijk is, mag vervolgens geen wanverhouding meer worden aangenomen tussen het bedrag waartoe de aansprakelijkheid beperkt is en de schade. Deze vuistregel, die in ieder geval de duidelijkheid dient, wordt echter niet overgenomen door de Hoge Raad. Beide wanverhoudingen spelen een rol, zij het in tegengestelde zin. Is dit een gemiste kans, of wijze terughoudendheid? Deze vraag kan alleen worden beantwoord, indien we het derde vat van art. 6:233 laten communiceren: de wederzijds kenbare belangen van partijen.

IN VOLGORDE VAN AFNEMEND GEWICHT

Het belang van een benadeelde wiens schade door verzekering is gedekt, wordt slechts marginaal aangetast wanneer het aansprakelijkheidsbeding niet als onredelijk bezwarend wordt aangemerkt, op grond van een wanverhouding tussen de waarde van het defecte artikel en de omvang van de gevolgschade. Wel is het vervelend voor de verzekeraar die zijn verhaals-

vordering op de exonerant ziet ineenschrompelen, maar bij toepassing van art. 6:233 komt het slechts aan op de vraag of het beding onredelijk bezwarend is voor de *wederpartij*. Ook het spiegelbeeld vertoont eenzelfde figuur. Het belang van een ondernemer wiens aansprakelijkheid adequaat is verzekerd, wordt niet op ontoelaatbare wijze ondermijnd wanneer zijn exoneratiebeding als onredelijk bezwarend wordt bestempeld omdat hij zijn aansprakelijkheid heeft beperkt tot een fractie van de te verwachte schade.¹²

Hieruit volgt dat zich heel wel de situatie kan voordoen dat een wanverhouding tussen het bedrag waartoe de aansprakelijkheid is beperkt en de omvang van de schade de doorslag geeft voor het oordeel dat het beding onredelijk bezwarend is, hoewel tegelijkertijd sprake is van een even merkkelijke wanverhouding tussen de prijs van het artikel en de omvang van de schade. Dit zal m.n. het geval zijn als aan de zijde van de exonerant een adequate aansprakelijkheidsverzekering aanwezig is, terwijl het gaat om schade toegebracht aan onverzekerde goederen van de wederpartij. Is het exoneratiebeding onredelijk bezwarend voor de wederpartij? Naarmate zijn schuld zwaarder is, vermindert het gewicht van het argument van de exonerant dat de wederpartij verzekerd is. Hetzelfde effect brengt de zwaarte van de schuld teweeg ten aanzien van het argument dat de prijs van het geleverde artikel gering is in verhouding tot de veroorzaakte schade. Al naar gelang zijn verzekeringspositie sterker is, wordt dienovereenkomstig zwakker het betoog van de exonerant dat, gezien de lage koopprijs die hij ontvangt, de beperking van de aansprakelijkheid alleszins redelijk is te achten. Hoe groter de wanverhouding tussen de ontvangen koopprijs en de omvang van de geleden schade, des te geringer het gewicht van het argument dat het beding onredelijk bezwarend is vanwege het feit dat de aansprakelijkheid is beperkt tot een fractie van de voorzienbare schade.

De belangrijkste taak van een moderne rechtsoptiek is het in kaart brengen van de communicatiestromen binnen een stelsel van vindplaatsen (aard en inhoud van de overeenkomst, belangen van partijen, overige omstandigheden van het geval). Er moet voor worden gezorgd dat de combinatie van vindplaatsen inderdaad een stelsel wordt, en niet een grabbelton blijft. Dit kan worden bereikt door de gezichtspunten, waar mogelijk, te rangschikken in volgorde van afnemend gewicht, zoals zojuist werd beproefd: zwaarte van de schuld, kracht van de verzekeringspositie, ernst van de wanverhouding tussen de ontvangen koopprijs en de veroorzaakte schade, en omvang van de discrepantie tussen het bedrag waartoe de aansprakelijkheid is beperkt en de voorzienbare schade.

Een nieuwe wet, een nieuw geluid. Het nieuwe Burgelijk Wetboek is aan-

12. Zie over de invloed van verzekeringen op de geldigheid van exoneratiebedingen A.R. Bloembergen, *Bouwrecht* 1969, p. 363, en G.J. Rijken, *Exoneratieclausules*, Deventer 1983, p. 141 e.v.

merkelijk rijker aan gemeenplaatsen dan het oude. Alom ritselen redelijkheid en billijkheid, verkeersopvattingen, belangen van partijen en omstandigheden van het geval. Het loont daarom de moeite de banden met de antieke leer der gemeenplaatsen nauwer aan te halen. Niet om de Topica van Aristoteles of Cicero te kopiëren; wel om daaruit het inzicht te putten dat hier sprake is van een communicatief verbond van eiser, gedaagde en rechter. De redelijkheid en billijkheid worden niet geopenbaard, bij wege van *apodeixis*, als onmiddellijke evidentie, maar zijn het resultaat van de dialectiek van vóór en tegen. De vindplaatsen worden mede daarom 'gemeenplaatsen' (*loci communes*) genoemd, omdat zij een gemeenschappelijk fonds van argumenten bevatten, ten behoeve van zowel eiser als gedaagde.¹³ Als zodanig zijn zij onderworpen aan het retorisch proces van versterking van de eigen argumenten (*auxēsis*) en verzwakking van de argumenten van de tegenpartij (*meiōsis*). 'Al naar gelang we het contract aan onze zijde hebben of juist niet, kunnen we met behulp van argumenten het belang dat aan het contract moet worden gehecht versterken dan wel verzwakken'. Dit is niet het cynisme van een door de wol geverfd advocaat, maar een praktische wijsheid van Aristoteles.¹⁴ Zij strookt met de gang van zaken in het moderne contractenrecht. De scheepswerf die haar aansprakelijkheid heeft beperkt, zal betogen dat het beding alleszins redelijk is, te meer daar de schade aan het schip toch wordt gedekt door een casco-verzekering van de wederpartij. Van haar kant zal de wederpartij trachten dit argument te ondergraven door de schuld van de werf breed uit te meten.¹⁵ In een rechtsgeding spreken de feiten nooit voor zichzelf. In conclusies en pleidooien worden zij uitvergroot door de één, en naar de achtergrond geschoven door de ander.

TER VERMIJDING VAN MISVERSTAND

Geen rechter kan steeds gehoor geven aan de stelregel van Descartes: 'de ne comprendre rien de plus en mes jugements, que ce qui se présenterait si clairement et si distinctement à mon esprit, que je n'eusse aucune occasion de le mettre en doute.'¹⁶ Heldere en welonderscheiden begrippen, die geen enkele ruimte voor twijfel laten, zijn uiteraard welkom, maar zij zijn niet het enige materiaal waaruit het recht is opgebouwd. Integendeel: meer en meer wordt de rechter geconfronteerd met vage normen, een ontwikkeling waaraan Wiarda zijn 'Drie typen van rechtsvinding' wijdde. Hierin komt ook de topiek kort ter sprake:

13. *Rhetorica ad Herennium*, II, VI, 9.

14. Een verkorte versie van *Rhetorica* II, XV, 20 (1376b).

15. Zie BGHZ 103, 316.

16. *Discours de la Méthode*, II.

'Het is natuurlijk geen toeval dat in onze tijd met zijn vernieuwde aandacht voor casuïstiek en buitenwettelijk recht voor "Einzelfallgerechtigheit", voor "probleemdenken" in de plaats van "systeemdenken" de herinnering aan de oude topica op-nieuw is gewekt.'¹⁷

Juist is dat de topiek zich beweegt op het oneffen terrein van de casuïstiek en weinig te zoeken heeft in de gladde wereld van Descartes waar twee plus twee zonder enige twijfel precies gelijk is aan drie plus één. Toch ligt misverstand hier op de loer. 'Einzelfallgerechtigheit' bestaat niet. Hoe uniek het te berechten geval ook moge zijn, de uiteindelijke beslissing kan alleen maar rechtvaardig genoemd worden als zij herhaalbaar is in gevallen die niet wezenlijk verschillen. De topiek vervult een belangrijke bemiddelarsrol tussen enerzijds de bijzondere omstandigheden van het geval en anderzijds de algemeen aanvaarde opvattingen over wat redelijk en billijk is (vgl. Aristoteles: *ex endoxōn*). De algemeen aanvaarde opvattingen waarop in een concreet geval een beroep wordt gedaan, staan per definitie boven de belangen van juist deze partijen en de bijzondere omstandigheden waarin zij verkeren. Waarom kan de werf een beroep doen op haar aansprakelijkheidsbeperking tegenover de scheepseigenaar? Vanwege de bijzondere omstandigheden van dit geval: deze scheepseigenaar was verzekerd. Maar de beslissing berust ook op een overweging van algemene aard. Zouden werven hun aansprakelijkheid niet kunnen beperken, dan zou dit leiden tot hogere premies voor hun aansprakelijkheidsverzekeringen. De kosten daarvan zouden worden omgeslagen over de scheepseigenaren, waaronder ook eigenaren van schepen met weinig kans op beschadiging tijdens reparatiewerkzaamheden. De eigenaren van riskante schepen zou aldus een ongerechtvaardigd voordeel in de schoot worden geworpen.¹⁸

Een andere misvatting is het, te menen dat steeds daar waar de wet verwijst naar vage normbestanddelen, er ruimte zou zijn voor een topische rechtsvinding. Neem bijvoorbeeld de verwijzing naar de inhoud van de overeenkomst. In art. 6:233 wordt bepaald dat een geding in algemene voorwaarden vernietigbaar is als het, gelet op de aard en overige inhoud van de overeenkomst (...) en de overige omstandigheden van het geval, onredelijk bezwarend is voor de wederpartij. De inhoud van de overeenkomst is hier een echte *topos*, een vindplaats van argumenten.

Ook in art. 3:40 wordt verwezen naar de inhoud van de overeenkomst. 'Een rechtshandeling die door inhoud of strekking in strijd is met de goede zeden of openbare orde, is nietig. Een inhoud die niet in strijd is met de goede zeden of openbare orde is in art. 3:40 een *vereiste* voor de geldigheid van de overeenkomst. Nagegaan moet worden of de verbintenissen die partijen zijn aangegaan een geoorloofd karakter dragen. Het is in dit geval

17. G.J. Wiarda, *Drie typen van rechtsvinding*, derde druk, Zwolle 1988, p. 114.

18. BGHZ 103, 316, 327.

niet zo dat de inhoud van de overeenkomst hier vooral een heuristische functie heeft, een vindplaats van argumenten, en evenmin is het zo dat een overeenkomst met een ongeoorloofde inhoud niettemin op de been gehouden kan worden als haar strekking maar bijzonder lofwaardig is.

HOOFDBREKENS

Waar ben ik eigenlijk mee bezig? Een vraag voor nagelbijters, die practici, ten gerieve van hun gemoedsrust, maar zo weinig mogelijk moeten stellen. Voor juristen zou het antwoord luiden: een speurtocht langs de gemeenplaatsen van het recht, hopend daar meer te vinden dan dooddoeners. Ieder het zijne; het gelijke, gelijk, het ongelijke ongelijk; wat het zwaarst is, moet het zwaarst wegen. Achter deze open deuren begint het serieuze werk: analogie, rechtsverfijning, belangenafweging, bezigheden die de belangrijkste onderwerpen vormen van een moderne Topica. *Quod licet*: Wat Jupiter vrijstaat, mag een rund nog niet. Dat spreekt nog steeds vanzelf. De gemeenplaatsen van het burgerlijk recht kosten wat meer hoofdbrekens.