

# IUS DICTUM

TEORIA GERAL DA ADJUDICAÇÃO

#02

[OUTUBRO - DEZEMBRO]



***Ius Dictum***

## **FICHA TÉCNICA – IUS DICTUM**

### **Membros da Direcção:**

Paula Costa e Silva – FDUL  
João Marques Martins – FDUL

### **Conselho Científico:**

Miguel Teixeira de Sousa – FDL  
António do Passo Cabral – UERJ  
Daniel Mitidiero – UFRGS  
Eduardo Oteiza – UNLP  
Eduardo Talamani – UFPR  
Elizabeth Fernandez – UMinho  
Flávio Luiz Yarshell – FADUSP  
Francisco Verbic – UNLP  
Fredie Didier – UFBA  
Giuseppe Ruffini – Università Roma Tre  
Hermes Zaneti – UFES  
Joan Picó i Junoy – UPF  
Jordi Ferrer Beltran – UDG  
Judith Martins Costa – IEC  
Lorenzo M. Bujosa Vadell – USAL Luca  
Passanante – UNIBS  
Luiz Guilherme Marinoni – UFPR  
Marco Gradi – UNIME  
Maria José Capelo – FDUC  
Maria Victoria Mosmann – USAL  
Paulo Lucon – FDUSP  
Rita Lobo Xavier – UCP  
Rita Lynce de Faria – UCP  
Sergio Cruz Arenhart – UFPR  
Teresa Arruda Alvim – PUC – SP

### **Conselho de Redacção:**

Beatriz de Macedo Vitorino – FDUL  
Filipa Lira de Almeida – FDUL  
Filipe Gomes – FDUL

### **Proprietário:**

Faculdade de Direito da Universidade Lisboa

### **Editora:**

Associação Académica da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

ISSN 2184-7304

Data: xxxxxxxxxxxx 2020

# ÍNDICE

## **João Marques Martins**

5 *Nota de Abertura – Argumentação e Vontade*

## **Damiano Canale & Giovanni Tuzet**

7 *Can Constitutional Rights Be Weighed? On the Inferential Structure of Balancing in Legal Argumentation*

## **Roberto Poli**

17 *Logica e Razionalità Nella Ricostruzione Giudiziale dei Fatti*

## **António Garcia Rolo**

35 *Contratos Probatórios Típicos em Processo Civil: Limites e Efeitos sobre o Tribunal*

## **Jorge A. Rojas**

63 *Los acuerdos procesales*



## NOTA DE ABERTURA ARGUMENTAÇÃO E VONTADE

JOÃO MARQUES MARTINS

Os estudos publicados no presente número da *Ius Dictum* são reflexões sobre dois problemas essenciais e atuais para a teoria do processo e da decisão jurídica: a identificação da estrutura e dos pressupostos de validade do pensamento jurídico; a relevância da vontade das partes na configuração das regras sob as quais se desenrola o processo judicial.

O interesse pelo modo de ser do raciocínio e das suas condições de correção é, consabidamente, vetusto e perene. Aristóteles reclamou para si a fundação do seu estudo sistemático, em particular no que toca à Lógica. Fê-lo em termos não totalmente injustificados. Todavia, só por ligeireza se poderiam desconsiderar os contributos de Platão e dos pré-socráticos, não olvidando que em outras latitudes do globo, particularmente a oriente, o interesse sobre o assunto também despertou cedo e com autonomia relativamente à filosofia ocidental. Evidentemente que esta área do conhecimento – hoje, em rigor, um extenso e heterogêneo rol de disciplinas abordadas sob várias perspetivas – sempre guardou um lugar destacado no núcleo de interesses dos juristas. O processo é uma sequência de atos lógicos e axiologicamente ordenados para a obtenção de uma decisão judicativa. Esta perspetiva estrutural e normativa não desconhece, certamente, a intencionalidade persuasiva que anima a estratégia e a conduta das partes, bem como, deve ser frisado sem pejo, do próprio julgador. Aristóteles propôs uma tríade de elementos causais do sucesso persuasivo: o caráter do falante, o estado de espírito dos ouvintes e a solidez, *rectius*, a validade do argumento. A construção de argumentos está, pois, no centro da atividade do jurista, prático ou teórico (se é que tal distinção se deixa fazer, tal é a sua ostensiva inexistência), mormente no momento ou no processo da realização do Direito.

Tradicionalmente, colheu primacial cuidado a argumentação jurídica, ou seja, a que respeita à denominada decisão de Direito. Os problemas desta abordagem continuam vivos, viçosos e fundamentais, como decorre da análise proposta por CANALE/TUZET.

Mais recente, ao menos nos ordenamentos jurídicos romano-germânicos, é a reflexão sobre os argumentos jusprobatórios. Os factos são o embrião e simultaneamente a corrente sanguínea do problema jurídico. Encontramo-los no centro do debate, do litígio e, portanto, do processo. Aquém da quixotesca tragédia interpretativa do mundo, deparamo-nos com um acevo de possibilidades fácticas, ligeira ou radicalmente antagónicas, porventura mutuamente excludentes, mas ainda assim simultaneamente verosímeis. A busca por um modelo completo e rigoroso do pensamento

jurídico quanto aos factos começa e, quiçá, terminará na resposta a duas perguntas fundamentais, que não estão, evitem-se as aparências, numa relação de pressuposição: É lógica? Mas, então, que lógica? O estudo de ROBERTO POLI constitui mais um contributo para uma discussão que vai ganhando protagonismo e universalidade.

Num registo prospetivo, a relevância da teoria da argumentação continuará a nutrir-se de um húmus que não estava nas mais ousadas cogitações dos seus fundadores: a inteligência artificial. Não será desajustado afirmar que a possibilidade criadora de máquinas inteligentes pressupõe o conhecimento do modo de ser da *nossa* inteligência. Transpondo para o Direito: só aprofundando a compreensão do pensamento jurídico poderemos almejar a criação de uma máquina que pense juridicamente.

Em alguns domínios, a liberdade estipulativa das partes sobre as regras do processo civil é há muito reconhecida: pense-se na competência territorial do tribunal, na transação ou, com muita pertinência, na prova. Quanto a este último aspeto, recorde-se que o nosso Código Civil, que já excedeu os dez lustros de vigência, contém desde a sua génese um artigo 345.º especialmente dedicado às convenções sobre as provas. Assente o reconhecimento da vontade das partes nesta particular dimensão do processo, há então que perguntar pela extensão ou pelos limites dessa autonomia, estando na resposta encontrada o ponto de partida para uma crítica fundada à (in)suficiência do preceito. Deste e de outros assuntos conexos se ocupa o estudo de GARCIA ROLO.

Deteta-se, mais recentemente, uma tendência para alargar a relevância da vontade das partes na definição das regras processuais. No direito positivo, em ordenamentos jurídicos que nos são próximos, é muito devido o destaque ao artigo 190.º do Código Processual Civil brasileiro de 2015. Entre nós, vão sendo dados à estampa estudos doutrinários de fundo sobre as problemáticas associadas aos negócios processuais, com destaque para o mais recente, de PAULA COSTA E SILVA (*Perturbações no Cumprimento dos Negócios Processuais: Convenções de arbitragem, pactos de jurisdição, cláusulas escalonadas e outras tantas Novelas pouco exemplares, mas que se desejam de muito entretenimento*). Surge, pois, plena de oportunidade a reflexão de JORGE ARMANDO ROJAS, sobre os acordos processuais no projeto do Código Processual Civil e Comercial argentino.

Creemos justificada a pertinência do número da *Ius Dictum* que ora se publica, atestando, sem reserva nem jactância, a sua contribuição para o progresso da Ciência Jurídica, em particular na parte em que ela se debruça sobre a realização do Direito.



# CAN CONSTITUTIONAL RIGHTS BE WEIGHED? ON THE INFERENTIAL STRUCTURE OF BALANCING IN LEGAL ARGUMENTATION\*

DAMIANO CANALE & GIOVANNI TUZET  
Bocconi University – Milan (Italy)

**Abstract:** Balancing is one of the main issues in current debates on legal argumentation and constitutional review. The discussion has polarized into two competing theses. On the one view, balancing is both irrational and subjective. When courts “weigh” conflicting constitutional rights, they actually make a preferential choice that cannot be rationally justified. On a different view, balancing is a rational form of argumentation grounded in the very structure of constitutional rights and principles.

In this paper we argue that none of these theses is true. By analyzing the inferential structure of balancing we show that it is composed of multiple inferential steps. One must consider what inferential commitments are undertaken in the balancing process, and under what conditions these commitments can be discursively satisfied in a given constitutional system. In particular, we address the problem of the external justification of balancing, namely the justification of its premises.

**Keywords:** Alexy, Balancing, Incommensurability, Legal Argumentation, Principles, Rationality

## 1. Introduction

Balancing is one of the main issues in current debates on legal argumentation and constitutional review. The discussion on the characteristics of this argumentative technique has polarized into two competing theses. On the one view, balancing is both irrational and subjective. When courts “weigh” conflicting constitutional rights for decisional purposes, they actually make a preferential choice based upon considerations that cannot be rationally justified. On a different view, balancing is a rational argumentative framework grounded in the very structure of constitutional rights and principles.<sup>1</sup>

In this paper we argue that none of these competing theses is true. By analyzing the inferential structure of balancing in judicial argumentation, we will show that this argumentative technique is composed of multiple inferential steps having different characteristics and features. On the basis of this analysis, we shall make explicit the inferential commitments undertaken by courts in the balancing process, and shall set forth under what

conditions these commitments are discursively satisfied in a given constitutional legal system. In particular, we will address the problem of the *external* justification of balancing, namely the justification of its premises. Our claim is that balancing is neither rational nor irrational *per se*. The rationality conditions of this argumentative technique depend on the justification conditions of its premises and steps.

Before going into the argument, let us consider that, as Roscoe Pound pointed out, “the task of the judge is to make a principle living, not by deducing from it rules... but by achieving thoroughly the less ambitious but more useful labor of giving a fresh illustration of the intelligent application of the principle to a concrete cause, producing a workable and just result” (Pound 1908: 622). At the same time, as Oliver Wendell Holmes pointed out, “the law is always approaching, and never reaching, consistency. It is forever adopting new principles from life at one end, and it always retains old ones from history at the other, which have not yet been absorbed or sloughed off. It will become entirely consistent only when it ceases to grow” (Holmes 1881: 36). If some inconsistency between principles is inevitable, then balancing becomes necessary both to address social issues and to decide concrete cases. Then it is important to understand whether, as a technique of legal argumentation, it can justify its conclusions and, if the answer is in the positive, how it can do so.

## 2. Proportionality and Balancing

Many scholars think that balancing is the final step of the so-called “proportionality test”, an argumentation

---

\* Earlier versions of this work have been presented here: “8<sup>th</sup> International ISSA Conference on Argumentation”, Amsterdam, July 2014; “XIX Seminario Internacional de Teoría del Derecho”, Universidad Nacional del Sur, Bahía Blanca (Argentina), June 2017. We thank those audiences for valuable feedback.

<sup>1</sup> See e.g. Sartor 2010, Atienza and García Amado 2016, Duarte and Sampaio 2018; on the critical side, see e.g. Lindahl 2009 and Poscher 2015. As a classical paper on balancing as performed by the US Supreme Court, see Aleinikoff 1987. Notice that the term “rationality” is ambiguous here. As we will see, it makes reference to different sets of justification requirements, so that proportionality is deemed irrational according to one set and rational according to the other.

standard applied by courts to establish whether a legal norm which interferes with a constitutional right or affects a constitutional principle is against the law.<sup>2</sup>

According to Robert Alexy (2002: 66-69), who develops his model out of the praxis of the German Constitutional Court, the proportionality test consists of three argumentative steps: a legal norm N1 which interferes with a constitutional right or principle is in accordance with the law only if (1) N1 is *suitable*, (2) it is *necessary*, and (3) its adoption complies with the *law of balancing*.<sup>3</sup>

More in detail, the justification conditions of N1 can be described as follows:

(1) *Suitability*: norm N1 which interferes with principle P1 will not be suitable unless N1 promotes principle P2;

(2) *Necessity*: assuming that N1 and N2 are equally suitable and promote principle P2 to the same extent, N1 will not be necessary if N2 interferes with the right protected by P1 less than N1;

(3) *Proportionality in the narrow sense* (balancing argument): if the importance of promoting or satisfying P2 through N1 is greater than the degree of non-satisfaction of P1, then the non-satisfaction of P1 is proportionate to the importance of satisfying P2, and N1 conforms to the constitution.<sup>4</sup>

The balancing argument has therefore the following structure:

(a) The non-satisfaction of P1 triggered by N1 is x;

---

<sup>2</sup> By “norm” here we mean whatever authoritative measure (legislative, governmental or judicial) falling within the scope of the proportionality test, as the examples in the text will show.

<sup>3</sup> There are several slightly different formulations of the proportionality test in the literature. In particular, most theorists of proportionality assume that the three steps identified by Alexy are preceded by a “legitimate aim” stage, where it is established whether the policy that interferes with a principle or right counts as legitimate or has a “proper purpose”. See e.g. Beatty 2002, Barak 2012. However, there is no substantial difference between Alexy’s three-stage model and the four-stage model of proportionality. The first one takes it for granted that the policy under scrutiny has some constitutional value and is in this sense legitimate, i.e. it is aimed at protecting a competing fundamental right. See Alexy 2002: 185; Borowski 2007: 213. According to Alexy, therefore, the requirement of a legitimate aim “is superfluous and may even pose a danger for the rationality of the proportionality test” (Alexy 2017: 14).

<sup>4</sup> The structure of the argument reminds of Kaldor-Hicks criterion in economic analysis of law. A norm is efficient if and only if it promotes a state of affairs where those who are better off can (i) compensate those who are worse off and (ii) still have a net benefit; more roughly, an efficient norm produces a state of affairs where benefits are greater than costs. See e.g. van Aaken 2008 and Tuzet 2020 (observing that Alexy promotes balancing as Pareto-efficient, while in fact it is efficient from a Kaldor-Hicks perspective).

(b) The importance of the satisfaction of P2 through N1 is y;

(c) It is the case that  $y > x$ ;

(d) N1 conforms to the constitution.

But how can we measure the non-satisfaction of P1 and the importance of satisfying P2 with regard to N1? Is it possible to compare these measures and rationally determine whether N1 conforms to constitutional law?

Alexy argues that it is possible to devise a scale for different intensities of concrete interference, in order to rationally assign a position on this scale to N1. Following the German Federal Constitutional Court, he favours a triadic model constituted by *light*, *moderate*, and *serious* interference. Like the intensity of interference with P1, the importance of satisfying P2 should be measured concretely. Alexy argues that the same triadic scale can be applied to what concerns P2 as it is applied to what concerns P1: the importance of satisfying P2 is inversely proportional to the non-satisfaction of P2 that would result if P1 were not interfered with. This places both P1 and P2 (or, better, the consequences of N1 toward them) on the same scale and permits to determine which principle weights more as to the case at hand.<sup>5</sup>

If P1 weights more than P2 in the particular case, then N1 is unconstitutional and shall be repealed. On the contrary, if P2 weights more than P1 then N1 will be in accordance with the constitutional legal order.

To give an example of this, imagine that a court awards a private person a sum in damages because a magazine has made public some information about her private life. Is this legal measure in accordance with the law from a constitutional perspective? We face here a typical conflict between freedom of expression (P2) and privacy (P1). In the case of a private person whose private life does not have any public interest, the detriment to P1 will be high and the importance of satisfying P2 light. So the judicial measure will be justified. On the contrary, in the case of a public person whose private behaviour affects her public accountability, the importance associated with P2 will be serious and the interference with P1 light or moderate. So the measure shall not be considered in accordance with the law.

### 3. The Incommensurability Problem Restated

The proportionality test, and the argument from balancing in particular, have been the target of several criticisms: namely, the alleged impressionist character of

---

<sup>5</sup> Note that Alexy (2002: 405ff) has also developed a “weight formula” to calculate the result of balancing; we are not going to consider it here. We will rather stick to the qualitative dimension of the triadic model. See Sartor 2013 and 2018 for a quantitative understanding of it.

proportionality, its unthematized connection to moral reasoning, the fact that proportionality would be a threat to the priority of rights over individual and political interests, etc.<sup>6</sup> We will concentrate here on the so-called “incommensurability problem”, which has traditionally been considered the main source of the irrationality of balancing.

What does it mean to say that one right or principle “outweighs” another in a particular case? A rational mechanism for undertaking this type of weighing is by no means immediately self-evident. Indeed, the idea that one principle or right can “outweigh” another presupposes the commensurability of those principles or rights. If they are incommensurable, in the sense that they cannot be appropriately compared on a common scale, then balancing breaks down, i.e. it does not provide reasons for justifying a judicial outcome. As Justice Scalia has noted, balancing in the presence of incommensurable values “is more like judging whether a particular line is longer than a particular rock is heavy.”<sup>7</sup>

If a judge is asked to decide whether P2 is sufficiently important to justify the limitation of P1 by N1 in a concrete case, she will be forced to either a) find a common metric along which to measure both P1 and P2, or b) make an arbitrary decision between the two. According to some scholars, such a common metric is not available. The grade of satisfaction or non-satisfaction of the freedom of expression, freedom of religion, privacy right, right to profession, right to health care and so on, cannot be adequately compared. In this sense, they are incommensurable.

The concept of incommensurability is actually a contested concept. Those who defend the idea that balancing is a rational means to address constitutional issues typically claim that commensurability should be distinguished from comparability. Two principles or rights are held to be incomparable if they are not related to one another, so that no comparative judgment of their relative weight or value is rationally justified (cf. Chang 1997: 4). On the contrary, incommensurability takes place when two principles or rights are related to one another but we do not have a common measure to evaluate their relative weight. This distinction is often associated to the distinction between strong and weak incommensurability. When principle *A* and principle *B* are strongly incommensurable, then “it is not the case that *A* carries more weight than *B*, and it is not the case that *B* carries more

weight than *A*, and it is not the case that they are of equal weight” (Waldron 1994: 815). Strong incommensurability admits that principle *A* is related to principle *B* in a specific case but denies that a common scale for evaluation is available. On the contrary, weak incommensurability denies that a cardinal ranking among principles is possible, since the realization or non-realization of a principle or right cannot be mathematically quantified. However, weak incommensurability does not exclude that two principles or rights can be ranked *ordinally* with regard to a specific case. Even though we do not have a common measure to calculate their weight, proportionality guides us to collect reasons to prefer one principle over the other. As a result, the incommensurability problem would not affect balancing because this kind of reasoning aims to justify a preferential choice among conflicting principles without assuming that they can be weighted using a cardinal scale.

This defence of balancing is disputable, however. First, one could argue that strong incommensurability actually collapses into incomparability. We have seen that two principles or rights are strongly incommensurable if it is false that of the two “either one is better than the other or they are of equal value” (Raz 1986: 342). But why it is so? Because the two principles do not have any relevant property in common that makes a comparison possible with regard to the choice to be made.<sup>8</sup> As Urbina has put it, there are cases in which

different reasons that bear on an issue require that different properties be realised, which properties might not be reducible to each other, that is, it is not possible to translate one of the properties in terms of the other, or all of them into a single different one. (Urbina 2017: 41)

In this sense, strong incommensurability presupposes incomparability, or is a different term to label the same situation.

Second, the defence of balancing grounded in the idea of weak incommensurability does not seem to address the commensurability problem properly. Those who highlight the relevance of this problem do not claim that two principles or rights *cannot* be ranked using an ordinal scale. They simply say that it is not *appropriate* to do so (Webber 2010: 194). Following Wiggins, one could observe that:

Option *A* is commensurable with option *B* if and only if there is some valuational measure of more and less and there is some property  $\phi$  that is correlative with choice and rationally antecedent to choice or rationally determinant of choice, such that *A* and *B* can be *exhaustively compared* by the

<sup>6</sup> See, among others, Habermas 1996, Webber 2009, Tsakyrakis 2009, Kumm 2007, Kumm 2010, Petersen 2014, Poscher 2015. Cf. Moreso 2010, defending a “specification approach” as an alternative to Alexy’s proportionality approach: the proportionality approach maintains the scope of rights and varies their strength, while the specification approach maintains their strength and varies their scope.

<sup>7</sup> *Bendix Autolite v. Midwesco Enterprises Inc.*, 486 U.S. 888, at 897 (1988).

<sup>8</sup> This might be the reason why Raz uses the terms “incomparability” and “incommensurability” interchangeably. See Raz 1986: 342.

said measure in respect of being more  $\phi$  and less  $\phi$ ; where an exhaustive comparison in respect of  $\phi$ -ness is a comparison in respect of everything that matters about either A or B. (Wiggins 1998: 359)

In other words, to say that P1 and P2 are incommensurable is to say that evaluating the consequences of preferring P1 to P2 (or vice versa) on the basis of a common measure whatsoever would distort, transform, or misrepresent the value, importance, or quality of these consequences, and thus the content of P1 and P2. In this respect, we face a problem of incommensurability when there is not a single (cardinal or ordinal) scale along which P1 and P2 can be ranked which exhausts the considerations that are relevant, in a given context, to the choice to be made.

What matters here is that if P1 and P2 are incommensurable, in the sense just described, balancing lacks rationality, i.e. it does not provide enough reasons to justify constitutional review. In the case of balancing, the judgments about the intensity of interference, the degrees of importance and the relationship between these two variables would be rationally underdetermined.<sup>9</sup> As a consequence, balancing would be impressionistic and unprincipled,<sup>10</sup> and courts would resort to it simply to conceal their political and moral preferences. In a nutshell, proportionality and balancing would make room for judicial arbitrariness or, at least, for a form of strong discretion that can be hardly accommodated with the principle of democracy and the rule of law.

#### 4. Two Forms of Rationality

Alexy's reply to the above concerns is that two forms of rationality have to be distinguished in this context: 1) *technical or instrumental rationality* and 2) *reasonableness* (Alexy 2009: 5). Now, how to distinguish the two? Alexy himself makes reference to some work by Georg Henrik von Wright. According to von Wright, the first of the two forms of rationality is *goal-oriented*: "[it] has to do, primarily,

<sup>9</sup> "[W]here legislative scheme S1 has all the benefits of legislative scheme S2 but the former interferes less with valid interests, the two schemes are commensurable and reason dictates that legislative scheme S1 be preferred. But reason cannot determine the choice between different schemes where there are multiple criteria for evaluation: for example, where legislative scheme S1, whilst interfering less with valid interests, has some but not all of the benefits of legislative scheme S2" (Webber 2009: 100).

<sup>10</sup> "What we find [in balancing] is a characteristically impressionistic assessment of the relative weights of competing considerations, which does not lend itself to a rational reconstruction of the argumentative path that has led to a particular decision. The reasoning is terse and fails to identify the contribution that different considerations make to the outcome" (Tsakyrakis 2009: 482).

with formal correctness of reasoning, efficiency of means to an end, the confirmation and testing of beliefs" (von Wright 1993: 173). As a result, an argumentative technique will be rational from a technical point of view if it complies with the rules of logic, is means/end efficient and based upon truth and reliability. By contrast, reasonableness is *value-oriented*: "[it is] concerned with the right way of living, with what is thought good or bad for man." (ibid.) It characterizes those kinds of reasoning which include value judgments and judgments of obligation. According to Alexy the relationship between technical rationality and reasonableness can be interpreted in either an exclusive or inclusive way. "It is interpreted exclusively when reasonableness is understood as being concerned only with the right and/or the good, and not with logical correctness, efficiency, and empirical truth or reliability" (Alexy 2009: 6). If the relationship is interpreted this way, contradiction, inefficiency, and erroneous assumptions do not preclude an argumentative technique and its outcomes from being reasonable. Von Wright endorses, however, the inclusive interpretation of the relationship: "the reasonable is, of course, also rational – but the 'merely rational' is not always reasonable" (von Wright 1993: 173). Reasonableness presupposes technical rationality but not the other way round. Now, Alexy has shown a changing attitude toward this distinction. Sometimes he endorses von Wright's point of view and claims that balancing leads to reasonable outcomes although it seems to lack technical rationality (Alexy 2002: 144ff.). Sometimes he follows a third path and maintains that "reasonableness and rationality are the same or at least more or less the same" in the practical domain (Alexy 2009: 6). "Practical rationality" is the label often chosen to underline this. It refers to all criteria that one is to apply in order to determine whether a practical judgement is correct.

As it may be, Alexy's idea is that balancing is a paradigmatic form of reasonableness. It includes value judgements but connects them in a rational way, according to the rules of logic, the principle of means/end efficiency and reliability constraints. The law of balancing is thus perfectly rational. It can be seen as a genuine criterion of legal justification. The correctness of its outcomes, however, depends on the fact that its premises are justified according to the system of principles, rules and forms described by the Theory of Practical Discourse (see Alexy 1989: 188-206):

This system comprises criteria that demand non-contradiction, clarity of language, reliability of empirical premises, and sincerity, as well as rules and forms that speak to the consequences, to universalizability, and to the genesis of normative convictions. (Alexy 2017: 24)

Furthermore, this system includes rules that "guarantee freedom and equality in discourse by granting to everyone

the right to participate in discourse and the right to question as well as to defend any and all assertions" (Alexy 2010: 172).<sup>11</sup>

If all of this is true, the incommensurability objection misses its target. Balancing is not about comparing values, preferences or principles and deciding in favour of the alternative that realizes more the set of values, preferences or principles at stake. The word "balancing" has a metaphorical content and makes reference to the exercise of assessing reasons in an open-ended political and moral space under ideal discursive constraints and the normative framework of a given constitution. This argumentative technique does not presuppose that judges can ascertain, from a quantitative point of view, which alternative will satisfy constitutional principles more. Furthermore, P1 and P2 do not necessarily share a common property so that one can determine the losses on each side and claim that less of that property will be lost if the decision furthers P2 rather than P1 or vice versa. Balancing merely sets out an argumentation scheme which warrants the *internal justification* of constitutional review. In other words, balancing is rational since, like *modus ponens* in subsumption, it logically warrants the inference to a legal result (Alexy 2003b: 448). Moreover, its outcomes can be reasonable. The reasonableness and legal correctness of a constitutional review based on the law of balancing will depend on further constraints, i.e. the rules of practical discourse which govern the *external justification* of judicial decisions.

Now, is all of this true? That is, is balancing *per se* a rational technique of legal justification or its rationality and reasonableness depend on other factors or considerations?<sup>12</sup>

To answer this question, we will discuss a paradigmatic case used by Alexy to show that balancing is rational and its outcomes can be clearly reasonable.

## 5. The Tobacco Case

In 1997 the German Federal Constitutional Court was asked whether a legal provision imposing on tobacco producers the duty to place health warnings on their products was in accordance with German Constitutional Law (BVerfGE 95, 173). The Court considered this duty to be a relatively *light* interference with the freedom to pursue one's profession stated by Art. 12 of the Constitution (P1). In particular, the Court noted that the imposed duty was lighter than other possible legal measures: a total ban on all tobacco products would count

as a "serious" interference, and restrictions imposed on tobacco sellers as a "moderate" one. The same scale was applicable to the competing reasons. The health risks resulting from smoking are high, so imposing health warnings on tobacco products promotes the protection of health as requested by the German Constitution (P2). This legal duty aims at discouraging people from smoking and the expected benefits for health are equally high. Now, this understanding of the matter clearly brings to a compelling conclusion:

If in this way the intensity of interference is established as minor, and the degree of importance of the reasons for the interference as high, then the outcome of examining proportionality in the narrow sense can well be described – as the Federal Constitutional Court has in fact described it – as 'obvious'. (Alexy 2003a: 137)

For our purposes here, it is worth looking at the argumentation of the German Constitutional Court in the tobacco case more closely.

The argumentation of the Court can be reconstructed as an exchange of reasons between two speakers: the appellant (AP) who represents the interests of tobacco producers, on the one side, and the German Constitutional Court (CC), on the other.<sup>13</sup> Any assertive or prescriptive utterance made by the speakers can be seen as a speech act committing each of them to a determinate set of inferences, a commitment instituted by the participants in a legal practice attributing to each other such a status. If the commitment undertaken in asserting *p* or in prescribing *q* is discursively fulfilled, so that the speaker is entitled to assert *p* or to prescribe *q*, the inferences used are taken as valid from an intersubjective point of view, determining, in case of a constitutional review, if a given legal norm is in accordance with constitutional law. In a nutshell, inferential entitlements are fulfilled commitments; and the outcome of the argumentative exchange, namely the Court's decision, should reflect them by granting the appellant what was asked if the relevant commitments have been fulfilled, or otherwise rejecting the appellant's requests.

Being N1 the norm imposing to place health warnings on tobacco products, the AP makes the following claims in a rational reconstruction of the actual exchange:

<sup>13</sup> From a procedural point of view, however, the speakers are rather three: the appellant, the respondent and the Court. For the sake of simplicity we consider the respondent's claims as identical to the Court's. As a further point, it can be argued that the reasoning of the German Constitutional Court has here the form of a "conductive argument", where multiple independent and convergent premises do not depend or rely on each other. Each premise counts separately in support or against the conclusion. If one or more premises are removed from the argument, the argument still stands. On the characteristics of conductive arguments see Wellman 1971, Govier 1999, Blair and Johnson 2011.

<sup>11</sup> See van Eemeren and Grootendorst 2004 for a similar conception of argumentation.

<sup>12</sup> To put it differently, is balancing strictly connected or not to the argumentative commitments undertaken by judges in a concrete justification process?

(AP1) N1 interferes with freedom of expression (Art. 5 of the German Constitution) since tobacco producers are requested to express alien opinions that they do not agree with.

(AP2) The information provided to tobacco consumers through the warnings is incorrect: such warnings make consumers believe that there is a mono-causal relationship between smoking, on the one hand, and lung cancer and coronary heart diseases, on the other. But this relationship does not actually hold.

(AP3) N1 interferes with freedom of profession (Art. 12 of the German Constitution) since tobacco producers ought to adopt a commercial practice which discourages consumers to buy their products and which is against market freedom.

(AP4) N1 interferes with property rights (Art. 14 of the German Constitution) since tobacco producers are limited in the ownership of their products and advertising is restricted.

The Constitutional Court considered the commitments undertaken by the appellant as follows:

(CC1) N1 does not interfere with the freedom of expression since it is clearly specified in the warnings that they express the opinion of the Ministry of Health Care and not that of the producers.

Therefore, the appellant is not entitled to claim AP1.

(CC2) The information provided to consumers is not incorrect. According to current scientific knowledge, it is generally accepted that smoking is risky for health. Warnings such as “Smoking causes cancer” and “Smoking causes heart attack” do not mean that there is a mono-causal relationship between smoking and these diseases, so that smokers will definitely contract cancer or have a heart attack and non-smokers will not. The word “causes” is to be read according to its standard meaning in ordinary language. Such warnings simply inform consumers that the probability of contracting those diseases is higher for smokers.<sup>14</sup>

Therefore, the appellant is not entitled to claim AP2.

(CC3) N1 actually interferes with freedom of profession (P1) since it requires tobacco producers to undertake

<sup>14</sup> To our impression, however, it is doubtful that ordinary speakers by “causation” mean an increase in probability. Rather, it would be more adequate to say that they refer not only to mono- but also to plural-causal relationships.

a practice which discourages consumers from buying tobacco products.

Therefore, the appellant *is entitled* to claim AP3.

(CC4) N1 does not interfere with property rights and market freedom since the duty to put health warning labels does not limit the ownership of products, nor limits the possibility to sell them. Such warnings simply provide medical information about the consequences of smoking and the duty applies to all producers without altering market competition.

Therefore, the appellant is not entitled to claim AP4.

It is worth noting that the claims of the Court are justified by a set of legal arguments, i.e. an argument from wording (CC1), an argument from scientific evidence (CC2),<sup>15</sup> an argument from consequences (CC3), and a systemic argument (CC4).<sup>16</sup> On the basis of this exchange of reasons, the Court recognizes that N1 is in tension with P1 insofar as it interferes with the fundamental right protected by P1 (freedom of profession). Such an interference can be seen only if one looks at the *consequences* of N1, which can be more or less restrictive as to the exercise of the protected right, and can be ranked accordingly as “light”, “moderate” or “serious”. In the Tobacco Case, the Court claimed that N1 interferes with the protected right less than other hypothetical legal measures, such as limitations for sellers (N2) or a total ban on tobacco products (N3). Notice that the mention of such alternative measures, namely N2 and N3, was somehow strategically chosen by the Court, which could have considered other, less restrictive forms of regulation than N1 in the comparison. The ranking could have been different from the one considered by the Court.<sup>17</sup> What matters here, however, is that in order to set out the first premise of a balancing argument a comparison between the consequences of an actual norm (N1) and other, hypothetical norms (N2, N3) is needed.

*So, more generally, balancing requires the use of an argument from comparative consequence which justifies premise (a) of the balancing argument, stating the degree of non-satisfaction of P1 or interference with P1.*

(See § 2 above on the structure of the balancing argument and an analytical distinction of its premises).

<sup>15</sup> More in detail, (CC2) is based on the authority of scientific knowledge and supposedly connects to the ordinary meaning of “causation”.

<sup>16</sup> (CC4) is a systemic argument in that it requires an understanding of the relevant norms on ownership and market freedom.

<sup>17</sup> For instance, Webber has claimed that the assumption according to which the interference of tobacco regulation with freedom of profession is “light” or “minor”, is highly disputable from an economic point of view. See Webber 2010: 184-185.

To restate this point, when balancing fundamental rights or principles judges commit themselves to the use of at least another argument. In this case, it was clearly an argument from consequence, namely the actual or at least expected consequence of a decrease in tobacco sales given N1. Additionally, the consequences of the alternative norms (such as N2 and N3) are hypothetical and need to be constructed out of hypothetical or counterfactual arguments (more on this below).

The next step in the argumentation of the German Constitutional Court in the tobacco case is the following: the Court claims that the advantages for the protection of health stemming from N1 are high. More precisely, if N1 were repelled for lack of conformity to P1, then the non-satisfaction of P2 would be “serious”. The Court imagines here a hypothetical situation in which N1 is constitutionally invalid, and determines what the consequences of this fact would be in such a situation. The Court assumes that warning labels on tobacco products have a relevant impact on tobacco consumers and contribute to change their behaviour. Thus, the conclusion of this argument sets out the second premise of balancing, which concerns the importance of realizing P2 through the application of N1.

*So, more generally, in this understanding balancing requires the use of a counterfactual argument which justifies premise (b) of the argument, stating the importance of the satisfaction of P2.*

This leads the Court to comparative premise (c) and to conclusion (d) of its reasoning. Since the interference of N1 with the right protected by P1 is light, and the advantages triggered by N1 for P2 are high, it follows that N1 conforms to constitutional law. This final step connects the argument from comparative consequence to the counterfactual argument considered above on the basis of the relevant desiderata. Given the actual and counterfactual consequences of N1 in society, it is better to promote P2 than P1 in the considered situation.

Some observations are in order here. We have seen that the first premise of balancing, namely (a), is the result of an argument from comparative consequence. In using this kind of argument a court commits itself to a number of empirical and normative claims (see Feteris 2005) that we cannot consider here. In the context of balancing, the relevant aspect of the argument is that, in order to rank the desirability of the consequences of N1, the court must outline some hypothetical norms such as N2 and N3, which do not actually belong to the actual legal system. Now a court could outline N2 and N3 strategically in order to show that the consequences of N1 are more or less desirable.

With regard to the second premise of balancing, namely (b), it could be observed that counterfactual arguments give rise to a number of concerns as to the reliability of their conclusions. In the tobacco case the Court imagines a counterfactual situation (N1 is repelled)

and claims that some definite consequences would follow from that (the dangers for health would be high, and higher than they are with N1). But is this true? The German Constitutional Court admitted that “in the last few years the consumption of tobacco products has increased despite warnings labels on tobacco packaging” (BVerfGE 95, 173, § 59). According to the Court, however, “the duty of warning labelling hampers a higher increase in tobacco consumption”. This conclusion is hardly convincing. The fact that tobacco consumption has increased after the enactment of N1 shows the inefficacy of N1, or, to use Alexy’s terms, that it is not a suitable means to promote P2. What possibly explains this is the fact that consumers are already aware of what the warnings tell them, or tobacco addiction persists even if consumers are well informed of the consequences of their behaviour, or warning labels in some cases render smoking even more desirable. As it may be, the counterfactual argument of the Court should be reformulated this way: if N1 were repelled and health warnings removed, the consumption of tobacco would not increase. If this would be true, the advantages for the promotion of P2 would be light or even null. And still P1 would be affected by N1. Therefore N1 would not pass the suitability test, which is the first step of the proportionality assessment according to Alexy and the German Constitutional Court (again, see § 2 above).

Finally, the question confronted by a court in the balancing process is not the comparison between general principles, such as freedom of speech and privacy, life and quality of life, freedom of profession and right to health care. The commensurability of those principles is a false issue. Rather, when balancing rights or principles courts actually compare different (actual and hypothetical) regulations of the same issue and determine what the consequences of those regulations would be with regard to principles such as P1 and P2. On the basis of this comparison, the court then decides which expected consequence is to be preferred and thus the “relative social importance”<sup>18</sup> of P1 and P2 as to the relevant issue.

## 6. Conclusion

In this paper we have claimed that balancing is neither rational nor irrational *per se*. This argumentation technique does not logically warrant by itself the conclusion of a practical inference and a definite outcome in constitutional review. It simply connects other legal arguments on the basis of various considerations on the relevant

<sup>18</sup> Barak 2010: 7ff. According to Barak, in the final step of the proportionality test courts strike a balance between the “marginal benefit” to P2 and “the marginal harm” to P1 determined by N1. As such “the comparison is concerned with the marginal and the incremental” (ibid.: 8; cf. Sartor 2010: 199-200). See also Barak 2012.

desiderata. Therefore, the “rationality” of balancing depends on the justification conditions of its premises.<sup>19</sup> If a court complies with the discursive commitments that are presupposed by the proportionality test, then balancing can be seen as a reasonable procedure of justification in judicial decision-making. If it does not, then this technique is not apt to justify constitutional review.

The current critical debate on proportionality seems not to be fully aware of this and tends to overestimate the incommensurability problem, i.e. the fact that the the principles or rights under scrutiny in constitutional review could not be compared. In our view, the incommensurability objection is correct in so far as it highlights that balancing *per se* does not provide enough reasons to justify constitutional review. It must be complemented by other reasons that support its premises. As a matter of fact, the problem of external justification has not been sufficiently addressed by the theorists of proportionality. Alexy himself has not devoted his attention to it in recent years. While Alexy and his scholars punctually replied to a number of criticisms about the nature and the effects of proportionality, they did not take into consideration the theoretical and practical problems that Alexy’s idealized theory of legal justification gives rise to in the specific context of the proportionality test.<sup>20</sup> As a matter of fact, the truth conditions of the premises of balancing are far from being obvious. The justification of statements such as (a) “The non-satisfaction of P1 triggered by N1 is x” and (b) “The importance of the satisfaction of P2 through N1 is y” requires a demanding argumentative work that is often not carried out by courts, which not infrequently use proportionality as if it were *per se* sufficient to ground their decisions.

The analysis of the Tobacco Case has shown some basic argumentative structures of the external justification of balancing in the narrow sense. First, balancing requires the use of an argument from comparative consequence which justifies premise (a), stating the degree of interference of a legal measure with P1. The key issue here is to select other, hypothetical legislative schemes or legal measures that the legislature or the government could have reasonably chosen to pursue their political ends, and to determine what consequences these measures would have brought about in society if they had been adopted. A court might select the alternative measures strategically and, in so doing, inappropriately determine the degree of interference by means of a

comparison between unreasonable alternatives. Besides, the consequences of these alternatives are often disputable since they depend, in most cases, on probabilistic predictions based upon limited sets of data.<sup>21</sup> Second, balancing requires the uses of a counterfactual argument which justifies premise (b), stating the importance of the satisfaction of P2 by means of the legislative scheme or legal measure under scrutiny. At this stage of the external justification, the court is called upon to imagine a hypothetical situation in which the legal measure has been struck down, and to determine to what extent this would negatively affect the satisfaction of P2. Once again, the evaluation of the court must here be based on reliable empirical data and calls into play a form of counterfactual reasoning the conclusion of which can be highly questionable. The way in which this hypothetical situation is outlined by the court, together with the elements that are included or excluded from the counterfactual picture, strongly affects the reliability of the second premise of balancing.

If those demanding argumentative commitments are not explicitly undertaken and satisfied by courts, balancing turns into an irrational means of legal justification that transforms constitutional review into a judicial lottery.

## References

- Aleinikoff, T. Alexander (1987), “Constitutional Law in the Age of Balancing”. *The Yale Law Journal* 97, 943-1005.
- Alexy, Robert (1989), *A Theory of Legal Argumentation: The Theory of Rational Discourse As Theory of Legal Justification*. Oxford: Clarendon Press.
- Alexy, Robert (1995), *Probleme der Diskurstheorie*. In *Id., Recht, Vernunft, Diskurs*, 109-126. Frankfurt am Main.: Suhrkamp.
- Alexy, Robert (2002), *A Theory of Constitutional Rights*. Oxford: Oxford University Press.
- Alexy, Robert (2003a), “Constitutional Rights, Balancing and Rationality”. *Ratio Juris* 16(2), 131-140.
- Alexy, Robert (2003b), “On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison”. *Ratio Juris* 16(4), 433-449.
- Alexy, Robert (2007), “Thirteen Replies”. In G. Pavlakos (ed.), *Rights and Discourse: The Legal Philosophy of Robert Alexy*, 333-366. Oxford: Hart.

<sup>19</sup> “[P]roportionality analysis is... a formal structure that essentially depends on premises provided from outside” (Alexy 2007: 344).

<sup>20</sup> In the 90s Alexy discussed some general objections to his theory of practical discourse and legal justification: see Alexy 1995. However, it is rather surprising that he did not address the specific problems generated by the external justification of balancing.

<sup>21</sup> It could be objected here that Alexy’s Weight Formula takes into consideration these aspects of external justification. When applying the Weight Formula, a court is required to determine the degree of reliability of the empirical assumptions concerning what the legal measure in question means for the realization or non-realization of the considered principles. See Alexy 2017: 17ff. However, the Formula does not account for the counterfactual character of some of these assumptions, nor specifies under what conditions an assumption of this sort can be seen as “reliable”, “plausible” or “not evidently false”.

- Alexy, Robert (2009), "The Reasonableness of Law". In G. Bongiovanni, G. Sartor, C. Valentini (eds.), *Reasonableness and Law*, 5-15. Dordrecht: Springer.
- Alexy, Robert (2010), "The Dual Nature of Law". *Ratio Juris* 23(2), 167-182.
- Alexy, Robert (2017), "Proportionality and Rationality". In V.C. Jackson, M. Tushnet (eds.), *Proportionality. New Frontiers, New Challenges*, 13-29. Cambridge: Cambridge University Press.
- Atienza, Manuel, and García Amado, José Antonio (2016), *Un debate sobre la ponderación*. Lima: Palestra.
- Barak, Aharon (2010), "Proportionality and Principled Balancing", *Law & Ethics of Human Rights* 4(1), 1-16.
- Barak, Aharon (2012), *Proportionality: Constitutional Rights and Their Limitations*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Beatty, David M. (2004), *The Ultimate Rule of Law*. Oxford: Oxford University Press.
- Blair, J. Anthony and Johnson, Ralph H. (eds.) (2011), *Conductive Argument. An Overlooked Type of Defeasible Reasoning*. London: King's College Publications.
- Borowski, Martin (2007), "Limiting Clauses. On the Continental European Tradition of Special Limiting Clauses and the General Limiting Clause of Art 52(1) Charter of Fundamental Rights of the European Union", *Legisprudence* 1, 197-240.
- Chang, Ruth (1997), "Introduction." In R. Chang (ed.), *Incommensurability, Incomparability, and Practical Reason*, 1-34. Cambridge: Harvard University Press.
- Duarte, David, and Sampaio, Jorge Silva (eds.) (2018), *Proportionality in Law. An Analytical Perspective*. Cham: Springer.
- Feteris, Eveline (2005), "The Rational Reconstruction of Argumentation Referring to Consequences and Purposes in the Application of Legal Rules: A Pragma-Dialectical Perspective". *Argumentation* 19, 459-470.
- Govier, Trudy (1999), "Reasoning with Pros and Cons: Conductive Arguments Reconsidered". In Id., *The Philosophy of Argument*, 155-180. Newport News: Vale Press.
- Habermas, Jürgen (1996), *Between Facts and Norms: Contributions to a Discursive Theory of Law and Democracy*. Cambridge: Polity Press.
- Holmes, Oliver Wendell (1881), *The Common Law*. Boston: Little, Brown & Company.
- Kumm, Mattias (2007), "Political Liberalism and the Structure of Rights: On the Place and Limits of the Proportionality Requirement". In G. Pavlakos (ed.), *Rights and Discourse: The Legal Philosophy of Robert Alexy*, 131-166. Oxford: Hart.
- Kumm, Mattias (2010), "The Idea of Socratic Contestation and the Right to Justification: The Point of Rights-Based Proportionality Review". *Law & Ethics of Human Rights* 4(2): 141-175.
- Lindahl, Lars (2009), "On Robert Alexy's Weight Formula for Weighing and Balancing". In A. Silva Días et al. (eds.), *Liber Amicorum de José de Sousa e Brito*, 355-375. Coimbra: Almedina.
- Moreso, José Juan (2010), "Conflictos entre derechos constitucionales y maneras de resolverlos". *Arbor* 186(745), 821-832.
- Petersen, Niels (2014), "How to Compare the Length of Lines with Weight of Stones: Balancing and the Resolution of Value Conflicts in Constitutional Law". *German Law Journal* 14, 1387-1408.
- Poscher, Ralf (2015), "Theory of a Phantom. The Principles Theory's Futile Quest for its Object". *ARSP* 144, 129-148.
- Pound, Roscoe (1908), "Mechanical Jurisprudence". *Columbia Law Review* 8, 605-623.
- Raz, Joseph (1986), *The Morality of Freedom*. Oxford: Clarendon Press.
- Sartor, Giovanni (2010), "Doing Justice to Rights and Values: Teleological Reasoning and Proportionality". *Artificial Intelligence and Law* 18, 175-215.
- Sartor, Giovanni (2013), "The Logic of Proportionality: Reasoning with Non-Numerical Magnitudes". *German Law Journal* 14(8), 1419-1456.
- Sartor, Giovanni (2018), "A Quantitative Approach to Proportionality". In G. Bongiovanni et al. (eds.), *Handbook of Legal Reasoning and Argumentation*, 613-636. Dordrecht: Springer.
- Tsakyrakis, Stavros (2009), "Proportionality: An Assault on Human Rights?", *International Journal of Constitutional Law* 7 (3), 468-493.
- Tuzet, Giovanni (2020), "Alexy and Economics". *Bocconi Legal Studies Research Paper Series*, [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3542475](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3542475)
- Urbina, Francisco J. (2017), *A Critique of Proportionality and Balancing*. Cambridge: Cambridge University Press.
- van Aaken, Anne (2008), "How to do Constitutional Law and Economics: A Methodological Proposal". In T. Eger et al. (eds.), *Internationalization of the Law and its Economic Analysis*, 651-665. Wiesbaden: Gabler.
- van Eemeren, Frans H., and Grootendorst, Rob (2004), *A Systematic Theory of Argumentation. The Pragma-Dialectical Approach*. Cambridge: Cambridge University Press.
- von Wright, Georg Henrik (1993), "Images of Science and Forms of Rationality". In Id., *The Tree of Knowledge and Other Essays*, 172-192. Leiden: Brill.
- Waldron, Jeremy (1994), "Fake Incommensurability: A Response to Professor Schauer". *Hastings Law Journal* 45: 813-824.
- Webber, Grégoire (2009), *The Negotiable Constitution. On the Limitation of Rights*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Webber, Grégoire (2010), "Proportionality, Balancing, and the Cult of Constitutional Rights Scholarship".

*Canadian Journal of Law and Jurisprudence* 23,  
179-202.

Wellman, Carl (1971), *Challenge and Response: Justification in Ethics*. Carbondale: Southern Illinois University Press.

Wiggins, David (1998), "Incommensurability: Four Proposals". In Id., *Needs, Values, Truth: Essays in the Philosophy of Value*, 357-380. Oxford: Oxford University Press.

# LOGICA E RAZIONALITÀ NELLA RICOSTRUZIONE GIUDIZIALE DEI FATTI

ROBERTO POLI

Professore ordinario nell'Università di Cassino e del Lazio Meridionale

**Sommario:** 1. Premessa. – 2. La logica e la razionalità nel discorso del giudice sui fatti. – 3. La logica come strumento di conoscenza del mondo. – 4. La logica come elemento strutturale del discorso del giudice nella ricostruzione dei fatti. – 5. La razionalità del discorso del giudice nella ricostruzione dei fatti. – 6. La logica nel giudizio di probabilità sulla verità degli enunciati fattuali. – 7. Conclusioni.

1. – Negli ultimi anni si assiste ad un rinnovato interesse per il giudizio di fatto, quale elemento essenziale per il conseguimento di una sentenza giusta<sup>1</sup> e, di conseguenza, per i limiti del suo controllo in sede di legittimità, anche in ragione dei suoi riflessi sull'attività nomofilattica della Corte<sup>2</sup>. In questa prospettiva si avverte l'esigenza che il discorso del giudice sia logico: vale a dire fondato e sviluppato sulla base di schemi di ragionamento certi nelle loro componenti strutturali. La logica che appare preferibile, in questa direzione ed in astratto, è la logica *dimostrativa*, che si correla alla logica *deduttiva* e, perciò, *sillogistica*. Solo questo tipo di logica, anzitutto, assicura conclusioni certe; secondariamente, evita il rischio di derive soggettivistiche e, da ultimo, consente un pieno ed adeguato controllo del discorso del giudice; controllo che riguarda le regole della logica, indipendentemente dagli elementi specifici del caso concreto, e quindi rientrante nell'ambito di un controllo di legittimità della decisione<sup>3</sup>. È all'interno di questo contesto che si può discorrere di funzione dimostrativa della prova. Nella medesima prospettiva si parla, secondo una chiara impostazione metodologica, di concezione epistemologica del processo o, quanto meno, più frequentemente, di concezione razionale del giudizio, concezione razionale della prova, della decisione e della motivazione. Il giudice deve porre a fondamento della sua decisione la ricostruzione razionale dei fatti reali del mondo, basandosi sul modo di essere del mondo, e non deve decidere in base a considerazioni di natura soggettivistica, vale a

dire in base alle sue personali convinzioni, condizionate dalle proprie singolari visioni del mondo o, peggio, dalle proprie intuizioni ed emozioni. Non rileva l'intima convinzione del giudice, formata sulla base di elementi soggettivi ed irrazionali (emozioni, intuizioni, vissuto e cultura personale); bensì rileva il suo convincimento razionale, fondato, oltre che naturalmente sugli elementi di prova, sulle oggettive leggi di organizzazione e funzionamento del mondo, per come ricostruite in base ad un approccio epistemologico alla realtà del mondo stesso e alla realtà del singolo processo. È poi necessario che il discorso del giudice sia compiutamente spiegato e giustificato, in modo che si possa perfettamente controllare se e quanto tale discorso si sia discostato da siffatti parametri, sì da poter apportare gli opportuni correttivi, in sede d'impugnazione e non solo (si pensi alla funzione extraprocessuale della motivazione). Di qui anche l'affermarsi, sempre con maggiore intensità, del sapere scientifico e della prova scientifica in senso stretto all'interno del processo, in particolare penale<sup>4</sup>. Questo è il quadro auspicato e auspicabile, ma la realtà è ben diversa. Infatti, anche la legge della scienza – oltre naturalmente a quella che si trae dal c.d. senso comune –, legge che va via via affermandosi nel processo, non può determinare e di fatto non determina risultati certi, bensì solo risultati dotati di un certo grado di probabilità<sup>5</sup>. Questa legge della scienza deve poi flettersi alla legge del processo, che a sua volta limita ulteriormente e assai significativamente le potenzialità del discorso scientifico diretto alla ricerca della verità. Ai fini della conoscenza

\* Il presente lavoro, qui aggiornato nelle note, mi è servito di base per l'intervento svolto a Messina il 28 settembre 2019 al XXXII Convegno nazionale dell'Associazione fra gli studiosi del processo civile, ed è destinato alla raccolta di scritti in memoria di Franco Cipriani.

<sup>1</sup> V. per tutti M. Taruffo, *Verso la decisione giusta*, Torino, 2020, *passim*; Id., *La semplice verità*, Bari, 2009, *passim*.

<sup>2</sup> Cfr., in proposito, soprattutto gli scritti di B. Sassani, *La deriva della Cassazione e il silenzio dei chierici*, in questa *Rivista* 2019, 43 ss.; Id., *Riflessioni sulla motivazione della sentenza e sulla sua (in)controllabilità in Cassazione*, in *Corr. giur.* 2013, 849 ss.

<sup>3</sup> Cfr. F.M. Iacoviello, *La Cassazione penale*, Milano 2013, 31 ss.

<sup>4</sup> Cfr. Aa.Vv., *Scienza, diritto e processo penale nell'era del rischio*, a cura di A. Amato, G. Flora e C. Valbonesi, Torino, 2019; Aa.Vv., *Dimensione tecnologica e prova penale*, a cura di L. Lupária, L. Marafioti, G. Paolozzi, Torino 2019; Aa.Vv., *Prova scientifica e processo penale*, a cura di G. Canzio e L. Lupária Padova, 2018; Aa.Vv., *La prova scientifica nel processo penale*, a cura di G. Carlizzi e G. Tuzet, Torino, 2018; Aa.Vv., *Prova scientifica, ragionamento probatorio e decisione giudiziale*, a cura di M. Bertolino e G. Ubertis, Napoli, 2015; Aa.Vv., *L'«operazione decisoria» da emanazione divina alla prova scientifica*, a cura di L. de Cataldo Neuburger, Padova, 2014.

<sup>5</sup> Cfr. L. Ferrajoli, *Diritto e ragione*, Bari 2000, 18 ss.

dei fatti, si devono invero fare i conti sia con i limiti gnoseologici del discorso scientifico, sia con i limiti strutturali del processo, che ostacolano la ricerca della verità e di risultati probatori certi (emergono infatti limitazioni in punto di qualità e quantità delle informazioni utilizzabili, nonché di verificabilità dei risultati ottenuti; oltre a schemi di determinazione dei fatti che possiamo tranquillamente definire antiepistemicici)<sup>6</sup>. Il discorso scientifico deve poi tener conto delle peculiarità dell'accertamento processuale. Questo, infatti, ha ad oggetto fatti unici, contingenti, irripetibili, i cui contorni sono molto spesso ricostruiti in modo sfuocato: non siamo in laboratorio, dove le premesse di fatto (le informazioni di base) sono chiare, precise, ottimamente preparate e gli esperimenti riproducibili all'infinito, sì da poter individuare ed applicare leggi scientifiche in termini adeguatamente credibili. Anzi, il giudice, in moltissimi casi, deve elaborare massime d'esperienza *ad hoc* (ove tale sintagma non appaia un ossimoro), vale a dire calibrate sullo specifico, peculiare, unico e irripetibile caso concreto<sup>7</sup>. D'altro canto, occorre altresì sempre tenere a mente che il giudice non è uno scienziato e non può verificare l'esattezza del discorso scientifico utilizzato nel processo<sup>8</sup>; e che vi è un ineliminabile «scarto semantico» tra (premesse e conclusioni del) discorso scientifico e discorso giuridico del giudice<sup>9</sup>. Infine, ma non per importanza, deve altresì tenersi conto, come vedremo, che le scelte, per lo più di *valore probatorio*, e le decisioni anche in punto di fatto sono significativamente condizionate dalle *conoscenze di sfondo* di chi il giudizio compie, vale a dire, nel caso che ci interessa, del giudice. Quindi? Premesso che in uno stato di diritto e al fine di pervenire ad una decisione giusta il giudice *deve ragionare* (bene) e *deve rendere conto del suo ragionamento nella motivazione* della decisione, in che termini si può parlare di logica e razionalità nella ricostruzione giudiziale dei fatti? Vediamo tutto ciò con ordine e maggiore dettaglio<sup>10</sup>.

2. – Tra logica e discorso del giudice nel processo può individuarsi una serie copiosa di relazioni<sup>11</sup>; tuttavia,

<sup>6</sup> Si pensi, ad es., alle preclusioni, anche per giudicato interno sulle questioni di fatto, e al principio di non contestazione di cui all'art. 115, comma 1°, c.p.c.

<sup>7</sup> G. Carcaterra, *La logica nella scienza giuridica*, Torino 2015, 116-117; F.M. Iacoviello, *op. cit.*, 327-328.

<sup>8</sup> R. Blaiotta, G. Carlizzi, *Liberio convincimento, ragionevole dubbio e prova scientifica*, in Aa.Vv., *Prova scientifica e processo penale*, cit., 367 ss., spec. 439 ss.

<sup>9</sup> S. Haack, *Legalizzare l'epistemologia*, Milano 2015, 14 ss.

<sup>10</sup> Per la posizione e la trattazione di questo tema nell'ambito del processo penale, v. Aa.Vv., *L'argomentazione giudiziale e il suo controllo in Cassazione*, Roma, 2012, ed in particolare, M. Manzin, *Quale logica per il processo penale?*, *ivi*, 63 ss.

<sup>11</sup> Una logica per la rappresentazione della conoscenza giuridica dovrebbe comprendere logiche modali, deontiche, epistemiche, temporali, dell'azione e ogni altra logica necessaria per affrontare

qui interessa la logica del giudizio di fatto: di cosa si parla, pertanto, quando si nomina la logica del giudice nell'attività di ricostruzione dei fatti? Qual è l'apparato categoriale di cui dispone il giudice nel giudizio di fatto? La risposta, di primo acchito, è tutt'altro che semplice, ed è opportuno distinguere il discorso su tre livelli.

3. – Anzitutto, da un primo e più generale punto di vista, la «logica» rientra tra gli strumenti di conoscenza del mondo che si traggono dall'esperienza (in senso lato) dell'uomo. Di conseguenza, la «logica», come tutti gli altri strumenti di conoscenza del mondo, aiuta il giudice nella sua attività di ricostruzione dei fatti della causa. Ora, come è noto, sussiste una serie sterminata di «logiche», e lo stesso significato del termine «logica» (e del corrispondente aggettivo «logico») è tutt'altro che univoco<sup>12</sup>. Poiché, in generale, per «logica» si intende

i concetti del linguaggio comune (così, G. Sartor, *Le applicazioni giuridiche dell'intelligenza artificiale*, Milano 1990, 297). Per un'eccellente sintesi v. G. Carcaterra, *op. cit.*, *passim*; v. altresì T. Mazzaresse, *Forme di razionalità delle decisioni giudiziali*, Torino 1996, 17 ss.

<sup>12</sup> Si veda, in proposito, la voce «Logica» nel *Vocabolario on line* e nella *Enciclopedia on line* Treccani. V. anche la voce *Logica e processi cognitivi*, sempre nella *Enciclopedia on line* Treccani, nonché D'Agostini, *Le ali al pensiero*, Roma, 2015, 113 ss. M. Taruffo, *Verità e prova nel processo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2018, 1318, afferma che la «logica proposizionale fornisce anche al giudice gli strumenti e i modelli di inferenza che possono e debbono essere utilizzati in qualsiasi decisione che pretenda di essere razionalmente giustificata», e così anche in *Id.*, *Note sparse su probabilità e logica della prova*, *ivi* 2016, 1515; tuttavia l'indicazione appare fuorviante: *i*) sia perché la logica proposizionale, o degli enunciati, è una logica simbolica, formalizzata e di fruibilità piuttosto problematica – v. F. D'Agostini, *Le ali al pensiero*, Roma 2015, 21 ss., 25 ss.; e lo stesso M. Taruffo, *Situazioni probatorie. Aspetti logici della decisione sui fatti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2013, 500 ss. – mentre, a quanto mi consta, nessun giudice redige le motivazioni delle proprie sentenze attraverso i simboli della logica proposizionale; *ii*) sia perché la logica proposizionale studia la *validità* dei ragionamenti a prescindere dal *valore di verità* – secondo un'idea aletica di verità, nel senso inteso da M. Taruffo, *La semplice verità*, cit., 78 – degli enunciati di cui tali ragionamenti sono costituiti: in altre parole, nella logica proposizionale non ci si occupa dei *contenuti*, delle proposizioni, ma esclusivamente della loro *forma*; mentre il giudice, quando valuta le prove secondo il suo prudente apprezzamento, deve anzitutto preoccuparsi, nei limiti in cui ciò sia possibile, del valore di verità degli enunciati che compongono il suo ragionamento sui fatti; *iii*) sia, infine e soprattutto, come risulterà più chiaramente nel corso di questo lavoro, perché la più importante e delicata attività del giudice, nell'ambito del ragionamento probatorio e in particolare nella valutazione delle prove libere, non consiste in operazioni logico-formali, bensì in *attribuzioni di valore*, per le quali assai ridotto è il contributo che possono offrire gli strumenti della logica proposizionale (cfr. ad es., G. Carcaterra, *op. cit.*, 142-143: ebbene, in merito al giudizio sulla erroneità della scelta della massima d'esperienza non possono essere d'aiuto gli strumenti della logica proposizionale, perché tale giudizio dipende, in ultima analisi, dalle soggettive *conoscenze di sfondo* di chi esprime il giudizio,

la teoria o l'indagine relativa alle condizioni di validità dei procedimenti di inferenza di un giudizio da un altro, rispetto alla funzione di strumento per la conoscenza e la determinazione dei fatti nel processo, ora considerata, la logica nel discorso del giudice svolge un ruolo sicuramente più significativo e importante quando si tratta di verificare la correttezza e la coerenza del suo ragionamento. Tuttavia, un ruolo, peraltro marginale, anche per la ricostruzione dei fatti viene svolto dalla logica formale matematica quando si tratti di effettuare determinati calcoli: così, ad es., può servire un calcolo matematico per determinare la quantità di cemento armato impiegato in una determinata costruzione; oppure per calcolare la velocità di un'autovettura coinvolta in una collisione; ovvero, per determinare un'altezza, uno spazio, un peso o un tempo; diversamente, per calcolare un reddito, o un tributo dovuto; ovvero per determinare la quota della pensione liquidabile od una retribuzione; oppure l'esatto ammontare di una obbligazione pecuniaria liquida; o del danno biologico, nonché gli accessori del danno stesso, quali interessi e rivalutazione monetaria; e così via. Si tratta però, come accennato, di ipotesi marginali nell'ambito dei ragionamenti del giudice finalizzati alla ricostruzione dei fatti<sup>13</sup>.

e dalle scelte di valore che quelle conoscenze determinano, come dovrebbe risultare chiaro da quanto sarà esposto nel presente saggio; si pensi, ad es., al riconoscere o meno validità scientifica e quindi utilizzabilità nel processo alla c.d. PAS: cfr., al riguardo, da ultimo, Cass. 16 maggio 2019, n. 13274). Di sicuro, non è con la logica proposizionale che si può garantire la qualificazione di probabilità in termini oggettivi, come sostenuto da Taruffo sin da *Studi sulla rilevanza della prova*, Padova, 1970, p. 240, nota 17. In ultima analisi, resta il fatto che «dimostrare teoremi in un sistema formale non è un'attività sintomatica della razionalità umana perché la nostra specie deve sopravvivere in un ambiente dove il limite alle nostre azioni in tempo reale non sta tanto nell'incapacità di cogliere tutte le conseguenze dell'informazione disponibile, quanto nell'incapacità di fronteggiarne incompletezza, ambiguità, vaghezza rispetto a una gamma di interessi, scopi, necessità, aspettative»: M. Piazza, *Regole logiche e razionalità umana*, in *I modi della razionalità*, a cura di M. Dell'Utri e A. Rainone, Milano-Udine 2016, 13-14. Sui numerosi problemi relativi alla scelta, all'interpretazione e all'applicazione delle massime d'esperienza si veda, molto chiaramente e diffusamente, F.M. Iacoviello, *op. cit.*, 317 ss.

<sup>13</sup> Va segnalato, in proposito, che per Cass. 22 gennaio 2019, n. 1553, se il giudice applica un moltiplicatore errato nel calcolo della liquidazione del danno alla persona, commette un errore di diritto. Tale tipo di errore – secondo la Corte – rientra nella categoria degli errori di calcolo che assumono l'aspetto dell'errore di diritto, perché riconducibile all'impostazione delle operazioni matematiche necessarie per ottenere un determinato risultato, sostanziandosi in un *error in iudicando* nell'individuazione di parametri e criteri di conteggio (mentre, ove esso fosse consistito in un'erronea utilizzazione delle regole matematiche sulla base di presupposti numerici, in ordine delle operazioni da compiere con fattori numerici esattamente determinati, sarebbe stato emendabile con la procedura di correzione ex art. 287 c.p.c.). V. anche Cass. 22 novembre 2016, n. 23704.

4. – Assai più rilevante è il ruolo della logica quando pensiamo alla struttura del discorso, del ragionamento, dell'argomentazione del giudice. Sussistono diverse ragioni per cui si vorrebbe che il discorso del giudice – in punto di fatto, ma non meno in punto di diritto – fosse il più «logico» possibile: le esigenze di imparzialità, di ricostruzione oggettiva dei fatti e di controllabilità razionale dell'operato del giudice richiedono un discorso fondato e sviluppato sulla base di schemi di ragionamento certi nelle loro premesse, nella scelta della regola di associazione tra premesse e conclusione, nella determinazione del nesso di consequenzialità e nelle relative conclusioni<sup>14</sup>. Secondo questa impostazione, come già ricordato, la logica in astratto preferibile e richiesta è la logica *deduttiva*, in contrapposizione alla logica *induttiva*; logica deduttiva che si correla alla logica *dimostrativa*, opposta a quella *argomentativa*, e alla funzione *dimostrativa* della prova, cui si contrappone la funzione *argomentativa*. Solo il primo tipo di logica, *deduttiva-dimostrativa*, assicura conclusioni certe e non *opinative*, evita il rischio di derive soggettivistiche e, in ultimo, consente un pieno e adeguato controllo del discorso del giudice<sup>15</sup>. In questa ottica, come è ben noto, ha avuto un grande successo la teoria del sillogismo giudiziale<sup>16</sup>. Si tratta però di un modello esplicativo che, in realtà, non riproduce il ragionamento del giudice per almeno quattro motivi, qui sintetizzati: a) la distinzione

<sup>14</sup> Cfr. M. Taruffo, *Verso la decisione giusta*, cit., *passim*; Id. *La semplice verità*, cit., *passim*. Con riguardo al processo penale, v. Aa.Vv., *L'argomentazione giudiziale e il suo controllo in Cassazione*, cit., *passim*.

<sup>15</sup> Il tema è strettamente connesso a quello del ruolo della ricerca della verità nel processo, su cui di recente v., anche per tutti gli opportuni ulteriori riferimenti, E. Ancona, *La verità nel processo: quale corrispondenza? La prospettiva del dibattito italiano*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2019, 23 ss.; M. Gradi, *L'obbligo di verità delle parti*, Torino 2018, 3 ss.; M. Taruffo, *Tre divagazioni intorno alla verità*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2018, 133 ss., anche a proposito della c.d. «postverità»; Id., *Verità e prova nel processo*, cit., 1305 ss.; Id., *Contro la «veriphobia». Osservazioni sparse in risposta a Bruno Cavallone*, in questa *Rivista* 2010, 995 ss.; Id., *La semplice verità*, cit., *passim*; G. Ubertis, *Profili di epistemologia giudiziaria*, Milano, 2015, 1 e segg.; F. Cavalla, *Retorica Processo Verità*, Milano 2007, 17 ss. e gli altri saggi ivi contenuti; B. Cavallone, *In difesa della «veriphobia» (Considerazioni amichevolmente polemiche su un libro recente di Michele Taruffo)*, in questa *Rivista* 2010, 1 ss. Sul parzialmente diverso ma connesso problema dei rapporti tra giudizio di fatto e intelligenza artificiale v. ora J. Nieva-Fenoll, *Intelligenza artificiale e processo*, Torino 2019, 89 ss.

<sup>16</sup> Sul sillogismo giudiziale v., tra i molti, D. Canale, G. Tuzet, *La giustificazione della decisione giudiziale*, Torino 2019, 1 ss.; F. Zanuso, *L'ordine oltre le norme. L'incauta illusione del normativismo giuridico*, in *Il Lascito di Atena. Funzioni, strumenti ed esiti della controversia giuridica*, a cura di F. Zanuso e S. Fuselli, Milano 2011, 39 ss.; S. Fuselli, *Verità ed opinione nel ragionamento giudiziale. A partire da un confronto con Aristotele e Hume*, in F. Cavalla, *Retorica Processo Verità*, cit., 255 ss.; T. Mazzaresse, *op. cit.*, 27 ss.

tra temi di fatto e temi di diritto non è così nettamente distinguibile all'interno della decisione giudiziale. Il giudizio di fatto è per vero regolato da norme giuridiche sull'ammissibilità, sull'assunzione, sulla valutazione e sull'efficacia delle prove. Inoltre, anche per la qualificazione della condotta in termini di *dolo* o *colpa*, del danno in termini di *ingiustizia*, nonché per l'accertamento del nesso di causalità, occorre rifarsi a parametri normativi<sup>17</sup>. b) L'attività decisoria del giudice è molto più complessa rispetto a quanto rappresentato dallo schema del sillogismo giudiziale. In particolare il giudizio di fatto, per quanto qui interessa, non si risolve nella posizione della premessa minore del richiamato sillogismo, ma può comporsi – e di norma si compone – di numerosissime decisioni in ordine alle altrettanto numerosissime questioni di fatto che si pongono all'interno di un processo (ad es., quelle relative alla condotta dannosa, quelle relative alla esistenza e all'ammontare del danno e quelle, di norma assai numerose e complesse, che si pongono ai fini dell'accertamento del nesso di causalità). c) La vera, specifica e concreta attività decisoria, che si esprime nella decisione delle *questioni* di fatto controverse, è contenuta nella motivazione della sentenza, e non nel dispositivo, il quale si risolve nella risposta alla *domanda* giudiziale alla luce e quale conseguenza di tutte le decisioni di questioni contenute nella motivazione. d) Come è stato da tempo osservato, la difficoltà del giudizio non risiede nel trarre le conclusioni dalle premesse, ma nel porre le premesse stesse<sup>18</sup>. Ma porre le premesse del ragionamento contenuto nella motivazione vuol dire risolvere, decidere le (come detto) numerosissime questioni di fatto che si possono presentare in un processo. E la decisione delle molteplici questioni di fatto si realizza ed esprime – a parte, come vedremo, anche per mezzo di vere e proprie *scelte di valore* – attraverso inferenze logiche essenzialmente di carattere induttivo, anche nella forma abduttiva, e solo eccezionalmente nella forma deduttiva; quasi mai, possiamo dire, nella forma deduttivo-dimostrativa<sup>19</sup>. Questo aspetto

merita un approfondimento. Occorre anzitutto chiarire cosa s'intende, oggi, per argomento e ragionamento *deduttivo*, da un lato, e argomento e ragionamento *induttivo* dall'altro, nonché distinguere e precisare i concetti di *dimostratività* e *deduttività*. Come è stato anche di recente ribadito da Gaetano Carcaterra, oggi il ragionamento deduttivo e induttivo si distinguono in ragione della diversa natura della relazione di connessione fra premesse e conclusione del ragionamento. Nell'argomentazione deduttiva il condizionale che connette premesse e conclusione, cioè il nesso di consequenzialità tra premesse e conclusione è *certo, necessario*: in questo caso, date certe premesse, possiamo dire *certamente dunque* la conclusione P. E si tratta di *certezza assoluta*, perché è determinata dalla logica da intendersi come scienza esatta. Nell'argomentazione induttiva, invece, il condizionale che connette premesse e conclusione, cioè il nesso di consequenzialità, è più debole, è solo *probabile*: qui, date certe premesse, non possiamo dire *certamente dunque* la conclusione P; possiamo solo dire con minore forza *probabilmente dunque* la conclusione P<sup>20</sup>. Carcaterra ci ricorda poi che nella tradizione la distinzione tra argomenti deduttivi e argomenti induttivi poggiava su un altro criterio: si diceva che la deduzione procedeva dal generale al particolare, l'induzione viceversa dal particolare al generale. Questo criterio oggi è abbandonato. Il criterio corretto è la diversa natura del nesso di consequenzialità: assolutamente certo nella deduzione, più o meno probabile nella induzione<sup>21</sup>. Per quanto riguarda la distinzione tra *dimostratività* e *deduttività*, Carcaterra ci segnala che comunemente si pensa che se un argomento è deduttivo, allora, per tale motivo, è anche dimostrativo, come un teorema della geometria; ovvero, commettendo lo stesso genere di errore, si pensa che gli argomenti della scienza giuridica non sono dimostrativi e perciò

<sup>17</sup> Cfr. F.M. Iacoviello, *op. cit.*, 56.

<sup>18</sup> G. Calogero, *La logica del giudice e il suo controllo in Cassazione*, Padova 1964, 51. V. ora, per una condivisibile considerazione dell'opera di Guido Calogero, F. Roselli, *Logica del giudice e controllo di legittimità*, in *Giust. civ.* 2019, 230 ss.

<sup>19</sup> Per ulteriori e incisive critiche alla teoria del sillogismo giudiziale, v. F.M. Iacoviello, *op. cit.*, 31 ss.; F. Zanuso, *L'ordine oltre le norme*, cit., 39 ss.; C. Santoriello, *Il vizio di motivazione, tra esame di legittimità e giudizio di fatto*, Torino 2008, 61 ss.; S. Fuselli, *Verità ed opinione*, cit., 255 ss.; T. Mazzaresse, *op. cit.*, 27 ss., tra le quali quella per cui «i problemi relativi alla formulazione delle premesse di un sillogismo giudiziale giustificano dubbi sulla stessa validità dello schema inferenziale che esso configura»; J. Esser, *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto*, Napoli 1983, 38 ss.; G. Calogero, *op. cit.*, 46 ss.; C. Punzi, *Giudizio di fatto e giudizio di diritto*, Milano 1963, 85 ss.

<sup>20</sup> In questi termini v. già M. Taruffo, *Certezza e probabilità nelle presunzioni*, in *Foro it.*, 1974, c. 90, nota 33; Id, *Studi sulla rilevanza della prova*, cit., 212 ss.

<sup>21</sup> V. G. Carcaterra, *op. cit.*, 35-36, ove si aggiunge che il criterio tradizionale va bene in alcuni casi: ad es., calza nell'argomento deduttivo di Socrate, dove effettivamente si passa dalla premessa generale che tutti gli uomini sono mortali alla mortalità particolare di Socrate, e calza anche nell'argomento induttivo degli smeraldi, in cui al contrario dall'osservazione di casi particolari si conclude con una legge generale: «tutti gli smeraldi finora osservati sono verdi, probabilmente dunque tutti gli smeraldi sono verdi». Ma in molti casi il criterio non quadra. L'argomento «Santippe era moglie di Socrate, Socrate era un filosofo, (certamente) dunque Santippe era moglie di un filosofo» è deduttivo e tuttavia procede dal particolare al particolare. L'argomento «tutti gli smeraldi finora osservati sono verdi, (probabilmente) dunque anche il prossimo smeraldo che mi capiterà di vedere sarà verde» è induttivo eppure la premessa è generale e la conclusione è particolare. Invece il criterio della natura certa o solo probabile del nesso va bene sempre e copre anche questi due argomenti che il criterio tradizionale non riesce a spiegare.

non possono essere deduttivi. In realtà, i due concetti sono diversi, perché la dimostratività implica la deduttività, ma non viceversa. Se un argomento è dimostrativo esso è ovviamente deduttivo, visto che negli argomenti dimostrativi, come sono quelli delle scienze esatte, non solo le premesse sono certe, ma certo è anche il nesso di consequenzialità, cioè appunto è deduttivo. Ma se un argomento è deduttivo non è detto che sia dimostrativo, perché le premesse potrebbero non essere certe. E questo significa anche che un argomento può non essere dimostrativo, perché, come accade spesso, ha premesse più o meno incerte o persino false, e tuttavia rimane dotato di un nesso di consequenzialità deduttivo<sup>22</sup>. In sintesi: gli argomenti dimostrativi, che corrispondono a quelli che Aristotele chiamava *apodittici*, sono gli argomenti che sono dotati del massimo grado di valore sia nelle premesse sia nel nesso: le premesse sono tutte assolutamente certe, il nesso è assolutamente certo, ossia è deduttivo. Sono, per esempio, dimostrativi gli argomenti della matematica, che infatti prendono il nome di dimostrazioni. Gli argomenti *plausibili*, invece, definiti da Aristotele *dialettici*, hanno minore forza: o perché le premesse non sono assolutamente certe (sono solo relativamente certe o solo più o meno probabili), o perché il nesso è induttivo, o per entrambe le cose. A seconda del valore delle premesse e della forza del nesso, la plausibilità è graduabile: un argomento può essere molto plausibile, abbastanza plausibile, poco plausibile, implausibile, ecc.<sup>23</sup>. Carcaterra conclude osservando che gli argomenti dimostrativi o apodittici sono propri delle scienze esatte. In tutti gli altri campi della conoscenza dobbiamo contentarci della *plausibilità*, sia pure di una buona plausibilità. Poiché la scienza del diritto non è una scienza esatta, le sue argomentazioni sono ben lontane dalla dimostratività<sup>24</sup>. In effetti, se consideriamo il ragionamento del giudice nella ricostruzione dei fatti rilevanti nel processo, dobbiamo riconoscere che, nella quasi totalità dei casi, gli argomenti del giudice rientrano nella categoria di quelli solo *plausibili*<sup>25</sup>. E ciò per i seguenti motivi, qui sintetizzati: *i*) anzitutto, il giudice, a parte l'ineludibile attività soggettiva di *percezione* dei dati grezzi, bruti del mondo esterno, apprezza e *interpreta* soggettivamente i dati stessi, con funzione potenzialmente probatoria, e assegna ai me-

desimi il loro *significato*, convertendoli in premesse, in enunciati probatori, in proposizioni probatorie<sup>26</sup>; successivamente, il giudice apprezza tali enunciati probatori e assegna, sempre in una prospettiva ineludibilmente soggettiva, il *valore probatorio* che ritiene spettare ai medesimi, ai fini della formazione del proprio convincimento sui fatti rilevanti del giudizio; *ii*) per altro verso, il giudice può utilizzare e di fatto utilizza, anche qui nella quasi totalità dei casi, un nesso di consequenzialità di natura *induttiva*, e non di natura deduttiva, perché le regole di cui può avvalersi per connettere le premesse probatorie alla conclusione probatoria hanno natura solo più o meno *probabilistica*, e non assolutamente certa<sup>27</sup>. Inoltre, e questo è un aspetto importante, il carattere di solo più o meno plausibilità/probabilità delle argomentazioni del giudice deriva altresì dalla *opinabilità* della scelta della legge di connessione tra premesse e conclusione. Con maggior dettaglio, la determinazione dell'attendibilità delle fonti di prova, l'assegnazione di valore probatorio ai dati con funzione probatoria, la scelta della regola di connessione tra premesse e conclusione probatoria, come la determinazione della forza del nesso di consequenzialità – in breve: il grado di plausibilità degli argomenti – derivano e dipendono infatti da *scelte soggettive di valore del giudice*, anche se questi, come vedremo, esprime soggettivamente il suo modo di intendere il mondo reale: vale a dire, come il mondo effettivamente è, ma secondo il punto di vista soggettivo del giudice<sup>28</sup>. In conclusione, le premesse del ragionamento del giudice non sono mai assolutamente certe – salvo i casi eccezionali in cui usa la matematica o un'altra scienza esatta –, ragion per cui la sua logica è essenzialmente una logica *induttiva* e *argomentativa*, non deduttiva (salvo casi particolari)<sup>29</sup> e tanto meno di-

<sup>22</sup> V. G. Carcaterra, *op. cit.*, 37-38, ove si riporta il seguente esempio: «gli imputati che si contraddicono sono colpevoli, l'imputato X si è contraddetto, dunque è colpevole», che è un argomento lontano dall'essere dimostrativo come un teorema di geometria, e tuttavia è perfettamente deduttivo.

<sup>23</sup> Così G. Carcaterra, *op. cit.*, 37; v. altresì, molto chiaramente, F.M. Iacoviello, *op. cit.*, 50 ss., testo e note 26-30.

<sup>24</sup> V. G. Carcaterra, *op. cit.*, 38.

<sup>25</sup> Tra i molti, v. ora F. Roselli, *Logica del giudice*, cit., 231; P. Ferrua, *L'argomentazione nel processo penale: parallogismi e fallacie*, in Aa.Vv., *L'argomentazione giudiziale e il suo controllo in Cassazione*, cit., 33 ss.

<sup>26</sup> L. Lombardo, *La prova giudiziale*, Milano 1999, 103, nota 2, ricorda che sebbene il termine *enunciato* sia spesso usato come sinonimo di *proposizione*, quando si distingue tra enunciato e proposizione si considera quest'ultima il *designato dell'enunciato*, cioè il significato che assume l'enunciato, ciò in relazione al quale va stabilito il valore di verità dell'enunciato stesso. Si può anche dire che mentre l'enunciato indica la *forma* del discorso, la proposizione indica il suo *significato*, sicché a enunciati diversi possono corrispondere identiche proposizioni.

<sup>27</sup> Di recente, v. F.M. Iacoviello, *op. cit.*, 50 ss.

<sup>28</sup> F.M. Iacoviello, *op. cit.*, 63: «perché per un giudice sono *gravi indizi* quelli che per un altro sono *sufficienti indizi* e così via». Sulle caratteristiche della logica argomentativa come 'logica della scelta', sulla sua struttura dendritica e sulle componenti – vaghe, generiche, opache – dei singoli passaggi argomentativi, riannodate ad elementi spiccatamente psicologici e culturali, v. A. Costanzo, *Bi-logica e giudizio*, in Aa.Vv., *"L'operazione decisoria", da emanazione divina alla prova scientifica*, cit., 251 ss.

<sup>29</sup> D. Canale, G. Tuzet, *op. cit.*, 55, ricordano che, quando è possibile, il giudice ricorre a delle deduzioni, tipicamente nella forma del *modus tollens*, al fine di criticare un'ipotesi alternativa a quella accolta nella sua sentenza. Su questo aspetto v. pure L. Lombardo, *La prova giudiziale*, cit., 81, nota 93.

mostrativa (se non in casi davvero eccezionali); e i suoi argomenti sono sempre solo più o meno *plausibili/probabili*; praticamente mai, salvo casi eccezionali, assolutamente certi<sup>30</sup>. Nell'ambito dei suoi ragionamenti non deduttivi il giudice ricorre anche al ragionamento *abduittivo*, che dei primi rappresenta una particolare specie, in quanto anch'esso è caratterizzato dalla natura più o meno probabile del nesso di consequenzialità, sicché anche nel caso dell'argomento *abduittivo* le conclusioni sono solo più o meno plausibili/probabili e mai assolutamente certe. Mentre il ragionamento induttivo consente (anche) di formulare delle generalizzazioni, delle regole generali, sulla base di osservazioni essenzialmente empiriche, il ragionamento *abduittivo* consente di formulare delle ipotesi esplicative, sulla base di determinate premesse di fatto, su casi particolari; e quindi permette di introdurre nuove idee, di ampliare la conoscenza sui fatti della causa rispetto a quanto contenuto nelle premesse stesse, sia pure, come detto, con conclusioni solo plausibili/probabili<sup>31</sup>. Le generalizzazioni di carattere induttivo sono di due tipi: a) la generalizzazione, o legge, *universale* induttiva è l'argomento con cui dall'osservazione di alcuni casi particolari si ricava una legge universale, valida in tutti i casi (e tuttavia

<sup>30</sup> Cfr. F.M. Iacoviello, *op. cit.*, 46 ss.; L. Lombardo, *op. cit.*, 110 ss., 118. In M. Taruffo, *Verità e prova nel processo*, cit., 1316, l'autore, oltre a discorrere, secondo la sua nota impostazione, non condivisibile per le ragioni indicate nel testo, di «prova come dimostrazione di un enunciato fattuale» (corsivo mio), sottolinea come la prova abbia «una funzione essenzialmente epistemica»: ebbene, è qui appena il caso di rilevare che la pur riconoscibile funzione epistemica della prova non conduce a predicare la funzione dimostrativa della prova stessa, tenuto conto del fatto che il giudice, partendo dalle premesse probatorie ricostruite grazie ai *segni* con funzione epistemica offerti dalle prove e dagli elementi di prova, può ben trarre – come di fatto trae – le sue conclusioni attraverso inferenze di carattere induttivo/argomentativo, e non già deduttivo/dimostrativo. Per la riconduzione dell'opera di Stephen Toulmin – che M. Taruffo, *La valutazione delle prove*, in Aa.Vv., *La prova civile*, a cura di M. Taruffo, Milano 2012, 220 ss., richiama quale modello di ragionamento probatorio – in una prospettiva epistemologica di tipo argomentativo, dove le argomentazioni «non partono da premesse dotate di un carattere universale ed astratto, ma si servono piuttosto di opinioni notevoli o autorevoli: si servono, in altre parole, di *éndoxa*», v. P. Sommaggio, *La logica come giurisprudenza. Saggio introduttivo sulla rivoluzione epistemologica di Stephen Toulmin ed i suoi riflessi per la metodologia giuridica*, in *Il lascito di Atena. Funzioni*, cit., 93 ss., benché in tale modello la dimostrazione sarebbe una *species* dell'argomentazione: S. Toulmin, *Gli usi dell'argomentazione*, Torino 1975, 5. Di recente, nel senso che il chiarimento della logica argomentativa e dialettica, di cui il processo è portatore, può stabilire una solida base per sostenere una razionalità a misura d'uomo, capace di comprendere adeguatamente le cose, disponendo di procedure e strumenti efficaci per valutare criticamente il processo interpretativo e il suo risultato, v. G. Giorgio, *La via del comprendere. Epistemologia del processo di diritto*, Torino 2015, *passim*.

<sup>31</sup> V. D. Canale, G. Tuzet, *op. cit.*, 55.

sempre con un nesso di consequenzialità esprimibile in termini di plausibilità/probabilità e non di certezza assoluta); b) la generalizzazione, o legge, *statistica* è l'argomento con cui dall'osservazione di alcuni casi particolari si ricava una legge statistica, valida non per tutti i casi ma per una percentuale, più o meno esattamente determinata, di essi<sup>32</sup>. Naturalmente, anche il ragionamento induttivo consente di raggiungere conclusioni su casi particolari, e ciò attraverso il sillogismo induttivo, o sillogismo statistico, che, come vedremo, è molto usato dal giudice: si può definire sillogismo statistico come l'argomento che applica una legge statistica (scientifica o una massima d'esperienza) a un caso particolare<sup>33</sup>. Diversamente, l'argomento per *abduzione*, definibile anche argomento *indiziario*, serve a risalire da certe conseguenze alla scoperta del fatto che le ha prodotte: l'argomento per *abduzione* è l'argomento con cui, sapendo che a un certo fatto ipotizzato segue normalmente una data conseguenza, dalla presenza di questa conseguenza, che funziona come indizio del fatto ipotizzato, si risale al fatto stesso<sup>34</sup>. Da quanto osservato sin qui risulta dunque che la «logica», l'argomentazione del giudice è essenzialmente rivedibile nelle sue premesse, nei suoi passaggi logici e, per l'effetto, nelle sue conclusioni: essa è quindi *dialettica* o, come è stato suggerito, *dialettico-retorica*, vale a dire aperta alla discussione, elenctica. E non solo nel senso aristotelico prima ricordato, poiché presenta inevitabili margini di incertezza e di soggettività; ma anche, come vedremo, nel senso di risultante dal contrasto di due forze che collidono e si ricompongono incessantemente proprio nel discorso del giudice, atteso che tale «logica» si forma, lungo tutto il processo, nel contraddittorio tra le parti<sup>35</sup>. E tutto

<sup>32</sup> G. Carcaterra, *op. cit.*, 50-51, ove a proposito della generalizzazione universale induttiva si riporta il seguente esempio: dal fatto che gli smeraldi finora osservati sono verdi si conclude che verdi sono in generale tutti gli smeraldi. Nella generalizzazione statistica non siamo in condizione di dire che *tutti* i casi osservati hanno una certa caratteristica, ma solo che *una data percentuale* dei casi osservati presentano quella caratteristica (come nelle massime d'esperienza fondate sull'*id quod plerumque accidit*).

<sup>33</sup> G. Carcaterra, *op. cit.*, 52, ove si riporta il seguente esempio: il 45% dei fumatori abituali è esposto al rischio di tumore polmonare (premessa maggiore), Tizio è un fumatore abituale (premessa minore), con la probabilità del 45% ne segue che Tizio rischia di essere affetto dal tumore (conclusione).

<sup>34</sup> G. Carcaterra, *op. cit.*, 54-55, ove il seguente esempio: sappiamo per massima d'esperienza che molto probabilmente se ha piovuto allora il terreno sarà bagnato (premessa maggiore), osserviamo che in effetti il terreno è bagnato (premessa minore), e allora concludiamo che probabilmente dunque ha piovuto (conclusione). Sul ragionamento *abduittivo* v. anche G. Tuzet, *Diritto, incertezza, ragionamento*, Roma 2010, 15 ss.

<sup>35</sup> Cfr. F.M. Iacoviello, *op. cit.*, 49, 59, 60; M. Manzin, *Quale logica per il processo penale?*, cit., 67 ss.; L. Lombardo, *La prova giudiziale*, 103 ss., 145 ss., 167 ss.; v. anche A. Gentili, *Il diritto come discorso*, Milano 2013, 521 ss., 549 ss.; S. Fuselli, *Verità ed opinione*, cit., 267 ss.

ciò tenuto bene in conto che qui si parla di una *retorica* che non si distingue *sul piano epistemico* dal piano della *dialettica* – perché in questa prospettiva, che poi è quella aristotelica, dialettica e retorica hanno la stessa struttura logica ed entrambe mirano alla ricerca della verità tramite la tecnica della confutazione per *reductio ad absurdum*<sup>36</sup> –; e, nel complesso, che qui si parla di una argomentazione dialettico-retorica *non* rimessa a un incontrollabile soggettivismo del giudice, bensì di una argomentazione razionale sottoposta al controllo, del pari razionale, della comunità di riferimento<sup>37</sup>. Naturalmente nel discorso del giudice sono presenti anche elementi di *retorica* intesa come *teoria della elocuzione*, vale a dire come discorso che si preoccupa della sua forma – quale tecnica di comunicazione e di presentazione degli argomenti – al solo fine di suscitare

<sup>36</sup> L. Lombardo, *op. cit.*, 115-116, ricorda che la distinzione tra retorica e dialettica si può cogliere *sul piano pratico*, perché le argomentazioni dell'una e dell'altra sono applicate a situazioni e contesti diversi. La dialettica, che è l'arte di attaccare e di confutare, presuppone un *dialogo* e perciò un interlocutore che ribatta; ma, al tempo stesso, essa è un'attività *collaborativa* e non individualistica, nella quale – a differenza di quanto avviene sia nella apodittica che nella retorica – si persegue il fine del *consenso da parte dell'interlocutore*. La retorica, al contrario, prescinde dalla collaborazione e dal consenso degli interlocutori; presuppone uno o più *monologhi*, rivolti ad un *soggetto terzo*, a un uditorio che rimane muto e del quale occorre però *conquistare il consenso*: perciò essa è l'arte della persuasione. In proposito v. anche A. Gentili, *op. cit.*, 549 ss.; F. Cavalla, *La via retorica verso la verità*, in Aa.Vv., *Ragionare in giudizio. Gli argomenti dell'avvocato*, Pisa 2004, 118, 174; S. Fuselli, *Verità ed opinione*, cit., 297. Nel senso che Stephen Toulmin «pone il ragionamento argomentativo-dialettico proprio al centro della sua rivoluzione epistemologica che colpisce, soprattutto, il modo consueto di considerare la logica», v. P. Sommaggio, *La logica*, cit., 99 ss.

<sup>37</sup> L. Lombardo, *La prova giudiziale*, cit., 113, n. 27, ricorda che nel pensiero retorico il concetto di probabilità diverge da quello adottato nel pensiero positivisticò, ove il «probabile» si configura come un espediente per salvare la logica binaria «vero o falso», «A o non-A», come ciò che, in una qualche percentuale statistica, è o vero o falso. Nel pensiero retorico, invece, il probabile dipende esclusivamente dall'opinione razionalmente prevalente, emersa nel dibattito tra gli interlocutori, e costituisce un carattere necessario del conoscere, nel senso che non v'è spazio per la «verità» o la «falsità» in termini di certezza. A questo proposito, ricordo che per M. Manzin, *Quale logica per il processo penale?*, *ivi*, 77, i processi di accertamento (e dunque di controllo) della verità all'interno del processo hanno natura logica e, per il contesto in cui si svolgono, hanno natura *logico-retorica* e che «essi sono i soli adatti a garantire un percorso razionale per la decisione; qualsiasi altro percorso, realizzato sulla base di criteri di comparazione con una presunta 'datità oggettiva' del fatto, risulterebbe del tutto presuntivo e, alla fin fine, indimostrabile». V. altresì P. Ferrua, *Il controllo della Cassazione sulla motivazione*, in Aa.Vv., «L'operazione decisoria», da *emanazione divina alla prova scientifica*, cit., 81 ss., spec. 96: «non è possibile, d'altra parte, quantificare né il grado di probabilità oltre il quale si deve condannare, né la probabilità che in concreto, ossia nel singolo processo, l'imputato sia colpevole».

l'ammirazione e soprattutto, come la retorica perelmaniana<sup>38</sup>, di carpire il consenso dell'uditore, sganciato dalla dialettica come sopra intesa e quindi dalla ricerca della verità. Tuttavia questa parte (eventuale) del discorso del giudice non rientra nel fondamento razionale delle sue decisioni, nella giustificazione razionale delle sue scelte, anche se può svolgere un certo ruolo – appunto di *persuasione* – nella fase in cui le decisioni del giudice sono sottoposte al controllo intersoggettivo. In altre parole, al momento del controllo intersoggettivo delle decisioni del giudice, ciò che conta e che deve sussistere è la base razionale del suo ragionamento, non già la forza degli argomenti meramente *persuasivi*, che potrebbero risultare sganciati o, peggio, in contrasto con le leggi di strutturazione, organizzazione e funzionamento del mondo per come elaborate e accreditate dalla collettività di riferimento<sup>39</sup>. Infine, poiché, come abbiamo detto, molte importanti scelte del giudice nella ricostruzione dei fatti sono frutto, sia pure nel contraddittorio delle parti, di discrezionali scelte di valore, e quindi, in sintesi, di sue scelte preferenziali, di sue *opinioni*, la «logica» del giudice è altresì una logica *opinativa*: tali scelte di valore il giudice compie, come abbiamo già accennato, quando: *i*) determina l'attendibilità delle fonti di prova; *ii*) definisce le proposizioni probatorie; *iii*) assegna valore probatorio ai dati con funzione probatoria; *iv*) individua la regola di connessione tra premesse e conclusione probatoria; *v*) determina la forza del nesso di consequenzialità e quindi il grado finale e complessivo di plausibilità degli argomenti<sup>40</sup>. Un altro aspetto fon-

<sup>38</sup> Vedila ricostruita in L. Lombardo, *op. cit.*, 128 ss.

<sup>39</sup> G. Carcaterra, *op. cit.*, 39, individua quattro ipotesi di rapporti tra logica e retorica, per cui un argomento può essere: 1) retoricamente efficace e logicamente connesso; 2) retoricamente efficace ma logicamente sconnesso; 3) retoricamente infelice ma logicamente connesso; 4) retoricamente infelice e logicamente sconnesso.

<sup>40</sup> Cfr. F.M. Iacoviello, *op. cit.*, 49, che richiama il riscontro normativo rappresentato dall'art. 527, comma 2°, c.p.p. Nel senso che nella cernita dei fatti rilevanti della causa il giudice, compreso quello di cassazione, compie scelte di valore, v. F. Roselli, *Logica*, cit., 232. La natura *opinativa* delle scelte e delle decisioni del giudice deriva dal fatto che tali scelte e decisioni dipendono in larga misura dalla *conoscenza di sfondo* di chi le compie: rimarca S. Patti, *Prima lezione. La «costruzione» del fatto nel processo*, in P. Rescigno, S. Patti, *La genesi della sentenza*, Bologna 2016, 33 ss., spec. 37-38, «che la costruzione/ricostruzione della fattispecie dipende dall'attività di chi giudica e applica la norma, dai suoi strumenti culturali e dalla sua visione della società, e che di conseguenza il fatto non rappresenta un qualcosa di dato e immutabile ma è anch'esso frutto di una precomprensione». Sull'opinabilità del ragionamento giudiziale, S. Fuselli, *Verità ed opinione*, cit., 255 ss.; sui rapporti tra opinione, persuasione e razionalità della decisione, Id., *Crederci per provare. Appunti sullo statuto epistemologico della prova penale*, in *Il Lascito di Atena*, cit., 71 ss. Per M. Manzin, *Quale logica per il processo penale?*, cit., 70, il ragionamento giuridico rappresenta un'operazione neppure vagamente assimilabile alle scienze formali o

damentale che deve essere considerato quando si parla della logica del discorso del giudice è che l'oggetto dei suoi ragionamenti probatori e delle sue decisioni è costituito dalle situazioni e dagli accadimenti della realtà storica: la ricostruzione del giudice ha ad oggetto, segnatamente, i fatti materiali della realtà esterna, da un lato, e le azioni dell'uomo dall'altro. Ancora con maggior dettaglio, oggetto del ragionamento probatorio sono: a) le situazioni e gli accadimenti della realtà materiale, semplici, complessi e collettivi; b) i fatti determinati in modo valutativo o modale o indeterminato o approssimato; c) le azioni e le omissioni dell'uomo, inclusi i fatti psichici; d) i fatti istituzionali; e) i nessi, prevalentemente di causa-effetto, tra i fatti indicati *sub a), b) e*

empiriche, bensì una serie di atti linguistici, interpretativi e autoritativi basati sulla *volontà* del giudice che guida le scelte decisorie. A questo proposito vengono in evidenza i problemi recati dal c.d. *relativismo interpretativo*, o *prospettivismo*, e dal c.d. *relativismo epistemico*, giustamente segnalati da M. Gradi, *L'obbligo di verità*, cit., p. 17 e ss., p. 59 e ss., il quale tuttavia a mio avviso forse non valorizza adeguatamente le implicazioni che ne derivano in punto di inidoneità dell'accertamento giudiziale dei fatti a conseguire la verità intesa come corrispondenza; sia pur verità solo relativa e probabile e non assoluta, attesa la fallibilità dell'agire umano, anche quando supportato dalla scienza. Con riguardo al *relativismo interpretativo*, Gradi osserva che la "teoria corrispondentista e quella costruttivista hanno un ambito di competenza differente, come emerge con chiarezza dall'angolo privilegiato di osservazione del giurista: la prima ha a che fare con i fatti storici, mentre la seconda con i fatti giuridici, ossia con la qualificazione giuridica della realtà": M. Gradi, *op. cit.*, p. 20. In realtà, tutto il giudizio di fatto si fonda proprio sulla interpretazione e valutazione degli elementi di prova e sulla individuazione e interpretazione delle leggi di strutturazione, organizzazione e funzionamento del mondo, che a quegli elementi vanno applicate. Vi è insomma una interpretazione e valutazione dei fatti nella loro qualità di elementi di prova al solo fine del giudizio sul fatto da provare; interpretazione di mero fatto, anche delle 'unità elementari' del discorso, che anticipa l'interpretazione di matrice giuridica di quel medesimo fatto, come ricostruito, per determinarne la rilevanza giuridica (sul punto v. F. Zanuso, *L'ordine oltre le norme*, cit., p. 57 e ss.; senza considerare che molto spesso i fatti da accertare sono estremamente complessi: in proposito, v. P. Piccari, *Pensare il mondo. Saggio sui concetti empirici*, FrancoAngeli, Milano, 2010, *passim*; e senza altresì considerare i problemi recati dal multiculturalismo: cfr. F. M. Iacoviello, *La Cassazione penale*, cit., p. 330 e ss.). Le considerazioni che precedono possono essere estese, mutato ciò che si deve, anche al discorso di Gradi in merito al *relativismo epistemico* (M. Gradi, *op. cit.*, p. 59 e ss.). In effetti, nessuno è in grado di stabilire, anche dopo dieci, o cento "giudizi sui giudizi", qual è *in senso oggettivo* la corretta applicazione dei criteri razionali di valutazione delle prove; tanto è vero che tale correttezza è stabilita, alla fine: (i) o attraverso schemi del tutto formali, come il passaggio in giudicato *tout court* della sentenza, ovvero il passaggio in giudicato interno della parte di sentenza relativa a quel giudizio di fatto; (ii) oppure, normativamente, dalla Corte di cassazione, quale organo posto al vertice del potere giurisdizionale (senza che su tale correttezza vi possa essere alcuna garanzia di carattere *oggettivo*).

c). La logica del giudice è pertanto essenzialmente una *logica argomentativa empirica*: il giudice nella ricostruzione dei fatti sceglie, interpreta e applica le leggi di strutturazione, organizzazione e funzionamento del mondo (d'ora in poi, per brevità, anche LSOFM)<sup>41</sup>. Per altro verso, la logica del giudice è una logica *empirica* anche perché le fonti del suo convincimento sono essenzialmente *dati empirici*: prove ed elementi di prova (documenti, testimonianze, indizi, ecc.), vale a dire fatti del mondo. Ciò che qui ora occorre mettere in evidenza è che, pertanto, la logicità del discorso del giudice non dipende da fattori puramente formali o sintattici, bensì da fattori materiali, concreti, ossia dipende dai fatti del mondo, e richiede un vocabolario che selezioni tipi reali di cose e di oggetti<sup>42</sup>. La «logica del giudice» come «discorso sui fatti», in sintesi, è una logica che parte da *fatti del mondo* per ricostruire *fatti del mondo*, attraverso le LSOFM, ragion per cui il discorso del giudice è logico nella misura in cui rispetta le LSOFM<sup>43</sup>. Queste leggi, e di conseguenza il discorso del giudice, hanno natura materiale, concreta, e non formale, sintattica o simbolica. Come è stato osservato, il grado di conferma, «la garanzia di ogni affermazione empirica dipende in ultimo dall'esperienza, ossia dalle interazioni sensoriali con il mondo»<sup>44</sup>. Così, ad es., se il giudice affermasse che il danneggiato, benché privato della vista ad un occhio, può continuare come prima a svolgere la sua attività di arbitro sportivo, egli formulerebbe un discorso illogico, ma non per violazione di una qualche regola formale, bensì perché l'esperienza insegna che un soggetto con un grave danno alla vista non è in grado di vedere bene, come invece è richiesto a un arbitro sportivo<sup>45</sup>. E così, alla stessa stregua, se il giudice ritenesse che un incendio in un albergo ha provocato, per lo spavento, un infarto

<sup>41</sup> Qui «mondo» è pertanto da prendere nell'accezione più ampia possibile: «non solo mondo empirico, ma anche morale, estetico, giuridico, matematico e via dicendo. In breve, il mondo che si suole chiamare *Lebenswelt*, – una realtà variegata e composita ai cui vari livelli si esplica l'attività razionale umana. È questa realtà che, come si è detto all'inizio, fissa in modo implicito i criteri di correttezza in base a cui giustificare razionalmente le nostre asserzioni, e sono questi criteri normativi a essere rappresentati dalla verità»: M. Dell'Utri, *Razionalità e verità*, in *I modi della razionalità*, cit., 183. Cfr., sul punto, F.M. Iacoviello, *op. cit.*, 317-318: «L'uomo organizza l'esperienza del reale selezionandola mediante criteri. [...] Ora, per l'osmosi che c'è tra processo e mondo, il processo recepisce dal mondo tali criteri».

<sup>42</sup> S. Haack, *op. cit.*, 21.

<sup>43</sup> Cfr. D. Pulitanò, *Difesa penale e saperi sul mondo*, in *La prova scientifica nel processo penale*, cit., 39 ss., spec. 46: «Per il diritto penale (e per i mondi normativi in genere) il vincolo *ontologico* al mondo dei fatti si traduce in vincoli di razionalità ed in rinvio *epistemologico* al sapere (più o meno scientifico) sul mondo dei fatti».

<sup>44</sup> S. Haack, *op. cit.*, 23, nota 67.

<sup>45</sup> Per un'ipotesi analoga, v. Cass. 28 aprile 1978, n. 2015.

ad un soggetto che si trovava a cinque isolati di distanza dall'incendio stesso, atteso che l'esperienza esclude una simile eventualità<sup>46</sup>. Del pari, ancora, ove il giudice affermasse che l'aver fumato una sola sigaretta ha determinato una invincibile dipendenza dal fumo, e ciò sempre perché l'esperienza esclude la plausibilità di siffatta conclusione<sup>47</sup>. E così via: «non è la logica che rende rigoroso un ragionamento formalizzandolo, ma è un ragionamento già rigoroso in qualche senso a lasciarsi formalizzare dalla logica»<sup>48</sup>. Da quanto appena detto derivano due conseguenze di grande importanza: α) la prima, cui si è ora accennato, è che la illogicità del discorso del giudice non è conseguenza della violazione di qualche regola di logica formale, ma conseguenza della violazione di regole d'esperienza, scientifica o tratta dal senso comune<sup>49</sup>; β) la seconda, strettamente connessa alla prima, è che non è nemmeno astrattamente possibile un effettivo (e non fittizio) controllo, un effettivo sindacato di logicità del discorso del giudice nella ricostruzione dei fatti che non implichi una rivalutazione nel merito degli argomenti utilizzati dal giudice stesso in detta ricostruzione: in sintesi, il sindacato di logicità del giudizio di fatto implica di necessità un riesame nel

merito del giudizio stesso<sup>50</sup>. Del resto, nessuno ha mai individuato un modo per sindacare effettivamente la logicità del giudizio di fatto che non implichi un riesame del merito dello stesso giudizio<sup>51</sup>. In sintesi, possiamo

<sup>46</sup> Cfr. Cass. 30 ottobre 2009, n. 23059.

<sup>47</sup> E inoltre, se io affermo: “poiché se piove è bagnato per terra, ed è bagnato per terra, quindi ha piovuto”, è vero che incorro nella c.d. fallacia “formale” dell'affermazione della conseguente, ma è ancor prima vero che, in base all'esperienza, so che questo ragionamento non conduce ad una conclusione condivisibile, perché la stessa esperienza ci insegna che può essere bagnato per terra per altre ragioni. Così, del pari, se affermo, in base alla medesima premessa, che “non ha piovuto, quindi non è bagnato per terra”, è vero che incorro nella c.d. fallacia, pure ritenuta “formale”, della negazione dell'antecedente, ma è sempre l'esperienza che, ancor prima, ci insegna che altre cause possono aver bagnato per terra. Sulle altre possibili fallacie c.d. formali (perché ricollegabili a modelli di inferenza tipici della logica formale) ed in genere sulle fallacie dell'argomentazione, v. A. Costanzo, *Anomia della illogicità manifesta*, in *Cass. pen.*, 2019, 1308 ss.; A. Mura, *Le fallacie argomentative tra logica e dialettica*, in *Altre modernità*, 2017, 275 ss. P. Ferrua, *L'argomentazione nel processo penale: paralogismi e fallacie*, in Aa.Vv., *L'argomentazione giudiziale e il suo controllo in Cassazione*, cit., 37 ss., che distingue tra fallacie di osservazione (che attengono alle premesse), fallacie di inferenza (che attengono al passaggio dalle premesse alle conclusioni), e fallacie del linguaggio (o fallacie semantiche o di ambiguità).

<sup>48</sup> M. Piazza, *op. cit.*, 13. V. anche S. Fuselli, *Verità ed opinione*, cit., 273: «Non è un modello di deduzione a determinare il 'grado di verità' delle connessioni fra i discorsi, ma sono sempre le cose su cui essi vertono a determinare le condizioni alle quali i nessi sillogistici sottostanno e si sviluppano».

<sup>49</sup> Lo osserva puntualmente anche F. Roselli, *op. cit.*, 229. Naturalmente, vale anche il discorso per cui un ragionamento può essere del tutto corretto pur nella più totale ignoranza delle regole logiche al medesimo applicabili: cfr. M. Piazza, *op. cit.*, 14-15.

<sup>50</sup> V. in questi termini, con notevole approfondimento e la massima chiarezza possibile, F.M. Iacoviello, *op. cit.*, 64 ss., e, in particolare, l'importante contributo contenuto nei capitoli 7 e 8, che a mio avviso rappresentano il più onesto e trasparente discorso sul funzionamento della Corte di cassazione, espresso peraltro da chi, oltre ad avere una profonda conoscenza teorica degli istituti qui coinvolti, la Suprema Corte la conosce davvero bene dal suo interno (ad es., ivi, 423: «per vedere se una motivazione è logica, occorre valutare il peso e la fondatezza degli argomenti usati»; ivi, 446: «il giudizio di logicità dell'ipotesi combacia perfettamente col giudizio sul merito della ipotesi. Possiamo aggirare le parole per paura di incontrarle. Ma alla fine le incontriamo. Logicità e merito coincidono»; ivi, 442: «Cosa sia fatto e cosa sia diritto lo decide la Cassazione»; ivi, 451: «La Cassazione – come al solito – schiva le definizioni precise, risolve i contrasti con formule ambigue. Così non mette ipoteche sul futuro e si lascia le mani libere. La 'plausibile opinabilità di apprezzamento' autorizza una valutazione caso per caso. Se la Cassazione trova plausibile l'argomento della sentenza, quell'argomento è merito. Se lo trova implausibile, quell'argomento è legittimità». V. altresì E. Amodio, *Persuasività dell'argomentazione giudiziale e limiti del controllo di legittimità*, in Aa.Vv., *L'argomentazione giudiziale e il suo controllo in Cassazione*, cit., 21 ss., spec. 30, ove il rilievo per cui l' "illogicità del giudizio di fatto censurabile ed effettivamente censurata dalla cassazione non ha un carattere formale, ma si incentra sulla persuasività del discorso del giudice"; ancora più chiaramente P. Ferrua, *L'argomentazione nel processo penale*, cit., 60, ove si afferma che la Corte verifica la correttezza del tragitto dalle premesse probatorie alla proposizione da provare e, attraverso tale verifica “che implica un sindacato sulle massime d'esperienza e leggi scientifiche utilizzate dal giudice, entra a vele spiegate nel merito della ricostruzione dei fatti. Il tentativo di negare che attraverso il controllo sulla motivazione la Cassazione sia anche giudice di come è stato ricostruito il fatto si risolve in una sfida impossibile, votata all'insuccesso”; v. altresì, nella stessa direzione, Nappi, *Il sindacato di legittimità nei giudizi civili e penali di cassazione*, Torino, 2011, 181 ss.

<sup>51</sup> La dimostrazione della impossibilità di concepire, ancor prima che svolgere, un sindacato sulla logicità del giudizio di fatto che prescindendo da un riesame nel merito del giudizio stesso è a mio avviso il più importante contributo della (giustamente) celeberrima opera di G. Calogero, *La logica del giudice e il suo controllo in Cassazione*, cit., *passim*, sul punto rimasta inattaccabile. In proposito v. ora, molto chiaramente, F. Roselli, *op. cit.*, 229 ss., spec. 231, che pure conosce molto bene il funzionamento della Corte dal suo interno; un chiaro cenno anche in B. Sassani, *op. cit.*, 858, ove si ricorda, richiamando Calogero, che il controllo di logicità è il controllo di opportunità di una soluzione «secondo il senso delle cose». V. anche F.M. Iacoviello, *op. cit.*, 54: «La logica del giudizio altro non è che 'everyday knowledge', la logica quotidiana dell'uomo comune. Di un uomo, cioè, che ogni giorno affronta problemi e prende decisioni, facendo ricorso al buon senso e avvalendosi di quella che gli anglosassoni definiscono 'the available social stock of knowledge in a given society', vale a dire l'insieme delle conoscenze condivise da una determinata collettività in un determinato momento storico». Peraltro, F.M. Iacoviello, *op. cit.*, 316, testo e nota 23, critica il

affermare che la logica del giudice è una logica essenzialmente, salvi casi particolari, *non dimostrativa né deduttiva*, e specificamente è una logica *empirica, induttiva, abduktiva, argomentativa, dialettico-retorica e opinativa*. In questa schematizzazione non bisogna confondere il piano della opinabilità con quello della natura solo probabilistica delle conclusioni che può attingere il discorso del giudice, benché il primo concorra alla determinazione del secondo. In questa prospettiva, infatti, l'opinabilità deriva dal fatto che le scelte del giudice sono essenzialmente scelte di valore (principalmente in ordine alla selezione e alla probabilità assegnata al nesso di consequenzialità delle LSOFM applicate). Queste scelte di valore, proprio perché tali, sono giustificate attraverso l'argomentazione dialettico-retorica<sup>52</sup>. La natura solo probabilistica delle con-

riferimento di Calogero alla «logica delle cose», ma il rilievo non pare cogliere nel segno, giacché, al di là dei termini utilizzati, il filosofo si riferiva esattamente al buon senso e all'insieme delle conoscenze condivise da una determinata collettività in un determinato momento storico: G. Calogero, *op. cit.*, 102 ss., 166 ss., 200 ss., 203 ss., 294 ss. Tutt'altro discorso rispetto a quello qui trattato è, a mio avviso, quello che riguarda le possibili fallacie ed i possibili errori di metodo nella prova statistica, secondo le varie teorie della probabilità: cfr., in proposito, E. M. Catalano, *Logica della prova, statistical evidence e applicazione della teoria delle probabilità nel processo penale*, in *Dir. pen. contemp.*, 2013, 132 ss., spec. 138 ss., 140 ss.

<sup>52</sup> Di recente, in questi termini v. F. Roselli, *op. cit.*, 232; ma già, molto chiaramente, tra altri, G. Ubertis, *Profili di epistemologia giudiziaria*, cit., 115, il quale rimarca che «per adempiere al proprio compito valutativo, l'organo procedente deve sostanzialmente operare su base *argomentativa*, con ampio impiego delle massime d'esperienza» (corsivi miei). In giurisprudenza, v. Cass. pen. 12 novembre 2009, n. 48320, ove si osserva che «è chiaro che, alla fine, la Corte di cassazione esprime un *giudizio di valore* come quando ritiene «debole» la regola di inferenza utilizzata dal giudice di merito ma ciò rientra nel controllo di legittimità previsto dalla norma indicata perché una prova insufficiente o una regola di inferenza «debole» utilizzata dal giudice e su cui sia fondata la decisione incrinano irrimediabilmente la congruità logica della decisione». Questa conclusione non può essere evitata, se solo si tiene nel giusto conto il rilievo per il quale, come visto, anche il giudizio di fatto si fonda su scelte di valore e che le controversie su queste – anche ove si considerino tali scelte come possibili esiti di «attività cognitiva» (cfr. P. Ferrua, *La prova nel processo penale*, I. *Struttura e procedimento*, Torino 2017, 43), e quindi scelte *razionalmente giustificabili* – non sempre possono essere definitivamente risolte; e che comunque, quando possono, la loro soluzione può trovarsi solo nell'argomentazione e nella persuasione che, come tali, sono opinabili: v. R. Guastini, *Tre domande a Francesco Viola*, in M. Jori (a cura di), *Ermeneutica e filosofia analitica. Due concezioni del diritto a confronto*, Torino 1994, 238. Sul punto v. anche S. Patti, *Prima lezione*, cit., 37-38. Nella giurisprudenza civile, v. Cass. 26 giugno 2004, n. 11919, ove si osserva che «nella realtà sociale di un determinato contesto coesistono, con i c.d. *standard* valutativi cui il giudice di merito deve fare riferimento nell'attività di integrazione giuridica delle c.d. norme elastiche, regole logiche – latamente assimilabili alle massime

clusioni del giudice dipende, invece: *i)* dalle caratteristiche, dai limiti legali del giudizio di fatto; *ii)* dallo scarto tra i dati reali con funzione probatoria del singolo processo e i dati effettivamente percepiti dal giudice (e dallo scarto tra dati percepiti e loro traduzione in forme verbali)<sup>53</sup> *iii)* dalla natura opinativa delle scelte, fondamentalmente *di valore*, del giudice, come testé ricordato; *iv)* dai limiti della conoscenza del mondo, dai limiti gnoseologici delle LSOFM e, di conseguenza, dalla natura induttiva e abduktiva, e perciò non dimostrativa, bensì argomentativa, delle inferenze del giudice<sup>54</sup>.

5. – Strettamente correlato al discorso della logicità è quello della razionalità del discorso del giudice. In effetti, si afferma continuamente che, in un moderno stato di diritto, deve essere accolta la concezione razionale della prova e che, in generale, il discorso del giudice sopra i fatti deve essere razionale, affinché questo sia controllabile, sempre sul piano della razionalità, e si possano evitare, di conseguenza, derive soggettivistiche o, peggio, veri e propri arbitri del giudice, in contrasto coi principi anche costituzionali del giusto processo<sup>55</sup>. Ma quali sono i fondamenti razionali del

d'esperienza ed agli aforismi – anch'esse standardizzate cui una determinata comunità fa ricorso nell'articolazione del ragionamento e che danno luogo alla «logica» di una determinata società, cui deve uniformarsi il giudice di merito nel supportare il proprio convincimento fattuale». Con riguardo all'accertamento del fatto che richiede il sapere scientifico, v. di recente, in punto di utilizzabilità della «sindrome da alienazione parentale» (c.d. PAS), variamente orientate, Cass. 16 maggio 2019, n. 13274; Cass. 8 aprile 2016, n. 6919; Cass. 20 marzo 2013, n. 7041; G. Vanacore, *Falsificazione e processo: come e quando la scienza diviene sentenza?*, in *Danno e Resp.* 2016, 1143 e segg.

<sup>53</sup> Scarto che è stato studiato principalmente con riguardo ai testimoni, ma che sussiste nello stesso modo anche per l'attività di percezione del giudice: cfr. R. Rumiati – C. Bona, *Dalla testimonianza alla sentenza. Il giudizio tra mente e cervello*, Bologna, 2019, p. 39 ss.; A. Forza – G. Menegon – R. Rumiati, *Il giudice emotivo*, Bologna, 2017, p. 93 ss.; C. Bona, *Sentenze imperfette*, Bologna, 2010, p. 71 ss. Più in generale, sulla percezione, v. ampiamente R. Audi, *Epistemologia*, Macerata, 2016, 39 ss., 65 ss.

<sup>54</sup> Ciò detto nel testo, occorre evidenziare, come ricorda L. Lombardo, *La prova giudiziale*, cit., 89, che nell'ambito della filosofia pragmatista viene rifiutato il dogma del metodo scientifico, inteso come custode della razionalità della ricerca. Le regole della logica, secondo questa impostazione, non sono *a priori*, precedenti ed indipendenti rispetto all'indagine; esse sono *postulati di natura stipulativa*, costituiscono «formulazioni di condizioni, individuate durante la ricerca stessa, che l'ulteriore indagine deve soddisfare se vuol conseguire come risultato una giustificata asseribilità» (così J. Dewey, *Logica, teoria dell'indagine*, I, Torino 1974, 27 ss.). Di ciò si può tener conto anche con riguardo a quanto si dice nel testo, nel prossimo paragrafo, a proposito di razionalità e processo.

<sup>55</sup> E ciò sul presupposto che la oramai unanimemente riconosciuta crisi del metodo scientifico non possa significare l'ammissione

discorso del giudice sopra i fatti? Cos'è la razionalità nel discorso del giudice? Quando questo può essere definito razionale? Anche a questo proposito dobbiamo definire la struttura categoriale del discorso del giudice<sup>56</sup> e abbiamo visto che non possono richiamarsi in soccorso le regole della logica dimostrativa e deduttiva, se non del tutto eccezionalmente. Quindi? Premesso che qui con il termine «razionale» possiamo intendere, in prima battuta, il discorso «fondato sul ragionamento» e «conforme alla ragione»; e che per «ragione» possiamo intendere «la facoltà che guida a ben giudicare», dobbiamo individuare *le regole dell'argomentazione razionale*, il cui rispetto assicura, appunto, la razionalità del discorso del giudice nell'attività di accertamento dei fatti<sup>57</sup>: a)

dell'irrazionalità nelle decisioni degli scienziati (e, per quel che ci riguarda, dei giudici); e che sia possibile sfuggire al dilemma tra metodo e irrazionalità e ricercare invece *nuovi modelli epistemologici*, che consentano di fondare la conoscenza empirica in chiave *anti-positivistica*, superando l'idea – presupposta tanto dal positivismo quanto dal neopositivismo – che la razionalità si identifichi con la pura e semplice cogente logicità (così, L. Lombardo, *La prova giudiziale*, cit., 98). Il tutto, al fine di verificare l'adottabilità di una concezione della conoscenza che si serve di ragionamenti nei quali trovano posto anche i giudizi di valore e le opinioni, di ragionamenti cioè non rigidamente logici, ma che conservano una loro *logicità interna* e – con essa – la possibilità di essere assoggettati ad un controllo intersoggettivo (L. Lombardo, *op. cit.*, 102). Sulle correlazioni tra razionalità e processo v. T. Mazzaresse, *op. cit.*, 17 ss., ove, tra l'altro, l'osservazione secondo cui, spesso, «ciò che viene etichettato come espressione di irrazionalismo altro non è se non la denuncia di limiti e difficoltà di quella forma di razionalismo che ha a proprio fondamento i principi della logica classica e/o dell'epistemologia neopositivistica»; v. altresì, in una prospettiva in parte diversa, M. Taruffo, *Ragione e processo: ipotesi su una correlazione*, in *Ragion pratica* 1993, 49 ss.

<sup>56</sup> V. T. Mazzaresse, *op. cit.*, 17 ss., la quale osserva che «è tutt'altro che ovvio e scontato quali e quanti concetti e concezioni della filosoficamente tormentata nozione di 'razionalità' intervengano e possano intervenire in un'analisi delle forme di razionalità delle decisioni giudiziali»; e che molte «analisi che si incentrano sulla razionalità delle decisioni giudiziali sono viziate, infatti, da un uso indeterminato, quando non volutamente ambiguo, della nozione di 'razionalità'». In proposito v. Aa.Vv., *I modi della razionalità*, cit., *passim*, e già dalla *Prefazione*, a cura di M. Dell'Utri e A. Rainone, ove si osserva come la razionalità da sempre è stata concepita come suddivisa in almeno tre ambiti: *logico, teoretico o epistemico e pratico*. E in tutti i casi ciò che conta sono le ragioni addotte come giustificazioni (logiche, epistemiche e comportamentali). V. poi, M. Dell'Utri, *Razionalità e verità*, cit., 170 ss.

<sup>57</sup> V. Piccari, *Forme e strutture della razionalità argomentativa*, Milano 2008, 21, sulla necessità di «determinare quali criteri di ragionevolezza dovrebbero essere soddisfatti nell'argomentazione affinché questa possa essere considerata 'ragionevole'»; ed ivi, 63 ss., sui rapporti tra *razionale* e *ragionevole*: «riteniamo di poter definire 'razionale' ciò che procede dal ragionamento, che si basa sul ragionamento, mentre 'ragionevole' ciò che è fondato su un ragionamento *corretto*». Sui rapporti tra *razionale* e *ragionevole* v. anche S. Fuselli, *Credere per provare*, cit., 75

anzitutto, ed il rilievo è ovvio, il discorso deve essere, dal punto di vista della lingua e della grammatica, semanticamente e sintatticamente, quindi *linguisticamente corretto*, altrimenti è esclusa *a priori* qualunque possibile intellegibilità e, conseguentemente, controllabilità<sup>58</sup>; b) secondariamente, il discorso del giudice deve essere *completo*: poiché il giudice raggiunge conclusioni sui fatti ignoti, sulla base degli elementi di conoscenza offerti dai fatti noti, è necessario, perché il suo ragionamento sia razionalmente credibile, che nell'esame dei fatti noti legittimamente acquisiti al processo non sia trascurato alcun elemento di conoscenza<sup>59</sup>; c) in terzo luogo, il discorso del giudice deve essere *rappresentativo*, nel senso che i suoi enunciati descrittivi devono rappresentare esattamente le fonti e gli elementi di conoscenza con funzione probatoria, e non contenere travisamenti, errori di percezione della realtà, errori di percezione dei *segni* con funzione probatoria<sup>60</sup>; d) inoltre, il discorso del giudice deve essere *attendibile*, nel senso che le sue conclusioni sopra i fatti noti potranno essere considerate razionalmente credibili solo ove il giudice stesso abbia previamente verificato la serietà, l'adeguatezza e la credibilità, in una parola: l'*attendibilità* delle sue fonti di conoscenza, delle sue fonti di prova;

ss. Per quanto riguarda il giudizio di fatto, e ammesso che si possano distinguere i profili della logicità da quelli della razionalità del discorso del giudice, possiamo dire: (i) che la logica consiste nelle qualità delle componenti strutturali del discorso del giudice, giusta quanto abbiamo osservato nel paragrafo precedente; e che (ii) tale discorso è razionale quando risponde a un sistema convenzionale predefinito che preveda, da un lato, le regole della formazione del giudizio (ritenute) più idonee, in una determinata situazione spazio-temporale e dato un certo contesto (anche di risorse disponibili), al raggiungimento dei fini prefissati (la ricostruzione giudiziale del fatto); e, dall'altro lato, le modalità per verificare l'osservanza/inosservanza di quelle regole e quindi l'idoneità del discorso complessivo del giudice a raggiungere il fine prefissato. In effetti, un comportamento verbale o non verbale si configura come razionale o irrazionale se, rispettivamente, è in accordo o in contrasto con quelle norme e quei principi: cfr. M. Dell'Utri, *Razionalità e verità*, cit., 170. Di seguito nel testo indico quelle che a mio avviso possono essere considerate, nell'attuale situazione, le regole *base* per una ricostruzione giudiziale razionale dei fatti nell'ambito della libera valutazione delle prove.

<sup>58</sup> Sui problemi derivanti dal c.d. relativismo linguistico v. E. Sapir, B.L. Whorf, *Linguaggio e relatività*, a cura di M. Carassai e E. Crucianelli, Roma 2017, *passim*.

<sup>59</sup> G. Carcaterra, *op. cit.*, 36-37, ricorda che l'argomentazione induttiva vale sempre allo stato attuale delle nostre conoscenze, perciò un argomento induttivo è corretto solo se è costruito tenendo conto di tutte le informazioni rilevanti disponibili.

<sup>60</sup> Senza poter entrare qui in merito al discorso per cui si «sono dimostrate non assolute le asserzioni di osservazione», atteso che non esiste occhio davvero ingenuo, capace di percezione priva di concettualizzazione: cfr., in proposito, D. Antiseri, *L'universo incerto della ragione umana*, in *I modi della razionalità*, cit., 31, nonché le indicazioni riportate *retro*, nella nota 55.

e) ancora, il discorso del giudice deve essere *plausibile*, nel senso che il giudice deve porre a base del suo ragionamento premesse di fatto corrette (gravi, precise e concordanti), vale a dire elementi di prova idonei a denotare e connotare gli elementi di conoscenza che ne sono stati tratti, e ciò attraverso un'attività di interpretazione dei *segni* percepiti di carattere essenzialmente *semiotico* prima e *semantico* dopo; deve poi utilizzare, al fine di ritrarre conclusioni da quelle premesse, generalizzazioni, ossia LSOFM, di natura scientifica e/o di esperienza comune, condivise, riconosciute come valide dalla collettività di riferimento in un determinato momento storico; e infine deve applicare tali leggi, sempre al medesimo fine, in modo pertinente e corretto con specifico riguardo al singolo, irripetibile caso concreto; ovvero tenuto conto, in modo completo ed esauriente, delle prove e degli elementi di prova, effettivamente attendibili, del medesimo caso concreto; a questo importante riguardo la razionalità del discorso del giudice corrisponde al rispetto delle LSOFM<sup>61</sup>; f) il discorso del giudice deve altresì essere *coerente*, ed è tale se gli enunciati e le proposizioni che lo compongono non sono tra di loro in contraddizione o comunque in contrasto logico, ove la «logica», anche qui, salvo casi eccezionali, è una logica *materiale* e non formale: è prevalentemente la logica delle LSOFM; g) infine, deve trattarsi di un discorso complessivamente *congruo*, ossia un discorso nel quale, sulla base di una considerazione anche olistica e non solo analitica delle prove e degli elementi di prova, le conclusioni, parziali e finale, sono adeguatamente sorrette dalle premesse, parziali e finale, in base ad una corretta concatenazione logica (logica sempre intesa in senso *materiale* e non formale, nei termini chiariti). In sintesi, il discorso del giudice sui fatti della causa è razionale quando è *linguisticamente corretto, completo, rappresentativo, attendibile, plausibile, coerente e congruo*. Sono questi gli elementi che determinano il discorso argomentativo del giudice *razionalmente credibile*. Come si può notare, si tratta evidentemente di una *razionalità debole*, giacché, a parte, forse, la correttezza linguistica – dai punti di vista strettamente grammaticale e sintattico –, si tratta di elementi, di componenti del discorso argomentativo, che derivano dall'attività *percettiva* e soprattutto *interpretativa* e quindi *discrezionale* del giudice, da sue *scelte di valore su temi sui quali non esistono LSOFM certe*; pertanto da scelte e decisioni non oggettivamente controllabili

<sup>61</sup> Va da sé che, ove il caso si presti ad una pluralità di ricostruzioni plausibili, sarà preferita quella maggiormente implicata dagli elementi di prova a disposizione, ove il parametro di valutazione è dato dalle LSOFM che devono essere applicate ai *segni* con funzione probatoria nonché, a parità di implicazione, quella dotata di maggiore coerenza e coesione interna, sì da rappresentare, nel complesso, la migliore spiegazione possibile dei dati a disposizione.

e verificabili<sup>62</sup>. Quest'ultimo aspetto è molto importante e deve essere adeguatamente rimarcato: la non verificabilità oggettiva delle scelte e delle decisioni del giudice dipende *sia: i)* dal fatto che non esistono LSOFM certe, ma solo probabilistiche; *ii)* che non vi è certezza sulla forza probabilistica delle LSOFM, vale a dire sulla maggiore o minore probabilità delle conclusioni che derivano dalla loro applicazione, e *iii)* che non è certo quando una determinata LSOFM possa trovare applicazione in un caso concreto, unico e irripetibile; *sia* dal fatto, consequenziale, che le decisioni del giudice dipendono da scelte di valore; queste ultime, in effetti, sono inevitabili e ineliminabili proprio per il fatto che non esistono LSOFM certe. E queste scelte di valore, a loro volta, dipendono – in disparte gli eventuali problemi di *percezione* delle fonti e degli elementi di prova – dalla *conoscenza di sfondo* che possiede chi le compie, vale a dire il giudice<sup>63</sup>. Un ultimo punto dovrebbe essere esaminato: fino a che punto le regole di razionalità del discorso del giudice sopra i fatti della causa, ora individuate, sono anche regole di legittimità della decisione, la cui

<sup>62</sup> Del resto, come è noto – cfr. M. Dell'Utri, *Razionalità e verità*, cit., 176 – in epoca postmoderna, una concezione forte della razionalità cede il passo a una concezione debole secondo cui la razionalità umana è esattamente quella che è: *umana*, ossia fragile, rivedibile e immersa nel divenire storico. È stato in effetti sottolineato che la miseria della ragione consiste nel fatto che essa non può dare garanzie, e tuttavia deve comunque esigere obbedienza ai suoi requisiti: così N. Rescher, *La razionalità. Indagine filosofica sulla natura e i fondamenti della ragione*, Roma 1999, 246. V. però M. Manzin, *Quale logica per il processo penale?*, cit., 72, il quale osserva che anche da “premesse probabili, o addirittura false, è possibile derivare conclusioni vere, poiché vera è la conclusione che non si può rifiutare se si sono accettate le premesse, pena la contraddizione logica. Vero è dunque il discorso in cui la connessione tra premesse e conclusioni non trova alternative accettabili. [...] il ragionamento non può dirsi debole per la qualità delle premesse, ma per un difetto di coerenza tra premesse e conclusioni”. E la “qualità delle premesse non sta nel loro grado di assiomaticizzazione (che le spingerebbe verso la generalità e l'astrazione) ma nella credibilità di cui concretamente godono presso un ben determinato uditorio di riferimento”.

<sup>63</sup> Cfr. F.M. Iacoviello, *op. cit.*, 324, che sottolinea quanto «di elaborazione personale vi sia nelle generalizzazioni di senso comune: la massima senza testo viene, per così dire, lavorata dal sistema di credenze e valori del giudice»; M. Manzin, *Quale logica per il processo penale?*, cit., 73, ove si rileva che “la topica giuridica, nel quadro della retorica forense, assume una forte eminenza nella selezione delle possibili premesse di ragionamento, che saranno tanto più probabili quanto meno opponibili”. In proposito, v. anche F. Roselli, *Logica del giudice*, cit., 232, il quale ricorda che «fu ancora una volta Guido Calogero che per il discorso retorico parlò di 'ragionevolezza', invece che di 'razionalità', termine adatto al discorso delle scienze naturali». E tutto ciò indipendentemente dal pur importante tema delle euristiche: v. in proposito J. Nieva-Fenoll, *Intelligenza artificiale*, cit., 31 ss.; R. Rumiati, C. Bona, *Dalla testimonianza alla sentenza. Il giudizio tra mente e cervello*, cit., 133 ss.

violazione, pertanto, comporta l'illegittimità della decisione stessa? Il tema di maggior interesse, al riguardo, è, come noto, quello della sindacabilità in Cassazione del vizio logico, ove con tale espressione s'intende principalmente il vizio che riguarda l'attendibilità, la plausibilità, la coerenza e la congruità del discorso del giudice, nei termini poc'anzi chiariti. Ma questo tema non può essere adeguatamente qui approfondito<sup>64</sup>.

6. – Ad un terzo livello si parla di logica con riguardo allo standard di prova che deve essere raggiunto affinché il giudice possa legittimamente porre un fatto a fondamento della sua decisione. La Suprema Corte infatti afferma, con orientamento costante e ormai consolidato, che il c.d. standard di «certezza probabilistica» in materia civile, presupposto per ritenere provato un fatto e in particolare il nesso di causalità materiale, non può essere ancorato esclusivamente alla c.d. probabilità quantitativa-statistica delle frequenze di classi di eventi (c.d. probabilità quantitativa o pascaliana), che potrebbe anche mancare o essere inconferente, ma va verificato riconducendone il grado di fondatezza all'ambito degli elementi di conferma (e, nel contempo, nell'esclusione di altri possibili alternativi) disponibili in relazione al caso concreto (c.d. probabilità logica o baconiana)<sup>65</sup>. Rileva quindi, principalmente, la c.d. probabilità logica o baconiana o, più comprensibilmente, epistemica. Occorre però capire bene di cosa stiamo parlando<sup>66</sup>. In generale, si distingue tra probabilità quantitativa, frequentista, statistica, o pascaliana, e probabilità logica o baconiana o epistemica, sulla scorta di studi e concetti nati, come è noto, nell'ambito della filosofia e poi applicati in ambito processuale<sup>67</sup>. I modelli di logica c.d.

<sup>64</sup> In proposito rinvio a R. Poli, *Diritto alla prova scientifica, obbligo di motivazione e sindacato in sede di legittimità*, in *Giust. civ.* 2018, 428 ss., 457 ss.

<sup>65</sup> Tra le molte, v. Cass. 31 ottobre 2019, n. 27985; Cass. 27 settembre 2018, n. 23197; Cass. 24 ottobre 2017, n. 25119; Cass. 3 gennaio 2017, n. 47; Cass. 29 dicembre 2016, n. 27449; a partire da Cass., sez. un., 11 gennaio 2008, nn. 576-584.

<sup>66</sup> Al riguardo, v. la chiara illustrazione di F.M. Iacoviello, *op. cit.*, 52 ss.

<sup>67</sup> Sul concetto di probabilità e sul suo uso nel processo, v. v. A. Mura, A. Mura, *Probabilità e prova penale. Profili epistemologici nel contesto giurisprudenziale*, in Aa.Vv., *La prova scientifica nel processo penale*, cit., 241 ss.; E. Ancona, *All'origine della svolta epistemologica della sentenza Franzese. Ricerche sulla probabilità logica o baconiana*, in *Riv. int. fil. dir.*, 2017, p. 679 ss., e 699 ss., con interessanti rilievi sulle origini retoriche della scienza baconiana; P. Garbolino, *Probabilità e logica della prova*, Milano 2014, *passim*, con particolare attenzione al c.d. teorema di T. Bayes; E.M. Catalano, *Logica della prova, statistical evidence e applicazione della teoria delle probabilità nel processo penale*, cit., 2013, 132 ss.; v. altresì A. Panzarola, *Il notorio, la judicial notice e i concetti di prova*, in questa *Rivista* 2016, 627 ss.; J. Ferrer Beltrán, *La valutazione razionale della prova*, Milano 2012, 89 ss., con particolare riguardo alla probabilità induttiva nella

pascaliana e c.d. baconiana sono assai numerosi ed estremamente complessi<sup>68</sup>. Con una certa, necessaria dose di semplificazione, si può dire che i primi si fondano sulle leggi statistiche «che mostrano una mera regolarità statistica di tipo frequentista fra il presentarsi di un evento di tipo «A» e uno di tipo «B», affermando che il verificarsi di un certo evento è accompagnato dal verificarsi di un altro evento soltanto in una certa percentuale di casi (ad es. «Nove su dieci A sono seguite da B»)»<sup>69</sup>. Pertanto, la probabilità statistica riguarda l'analisi empirica ed esprime la frequenza con cui l'evento si verifica durante l'osservazione: se  $n$  rappresenta il numero degli esperimenti ed  $m$  il numero di volte con cui l'evento si verifica, la probabilità-frequenza è data dal rapporto tra il numero delle volte in cui l'evento si è verificato con il numero degli esperimenti  $m/n$ . Come è stato da più parti rilevato, l'utilizzazione delle leggi statistiche, frequentiste, sarebbe davvero poco utile nella indagine sulla esistenza di un evento singolo e in particolare del nesso causale in un caso specifico e concreto, peraltro non futuro ma passato. Infatti, poiché tali leggi affermano che determinate classi di eventi si susseguono secondo un dato rapporto di proporzione tra loro, ossia secondo una data regola di frequenza, esse possono valere per descrivere le frequenze relative ai fenomeni di massa, per descrivere cioè quale sarà la frequenza relativa di un certo evento in una lunga sequenza di eventi, ma nulla possono dire in ordine a un evento singolo: una legge probabilistica, non esclude alcun evento singolo in contrasto con essa. In questa prospettiva si è osservato che «solo in senso molto approssimativo è possibile parlare, dal punto di vista frequentista, di probabilità dell'evento singolo; deve riconoscersi invece che l'attribuzione, ad un evento singolo, della causa che prevede la legge statistica, è possibile soltanto con un salto logico, con un grado di fiducia proporzionale alla probabilità insita nella legge di copertura»<sup>70</sup>. Nonostante una parziale omonimia, ed il fatto che entrambe si propongano di determinare la associazione, eventualmente causale, tra due fatti, del tutto diversa dalla pascaliana è la c.d. probabilità logica o baconiana, (almeno) per

forma in cui la presenta L. J. Cohen; in precedenza, v. L. Lombardo, *La prova giudiziale*, cit., 62 ss.; M. Taruffo, *La prova dei fatti giuridici*, Milano 1992, 166 ss.; Id, *Studi sulla rilevanza della prova*, cit., 221 ss., 235 ss.; C. Besso, *Probabilità e prova: considerazioni sulla struttura del giudizio di fatto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1991, 1119 ss.; L.J. Cohen, *Introduzione alla filosofia dell'induzione e della probabilità*, Milano 1998, *passim*.

<sup>68</sup> Per una ricostruzione chiara ma necessariamente sintetica di tali modelli, v. J. Ferrer Beltrán, *op. cit.*, 90 ss.; C. Besso, *op. cit.*, *passim*.

<sup>69</sup> L. Lombardo, *La scienza e il giudice nella ricostruzione del fatto*, in questa *Rivista* 2007, 55.

<sup>70</sup> L. Lombardo, *La scienza e il giudice*, cit., 56; J. Ferrer Beltrán, *op. cit.*, 95 ss.

come essa è intesa in sede processuale<sup>71</sup>. Questa, infatti, si fonda, nella sua accezione semplice ed utilizzabile in sede processuale, sul rapporto tra un'ipotesi fattuale e il c.d. grado di conferma che la stessa riceve dagli elementi di prova disponibili nel caso concreto. In particolare, la probabilità logica, che si inserisce nell'ambito della probabilità epistemica, si riferisce alla probabilità che un'affermazione sia o meno veritiera attraverso il ragionamento logico fondato sugli elementi di prova: secondo la formula  $p(h/e) = r$ , la probabilità  $p$  è uguale al grado di conferma  $r$  che l'ipotesi  $h$  riceve dagli elementi probatori  $e$  a disposizione<sup>72</sup>. La probabilità logica può essere intesa come la «credibilità razionale» della verità o falsità di un enunciato fattuale (affermata prima dalla parte poi anche dal giudice) sulla base delle specifiche prove disponibili nel caso concreto. Al variare di queste, pertanto, varierà pure quella. Se poi si tiene conto del fatto che il giudice raggiunge il convincimento in ordine alla verità di un determinato fatto  $X$ , da provare nel processo, attraverso il ragionamento inferenziale che tiene conto degli elementi di conoscenza offerti dal fatto  $Y$  o, più verosimilmente, dai fatti  $Y$ ,  $J$  e  $K$ , provati o comunque certi nel processo stesso, si comprende che il grado o misura della probabilità logica dipendono dalla solidità della regola di associazione dei fatti  $Y$ ,  $J$ ,  $K$  rispetto a  $X$  applicata dal giudice al ragionamento inferenziale di cui si tratta. E la solidità di tale regola dipende sia dal peso probatorio, ovvero dalla gravità, precisione e concordanza delle prove e degli elementi di prova ( $Y$ ,  $J$  e  $K$ ), sia dalla forza intrinseca della generalizzazione adottata (astrattamente considerata), sia dalla presenza delle c.d. variabili rilevanti, ovvero circostanze del caso concreto che possono, a seconda dei casi, rafforzare, oppure al contrario attenuare, significativamente ridurre e perfino eliminare la forza della generalizzazione stessa (fermo restando che, come già ricordato, anche la forza della generalizzazione non può essere misurata in termini oggettivi, precisi ed assoluti – e ancor meno in termini numerici – perché essa dipende dalla «struttura culturale di riferimento» di colui che la applica). Il discorso non muta nella sostanza laddove si adotti, per spiegare il ragionamento del giudice, il c.d. «modello di Toulmin»<sup>73</sup>. In questa

chiave (necessariamente) semplificata, in cui la contrapposizione entra nel processo, la distinzione fondamentale tra probabilità pascaliana e probabilità baconiana risiede dunque in ciò: la prima, che si vorrebbe prevalentemente se non esclusivamente di natura oggettiva, determina la relazione tra fatti in base ad un calcolo matematico che si basa su dati statistici; la seconda, in ordine alla quale appare ineliminabile una certa componente soggettiva, determina tale relazione sulla base di un'analisi, razionale disamina del materiale probatorio disponibile nel caso concreto<sup>74</sup>. Ciò detto e condiviso, si comprende che, in questa prospettiva, con il richiamo alla probabilità quantitativa si allude in sostanza al tema della utilizzabilità della prova statistica nel processo<sup>75</sup>. Un'ultima notazione deve essere aggiunta a proposito del ruolo delle leggi statistiche nell'accertamento dei fatti. Anzitutto, va ricordato che, secondo un autorevole opinione, se si dispone di una statistica particolarmente elevata relativa alla connessione tra due tipi di eventi, ciò può essere sufficiente a stabilire che nel caso singolo si è davvero verificata un'associazione tra i due eventi specifici, e anche ove si tratti di una connessione causale<sup>76</sup>. Si è obiettato che questo modo

---

la probabilità condizionale che sia vera l'ipotesi fattuale  $H$ , dato l'elemento di prova  $E$ , equivale alla probabilità che si dia  $E$  se è vera  $H$  moltiplicato per la probabilità di  $H$  (senza prendere in considerazione  $E$ ), diviso per la probabilità *a priori* di  $E$  indipendentemente dalla presenza di  $H$ . Il calcolo è ricorsivo e accumulativo rispetto a ciascuno degli elementi di prova disponibili: in proposito v. J. Ferrer Beltrán, *op. cit.*, 108 e, per un'altra efficace rappresentazione del teorema in parola, G. Carcaterra, *op. cit.*, 55 ss. Il dibattito sulla validità di tale modello e sulla sua utilizzabilità per la valutazione delle prove è aperto e assai ricco, e non può essere approfondito in questa sede, ragion per cui rinvio a F. Taroni, S. Bozza, J. Vuille, *Il ruolo della probabilità nella valutazione della prova scientifica*, in Aa.Vv., *Prova scientifica e processo penale*, cit., 23 ss.; P. Garbolino, *Probabilità e logica della prova*, cit., 85 ss. e *passim*; su questo lavoro v. le osservazioni critiche di M. Taruffo, *Note sparse su probabilità e logica della prova*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2016, 1507 ss., e la replica di P. Garbolino, *A cosa serve il teorema di T. Bayes? Replica a Michele Taruffo*, in questa *Rivista* 2016, 1127 ss., ove pure un'efficace – ma, va detto, non meno complessa – illustrazione del teorema di T. Bayes.

<sup>74</sup> In queste due accezioni, in fondo, è sempre stato inteso il termine «probabilità» nel processo: v. A. Giuliani, *Il concetto di prova. Contributo alla logica giuridica*, Milano 1961, 14, ove si ricorda la contrapposizione tra probabilità come «frequenza relativa di un evento in una lunga serie di eventi», e probabilità come «grado di conferma di una ipotesi in relazione a determinate prove». In proposito, in chiave attuale, v. J. Ferrer Beltrán, *op. cit.*, 95 ss., anche per i rapporti tra frequenze statistiche, generalizzazioni e prova individualizzata sui singoli fatti (tra probabilità di eventi e probabilità di proposizioni), 107 ss., 121 ss.

<sup>75</sup> Cfr., anche per riferimenti, M. Taruffo, *Prova [dir. proc. civ.]*, in *Diritto online Treccani* 2017, § 7; Id., *La valutazione delle prove*, cit., 220 ss.

<sup>76</sup> F. Schauer, *Di ogni erba un fascio*, Bologna 2008, *passim*, e spec. 79 ss., con riguardo al nesso di causalità.

<sup>71</sup> In una prospettiva più generale, vi è anche chi contesta la possibilità di considerare la probabilità c.d. baconiana come veramente autonoma da quella c.d. pascaliana (per riferimenti, v. C. Besso, *Probabilità e prova*, cit., 1125, nota 21).

<sup>72</sup> Cfr., anche per altri riferimenti, L. Lombardo, *La prova giudiziale*, cit., 62 ss.

<sup>73</sup> Altro discorso rispetto a quanto ora detto nel testo riguarda il ricorso al c.d. teorema di T. Bayes per la valutazione delle prove. Si tratta di un calcolo matematico, che può essere, a seconda delle situazioni, anche molto complesso, attraverso il quale si dovrebbe riuscire a misurare, in termini numerici, l'impatto di ciascuna prova rispetto al grado di credenza nei confronti di una determinata ipotesi fattuale:  $P(H/E) = P(H) \times P(E/H)/P(E)$ . In base a tale formula,

d'intendere la possibile portata della prova statistica appare di dubbio fondamento, e resta comunque la perplessità di fondo, giacché i dati statistici «parlano di classi di eventi e non di eventi singoli, e servono a fare previsioni invece che accertare fatti singoli già accaduti»<sup>77</sup>. Tuttavia, a me pare che, se si riconosce l'ineliminabilità del ricorso alle massime d'esperienza nella valutazione delle prove e la loro idoneità a costituire la premessa maggiore di un ragionamento inferenziale che conduce alla affermazione di verità di un determinato enunciato fattuale – enunciato che di conseguenza il giudice può portare a fondamento della sua decisione –, la stessa idoneità deve essere riconosciuta, *a fortiori*, alle leggi scientifiche statistiche che, a ben vedere, non sono altro che massime d'esperienza qualificate<sup>78</sup>. Naturalmente, per poter essere richiamata a fondamento di un giudizio di verità/esistenza di un fatto, e quindi quale legge di copertura/premessa maggiore del ragionamento inferenziale che consente di ritenere provato quel fatto, la frequenza riportata nella legge statistica dovrà essere tale da rappresentare, alla luce degli altri elementi di prova, che la verità/esistenza del fatto ignoto da provare è *normalmente* associata, almeno secondo l'*id quod plerumque accidit*, alla verità/esistenza del fatto provato, e che non sussistono elementi di prova contrari, in grado di contraddire le comuni regole di organizzazione e funzionamento del mondo; e ciò, alla stessa stregua di quanto si ritiene in caso di applicazione di una massima d'esperienza<sup>79</sup>. Questo discorso si riannoda al tema dello *standard di prova*, vale a dire della soglia di convincimento raggiunta la quale il giudice può ritenere *pienamente provato* il fatto e portare lo stesso a fonda-

mento della decisione. Lo *standard di prova* è un indice di misurazione della forza delle prove, del loro grado di probatività. Ora, per comprendere come opera lo standard di prova, e quindi comprendere com'è strutturata questa dimensione della prova, occorre considerare in quale modo il giudice valuta le prove secondo la sua logica che, come abbiamo rilevato, è una logica argomentativa/induttiva ed empirica. Di seguito, e consequenzialmente, potremo stabilire quando una prova è forte e raggiunge la necessaria soglia di convincimento e quando, diversamente, una prova è debole e non raggiunge tale soglia. Ebbene, la valutazione delle prove consiste nell'attribuzione di qualità probative ai *segni del mondo*, che nel processo assumono rilievo quali fondamenti logico/empirici delle prove e degli elementi di prova, secondo le LSOFM<sup>80</sup>. Se questo è vero, il discorso sui gradi e gli standard di prova dev'essere espresso attraverso un vocabolario in grado di rappresentare ed esprimere le caratteristiche delle qualità probative in funzione della individuazione del loro grado di probatività; e ciò anche per individuare il grado di probatività necessario e sufficiente per raggiungere la *soglia di convincimento* prevista dalla legge al fine di ritenere pienamente raggiunta la prova di un fatto e poter portare legittimamente quello stesso fatto a fondamento della decisione giudiziale. Ciò premesso, osserviamo che il tema dello *standard di prova* intende rispondere alle seguenti domande: α) vi sono agli atti del processo prove ed elementi di prova che consentono di affermare, con riguardo al caso specifico e concreto (unico e irripetibile), ed attraverso inferenze razionali, che l'enunciato fattuale *A* è vero (*rectius*, sufficientemente probabile)? β) qual è il grado di probabilità logica necessario e sufficiente per poter affermare provato e quindi vero (*rectius*, sufficientemente probabile) l'enunciato fattuale *A*? Vale a dire: quali sono il grado di conferma degli elementi di prova, e il grado di solidità dell'inferenza (o, più correttamente, come vedremo, delle inferenze) necessari e sufficienti per poter fondare un legittimo giudizio di verità (*rectius*, sufficiente probabilità) del fatto *A*?<sup>81</sup>. Questo tema è di estremo interesse e meriterebbe ben altro approfondimento. Qui ci possiamo limitare solo alle seguenti osservazioni schematiche, e rinviare a quanto già detto in altra sede per un discorso più argomentato<sup>82</sup>: a) il criterio oggi adottato dalla nostra Suprema Corte civile – per cui un fatto è considerato «vero» quando appare «più probabile che non» – non pare rappresentare un adeguato standard di prova, in quanto

<sup>77</sup> M. Taruffo, *La prova del nesso causale*, in *Riv. crit. dir. priv.* 2006, 109.

<sup>78</sup> E ciò, almeno nei casi in cui le leggi statistiche esprimono una relazione di causalità, sia pure tra categorie generali di eventi, relazione ricostruibile in termini di causalità generale, e dove esprimono semplicemente un'associazione tra classi di fatti, non evocando un rapporto di causalità neppure in termini generali (più complesso è il discorso quando i dati statistici esprimono solo la frequenza statistica di base, ovvero la distribuzione del fenomeno del tipo oggetto di accertamento in una certa classe: ad es., la percentuale di autobus rossi in una determinata città): sul punto v. Catalano, *Logica della prova, statistical evidence e applicazione della teoria delle probabilità nel processo penale*, cit., 132 ss., spec. 140 ss., 145, ove anche il rilievo secondo cui il dato epidemiologico, in quanto fatto probatorio della causalità generale, può essere ritenuto indizio della causalità individuale; nonché *ivi*, 145, il richiamo all'opinione, di P. Ferrua, secondo cui l'*episteme* sfuma nella *doxa*. Per G. Carcaterra, *op. cit.*, 33, le massime somigliano alle leggi scientifiche statistiche, ma «mentre le leggi statistiche sono scientifiche, parlano un linguaggio numerico e sono basate su rigorosi metodi d'indagine, le massime si servono di un linguaggio qualitativo e si basano sulla semplice e ingenua esperienza».

<sup>79</sup> A quest'ultimo proposito v., ad esempio, Cass. 5 luglio 2017, n. 16503.

<sup>80</sup> M. Taruffo, *La prova del nesso causale*, cit., 109.

<sup>81</sup> In proposito, v., di recente, Aa.Vv., *Standard of Proof in Europe*, a cura di L. Tichý, Tubingen 2019; J. Ferrer Beltrán, G. Tuzet, *Sulla necessità degli standard di prova per la giustificazione delle decisioni giudiziali*, in *Dir. & Questioni pubbliche* 2018, 455 ss.

<sup>82</sup> R. Poli, *Gli standard di prova in Italia*, in *Giur. it.* 2018, 2524 ss.

privo dei caratteri al riguardo richiesti: *non* è infatti un criterio rigoroso, chiaro, determinato nei suoi elementi strutturali e funzionali, applicabile in modo (almeno tendenzialmente) uniforme e suscettibile di adeguato controllo in sede d'impugnazione<sup>83</sup>); *b*) se è vero (*i*) che la valutazione delle prove consiste nell'attribuzione di qualità probative empiriche agli elementi di prova, e principalmente si traduce nell'inferenza con cui da un fatto noto, elemento di prova o fatto probante, si desume la probabilità di un altro fatto che si vuol conoscere e si ipotizza, che è il fatto da provare o *thema probandum*<sup>84</sup>; e (*ii*) che il ragionamento del giudice è strutturato sulla base di massime d'esperienza, qualificate (come nel caso delle leggi scientifiche) o non qualificate (come nel caso delle generalizzazioni tratte dall'esperienza comune o dal buon senso comune), per individuare i caratteri della sufficienza del discorso del giudice in punto di valutazione delle prove e degli elementi di prova – e quindi i caratteri in presenza dei quali possiamo dire che il giudice ha legittimamente ritenuto raggiunta la prova di un determinato fatto – si può e si deve far ricorso, nella corretta prospettiva di restare il più possibile fedeli al dato positivo, non solo allo schema logico di ragionamento (art. 2727 c.c.), ma anche alle regole di validità/legittimità del ragionamento probatorio presuntivo<sup>85</sup>: orbene, in base agli artt. 2729 c.c. e 192, 2° comma, c.p.p., l'esistenza di un fatto può essere desunta da elementi di prova solo quando questi siano *gravi, precisi e concordanti*<sup>86</sup>. A ben vedere, pertanto, è la stessa legge che indica lo *standard di prova* necessario affinché possa ritenersi osservata la regola dell'onere della prova e il giudice possa porre a fondamento della sua decisione un determinato fatto. Invero, se il giudice può fondare la presunzione – e quindi ritenere provato un fatto – sulla base di indizi gravi, precisi e concordanti, può tranquillamente affermarsi che la parte ha provato

il fatto oggetto di prova quando ha provato indizi gravi, precisi e concordanti in merito alla verità (*rectius*, sufficiente probabilità) di quel fatto<sup>87</sup>. E allora tutto ciò vuol dire, alla luce delle considerazioni svolte in questo scritto, che tali elementi di prova, considerati nel loro complesso, devono rappresentare – per consentire di ritenere osservata la regola dell'onere della prova, e comunque per consentire al giudice di portare un fatto a fondamento della sua decisione – un quadro probatorio che significa, normalmente, vale a dire secondo *l'id quod plerumque accidit*<sup>88</sup> – misurato sulla base delle regole di strutturazione, organizzazione e funzionamento del mondo –, verità/esistenza del fatto ignoto da provare<sup>89</sup>.

7. – Da quanto precede si può notare come (*i*) la logica e la razionalità del discorso del giudice nella ricostruzione dei fatti, (*ii*) la logica cui ci si riferisce nel giudizio probabilistico sulla «verità» dei fatti, e (*iii*) la logica sottesa allo standard di prova, nei termini dianzi indicati, siano omogenee e si riannodino perfettamente anche nella prospettiva del sindacato della ricostruzione giudiziale dei fatti in sede d'impugnazione, e in particolare in sede di legittimità. A quest'ultimo proposito, infatti, la Suprema Corte insegna che: *a*) «la peculiare conformazione del controllo sulla motivazione non elimina,

<sup>83</sup> In proposito v. J. Ferrer Beltran, *Prolegómenos para una teoría sobre lo estándar de prueba*, testo della relazione tenuta a Girona, il 7 giugno 2018, al *Congreso Mundial sobre Razonamiento Probatorio*, 3 ss., ove vengono indicati i requisiti metodologici per formulare uno standard di prova. Per più dettagliate critiche al criterio del «più probabile che non» rinvio a R. Poli, *Gli standard di prova*, cit. 2524 ss.

<sup>84</sup> G. Carcaterra, *La logica e le prove*, in *Scritti in onore di C. Punzi*, Torino 2008, 467 ss. V. anche L. Ferrajoli, *Diritto e ragione*, cit., 108 e ss., spec. 130, secondo il quale l'art. 192, 2° comma, c.p.p. rappresenterebbe una prescrizione generale valida per tutte le prove.

<sup>85</sup> Sulle presunzioni e sul ragionamento presuntivo v. per tutti S. Patti, *Prove*, in *Comm. al c.c. A. Scialoja, G. Branca, F. Galgano*, a cura di G. De Nova, *Libro sesto: Tutela dei diritti art. 2697-2739*, Bologna 2015, 624 ss.

<sup>86</sup> Su tali requisiti, di recente, v. Cass. 21 gennaio 2020, n. 1163; Cass. 6 febbraio 2019, n. 3513; Cass. 24 gennaio 2018, n. 1785; per il processo penale, v. Cass. pen., sez. II, 17 giugno 2019, n. 26604.

<sup>87</sup> Questa prospettiva consente peraltro di avvalerci di una elaborazione teorica e giurisprudenziale millenaria circa le condizioni per affermare la sussistenza della *prova piena* di un fatto, formatasi all'interno della nostra cultura processualistica; e si tratta di un patrimonio che certo non può essere abbandonato per far posto a un criterio – quello del «più probabile che non» – vago e oscuro nelle sue modalità operative, anche perché del tutto estraneo alla nostra tradizione giuridica.

<sup>88</sup> La Suprema Corte insegna, per quanto riguarda le presunzioni e il ragionamento presuntivo, che per la configurazione di una presunzione giuridicamente valida non occorre che l'esistenza del fatto ignoto rappresenti l'unica conseguenza possibile di quello noto, secondo un legame di necessità assoluta ed esclusiva (sulla scorta della regola della inferenza necessaria), ma è sufficiente che dal fatto noto sia desumibile univocamente quello ignoto, alla stregua di un giudizio di probabilità basato sull'*id quod plerumque accidit* (in virtù della regola dell'inferenza probabilistica), ovvero secondo un criterio di *normalità*, sicché il giudice può trarre il suo libero convincimento dall'apprezzamento discrezionale degli elementi indiziari prescelti, purché dotati dei requisiti legali della gravità, precisione e concordanza, mentre è da escludere che possa attribuirsi valore probatorio ad una presunzione fondata su dati meramente ipotetici (Cass. 30 maggio 2019, n. 14762; Cass. 2 ottobre 2018, n. 23881; Cass. 5 febbraio 2014, n. 2632; Cass. 14 novembre 2006, n. 24211; Cass. 16 novembre 2005, n. 23079; Cass. 27 novembre 2000, n. 15266; nell'ambito del processo penale, v. Cass. pen., sez. II, 17 giugno 2019, n. 26604).

<sup>89</sup> In base ad un ragionamento del tipo: quell'impronta digitale *significa* il passaggio di *N*, che ha la stessa impronta (cfr. P. Ferrua, *La prova nel processo penale*, cit., 50). Per un più ampio discorso in proposito, v. R. Poli, *Gli standard di prova in Italia*, cit., 2532 ss.

sebbene riduca (ma sarebbe meglio dire, trasformi), il controllo sulla sussistenza degli estremi cui l'art. 2729, comma 1°, c.c. subordina l'ammissione della presunzione semplice. In realtà è in proposito possibile il sindacato per violazione di legge, ai sensi dell'art. 360, n. 3, c.p.c. Ciò non solo nell'ipotesi (davvero rara) in cui il giudice abbia direttamente violato la norma in questione deliberando che il ragionamento presuntivo possa basarsi su indizi che non siano gravi, precisi e concordanti, ma anche quando egli abbia fondato la presunzione su indizi privi di gravità, precisione e concordanza, *sussumendo*, cioè, sotto la previsione dell'art. 2729 c.c., fatti privi dei caratteri legali, e incorrendo, quindi, in una falsa applicazione della norma, esattamente assunta nella enunciazione della 'fattispecie astratta', ma erroneamente applicata alla 'fattispecie concreta'<sup>90</sup>; b) «se è vero che il controllo di questa Corte di legittimità non può mai spingersi a valutare l'esito del suddetto procedimento logico (Cass., sez. un., 7 aprile 2014, n. 8053, punto 14.8.3) e quindi il risultato della concreta modalità di esercizio del prudente apprezzamento del giudice del merito nella valutazione del materiale istruttorio, tuttavia un tale controllo, pure restando assai limitato, deve persistere, a presidio dell'intima coerenza, della conciliabilità delle affermazioni operate quale garanzia di attendibilità del giudizio di fatto a sua volta premessa di quello di diritto, quanto alla verifica della correttezza del percorso logico tra premessa-massima di esperienza-conseguenza, cioè di esattezza della massima di esperienza poi applicata, come pure alla verifica della congruità – o accettabilità o plausibilità o, in senso lato, verità – della premessa in sé considerata; in mancanza di tale congruenza o plausibilità, la motivazione sul punto resterà soltanto apparente»<sup>91</sup>. Ne risulta,

davvero in conclusione, un sistema coerente, che ben concilia il diritto dei litiganti ad un effettivo controllo del giudizio di fatto, anche in sede di legittimità, con i compiti della «nuova» Corte di cassazione<sup>92</sup>, la quale non solo può, ma *deve* riesaminare la plausibilità delle LSOFM selezionate dal giudice di merito, come la correttezza della loro interpretazione e applicazione al caso concreto, anche per dire l'ultima parola, in quanto organo di vertice della giurisdizione esercitata in nome del popolo italiano, circa l'accettabilità di una determinata LSOFM da parte della comunità di cui facciamo parte<sup>93</sup>: «una Cassazione che entra nel *fatto*, che ragiona con probabilità e ipotesi, che affronta prova scientifica e processo indiziario e che fissa regole logiche di ragionamento e protocolli argomentativi al fine di raggiungere – attraverso la legalità – la giustizia»<sup>94</sup>.

<sup>90</sup> Cass., sez. un., 7 aprile 2014, nn. 8053-8054; Cass. 16 novembre 2018, n. 29635. Diversamente orientata la Cassazione penale: Cass. pen., sez. II, 17 giugno 2019, n. 26604. In dottrina, sui requisiti di gravità, precisione e concordanza nel processo penale, v. G. Uberty, *Profili di epistemologia giudiziaria*, cit., 168 ss.

<sup>91</sup> Cass. 5 luglio 2017, n. 16502, in questa *Rivista* 2018, 889 ss., con nota di L. Ruggiero, *La Cassazione riapre al sindacato sul vizio logico di motivazione*, i cui principi sono poi stati ripresi nelle motivazioni di Cass. 19 giugno 2019, n. 16443; Cass., sez. un., 28 marzo 2019, n. 8675; Cass. 7 dicembre 2018, n. 31765; Cass. 8 ottobre 2018, n. 24743; Cass. 27 luglio 2018, n. 20010; Cass. 20 aprile 2018, n. 9906; Cass. 25 gennaio 2018, n. 1854. In proposito v. anche Cass. 5 luglio 2017, n. 16503, ove, in motivazione, si gradua il quadro probatorio specifico a carico del danneggiato – salvi la contestazione della controparte o l'onere dell'allegante che intenda giovare di fatti ancora più favorevoli a sé – in ragione della postulata maggiore o minore frequenza, secondo l'*id quod plerumque accidit*, della conseguenza dannosa oggetto di prova. Di recente, alludono ad un ammissibile controllo di logicità del ragionamento del giudice anche Cass. 18 giugno 2018, n. 16094 e Cass. 12 giugno 2018, n. 15260. Per più dettagliate considerazioni sull'attuale configurazione del vizio di motivazione nel processo civile, rinvio a R. Poli, *Diritto alla*

*prova scientifica*, cit., 428 ss.; Sulla rilevanza dei vizi della motivazione nel processo penale, v. P. Ferrua, *Il controllo della Cassazione sulla motivazione*, in Aa.Vv., *L'operazione decisoria*, da emanazione divina alla prova scientifica, cit., 81 ss.

<sup>92</sup> V. con grande chiarezza F.M. Iacoviello, *op. cit.*, 46 ss., 457 ss.

<sup>93</sup> Si pensi, ad es., come già ricordato, al riconoscere o meno validità scientifica e quindi utilizzabilità nel processo alla c.d. PAS (v. Cass. 16 maggio 2019, n. 13274).

<sup>94</sup> F.M. Iacoviello, *op. cit.*, quarta di copertina. Occorre ricordare, in proposito, che il giudizio finale e definitivo (che include scelte di valore), di riconosciuta, omologata (o negata) logicità (empirica ed opinativa) del giudizio di fatto, che spetta alla Suprema Corte, è tale non perché si fonda su parametri di verità formale o oggettiva, misurabile "oggettivamente", bensì per il ruolo istituzionale della Corte quale organo di vertice, e quindi quale supremo rappresentante del popolo in nome del quale esercita la funzione giurisdizionale: cfr., in proposito, M. Manzin, *Quale logica per il processo penale?*, cit., 70, ove si osserva che la sentenza differisce dalla dimostrazione scientifica, tra l'altro, perché la sua vincolatività "non deriva in prima istanza dalla coerenza del ragionamento (validità logica), ma per l'autorità legittima della giurisdizione (validità giuridica)".



# CONTRATOS PROBATÓRIOS TÍPICOS EM PROCESSO CIVIL: LIMITES E EFEITOS SOBRE O TRIBUNAL

ANTÓNIO GARCIA ROLO

Assistente Convidado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Doutorando em Direito

Investigador do Centro de Investigação de Direito Privado (CIDP)

Jurista no Banco de Portugal

**Resumo:** O direito português prevê expressamente dois contratos probatórios típicos celebrados pelas partes em processo civil – os contratos sobre ónus da prova e os contratos sobre meios de prova. Não sendo a sua admissibilidade posta em causa, o presente trabalho procura saber quais os limites à respetiva celebração e em que medida é que tais contratos, quando validamente celebrados, vinculam o juiz.

**Abstract:** Portuguese law specifically foresees two types of agreements on procedural evidence entered into between two parties in a civil suit – agreements on the burden of proof and agreements on the means of evidence. While their admissibility is beyond questioning, this essay aims at determining what are the existing limits to such agreements and to which extent are judges bound to such agreements.

## 1. Introdução

A produção de prova em processo civil é uma atividade partilhada entre as partes e o tribunal, onde o princípio dispositivo e os poderes inquisitórios do juiz, equilibrados pelo princípio da cooperação, interagem. As partes têm disponibilidade sobre o objeto do processo, mas nem todos os factos trazidos à apreciação do julgador derivam apenas da prova trazida a juízo pelas partes, não sendo o juiz um mero árbitro que passivamente assiste à construção da verdade processual. A resolução da tensão entre a disponibilidade das partes sobre o objeto do litígio e os poderes inquisitórios do tribunal marca uma parte significativa das normas de direito probatório formal e material e, apesar do princípio dispositivo já não ocupar o lugar cimeiro que outrora ocupou, continua a ser um vetor valorativo de importância capital no processo civil.

Ora, face à centralidade da disponibilidade do objeto do litígio pelas partes, podem estas, na pendência de um processo ou previamente a este, acordar aspetos da produção de prova que lhes sejam convenientes, através de uma modificação convencional do ónus da prova ou da exclusão convencional da apresentação de determinados meios de prova? Adiantando uma res-

\* As opiniões expressas no presente trabalho são exclusivas do Autor.

O presente trabalho corresponde, com algumas alterações, ao relatório escrito pelo Autor no âmbito do Seminário de Direito Processual I, lecionado pelo Professor Doutor Miguel Teixeira de Sousa e pela Professora Doutora Maria de Lurdes Pereira no âmbito do Doutoramento Direito – Especialidade de Ciências Jurídico-Civis, na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, no ano letivo 2018/2019

posta positiva dada pela lei, o presente trabalho procurará, face à escassez de pronúncia da doutrina e da jurisprudência nacionais sobre o tema dos contratos probatórios: (i) desenhar uma caracterização geral do seu regime, nomeadamente esclarecendo a sua tipologia, a sua admissibilidade no direito português e as diferentes abordagens em outros ordenamentos jurídicos; (ii) feita a sua caracterização geral e delimitados quais os contratos probatórios típicos, quais os limites que se impõem aos contratos probatórios legalmente permitidos; e (iii) tentar discernir qual o grau de vinculação do tribunal ao contrato probatório típico validamente celebrado.

Fora do escopo do presente trabalho encontram-se os contratos sobre o objeto da prova e sobre a apreciação de prova (sem prejuízo de uma breve referência) e o regime aplicável a contratos probatórios celebrados noutras ordens jurídico-processuais, tais como o processo penal e o processo administrativo.

## 2. Delimitação do Objeto: Caracterização Geral e Tipologia

### 2.1. Introdução

A produção de prova, atividade central a qualquer processo, é geralmente vista como uma atividade partilhada pelas partes e pelo tribunal, sob o signo do dever de cooperação<sup>1</sup>, onde o princípio dispositivo<sup>2</sup> e os po-

<sup>1</sup> Princípio que se destina a estruturar o processo civil e o papel das partes e do juiz na conformação do mesmo como uma 'comunidade de trabalho', responsabilizando as partes pelos resultados e encorajando o seu trabalho em conjunto. Neste sentido, vide Miguel Teixeira de Sousa, *Estudos Sobre o Novo Processo Civil*, 2ª ed., Lex, Lisboa (1997), 62-66; Castro Mendes,

deres inquisitórios do juiz se encontram e interagem. Com efeito, a expressão do princípio dispositivo no do-

*Direito Processual Civil*, II, Revisto e Atualizado, AAFDL, Lisboa (1987, reimpressão de 2012), 457-458; Luís Correia de Mendonça, “A Cooperação Processual Civil Entre um Novo Modelo e a Sombra do Inquisitório”, em *O Direito* 151 I (2019) 9-53, 37 e ss; e Jorge Pais de Amaral, *Direito Processual Civil*, 12<sup>a</sup> ed., Almedina, Lisboa (2016), 21-23. Lebre de Freitas, em *Introdução ao Processo Civil: Conceito e Princípios Gerais à Luz do Novo Código*, 3<sup>a</sup> ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2013, 186-191, vai no mesmo sentido, distinguindo entre a cooperação em sentido material, com expressão no artigo 417.º (dever de colaboração para a descoberta da verdade) e nos n.ºs 2 e 3 do artigo 7.º do Código de Processo Civil (possibilidade do juiz pedir esclarecimentos às partes ou terceiros e a obrigação destes a prestar os esclarecimentos pedidos); e a cooperação formal, prevista no artigo 7.º, n.º 4 (possibilidade do juiz suprir obstáculos com que as partes se defrontem) e no 151.º do Código de Processo Civil (relativo a marcação de audiências por acordo com os mandatários judiciais) do Código de Processo Civil. Dos preceitos referidos, os mais relevantes para o domínio probatório são os que Lebre de Freitas reconduz ao conceito de cooperação em sentido material (artigos 7.º, n.º 2 e 3 e 417.º do Código de Processo Civil).

<sup>2</sup> Castro Mendes, *Do Conceito de Prova em Processo Civil*, Ática, Lisboa (1961), 122, 128-129, define princípio dispositivo ou da disponibilidade como aquele “segundo o qual o processo é dominado pela vontade das partes, que o podem eficazmente orientar nos sentidos (...) que bem lhes pareçam”, desdobrando-o em “subprincípios” consoante a matéria que se considere, a saber, princípio do pedido (início do processo), princípio do debate (objeto do processo) e princípio do impulso processual (marcha ou desenvolvimento do processo), referindo ainda a disponibilidade do termo do processo e do conteúdo da sentença; Lebre de Freitas, em *Introdução cit.*, 155-157, divide o princípio dispositivo no (i) princípio dispositivo *stricto sensu*, que se traduz na liberdade de decisão sobre a instauração do processo e na conformação do seu objeto e das suas partes, redutível à ideia de disponibilidade da tutela jurisdicional e da instância; e no (ii) princípio da controvérsia *i.e.*, a liberdade de alegar os factos destinados a constituir fundamento da decisão ou em dá-los como assentes, acabando por ser redutível à ideia de responsabilidade pelo material fáctico da causa; Paulo Pimenta, em *Processo Civil Declarativo*, 2<sup>a</sup> ed., Almedina, Coimbra (2017), 14, refere que o princípio dispositivo se manifesta em três vertentes essenciais – no impulso processual, na delimitação dos contornos fácticos do litígio e nos limites da sentença; Teixeira de Sousa, em *Estudos cit.*, 69 refere o princípio dispositivo e da disponibilidade privada, dizendo que aquele assegura a “autonomia das partes na definição dos fins que elas procuram obter através da ação” e que este determina “o domínio das partes sobre os factos a alegar e os meios de prova a utilizar para conseguir aqueles objetivos”; Luís Correia de Mendonça, em “O Dispositivo: um Princípio Evanescente”, em *Revista da Ordem dos Advogados* 77 (2017) 441-483, 443, refere também uma divisão tripartida do princípio do dispositivo, dizendo que este se manifesta na iniciativa de dar início ao processo, de assegurar o prosseguimento da causa e de fornecer a prova dos direitos alegados, acabando por também subscrever a divisão feita por Lebre de Freitas entre princípio dispositivo *stricto sensu* e princípio da controvérsia, atribuindo-lhes, respetivamente, os epítetos “dispositivo substancial” e “dispositivo processual”.

mínio do direito probatório através da consagração da disponibilidade das partes sobre o objeto do litígio leva a que elas devam trazer para os autos os factos que sustentem as respetivas pretensões, também vedando que o juiz se sirva de outros factos que não os alegados pelas partes, havendo uma correspondência entre o ónus de alegação e a limitação dos poderes cognitivos do juiz<sup>3</sup>.

No Código de Processo Civil vigente, o princípio dispositivo encontra uma das suas expressões no artigo 5.º, onde se circunscreve o ónus de alegação aos factos essenciais, *i.e.*, “*todo o facto que, integrando a fatispécie normativa produtora do efeito, é indispensável à produção desse efeito*”<sup>4</sup>. No entanto, conforme indica a al. a) do n.º 2 do artigo 5.º, não há qualquer ónus de alegação quanto a factos instrumentais (factos que permitem a prova indiciária dos factos essenciais), devendo o juiz conhecer de tais factos quando resultem da instrução da causa, tal princípio estendendo-se a factos complementares ou concretizadores nos termos da al. b) do n.º 2 do artigo 5.º. Assim, apesar da morte anunciada do princípio<sup>5</sup>, o nosso sistema continua a ter uma “*marcada dimensão*” de dispositivo, expressa no ónus de alegação e na conformação do objeto fáctico do processo, mas este encontra-se restringido ao justo limite, na medida do necessário para evitar cominações e preclusões indevidas e “*na medida do necessário para assegurar a adequação da sentença à realidade extraprocessual*”<sup>6</sup>.

Tendo em conta a centralidade (ainda que mitigada) que o princípio dispositivo ocupa no processo civil português, poderão as partes dispor sobre *qual* a prova apresentada e produzida em processo e sobre qual delas terá o ónus de o fazer?

O legislador dá-nos uma resposta afirmativa no artigo 345.º do Código Civil, com a epígrafe “convenções sobre as provas”:

“1. É nula a convenção que inverta o ónus da prova, quando se trate de direito indisponível ou a inversão torne excessivamente difícil a uma das partes o exercício do direito.

2. É nula, nas mesmas condições, a convenção que excluir algum meio legal de prova ou admitir

<sup>3</sup> Lebre de Freitas, *Introdução cit.*, 165-175; Paulo Pimenta, *Processo Civil cit.*, 17; Teixeira de Sousa, *Estudos cit.*, 70-71; e Castro Mendes, *Do Conceito cit.*, 131 e ss.

<sup>4</sup> Lebre de Freitas, “Sobre o Novo Código de Processo Civil (Uma Visão de Fora)”, em *Revista da Ordem dos Advogados* 73 I (2013), 23-60, 35-39, e *Introdução cit.*, 165-175; e Pais de Amaral, *Direito Processual cit.*, 299-303

<sup>5</sup> Vide Miguel Mesquita, “A ‘Morte’ do Princípio do Dispositivo?”, em *Revista de Legislação e de Jurisprudência* 147 – 4007 (2017) 86-119, e também Correia de Mendonça, *O Dispositivo cit.*, 480-483, ambos enfatizando a mitigação da sua importância e o “apagão” do emprego da expressão “dispositivo” do Código de Processo Civil de 2013

<sup>6</sup> Paulo Pimenta, *Processo Civil cit.*, 25

*um meio de prova diverso dos legais; mas, se as determinações legais quanto à prova tiverem por fundamento razões de ordem pública, a convenção é nula em quaisquer circunstâncias.”*

Aqui, o legislador admite abertamente a possibilidade de as partes convencionarem a inversão do ónus da prova e de excluírem um meio legal de prova ou admitirem um meio de prova diverso dos legais. Sem prejuízo da redação não imediatamente apreensível do preceito, ele admite, dentro dos limites que *infra* serão analisados, a celebração de *contratos sobre o ónus da prova* e de *contratos sobre meios de prova*. A regulação e a previsão destes contratos na lei, por muito lacónica que seja, permite apelidá-los de *contratos probatórios típicos*<sup>7</sup>, em contraste com os contratos sobre objeto ou a apreciação de prova, não expressamente previstos na lei, e cuja admissibilidade será sumariamente analisada *infra*.

A doutrina nacional tem-se pronunciado, se bem que de forma breve, sobre estes negócios jurídicos, variavelmente denominados de “*contratos probatórios*”<sup>8</sup> ou “*convenções sobre prova*”<sup>9</sup>. No presente trabalho utilizar-se-á a primeira expressão.

A definição do contrato probatório faz-se necessariamente através do seu objeto – a prova – e através da inclusão de contratos probatórios específicos na categoria mais ampla. Assim, preliminarmente, e em linha com os autores que sobre o tema se pronunciam, pode dizer-se que os contratos probatórios são os negócios jurídicos processuais através dos quais as partes: (i) invertem o ónus de prova de determinado facto ou modificam a sua repartição<sup>10</sup> (contratos sobre ónus da prova); ou (ii) indicam, limitam ou excluem certos meios de prova admissíveis para a prova de certos factos<sup>11</sup> (contratos sobre meios de prova); ou (iii) regulam factos carecidos de prova (contratos sobre objeto da prova);

<sup>7</sup> Sobre a tipicidade ou atipicidade dos contratos e negócios jurídicos, vide Pais de Vasconcelos, *Contratos Atípicos*, Almedina, Coimbra (1995), 21-70, 207-211 e *Teoria Geral do Direito Civil*, 7ª ed., Almedina, Coimbra (2012), 457; Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil, II, Parte Geral: Negócio Jurídico*, 4ª ed., Almedina, Coimbra (2014), 104-106; e Antunes Varela, *Das Obrigações em Geral*, I, 10ª ed., Almedina, Coimbra (2000), 272-275

<sup>8</sup> Teixeira de Sousa, *As Partes, o Objeto e a Prova na Ação Declarativa*, Lex, Lisboa (1995), 234; Manuel de Andrade, *Noções Elementares de Processo Civil* (edição revista e ampliada com a colaboração de João de Matos Antunes Varela), Coimbra Editora, Coimbra (1963), 212; Helena Amorim, *O Ónus da Prova e os Contratos Probatórios*, Relatório de Mestrado de Direito Processual Civil, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (1990), 17

<sup>9</sup> Vaz Serra, “*Provas (Direito Probatório Material)*”, em *Boletim do Ministério da Justiça* 110 (1962), 61-258, 107

<sup>10</sup> Teixeira de Sousa, *As Partes* cit., 234

<sup>11</sup> Teixeira de Sousa, *As Partes* cit., 234; Antunes Varela/J.M. Bezerra/Sampaio e Nora, *Manual de Processo Civil*, 2ª ed., Coimbra Editora, Coimbra (1985), 662

ou (iv) determinam ou taxam o valor probatório de um determinado meio de prova<sup>12</sup> (contratos sobre valoração de prova).

É importante enfatizar que a expressão “*contrato probatório*” não exclui a possibilidade de tais acordos revestirem a forma de uma cláusula inserida noutra tipo contratual, situação certamente mais frequente.

Uma análise mais aprofundada do seu regime e conteúdo levar-nos-á à conclusão de que o contrato probatório é o negócio jurídico bilateral cujo objeto é a modificação indireta ou direta do direito probatório relativamente a determinado litígio atual ou futuro, seja através da assunção de compromissos comportamentais pelas partes seja através da modificação direta de normas disponíveis de direito probatório<sup>13</sup>.

## 2.2. Repartição Objetiva dos Contratos Probatórios: Tipologia

Os contratos probatórios podem ter como objeto vários aspetos do regime jurídico da prova, mas as modalidades geralmente enunciadas, que refletem uma repartição tipológica dos contratos probatórios consoante o seu objeto<sup>14</sup>, permite dividi-los entre contratos sobre: (i) o ónus da prova; (ii) os meios de prova admissíveis; (iii) o objeto de prova; e (iv) a valoração de determinado meio de prova.

### 2.2.1. Contratos sobre o Ónus da Prova

O contrato sobre o ónus de prova, previsto no artigo 345.º, n.º 1, do Código Civil, é o contrato que tem como

<sup>12</sup> Manuel de Andrade, *Noções Elementares* cit., 212

<sup>13</sup> Vide outras definições, nomeadamente a de Teixeira de Sousa, *As Partes* cit., 234: “(...) os negócios processuais pelos quais as partes regulam os factos carecidos de prova, a repartição do ónus da prova de determinado facto ou indicam meios de prova admissíveis para a prova de um certo facto”; Antunes Varela/Bezerra/Nora, *Manual de Processo* cit., 662 define tais contratos como aqueles pelos quais as partes podem: “(...) limitar os meios de prova admissíveis para a demonstração da realidade de certos factos ou reconhecer a existência de um facto”; Manuel de Andrade, *Noções Elementares* cit. 212: “*estipulações relativas às provas, autorizando ou interdizendo certos meios e prova, taxando-lhes valor, alterando o formalismo processual aplicável, invertendo ou atenuando o ónus probatório*”; Helena Amorim, *O Ónus da Prova* cit., 17: “*convenções ou acordos processuais pelos quais as partes regulam o modo de produção de provas*”; Olivia Pelli, *Beweisverträge im Zivilprozess*, Dike Verlag, Zurich (2012), 4: “*declarações consensuais das partes com a intenção de modificar as regras que regem a produção e o ónus da prova...*”; Titina Pezzani, *Il Regime Convenzionale delle Prove*, Giuffrè, Milão (2009), 1: “*o negócio jurídico substantivo através do qual [as partes] determinam, relativamente a um hipotético futuro litígio, um regime probatório de alguma forma diferente do legal*”.

<sup>14</sup> Teixeira de Sousa, *As Partes* cit., 234; Helena Amorim, *O Ónus da Prova* cit., 17; Pelli, *Beweisverträge* cit., 6-25

objeto a modificação das normas legais relativas ao ónus da prova, podendo prever a dispensa total ou parcial da apresentação pela parte onerada e/ou onerando a parte não onerada com a prova em causa<sup>15</sup>, dentro dos limites impostos pela referida disposição, ou seja, não podendo a convenção dificultar excessivamente a posição da parte contrária<sup>16</sup>.

Esta modificação do ónus da prova atua no âmbito dos factos constitutivos e impeditivos, tipicamente operando a inversão do ónus da prova legalmente determinado. Assim, um contrato sobre o ónus da prova poderá onerar o titular do direito com a prova da ino-  
corrência de um facto impeditivo ou o titular do dever com a prova da ino-  
corrência de um elemento da fati-  
pécie constitutiva, invertendo a regra geral prevista no artigo 342.º do Código Civil<sup>17</sup>, nos termos da qual aquele que alega o facto tem o ónus de o provar, ou seja, àquele que invocar um direito cabe fazer prova dos factos constitutivos do direito, bem como aquele que invoca, em ação de simples apreciação negativa, a inexistência de um direito, tem o ónus de prova os factos que fundamentam essa inexistência<sup>18</sup>.

Assim, as partes atuam através de uma *modificação dos pressupostos legais* dos quais depende a constituição ou o impedimento de um direito, “*mediante a configuração como constitutivo de um facto cujo inverso a lei tem por impeditivo ou a configuração como impeditivo dum facto cujo inverso a lei tem como constitutivo*”<sup>19</sup>.

Será um contrato sobre o ónus da prova a cláusula, inserida num contrato de compra e venda, em que as partes determinam que cabe ao vendedor a prova da inexistência de qualquer defeito, ou noutra formulação, que o vendedor não se responsabiliza pelos vícios da coisa vendida, se não provar que eles são posteriores ao contrato<sup>20</sup>; ou a cláusula através da qual as partes decidem, em caso de litígio, inverter o ónus da prova do incumprimento contratual, estipulando que recai sobre a parte incumpridora o ónus de provar o seu cumprimento<sup>21</sup>.

<sup>15</sup> Lebre de Freitas, *A Ação Declarativa Comum*, 3ª ed., Coimbra Editora, Coimbra (2013), 209; Pelli, *Beweisverträge* cit., 23

<sup>16</sup> Ver *infra* em 3.3

<sup>17</sup> Lebre de Freitas, *A Ação Declarativa* cit., 20

<sup>18</sup> Vide, a propósito da distribuição do ónus da prova, Teixeira de Sousa, *As Partes* cit., 217-223; Lebre de Freitas, *A Ação Declarativa* cit., 207-209; Pais de Amaral, *Direito Processual* cit., 306-310; Pires de Lima/Antunes Varela, *Código Civil Anotado*, I, 4ª ed., Coimbra Editora, Coimbra (1987), 305-309; Leo Rosenberg, *Die Beweislast auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuchs und der Zivilprozessordnung*, 5ª ed., C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, Munique (1965)

<sup>19</sup> Lebre de Freitas, *A Ação Declarativa* cit., 209, n. 24

<sup>20</sup> Pires de Lima/Antunes Varela, *Código Civil* cit., 309-310; Egon Schneider, *Beweis und Beweiswürdigung*, 5ª ed., Vahlen, Munique (1994), 38

<sup>21</sup> Schneider, *Beweis* cit., 38

Conforme já se referiu, a admissibilidade dos contratos sobre o ónus de prova é incontestada no nosso direito, até por a possibilidade se encontrar legalmente prevista. Além do artigo 345.º, n.º 1, do Código Civil, também o artigo 344.º, n.º 1 do mesmo diploma, relativo à inversão do ónus da prova, prevê que as regras do ónus da prova dos artigos 342.º e 343.º do Código Civil se invertem quando haja “*convenção válida nesse sentido*”<sup>22</sup>.

No entanto, a redação do n.º 1 do artigo 345.º do Código Civil, ao dizer que “[é] nula a convenção que inverta o ónus da prova, quando se trate de direito indisponível ou a inversão torne excessivamente difícil a uma das partes o exercício do direito...”, não é inteiramente clara e uma leitura menos atenta pode dar azo a equívocos. Por exemplo, o Tribunal da Relação do Porto, em acórdão de 11 de setembro de 2008, parece ter-se equivocado, ao referir que “*desde logo, porque é nula qualquer convenção que inverta o ónus da prova – artigo 345.º, n.º 1 do [Código Civil]*”<sup>23</sup>, o que demonstra a facilidade com que a redação do preceito pode induzir em erro.

No entanto, uma leitura cuidada do preceito revela exatamente o contrário – regra geral, as convenções que invertam o ónus da prova são válidas, sendo nulas nas situações que digam respeito a um direito indisponível ou quando a inversão torne excessivamente difícil a uma das partes o exercício do direito. A sua admissibilidade é, por isso, unanimemente aceite pela doutrina nacional que sobre esta modalidade de contratos probatórios se pronuncia<sup>24</sup>.

## 2.2.2. Contratos sobre Meios de Prova

O contrato sobre meios de prova é o contrato através do qual as partes limitam os meios de prova admissíveis em processo (contratos sobre meios de prova *exclusivos* ou *negativos*) ou através dos quais admitem meios de prova diferentes dos legalmente previstos para a prova dos factos ou procedimentos probatórios mais alargados (contratos sobre meios de prova *inclusivos* ou *positivos*)<sup>25</sup>,

<sup>22</sup> Lebre de Freitas, *A Ação Declarativa* cit., 209; e Pires de Lima/Antunes Varela, *Código Civil* cit., 308-309

<sup>23</sup> Acórdão do TRP de 11 de setembro de 2008 (FREITAS VIEIRA), Proc. n.º 0833796, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)

<sup>24</sup> Teixeira de Sousa, *As Partes* cit., 234; Helena Amorim, *O Ónus da Prova* cit., 17-20; Lebre de Freitas, *A Ação Declarativa* cit., 209; Pires de Lima/Antunes Varela, *Código Civil* cit., 309-310;

<sup>25</sup> Pezzani, em *Il Regime* cit., 182 e 209, distingue entre contratos que estendem a admissibilidade das provas para além do limite previsto na lei e contratos que excluem um ou mais meios de prova nos casos em que seriam admissíveis e, dentro destes últimos, afirma que o conteúdo de tais acordos pode ser “direto”, excluindo uma ou duas provas individualizadas, ou indireto, quando se acorda a exclusão de categorias de meios de prova. Em sentido diverso, Helena Amorim, em *O Ónus da Prova* cit., 17, distingue entre contratos sobre meios de prova de conteúdo

tal como descrito pelo n.º 2 do artigo 345.º do Código Civil.

Conforme indica o Tribunal da Relação de Lisboa, o n.º 2 do artigo 345.º do Código Civil prevê a “*possibilidade de contratos probatórios que regulem aspetos relativos à admissibilidade de meios de prova – inclusão de meios de prova diferentes dos legalmente previstos para a prova do factos a exclusão dos legalmente admissíveis para essa prova ou limitação das situações em que certos meios de prova podem ser admitidos (...)*”<sup>26</sup>.

À semelhança do n.º 1 do artigo 345.º do Código Civil, uma leitura imediata do seu n.º 2 pode também levar à conclusão preliminar de que contratos sobre os meios de prova são nulos. As considerações tecidas *supra* sobre a pouca clareza da redação dos respetivos preceitos feitas a propósito dos contratos sobre ónus da prova são igualmente aplicáveis ao preceito que prevê os contratos sobre meios de prova.

Os contratos sobre meios de prova *exclusivos* podem assumir uma forma *autorreferente* ou *heterorreferente*, consoante excluam a admissibilidade do documento onde esteja prevista tal cláusula, ou se exclua a admissibilidade de outro qualquer meio de prova.

Um exemplo de *autorreferência* será o contrato ou cláusula probatória mediante a qual as partes excluem a admissibilidade da apresentação do próprio contrato onde tal cláusula se encontra como prova, pelo que geralmente o meio de prova excluído será o documento onde se verteu o entendimento contratual relevante. Por exemplo, o Supremo Tribunal de Justiça analisou, em acórdão de 21 de setembro de 2006<sup>27</sup>, um contrato de transação onde havia ficado clausulado que o mesmo não podia ser invocado por nenhuma das partes no âmbito do processo pendente, até ao seu trânsito em julgado. Será um caso mais raro e um tipo de convenção com potencial para apresentar várias dificuldades práticas.

Quanto aos contratos sobre meios de prova com forma *heterorreferente*, o Tribunal da Relação de Lisboa, em 30 de maio de 2013<sup>28</sup> analisou uma cláusula, num

---

negativo (quando excluam um meio de prova legalmente previsto ou alterem convencionalmente o seu valor) ou positivo (quando admitam um meio de prova não legalmente previsto). Expressam-se aqui algumas reservas à inclusão tácita da autora citada de contratos sobre valoração de prova nos contratos sobre meios de prova com conteúdo negativo – excluir ou determinado meio de prova é diferente do que o admitir mas atribuir-lhe um valor probatório diferente do estabelecido na lei. Pelli, em *Beweisverträge* cit., 10, refere apenas contratos sobre meios de prova que admitem determinadas provas no processo e outros que limitam o direito a apresentar determinado meio de prova.

<sup>26</sup> Acórdão do TRL, de 12 de julho de 2018 (VAZ GOMES), Proc. n.º 1254/17.9YRLSB-L.1-2, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)

<sup>27</sup> Acórdão do STJ de 21 de setembro de 2006 (JOÃO BERNARDO), Proc. n.º 05B1982, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)

<sup>28</sup> Acórdão do TRP de 30 de maio de 2013 (LIMA DA COSTA), Proc. n.º 2577/10, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)

contrato de franquia, nos termos da qual as partes declaravam que não existia qualquer cláusula verbal ou escrita que não constasse do contrato em questão e que, considerando todas as negociações preliminares, os contraentes declaravam ainda que o contrato, assim como os seus anexos, “*refletem a vontade última do contraentes e constituem a expressão fidedigna daqueles*”; uma cláusula relativamente comum. O tribunal considerou uma cláusula desta natureza um contrato probatório por excluir meios de prova ou objeto de prova, ou seja, por negar a possibilidade de ser provado qualquer facto ou cláusula que interesse ao contrato de franquia e que não possa ser diretamente provado através do suporte escrito desse contrato. Assim, este contrato sobre meios de prova assumia natureza exclusiva por excluir meios de prova (individualizados ou por categoria) e revestia forma heterorreferente por o seu objeto de exclusão serem meios de prova que não o próprio contrato. Outro exemplo será aquele em que as partes convençam que determinado facto, apesar de para a sua prova ser admissível prova testemunhal, só pode ser provado documentalmente<sup>29</sup>.

Por outro lado, os contratos sobre meios de prova podem também prever a admissibilidade de meios de prova diferentes dos legalmente previstos para a prova dos factos, ou seja, podem ser *inclusivos* ou *positivos*<sup>30</sup>.

No já referido Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 12 de julho de 2018, a convenção em causa respeitava ao “*estabelecimento de uma regra sobre a realização de perícias em processos de arbitragem*”, nos termos da qual as partes acordaram que poderiam apresentar relatórios de peritos com os seus articulados, nesse caso tal acordo tendo sido feito pelas partes na ata de instalação do tribunal arbitral<sup>31</sup>. Com efeito, regra geral, a perícia pode ser pedida pelas partes ou determinada pelo juiz (nos termos dos artigos 467.º, 477.º e 487.º do Código de Processo Civil)<sup>32</sup>, mas passa sempre pelo tribunal, que requisita a prova a estabelecimento ou serviço apropriado, estando os peritos sujeitos a uma série de requisitos previstos no Código de Processo Civil, e sendo a prova pericial apreciada livremente (artigos 389.º do Código Civil e 489.º do Código de Processo

---

<sup>29</sup> Conforme mencionado por Helena Amorim, em *O Ónus da Prova* cit., 17; e por Pelli, *Beweisverträge* cit., 10

<sup>30</sup> Acórdão do TRL, de 12 de julho de 2018 (VAZ GOMES), Proc. n.º 1254/17.9YRLSB-L.1-2, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt); Pezzani, *Il Regime* cit., 48-49, 182 e 209

<sup>31</sup> A prova pericial, prevista no artigo 388.º do Código Civil, é a prova que tem por fim a perceção ou a apreciação de factos por meio de peritos, quando sejam necessários conhecimentos especiais que os julgadores não possuam ou quando os factos, relativos a pessoas, não devam ser objeto de inspeção judicial.

<sup>32</sup> Vide, sobre prova pericial e o seu procedimento, Teixeira de Sousa, *As Partes* cit., 252-253; Lebre de Freitas, *A Ação Declarativa* cit., 293-298; Pais de Amaral, *Direito Processual* cit., 340-345

Civil)<sup>33</sup>. Neste caso, as partes convencionaram a possibilidade de apresentação de prova pericial sem mediação do tribunal.

O próprio acórdão reconhece, a dada altura, que “a produção de prova pericial através de relatórios de perito apresentados pelas partes corresponde a uma prática comum em arbitragem internacional e cada vez mais recorrente em Portugal, [e] o que os requerentes pediram foi a produção de um meio de prova atípico porquanto se não confunde com a perícia dos artigos 388.º e 389.º do [Código Civil] e 467.º e 489.º do Código de Processo Civil...”, reconhecendo que os contratos sobre prova inclusivos resultarão, regra geral, a admissão de meios de prova atípicos, ou seja, meios de prova não previsto na lei<sup>34</sup>.

Os contratos sobre meios de prova podem também ser categorizados, independentemente da sua natureza exclusiva ou inclusiva, em contratos que operam uma inclusão ou exclusão *individualizada* ou por *categoria*, quando excluam ou admitam um meio de prova concreto e determinado (o contrato x) ou uma categoria de meios de prova (prova testemunhal), respetivamente.

Em todos os contratos de meios de prova tratamos de prestações de facto não fungíveis<sup>35</sup>, pois não podem ser prestadas por pessoa diferente do devedor, já que a qualidade de devedor está inerentemente ligada à sua posição processual presente ou futura – aqui não interessa apenas o objeto da obrigação, mas uma qualidade do devedor enquanto parte. Dependendo dos casos, podemos falar de uma prestação de facto *positivo* (nos contratos sobre meios de prova de natureza inclusiva) ou *negativo* (nos contratos sobre meios de prova de natureza exclusiva).

Os contratos sobre meios de prova podem ser motivados por interesses de vária ordem: dúvidas das partes quanto a fiabilidade de um determinado meio de prova, (p. ex., a fiabilidade de uma testemunha), manutenção de algum tipo de segredo comercial ou industrial (as partes podem querer evitar que determinada prova pro-

duzida em tribunal arbitral possa ser usada em eventual processo judicial subsequente, por exemplo), que seria revelado através da produção de prova, considerações relativas ao custo de produção de prova, consenso das partes em recorrer a determinado terceiro como perito<sup>36</sup> ou até mesmo poupar uma testemunha ao sarilho de ser arrolada a depor<sup>37</sup>.

### 2.2.3. Breve Referência aos Contratos sobre o Objeto da Prova

Os contratos sobre o objeto da prova definem quais os factos sobre os quais deve recair a produção de prova das partes. Neles, as partes indicam, em simultâneo, os factos que admitem por acordo e aqueles que consideram controvertidos, restringindo, naturalmente, o objeto de prova a estes últimos<sup>38</sup>.

A sua admissibilidade no direito português não é evidente, mas não parece merecer contestação. Ao contrário dos contratos sobre o ónus da prova e sobre os meios de prova, os contratos sobre o objeto da prova não se encontram expressamente previstos na lei, não se podendo retirar a admissibilidade expressa do tipo contratual de nenhum dos números do artigo 345.º do Código Civil.

Sem prejuízo dos contratos sobre o objeto da prova se encontrarem fora do escopo do presente trabalho, cabe tecer brevíssimas considerações quanto à sua validade. Que seja do conhecimento do autor, na doutrina portuguesa, apenas TEIXEIRA DE SOUSA se refere aos contratos sobre o objeto da prova, parecendo-os admitir em iguais condições aos restantes contratos probatórios já analisados<sup>39</sup>.

Não parece colocar-se grande obstáculo à admissibilidade dos contratos sobre o objeto da prova como contratos atípicos e sujeitos às limitações dos contratos sobre os meios de prova, com os quais aparentam ter uma maior ligação genética. Aliás, a sua admissibilidade parecerá mais óbvia perante o *princípio da disponibilidade do objeto*, expressão do princípio dispositivo no direito probatório. Assim, as partes poderão, em princípio, fixar o objeto da prova, estando naturalmente presas pelos limites impostos pelo n.º 2 do artigo 5.º do Código de Processo Civil, circunscrevendo-se o alcance de tais contratos aos factos essenciais não complementares. Além disso, a admissão de determinados factos por acordo por falta de impugnação (artigo 574.º, n.º 2 do Código de Processo Civil)<sup>40</sup> é relativamente comum.

<sup>36</sup> Pelli, *Beweisverträge* cit., 11-15

<sup>37</sup> Gerhard Wagner, *Prozessverträge. Privatautonomie im Verfahrensrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen (1998), 683-684

<sup>38</sup> Teixeira de Sousa, *As Partes* cit., 235; Pelli, *Beweisverträge* cit., 15

<sup>39</sup> Teixeira de Sousa, *As Partes* cit., 235

<sup>40</sup> Vide, a propósito, o estudo aprofundado de Fernando Silva Pereira, “A Admissão de Factos por Acordo e a Prova do Contrário”, em *Estudos Comemorativos dos 20 Anos da FDUP*, Vol. I (org.

<sup>33</sup> Teixeira de Sousa, *As Partes* cit., 253; Lebre de Freitas, *A Ação Declarativa* cit., 297-298

<sup>34</sup> Sem prejuízo de esta definição e do seu alcance serem controvertidos, havendo entendimentos segundo os quais um meio de prova atípico seria um meio de prova não previsto em algum lado no ordenamento jurídico, que não conste do elenco de meios de prova do Código Civil ou configurando a “prova atípica” como uma mera obtenção atípica de prova. Vide, a propósito do tema da atipicidade probatória, João Miguel Galrito, *A Prova Atípica*, Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (2013); João Paulo Remédio Marques, “A Aquisição e a Valoração Probatória de Factos (Des)Favoráveis ao Depoente ou à Parte Chamada a Prestar Informações ou Esclarecimentos”, em *Julgat* 16 (2012), 137-172, 142-145; e Isabel Alexandre, *Provas Ilícitas em Processo Civil*, Almedina, Coimbra (1998), 33-46. A sua admissibilidade parece reunir consenso na doutrina e pela jurisprudência, salvo casos de ilicitude do meio ou da forma de obtenção do meio de prova atípico.

<sup>35</sup> Vide, por todos, Antunes Varella, *Das Obrigações I* cit., 97-99

Aliás, poder-se-á dizer que um contrato sobre os meios da prova pode também, por via mediata, ser um contrato sobre o objeto da prova. Um contrato sobre o objeto da prova pode ser aquele (como referido *supra*) nos termos do qual se nega a possibilidade de ser provado qualquer facto ou cláusula relativa a um contrato que não se retire diretamente da letra do contrato<sup>41</sup>.

Sem prejuízo da ausência de previsão legal expressa, os fundamentos tipicamente expostos a favor da validade dos contratos probatórios no geral valem para os contratos sobre o objeto de prova.

#### 2.2.4. Breve Referência aos Contratos sobre a Apreciação da Prova

Ainda pode referir-se um último tipo de contrato probatório – sem previsão expressa no ordenamento jurídico português – amiúde referido pela doutrina estrangeira e portuguesa: o contrato probatório cujo objeto é a apreciação da prova, ou seja, aquele pelo qual as partes definem ou alteram o valor probatório de um determinado meio de prova<sup>42</sup>. Pensemos aqui no exemplo de uma convenção nos termos da qual as partes acordam que um documento autêntico formará prova plena daquilo que o notário *não disse ou fez*<sup>43</sup>.

A pouca doutrina nacional<sup>44</sup> que se pronuncia sobre esta possibilidade parece pender para a rejeição dos contratos sobre valoração da prova, por às partes ser vedado modificar o valor de prova legal ou de prova livre fixado pela lei para os vários meios de prova, por a apreciação de prova ser uma atividade que cabe apenas ao juiz<sup>45</sup>. Conforme ensinava ANTUNES VARELA, em virtude do princípio da livre apreciação de prova, devem considerar-se, em princípio, ilícitos os acordos pelos quais as partes pretendem vincular o tribunal a certo resultado da avaliação dos meios de prova<sup>46</sup>, enfaticamente dizendo que *“as partes não podem impor ao tribunal que diga que é branco aquilo que os juízes, na sua livre apreciação, entendem ser preto”*<sup>47</sup>, opinião

---

Helena Mota, Juliana Ferraz Coutinho, Maria Raquel Guimarães, Miguel Pestana de Vasconcelos, Paulo de Tarso Domingues e Rute Teixeira Pedro), Almedina, Coimbra (2017), 483-508, 489-491, enfatizando o seu caráter não-negocial.

<sup>41</sup> Ver, a esse propósito, Acórdão do TRP de 30 de maio de 2013 (LIMA DA COSTA), Proc. n.º 2577/10, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)

<sup>42</sup> Pelli, *Beweisverträge* cit., 7

<sup>43</sup> Exemplo dado por Vaz Serra, em *Provas* cit., 110

<sup>44</sup> Vaz Serra, *Provas* cit., 110 já considerava, antes da entrada em vigor do Código Civil, ser *“difícil admitir a validade de convenções que alterem o valor probatório dos vários meios de prova”*

<sup>45</sup> Helena Amorim, *O Ónus da Prova* cit., 26

<sup>46</sup> Antunes Varela/Bezerra/Nora, *Manual de Processo* cit., 661-662

<sup>47</sup> Antunes Varela/Bezerra/Nora, *Manual de Processo* cit., 662; voltaremos ao tema dos contratos sobre a valoração da prova *infra*, em 2.2.4

partilhada com SCHNEIDER, quando dizia que para a apreciação da prova pelo juiz poder ser verdadeiramente livre não podia ser vinculada, nem mesmo contratualmente<sup>48</sup>.

Assim, por exemplo, as partes não podem convenicionar a modificação do regime das presunções previstas nos artigos 349.º e 350.º do Código Civil, modificar a força probatória plena da confissão (prevista no artigo 358.º do Código Civil), a força probatória plena dos documentos autênticos (prevista no artigo 371.º do Código Civil), ou o regime da força probatória dos documentos particulares (previsto no artigo 377.º do Código Civil), ou fixar o valor de prova plena para a prova pericial (tendo em conta que, nos termos do artigo 389.º do Código Civil, a força probatória das respostas dos peritos é fixada livremente pelo tribunal) ou do resultado da inspeção judicial e dos depoimentos das testemunhas (cuja livre apreciação se encontra prevista nos artigos 391.º e 396.º do Código Civil, respetivamente).

Com efeito, a livre apreciação da prova, princípio com expressão no artigo 607.º, n.º 5, do Código de Processo Civil, significa que o juiz deverá proceder ao julgamento da matéria de facto segundo a sua prudente convicção acerca de cada facto, consagrando-se como regra geral a da *prova livre* (sem prejuízo da existência, a título excepcional, de prova tabelada ou legal), não fixando a lei as conclusões que o juiz pode tirar dos vários meios de prova<sup>49</sup>.

Assim, face a este princípio, e em linha com a doutrina nacional que se pronuncia sobre o tema, a admissibilidade de contratos sobre a apreciação de prova parece pouco defensável.

### 2.3. O Fundamento da Admissibilidade dos Contratos Probatórios: Entre o Princípio Dispositivo, os Poderes Inquisitórios e a Livre Apreciação de Prova

No debate mais geral relativo à admissibilidade dos contratos probatórios, entramos num campo de tensão e de interação entre os dois princípios e fios condutores da atividade probatória: (i) o *princípio dispositivo* e a conformação, alocada exclusivamente às partes, do objeto do processo, em que se incluem os factos que só são apreciados se articulados pelas partes, nos termos

---

<sup>48</sup> Schneider, *Beweis* cit., 37

<sup>49</sup> Teixeira de Sousa, “A Livre Apreciação da Prova em Processo Civil”, em *Scientia Iuridica*, T. XXXIII (1984) 115-145, 119-125: *“...a valoração da prova – se não de toda, pelo menos de parte importante desta – assenta numa livre convicção do julgador”* e *As Partes* cit., 238-240: *“a lei não predetermina o valor da prova produzida através de um certo meio de prova, incumbindo ao tribunal formar a sua convicção sobre a prova apresentada...”*; Castro Mendes, *Do Conceito* cit., 165-166; *Direito Processual* cit., 458-461; Pais de Amaral, *Direito Processual* cit., 292; Paulo Pimenta, *Processo Civil* cit., 376-377

do artigo 5.º, n.º 1, do Código de Processo Civil<sup>50</sup>; e (ii) os *poderes inquisitórios* do tribunal, segundo o qual este é livre de determinar as diligências através das quais a prova será feita, tal como consagrado no artigo 411.º do Código de Processo Civil, e as suas expressões nas normas relativas à realização ou determinação oficiosas de perícias, inspeções, inquirições e apreensão ou requisição de documentos, ou à possibilidade de o juiz impedir diligências de prova inúteis ou meramente dilatórias nos termos da regra geral do artigo 6.º, n.º 1, do Código de Processo Civil, poderes funcionalmente orientados para o apuramento da verdade e para a justa composição do litígio<sup>51</sup>.

A este propósito, ensinava ANTUNES VARELA que nada obstaría, em resultado da importância basilar do princípio dispositivo em processo civil, que as partes pudessem, por acordo, e dentro de certos limites (os limites gerais à autonomia privada e os limites específicos impostos pelo artigo 345.º do Código Civil aos contratos probatórios nele previstos), contratar sobre vários aspetos da prova, sem prejuízo das dúvidas da sua compatibilidade com os poderes inquisitórios do tribunal no domínio da instrução<sup>52</sup>.

Dir-se-á sempre que, podendo dispor sobre um direito, as partes devem poder dispor sobre certos aspetos da prova, e que os contratos probatórios surgem dentro da disciplina convencional de valoração e de repartição da prova com base nos poderes de disposição reconhecidos às partes para tutela dos seus interesses<sup>53</sup>. Enfatizando esse ponto, já dizia VAZ SERRA, em trabalho onde se questionava sobre a pertinência da inclusão do direito probatório material no Código Civil que viria a ser o vigente<sup>54</sup> e, portanto, ainda antes da entrada em vigor no n.º 2 do artigo 345.º (referente aos contratos sobre meios de prova), que seriam de aceitar como válidas as convenções que excluíssem um meio de prova legal, pois as partes poderiam ter interesse em excluir algum meio de prova e, desde que elas pudessem dispor do direito, deveriam igualmente poder excluir certo ou certos meios de prova, admitindo também como válidas as que admitissem um meio de prova distinto do legal<sup>55</sup>.

A admissibilidade geral dos contratos probatórios nem sempre foi pacífica na doutrina estrangeira (como

será visto em maior detalhe na análise de direito comparado *infra*), tendo havido, na primeira metade do século XX, um conjunto de autores de várias nacionalidades que os olhavam com uma hostilidade considerável (o que PASSO CABRAL chama de ‘hiper-publicismo’, que se seguiu à autonomização dogmática do direito processual civil do direito civil substantivo).

É certo que se podem avançar vários argumentos contra a admissibilidade destes contratos no geral e em particular, consoante o seu objeto. No pensamento de CHIOVENDA, um elemento característico do processo civil é a presença do órgão do Estado – o tribunal – sobre cuja atividade todo o negócio deverá ser alheio, sendo de interesse público que a atividade do órgão do Estado seja certa e determinada nos seus resultados, podendo este interesse ficar comprometido se se admitisse que um vício da vontade no negócio pudesse influir nos resultados da atividade pública<sup>56</sup>. Mais em concreto quanto aos contratos probatórios, dizia o eminente processualista italiano que eles deveriam ser em regra ineficazes por quererem regular uma atividade pública de modo diverso da legal, por procurarem atribuir valor a certos meios de prova ou excluir outros, ou por dispensar formalidades legais<sup>57</sup>.

Quanto aos contratos sobre o ónus da prova, poder-se-á sempre convocar o facto de as regras do ónus da prova constituírem direito cogente, inderrogável pelas partes, sendo regras técnicas subtraídas à sua disponibilidade e implicando uma “*interferência insuportável na atividade jurisdicional*”<sup>58</sup>; quanto aos contratos probatórios como categoria geral e quanto aos contratos sobre apreciação de prova em particular, outro princípio aventado contra a sua admissibilidade é o princípio da livre apreciação da prova, havendo quem considere que possibilidade de as partes celebrarem contratos probatórios se apresenta como um limite à livre apreciação de prova pelo juiz<sup>59</sup>.

No entanto, e conforme já referido *supra*, não serão admissíveis no direito português, em princípio, contratos que procurem influir diretamente na livre apreciação da prova produzida pelo juiz, alterando, por exemplo, as normas relativas à força probatória de determinados meios de prova. Tal não quer dizer, no entanto, que as partes não possam modificar o ónus da prova (o que em nada influi na livre apreciação de prova do juiz) ou que possam excluir ou admitir determinados meios de prova, tendo em conta que, sem prejuízo dos poderes inquisitórios do juiz, o objeto do processo é delimitado

<sup>50</sup> Já desenvolvido *supra* em 2.1

<sup>51</sup> Gabriela Rodrigues, “Poderes de Iniciativa do Juiz em Processo Civil e Ónus de Prova”, em *Revista do Centro de Estudos Judiciários* 2016-1 (2016), 27-62, 31-46; Castro Mendes, *Direito Processual* cit., 457-458, reconduzindo a “inquisitorialidade” ao princípio da cooperação, preferindo a última expressão; Lebre de Freitas, *Introdução* cit., 175-179; Paulo Pimenta, *Processo Civil* cit., 370-371

<sup>52</sup> Antunes Varela/Bezerra/Nora, *Manual de Processo* cit., 662

<sup>53</sup> Helena Amorim, *O Ónus da Prova* cit., 19-20

<sup>54</sup> Vaz Serra, *Provas* cit., 107-111

<sup>55</sup> Vaz Serra, *Provas* cit., 107

<sup>56</sup> Chiovenda, *Principios de Derecho Procesal Civil I*, tradução para espanhol da 3ª ed. de *Principii di diritto processuale civile I* (Jovene, Nápoles, 1933) Reus, Madrid (1977), 105

<sup>57</sup> Chiovenda, *Principios* cit., 106; em sentido semelhante, Jaime Guasp, *Derecho Procesal Civil, I, Parte General*, 3ª ed., IEP, Madrid (1968) 334

<sup>58</sup> Helena Amorim, *O Ónus da Prova* cit., 18

<sup>59</sup> Schneider, *Beweis* cit., 38; Rosenberg, *Die Beweislast* cit., 87

livremente pelas partes à luz do princípio dispositivo e da sua expressão na produção de prova e na alegação dos factos essenciais.

Em Portugal, mesmo antes da entrada em vigor do artigo 345.º do Código Civil, a possibilidade de celebração de contratos probatórios não era ignorada pela doutrina.

VAZ SERRA considerava que nada se oporia à validade de convenções que invertem o ónus da prova, “*pois as regras legais acerca do ónus da prova têm por fim proteger a parte contrária àquela a quem o ónus é imposto e não esclarecer melhor o juiz, podendo, por isso, ser modificadas pelas partes, visto que o interessado pode renunciar à proteção legal*”<sup>60</sup>, admitindo, à luz do que já previa o direito italiano seu contemporâneo, que a tal possibilidade dever-se-iam impor limites, limites esses que acabaram por ser consagrados na redação atual do Código Civil<sup>61</sup>. MANUEL ANDRADE, por seu lado, afirmava que a tendência da doutrina era para negar valor a tais convenções<sup>62</sup>.

Com a entrada em vigor do Código Civil, uma negação absoluta da admissibilidade dos contratos probatórios em Portugal tornou-se praticamente impossível em virtude da previsão expressa do legislador da possibilidade da sua celebração e da imposição de limites no artigo 345.º do Código Civil. A sua admissibilidade parece hoje praticamente unânime na doutrina e na jurisprudência<sup>63</sup>.

#### 2.4. Os Contratos Probatórios como Negócios Jurídicos Processuais?

Os contratos probatórios podem ser inseridos na categoria mais ampla dos negócios jurídicos processuais.

A definição de negócios jurídicos processuais pode variar consoante o autor ou o ordenamento jurídico em causa, mas existem algumas notas comuns, nomeadamente a recondução do conceito de negócio jurídico processual à categoria mais ampla de ato processual e a necessidade de produção de efeitos no processo.

<sup>60</sup> Vaz Serra, *Provas* cit., 107

<sup>61</sup> Vaz Serra, *Provas* cit., 107

<sup>62</sup> Manuel de Andrade, *Noções Elementares* cit., 212

<sup>63</sup> Teixeira de Sousa, *As Partes* cit., 234; Antunes Varela/Bezerra/Nora, *Manual de Processo* cit., 661-662; Helena Amorim, *O Ónus da Prova* cit., 17-18; Lebre de Freitas, *A Ação Declarativa* cit., 209; Pires de Lima/Antunes Varela, *Código Civil* cit., 309-310; Acórdão do TRL, de 12 de julho de 2018 (VAZ GOMES), Proc. n.º 1254/17.9YRLSB-L.1-2, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt) “*o artigo 345.º [do Código Civil] [prevê] a possibilidade de contratos probatórios (...) ao nível do direito constituído inexistente proibição legal que obstaculize ao estabelecimento [de tal regulação contratual]*”; Acórdão do TRP de 30 de maio de 2013 (LIMA DA COSTA), Proc. n.º 2577/10, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt); Acórdão do STJ de 21 de setembro de 2006 (JOÃO BERNARDO), Proc. n.º 05B1982, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)

Quanto à sua qualificação como *ato processual*, há que referir que ato processual é um termo que tem sido alvo de entendimentos diversos<sup>64</sup>, mas que corresponderá essencialmente a um ato inserido no ato-procedimento concreto<sup>65</sup> e que se encontra funcionalmente orientado para a preparação, construção e fundamentação da decisão final<sup>66</sup>. A integração de negócios jurídicos processuais neste conceito não se afigura difícil porque, apesar de se encontrarem fora do procedimento, acabam por se integrar na cadeia do “ato-procedimento” no momento em que são feitos valer no processo<sup>67</sup>, destinando-se também a conformar os fundamentos da decisão final, ainda que se lhes possa aplicar o regime da validade dos atos de direito substantivo<sup>68</sup>.

A segunda nota distintiva, que servirá para distinguir os negócios jurídicos processuais dos restantes negócios jurídicos, diz respeito aos *seus efeitos no processo*. Com efeito, parece haver um relativo consenso em torno do facto de o critério decisivo para a qualificação de um negócio jurídico como processual não ser o regime aplicável aos seus pressupostos<sup>69</sup> mas sim a incidência direta dos efeitos da vontade das partes no processo, através da constituição, modificação ou extinção de uma situação jurídica processual ou de uma norma processual<sup>70</sup>, requisito que se verificará nos contratos probatórios.

<sup>64</sup> Para uma descrição aprofundada das divergências de entendimento relevantes na doutrina nacional e estrangeira, vide Paula Costa e Silva, *Ato e Processo. O Dogma da Irrelevância da Vontade na Interpretação e nos Vícios do Ato Postulativo*, Coimbra Editora, Coimbra (2003), 175-180 e 188-191

<sup>65</sup> I.e., o processo como sequência de atos jurídicos processuais.

<sup>66</sup> Lebre de Freitas, *Introdução* cit., 18-19, “*o processo é uma sequência de atos jurídicos processuais (...) mas dizer que o processo é uma sequência de atos não resolve inteiramente o problema da qualificação de um ato jurídico como processual*” incluindo-se no conceito, os atos destinados “*a conformar os requisitos constitutivos ou impeditivos dos pressupostos da decisão de mérito ou de atos da sequência processual*”; Paula Costa e Silva, *Ato e Processo* cit., 189: “*...o ato processual será o ato que, sendo integrado no ato procedimento, prepara e justifica o ato final, ao qual vão aderir os efeitos que o processo se destina a produzir...*”; em configuração diferente da perspectiva do direito brasileiro, Pedro Henrique Nogueira, em *Negócios Jurídicos Processuais*, 3ª ed., JusPodivm (2018), 68-74, emprega o termo “*factos jurídicos*” processuais para designar os factos jurídicos capazes de gerar efeitos jurídicos processuais, incluindo, na sua aceção mais ampla, os eventos, incluindo “*manifestações de vontade, condutas e fenómenos da natureza*” contemporâneos a um procedimento a que se refiram, distinguindo-os dos atos processuais por estes últimos serem aqueles produtores de efeitos processuais que não compõem a cadeia típica. Com opinião distinta, Pezzani, *Il Regime* cit., 64-65

<sup>67</sup> Paula Costa e Silva, *Ato e Processo* cit., 180-182

<sup>68</sup> Lebre de Freitas, *Introdução* cit., 19

<sup>69</sup> Como defende Pezzani, em *Il Regime* cit., 70-81

<sup>70</sup> Teixeira de Sousa, *Estudos* cit., 193; “*atos processuais de carácter negocial que constituem, modificam ou extinguem uma situação processual*”; Passo Cabral, em *Convenções Processuais*,

No entanto, há quem rejeite a qualificação dos contratos probatórios como negócios jurídicos processuais, por tal poder levar à sua sujeição ao regime das nulidades dos atos processuais<sup>71</sup>, reconduzindo os contratos probatórios a um contrato substantivo sem natureza processual e considerando que o facto de produzirem efeitos sobre situações jurídicas processuais não obsta à sua qualificação como negócios jurídicos substantivos<sup>72</sup>.

Apesar disso, sempre se dirá que, verificado o requisito da produção de efeitos no processo, o contrato probatório reconduz-se à categoria de negócio jurídicos processual, mas que a qualificação de um negócio jurídico como processual não quer dizer que este fique sujeito ao regime dos atos processuais – o contrato probatório continua a ser um contrato sujeito aos requisitos e limites da lei civil substantiva.

Entre outros negócios jurídicos processuais típicos, pense-se na confissão, na desistência, na transação<sup>73</sup>, acordos relativos à ação executiva (como a limitação da responsabilidade objetiva do devedor, prevista no

---

JusPodium, Salvador (2016) 68, define negócio jurídico processual como o ato que produz ou pode produzir efeitos no processo escolhidos em função da vontade do sujeito que o pratica, constituindo essencialmente, no caso do contrato processual, “o negócio jurídico plurilateral pelo qual as partes, antes ou durante o processo e sem necessidade da intermediação de nenhum outro sujeito, determinam a criação, modificação e extinção de situações jurídicas processuais, ou alteram o procedimento”; Pedro Nogueira, em *Negócios Jurídicos* cit., 175, a incluir a “descrição em norma processual” como requisito adicional, define negócio jurídico processual como o “o facto jurídico voluntário em cujo suporte fáctico, descrito em norma processual, esteja conferido ao respetivo sujeito o poder de escolher a categoria jurídica ou estabelecer, dentro dos limites fixados no próprio ordenamento jurídico, certas situações jurídicas processuais”; Wagner, em *Prozeßverträge* cit., 47-48, refere-se aos contratos processuais (portanto, negócios jurídicos bilaterais) como aqueles cujo conteúdo é resultado da expressão da vontade das partes direcionada à modificação das regras processuais ou a uma disposição sobre os seus poderes processuais, sendo qualquer outro critério irrelevante; Pelli, em *Beweisverträge* cit., 67, diz que não é a forma da celebração do contrato, mas o efeito primário que procura alcançar, que é decisivo para a determinação da sua natureza como contrato processual; e Francesco Carnelutti, *Instituciones de Proceso Civil I*, tradução para castelhano da 5ª ed. de *Instituzioni del Processo Civile Italiano I* (Foro Italiano, Roma, 1956), Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires (1959), 425, diz que a “processualidade” de um ato implica necessariamente considerar os seus efeitos, sendo o ato considerado processual quando produza um efeito sobre uma situação jurídica processual.

<sup>71</sup> Artigo 195.º e seguintes do Código de Processo Civil

<sup>72</sup> Ideia defendida por Pezzani, em *Il Regime* cit., 64-81, dizendo a autora que é “inadmissível” sujeitar um contrato probatório ao regime das nulidades dos atos processuais.

<sup>73</sup> Teixeira de Sousa, *Estudos* cit., 193-198; Paulo Pimenta, *Processo Civil* cit., 16; Pais de Amaral, *Direito Processual* cit., 17; Paula Costa e Silva, *Ato e Processo* cit., 181

artigo 602.º do Código Civil, acordo sobre certo ato executivo, previsto nos artigos 760.º, n.º 2 e 769.º, n.º 1 do Código de Processo Civil, e o acordo de pagamento previsto no artigo 806.º do Código de Processo Civil)<sup>74</sup> ou nos pactos de jurisdição. É importante ainda referir a convenção de arbitragem, ou seja, o negócio jurídico processual através do qual as partes submetem a resolução de um ou mais litígios, atuais ou eventuais, à decisão de árbitros<sup>75</sup> e o qual pode incluir uma cláusula reconduzível a um contrato probatório, a produzir efeitos na arbitragem futura<sup>76</sup>.

Já não expressamente previstos na lei e não necessariamente *inter partes* estão os chamados acordos coletivos de procedimento, acordos que regulam aspetos relacionados com a gestão processual a nível genérico, como por exemplo, por ser entendimentos celebrados, a nível regional ou local, entre presidentes de tribunais, Ministério Público, representantes de ordens profissionais e de funcionários judiciais em ordem a estabelecer medidas de gestão processual que os respetivos grupos signatários se comprometam a seguir<sup>77</sup>. A prática está instituída em França e em Itália (através dos chamado *contrats de procédure* e *protocollì di procedure*, respetivamente), é referida pela doutrina brasileira<sup>78</sup>, mas em Portugal não há registo da celebração de tais acordos<sup>79</sup>.

Cabe ainda dizer que os contratos probatórios – tal como indica a sua designação – constituem contratos (negócios jurídicos bilaterais ou plurilaterais), por se tratarem de acordos vinculativos, “*assentes sobre duas ou mais declarações de vontade (...) contrapostas mas perfeitamente harmonizáveis entre si, que visam estabelecer uma composição unitária de interesses...*”<sup>80</sup>,

---

<sup>74</sup> Rui Pinto, *A Ação Executiva*, AAFDL, Lisboa (2018), 28

<sup>75</sup> Dário Moura Vicente, “Convenção de arbitragem: problemas atuais”, em *O Direito*, 147 n.º 2 (2015), 303-321, 303; Lima Pinheiro, “Convenção de Arbitragem (Aspetos Internos e Transnacionais)”, em *Homenagem ao Prof. Doutor André Gonçalves Pereira*, Coimbra Editora, Coimbra (2006), 1096-1153, 1095; e Mariana França Gouveia, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 2ª ed, Almedina, Coimbra (2012), 107

<sup>76</sup> Tal como feito no já referido Acórdão do TRL, de 12 de julho de 2018 (VAZ GOMES), Proc. n.º 1254/17.9YRLSB-L.1-2, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt), onde a convenção em causa respeitava ao “estabelecimento de uma regra sobre a realização de perícias em processos de arbitragem”,

<sup>77</sup> Para uma caracterização geral, cf. Teixeira de Sousa, Miguel, *Acordos coletivos de procedimento: porque não?*, Blog do IPPC (04.03.2014), disponível em <https://blogippc.blogspot.com/2014/03/acordos-colectivos-de-procedimento.html>

<sup>78</sup> Pedro Nogueira, *Negócios Jurídicos* cit., 264-266

<sup>79</sup> Teixeira de Sousa, *Acordos coletivos* cit., *idem*

<sup>80</sup> Empregando-se aqui a clássica definição de Antunes Varela, *Das Obrigações I* cit., 212 e ss.; Vide ainda Menezes Cordeiro, *Tratado II* cit., 90-93 e ss.; Carlos Alberto da Mota Pinto, *Teoria Geral do Direito Civil*, 3ª ed., Coimbra Editora, Coimbra (1999), 388

mais uma vez pressupondo uma obediência a todos os requisitos gerais dos contratos.

## 2.5. Os Contratos Probatórios Noutros Ordenamentos Jurídicos

O tema dos contratos probatórios é objeto de interessantes abordagens e discussões noutros ordenamentos jurídicos. Na presente secção, far-se-á uma breve revisão das normas e/ou dos entendimentos vigentes em Itália, em França, no Brasil, na Alemanha, na Suíça e em Espanha.

### 2.5.1. Itália: Admissibilidade Legal dos Contratos sobre Ónus da Prova

Em Itália, o artigo 2698 do *Codice Civile* dispõe que são nulas as convenções nas quais é invertido ou modificado o ónus da prova quando sejam referentes a direitos indisponíveis ou quando a inversão ou a modificação tenha como efeito tornar o exercício do direito excessivamente difícil para uma das partes. A disposição italiana tem, pois, uma estrutura muito semelhante à do artigo 345.º do nosso Código Civil (e parece ter sido a sua inspiração<sup>81</sup>), com a diferença de apenas dizer respeito a contratos sobre o ónus da prova.

Tendo em conta a natureza explícita desta permissão legal, a doutrina italiana não coloca obstáculos à validade dos contratos sobre o ónus da prova<sup>82</sup>, desde que respeitados os limites legais da disponibilidade do direito e desde que tal não dificulte excessivamente o exercício do direito por uma das partes<sup>83</sup>.

Face ao silêncio da norma quanto à possibilidade da celebração de contratos sobre meios de prova, a doutrina tem procurado saber se a sua celebração é permitida, em que termos e com que base legal.

À luz do direito pretérito ao *Codice Civile*, LESSONA afirmava que as partes não poderiam convencionar sobre a admissibilidade das provas por tal constituir uma limitação inadmissível à atividade do juiz, só este e a lei podendo admitir os meios de prova<sup>84</sup>.

CENDON fala da possibilidade da celebração de pactos com o escopo de limitação dos meios de prova admis-

síveis para a verificação de um facto ou a modificação, no âmbito restrito da sua possibilidade, abarcando não só contratos sobre ónus da prova, mas também os contratos sobre meios de prova<sup>85</sup>.

Segundo PATTI, os contratos probatórios podem também prever a exclusão de um meio de prova, tal possibilidade encontrando a sua base legal no artigo 2698 do *Codice Civile*, norma que, na opinião do autor, deve levar à superação de qualquer dúvida relativa à validade dos contratos sobre meios de prova, até porque tais pactos também não interferem com a atividade do juiz<sup>86</sup>.

PEZZANI vem dizer que a admissibilidade dos contratos sobre meios de prova não tem como base nem uma interpretação extensiva do artigo 2698 do *Codice Civile* nem a sua aplicação analógica, advindo antes de princípios gerais como a autonomia privada e a disponibilidade das partes sobre o processo<sup>87</sup>. Mesmo no que diz respeito aos limites dos contratos sobre meios de prova, a autora vem dizer que existe uma proibição de celebração de contratos sobre meios de prova quando digam respeito a direitos indisponíveis não por via da indicação do artigo 2698 do *Codice Civile*, mas sim por via dos princípios gerais aplicáveis à indisponibilidade de certos direitos, subtraídos à autonomia privada<sup>88</sup>.

### 2.5.2. França: Admissibilidade Legal dos Contratos Probatórios

Em França, a redação vigente do artigo do 1356 do *Code Civil* – introduzida em 2016 – prevê que os contratos sobre a prova são válidos desde que digam respeito a direitos disponíveis<sup>89</sup>. Adicionalmente, a disposição veda a possibilidade de as partes derogarem presunções inilidíveis de fonte legal ou de modificarem a força probatória da prova por confissão ou por juramento, tão pouco podendo convencionar uma presunção inilidível<sup>90</sup>. A estes limites previstos no artigo devem juntar-se limites de direito comum, tais como a não contrariedade à ordem pública e um regime especial no caso de contratos sujeitos ao direito do consumo (R-212-1, 12 do *Code de la consommation*).

<sup>81</sup> Como se infere de Vaz Serra, *Provas cit.*, 107

<sup>82</sup> Paolo Cendon, *Commentario al Codice Civile*, VI, 2643-2969, UTET, Turim (1991), 163; Salvatore Patti, “Prove: Disposizioni Generali” em *Commentario del Codice Civile*, VI, Il Foro Italiano, Bolonha (1987), 181-185; Giorgio Cian/Alberto Trabucchi, *Commentario Breve al Codice Civile*, 5ª ed., CEDAM, Milão (1997), 2581; Carlo Lessona, *Trattato delle Prove in Materia Civile*, I, 3ª ed, Torinese, Turim (1927), 230-239, admitindo, ainda antes da entrada em vigor do *Codice Civile*, que o ónus da prova poderia ser invertido extrajudicialmente através de acordo entre as partes.

<sup>83</sup> Para uma análise aprofundada dos limites, vide Patti, *Prove cit.*, 194-196 e Cian/Trabucchi, *Commentario cit.*, 2581

<sup>84</sup> Lessona, *Trattato cit.*, 238-239

<sup>85</sup> Cendon, *Commentario cit.*, 163

<sup>86</sup> Patti, *Prove cit.*, 192

<sup>87</sup> Pezzani, *Il Regime cit.*, 142

<sup>88</sup> Pezzani, *Il Regime cit.*, 142-143

<sup>89</sup> Vide, para contextualização desta alteração, Hugo Barbier “Les grands mouvements du droit commun des contrats après l’ordonnance du 10 février 2016”, *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, Paris, 2 (abril e junho 2016), 247-261

<sup>90</sup> Redação original: “Les contrats sur la preuve sont valables lorsqu’ils portent sur des droits dont les parties ont la libre disposition. Néanmoins, ils ne peuvent contredire les présomptions irréfragables établies par la loi, ni modifier la foi attachée à l’aveu ou au serment. Ils ne peuvent davantage établir au profit de l’une des parties une présomption irréfragable.”

A *Cour de cassation* já tinha vindo dizer, em acórdão datado de 2017, mas a propósito de uma situação prévia à introdução do artigo 1356, que os contratos probatórios seriam válidos a não ser que caíssem em alguma das situações que acabaram por ser previstas no atual artigo 1356 do *Code Civil*, nomeadamente quando estabelecessem, em benefício de uma parte, uma presunção inilidível, sendo que a outra parte não se deveria ver impedida de apresentar prova para ilidir a presunção<sup>91</sup>. Tal entendimento – que se poderia convencionar uma presunção ilidível mas não uma presunção inilidível – já havia sido também expresso pela *Cour* em acórdão de 2004<sup>92</sup>.

SCABORO relata que em França as convenções sobre prova (*conventions sur la preuve*) surgiram no fim do século XIX e foram inicialmente objeto de grande hostilidade por parte da jurisprudência, com intensa discussão na doutrina sobre a sua admissibilidade ou inadmissibilidade<sup>93</sup>.

Com efeito, tal debate fez-se sentir muito durante o início do século XX. O principal opositor desta ideia foi LE BALLE, com fundamento na sobreposição da justiça à liberdade e ancorado na conceção de que a justiça moderna constitui uma organização estatal e uma função de soberania, não se podendo deixar a produção de provas ao arbítrio das partes<sup>94</sup>. A favor pronunciava-se SESCIOREANO, que dizia que, em virtude do princípio da autonomia da vontade, as partes seriam livres de celebrar as convenções sobre a prova que julgassem úteis aos seus interesses<sup>95</sup>, com a limitação de não poderem celebrar contratos probatórios que dissessem respeito a direitos indisponíveis e que tivessem como objeto alterações a normas sobre o procedimento probatório<sup>96</sup>. Com efeito, dizia o autor, se as partes são “mestres” dos seus direitos, devem também ser mestres das respetivas provas, ou seja, se as partes podem dispor de um direito disponível, não faria sentido recusar a possibilidade de modificar convencionalmente a maneira de demonstrar a existência do seu direito<sup>97</sup>. Apesar da intensidade inicial do debate, SCABORO relata que, mesmo antes da consagração legal da possibilidade de convenções de prova, já havia

uma certa unanimidade doutrinária e jurisprudencial a favor da sua validade<sup>98</sup>.

### 2.5.3. Os Contratos Probatórios no Âmbito do Regime do Artigo 190.º do Novo Código Brasileiro

Desde a entrada em vigor do Código de Processo Civil brasileiro de 2015 que o direito brasileiro conta com uma permissão legal específica – o artigo 190.º do referido diploma – que corresponde a uma cláusula geral de negociação sobre o processo e uma permissão legal específica à celebração de acordos processuais típicos e atípicos<sup>99</sup>.

Diz-nos tal preceito que, desde que o processo em causa verse sobre direitos que admitam autocomposição (*i.e.*, disponíveis), é lícito às partes estipular mudanças no procedimento, podendo convencionar sobre os “*seus ónus, poderes, faculdades e deveres processuais*”.

No caso dos contratos processuais típicos, o artigo 190.º pode servir como parâmetro interpretativo, até por conter limites genericamente aplicáveis a todas as convenções processuais, somando-se à cláusula geral todas as exigências formais que o legislador tenha expressamente previsto para cada negócio jurídico especificamente tipificado<sup>100</sup>.

O referido artigo 190.º do Código de Processo Civil brasileiro, através da sua cláusula geral, também autoriza a celebração de convenções atípicas, independentemente de previsão legal específica, no âmbito das quais as partes podem convencionar sobre o procedimento ou negociar sobre quaisquer ónus, faculdades, direitos e deveres no processo<sup>101</sup>.

Em tal cláusula geral que admite a celebração de convenções processuais atípicas podem incluir-se os contratos probatórios, tais como o acordo para limitação do número de testemunhas, convenção para distribuição do ónus da prova, acordo para arrolamento prévio de testemunhas, escolha consensual de perito e outros<sup>102</sup>.

<sup>91</sup> Acórdão da *Cour de cassation, civile, chambre commerciale*, de 6 de dezembro de 2017, 16-19.615, disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr>

<sup>92</sup> Acórdão da *Cour de cassation, chambre civile 1*, de 13 de julho de 2004, 01-11.729, disponível em <https://www.legifrance.gouv.fr>

<sup>93</sup> Romain Scaboro, *Les conventions relatives à la preuve*, Dissertação de Doutoramento em Direito na Universidade de Toulouse (2013), 2

<sup>94</sup> Conforme relatado por Scaboro, em *Conventions cit.*, 44-51

<sup>95</sup> Sescioreano, *Des Conventions Relatives à La Preuve de la Libération du Débiteur*, Duchemin, Paris (1920), 37

<sup>96</sup> Sescioreano, *Des Conventions cit.*, 38-40

<sup>97</sup> Sescioreano, *Des Conventions cit.*, 50

<sup>98</sup> Segundo Scaboro, *Conventions cit.*, 131-133, o antigo artigo 1316-2 do *Code civil* consagrava, indiretamente, a possibilidade de se convencionar sobre a prova, tal disposição prevendo a regulação de conflitos de prova documental ressalvando expressamente a convenção válida entre as partes. Segundo o autor, a leitura dessa disposição permitia afirmar a possibilidade do estabelecimento contratual de uma hierarquia de títulos submetidos à apreciação do juiz em caso de conflito. Assim, a disposição pretérita do *Code Civil* dizia apenas respeito a convenções sobre prova documental, o que não excluiria a possibilidade de contratos sobre o ónus da prova.

<sup>99</sup> Pedro Nogueira, *Negócios Jurídicos cit.*, 260 e 262 e ss., relatando o autor que este artigo apresenta um “*extraordinário avanço*” e uma “*grande novidade*”

<sup>100</sup> Passo Cabral, *Convenções cit.*, 330

<sup>101</sup> Passo Cabral, *Convenções cit.*, 330; Pedro Nogueira, *Negócios Jurídicos cit.*, 263, 270-275

<sup>102</sup> Pedro Nogueira, *Negócios Jurídicos cit.*, 305

O artigo 190.º do Código de Processo Civil brasileiro prevê ainda, no seu parágrafo único, o controlo pelo juiz da validade das convenções, estabelecendo simultaneamente limites relativos à disponibilidade dos direitos, à colocação de alguma das partes em situação de vulnerabilidade ou à sua inserção em contratos de adesão<sup>103</sup>.

#### 2.5.4. Alemanha. Da hostilidade à aceitação (pelo menos parcial)

Na Alemanha, os contratos probatórios (*Beweisverträge*) têm sido objeto de intensa discussão doutrinária no último século, no âmbito da qual uma hostilidade inicial ancorada numa conceção publicista do processo civil veio dar lugar a uma admissão mais generalizada dos contratos probatórios. Tal aceitação é diferenciada, no entanto, parecendo existir uma aceitação mais ampla dos contratos sobre ónus da prova e menos ampla relativamente aos outros tipos de contratos probatórios. De notar que nem o Código de Processo Civil alemão (o “ZPO”) nem o Código Civil (o “BGB”) contém uma norma análoga ao artigo 345.º do Código Civil.

Um primeiro grupo de autores era mais hostil à ideia. Por exemplo, no início do século XX, HELLWIG escrevia, apenas referindo os contratos sobre meios de prova, que uma exclusão contratual de meios de prova constituía uma preterição prévia de poderes processuais, preterição essa cominada com nulidade<sup>104</sup>. Já um pouco mais tarde WIECZOREK veio rejeitar liminarmente a regulação convencional da prova, por prejudicar o direito ao contraditório<sup>105</sup>.

Outros autores apenas admitiam os contratos sobre ónus da prova (*Beweislastverträge*). SCHNEIDER e ROSENBERG, por exemplo, consideravam serem inválidos os contratos sobre meios de prova (tivessem eles natureza inclusiva ou exclusiva), os contratos sobre a apreciação de prova ou os contratos sobre o objeto da prova, em que as partes acordassem a verdade ou falsidade de determinado facto, em todos os casos por constituírem ingerências ilícitas na livre apreciação de prova pelo juiz e porque a formação da convicção do tribunal não deve ser objeto de contrato entre as partes<sup>106</sup>. Ambos

<sup>103</sup> Vide, para mais detalhes, Pedro Nogueira, *Negócios Jurídicos* cit., 270-280

<sup>104</sup> Konrad Hellwig, *Anspruch und Klagrecht: beitrage zum bürgerlichen und zum Prozessrecht*, Deichert, Leipzig (1900, reimpressão 1967), 159; e também em *System des deutschen Zivilprozessrechts I*, Deichert, Leipzig (1912, reimpressão de 1968), 450

<sup>105</sup> Bernhard Wieczorek, *Zivilprozeßordnung und Nebengesetze: auf Grund der Rechtsprechung kommentiert*, Band II.1, Walter de Gruyter, Berlim (1957), 347

<sup>106</sup> Schneider, *Beweis* cit., 37; Rosenberg, *Die Beweislast* cit., 87.

admitiam, no entanto, os contratos que procurassem apenas distribuir o ónus da prova em sentido diverso do legal, por não colidirem com a livre apreciação de prova pelo juiz, sem prejuízo das suas dúvidas quanto à disponibilidade das normas sobre ónus da prova e sobre o ónus de alegação<sup>107</sup>, desde que as partes pudessem dispor do objeto do contrato e não infringissem normas imperativas, não havendo, segundo ROSENBERG, razões vedar tal possibilidade<sup>108</sup>. BAUMGÄRTEL vem também admitir a validade dos contratos sobre o ónus da prova, fazendo uma correlação direta com a disponibilidade do direito relevante a provar e invocando a autonomia privada, enfatizando que tais contratos não influem na livre apreciação da prova pelo juiz<sup>109</sup>.

Finalmente, uma terceira corrente parece aproximar-se mais da solução portuguesa, italiana e francesa de admissibilidade generalizada dos contratos probatórios. Na sua edição do manual de direito processual civil de ROSENBERG, SCHWAB e GOTTWALD começam por reconhecer, em linha com os autores já vistos, a admissibilidade dos contratos sobre o ónus da prova, desde que as partes possam dispor da relação material controvertida e desde que a convenção não colida com normas imperativas<sup>110</sup>. Os autores apenas consideram inválidos os contratos pelos quais as partes determinam o resultado da produção de prova, mas não põem obstáculos aos contratos sobre meios de prova no geral, fundamentando a sua posição com a importância do princípio dispositivo e no facto de a obtenção de prova dever permanecer sempre com as partes<sup>111</sup>, posição seguida por outros autores, como WAGNER<sup>112</sup>, LAUMEN<sup>113</sup> e BAUMGÄRTEL<sup>114</sup>.

WAGNER, que dedica profícuas páginas aos contratos probatórios na sua obra sobre convenções processuais, pronuncia-se separadamente sobre os contratos sobre ónus da prova, contratos sobre meios de prova (*Beweismittelverträge*) e os contratos sobre a apreciação

<sup>107</sup> Schneider, *Beweis* cit., 38

<sup>108</sup> Rosenberg, *Die Beweislast* cit., 87

<sup>109</sup> Gottfried Baumgärtel, *Wesen und begriff der prozesshandlung einer Partei im Zivilprozess*, 2ª ed., Carl Heymanns, Colónia (1972), 250

<sup>110</sup> Leo Rosenberg/K.H. Schwab/Peter Gottwald, *Zivilprozessrecht*, 16ª ed., C.H. Beck, Munique (2004), 788

<sup>111</sup> Rosenberg/Schwab/Gottwald, *Zivilprozessrecht* cit., 788

<sup>112</sup> Wagner, *Prozeßverträge* cit., 684-710, onde analisa detalhadamente várias modalidades de contratos probatórios.

<sup>113</sup> Hans-Willi Laumen, *Zivilprozessordnung: Kommentar*, (org. Hans Prütting/Markus Gehrlein), 8ª ed., Luchterhand, Munique (2016), 893-894, onde admite a validade dos contratos sobre meios de prova e sobre ónus da prova.

<sup>114</sup> Ao admitir, em *Wesen und Begriff* cit., 255, com base no princípio do dispositivo e na autonomia negocial, que não há impedimentos gerais a contratos probatórios no geral, incluindo contratos relativos à prova por confissão ou prova pericial.

de prova (*Beweiswürdigungsverträge*), merecendo mais atenção.

No que diz respeito aos primeiros, encontra-se alinhado com a esmagadora maioria da doutrina ao admitir a sua validade, fundamentando-a na ampla autonomia privada que as partes gozam no direito civil e no consequente facto de não precisarem de base legal expressa para se poderem desviar dos modelos legais de ónus da prova e também no facto de tal desvio convencional não resultar em qualquer restrição à livre apreciação da prova pelo juiz<sup>115</sup>.

Quanto aos segundos, e contra a doutrina que pugna pela inadmissibilidade dos contratos sobre meios da prova, WAGNER diz que a ausência de uma disposição legal expressa não exclui a sua validade, e que tais contratos não incidem sobre a valoração da prova e por isso não interferem com a livre apreciação da prova pelo juiz<sup>116</sup>.

Apesar de o § 138 1 do ZPO indicar que as partes estão vinculadas a um dever de dizer a verdade quando façam declarações relativas aos factos, WAGNER crê que um elevado grau de “publicização” do processo civil não é justificável, mesmo com fundamento na referida disposição, devendo-se sempre contrapor o princípio de direito material da autonomia privada e os princípios de direito processual que lhe são instrumentais, *maxime* princípio dispositivo, enfatizando que é incompreensível que se considere que as partes estão impedidas de excluir certos elementos de prova por via contratual se têm liberdade para dispor sobre o direito substantivo controvertido durante o julgamento e se podem controlar totalmente o resultado deste<sup>117</sup>. Para apoiar isto, refere ainda o § 404 (4) do ZPO, que permite às partes acordarem em determinadas pessoas a serem apresentadas como peritos e obriga o juiz a aceitar os peritos nomeados, e a possibilidade, prevista no § 399 do ZPO, de dispensa de inquirição de testemunhas arroladas pelas partes se não houver oposição da outra parte. O contrato sobre meios de prova não é, pois, o único caso nos quais as partes podem modificar a produção de prova e a sua extensão por via convencional.

Quanto aos contratos sobre apreciação de prova (*Beweiswürdigungsverträge*), WAGNER vem questionar se, à luz do princípio geral de livre apreciação de prova que consta do § 286 ZPO, as partes podem impor limites convencionais a tal poder judicial<sup>118</sup>, parecendo vir admitir que sim, contra a corrente maioritária na doutrina. Diz WAGNER que lhe parece difícil entender porquê que as partes devem permanecer completamente excluídas da conformação da apreciação de provas, visto terem o poder de conformar os factos alegados em processo

e poderem celebrar vários acordos processuais<sup>119</sup>. Com efeito, o autor não vê razão para impedir a sua celebração pelas partes, admitindo-os como permitidos, salvo os limites gerais impostos à autonomia privada e em casos de cláusulas contratuais gerais<sup>120</sup>.

Assim, na ausência de disposição legal expressa à semelhança do artigo 345.º do Código Civil, a doutrina alemã, sem prejuízo de uma hostilidade inicial, acabou por admitir geralmente a validade contratos sobre o ónus da prova, aceitando com maior dificuldade os contratos sobre os meios de prova, exprimindo preocupações fundadas na falta de previsão legal e na limitação à livre apreciação de prova e à consequente livre formação de convicção do juiz.

#### 2.5.5. Suíça: Admissibilidade Limitada

Na Suíça, não havendo uma disposição com uma permissão expressa da celebração de contratos probatórios, a admissibilidade da celebração contratos probatórios tem sido discutida pela doutrina à luz do princípio dispositivo, da preocupação em não limitar a livre apreciação de prova pelo juiz, do carácter imperativo de algumas normas de direito probatório e face à proibição geral de renúncia antecipada do gozo de direitos de natureza civil prevista no artigo 27.º do Código Civil Suíço.

PELLI relata que uma parte da doutrina helvética rejeita a validade de quaisquer contratos relativos à condução da prova, incluindo contratos sobre meios de prova, usando como argumentos o facto de o juiz não poder ver subtraída uma prova se ela for necessária para a descoberta da verdade e de não poder ver a sua livre apreciação de prova restringida<sup>121</sup>. Outra parte da doutrina, diz a autora, pugna pela sua admissibilidade dentro de certos limites, tais como a protecção da parte mais fraca ou a indisponibilidade de direitos, ora relativizando a preocupação com a influência de tais contratos na livre apreciação da prova pelo juiz, ora enfatizando o reflexo adjetivo da autonomia privada<sup>122</sup>.

Segundo PELLI, uma maioria mais apreciável da doutrina suíça admite a validade dos contratos sobre ónus da prova, havendo desentendimentos quanto aos seus limites, tais como o artigo 27.º do Código Civil Suíço (relativo à definição dos direitos indisponíveis e à restrição da renúncia antecipada de direitos) ou a disposição direta de normas imperativas relativas ao ónus da prova<sup>123</sup>.

A autora suíça acaba por defender a admissibilidade geral dos contratos probatórios com fundamento na au-

<sup>115</sup> Wagner, *Prozeßverträge* cit., 698-699

<sup>116</sup> Wagner, *Prozeßverträge* cit., 684

<sup>117</sup> Wagner, *Prozeßverträge* cit., 686-687

<sup>118</sup> Wagner, *Prozeßverträge* cit., 692

<sup>119</sup> Wagner, *Prozeßverträge* cit., 692-697

<sup>120</sup> Wagner, *Prozeßverträge* cit., 696-697

<sup>121</sup> Pelli, *Beweisverträge* cit., 83-84

<sup>122</sup> Pelli, *Beweisverträge* cit., 84-87

<sup>123</sup> Pelli, *Beweisverträge* cit., 92-94

tonomia privada e no princípio dispositivo, salvo se os contratos probatórios tiverem como objeto a apreciação de prova ou presunções<sup>124</sup>. Além de pugnar pela admissibilidade dos contratos sobre o objeto da prova e sobre os temas da prova, defende inequivocamente a validade dos contratos sobre meios da prova e sobre ónus da prova, desde que não colidam com o artigo 27.º Código Civil Suíço, não configurem expediente dilatatório, não se refiram a direitos indisponíveis e não ponham a parte economicamente mais fraca numa situação de maior vulnerabilidade<sup>125</sup>.

#### 2.5.6. Espanha: Admissibilidade Reduzida

Em Espanha, também não existe uma norma que autorize expressamente a celebrar contratos probatórios.

Os autores consultados referem-se exclusivamente aos contratos sobre ónus da prova, referindo-se especificamente à possibilidade *de as partes inverterem o ónus da prova mediante pactos extraprocessuais*. Apesar de tal silêncio, ABEL LLUCH relata que a doutrina admite, em atenção ao princípio da autonomia privada, que as partes celebrem acordos pelos quais regulem a relação jurídica de modo distinto ao estabelecido na lei – sempre que diga respeito a direitos disponíveis – o que poderá ter repercussões sobre o ónus da prova e sobre a sua distribuição<sup>126</sup>.

No entanto, o processualista espanhol refere que a jurisprudência espanhola tem expressado alguma hostilidade a essa ideia, porque as normas sobre o ónus da prova, sendo normas processuais, são consideradas imperativas e de *“ius cogens”*, pelo que seriam alheias à vontade das partes e insuscetíveis de disposição. ABEL LLUCH acaba por admitir a validade de contratos sobre o ónus da prova apenas quando tais contratos não modifiquem expressamente a sua distribuição legal, fazendo-o apenas pela sua própria arquitetura contratual<sup>127</sup>.

Em consonância com a dificuldade da modificação expressa das normas relativas ao ónus da prova, o autor refere que parte significativa da doutrina processualista espanhola considera inderrogáveis as normas relativas ao ónus de prova, pois tratam-se de normas processuais e dirigidas ao juiz, sendo por isso indisponíveis por convenção das partes. A título de exemplo, JAIME GUASP rejeitava a validade de tal inversão por as normas sobre a prova em processo estarem dotadas de caráter imperativo e não oferecerem um campo adequado a uma regulação processual pelos sujeitos<sup>128</sup>.

## 2.6. Conclusão Preliminar

Os contratos probatórios são expressamente previstos pelo artigo 345.º do Código Civil que, pese embora a sua redação peculiar, não deixa qualquer margem de dúvida quanto à sua admissibilidade no direito português.

Os contratos probatórios podem ser repartidos em razão do seu objeto, podendo ser contratos sobre o ónus da prova, sobre os meios de prova, sobre o objeto da prova ou sobre a sua apreciação. Destas quatro categorias, apenas as duas primeiras se encontram expressamente previstas no direito português, constituindo por isso, entre nós, *contratos probatórios típicos*. Os contratos sobre objeto de prova serão, em princípio, admissíveis e, quanto aos contratos sobre a apreciação de prova, existem sérios argumentos para rejeitar a sua validade.

Os contratos probatórios inserem-se na categoria mais ampla dos negócios jurídicos processuais, e são pontuados por uma tensão entre o princípio dispositivo, princípio basilar do processo civil e instrumental à autonomia privada presente no direito civil substantivo, e o princípio inquisitório e a livre apreciação da prova pelo juiz, que têm especial relevância na produção de prova.

A admissibilidade dos contratos probatórios noutros ordenamentos jurídicos analisados dependerá da sua previsão legal. Naturalmente que em ordenamentos jurídicos em que os contratos probatórios, ou tipos específicos desses, estejam especificamente (Portugal, França, Itália) ou genericamente (Brasil) previstos, torna-se difícil sustentar a sua invalidade. Mais duvidoso será o caso de ordenamentos jurídicos onde não existam tais normas (Alemanha, Suíça ou Espanha) onde, mesmo assim, se nota uma tendência para uma gradual aceitação genérica dos contratos probatórios ou de alguns tipos deles.

De todo o modo, seja o contrato probatório uma categoria legal ou uma construção da doutrina, há um fio comum que atravessa todos os ordenamentos analisados. O conflito de princípios invocado envolve sempre semelhantes considerações e ponderações entre o princípio dispositivo, a livre apreciação de prova (e a preocupação em não a limitar), os poderes inquisitórios do juiz e a descoberta da verdade. Também comum, seja por definição legal seja por construção da doutrina, é o consenso segundo o qual, admitindo-se a validade dos contratos probatórios no geral ou de algumas categorias apenas, tais negócios não podem dizer respeito a direitos indisponíveis e não podem colocar uma das partes numa situação de especial dificuldade e vulnerabilidade, limites que se analisarão melhor *infra*.

<sup>124</sup> Pelli, *Beweisverträge* cit., 192

<sup>125</sup> Pelli, *Beweisverträge* cit., 193

<sup>126</sup> Xavier Abel Lluch, *Derecho Probatorio*, Bosch, Barcelona (2012), 400

<sup>127</sup> Abel Lluch, *Derecho Probatorio* cit., 400

<sup>128</sup> Guasp, *Derecho Procesal* cit., 334

### 3. Limites à Validade dos Contratos Probatórios Típicos

#### 3.1. Introdução

Feita a introdução e a caracterização geral do regime e dos fundamentos dos contratos probatórios, e tendo sido delimitado quais os contratos probatórios típicos (sobre ónus da prova e sobre meios de prova), olhemos agora para os limites à sua celebração. Como quaisquer negócios jurídicos, os contratos probatórios típicos estão sujeitos às regras gerais sobre formação da vontade<sup>129</sup>, interpretação<sup>130</sup>, vícios da vontade<sup>131</sup>, ineficácia e/ou invalidade dos negócios jurídicos<sup>132</sup>.

Adicionalmente, os contratos probatórios típicos são objeto de alguns limites específicos enunciados no artigo 345.º, n.ºs 1 e 2, do Código Civil, a saber: (i) não podem ser celebrados com referência a um direito indisponível; (ii) a inversão do ónus da prova, ou a exclusão ou a admissão de um meio de prova em concreto não pode tornar “*excessivamente difícil*” para uma das partes o exercício do seu direito; e (iii) no caso dos contratos sobre meios de prova, não podem versar sobre normas de direito probatório com fundamento em razões de ordem pública.

Um dos temas mais problemáticos dos contratos processuais no geral e dos contratos probatórios em particular é a delimitação dos limites da liberdade de estipulação àqueles respeitantes. A doutrina mais antiga enfatizava o caráter público do processo civil e preocupava-se com a justiça contratual – sendo tais preocupações perfeitamente legítimas, diz WAGNER, elas seriam mitigadas pelo princípio da autonomia privada e pelos limites gerais que lhes são aplicáveis<sup>133</sup>, através, por exemplo, da consagração da nulidade de contratos sobre meios de prova quando estivessem em causa direitos indisponíveis.

Estes fundamentos de invalidade são também encontrados noutros ordenamentos jurídicos, sejam tais fundamentos de fonte legal ou doutrinária. Em Itália, conforme já vimos, o artigo 2698 do *Codice Civile* comina com nulidade os contratos sobre ónus da prova

que digam respeito a direitos indisponíveis ou que tenham por efeito tornar excessivamente difícil o exercício dos direitos de uma das partes, em redação muito semelhante à que vigora entre nós<sup>134</sup>. Em França, o artigo 1356 do *Code Civil*, em sentido semelhante, considera nulos os contratos probatórios que digam respeito a direitos indisponíveis, sendo também vedada a possibilidade de as partes derogarem expressamente presunções inilidíveis de fonte legal ou de consagrarem uma nova presunção inilidível<sup>135</sup>. No Brasil, o parágrafo único do artigo 190.º do respetivo Código de Processo Civil enumera três causas de invalidade do acordo processual: a sua nulidade nos termos gerais, o caráter abusivo da sua inclusão como cláusula contratual geral e a colocação de qualquer das partes em situação de vulnerabilidade<sup>136</sup>. Na Suíça, a doutrina que subscreve a admissibilidade dos contratos probatórios considera-os inválidos quando tenham como objeto a apreciação de prova ou presunções, configurem expediente dilatatório, refiram-se a direitos indisponíveis ou ponham a parte economicamente mais fraca numa situação de maior vulnerabilidade<sup>137</sup>.

#### 3.2. Limite Comum: o Nexo Funcional Entre a Disponibilidade do Direito e a Validade do Contrato Probatório

Nos termos do artigo 345.º, n.º 1 e 2, do Código Civil, o limite comum a todos os contratos probatórios é o facto de não poderem recair sobre situações jurídicas indisponíveis.

A qualificação legal de um direito/situação jurídica como “indisponível” tem como efeito a subtração do domínio da autonomia privada de qualquer ato que se apresente como uma vicissitude a tal situação jurídica (nomeadamente, transmissão, oneração e extinção)<sup>138</sup> podendo até ser considerado um indício certo da natureza de ordem pública de dadas situações, apresentando “*uma função delimitadora negativa da autonomia privada*”<sup>139</sup>. São direitos indisponíveis, regra geral, os direitos de personalidade, sendo que o artigo 81.º do

<sup>129</sup> Vide Oliveira Ascensão, *Direito Civil: Teoria Geral Vol. II: Ações e Factos Jurídicos*, Coimbra Editora, Coimbra (1999), 109-115; Menezes Cordeiro, *Tratado II cit.*, 123-206 e 317-355; Pais de Vasconcelos, *Teoria Geral cit.*, 573-578

<sup>130</sup> Vide Oliveira Ascensão, *Direito Civil cit.*, 153-175; Menezes Cordeiro, *Tratado II cit.*, 673-755; Pais de Vasconcelos, *Teoria Geral cit.*, 479-496

<sup>131</sup> Vide Oliveira Ascensão, *Direito Civil cit.*, 115-153; Menezes Cordeiro, *Tratado II cit.*, 779-909; Pais de Vasconcelos, *Teoria Geral cit.*, 578-617

<sup>132</sup> Vide Oliveira Ascensão, *Direito Civil cit.*, 307-348; Menezes Cordeiro, *Tratado II cit.*, 911-941; Pais de Vasconcelos, *Teoria Geral cit.*, 642-658; Mota Pinto, *Teoria Geral cit.*, 406-413, 444-535 e 605-636

<sup>133</sup> Wagner, *Prozeßverträge cit.*, 688

<sup>134</sup> *Supra* 2.5.1

<sup>135</sup> *Supra* 2.5.2

<sup>136</sup> *Supra* 2.5.3. Vide também Teixeira de Sousa, *Adequação formal pública vs. adequação formal privada (ou Portugal vs. Brasil)?*, Blog IPPC (20 de fevereiro de 2016)

<sup>137</sup> *Supra* 2.5.5. A preocupação com a influência indevida dos contratos probatórios na apreciação de prova, tida maioritariamente como inadmissível, é também sublinhada pela doutrina alemã. Vide, a esse propósito, *supra* 2.5.4.

<sup>138</sup> Pais de Vasconcelos, *Teoria Geral cit.*, 270

<sup>139</sup> Carneiro da Frada, “A Ordem Pública no Domínio do Direito dos Contratos” em *Ars Iudicandi – Estudos em Homenagem ao Prof. Dr. António Castanheira Neves, II*, Coimbra Editora, Coimbra (2008), 255-268, 263.

Código Civil permite a estipulação negocial de limitações voluntárias ao seu exercício, desde que conformes com a ordem pública, sendo tais estipulações unilateralmente revogáveis pelo titular, e ainda as situações jurídicas familiares. *A contrario*, as situações e posições jurídicas patrimoniais não familiares *tendem* a ser livremente disponíveis<sup>140</sup>.

Face ao exposto, um bom exemplo de contrato (sobre o ónus da prova) que esbarra com este limite, seria o contrato (sobre o ónus da prova) nos termos do qual caberia ao pretense pai provar, numa ação de investigação de paternidade, que não é pai<sup>141</sup>.

Conquanto possa parecer óbvio ao intérprete-aplicador que “é nula a convenção que inverta o ónus da prova quando se trate de direito indisponível”, por tal resultar expressamente da letra do n.º 1 do artigo 345.º, a remissão para este feita pelo n.º 2 pode não ser tão imediatamente apreensível. Com efeito, quando se diz, na primeira parte, que “é nula, nas *mesmas condições*, a convenção que excluir algum meio legal de prova ou admitir um meio de prova diverso dos legais”, indica-se precisamente que a limitação aos direitos disponíveis (e as restantes) vale para os contratos sobre meios de prova, pois remete para o número anterior através da locução “nas *mesmas condições*”<sup>142</sup>, sendo curioso observar que a redação do n.º 2 proposta anos antes por VAZ SERRA no seu trabalho sobre direito probatório era mais clara: “A doutrina do parágrafo anterior é aplicável também às convenções com as quais se exclua algum meio legal de prova ou se admita um meio de prova diverso dos legais mas, neste segundo caso, só quando a restrição legal dos meios de prova não seja de ordem pública”<sup>143</sup>.

O Supremo Tribunal de Justiça, no já referido acórdão de 21 de setembro de 2006, considerou que o acordo celebrado quanto à não invocação de um documento até ao trânsito em julgado da sentença não pode incluir, por indisponibilidade e conseqüente violação da proibição do n.º 2 do artigo 345.º e por violação do princípio da legalidade processual, a impossibilidade de, com base nessa não invocação, poder interpor-se recurso de revisão<sup>144</sup>. Aqui, o que estaria em causa seria a pre-

terição do direito indisponível à interposição de recurso<sup>145</sup>.

Pode então falar-se de um nexo funcional entre a disponibilidade do direito subjacente e a validade do contrato probatório? Não necessariamente.

Conforme diz PASSO CABRAL, a disponibilidade sobre o direito material não gera necessariamente disponibilidade sobre o processo ou sobre a tutela jurisdicional desses mesmos direitos – os interesses materiais em disputa podem ser disponíveis, mas ainda assim às partes pode ser vedado acordar sobre inúmeros aspetos processuais – não é porque o direito material discutido é disponível que se seguirá automaticamente a conclusão de que todos os acordos processuais são permitidos. Aliás, o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça analisado *supra* refere-se precisamente a isso – ele não menciona a indisponibilidade do direito substantivo discutido no litígio, mas sim o facto de o contrato sobre meios de prova, ao excluir a apresentação de um determinado documento até ao trânsito em julgado da sentença, ter como consequência a renúncia ao exercício de um direito indisponível por uma das partes<sup>146</sup>. Conclui o autor que a disponibilidade do direito material não leva necessariamente à disponibilidade sobre o processo<sup>147</sup>, parecendo subscrever uma conceção que desloca a indisponibilidade do direito subjetivo em discussão no litígio para as conseqüências do acordado.

Não parece que o contrário – indisponibilidade do direito e disponibilidade sobre o aspeto probatório a contratar – seja possível. Com efeito, ambos os números do artigo 345.º do Código Civil parecem ter uma forte orientação teleológica para a preservação do esquema legal do ónus da prova ou para não modificabilidade do elenco de meios de prova previsto na lei quando o direito em discussão no litígio seja indisponível, “contaminando” qualquer modificação convencional do ónus da prova (ou admissão ou exclusão de meios de prova) com a sua natureza indisponível, criando uma zona de uma relativa imperatividade<sup>148</sup>.

<sup>140</sup> Pais de Vasconcelos, *Teoria Geral* cit., 269-270; Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil*, I, *Introdução*, 4ª ed., Almedina, Coimbra (2012), 954-956

<sup>141</sup> Pires de Lima/Antunes Varela, *Código Civil* cit., 309

<sup>142</sup> Cf. Pires de Lima/Antunes Varela, *Código Civil* cit., 309; *Vide*, para uma leitura do preceito que aqui se considera equivocada, o já referido Acórdão do TRP de 11 de setembro de 2008 (FREITAS VIEIRA), Proc. n.º 0833796, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt), ao referir que “desde logo, porque é nula qualquer convenção que inverta o ónus da prova – artigo 345.º, n.º 1 do [Código Civil]”.

<sup>143</sup> Vaz Serra, *Provas* cit., 110-111

<sup>144</sup> Acórdão do STJ de 21 de setembro de 2006 (JOÃO BERNARDO), Proc. n.º 05B1982, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)

<sup>145</sup> Cf., a propósito dos fundamentos e configuração do direito ao recurso, Teixeira de Sousa, *Estudos* cit., 376 e ss; J.O. Cardona Ferreira, *Guia de Recursos em Processo Civil*, 6ª ed., Coimbra Editora, Coimbra (2014), 96-103, ambos os autores reconduzindo o direito ao recurso ao irrenunciável direito de ação, com respaldo constitucional no artigo 20.º da CRP ou como corolário da independência dos tribunais, prevista no artigo 206.º da CRP.

<sup>146</sup> Passo Cabral, *Convenções* cit., 297-299

<sup>147</sup> Passo Cabral, *Convenções* cit., 299-300; tal entendimento parece ter sido também subscrito por Teixeira de Sousa, em *Estudos* cit., 193, a propósito dos negócios jurídicos processuais no geral, ao dizer que “é a disponibilidade sobre os efeitos processuais que afere a admissibilidade dos negócios processuais...”.

<sup>148</sup> A enfatizar o papel da disponibilidade de direitos como fundamento de validade dos contratos probatórios com referência apenas ao direito subjacente e como uma permissão para a vontade individual se “expressar em matéria de contratos

### 3.3. (Cont.) Limite Comum: Excessiva Dificultação da Posição Probatória da Parte

Segundo o n.º 1 do artigo 345.º do Código Civil, os contratos sobre o ónus da prova não podem tornar excessivamente difícil a posição probatória de uma das partes.

As considerações que se teceram *supra* quanto a uma eventual ambiguidade da remissão do n.º 2 do artigo 345.º para o seu n.º 1 são também aplicáveis a este limite que, apesar de aparentar ser aplicável apenas aos contratos sobre ónus da prova, é também aplicável a contratos sobre meios de prova.

Esta limitação tem em atenção o facto de a prova pela parte concretamente onerada (no caso de contratos com ónus da prova) ou pela parte abstratamente prejudicada pela limitação, exclusão ou admissão de um determinado meio de prova (no caso dos contratos sobre meios de prova) poder resultar na própria dificuldade em exercer o correspondente direito<sup>149</sup>.

Saber o que constitui uma “dificuldade excessiva” será sempre um exercício casuístico<sup>150</sup>, não dando o legislador pistas sobre o que tal possa ser e tal podendo depender de vários fatores, tais como a dificuldade de acesso a informação ou o custo da produção de determinada prova *relativamente* à situação que existiria caso não tivesse sido celebrado o contrato probatório. Na indefinição do legislador encontra-se, porém, a liberdade do juiz, parecendo ter aqui ampla margem para determinar o que constitui “dificuldade excessiva”.

No que diz respeito à concretização deste limite relativamente aos contratos sobre ónus da prova, LEBRE DE FREITAS exemplifica que se encontra vedado às partes estipular que incumbe ao titular do direito a prova da inocorrência de um facto extintivo<sup>151</sup>.

PINTO MONTEIRO dá o exemplo de contratos ou cláusulas através das quais as partes afastam a presunção de culpa que lei faz recair sobre o devedor (artigo 799.º do Código Civil), considerando que tal inversão convencional do ónus da prova pode trazer sérias e “talvez insuperáveis” dificuldades ao credor, tendo em conta que o devedor estará em melhores condições de provar que não teve culpa do que o contrário, considerando-a uma “autêntica cláusula de irresponsabilidade” pela forma como dificulta a prova pelo credor<sup>152</sup>.

A propósito dos contratos sobre meios de prova, PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA admitem, em abstrato, que

*probatórios*”, remetendo os efeitos para o requisito da ordem pública, vide Scaboro em *Conventions* cit., 108

<sup>149</sup> Teixeira de Sousa, *As Partes* cit., 235

<sup>150</sup> Neste sentido, face à previsão semelhante no direito italiano, Patti, *Prove* cit., 195

<sup>151</sup> Lebre de Freitas, *A Ação Declarativa* cit., 209

<sup>152</sup> António Pinto Monteiro, *Cláusulas Limitativas e de Exclusão de Responsabilidade Civil*, Almedina, Coimbra (1985), 111

não chocará com este limite a convenção que afaste prova testemunhal ou que exija que o facto só se prove por escrito<sup>153</sup>.

No já referido acórdão do Tribunal da Relação do Porto, o facto de as partes terem excluído todos os meios probatórios que não o documento onde haviam estipulado as condições da relação jurídica em análise não levou o tribunal a considerar que a posição das partes se havia agravado substancialmente<sup>154</sup>. O tribunal admitiu que as partes desse contrato haviam excluído validamente toda a prova que não fosse o próprio contrato, mesmo tendo elas excluído a prova testemunhal e até a admissibilidade da prova por confissão, instituindo como único meio de prova atendível o texto escrito que suportava o contrato, tendo-se “*autoconfinado em termos probatórios*”<sup>155</sup>.

Finalmente, cabe questionar como tratar situações de *excessiva dificuldade superveniente*, nas quais o contrato probatório, à data da sua celebração, não levaria a que uma das partes tivesse excessiva dificuldade em provar um determinado facto, mas em que tal dificuldade excessiva se viesse a verificar em virtude de um evento posterior à celebração do contrato. Imagine-se uma situação em que as partes acordam que, em caso de litígio, todos os meios de prova salvo a prova testemunhal se encontram excluídos, mas as duas testemunhas que tinham conhecimento de factos essenciais convenientes a uma das partes falecem, efetivamente tornando a sua posição probatória altamente desvantajosa, quase impossibilitando a prova.

É importante afastar estes casos de excessiva dificuldade superveniente do âmbito e do regime das invalidades pois tal situação só corresponderia a uma invalidade do negócio se constituísse uma desconformidade com a ordem jurídica nascida no momento da celebração do contrato e que impedisse a produção dos respetivos efeitos, como seria caso fosse uma excessiva dificuldade originária<sup>156</sup>. Adicionalmente, este limite radica parcialmente na hostilidade do sistema à renúncia antecipada de direitos e tem como objetivo garantir um mínimo de equilíbrio de posições entre as partes, temas que se levantam no momento da celebração e não durante a vigência do contrato. Assim, qualquer solução a um problema concreto de excessiva dificuldade superveniente que não seja imputável a alguma das partes deverá ser tratado no âmbito de institutos como a alteração das circunstâncias (artigo 437.º e 438.º do Código Civil), se os seus pressupostos se encontrarem reunidos.

<sup>153</sup> Pires de Lima/Antunes Varela, *Código Civil* cit., 310

<sup>154</sup> Acórdão do TRP de 30 de maio de 2013 (LIMA DA COSTA), Proc. n.º 2577/10, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)

<sup>155</sup> Acórdão do TRP de 30 de maio de 2013 (LIMA DA COSTA), Proc. n.º 2577/10, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)

<sup>156</sup> Sobre invalidade, vide Menezes Cordeiro, *Tratado II* cit., 921; e Mota Pinto, *Teoria Geral* cit., 605-608

### 3.4. (Cont.) Limite Comum. Contratos Probatórios e Cláusulas Contratuais Gerais

Nos termos do Decreto-Lei n.º 466/85, de 25 de outubro (Cláusulas Contratuais Gerais) são em absoluto proibidas<sup>157</sup>, nas relações com consumidores finais, as cláusulas contratuais gerais que “modifiquem os critérios de repartição do ónus da prova ou restrinjam a utilização de meios probatórios legalmente admitidos” (artigo 21.º, al. g)).

Assim, quando o contrato sobre o ónus da prova ou sobre meios de prova conste de uma cláusula contratual geral e, através dessa cláusula se modifiquem os critérios de repartição do ónus da prova ou se restrinja a utilização de meios legalmente admitidos, tal cláusula será cominada com nulidade (artigo 12.º do Decreto-Lei n.º 466/85, de 25 de outubro), invocável nos termos gerais (artigo 24.º do referido diploma)<sup>158</sup>. A finalidade desta alínea é evitar que quem determina as cláusulas contratuais gerais possa, ao abrigo da sua posição de poder, impor ao aderente uma alteração das regras gerais sobre ónus da prova ou, segundo alguns autores, meios de prova legalmente admissíveis<sup>159</sup>. Alguns exemplos de cláusulas abrangidas por esta proibição serão as cláusulas que imponham uma confissão de dívida do titular de um cartão bancário nos casos de uso indevido, abusivo ou fraudulento do cartão, ou que presumam a culpa do utilizador na hipótese de retenção do cartão por um caixa automático; ou as cláusulas que fiquem o consentimento pelo titular do cartão na eventualidade de levantamento de numerário ou de utilização do cartão em operações precedidas da indicação de código de segurança, não admitindo prova em contrário<sup>160</sup>.

Os tribunais superiores têm reconduzido muitas cláusulas contratuais a esta proibição, tais como a cláusula em contrato bancário que, relativamente a depósitos feitos em caixas automáticas, considere que, em caso de divergência entre o montante indicado pelo titular do cartão e a instituição de crédito, prevalece o deste último e, caso haja diferendo entre as partes, que o ónus da prova incumbe ao titular do cartão<sup>161</sup>, a cláusula mediante a qual é aceite e validado o conteúdo dos extratos

de conta das operações realizadas com um cartão bancário, desde que o mesmo não houvesse sido objeto de reclamação pelo seu titular, no prazo máximo de 30 dias<sup>162</sup>, ou a cláusula, inserida em contrato de seguro de vida, pela qual se põe a cargo do beneficiário a prova da “inexistência de facto que exclua a responsabilidade desta sob pena de não pagamento do prémio”<sup>163</sup>.

Encontramos normas semelhantes em alguns dos ordenamentos jurídicos analisados *supra*. Com efeito, em França, o legislador vedou a celebração de convenções sobre ónus da prova em direito do consumo – o artigo 132-1 do *Code de la consommation* proíbe as cláusulas que tenham por objeto ou por efeito criar, em detrimento do consumidor, um desequilíbrio significativo entre os direitos e obrigações das partes, como, por exemplo, aquelas cláusulas que imponham ao consumidor o ónus da prova que, em virtude do direito aplicável, deveria incumbir à outra parte do contrato. Na Alemanha, o § 11, n. 15 da AGBG (*Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, ou lei das cláusulas contratuais gerais) proíbe cláusulas contratuais gerais com convenções relativas à distribuição do ónus da prova. Finalmente, e conforme já referido *supra*, o artigo 190.º do Código de Processo Civil brasileiro prevê, no seu parágrafo único, entre outros limites, a invalidade da inserção de cláusulas relativas a prova em contratos de adesão.

### 3.5. Limite Específico: Contrariedade a Disposições Legais de Ordem Pública

Conforme indica o artigo 345.º, n.º 2, do Código Civil, os contratos sobre meios de prova não podem contrariar disposições legais (de direito probatório) de ordem pública. Trata-se de um limite especificamente aplicável aos contratos sobre meios de prova.

Apesar de ser um conceito indeterminado<sup>164</sup>, a ordem pública, por figurar como fundamento de nulidade dos negócios jurídicos (artigo 280.º, n.º 2 do Código Civil), tem sido entendida um limite geral, ou um “fator sistémico de limitação da autonomia privada”<sup>165</sup>. Conforme

<sup>157</sup> Vide, sobre o tema das cláusulas contratuais gerais, Menezes Cordeiro, *Tratado II cit.*, 461; Pais de Vasconcelos, *Teoria Geral cit.*, 556-557; Ana Filipa Morais Antunes, *Comentário à Lei das Cláusulas Contratuais Gerais*, Coimbra Editora, Coimbra (2013), *passim*; e Manuel Ataíde Ferreira/Luís Silveira Rodrigues, *Cláusulas Contratuais Gerais: Anotações ao Diploma*, DECO, Lisboa (2011), *passim*

<sup>158</sup> Pais de Vasconcelos, *Teoria Geral cit.*, 558

<sup>159</sup> Manuel Ataíde Ferreira/Luís Silveira Rodrigues, *Cláusulas Contratuais cit.*, 112

<sup>160</sup> Ana Filipa Morais Antunes, *Comentário cit.*, 321

<sup>161</sup> Acórdão do TRL de 15 de maio de 2003 (LÚCIA DE SOUSA), Proc. n.º 8788/2003-6, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)

<sup>162</sup> Acórdão do STJ de 12 de abril de 2005 (SOUSA LEITE), Proc. n.º 105/05, disponível em [www.pgdlisboa.pt](http://www.pgdlisboa.pt): “são nulas, por constituírem uma violação dos critérios legalmente estabelecidos quanto [ao ónus da prova] (...) as condições de utilização que dispõe considerar-se aceite e validado o conteúdo dos extratos de conta das operações realizadas com o cartão, desde que o mesmo não haja sido objeto de reclamação pelo seu titular, no prazo máximo de 30 dias, contados do respetivo conhecimento”.

<sup>163</sup> Acórdão do TRL de 21 de junho de 2012 (SÉRGIO ALMEIDA), Proc. n.º 208/10.OYXLSB.L1-2, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)

<sup>164</sup> Carneiro da Frada, *A Ordem Pública cit.*, 256, que enfatiza a importância da indeterminação do conceito em virtude do legislador ter confiado ao juiz a incumbência de concretizar tal cláusula aberta no momento da sua aplicação

<sup>165</sup> Menezes Cordeiro, *Tratado II cit.*, 603-605

explica MENEZES CORDEIRO, isto resulta não só da limitação da autonomia privada imposta por normas jurídicas imperativas, mas abrange também princípios a construir pela Ciência Jurídica, correspondentes a “vetores não expressamente legislados” e “de funcionamento importante”, sendo assim contrários à ordem pública contratos que exijam esforços desmesurados ao devedor ou que restrinjam demasiado a sua liberdade pessoal ou económica, sendo também contrários aqueles que atinjam valores constitucionais importantes<sup>166</sup>, dizendo o autor que a ordem pública deve também ser entendida como contrariedade a normas imperativas<sup>167</sup>. CARNEIRO DA FRADA, por seu lado, afirma não se justificar uma “compreensão muito vasta” de ordem pública que a identificasse com o conjunto das normas imperativas do ordenamento, tratando-se de uma realidade com relevância autónoma, suscetível de atuar para além de tais normas imperativas aproximando-a mais dos “valores e princípios injuntivos do ordenamento, base da coexistência social geral e garante de um bem público”, sendo uma “ultima ratio no processo de realização do direito”<sup>168</sup>.

No domínio do direito probatório, os poderes inquisitórios do tribunal têm sido entendidos como de ordem pública e, por conseguinte, insuscetíveis de modificação ou derrogação contratual<sup>169</sup>. Por exemplo, o artigo 411.º do Código de Processo Civil, que consagra o princípio do inquisitório relativamente aos factos que ao juiz seja lícito conhecer, não pode ser modificado no sentido de impedir o juiz de ordenar oficiosamente as diligências necessárias ao apuramento da verdade e à justa composição do litígio quanto a factos complementares. Outros exemplos da concretização de tal princípio são as normas relativas à realização ou à determinação oficiosa de perícias (artigos 477.º e 487.º, n.º 2, do Código de Processo Civil), inspeções judiciais (artigo 490.º do Código de Processo Civil), inquirições (artigo 526.º, n.º 1, do Código de Processo Civil) e requisição de documentos (artigo 436.º do Código de Processo Civil)<sup>170</sup>. Conforme referido *supra*<sup>171</sup>, está também subtraído à disponibilidade das partes o corpo normativo relativo à apreciação e valoração de prova, não podendo as partes vincular o juiz a considerar, por exemplo, toda a prova pericial produzida como prova plena. Tais limites encontram paralelo noutros ordenamentos jurídicos<sup>172</sup>.

<sup>166</sup> Menezes Cordeiro, *Tratado II cit.*, 604

<sup>167</sup> Menezes Cordeiro, *Tratado II cit.*, 605

<sup>168</sup> Carneiro da Frada, *A Ordem Pública cit.*, 257-260

<sup>169</sup> Teixeira de Sousa, *As Partes cit.*, 236

<sup>170</sup> Teixeira de Sousa, *As Partes cit.*, 236

<sup>171</sup> *Supra* 2.2.4

<sup>172</sup> A título de exemplo, Wagner, em *Prozeßverträge cit.*, 689-690, lista disposições semelhantes no ZPO como geralmente vedadas à disposição das partes, referindo os poderes oficiosos do juiz quanto à instrução, dando o exemplo da ordem judicial

Adicionalmente, pode ainda acrescentar-se o regime da inadmissibilidade da prova testemunhal previsto no 393.º do Código Civil (nos termos do qual se a declaração negocial, por força da lei ou estipulação das partes, tiver de ser reduzida a escrito ou provada por escrito, não é admissível prova testemunhal, bem como nas situações em que o facto estiver plenamente provado por outro meio com força probatória plena), que se considera não poder ser objeto de modificação convencional pelas partes; bem como o regime da capacidade para depor como testemunha (artigos 495.º e 496.º do Código de Processo Civil)<sup>173</sup>.

Pode ainda ser considerada nula, por contrariedade a normas de ordem pública, a convenção pela qual as partes acordam que se pode provar por documento particular um facto para o qual a lei exige escritura pública<sup>174</sup>.

Por outro lado, o Tribunal da Relação do Porto, no acórdão de 30 de maio de 2013 mencionado *supra*, não encontrou nenhuma contrariedade à ordem pública na exclusão integral de todos os meios de prova que não um contrato em concreto<sup>175</sup>.

Analisado o regime, podemos começar por dizer que a contrariedade a disposições de ordem pública não é necessariamente específica dos contratos sobre meios de prova, visto que tal constitui um limite geral aplicável a todos os negócios jurídicos, tal como previsto no n.º 2 do artigo 280.º do Código Civil.

Visto o regime e exemplos da sua concretização, há que enfatizar que os contratos sobre meios de prova que efetivamente contenham um compromisso das partes em excluir a apresentação de um determinado meio de prova ou tipo de meio de prova ou em admitir a apresentação de um meio de prova não previsto na lei, não contrariarão, em princípio, muitas normas “de ordem pública”. Nos casos de derrogação dos poderes inquisitórios do juiz, falamos de contratos cujo objeto não é a apresentação de um meio de prova mas sim a atividade probatória do Tribunal, sempre reconduzíveis à categoria de contratos sobre apreciação de prova, em princípio não admitidos no nosso ordenamento<sup>176</sup>.

Com efeito, das normas imperativas mencionadas, a única que parece impedir, de forma explícita, que as partes se comprometam a apresentar um determinado meio de prova é o artigo 393.º, n.ºs 1 e 2, ao dizer que

de produção de documentos (§ 142), nomeação de peritos pelo tribunal (§ 144) ou a inquirição oficiosa (§ 448), entre outros, sendo que o único meio de prova cuja produção depende exclusivamente de um pedido das partes é a prova testemunhal.

<sup>173</sup> Teixeira de Sousa, *As Partes cit.*, 236

<sup>174</sup> Pires de Lima/Antunes Varela, *Código Civil cit.*, 310; e Teixeira de Sousa, *As Partes cit.*, 236

<sup>175</sup> Acórdão do TRP de 30 de maio de 2013 (LIMA DA COSTA), Proc. n.º 2577/10, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)

<sup>176</sup> *Supra* 2.2.4

a prova testemunhal “*não é admitida*” quando a declaração negocial houver de ser reduzida a escrito ou necessitar de ser provada por escrito ou quando o facto estiver plenamente provado por documento ou outro meio com força probatória plena.

### 3.6. Conclusão Preliminar: um Feixe Confuso mas Coerente

Conforme demonstrado *supra*, a redação dos dois números do artigo 345.º do Código Civil não foi feliz, sendo confusa e causando dúvidas no intérprete-aplicador em virtude da sua estrutura atípica, problema que se agrava no n.º 2. No entanto, uma leitura atenta dos seus dois números permite concluir pela existência de limites comuns às duas modalidades de contratos probatórios típicos – a indisponibilidade do direito e a excessiva dificuldade da posição probatória de uma das partes. Adicionalmente, o Decreto-Lei n.º 466/85, de 25 de outubro, comina com nulidade quaisquer contratos sobre ónus da prova ou meios de prova celebrados em relações com consumidores finais. O limite previsto na parte final do n.º 2 do artigo 345.º, relativo à contrariedade com disposições de ordem pública de direito probatório, aparenta ser específico aos contratos sobre meios de prova.

Sem prejuízo da bondade e da pertinência destes limites, o limite da indisponibilidade do direito e da contrariedade à ordem pública aparentam não carecer de regulamentação específica no artigo 345.º, correspondendo a dois limites gerais à celebração de qualquer negócio jurídico. No entanto, o limite da indisponibilidade de direitos pode e deve ser visto para além de um meronexo funcional entre a disponibilidade do direito material relativamente ao qual se fará a prova e a validade do contrato probatório, abrangendo tal limite os *efeitos* do contrato na marcha processual, podendo as partes ter disponibilidade sobre o direito material em discussão mas não sobre os efeitos processuais do contrato probatório que pretendem celebrar. A previsão constante do n.º 1 do artigo 345.º – “*quando se trate de direito indisponível*” – acaba por ser ampla o suficiente para abranger ambas as situações.

No casos dos contratos sobre meios de prova, o limite da contrariedade a disposições legais de ordem pública de direito probatório acaba por se reconduzir a um reduzido número de situações, tendo em conta que muitas das normas de direito probatório geralmente referidas como tal são, na verdade, relativas à atividade probatória do juiz, especialmente a apreciação de prova, insuscetível de convenção entre as partes nos termos gerais.

No entanto, apesar destas considerações, o conjunto de limites que sai do artigo 345.º acaba por formar um feixe normativo coerente na sua orientação funcional, procurando equilibrar a disponibilidade das partes sobre o objeto do processo com a proteção das partes mais

fracas e com a salvaguarda da atividade do juiz, especialmente dos seus poderes inquisitórios e a livre apreciação que deve fazer da prova.

## 4. Efeitos dos Contratos Probatórios Típicos sobre o Tribunal

### 4.1. Introdução

Tendo sido estabelecidos e explorados os limites à celebração dos contratos probatórios típicos, cabe agora entrar no tema que mais discussão tem gerado na doutrina estrangeira, com escassas referências na doutrina nacional<sup>177</sup> – partindo do pressuposto de que os contratos probatórios, como quaisquer outros contratos, vinculam as partes, determinar se estes vinculam também o tribunal e, se sim, em que medida.

Foram identificados dois conjuntos de abordagens a este tema: (i) abordagens unitárias, que olham para os contratos probatórios como uma categoria única, daí partindo para, com argumentos vários, configurar a extensão da vinculação (ou não) do tribunal aos mesmos; e (ii) uma abordagem diferencial, que separa os contratos probatórios em duas categorias, consoante os efeitos pretendidos e o seu objeto, partindo dessa distinção para tratar separadamente o tema da vinculação do juiz aos contratos probatórios.

No presente capítulo, as abordagens referidas e as opiniões no seu seio expressas serão objeto de análise, procurando-se, no final, determinar quais os efeitos dos contratos probatórios típicos sobre o tribunal no direito português.

### 4.2. Abordagens Unitárias

#### 4.2.1. Uma Questão de Princípio?

A primeira das abordagens unitárias é construída através do prisma dos princípios que regem o processo civil e a respetiva produção de prova. Conforme referido *supra*, o tema dos contratos probatórios e, consequentemente, dos seus efeitos, levanta-se na fronteira entre o princípio dispositivo<sup>178</sup>, na sua vertente da disponi-

<sup>177</sup> Teixeira de Sousa fá-lo, de forma mais geral e a propósito de todos os contratos processuais, em *Adequação formal cit.*, referindo que a questão de saber se estes respeitam apenas a atos das partes ou também a atos do tribunal está “*longe de ser uma questão concetual e irrelevante*”, pois o que está em causa é saber se, através de convenções processuais, as partes podem regular não só a sua atividade em juízo, mas também a atividade do tribunal, retirando a este órgão a prática de atos que estão previstos na lei ou impondo a esse órgão a prática de um ato não previsto na lei.

<sup>178</sup> Vide referências bibliográficas relevantes relativas ao princípio dispositivo na n. 2 *supra*.

bilidade das partes sobre o objeto do litígio (alocando às partes a alegação dos factos essenciais) e os poderes inquisitórios do tribunal<sup>179</sup>. Também como já referido, o princípio dispositivo encontra a sua consagração normativa no artigo 5.º do Código de Processo Civil, circunscrevendo o ónus de alegação e o seu alcance tradicional aos factos essenciais e deixando o juiz conhecer os factos instrumentais quando estes resultem da instrução da causa<sup>180</sup>. As partes conformam e dispõem sobre o objeto do litígio através do seu monopólio da alegação e prova dos factos essenciais, mas tudo o que saia desse escopo reduzido é-lo em ordem a “assegurar a adequação da sentença à realidade extraprocessual”<sup>181</sup>.

Assim, a importância do princípio dispositivo e da disposição das partes sobre o objeto do processo é um argumento forte e facilmente transponível para defender uma eventual vinculação do tribunal aos contratos probatórios validamente celebrados – se as partes dispõem sobre o objeto e sobre os factos essenciais, o tribunal deve vincular-se a qualquer contrato probatório celebrado a propósito destes.

Uma primeira linha de autores acaba por afirmar genericamente a vinculação do tribunal aos contratos probatórios validamente celebrados, não colhendo fundamento expreso no domínio dos princípios. Por exemplo, diz TEIXEIRA DE SOUSA que os contratos probatórios, quando válidos, são vinculativos não só para as partes que os celebram, mas também para o tribunal da causa, devendo o órgão respeitar o objeto de prova definido pelas partes, os meios de prova por elas convenionados e observar a repartição convencional da prova<sup>182</sup>. CHIOVENDA afirmava que os acordos processuais, quando admissíveis, seriam obrigatórios e vinculariam o juiz<sup>183</sup>.

A opinião que sustenta a não-produção de efeitos dos contratos probatórios sobre o tribunal pode encontrar respaldo noutros dois princípios capitais da produção de prova em processo civil – os poderes inquisitórios do tribunal previstos genericamente no artigo 411.<sup>o</sup><sup>184</sup> e o princípio da livre apreciação de prova<sup>185</sup>. Este último princípio, como vimos *supra*, é assaz utilizado como fundamento contra a admissibilidade dos contratos probatórios no geral (e, de forma mais consensual, contra os contratos sobre apreciação de prova), mas muitos autores que admitem a validade de tais convenções prontamente a ele recorrem para rejeitar uma vinculação do juiz a estes.

SCHWAB e GOTTWALD referem, na sua edição do manual de direito processual civil de ROSENBERG, a propósito

dos contratos sobre meios de prova, que apenas as partes se encontram vinculadas pelo contrato, e não o juiz, pois a sua vinculação a estes contratos prejudicaria os seus poderes inquisitórios<sup>186</sup>. Seguindo a mesma linha, o colombiano ECHANDÍA dizia que, mesmo que se considerassem admissíveis os contratos probatórios no geral (conclusão da qual discorda à luz do direito colombiano seu contemporâneo), não se poderia exigir a sua observância pelo juiz, pois eles referem-se a uma atividade alheia – a atividade do juiz – sobre a qual as partes não podem convencionar<sup>187</sup>. PATTI, apesar de não subscrever a ideia, refere como argumento comum contra a produção de efeitos dos contratos probatórios sobre o juiz a ideia segundo a qual a autonomia privada não pode dispor diretamente das normas processuais que dizem respeito à operação do juiz, acabando por indiretamente estabelecer o conteúdo da decisão judicial<sup>188</sup>.

Com efeito, colocar esta discussão apenas no plano dos princípios pode levar à conclusão, à luz do jogo entre o princípio dispositivo, os poderes inquisitórios do tribunal e a livre apreciação de prova que, tal como as partes só têm controlo exclusivo sobre o objeto e sobre os factos essenciais, factos que o juiz não pode conhecer a não ser que sejam alegados, os efeitos dos contratos probatórios devem ser analisados sobre o mesmo prisma. Se um contrato sobre meio de prova disser respeito a um meio de prova de um facto essencial, o juiz deve-se considerar vinculado por ele, não podendo apreciar a prova apresentada em violação do contrato – conclusão que, como veremos, afigura-se problemática. Nos contratos sobre ónus da prova, o juiz teria sempre de respeitar a modificação das regras sobre a sua distribuição caso dissessem respeito a factos essenciais, mas não já a factos complementares ou instrumentais.

#### 4.2.2. Dever Genérico de o Juiz Aplicar o Contrato Validamente Celebrado?

Uma segunda abordagem unitária analisa o tema dos efeitos dos contratos probatórios sobre o juiz com recurso a uma suposta eficácia das obrigações validamente constituídas entre as partes do contrato probatório sobre aquele.

<sup>186</sup> Rosenberg/Schwab/Gottwald, *Zivilprozessrecht* cit., 767: “Nur für die Parteien, nicht für das Gericht bindend ist deshalb der vertragliche Ausschluss von Beweismitteln, die das Gericht von Amts wegen benutzen kann.”

<sup>187</sup> Hernando Devis Echandia, *Teoría general de la prueba*, 2ª ed., Alberti, Buenos Aires (1972), 512

<sup>188</sup> Patti, *Prove* cit., 191-192, contrapõe ao dizer que, se as partes, com base na autonomia privada, podem dispor dos factos essenciais, a possibilidade de disporem diretamente sobre regras processuais é uma consequência natural, não interferindo a modificação do ónus da prova com a atividade do juiz e a livre apreciação da prova.

<sup>179</sup> Vide referências bibliográficas relevantes na n. 51 *supra*

<sup>180</sup> Sobre a sua interação, *supra* 2.3

<sup>181</sup> Paulo Pimenta, *Processo Civil* cit., 25

<sup>182</sup> Teixeira de Sousa, *As Partes* cit., 236

<sup>183</sup> Chiovenda, *Principios* cit., 138

<sup>184</sup> Vide o dito em 2.3

<sup>185</sup> Vide o dito em 2.2.4

No entanto, as obrigações constituídas por via contratual produzem, regra geral, efeitos meramente relativos. Conforme ensinava ANTUNES VARELA, a obrigação é essencialmente “o poder de exigir uma prestação, que apenas recai sobre o devedor e, por isso, se considera um direito relativo”<sup>189</sup>, não produzindo efeitos sobre terceiros salvo algumas exceções. Sem prejuízo do consenso à volta da eficácia relativa das obrigações, a doutrina tem perfilhado entendimentos divergentes quanto ao seu alcance e quanto à possível vinculação de terceiros estranhos ao negócio às obrigações nele constituídas.

Segundo o entendimento clássico, para os terceiros à relação, o direito de crédito seria totalmente irrelevante, não o podendo violar nem podendo por ele ser beneficiados<sup>190</sup>. Tal posição, perfilhada entre nós, entre outros, por ANTUNES VARELA e por MENEZES LEITÃO, vem efetivamente afirmar que um terceiro que contrata com o devedor não deve ser responsabilizado pelo facto de este violar as suas obrigações, uma vez que “faz parte da autonomia privada de cada um a possibilidade de contrair sucessivas obrigações, mesmo que não esteja em condições de as cumprir”<sup>191</sup>. Para estes autores, este facto, copulado com a autonomia privada e com a liberdade de contratar, obsta a que um terceiro seja impedido de contratar um crédito incompatível com um crédito anterior, não tendo de averiguar a existência de vínculos anteriores<sup>192</sup>, sem prejuízo da existência de casos excepcionais onde se tenha de considerar estar perante um exercício inadmissível de posições jurídicas tutelado pelo regime do abuso de direito<sup>193</sup>.

No entanto, algumas orientações opõem-se a esta corrente, professando a existência de um reflexo da relação de dívida na esfera jurídica de terceiros, resultando num dever geral de respeito que se traduz numa obrigação genérica de não lesar direitos alheios, que vincularia todos os sujeitos. Tais autores, reconhecendo que o credor não pode exigir a prestação devida senão ao obrigado, referem que todo o terceiro que tivesse conhecimento da relação creditícia seria juridicamente obrigado a respeitá-la, não lhe sendo lícito induzir o devedor a faltar ao cumprimento, celebrar negócio que o impedisse de cumprir, nem destruir ou danificar a coisa devida, sendo a violação de tal dever geral de respeito cominada com responsabilidade extracontratual<sup>194</sup>.

<sup>189</sup> Antunes Varela, *Das Obrigações I* cit., 172

<sup>190</sup> Cf. Menezes Leitão, *Direito das Obrigações, I, Introdução, da Constituição das Obrigações*, 14<sup>a</sup> ed., Almedina, Coimbra (2017), 97; e Antunes Varela, *Das Obrigações I* cit., 175-176

<sup>191</sup> Menezes Leitão, *Direito das Obrigações* cit., 98

<sup>192</sup> Menezes Leitão, *Direito das Obrigações* cit., 98

<sup>193</sup> Menezes Leitão, *Direito das Obrigações* cit., 99 e Antunes Varela, *Das Obrigações I* cit., 177-182

<sup>194</sup> Guilherme Moreira, *Instituições do Direito Civil Português, II, Das Obrigações*, França Amado, Coimbra (1911), 7, referia, a propósito do direito relativo, que, apesar de não haver a pretensão

A eficácia relativa das obrigações, trazida à colação a propósito dos contratos probatórios típicos, parece não vincular o juiz a respeitar o acordado pelas partes. Mesmo que se subscreva a tese da eficácia externa das obrigações resultante num dever geral de respeito por terceiros, poder-se-ia considerar o juiz um terceiro para estes efeitos<sup>195</sup> ou o juiz é livre para ignorar completamente o conteúdo de tais contratos por não estar a eles vinculado?

PASSO CABRAL, de uma perspetiva de direito brasileiro, começa a sua resposta a enfatizar que o juiz, naturalmente, não é parte do contrato<sup>196</sup> e que os contratos processuais no geral são celebrados *por sujeitos que tomam parte a favor de interesses, e não pelo “Estado-Juiz”*, que, pelo seu distanciamento dos interesses dos litigantes não poderia praticar atos em favor de nenhum interesse próprio<sup>197</sup>. No entanto, aponta o autor, dizer que o Estado-Juiz não é parte da convenção processual não significa que *este não esteja vinculado a esta*<sup>198</sup>.

Da sua perspetiva, o contrato processual no geral corresponde a uma *heterolimitação* da atuação judicial, incidente sobre os atos e formalidades do processo, operada pelo atuar legítimo das partes no espaço de autonomia que o ordenamento processual lhes assegura<sup>199</sup>.

do respeito pelo exercício de todos os poderes legitimados pelo direito (como no direito absoluto), existirá a pretensão “quanto às pessoas que não se acham diretamente vinculadas pela relação jurídica, de não embaraçarem o livre exercício das faculdades ou poderes que dessa relação jurídica derivam”; Galvão Telles, *Direito das Obrigações*, 7<sup>a</sup> ed., Coimbra Editora, Coimbra (1997), 20, refere que se pode considerar que, nas obrigações, se pode distinguir entre um elemento interno, “o direito contra o devedor” e o elemento externo, “o dever, imposto a todos, de respeitar o direito do credor, não impedindo o cumprimento nem colaborando no incumprimento”, podendo tal atuação de terceiro dar origem a responsabilidade extraobrigacional, dizendo o autor que “não repugna aceitar” tal orientação com base no princípio geral expresso no artigo 483.º do Código Civil; Menezes Cordeiro, em *Tratado de Direito Civil, VI, Direito das Obrigações: Introdução, Sistemas e Direito Europeu, Dogmática Geral*, 2<sup>a</sup> ed., Almedina, Coimbra (2012), 386 e ss, refere, a propósito do dever geral de respeito, que “as pessoas, independentemente de relações obrigacionais específicas, devem respeitar os direitos das outras”, desenvolvendo mais o tema em 425 e ss; e Santos Júnior, *Da Responsabilidade Civil de Terceiro Por Lesão do Direito de Crédito*, Almedina, Coimbra (2003), 510: “quando o terceiro conheça o crédito alheio, é-lhe, in concreto, exigível que o respeite”, concedendo o “caráter ilícito-culposo da ação interferente”, desde que o terceiro aja “com intenção ou consciência de lesar o crédito” agindo com dolo.

<sup>195</sup> Santos Júnior, em *Da Responsabilidade* cit., 426-429, quando explora o preenchimento do conceito de “terceiro”, não refere o juiz ou o tribunal.

<sup>196</sup> Passo Cabral, *Convenções* cit., 223

<sup>197</sup> Passo Cabral, *Convenções* cit., 223-224

<sup>198</sup> Passo Cabral, *Convenções* cit., 225

<sup>199</sup> Passo Cabral, *Convenções* cit., 226

O autor brasileiro defende que *o juiz se vincula ao acordado pelas partes porque tem o dever de aplicar a norma convencional, seja quando a regra do acordo conformar o procedimento (contrato dispositivo), seja para cumprir o acordo nos casos em que outros sujeitos tiverem de o cumprir (contrato obrigacional)*<sup>200</sup>, concluindo que num Estado de Direito não é só a norma legislada que deve ser aplicada pelo juiz, mas também a norma convencional gerada pela atividade jurígena válida das partes<sup>201</sup>.

PEDRO HENRIQUE NOGUEIRA, outro autor brasileiro, dá-nos mais luzes sobre o fundamento legal da vinculação do juiz aos negócios jurídicos processuais no geral – o artigo 200.º do Código de Processo Civil brasileiro – nos termos do qual *“os atos das partes consistentes em declarações unilaterais ou bilaterais de vontade produzem imediatamente a constituição, modificação ou extinção de direitos processuais”*, dispensando-se qualquer homologação pelo juiz para produzir efeitos, salvo quando haja norma expressa em sentido contrário<sup>202</sup>, não parecendo haver exclusão legal quanto aos contratos probatórios.

O autor francês SCABORO perfilha um raciocínio semelhante e, apoiado na ideia da eficácia externa das obrigações resultante num dever geral de respeito, diz que o juiz, tal como qualquer terceiro, conhecendo a convenção, não se pode comportar como se ela não existisse<sup>203</sup>.

SCABORO reconhece que não existe uma obrigação do juiz em sentido próprio, mas defende que o conteúdo da cláusula probatória está dotado da força obrigatória, impondo-se ao juiz e às partes, não tendo este alternativa senão respeitar tal vontade após examinar a licitude e validade do contrato. A cláusula é destinada antes de tudo às partes, da mesma maneira que elas podem dispor do direito. Assim, os juízes, *“servos e protetores da vontade das partes expressa na convenção de prova”*, após analisarem a legalidade e determinarem o conteúdo do contrato, devem fazê-lo respeitar, estando vinculados a decidir respeitando os limites impostos da convenção, não podendo pôr em causa o seu efeito jurídico<sup>204</sup>.

A propósito desta construção de SCABORO, há que lembrar que a responsabilidade civil extracontratual em França tem como pressuposto capital a *faute*<sup>205</sup>, alargando o seu campo de aplicação a situações mais amplas do que o regime português<sup>206</sup>, tornando mais

fácil a defesa generalizada da eficácia externa das obrigações resultante num dever geral de respeito com consequências de responsabilidade civil aquiliana<sup>207</sup>.

Assim, tanto PASSO CABRAL COMO SCABORO recolocam o problema da vinculação do juiz no plano da sua função enquanto guardião da legalidade em sentido amplo, o que inclui o direito validamente produzido pelas partes ao abrigo da sua atividade contratual de natureza jurígena.

No entanto, a transposição destes raciocínios para o direito português afigura-se duvidosa. Com efeito, à luz do direito pátrio, o juiz encontra-se sujeito à lei por imperativo constitucional (artigo 203.º da CRP – *“os tribunais são independentes e apenas estão sujeitos à lei”*), devendo julgar segundo *“a lei e a sua consciência”*, lei devendo ser entendida como direito objetivo<sup>208</sup>, designando não só as leis em si mesmas, mas também todas as *“demais normas que constituem a ordem jurídica, desde que materialmente válidas”*<sup>209</sup>.

Contudo, entre nós, está longe de ser líquida a qualificação de obrigações contratuais válidas como fontes de direito, mesmo que mediatas<sup>210</sup> e, conforme visto *supra*, a eficácia externa das obrigações não é um tema consensual (e, mesmo quando se perfilha a existência de tal eficácia, o seu alcance é assaz limitado).

Adicionalmente, o direito português não dispõe de uma norma como o artigo 200.º do Código de Processo Civil brasileiro, nos termos dos quais declarações bilaterais de vontade das partes produzem efeitos constitutivos, modificativos ou extintivos imediatos, eliminando, no contexto desse ordenamento jurídico, dúvidas que se possam levantar quanto à vinculação do juiz a contratos processuais no geral e probatórios em particular.

Assim, é duvidoso que se possa afirmar a existência, no direito português, de uma vinculação *direta e imediata* do juiz de respeito às obrigações validamente constituídas pelas partes, pelo menos com o mesmo fundamento e com a mesma força da sua vinculação à lei.

### 4.3. A Pertinência de uma Abordagem Diferenciada Consoante os Efeitos Pretendidos

#### 4.3.1. Efeitos dos Contratos Probatórios: Disposição de Normas ou Deveres de Conduta?

Após termos olhado para perspetivas unitárias sobre o tema da vinculação do tribunal aos contratos proba-

<sup>200</sup> Vide distinção entre contratos processuais dispositivos e obrigacionais *infra* em 4.3.1

<sup>201</sup> Passo Cabral, *Convenções cit.*, 226

<sup>202</sup> Pedro Nogueira, *Negócios Jurídicos cit.*, 267-268

<sup>203</sup> Scaboro, *Conventions cit.*, 450-451

<sup>204</sup> Scaboro, *Conventions cit.*, 452

<sup>205</sup> Artigo 1240 do *Code Civil*: *“Tout fait quelconque de l’homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer.”*

<sup>206</sup> Neste sentido, Menezes Cordeiro, *Tratado VI cit.*, 388-389

<sup>207</sup> Menezes Cordeiro, *Tratado VI cit.*, 389

<sup>208</sup> Oliveira Ascensão, *O Direito: Introdução e Teoria Geral*, 13ª ed., Almedina, Coimbra (2005), 318

<sup>209</sup> Canotilho Gomes/Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, II, 4ª ed., Coimbra Editora, Coimbra (2006), 514-515

<sup>210</sup> Vide Teixeira de Sousa, *Introdução ao Direito*, Almedina, Coimbra (2013), 162

tórios, adotemos agora uma abordagem diferenciada que tenha em conta os efeitos concretos produzidos pelo contrato probatório.

O ponto de partida para esta abordagem é a distinção feita pela doutrina germânica entre: (i) contratos processuais dispositivos (*Verfügungsverträge*), que procuram produzir efeitos *immediatos* sobre o procedimento, modificando regras de incidência processual; e (ii) contratos processuais obrigacionais (*Verpflichtungsverträge*), não alterando regras procedimentais mas estabelecendo obrigações de *facere* ou *non facere*, com relevância para o processo, que vinculam uma ou ambas as partes<sup>211</sup>.

Os *contratos processuais dispositivos* requererão não só a vontade de produzir a declaração negocial e de através desta exprimir uma vontade, mas também a “vontade de produzir um efeito num processo pendente ou futuro” através da modificação, de forma imediata, de uma norma<sup>212</sup>. Os seus efeitos dispositivos podem ser positivos ou negativos, sendo exemplos daqueles um pacto de atribuição de competência e destes um acordo de renúncia à interposição de recurso<sup>213</sup> (este último de licitude duvidosa).

Os *contratos processuais obrigacionais* têm natureza prestacional, pois as partes abdicam de situações processuais e comprometem-se com certos comportamentos, não havendo lugar a uma disposição sobre o procedimento ou sobre uma norma, tratando-se antes de uma “*autorregulação dentro da liberdade de agir ou não agir no próprio interesse*”<sup>214</sup>, como acontecerá no caso da desistência<sup>215</sup> e em alguns casos de transação.

De frisar, conforme fazem PASSO CABRAL e PELLI, que esta distinção nem sempre é clara e bem delimitada, porque muitas vezes, ao lado da eficácia dispositiva dos acordos processuais, há também uma eficácia obrigacional cumulada, pois dificilmente se fariam valer sem uma assunção, mesmo que implícita, de uma intenção das partes em invocar o contrato em juízo<sup>216</sup> – adiantando a qualificação do contrato sobre ónus da

prova como contrato dispositivo, como é que o juiz saberia que as partes haviam acordado em inverter o ónus da prova se as partes não se tiverem vinculado a invocar o contrato sobre ónus da prova validamente celebrado?

Com efeito, mesmo que se subscreva algum dos entendimentos unitários expostos *supra*, seja com fundamento no princípio dispositivo, seja pela teoria vincúlística de PASSO CABRAL e SCABORO, tais entendimentos devem ser complementados com uma abordagem que tenha em conta os diferentes efeitos normalmente inerentes aos dois tipos distintos de convenção. A distinção referida *supra* entre contratos processuais dispositivos e obrigacionais é crucial para perceber quais os efeitos dos contratos probatórios típicos em análise.

#### 4.3.2. Os Contratos Sobre o Ónus da Prova como Contratos Dispositivos e a Necessária Vinculação do Tribunal

Quando as partes celebram um contrato sobre o ónus da prova, elas pretenderão alterar uma norma substantiva que define o ónus da prova para a sua situação fáctica, como alguma das normas constantes dos artigos 342.º a 344.º do Código Civil.

As partes não se estão, por isso, a comprometer a realizar ou a abster de realizar uma determinada conduta, mas estão a modificar uma disposição legal substantiva, devendo qualificar-se os contratos sobre ónus da prova como contratos de disposição sobre normas substantivas e/ou processuais (ou contratos dispositivos)<sup>217</sup>. A inversão ou a modificação operam através de uma modificação das regras sobre a repartição subjetiva do ónus da prova<sup>218</sup>.

HELENA AMORIM refere que a vinculação ao contrato sobre ónus da prova estende-se às partes e ao juiz, assim sendo porque os contratos probatórios valem no plano substantivo e também no plano processual<sup>219</sup>. Esta vinculação, diz a autora, não tem o mesmo valor da prova legal, deixando ao julgador plena liberdade de apreciação das provas, apesar de admitir que, no fim do dia, os contratos probatórios no geral acabam por influir na convicção do julgador na medida em que delimitam a prova<sup>220</sup>. PELLI afirma, de forma mais categórica, que os contratos probatórios admissíveis com eficácia dispositiva vinculam o juiz<sup>221</sup>, acrescentando que não são de conhecimento oficioso, a sua eficácia no processo dependendo da invocação de uma das partes<sup>222</sup>.

<sup>211</sup> Wagner, *Prozeßverträge* cit., 35-36; Rosenberg/Schwab/Gottwald, *Zivilprozessrecht* cit., 420, falam em contratos com efeitos dispositivos (*Verträge mit Verfügungswirkung*) e contratos obrigacionais (*Verpflichtungsverträge*); Pelli, em *Beweisverträge* cit., 220-221, distingue os contratos com efeitos dispositivos (*Verträgen mit Verfügungswirkung*), como aqueles em que as consequências processuais são imediatas, e os contratos com efeitos obrigacionais (*Verträge mit Verpflichtungswirkung*) como os que incluem uma obrigação de *facere* ou de *non facere*; para uma introdução geral em português a esta distinção, vide Passo Cabral, *Convenções* cit., 73

<sup>212</sup> Teixeira de Sousa, *Estudos* cit., 193; Pelli, *Beweisverträgen* cit., 220 e 227

<sup>213</sup> Rosenberg/Schwab/Gottwald, *Zivilprozessrecht* cit., 420

<sup>214</sup> Passo Cabral, *Convenções* cit., 73

<sup>215</sup> Baumgärtel, *Wesen und Begriff* cit., 264

<sup>216</sup> Passo Cabral, *Convenções* cit., 75; Pelli, em *Beweisverträge* cit., 229-230

<sup>217</sup> Neste sentido, Pelli, *Beweisverträge* cit., 228

<sup>218</sup> Cendon, *Commentario* cit., 163; Pelli, *Beweisverträge* cit., 228

<sup>219</sup> Helena Amorim, *O Ónus da Prova* cit., 26

<sup>220</sup> Helena Amorim, *O Ónus da Prova* cit., 27

<sup>221</sup> Pelli, *Beweisverträge* cit., 229: “*das Gericht ist an zulässige Beweisverträge mit Verfügungswirkung der Parteien gebunden*”.

<sup>222</sup> Pelli, *Beweisverträge* cit., 234-235; e, de um ponto de vista mais geral, Pedro Henrique Nogueira, *Negócios Jurídicos* cit.,

Com efeito, esta inversão ou modificação, que opera através de uma modificação das regras sobre a repartição subjetiva do ónus da prova<sup>223</sup>, pode ser considerada uma disposição sobre normas de direito probatório (e, indiretamente, sobre a marcha do processo), mas não necessariamente sobre a atividade do juiz, porque não o é, nem sobre condutas das partes, mas sim sobre uma norma de direito material com impacto processual.

Adicionalmente, e este parece constituir um argumento com algum peso, a partir do momento em que o legislador admite, abertamente, a possibilidade de as partes celebrarem contratos sobre o ónus da prova, estabelecendo prontamente os limites à sua autonomia privada, as normas sobre o ónus da prova perdem o seu caráter injuntivo, podendo as partes validamente afastá-las. Se as partes podem então modificar o regime do ónus da prova que lhes poderá ser aplicado, então o juiz está naturalmente vinculado à configuração do regime feita pelas partes.

Aliás, de outra forma não poderia ser, pois o legislador não iria prever um contrato típico e impedir que ele produzisse efeitos úteis e, além disso, não preveria, no n.º 1 do artigo 344.º do Código Civil, a convenção válida como caso de inversão do ónus da prova. Conforme relata PATTI a propósito da semelhante norma prevista no artigo 2698 do *Codice Civile*, a norma seria supérflua se não reconhecesse a possibilidade de incidir diretamente sobre o processo<sup>224</sup>.

#### 4.3.3. Os Contratos Sobre Meios de Prova como Contratos Obrigacionais e as Dúvidas Quanto aos Efeitos Produzidos

Quando as partes celebram um contrato sobre meios de prova, elas excluem, limitam ou admitem a apresentação de um meio de prova não previsto na lei – configurando-se tendencialmente os contratos sobre meios de prova como contratos processuais obrigacionais<sup>225</sup>. Ao contrário dos contratos sobre ónus da prova, as partes não procuram modificar uma norma, mas comprometem-se a uma conduta – não apresentar um determinado documento ou só apresentar um determinado meio de prova, por exemplo. Assim, faria sentido, nos termos gerais, que o incumprimento de uma parte num contrato sobre meios de prova fosse cominado

269, ao apontar, e bem, que “a eficácia do negócio processual celebrado fora do procedimento, enquanto não levado a conhecimento do juiz, é restrita à esfera jurídica das partes que nele figuraram (...) o juiz não pode estar vinculado a uma convenção ou negócio jurídico estranho aos autos [pelo que] devem as partes, exercendo os direitos e faculdades oriundas do pacto, apresentar ao juiz o negócio para que aquilo que se convencionou seja cumprido.”

<sup>223</sup> Cendon, *Commentario* cit., 163

<sup>224</sup> Patti, *Prove* cit., 192

<sup>225</sup> Wagner, *Prozeßverträge* cit., 685

com responsabilidade civil contratual da parte incumpridora e subsequente indemnização à outra parte.

Apesar do incumprimento de qualquer contrato sobre meios de prova ser teoricamente concebível, será mais provável o incumprimento de um contrato sobre meios de prova de natureza exclusiva, nos termos do qual as partes excluem a apresentação de um meio de prova ou de uma categoria de meios de prova. Devemos portanto imaginar uma situação onde, por exemplo, as partes acordaram em não usar apresentar como meio de prova um determinado contrato e uma delas incumpe o acordado ao juntar o contrato a um dos seus articulados.

Deve o juiz abster-se de apreciar a prova convencionalmente proibida? Qual o grau de vinculação do juiz à exclusão de meios de prova pelas partes (ou admissibilidade de meios de prova não previstos na lei ou de forma diferente)?

A doutrina alemã tem vindo a pronunciar-se sobre o tema de forma mais pormenorizada, com SCHLOSSER, bem como SCHWAB e GOTTWALD, a negarem tal vinculação, dizendo que os contratos sobre meios de prova não têm efeitos processuais *imediatos*, pelo que a utilização de determinado meio de prova em desconformidade com o contrato gera *apenas* responsabilidade civil nos termos gerais<sup>226</sup>.

WAGNER, por seu lado, vem dizer que não há motivo para o juiz desconsiderar o acordo em caso de litígio e pôr assim em causa o funcionamento do contrato sobre os meios de prova<sup>227</sup>, pelo que se uma das partes apresentar uma prova excluída pelo contrato e a outra parte invocar a cláusula relevante, deve o juiz desconsiderar a prova convencionalmente proibida<sup>228</sup>. LAUMEN vai mais longe, dizendo que o juiz se encontra sempre vinculado ao contrato sobre meios de prova celebrado entre as partes, tal vinculação abrangendo factos cuja prova o juiz pode ordenar oficiosamente<sup>229</sup>.

Pode replicar-se o que se referiu *supra* a propósito dos contratos sobre ónus da prova, *i.e.*, que não faria sentido o legislador prever a admissibilidade da celebração de um contrato nos termos do qual as partes podem excluir meios de prova ou admitir outros e negar, à partida, a vinculação do juiz àquele? Pode afirmar-se, como faz WAGNER, que o juiz não pode pôr em causa o funcionamento do contrato?

Não creio que tal argumento lógico-funcional valha tanto no campo dos contratos sobre meios de prova. Com efeito, ao contrário dos contratos sobre ónus da prova, na grande maioria dos contratos sobre meios de prova as partes vinculam-se a obrigações de conduta,

<sup>226</sup> Schlosser, *Einverständliches Parteihandeln im Zivilprozess*, Mohr, Tübingen (1968), 89-90; Rosenberg/Schwab/Gottwald, *Zivilprozessrecht* cit., 767

<sup>227</sup> Wagner, *Prozeßverträge* cit., 691

<sup>228</sup> Wagner, *Prozeßverträge* cit., 685

<sup>229</sup> Laumen, *ZPO* cit., 894

sejam de *facere* ou de *non facere*, e às normas de direito civil comum que tutelam o seu cumprimento.

Com efeito, mesmo que o juiz não estivesse obrigado a não admitir um meio de prova convencionalmente excluído, a parte não-faltosa estaria sempre tutelada pelo regime geral da responsabilidade civil contratual, previsto no artigo 798.º do Código Civil. Tendo em conta que estamos perante uma prestação de facto positivo ou negativo infungível, por depender de uma conduta processual de uma pessoa na sua qualidade de parte, é duvidosa a possibilidade de recurso, consoante o caso, à execução específica prevista nos artigos 828.º e 829.º do Código Civil, admitindo-se no entanto, em qualquer dos casos mas com especial incidência nos contratos probatórios inclusivos, o recurso à sanção pecuniária compulsória prevista no artigo 829.º-A do Código Civil e à consequente possibilidade de coação de prestações de facto não fungíveis enquanto a parte faltosa não apresentar o meio de prova em falta<sup>230</sup>, nada parecendo vedar ao juiz tal possibilidade apenas em virtude do objeto do contrato.

Ora, tendo estabelecido a dificuldade de transposição do argumento do efeito útil da previsão explícita dos contratos sobre meios de prova (que facilmente se fará quanto aos contratos sobre ónus da prova), como configurar a vinculação do juiz aos contratos sobre meios de prova, se é que ela existe?

Com efeito, tal como não se pode celebrar um contrato probatório que disponha sobre a atividade do tribunal no exercício dos seus poderes inquisitórios, também nada impede um tribunal de *indiretamente* desconsiderar uma exclusão convencional de um meio de prova através do recurso a tais poderes. Se as partes convencionaram que determinado contrato não poderá ser por elas apresentado e se o juiz considerar que a produção de tal contrato é necessária ao apuramento da verdade e à justa composição do litígio, pode, por exemplo, recorrer à requisição de documentos prevista no artigo 436.º do Código de Processo Civil, não estando vinculado à convenção das partes nesse sentido.

Adotar uma perspectiva maximalista, como fazem WAGNER ou LAUMEN, seria negar ao juiz a possibilidade de recorrer aos seus poderes inquisitórios. Aqui, o juiz está simplesmente a ter em conta a natureza de ordem pública de tais poderes, que não podem ser convencionalmente limitados, seja *diretamente*, através de estipulação expressa sobre o comportamento do tribunal, seja *indiretamente*, através da paralisação dos seus poderes inquisitórios por via contratual.

<sup>230</sup> Vide, a esse propósito, Antunes Varela, *Das Obrigações em Geral*, II, 7ª ed., Almedina, Coimbra (1997), 99-100; Pires de Lima/Antunes Varela, *Código Civil Anotado*, II, 4ª ed., Coimbra Editora, Coimbra (1996), 102-103; Menezes Cordeiro, *Tratado VI cit.*, 492, 546; Menezes Leitão, *Direito das Obrigações cit.*, 126-131

#### 4.4. Conclusão: uma Abordagem Diferenciada ao Tema da Vinculação do Tribunal aos Contratos Probatórios

Vistas as várias abordagens, parece que a abordagem *diferenciada*, que tem em conta as diferentes características dos contratos processuais dispositivos – categoria à qual a maioria dos contratos sobre ónus da prova se reconduzirão – e os contratos processuais obrigacionais – categoria à qual a maioria dos contratos sobre meios de prova se reconduzirão – fará mais sentido.

Com efeito, a propósito dos contratos sobre ónus da prova, de natureza dispositiva e cujo objeto é alteração de normas de direito probatório material, concluiu-se que devem ser respeitados pelo juiz, em *ordem a não esvaziar de conteúdo* a previsão de um contrato típico e porque, respeitados os limites do n.º 1 do artigo 345.º do Código Civil, são pouco suscetíveis de influir os poderes inquisitórios do juiz e a livre apreciação de prova. Este fundamento, conquanto transponível para o domínio dos contratos sobre meios de prova, perde força perante o maior leque de meios de tutela gerais aos quais as partes podem recorrer.

Os contratos sobre meios de prova, sejam de natureza inclusiva ou exclusiva, na sua maioria contratos processuais obrigacionais, não vinculam o juiz, sendo este livre de sobrepor os seus poderes inquisitórios à convenção das partes, não se encontrando limitado pela convenção, nem tal sendo possível por razões de ordem pública. Ao contrário dos contratos sobre ónus da prova, as partes que celebrem um contrato sobre meios de prova dispõem de formas alternativas de tutela, nomeadamente o recurso à responsabilidade civil contratual para pedir o ressarcimento dos danos causados pela atuação ou omissão convencionalmente proibida.

O juiz fará o seu trabalho, apreciando livremente a prova e buscando a verdade dentro dos limites que a lei lhe impõe. Se a parte que se comprometeu a não juntar um determinado contrato o fizer, o juiz não poderá deixar de ter tal meio de prova em conta.

Fica para já afastado, por dificuldade de transposição para o direito português, o fundamento baseado na ideia de uma vinculação geral do juiz a normas convencionais validamente constituídas.

#### 5. Conclusão

No início deste trabalho, propôs-se fazer uma caracterização geral dos contratos probatórios, identificar quais os contratos probatórios típicos no direito português, determinar os seus limites e discernir qual o grau de vinculação do juiz a um contrato probatório típico.

Concluiu-se que o contrato probatório é o negócio jurídico bilateral cujo objeto é a modificação indireta ou direta do direito probatório relativamente a deter-

minado litígio atual ou futuro, seja através da assunção de compromissos comportamentais pelas partes seja através da modificação direta de normas disponíveis de direito probatório, podendo ser repartido objetivamente em vários tipos – contratos sobre ónus da prova, contratos sobre meios de prova, sobre o objeto da prova e sobre a apreciação de prova. Em virtude da sua previsão expressa no artigo 345.º do Código Civil, apenas os dois primeiros são contratos probatórios típicos.

Também em virtude da sua previsão expressa, a sua admissibilidade não é um tema controvertido no direito português, ao contrário do que acontece em ordenamentos jurídicos estrangeiros sem previsões expressas análogas.

Partindo-se para o estudo dos seus limites, enunciados no artigo 345.º, n.º 1 e 2 do Código Civil e em diplomas avulsos, concluiu-se pela existência de dois limites comuns às duas modalidades de contratos probatórios típicos – a indisponibilidade do direito e a excessiva dificuldade da posição probatória de uma das partes, bem como o limite previsto na Lei das Cláusulas Contratuais Gerais, com o limite o relativo à contrariedade com disposições de ordem pública de direito probatório a aparentar ser específico aos contratos sobre meios de prova. Este conjunto de limites, por vezes supérfluos por repetirem as previsões dos limites gerais à celebração de negócios jurídicos, acabam por constituir um feixe coerente orientado para o equilíbrio da disponibilidade das partes sobre o objeto do processo com a proteção das partes mais fracas e com a salvaguarda da atividade do juiz, especialmente os seus poderes inquisitórios e a livre apreciação da prova.

Finalmente, quanto à determinação do grau da vinculação do juiz aos contratos probatórios validamente celebrados, após a análise de abordagens unitárias e de abordagens diferenciadas, considerou-se pertinente adotar uma abordagem diferenciada que tivesse em conta as características específicas dos efeitos distintos dos contratos sobre ónus da prova (tendencialmente a disposição *direta* de normas de direito probatório) e dos contratos sobre meios de prova (a assunção de compromissos comportamentais), tendo-se considerado que o juiz estaria vinculado à modificação convencional do ónus da prova operada pelo contrato sobre ónus da prova na generalidade das circunstâncias mas que não se encontraria vinculado a exclusões ou admissões de meios de prova por via convencional feitas pelas partes.

# LOS ACUERDOS PROCESALES

JORGE A. ROJAS

Profesor Titular Regular de Derecho Procesal Civil y Presidente de la Asociación Argentina de Derecho Procesal

**I.-** El proyecto de Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, que se encuentra en el Congreso Nacional para su debate y aprobación tiene –como toda obra humana- aspectos para destacar y otros que merecen alguna revisión para su concreta operatividad.

Uno de los aspectos que se destacan en este nuevo ordenamiento adjetivo, y que fue tomado del derecho comparado, en especial del derecho francés y el brasilero, es un instituto absolutamente novedoso en nuestro país, que son los acuerdos o negocios procesales.

Esto es la posibilidad para las partes que intervienen en el proceso, de poder introducir modificaciones en su estructura y desarrollo en tanto y en cuanto no quede desvirtuado, y siempre sujeto a su aprobación por el juez del caso.

Para poder interpretar adecuadamente este nuevo instituto haremos referencia al contenido de su regulación, dispone el art. 14 del proyecto: *Acuerdos procesales. Las partes pueden celebrar, en procesos donde se debatan derechos disponibles y en tanto no concurriera una inobservancia del orden público, acuerdos procesales que puedan determinar una modificación de las normas procesales. Tales acuerdos podrán adecuar el proceso a las particularidades del conflicto y especificar el alcance de las cargas, facultades y deberes procesales de las partes. De oficio o a requerimiento de parte, el juez controlará la validez de los acuerdos debiendo negar su aplicación en los casos en que lo pactado resulte nulo, suponga un abuso del derecho o importare el sometimiento a un contrato de adhesión.*

Como se desprende de la norma, que resulta sumamente valiosa a los fines de permitir la agilización del proceso, flexibilizando aquellas normas que impongan pesadas cargas a las partes, resulta evidente que esos acuerdos deben ser celebrados en el proceso, o bien, aunque se celebren extrajudicialmente, igual deben ser presentados para su aprobación por parte de la jurisdicción, en atención a lo que surge de la última parte de esa norma. Esto de alguna manera es una réplica –mutatis mutandi- del art. 190 del Código del Proceso de Brasil.

**II.-** No obstante ello, es importante destacar, pese a lo valioso de la norma, que conviene realizar su adaptación a una cultura judicial que parecería ser renuente a este tipo de convenios de neta índole procesal, pues adviértase que no son habituales las concesiones entre partes litigantes, para lo cual conviene tener en cuenta, el rol que

desempeñan los abogados, que son quienes en definitiva manejan el proceso, para realizar este tipo de acuerdos apuntando a flexibilizar cargas, facultades y deberes procesales de las partes, sencillamente porque son prácticas que no resultan habituales en los usos forenses.

Por lo tanto, se advierte ab initio, que no se consagra una práctica habitual, que hizo de los usos y costumbres una norma que se traslada a la letra de la ley, la reforma que se propone pretende introducir una práctica novedosa.

Para ello, es importante tener en cuenta que resulta imprescindible la adecuada preparación del operador jurídico, y aquí es importante destacar que se alude tanto a abogados cuanto a los jueces, porque todos deben participar de la concreción de aquello que la norma habilita.

**III.-** Partiendo de esta premisa, la remisión a la primera parte de la norma, permite advertir que se pueden llevar a cabo este tipo de acuerdos procesales, en procesos en donde se debatan derechos disponibles, en tanto no concurra una inobservancia del orden público, y esos acuerdos apunten a una modificación de normas procesales.

Es evidente que aquí se superponen dos planos claramente diferenciables, por un lado, se señala que los derechos involucrados en el pleito deben resultar disponibles, lo que no surge del proyecto de código, y la ley sustancial indica que un derecho disponible es aquel que puede ser objeto de transacción.

Sin embargo, no es menos cierto que lo que se persigue a través de esta actuación de neta índole procesal, es modificar el alcance de una norma procesal, con lo cual parecería que hay una superposición conceptual entre aquello que es materia indisponible, desde el punto de vista del derecho sustancial, con aquellas normas procesales sobre las que se intentan negociar, y que no tienen otra finalidad más que propender a agilizar el proceso, o resguardar el derecho de defensa, o bien cualquier otro aspecto de índole procesal, que en modo alguno puede ser confundido con la materia sustancial que resulte indisponible.

Sirva como ejemplo, señalar que en un proceso en donde el debate gire en derredor de la nulidad de un matrimonio, no puede caber duda alguna que se trata de una materia indisponible para las partes, por el claro compromiso del orden público que existe en debate.

Sin embargo, puede ser probable que se negocie entre las partes la realización de una prueba con preeminencia sobre otra, o bien las partes se pueden conceder una

recíproca ampliación de plazos para analizar y eventualmente observar un peritaje, o inclusive acordar el orden de la declaración de los testigos que pudieron haber ofrecido.

Es evidente que nada de ello significa una afectación del orden público, ni menos aún que ello resulte indisponible para las partes, pues –en principio, salvo las particularidades de cada caso- no se puede advertir ningún tipo de lesión al debido proceso con los ejemplos propuestos.

**IV.-** Pero si las partes se ajustan a las previsiones del código –si tomamos por caso este proyecto como código- cuáles serían los derechos disponibles, si por vía de principio no se establecen ¿serán los que al juez le parezcan?

Todo concluye –conforme esta regulación de los acuerdos procesales- que será él quien “controlará la validez de esos acuerdos”, por lo cual deberá negar –dice la norma- su aplicación si lo pactado resulta nulo, suponga un abuso del derecho o importe el sometimiento a un contrato de adhesión.

Si despejamos que la nulidad deberá surgir de la norma que imponga esa sanción, para privar de efectos una actuación procesal, lo que será fácil de determinar, la cuestión es si hay alguna norma que disponga una sanción de esa índole por el ejercicio de un derecho disponible.

Es difícil encontrar la respuesta, porque si no se determinan los derechos disponibles, más complicado será saber cuándo resultan nulos.

La figura del abuso del derecho lleva ínsita una mayor discrecionalidad y, aparece oportuna su concepción en esos términos, porque se puede detectar aún encubierta en normas o procedimientos que a simple vista aparezcan válidos, pero que en el contexto en el que pretendan desarrollarse importen ese ejercicio abusivo, para lo cual habrá que estar a las previsiones del art. 17 de ese cuerpo, que brinda pautas interpretativas en esa línea.

Finalmente la otra superposición entre la normativa procesal y la sustancial, se advierte en el último aspecto que podrá evaluar el juez, que consiste en la celebración de un contrato de adhesión, que se celebre en desmedro de una de las partes litigantes.

**V.-** Como se aprecia, más allá de los términos en que se concibe la norma, no se puede advertir –por las imprecisiones que contiene- la conveniencia de su regulación en la forma en que fue expuesta, pese a la importancia que tiene la incorporación de un instituto de esa índole, solo pensando en lo valioso de su utilización en conexión –por ejemplo- con la producción de prueba anticipada, o con la audiencia preliminar.

Sin embargo, si en un proceso de nulidad de matrimonio –como el ejemplo que antes señalamos- se de-

cidiera de común acuerdo entre las partes, renunciar al recurso de apelación, la pregunta que cabe formularse es si el juez convalidará un acuerdo con ese alcance.

Sería fácil presumir que se afecta el legítimo derecho de defensa en juicio al privársele a una parte del derecho a recurrir, aunque la Corte Suprema tiene entendido que la doble instancia en el ámbito civil no tiene rango constitucional. Sin embargo, la apelación se puede interpretar como un típico derecho disponible para las partes. El ejemplo más elocuente es su renuncia prácticamente usual en el desarrollo de un proceso arbitral.

Aquí aparece en escena una figura esencial a tener en cuenta que es el recurso de nulidad, que este proyecto replica su concepción tal como está previsto en el actual art. 253 del código procesal nacional (véase el art. 340).

Y en este punto, cabe reposar la mirada en el defecto sistémico de la concepción que se observa entre los acuerdos procesales, y los mecanismos de revisión que se adopten, toda vez que si se presume la disponibilidad de las formas, y por ejemplo así se interpretara a la posible renuncia a la apelación, por tratarse de un recurso disponible para las partes, el límite para resguardar el debido proceso legal, tal como le interesa a la norma analizada, se debería encontrar en la irrenunciabilidad al recurso de nulidad.

Ello en razón de que a través de la apelación se persigue la revisión de lo decidido, por la injusticia que se invoque, pero en la nulidad se persigue la “rescisión” de lo decidido, esto implica casar el fallo, declararlo nulo por ilegal, no simplemente por contrario a derecho, sino por resultar inválido como pronunciamiento jurisdiccional.

Como se advierte, los flancos que ofrece esta norma, que resulta valiosísima a los fines de marcar una nueva impronta para el proceso, se ve afectada por la confusión entre ley procesal y ley sustancial, que además ve desdibujada su claridad porque los principios no resultan acordes sistémicamente con los fines adonde se apunta con la legislación proyectada, que se precia de ser progresiva, y que desde luego conceptualmente no puede más que ser compartida.

Ello obedece a que precisamente en la primera parte el proyecto de código al aludir a los principios que se observarán en el proceso señala que las partes podrán disponer de sus derechos en el proceso (art. 4), y luego en el art. 9 señala puntualmente el principio de adaptabilidad de las formas en donde se dispone que “el juez podrá adaptar las formas, sin vulnerar el debido proceso legal, sea de oficio o a petición de parte”.

Con lo cual no se advierte la razón de la contradicción que existe entre los principios que marcarían el rumbo del proceso y la concepción que se hizo del art. 14 replicando para ello el art. 190 del Código Procesal del Brasil.

Para ello, sería conveniente la adaptación de todos estos aspectos, a los fines de que esta reforma pueda rendir los frutos adecuados, sin generar las confusiones que con esta concepción puede provocar.

Ello impone la necesidad de tener que contemplar con mayor claridad la norma analizada, quizás señalando aquellos aspectos que resultan indisponibles en el proceso, como por ejemplo el recurso de nulidad, porque es imposible que alguien conozca de antemano si una eventual sentencia resultará nula o no, circunstancia que no se compadece con la eventual renuncia del recurso de apelación que podría constituir materia disponible para las partes si ellas de común acuerdo así lo disponen.

Estas reflexiones a través de ejemplos concretos que resultan altamente probables que acontezcan en un proceso, como la producción de prueba o los sistemas recursivos de los cuales pueden valerse las partes, llevan a la conclusión de que resulta conveniente establecer aquellos aspectos que procesalmente resultan disponibles para las partes, como fuera señalado con el recurso de nulidad por oposición al de apelación.

El debate conceptual sobre la importancia de una norma tan valiosa para que pueda ser utilizada adecuadamente y extraer de ella las ventajas que pueden obtenerse abre un debate que impone la mejora en su concepción a fin de aventar dudas y evitar superposiciones conceptuales.





**AAFDL**  
EDITORA



FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE LISBOA  
Alameda da Universidade, Lisboa



[www.livraria.aafdl.pt](http://www.livraria.aafdl.pt)



217 959 379