

Distinguishing ed overruling: responsabilità dell'avvocato ed incertezza giurisprudenziale.

Annotazione alla [sentenza 18612/2013 della Cassazione civile](#) in tema di responsabilità dell'avvocato.

Contributo di **Miriana BOSCO**

La sentenza in esame ruota attorno alla questione della responsabilità professionale dell'avvocato investito di apposito mandato e del contrasto giurisprudenziale sulla consistenza del termine di prescrizione (biennale ai sensi dell'art. 2947 c.c., comma 2, ovvero più lungo ai sensi dello stesso art. 2947, comma 3) dell'azione di risarcimento del danno subito a seguito di sinistro stradale da cui siano derivate lesioni personali perseguibili a querela. Ambedue le questioni sono state ampiamente sviscerate sia in ambito dottrinale sia in ambito giurisprudenziale.

Pur tuttavia, la sentenza consente di esaminare la questione dello *stare decisis* (in latino: "*rimanere su quanto deciso*").

Lo *stare decisis* è un principio generale dei sistemi di *common law*, in forza del quale il giudice è obbligato a conformarsi alla decisione adottata in una precedente sentenza, nel caso in cui la fattispecie portata al suo esame sia identica a quella già trattata nel caso in essa deciso. In questo modo, i *precedenti* desunti dalle sentenze anteriori operano come fonte di diritto e, negli ordinamenti di *common law*, a tutt'oggi, la maggior parte delle norme è prodotta proprio tramite questa fonte.

All'operatività dello *stare decisis* è dovuto il particolare stile delle sentenze dei giudici di *common law*, i quali tendono a chiarire, in modo dettagliato e circostanziato, il percorso della decisione. In tal modo, il giudice, da un lato, giustifica la sua decisione alla luce dei precedenti applicabili e, dall'altro, facilita chi in futuro potrebbe trarre dei precedenti dalla sua sentenza.

In un sistema basato sullo *stare decisis* assume particolare importanza la conoscibilità delle sentenze, assicurata da apposite pubblicazioni note come *law reports*: si tratta di raccolte di decisioni giudiziali selezionate, pubblicate periodicamente da privati o da organismi ufficiali.

Si distingue lo *stare decisis orizzontale* da quello *verticale*: il primo si ha quando il giudice si conforma a una precedente pronuncia già emanata dal suo stesso ufficio; il secondo si ha quando il giudice si conforma a una

precedente pronuncia emanata da un giudice a lui superiore, per competenza o funzione.

Nel caso dello *stare decisis* verticale, il giudice inferiore è vincolato a uniformarsi ai precedenti ricavabili dalle decisioni di quello superiore. Contrariamente, nel caso dello *stare decisis* orizzontale, non tutti gli ordinamenti impongono al giudice di adeguarsi ai precedenti. Quando ciò non si verifica, il precedente non ha efficacia vincolante (*binding*) bensì efficacia meramente persuasiva (*persuasive*), la stessa che hanno gli *obiter dicta*, i precedenti desumibili da pronunce di corti inferiori e le *dissenting opinions*, ossia le posizioni di membri del collegio giudicante che non hanno trovato il consenso della maggioranza ma che, nondimeno, possono essere espresse in sede di sentenza.

Un precedente vincolante può essere revocato da un giudice superiore a quello che lo ha stabilito nonché, laddove non opera lo *stare decisis* orizzontale, da un giudice appartenente allo stesso ufficio di quest'ultimo. La revoca, che è detta *overruling*, determina l'esclusione retroattiva del precedente dalla *common law* e la sua sostituzione con il nuovo precedente stabilito dal giudice che l'ha operata. L'*overruling* deve essere adeguatamente motivato con riferimento, ad esempio, a una più approfondita analisi della fattispecie, al mutamento delle circostanze di fatto o all'interesse pubblico.

La vincolatività del precedente può essere, altresì, superata con il *distinguishing*: in tal caso, il giudice scarta l'applicabilità di uno determinato precedente al caso di specie sulla base delle marginali disparità in fatto che possano evidenziare una ineguaglianza fra la fattispecie portata al suo esame e la fattispecie in passato decisa da altro giudice, sempre che tali differenze si possano valutare rilevanti per la questione da definire. In altri termini, con il *distinguishing* il giudice attesta che la similitudine tra la fattispecie portata al suo esame e quella del precedente è solo apparente. Il ricorso a questa tecnica, che gioca un ruolo molto importante nei sistemi di *common law*, è, a differenza dell'*overruling*, possibile anche ai giudici inferiori.

Tanto con l'*overruling* quanto con il *distinguishing*, il giudice legittima sé stesso a individuare autonomamente la regola del caso di specie, a prescindere dalla vincolatività del precedente.

Il principio dello *stare decisis* non è, di regola, presente nei sistemi di *civil law*, anche se alcuni di questi ordinamenti prevedono la vincolatività dei precedenti desumibili dalle sentenze della Corte di Cassazione. D'altra parte, anche al di là di queste circostanze eccezionali, è certo che la singola sentenza, oltre a risolvere il caso di specie di cui si occupa, facendo stato fra le parti, i loro eredi e aventi causa, può avere una forza persuasiva, in genere premanente dall'autorità che l'ha emanata e, ancor di più, dalla solidità della linea argomentativa seguita. Quanto appena detto, vale soprattutto per le sentenze della Suprema Corte, le quali, nella maggior parte dei casi, hanno – di fatto – nell'ordinamento giuridico una rilevanza pari a quella di una fonte del diritto.

Negli ultimi anni, la Corte di Cassazione, anche a Sezioni Unite, ha inaugurato un *trend* di riletture costituzionalmente orientate delle norme processuali, al fine di sostituire interpretazioni più o meno solide con altre

ritenute più adeguate a garantire una rapida celebrazione dell'iter giudiziario.

La premessa di fondo dalla quale l'orientamento muove è costituita dall'assunto che l'art.111, co. 2, Cost., nell'affidare al legislatore il compito di assicurare la ragionevole durata del processo, integri un precetto *self-executing*, ponendo *"una regola per un'interpretazione delle singole norme di rito finalizzata alla celerità del giudizio"*¹.

Gli improvvisi cambi di indirizzo giurisprudenziale derivanti dalla suprema istanza della giurisdizione ordinaria, protendendo ad introdurre interpretazioni più intransigenti riguardo alla decorrenza di termini processuali o alla forma degli atti di impugnazione, hanno sollevato la delicata questione della salvaguardia dei diritti della parte che, dopo aver riposto il suo affidamento negli orientamenti applicativi fissatisi in precedenza, si trova ad incorrere nelle preclusioni provocate dai bruschi *revirement*. L'assoggettamento del giudice alla legge e la possibilità di tenere distinti il momento della posizione della norma da quello della sua applicazione costituiscono i cardini su cui si fonda l'organizzazione costituzionale vigente, rappresentando il nucleo qualificante ed irrinunciabile dell'eredità dello Stato di diritto.

"In definitiva, l'opinabilità stessa della soluzione giuridica impone al professionista una diligenza ed una perizia adeguate alla contingenza, nel senso che la scelta professionale deve cadere sulla soluzione che consenta di tutelare maggiormente il cliente e non già danneggiarlo e, dunque, nella specie, egli è tenuto ad un comportamento (introduzione del giudizio o compimento di atti interruttivi idonei) che sia riferito alla decorrenza del termine più breve....."

*".....la misura della diligenza richiesta al legale è connotata proprio dall'esistenza del contrasto giurisprudenziale - al di là della soluzione che, poi, lo verrà a comporre (peraltro, nella specie, si è trattato di contrasto diacronico permanente sino alle più recenti Sezioni unite del 2008, sentenza n. 273373, con le quali si optato per l'applicabilità del termine prescrizione più lungo nel caso di reato perseguibile a querela) - non potendo la compresenza di approdi giurisprudenziali non collimanti tra loro essere per ciò stesso evocata ad esimente della colpa grave, come diversamente potrebbe accadere, se del caso (e cioè ove ricorrano le circostanze di fatto idonee allo scopo), nella ben diversa ipotesi di *overruling*, ovvero di mutamento giurisprudenziale, nell'interpretazione di una norma o di un sistema di norme, inatteso o, comunque, privo di preventivi segnali anticipatori del suo manifestarsi (quali possono essere quelli di un, sia pur larvato, dibattito dottrinale o di un qualche significativo intervento giurisprudenziale sul tema; cfr. Cass., sez. un., 12 ottobre 2012, n. 174024), e sino a quando esso possa ancora reputarsi tale, in ragione dell'onere di costante informazione del difensore sulla giurisprudenza" (Cass. civ. n.18612/2013).*

¹ Ex plurimis, Cass., sez. lav., n. 55/2009.