

FORUM NECESSITATIS E FLESSIBILITÀ DEI CRITERI DI GIURISDIZIONE NEL DIRITTO INTERNAZIONALE PRIVATO NAZIONALE E DELL'UNIONE EUROPEA

GIULIA ROSSOLILLO

*Professore associato di diritto dell'Unione europea
Università degli Studi di Pavia*

Recibido: 25.01.2010 / Aceptado: 09.02.2010

Riassunto: In molti ordinamenti europei ed extraeuropei è ammessa la possibilità di attribuire giurisdizione alle autorità del foro a titolo eccezionale nelle ipotesi in cui, in relazione a una determinata pretesa, si riveli impossibile o irragionevole adire i giudici di altri ordinamenti e vi sia dunque il rischio di dar luogo a un diniego di giustizia. Una simile possibilità da un lato presuppone una certa flessibilità delle norme relative alla competenza giurisdizionale, dall'altro è la conseguenza del carattere unilaterale delle norme nazionali in materia di giurisdizione. Queste due caratteristiche non sussistono nell'ambito dello spazio giudiziario europeo. Le istituzioni dell'Unione europea hanno infatti stabilito, attraverso regolamenti, criteri di giurisdizione uniformi relativi ad alcune materie ed applicabili in tutti gli Stati membri. E d'altro lato la Corte di giustizia ha escluso, al fine di salvaguardare il principio della certezza del diritto, che tali criteri potessero essere applicati in modo flessibile. Nei rapporti tra gli Stati membri il forum necessitatis è dunque utilizzabile entro limiti molto ristretti. Esso assume invece maggiore importanza nei rapporti tra Stati membri e Stati terzi, come emerge dal Libro verde sulla revisione del Regolamento 44/2001 e dall'articolo 7 del Regolamento 4/2009 in materia di obbligazioni alimentari.

Parole chiave: Giurisdizione, diniego di giustizia, Regolamento 44/2001, Regolamento 2201/2003, Regolamento 4/2009, fiducia reciproca.

Abstract: In many European and non-European legal systems it is possible for the internal courts to assume jurisdiction when, with regard to a specific claim, it would be impossible or unreasonable to resort to a court of another State, and a denial of justice would be likely to occur. Such a possibility on the one hand requires the rules of jurisdiction to be to a certain extent flexible, on the other hand is the consequence of the unilateral character of that rules. These are not two typical features of the European judicial area. The European institutions have set, in fact, through regulations, uniform rules of jurisdiction regarding certain fields, applicable in every Member State. And the European Court of justice, to the purpose of protecting the legal certainty principle, has precluded a flexible application of these rules. As far as the relations between member States are concerned, the *forum necessitatis* has, thus, a very narrow leeway. On the contrary, it takes much more importance in range of the relations between Member States and third States, as it comes out from the Green Paper on review of Regulation 44/2001 and from article 7 of the Regulation 4/2009 on maintenance obligations.

Key words: Jurisdiction, denial of justice, Regulation 44/2001, Regulation 2201/2003, Regulation 4/2009, mutual trust.

Sommario: I. Caratteri generali del *forum necessitatis*. 1. Il *forum necessitatis* negli ordinamenti europei. 2. Il *forum necessitatis* come strumento di tutela di interessi processuali. 3. Il *forum necessitatis* come strumento di tutela di interessi sostanziali. 4. Il legame con l'ordinamento del foro. II. Esigenze di tutela del singolo ed interpretazione estensiva dei criteri di giurisdizione del foro. III. *Forum necessitatis* e regolamenti in materia di diritto processuale civile internazionale. 1. Il *forum necessitatis* nei rapporti tra Stati membri e Stati terzi. 2. Il *forum necessitatis* nei rapporti tra Stati membri dell'Unione europea.

I. Caratteri generali del *forum necessitatis*.

1. Il *forum necessitatis* negli ordinamenti europei

1. La comparsa di disposizioni sul *forum necessitatis* in alcune codificazioni recenti di diritto internazionale privato, quale quella belga¹, nonché nel regolamento 4/2009² sulle obbligazioni alimentari, nel Libro verde sulla revisione del regolamento 44/2001³, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, e nella Risoluzione legislativa del Parlamento europeo sulla proposta di modifica del regolamento 2201/2003⁴, relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e di responsabilità genitoriale, rende di estrema attualità l'esame di una figura sulla cui definizione e sui cui caratteri la dottrina non ha ancora trovato un perfetto punto di accordo.

Con l'espressione *forum necessitatis* si intende indicare un criterio di giurisdizione di carattere eccezionale volto a garantire al singolo il diritto di accesso alla giustizia nell'ipotesi in cui, in relazione a una determinata controversia, sia impossibile identificare un giudice competente. Si tratta dunque di una figura che da un lato trova la propria origine in esigenze di tutela dei diritti fondamentali dell'individuo, dall'altro rappresenta la conseguenza del carattere unilaterale delle norme nazionali in materia di competenza giurisdizionale⁵. Dal momento che, infatti, ogni Stato decide autonomamente l'ampiezza della giurisdizione dei propri giudici, è possibile che si vengano a creare conflitti negativi, ossia che in relazione a una determinata fattispecie non sussista la competenza dei tribunali di alcun Paese.

2. Proprio per evitare tale conseguenza, che si tradurrebbe in un diniego di giustizia, alcuni legislatori nazionali hanno previsto espressamente che in ipotesi di questo genere i tribunali del foro, privi di competenza secondo gli ordinari criteri di giurisdizione, possano intervenire in via sussidiaria ed eccezionale. Così, all'art. 3 della legge svizzera di diritto internazionale privato⁶ si legge che "se la presente legge non prevede alcun foro in Svizzera e un procedimento all'estero non è possibile o non può essere ragionevolmente preteso, sono competenti i tribunali o le autorità svizzeri del luogo con cui la fattispecie denota sufficiente connessione". La recente codificazione belga⁷ contiene una disposizione al contenuto molto simile: "nonobstant les autres dispositions de la présente loi, les juridictions belges sont exceptionnellement compétentes lorsque la cause présente des liens étroits avec la Belgique et qu'une procédure à l'étranger se révèle impossible ou qu'on ne peut raisonnablement exiger que la demande soit formée à l'étranger". E ancora, disposizioni sul *forum necessitatis* si rinvencono nella legge rumena di diritto internazionale privato⁸, nell'articolo 9 lett. b e c del codice di procedura civile olandese, nei

¹ Loi du 16 juillet 2004 portant le code de droit international privé, *Moniteur belge*, 27.7.2004.

² Regolamento (CE) n. 4/2009 del Consiglio del 18 dicembre 2008 relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni e alla cooperazione in materia di obbligazioni alimentari, G.U.U.E L 7 del 10.1.2009, p. 1.

³ Libro verde sulla revisione del Regolamento (CE) n. 44/2001 del Consiglio concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, del 21.4.2009, COM(2009) 175 def.

⁴ Risoluzione legislativa del Parlamento europeo sulla proposta di regolamento del Consiglio che modifica il regolamento (CE) n. 2201/2003 limitatamente alla competenza giurisdizionale e introduce norme sulla legge applicabile in materia matrimoniale, COM(2006)0399, G.U.U.E. C 15/E, del 21.10.2008, p. 128.

⁵ Come nota L. CORBION, *Le déni de justice en droit international privé*, Aix-en-Provence/Marseille, 2004, p. 189, "les règles de compétence juridictionnelle internationale n'ont pas de fonction réparatrice: elles se contentent d'indiquer si l'ordre juridique dont elles émanent est compétent ou non. Aussi en découlent les problèmes de coordination propres à tout système unilatéraliste".

⁶ Legge Federale del 18 dicembre 1987 su diritto internazionale privato (LDIP). Sul punto v. per tutti OTHENIN-GIRARD, "Quelques observations sur le for de nécessité en droit international privé suisse (art. 3 LDIP)", *Schweizerische Zeitschrift für internationale und europäisches Recht*, 1999, pp. 251-286.

⁷ Art. 11 del code belge de droit international privé del 16 luglio 2004.

⁸ Art. 153 della legge rumena di diritto internazionale privato del 1992 (Legea nr. 105 din 22 septembrie 1992 cu privire la reglementarea raporturilor de drept internațional privat).

codici di procedura civile austriaco⁹ e portoghese¹⁰, così come nelle legislazioni di alcuni Stati extraeuropei¹¹.

Sul piano giurisprudenziale, poi, la possibilità di fondare la giurisdizione dei giudici del foro sull'assenza di altri tribunali competenti a conoscere della fattispecie è largamente ammessa nell'ordinamento francese, attraverso la figura del *déni de justice*¹², e in quello lussemburghese¹³; così come nell'ordinamento tedesco¹⁴ e in quello spagnolo¹⁵. Nell'ordinamento italiano, pur in mancanza di disposizioni espresse, la dottrina sembra orientata nel medesimo senso¹⁶. Quanto alla giurisprudenza, la Corte di cassazione, in una recente sentenza¹⁷, ha considerato la possibilità di fondare la giurisdizione del giudice italiano a titolo di *forum necessitatis* come una clausola di chiusura del sistema. Secondo la Corte, in particolare, le norme italiane in materia di giurisdizione dovrebbero essere lette alla luce dell'articolo 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, affinché non ricorra l'ipotesi in cui, non sussistendo la giurisdizione del giudice italiano, non risulti neppure la giurisdizione di alcun giudice straniero e al singolo venga dunque negata la tutela giurisdizionale.

3. La possibilità di fondare la giurisdizione dei tribunali del foro sull'esigenza di garantire al singolo, in mancanza di altri tribunali competenti, una tutela giurisdizionale effettiva viene concepita nei paesi di *civil law* come eccezionale. Si tratta infatti di uno strumento correttivo di sistemi fondati su criteri di giurisdizione predeterminati e non flessibili, e che tende pertanto ad intervenire solamente in situazioni patologiche caratterizzate dal sorgere di conflitti negativi di giurisdizione.

Un discorso differente va invece fatto in relazione agli ordinamenti di *common law*, nei quali è tradizionalmente lasciato più spazio alla discrezionalità del giudice. Per rimanere in ambito europeo, nell'ordinamento inglese le norme in materia di giurisdizione rispondono essenzialmente a due meccanismi che dipendono dalla presenza o meno del convenuto sul territorio dello Stato. Nella prima ipotesi, la giurisdizione dei tribunali inglesi sorge automaticamente; nella seconda, detti tribunali sono competenti a conoscere di controversie che coinvolgano un convenuto non presente sul territorio dello Stato solo se l'attore ha ottenuto un'autorizzazione a notificare il *writ* al di fuori del territorio nazionale.

Ora, in entrambe le ipotesi, si attribuisce al giudice un certo margine di discrezionalità relativamente all'esercizio della propria giurisdizione. Nell'ipotesi in cui la giurisdizione sorga automaticamente, infatti, attraverso la dottrina del *forum non conveniens* il giudice avrà la facoltà di non esercitare la propria competenza nelle ipotesi nelle quali non lo ritenga opportuno. Quanto ai criteri di giurisdizione "non automatici", ossia relativi alle ipotesi di mancata presenza del convenuto sul territorio dello Stato,

⁹ § 28 Gesetz vom 1.8.1895, RGBl 110, betreffend die Einführung des Gesetzes über die Ausübung der Gerichtsbarkeit und die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte in bürgerlichen Rechtssachen (Jurisdiktionsnorm – EGJN).

¹⁰ Art. 65. 1 lett. d del Código de Proceso Civil.

¹¹ A titolo di esempio si possono citare l'art. 3136 del Code civil del Québec e l'art. 565 de codice di procedura civile messicano. Sul *forum necessitatis* nell'ordinamento messicano e in convenzioni interamericane, nonché in Convenzioni concluse tra il Messico e Stati terzi v. M. RÁBAGO DORBECKER, "El acceso a la justicia en casos de litigio internacional: foro de necesidad, asistencia judicial gratuita y cautio iudicatum solvi", consultabile al sito: <http://www.ijj.derecho.ucr.ac.cr/archivos/documentacion/inv%20otras%20entidades/UNAM/ijj/ponencias%20300104/mesa10/258s.pdf>.

¹² V. per tutti L. CORBION, *Le déni...*; A. MOURRE, "Diritto di accesso alla giustizia ed ordine pubblico internazionale: spunti di riflessione sul *forum necessitatis* in materia arbitrale", *Riv. arb.*, 2002, pp. 25-43, p. 32 ss.

¹³ In questo senso v. V. RÉTORNAZ/B. VOLDERS, "Le for de nécessité: tableau comparatif et évolutif", *RCDIP*, 2008, pp. 225-261, p. 229.

¹⁴ V. per tutti T. PFEIFFER, *Internationale Zuständigkeit und prozessuale Gerechtigkeit*, Frankfurt am Main, 1995, p. 451 ss.

¹⁵ V. per tutti A. L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZALEZ, *Derecho Internacional Privado*, 10ª ed., vol. I, Granada, 2009, p. 127 ss.

¹⁶ P. BIAVATI, "Deroghe alla giurisdizione statale e fungibilità dei sistemi giudiziari", *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2009, pp. 523-550, p. 541 ss.; R. MARTINO, "Rinvio alla competenza territoriale e fori esorbitanti", in R. MARTINO (a cura di), *La giurisdizione nell'esperienza giurisprudenziale contemporanea*, Milano, 2008, pp. 43-74, p. 65 ss.

¹⁷ Corte di cassazione, Sezioni Unite, 17.7.2008, n. 19595, *Diritto marittimo*, 2009, p. 144.

essi prevedono che il giudice possa (e quindi non sia obbligato a) concedere l'autorizzazione a notificare il *writ* se ritiene che sia necessario e opportuno esercitare la propria giurisdizione nel caso concreto (dottrina del *forum conveniens*)¹⁸.

In un sistema di questo genere, è evidente che le esigenze sottostanti il *forum necessitatis* sono già soddisfatte dalla possibilità per il giudice di decidere, sulla base di una valutazione discrezionale, l'opportunità dell'esercizio della propria giurisdizione. La figura del *forum conveniens*, in particolare, per alcuni aspetti risponde alla medesima logica sottostante il *forum necessitatis* dei paesi di *civil law*¹⁹.

2. Il *forum necessitatis* come strumento di tutela di interessi processuali.

4. La prima condizione richiesta affinché si possa fondare la giurisdizione dei tribunali del foro a titolo di *forum necessitatis* consiste nell'impossibilità di adire i tribunali di altri ordinamenti. La possibilità di rivolgersi alle autorità giurisdizionali di altri Stati impedisce infatti, in linea di principio, che si dia luogo a un diniego di giustizia.

La nozione di "impossibilità" va tuttavia precisata. Richiedere la prova dell'assoluta impossibilità di agire in giudizio davanti a qualsiasi tribunale significherebbe di fatto in molte ipotesi impedire il sorgere di un *forum necessitatis*, dal momento che la prova richiesta si rivelerebbe in concreto impossibile da fornire. Per legittimare l'esercizio della giurisdizione da parte delle autorità del foro sarà dunque in linea di principio sufficiente verificare che i tribunali che sulla base dei criteri di giurisdizione più comunemente utilizzati sarebbero competenti, in quanto appartenenti ad ordinamenti che presentano qualche legame con la fattispecie, sono invece privi di giurisdizione²⁰.

In secondo luogo, all'impossibilità derivante da motivi di diritto (si pensi all'ipotesi in cui il giudice adito si dichiara incompetente e non sussista la giurisdizione di altri tribunali) va equiparata l'impossibilità di fatto, che potrà a sua volta dipendere da eventi occasionali o dai caratteri dell'ordinamento nel quale il giudice competente secondo gli ordinari criteri di giurisdizione si colloca. Anche nella circostanza in cui sia possibile individuare un giudice competente, potrebbe in effetti in concreto rivelarsi impraticabile o troppo difficile rivolgersi a tale autorità. L'esempio tipico di impossibilità di fatto è rappresentato dalle situazioni di guerra e dalle relative conseguenze (si pensi all'ipotesi in cui, in conseguenza di una guerra, le vicende attinenti lo status di una persona non siano state iscritte nei registri di stato civile e dunque sia impossibile rivolgersi alle autorità giurisdizionali dello Stato nel quale i registri sono stati redatti²¹), ma tale condizione si potrà verificare anche quando siano richieste misure

¹⁸ Sul punto v. ampiamente C. CHALAS, *L'exercice discrétionnaire de la compétence juridictionnelle en droit international privé*, Tome I, Aix-en-Provence, 2000, spec. p.129 ss., la quale mette in luce come, mentre la dottrina del *forum non conveniens*, essendo relativa all'attribuzione automatica di giurisdizione ai giudici inglesi, non metta in questione tale giurisdizione, bensì riguardi solo il suo esercizio, la dottrina del *forum conveniens*, proprio per il carattere eccezionale dell'esercizio della competenza in tali ipotesi, sia un meccanismo che mette in questione l'esistenza stessa della giurisdizione dei giudici del foro.

¹⁹ In questo senso v. P. BIAVATI, "Deroghe alla giurisdizione"..., p. 547; C. CHALAS, *L'exercice discrétionnaire...*, p. 376, la quale, pur mettendo in luce la differenza tra *forum necessitatis* e *forum conveniens* (consistente nel fatto che il primo interviene in ipotesi di conflitti negativi di giurisdizione, mentre il secondo garantisce l'individuazione del tribunale più appropriato nelle ipotesi di conflitti positivi di giurisdizione), fa riferimento a una sentenza della Court of Appeal nella quale una clausola attributiva di competenza ai tribunali spagnoli è stata dichiarata nulla in quanto la controversia presentava un legame di prossimità con l'Inghilterra e la legge spagnola non conteneva disposizioni che consentissero ai tribunali di detto Stato di pronunciare un'*injunction* (Tomo I, p. 176 s.). Sulla distinzione tra *forum conveniens* e *forum necessitatis* v. anche P. FRANZINA, "Sul *forum necessitatis* nello spazio giudiziario europeo", *RDI*, 2009, pp. 1121-1129, p. 1123, il quale sottolinea come il primo presupponga l'esistenza di un nesso spaziale tra il giudice e la lite e miri a correggere le implicazioni che ne discendono, mentre il secondo non interferisca con le norme sulla giurisdizione fondate su una logica localizzatrice, bensì si limiti ad affiancarle integrandone l'operare.

²⁰ Sul punto v. V. RÉTORNAZ/B. VOLDERS, "Le for de nécessité"..., p. 233.

²¹ Ipotesi di questo genere sono state oggetto, tra le altre, della sentenza del Tribunale di Nancy del 26 ottobre 1943 (in *RCDIP*, 1947, p. 97), relativa a una dichiarazione di morte di un soggetto deceduto durante la guerra civile spagnola e della cui morte non esisteva traccia nei registri di stato civile, e della sentenza della Cour d'appel di Montpellier del 26 ottobre 1955 (*RCDIP* 1956, p. 487), relativa a una minore nata in un campo di concentramento e la cui nascita non risultava da alcun registro.

di urgenza e motivi di tempo non consentano di rivolgersi al giudice che sarebbe competente secondo gli ordinari criteri di giurisdizione, o quando l'azione dinanzi ai tribunali competenti abbia un costo²² o una durata eccessivi.

A tali ipotesi la dottrina²³ equipara quella nella quale una sentenza straniera non sia riconoscibile nel foro in quanto priva dei requisiti essenziali per poter essere considerata un atto giurisdizionale (e dunque ad esempio non sia resa da un giudice imparziale) o perché priva di forza esecutiva nello Stato di origine²⁴. In circostanze di tal genere, l'impossibilità di riconoscere la sentenza fonderà la competenza dei tribunali dello Stato richiesto a pronunciarsi sulla fattispecie in questione.

5. Il foro di necessità così come finora descritto costituisce uno strumento di tutela degli interessi processuali del singolo, al quale viene garantito il diritto di rivolgersi a un giudice, indipendentemente da considerazioni relative all'esito che il procedimento potrà avere nei suoi confronti. Da un'analisi più approfondita dell'istituto, tuttavia, emerge con chiarezza come i profili processuali siano in realtà strettamente legati a profili di tutela di interessi sostanziali, e come i due aspetti ora citati siano difficilmente distinguibili in modo netto²⁵.

In effetti, nella misura in cui si consente che la competenza dei giudici del foro a titolo eccezionale sorga non solo nelle ipotesi nelle quali risulti impossibile adire i giudici di un altro ordinamento, ma anche quando un procedimento all'estero non possa essere ragionevolmente preteso, si insinuano nella valutazione dei presupposti per il sorgere di un *forum necessitatis* considerazioni attinenti gli interessi materiali che il foro intende tutelare. In tali circostanze, la valutazione dell'inesistenza di un foro competente tende a perdere peso rispetto al ruolo attribuito dal foro alla tutela di tali interessi.

A titolo di illustrazione di tale sovrapposizione dei due profili può essere preso in esame un esempio citato dalla dottrina spagnola²⁶ con riferimento all'istituto dell'assenza. In materia di assenza, la giurisdizione dei tribunali spagnoli sussiste se l'ultimo domicilio dello scomparso era situato in Spagna. Ora, nelle ipotesi in cui tale condizione non si verifichi, ma i parenti dello scomparso si trovino sul territorio spagnolo, la dottrina tende ad ammettere che si possa configurare un foro di necessità. È impensabile infatti che il legislatore spagnolo abbia voluto costringere dette persone ad adire i tribunali di uno Stato lontano nel quale risulti collocarsi l'ultimo domicilio dello scomparso o che li obblighi a ricercare all'infinito la collocazione del suo ultimo domicilio. In un'ipotesi di questo genere, è evidente che la volontà delle autorità spagnole di tutelare un interesse sostanziale (la possibilità di far dichiarare la scomparsa del soggetto, con tutte le conseguenze di ordine patrimoniale e personale che ne derivano) di soggetti presenti nel territorio del foro assume un peso preponderante rispetto alla valutazione dell'impossibilità di avere accesso a tribunali di altri ordinamenti.

²² Come nota L. CORBION, *Le déni...*, p. 199, nota 1, dalla sentenza *Pordéa* della Corte di cassazione francese (6 marzo 1999, *RCDIP*, 2000, p. 224) è possibile dedurre implicitamente il principio secondo il quale l'imposizione di una *cautio iudicatum solvi* eccessiva, rendendo troppo dispendioso il procedimento dinanzi al giudice competente, potrebbe fondare a titolo di *forum necessitatis* la giurisdizione dei tribunali di uno Stato che presenti un legame con la fattispecie.

²³ In questo senso v. L. CORBION, *Le déni...*, p. 206.

²⁴ Come nota L. CORBION, *Le déni...*, p. 209, tale circostanza va distinta da quella in cui la sentenza straniera, pur avendo forza esecutiva nello Stato di origine, non possa essere in concreto eseguita per ragioni di fatto o di diritto. La distinzione tra mancanza di forza esecutiva e impossibilità di fatto di dare esecuzione a una sentenza straniera è stata ribadita recentemente dalla Corte di giustizia (sentenza 28 aprile 2009, C-420/07, *Meletis Apostolides*, non ancora pubblicata) in una pronuncia relativa all'esecuzione di una sentenza nella zona della Repubblica di Cipro sulla quale il governo cipriota non esercita un controllo effettivo.

²⁵ In questo senso v. A. BURGSTALLER/M. NEUMAYR, "Beobachtungen zu Grenzfragen der internationalen Zuständigkeit: vom *forum non conveniens* bis Notzuständigkeit", in *Grenzüberschreitungen: Beiträge zum Internationalen Verfahrensrecht und zur Schiedsgerichtsbarkeit. Festschrift für Peter Schlosser zum 70. Geburtstag*, Tübingen, 2005, pp. 119-134, a p. 132; P. FRANZINA, "Sul *forum necessitatis*" ..., p. 1123 ss.

²⁶ Sul punto v. J. RODRÍGUEZ RODRIGO, "Crisis matrimoniales y foro de necesidad, en relación con la sentencia núm. 166/2003", in A. L. CALVO CARAVACA/E. CASTELLANOS RUIZ (coord.), *El derecho de familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales*, Madrid, 2004, pp. 705-720, p. 713.

3. Il *forum necessitatis* come strumento di tutela di interessi sostanziali.

6. Le considerazioni ora svolte e la crescente importanza assunta dalla tutela dei diritti fondamentali anche nell'ambito della disciplina dei rapporti privati transnazionali fanno emergere l'eventualità che lo strumento del *forum necessitatis* possa trovare applicazione non solo nelle ipotesi nelle quali sia impossibile o non si possa ragionevolmente pretendere un procedimento all'estero, ma anche nella circostanza in cui detto procedimento, pur possibile, sia destinato a concludersi con un rigetto delle pretese dell'attore.

Tale eventualità è ammessa da una parte della dottrina²⁷, mentre l'orientamento della giurisprudenza degli ordinamenti europei è piuttosto oscillante.

Così, la giurisprudenza francese, dopo aver assunto un orientamento negativo nella sentenza *Massimo*, del 1959²⁸, in alcune pronunce meno risalenti ha accolto una lettura del *forum necessitatis* particolarmente ampia.

Nella sentenza *Massimo*, in effetti, la Cour d'appel di Parigi nega che la competenza dei tribunali francesi in materia di divorzio si possa fondare sull'irricevibilità della domanda in Italia, Stato la cui legislazione all'epoca non ammetteva il divorzio. L'impossibilità di vedersi riconosciuto il diritto sostanziale a riottenere lo stato libero non è dunque considerata rilevante, essendo al contrario essenziale affinché sorga la competenza dei tribunali francesi esclusivamente l'impossibilità (di fatto o di diritto) di rivolgersi ai giudici di un altro ordinamento.

Al contrario, l'importanza della tutela degli interessi sostanziali del singolo viene in rilievo, anche se indirettamente, nelle sentenze *Halphen*²⁹ e *Société la Boissière Beauchamp*³⁰, relative peraltro entrambe alla Convenzione di Bruxelles del 1968.

La prima concerneva la vicenda degli eredi di un soggetto al quale, durante la guerra, era stato requisito un quadro di Odilon Redon, i quali, dinanzi ai giudici francesi, chiedevano la restituzione del quadro a una cittadina olandese domiciliata in Olanda. Sulla base dell'articolo 2 della Convenzione di Bruxelles del 1968, quest'ultima eccepiva l'incompetenza dei giudici aditi a favore di quella dei giudici olandesi, in quanto autorità giurisdizionali del suo Stato di domicilio. Gli attori, tuttavia, sostenevano che la giurisdizione dei giudici francesi potesse fondarsi su un rischio di *déni de justice* dovuto al fatto che la legislazione olandese sulle spoliazioni si fondava su criteri molto più restrittivi di quelli previsti dal diritto francese. Ora, il Tribunal de grande instance di Parigi, nega che tale rischio sussista nel caso di specie, in quanto "malgré cette différence de législation, une protection sérieuse en faveur des spoliés existant en Hollande, les consorts Halphen ne peuvent se dire exposés à un déni de justice, au cas où la compétence du juge hollandais serait admise". Così argomentando, tuttavia, esso ammette implicitamente che, nell'ipotesi in cui la tutela di coloro che hanno subito uno spoglio non sia "sérieuse" nell'ordinamento competente secondo gli ordinari criteri di giurisdizione, si possa invocare la giurisdizione dei giudici francesi a titolo di *forum necessitatis*³¹.

Ancora più chiara nell'affermare tale principio è la sentenza *Société Boissière Beauchamp*, relativa anch'essa a un'ipotesi di spoglio avvenuto durante il secondo conflitto mondiale. La Cour de cassation, pur negando che si fosse in presenza di un rischio di diniego di giustizia, afferma infatti espressamente che tale eventualità si verifica allorquando "la demande est vouée à un échec certain devant le juge étranger si elle heurte les conceptions les plus fondamentales de son ordre juridique".

Secondo l'orientamento della giurisprudenza da ultimo citata, la competenza delle autorità del foro a titolo di *forum necessitatis* potrebbe dunque sorgere non solo nel caso di conflitti negativi di giurisdizione, bensì anche quando un giudice competente sia identificabile, ma l'interesse sostanziale dell'attore non sia suscettibile di trovare soddisfazione in un procedimento dinanzi ad esso.

²⁷ In questo senso v. A. BURGSTALLER/M. NEUMAYR, "Beobachtungen zu Grenzfragen"..., p. 132; L. CORBION, *Le déni*..., p. 204.

²⁸ Cour d'appel de Paris, 10.11.1959, *RCDIP*, 1960, p. 218.

²⁹ Tribunal de grande instance de Paris, 16.12.1974, *RCDIP*, 1974, p. 696.

³⁰ Cour de cassation, 3.2.1987, *RCDIP*, 1987, p. 617.

³¹ In questo senso v. il commento di P.-Y. GAUTIER alla sentenza della Cour de cassation, 3.2.1987 (*RCDIP*, 1987, pp. 620-631, p. 628).

Ora, una simile eventualità si verificherà con una certa frequenza quando a venire in considerazione siano istituti non conosciuti da tutti gli ordinamenti, come - soprattutto in passato - il divorzio, e oggi le nuove forme di unione matrimoniale o non matrimoniale, quali le *partnerships* registrate e i matrimoni tra persone dello stesso sesso³². In tali ipotesi, qualsiasi pretesa attinente l'istituto in questione non potrà trovare accoglimento presso i tribunali degli Stati nei quali l'istituto non è previsto. Non è dunque un caso che i legislatori di alcuni degli ordinamenti che ammettono tali nuove forme di unione abbiano previsto che, qualora l'azione per lo scioglimento dell'unione in questione non si possa proporre dinanzi ai tribunali di altri Stati, la giurisdizione spetti ai tribunali del foro a titolo di *forum necessitatis*³³.

Quanto alla giurisprudenza, una vicenda relativa a un'istituzione sconosciuta all'ordinamento i cui giudici sarebbero stati competenti a conoscere della fattispecie è stata oggetto di una sentenza dell'*Obergericht* del Cantone di *Aargau* (Svizzera)³⁴. Il caso riguardava una cittadina della Repubblica ceca, non domiciliata in Svizzera, che intendeva sposare un cittadino svizzero ivi domiciliato. Dal momento che la donna aveva pochi mesi prima ottenuto il divorzio dal precedente marito, per poter contrarre nuovo matrimonio in Svizzera si rendeva necessaria un'autorizzazione ad abbreviare il periodo di 300 giorni che, secondo il diritto svizzero, doveva intercorrere tra il divorzio e il nuovo matrimonio (*Frauenwartefrist*). Poiché, tuttavia, tale istituto era sconosciuto al diritto ceco, il riconoscimento di una simile pretesa da parte dei giudici di tale Stato si rivelava impossibile. Nonostante dunque la competenza di tali ultimi giudici in materia matrimoniale sussistesse, alla donna veniva concesso di radicare il procedimento dinanzi ai giudici svizzeri per consentirle di vedersi riconosciuto un diritto che, in caso di applicazione degli ordinari criteri di giurisdizione, le sarebbe stato sicuramente negato.

4. Il legame con l'ordinamento del foro

7. Accanto alle condizioni sopra enunciate, perché sia possibile affermare la giurisdizione delle autorità del foro a titolo di foro di necessità è necessario che tra la fattispecie in oggetto e l'ordinamento del foro sussista un certo legame.

Anche tale presupposto costituisce una manifestazione, sotto certi aspetti, dell'intrecciarsi, nel foro di necessità, di considerazioni di carattere processuale e di preoccupazioni di carattere sostanziale.

In effetti, l'interesse del foro ad affermare la competenza dei propri giudici al fine di scongiurare il rischio di un diniego di giustizia è direttamente proporzionale alla vicinanza della fattispecie rispetto all'ordinamento del foro stesso: quanto più essa interessi soggetti, prestazioni, beni che si collocano all'interno dello Stato, tanto più per lo Stato sarà intollerabile che rimanga sprovvista di tutela giurisdizionale. Il *forum necessitatis* non prescinde dunque totalmente da considerazioni attinenti la localizzazione della fattispecie³⁵, ma - a differenza dei criteri di giurisdizione ordinari, che su tale localizzazione si fondano - utilizza il collegamento spaziale come parametro di valutazione dell'interesse di un ordinamento ad affermare in via eccezionale la propria giurisdizione.

³² Un problema simile si pone in relazione al transessualismo e al mancato riconoscimento, da parte di alcuni ordinamenti, del diritto al cambiamento di sesso e alla conseguente rettificazione dei registri di stato civile. Sul punto v. G. ROSSOLILLO, *Identità personale e diritto internazionale privato*, Padova, 2009, p. 73 ss., 89 ss e 92 ss.

³³ Disposizioni di tal genere sono previste ad esempio dalla legge svizzera di diritto internazionale privato in materia di scioglimento delle *partnerships* registrate (art. 65b: "se i partner non sono domiciliati in Svizzera e nessuno dei due è cittadino svizzero, per le azioni o le istanze concernenti lo scioglimento dell'unione domestica registrata sono competenti i tribunali svizzeri del luogo di registrazione, sempreché sia impossibile proporre l'azione o l'istanza nel domicilio di uno dei partner o non lo si possa ragionevolmente pretendere"), e nei Civil Partnerships Acts inglese (Sec. 221 e 222), scozzese del 2004 (Sec. 225) e dell'Irlanda del Nord (Sec. 229 e 230). Una disposizione differente è invece contenuta nel codice di procedura civile olandese, che all'art. 4(4) estende la giurisdizione dei giudici olandesi allo scioglimento di tutte le *partnerships* registrate in Olanda. Sul punto v. I. CURRY-SUMMER, "Private International Law Aspects of Homosexual Couples: The Netherlands Report", *Electronic Journal of Comparative Law*, consultabile all'indirizzo: <http://www.ejcl.org>.

³⁴ Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Aargau, 27.9.1995, *Revue de l'état civil*, 1996, p. 393.

³⁵ Sul punto v. P. FRANZINA, "Sul *forum necessitatis*"..., p. 1124.

Quanto al tipo di legame richiesto, la generalità delle legislazioni nazionali che prevedono l'istituto del *forum necessitatis*, così come il regolamento 4/2009 in materia alimentare e il Libro verde sulla revisione del regolamento 44/2001, si limita a richiedere la sussistenza di uno stretto legame³⁶.

8. Così, la giurisprudenza ha considerato legami sufficienti a fondare un foro di necessità la cittadinanza o il domicilio o la residenza di una delle parti³⁷, o addirittura legami molto più labili.

In quest'ultima direzione si è orientata la Cour de Cassation francese in una sentenza del febbraio del 2005³⁸. La vicenda riguardava un accordo di partecipazione per la costruzione e la manutenzione di un acquedotto tra la Compagnia petrolifera nazionale iraniana (NIOC) e lo Stato di Israele, accordo nel quale si prevedeva espressamente che qualunque controversia fosse insorta tra le parti relativamente all'interpretazione o all'esecuzione dell'accordo medesimo sarebbe stata sottoposta ad arbitrato, e che gli arbitri sarebbero stati nominati di comune accordo tra le parti. In mancanza di accordo, il terzo arbitro sarebbe stato nominato dalla Camera di Commercio Internazionale di Parigi.

Quando, tuttavia, la Nioc notificava allo Stato di Israele la propria intenzione di ricorrere alla procedura arbitrale, Israele si rifiutava di nominare il proprio arbitro: secondo una normativa israeliana del 1977, infatti, era fatto divieto chiunque di avere contatti con organizzazioni o Stati nemici, tra i quali rientrava l'Iran.

Ora, nonostante la competenza dei tribunali francesi sussista normalmente solo per gli arbitrati localizzati in Francia o sottoposti alla legge francese, la Cour de cassation ritiene che detta giurisdizione possa fondarsi sul fatto che vi era il rischio di un diniego di giustizia (i tribunali israeliani si sarebbero infatti rifiutati di nominare l'arbitro in questione e i tribunali iraniani avevano già dichiarato la propria incompetenza) e sussisteva un legame tra la fattispecie e l'ordinamento francese dato dalla circostanza che, in mancanza di accordo tra le parti, il terzo arbitro sarebbe stato nominato dal rappresentante legale della Camera di commercio internazionale di Parigi.

Come è stato messo in luce³⁹, si trattava tuttavia di un nesso molto tenue, dato che la sede dell'arbitrato non era localizzata in Francia, che alla fattispecie non era applicabile la legge francese, che nessuna delle parti aveva collegamenti con la Francia e in tale Paese il contratto non era stato sottoscritto, né doveva essere eseguito⁴⁰.

Va peraltro notato, che la difficoltà di individuare i legami con il foro che rendano legittimo il sorgere di un foro di necessità è strettamente dipendente da un lato dal fatto che la valutazione della rilevanza di tale legame è connessa a considerazioni attinenti il caso concreto, dall'altro dalla circostanza che detta valutazione sarà influenzata anche dalla sensibilità dell'ordinamento del foro alla violazione di un diritto fondamentale quale quello di accesso alla giustizia. Da questo punto di vista, come ha messo in luce la dottrina⁴¹, la sensibilità sviluppatasi all'interno degli ordinamenti dei Paesi europei per quanto concerne la violazione dei diritti fondamentali, dovuta anche alla sempre maggiore attenzione nei confronti della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, potrebbe portare, nelle ipotesi in

³⁶ Il codice di procedura civile olandese costituisce a questo proposito un'eccezione: un legame con i Paesi Bassi è infatti richiesto solo in caso di "irragionevolezza" della domanda all'estero. Sul punto v. V. RÉTORNAZ/B. VOLDERS, "Le for de nécessité"..., p. 236.

³⁷ Per un esame della giurisprudenza dei vari Paesi sul punto v. V. RÉTORNAZ/B. VOLDERS, "Le for de nécessité"..., p. 235 ss.

³⁸ Cour de cassation, 1.2.2005, *Etat d'Israël/National Iranian Oil Company*, RCDIP, 2006, p. 140. Per un commento alla sentenza della Cour d'appel di Parigi dell'8.11.2001, confermata poi dalla Cour de cassation, v. A. MOURRE, "Diritto di accesso alla giustizia"..., p. 25 ss.

³⁹ A. MOURRE, "Diritto di accesso alla giustizia"..., p. 38. L'andamento della giurisprudenza francese sul punto non è peraltro univoco. Nel 2003, infatti, la Cour d'appel di Parigi (Cour d'appel de Paris, 20.3.2003, *Jurisdata*, 2003-226721) riteneva che non vi fosse con la Francia un legame sufficiente a fondare un *forum necessitatis* in relazione a una controversia tra una società delle isole Cayman e un convenuto tunisino, nessuno dei quali domiciliato in Francia, relativa a uno spoglio avvenuto in Tunisia. Il solo legame con l'ordinamento francese era infatti costituito dal fatto che la sede dell'arbitrato che aveva deciso in un primo momento sulla controversia era in Francia. Sul punto v. V. RÉTORNAZ/B. VOLDERS, "Le for de nécessité"..., p. 239 s.

⁴⁰ Nel senso di ritenere sufficiente l'esistenza nel foro degli interessi di una delle parti o della residenza di una delle parti o la necessità di eseguire nel foro una certa prestazione v. L. CORBION, *Le déni*..., p. 199.

⁴¹ In questo senso v. A. MOURRE, "Diritto di accesso alla giustizia"..., p. 36 ss.

cui la violazione dei diritti fondamentali si prospetti come particolarmente grave, a ritenere sufficienti, ai fini del sorgere della giurisdizione dei tribunali del foro, anche legami che per regola sarebbero assolutamente inidonei a fondare tale giurisdizione⁴².

II. Esigenze di tutela del singolo ed interpretazione estensiva dei criteri di giurisdizione del foro.

9. Se la necessità di garantire il diritto a una tutela giurisdizionale effettiva può condurre le autorità giurisdizionali di uno Stato ad affermare la propria competenza in relazione a una controversia che abbia qualche legame con il foro nelle ipotesi in cui detta competenza, secondo i criteri di giurisdizione normalmente applicabili, non sussisterebbe, a maggior ragione essa può portare ad affermare la giurisdizione di detti tribunali allorché un collegamento con il foro atto a fondare un criterio di giurisdizione sussista, ma esso, sulla base dei canoni interpretativi ordinariamente applicati, non sia utilizzabile.

In dette ipotesi, le medesime esigenze che possono fondare la giurisdizione dei tribunali del foro a titolo di *forum necessitatis* consentono di interpretare in modo estensivo i criteri di giurisdizione del foro, al fine di farvi rientrare una fattispecie in relazione alla quale sussista il rischio di un diniego di giustizia. In altre parole, la volontà di evitare che si dia luogo a una violazione del diritto a un equo processo conduce non all'elaborazione di un criterio di giurisdizione di carattere eccezionale, bensì a un'interpretazione estensiva di criteri di giurisdizione già esistenti.

La tecnica ora illustrata è stata utilizzata dalla giurisprudenza svizzera nell'interpretazione del criterio di giurisdizione del domicilio. Detta giurisprudenza ha teso infatti ad accogliere un'interpretazione quanto mai ampia della nozione di domicilio - atta ad includere anche i casi in cui sussisteva semplicemente la volontà dei soggetti del rapporto, domiciliati all'estero, di trasferire il proprio domicilio in Svizzera - nelle ipotesi nelle quali la mancanza di un domicilio sul territorio elvetico avrebbe rischiato di tradursi nell'impossibilità di far valere le proprie pretese davanti agli organi giurisdizionali di uno Stato.

La sentenza del *Bezirksgericht* di Muri dell'11 settembre 2001⁴³ rappresenta un'illustrazione molto chiara di questo modo di procedere. La vicenda riguardava un soggetto di cittadinanza thailandese, che aveva subito un'operazione di cambiamento di sesso in Thailandia e che intendeva sposare un cittadino elvetico e vivere con quest'ultimo in Svizzera. Ai fini della celebrazione del matrimonio, era necessario che il cambiamento di sesso fosse trascritto nei registri di stato civile, trascrizione che l'ordinamento thailandese non ammetteva. Secondo gli ordinari criteri di competenza giurisdizionale, tuttavia, le autorità svizzere non potevano intervenire, essendo loro attribuita giurisdizione in materia di "rapporti di diritto delle persone" solo in relazione ai soggetti domiciliati in Svizzera.

Ora, dal momento che la giurisdizione dei tribunali thailandesi sussisteva, ma essi avrebbero respinto la richiesta di trascrizione del cambiamento di sesso del soggetto in questione, il *Bezirksgericht* di Muri ritiene che si sia in presenza di un rischio di diniego di giustizia e di violazione degli artt. 8 e 12 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, e che dunque la giurisdizione dei tribunali elvetici si possa fondare sull'art. 3 LDIP (*forum necessitatis*). La competenza dei tribunali elvetici, in particolare, poteva trovare fondamento, secondo il tribunale, nella circostanza che il soggetto del cui cambiamento di sesso si trattava aveva espressamente manifestato la propria volontà di trasferire il proprio domicilio in Svizzera e che dunque, come affermato dal Tribunale federale in una vicenda relativa al cognome coniugale⁴⁴, egli poteva essere considerato ivi domiciliato.

10. Ipotesi quali quelle ora descritte presentano molti elementi in comune con figura del *forum conveniens*. Un vero e proprio conflitto negativo di giurisdizione, infatti non sussiste, e si è in presenza piuttosto di una fattispecie che presenta legami atti a fondare un titolo di giurisdizione sia con un ordina-

⁴² Tale affermazione è peraltro smentita dall'atteggiamento tenuto da alcune corti. Per un esempio relativo a un'ipotesi di atti di tortura, e dunque di violazione particolarmente grave dei diritti fondamentali, in relazione alla quale il Tribunale federale svizzero ha ritenuto che la controversia non presentasse un legame sufficiente con l'ordinamento elvetico e dunque la giurisdizione dei tribunali svizzeri non potesse essere affermata v. Tribunal fédéral, 22.5.2007, 4C 379/2006, non pubblicata.

⁴³ *Bezirksgericht Muri*, 11.9.2001, *Revue de l'état civil*, 2003, p. 39.

⁴⁴ Tribunal fédéral, 26.4.1990, ATF 116 II, p. 202.

mento straniero che con il foro, ma in relazione alla quale il prevalere della giurisdizione delle autorità straniere rischierebbe di condurre all'impossibilità per l'attore di soddisfare la propria esigenza di tutela.

La prossimità tra le due figure può essere illustrata facendo riferimento a una pronuncia della Court of Appeal inglese⁴⁵ concernente la materia matrimoniale, e in particolare i criteri di giurisdizione previsti dal regolamento 1347/2000 (oggi sostituito dal regolamento 2201/2003). La pronuncia era relativa alla vicenda di una donna, di nazionalità nigeriana, sposata (*customary marriage*) con un cittadino nigeriano e che risiedeva illegalmente nel Regno Unito. Nel 2000 la donna presentava domanda di divorzio dinanzi ai tribunali inglesi, in quanto giudici dello Stato della propria residenza abituale, come disposto dal regolamento 1347/2000. Secondo un orientamento costante dei tribunali inglesi, tuttavia, la presenza illegale di un soggetto sul territorio dello Stato non può fondare la residenza abituale di questo nel medesimo territorio. In linea teorica, dunque, la giurisdizione dei tribunali inglesi relativamente al procedimento di divorzio della donna non sussisteva.

Poiché tuttavia un procedimento di divorzio dinanzi ai tribunali nigeriani, competenti nel caso di specie, avrebbe impedito con certezza alla donna di godere in futuro di una certa indipendenza economica, la Court of Appeal ritiene che l'Inghilterra costituisca l'*appropriate forum* per la controversia in questione.

La pronuncia ora citata presenta un certo interesse ai nostri fini non solo perché mette in luce come in ipotesi di questo genere le esigenze sottostanti il *forum necessitatis* e il *forum conveniens* siano sostanzialmente coincidenti, ma anche perché concerne un'ipotesi rientrante nell'ambito di applicazione del regolamento 1347/2000 in materia matrimoniale. Essa pone in rilievo dunque il problema - del quale tratteremo nei paragrafi successivi - del rapporto tra flessibilità dei criteri di giurisdizione implicita negli istituti del *forum necessitatis* e del *forum conveniens* e regolamenti dell'Unione europea relativi alla cooperazione giudiziaria in materia civile.

III. *Forum necessitatis* e regolamenti in materia di diritto processuale civile internazionale.

1. Il *forum necessitatis* nei rapporti tra Stati membri e Stati terzi.

11. La Corte di giustizia dell'Unione europea non si è mai pronunciata sulla possibilità di utilizzare la figura del *forum necessitatis* nell'ambito dei regolamenti dell'Unione europea relativi alla cooperazione giudiziaria in materia civile. Essa si è però espressa in senso negativo quanto alla possibilità per i giudici degli Stati membri di utilizzare l'istituto del *forum non conveniens* a favore di giurisdizioni di Stati terzi. Il riferimento è alla celebre sentenza *Owusu*⁴⁶, relativa alla vicenda di un cittadino britannico che aveva subito un grave incidente durante una vacanza in Giamaica e alla controversia in materia di responsabilità che ne conseguiva. Di fronte alla possibilità, prospettata dai giudici inglesi, di declinare la propria giurisdizione a favore dei tribunali giamaicani, ritenuti foro più "vicino" alla controversia e dunque più idoneo a decidere, la Corte ha affermato in modo netto l'impossibilità di utilizzare un simile strumento nei rapporti tra Stati membri e Stati terzi, in quanto "l'art. 2 della Convenzione di Bruxelles ha carattere imperativo e ... la norma di principio che esso prevede è derogabile solo in casi espressamente previsti dalla Convenzione medesima". Inoltre, "l'applicazione della teoria del *forum non conveniens*, che lascia un ampio margine di discrezionalità al giudice adito quanto alla questione se un foro straniero sia maggiormente idoneo a pronunciarsi sul merito di una controversia è tale da pregiudicare la prevedibilità delle norme sulla competenza previste dalla Convenzione di Bruxelles, in particolare di quella di cui all'art. 2 e, conseguentemente, il principio di certezza del diritto, quale fondamento della Convenzione medesima".

12. Le argomentazioni fondate sulla necessità di garantire la prevedibilità dei criteri di giurisdizione utilizzate dalla Corte per escludere l'applicabilità del *forum non conveniens* nell'ambito della Convenzione di Bruxelles (e oggi del regolamento 44/2001) possono ritenersi valide anche quando si discuta dell'applicabilità, nell'ambito dei medesimi strumenti, della figura del *forum necessitatis*. An-

⁴⁵ England & Waes Court of Appeal (Civil Division), *Mark v. Mark* [2004] EWCA Civ 168 (19.2.2004).

⁴⁶ Sentenza 1.3.2005, C-281/02, *Owusu*, *Raccolta*, 2005, p. I-1383.

che tale criterio di giurisdizione di carattere eccezionale introdurrebbe infatti nei regolamenti relativi alla cooperazione giudiziaria in materia civile un elemento di flessibilità e dunque di incertezza quanto all'individuazione del giudice competente⁴⁷.

Non va tuttavia dimenticato che, mentre la possibilità di dichiarare il giudice di uno Stato membro *forum non conveniens* a favore del giudice di uno Stato terzo in una controversia rientrante nell'ambito di applicazione di uno dei regolamenti dell'Unione relativi alla cooperazione giudiziaria in materia civile comporterebbe l'esclusione dall'ambito di operatività delle norme di diritto processuale civile internazionale dell'Unione europea di una situazione che con il territorio dell'Unione ha un legame e che, in ragione di tale legame, si è ritenuto opportuno sottoporre alla giurisdizione dei giudici di uno Stato membro, l'applicazione dell'istituto del *forum necessitatis* produrrebbe il risultato esattamente opposto. Una fattispecie che secondo quanto dispongono detti regolamenti sarebbe sottratta all'imperio delle disposizioni di diritto processuale civile internazionale dell'Unione europea perché inclusa nell'ambito della giurisdizione dei giudici di uno Stato terzo viene infatti assorbita nella sfera di competenza dei giudici di uno Stato membro per evitare che si dia luogo a un diniego di giustizia.

Nella prima ipotesi, dunque, agli svantaggi in termini di prevedibilità dei criteri di giurisdizione si aggiungono quelli derivanti dal trasferimento della controversia dallo spazio giudiziario europeo, nell'ambito del quale sono previste determinate garanzie processuali e sostanziali e un regime di libera circolazione delle decisioni, a un ambito esterno nel quale tali garanzie potrebbero non sussistere. Nella seconda, al contrario, l'elemento di incertezza citato viene compensato dalla necessità di garantire il diritto di accesso alla giustizia e dall'attrazione della controversia in questione in un ambito nel quale le suddette garanzie trovano pieno rispetto.

13. Le argomentazioni ora esposte sono oggi confermate dal fatto che disposizioni sul *forum necessitatis*, che consentono di attrarre nell'ambito di competenza dei giudici di uno Stato dell'Unione una fattispecie riconducibile alla giurisdizione di giudici di Stati terzi secondo gli ordinari criteri di giurisdizione, sono contenute sia nel regolamento 4/2009 in materia di obbligazioni alimentari, sia nel Libro verde sulla revisione del regolamento 44/2001 concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale. Prima di esaminarne il contenuto, va peraltro sottolineato che dette disposizioni, benché modellate sulle corrispondenti disposizioni nazionali che contemplano il foro di necessità, non sono perfettamente sovrapponibili a queste ultime. All'interno di un ordinamento nazionale, infatti, una volta accertata la necessità di intervenire per scongiurare il rischio di un diniego di giustizia, non avrà rilievo quale giudice sia in concreto competente a pronunciarsi sulla controversia, dal momento che per definizione tutti i giudici dello Stato applicheranno i medesimi principi e tuteleranno i medesimi diritti. Nell'ambito dell'Unione europea, invece, benché tra gli Stati membri vi sia una notevole coesione e convergenza di valori, la determinazione del legame che giustifica il sorgere della giurisdizione dei giudici di uno Stato membro e non di un altro a titolo di foro di necessità assumerà un rilievo maggiore, dal momento che tra i valori fatti propri dagli ordinamenti degli Stati membri non vi è una coincidenza assoluta.

Il regolamento 4/2009 è l'unico regolamento comunitario nel quale la possibilità di ricorrere al foro di necessità è prevista in modo espresso. Secondo quanto dispone l'art. 7 del regolamento 4/2009, infatti "qualora nessuna autorità giurisdizionale di uno Stato membro sia competente ai sensi degli articoli 3, 4, 5 e 6, in casi eccezionali le autorità giurisdizionali di uno Stato membro possono conoscere della controversia se un procedimento non può ragionevolmente essere intentato o svolto o si rivela impossibile in uno Stato terzo con il quale la controversia ha uno stretto collegamento. La controversia deve presentare un collegamento sufficiente con lo Stato membro dell'autorità giurisdizionale adita". Come chiarisce il considerando n. 16 del regolamento, ipotesi di questo genere si potrebbero verificare quando, a causa di una guerra civile, un procedimento si riveli impossibile nello Stato terzo interessato o quando non ci si possa ragionevolmente attendere che il richiedente introduca o prosegua un procedimento in tale Stato. Il regolamento sembra dunque concepire il *forum necessitatis* come strumento

⁴⁷ Come nota P.- Y. GAUTIER, Cour de cassation, 3.2.1987, *RCDIP*, 1987, p. 617 ss., p. 629, durante i lavori preparatori della Convenzione di Bruxelles un delegato tedesco aveva espressamente escluso che il *forum necessitatis* potesse trovare applicazione nell'ambito della Convenzione.

di tutela degli interessi processuali del singolo, che potrà proporre un'azione dinanzi ai giudici di uno Stato dell'Unione solo qualora sia impossibile proporre un'azione in uno Stato terzo, e non quando, pur essendo individuabile un'autorità giurisdizionale competente, il procedimento si concluderebbe con il rigetto delle pretese dell'attore.

Come già messo in luce, tuttavia, data la difficoltà di distinguere, nell'ambito dell'istituto in questione, i profili di diritto processuale da quelli di diritto sostanziale, è ipotizzabile che la competenza dei giudici dello Stato dell'Unione con il quale la controversia presenti un collegamento sorga anche nelle ipotesi nelle quali, pur essendo possibile, da un punto di vista formale, un'azione in uno Stato terzo, essa si riveli destinata a risolversi in un sostanziale diniego di giustizia⁴⁸.

Considerazioni simili possono essere svolte a proposito del Libro verde sulla revisione del regolamento 44/2001, nonché sulla proposta di modifica del medesimo regolamento del Gruppo europeo di diritto internazionale privato (GEDIP)⁴⁹.

Nell'ottica di garantire la parità di accesso alla giustizia sulla base di norme chiare e precise non solo ai convenuti, ma anche agli attori domiciliati negli Stati membri e dunque dell'introduzione di criteri di giurisdizione uniformi per quanto riguarda i procedimenti nei confronti di questi ultimi, il Libro verde e la proposta di modifica prevedono la possibilità di adire le autorità giurisdizionali degli Stati membri anche sulla base di elementi di localizzazione della fattispecie che non sarebbero in grado, in condizioni normali, di fondare la giurisdizione di dette autorità, nelle ipotesi nelle quali non sia possibile adire le autorità di Stati terzi e dunque si prospetti il rischio di un diniego di giustizia.

In particolare, mentre nel Libro verde si richiama la formulazione della norma sul *forum necessitatis* contenuta nel regolamento in materia di obbligazioni alimentari⁵⁰, la proposta del Gruppo europeo di diritto internazionale privato contempla una disposizione più articolata. Nella proposta di articolo 24 bis del regolamento si legge infatti che, allorché nessun giudice di uno Stato membro sia competente in virtù dei criteri di giurisdizione previsti dal regolamento 44/2001, la domanda può essere presentata dinanzi ai tribunali dello Stato membro con il quale essa presenta un legame sufficiente - ad esempio in ragione della presenza di beni sul suo territorio - se le esigenze attinenti l'equo processo lo richiedono. Si è in presenza di tali ultime esigenze quando il procedimento in uno Stato terzo si rivela impossibile, o non si può ragionevolmente esigere che la domanda sia presentata dinanzi a un giudice di uno Stato non membro, o se la decisione resa su tale domanda dal giudice di uno Stato non membro non può essere riconosciuta nello Stato del giudice adito e il riconoscimento è necessario al soddisfacimento effettivo dei diritti dell'attore.

Se le prime due ipotesi fanno riferimento ad esigenze di tutela di interessi di carattere processuale del singolo, la terza ipotesi sembra sottintendere l'utilizzabilità del *forum necessitatis* anche a fini di tutela di interessi di carattere sostanziale. Il riferimento al soddisfacimento effettivo dei diritti dell'attore potrebbe infatti far ritenere che la proposta faccia riferimento alla circostanza in cui la pretesa dell'attore, in mancanza di riconoscimento della sentenza, non possa essere soddisfatta.

14. Concepito in questi termini, e cioè come strumento in grado di attrarre nell'ambito della giurisdizione dei giudici di uno Stato membro fattispecie che sarebbero sottoposte alla giurisdizione di giudici di Stati terzi e volto a garantire l'effettività del diritto a un giudice, il *forum necessitatis* costituisce il riflesso processuale di un fenomeno già manifestatosi in atti dell'Unione europea relativi all'armonizzazione di norme di diritto sostanziale e di diritto internazionale privato. In effetti, esso è la manifestazione della medesima ottica unilaterale che emerge da alcune direttive in materia di tutela dei consumatori, e dall'art. 3.4⁵¹ del regolamento 593/2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (Roma

⁴⁸ In questo senso v. P. FRANZINA, "Sul *forum necessitatis*" ..., p. 1128.

⁴⁹ Groupe européen de droit international privé, Proposition de modification du règlement 44/2001 en vue de son application aux situations externes, Bergen 21.9.2008 (http://www.gedip-egpil.eu/documents/gedip_documents.html).

⁵⁰ Nota n. 4 del Libro verde.

⁵¹ "Qualora tutti gli altri elementi pertinenti alla situazione siano ubicati, nel momento in cui si opera la scelta, in uno o più Stati membri, la scelta di una legge applicabile diversa da quella di uno Stato membro ad opera delle parti fa salva l'applicazione delle disposizioni di diritto comunitario, se del caso, come applicate nello Stato membro del foro, alle quali non è permesso derogare convenzionalmente".

I)⁵². Si tratta di disposizioni che, in caso di scelta da parte dei contraenti della legge di uno Stato terzo in ipotesi nelle quali la fattispecie abbia uno stretto legame con il territorio dell'Unione europea, fanno salva l'applicazione delle disposizioni a tutela del consumatore previste dalle direttive in questione⁵³ o delle disposizioni di diritto comunitario alle quali non è possibile derogare convenzionalmente, nel caso del regolamento Roma I.

Ora, le norme citate, così come le disposizioni sul *forum necessitatis* contenute nel regolamento 4/2009 e nel Libro verde sulla modifica del regolamento 44/2001, costituiscono la diretta conseguenza del principio della fiducia reciproca tra Stati membri e della sempre maggiore coesione tra gli ordinamenti degli stessi. Nella misura in cui, infatti, si ritenga che le garanzie fornite dalle loro legislazioni si equivalgano⁵⁴ – anche in ragione della comune appartenenza alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo – gli ordinamenti degli Stati membri vengono concepiti come un tutt'uno nei confronti degli ordinamenti degli Stati terzi. I valori sostanziali e processuali comuni agli Stati membri, nella circostanza in cui vengano in considerazione fattispecie che a detti Stati sono collegate, non potranno pertanto essere intaccati né dalla scelta della legge di uno Stato terzo, né dall'attribuzione della giurisdizione alle autorità di uno Stato non membro dell'Unione europea⁵⁵.

2. Il *forum necessitatis* nei rapporti tra Stati membri dell'Unione europea.

15. Proprio per le ragioni ora illustrate, nei rapporti tra Stati membri dell'Unione europea il *forum necessitatis* assume una rilevanza senza dubbio minore, dal momento che, come sottolineato, si tratta di Stati i cui ordinamenti sono caratterizzati da una notevole coesione⁵⁶ e nell'ambito dei quali dunque, anche in virtù della comune appartenenza alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, le garanzie dell'equo processo e i diritti fondamentali di carattere sostanziale sono in linea di principio rispettati.

Per valutare la rilevanza del criterio del *forum necessitatis* nei rapporti interni all'Unione europea non è possibile in effetti prescindere da un lato dalla *ratio* e dai caratteri delle norme sulla giurisdizione contenute nei regolamenti 44/2001, 2201/2003 e 4/2009 qui in esame; dall'altro, dal principio della fiducia reciproca sul quale i rapporti tra Stati membri devono essere fondati.

Quanto al primo aspetto, va messo in luce che la previsione di norme comuni di diritto processuale civile internazionale, prima tramite convenzioni internazionali quali la Convenzione di Bruxelles del 1968 e oggi tramite regolamenti dell'Unione europea, comporta, almeno in linea teorica, l'impossibilità che si verifichino conflitti negativi di giurisdizione tra gli Stati membri. Questi ultimi, per quanto riguarda le fattispecie rientranti nell'ambito di applicazione dei suddetti regolamenti, perdono infatti il potere

⁵² Regolamento (CE) n. 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 giugno 2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (Roma I), G.U.U.E. L 177 del 4.7.2008, p. 6.

⁵³ V. art. 9 direttiva 94/47/CE concernente la tutela dell'acquirente per taluni aspetti dei contratti relativi all'acquisizione di un diritto di godimento a tempo parziale di beni immobili; art. 6, par. 2 direttiva 93/13/CE concernente le clausole abusive nei contratti con i consumatori; art. 12 direttiva 97/7/CE riguardante la protezione dei consumatori in materia di contratti a distanza; art. 7 direttiva 1999/44/CE su taluni aspetti della vendita e delle garanzie dei beni di consumo; art. 12 direttiva 2002/65/CE concernente la commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori.

⁵⁴ Come emerge dalla lettera delle disposizioni citate, e in particolare dall'art. 3.4 del Regolamento Roma I, equivalenza non è tuttavia sinonimo di coincidenza. Nell'articolo ora menzionato si contempla infatti espressamente l'ipotesi in cui le disposizioni di diritto comunitario alle quali non è consentito derogare convenzionalmente siano interpretate e applicate nei diversi Stati membri alla luce del diritto interno e dei criteri interpretativi dei singoli ordinamenti.

⁵⁵ Proprio per le ragioni ora illustrate, che mettono in luce, quanto ai rapporti tra Stati membri e Stati terzi, la compatibilità della *ratio* sottostante il foro di necessità con la logica dei regolamenti dell'Unione europea relativi alla cooperazione giudiziaria in materia civile, è ipotizzabile che l'esigenza di evitare un diniego di giustizia possa fin da ora giustificare un'interpretazione estensiva dei criteri di giurisdizione previsti dai regolamenti che ne consenta l'entrata in gioco anche in ipotesi che normalmente sarebbero sottratte al loro ambito di applicazione.

⁵⁶ In questo senso v. P. BIAVATI, "Deroghe alla giurisdizione"..., p. 538 ss., il quale nota come il *forum necessitatis* sia (inversamente) proporzionale alla fiducia tra Stati. Come nota P. FRANZINA, "Sul *forum necessitatis*"..., p. 1128 s., tuttavia, pur presupponendo una certa sfiducia nei confronti degli altri ordinamenti giuridici, il foro di necessità, proprio per il suo carattere eccezionale, non esprime un'idea di chiusura nei confronti di questi.

di determinare unilateralmente l'estensione della giurisdizione dei propri giudici a favore di un sistema di regole comuni che ha carattere "completo": per ogni fattispecie inclusa nel loro ambito di applicazione i regolamenti individuano un giudice competente⁵⁷, sicché non si potrà verificare la circostanza nella quale il giudice di nessuno Stato dell'Unione europea sia provvisto di giurisdizione.

16. Più complesso è invece determinare se, ai fini del sorgere della giurisdizione di uno Stato membro a titolo di foro di necessità, abbia rilevanza l'impossibilità *concreta* di adire i tribunali dello Stato membro che sarebbero competenti sulla base dei criteri di giurisdizione comuni; ossia se tale criterio di giurisdizione di carattere eccezionale sia utilizzabile anche nelle ipotesi in cui, pur sussistendo *in astratto* la giurisdizione di un'autorità, si riveli *in concreto* irragionevole che un soggetto si rivolga ad essa, o perché le circostanze lo impediscono (si pensi allo stato di guerra, ma anche dalla lontananza del tribunale competente) o per i caratteri del sistema giurisdizionale al quale il giudice in questione appartiene (costo eccessivo del procedimento, lunghezza dello stesso, e in generale mancato rispetto, nello Stato in questione, delle garanzie dell'equo processo)⁵⁸.

In assenza di pronunce della Corte di giustizia sul punto, è utile, al fine di individuare una possibile soluzione, richiamare due pronunce nelle quali la Corte si è soffermata sul rapporto tra diritti fondamentali e diritto processuale civile internazionale: la sentenza *Krombach*⁵⁹ e la sentenza *Gasser*⁶⁰.

Nella prima, la Corte ha considerato i principi dell'equo processo enunciati dall'articolo 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo come principi costitutivi di un ordine pubblico processuale invocabile per impedire il riconoscimento di una sentenza pronunciata dalle autorità di uno Stato membro, qualora nel procedimento conclusosi con la pronuncia in questione le garanzie summenzionate non siano state rispettate. Nella seconda, invece, essa ha negato che l'applicazione dell'articolo 21 della Convenzione di Bruxelles del 1968, secondo il quale, "qualora davanti ai giudici di Stati contraenti differenti e tra le stesse parti siano state proposte domande aventi il medesimo oggetto e il medesimo titolo, il giudice successivamente adito deve sospendere il procedimento finché sia stata accertata la competenza del giudice successivamente adito" potesse essere esclusa nell'ipotesi in cui il giudice preventivamente adito appartenesse a uno Stato nel quale i tempi di trattazione delle cause sono eccessivamente lunghi. Secondo la Corte, infatti, la possibilità di escludere l'applicazione di tale disposizione nuocerebbe al principio della certezza del diritto sul quale la Convenzione si fonda e sarebbe in contrasto con la fiducia che gli Stati contraenti accordano reciprocamente ai loro sistemi giuridici e alle loro istituzioni giudiziarie.

Ora, è proprio dal principio della fiducia reciproca che è necessario partire per definire il ruolo giocato dall'impossibilità di fatto di adire il giudice di uno Stato membro al fine del sorgere della giurisdizione dei giudici di un altro Stato dell'Unione a titolo di foro di necessità. Tale principio impedisce infatti - come emerge indirettamente dalla sentenza *Gasser* - che assumano rilievo, ai fini della costituzione di un foro di necessità, i caratteri del sistema giurisdizionale straniero nel quale il giudice si colloca. Dal momento che i regolamenti in materia di cooperazione giudiziaria civile si fondano sull'assunto che i sistemi giurisdizionali degli Stati dell'Unione forniscano garanzie equivalenti, sarebbe infatti in contrasto con la *ratio* di detti atti di diritto derivato, nonché con il principio della fiducia reciproca, consentire che il foro di necessità si fondi unicamente sul timore

⁵⁷ In questo senso v. A. A. H. VAN HOEK, "Transnational corporate social responsibility – Some issues with regard to the liability of European corporations for labour law infringements in the Countries of establishment of their suppliers", consultabile all'indirizzo: <http://ssrn.com/abstract=1113843>; A. MOURRE, *Droit judiciaire privé européen des affaires*, Bruxelles, 2003, p. 63.

⁵⁸ Tra le ipotesi di impossibilità "in concreto" di adire i tribunali competenti la dottrina annovera la circostanza in cui siano necessarie misure urgenti e l'esercizio della giurisdizione da parte degli organi giurisdizionali indicati dagli ordinari criteri di giurisdizione non consentirebbe di soddisfare l'esigenza di rapidità richiesta da tali misure. L'ipotesi non è tuttavia rilevante quando si discuta della rilevanza del foro di necessità nei regolamenti 2201/2003, 44/2001 e 4/2009, perché è lo stesso legislatore comunitario ad aver previsto, in tutti e tre gli atti citati, la possibilità per i giudici "vicini" alla controversia di adottare le misure in questione (v. art. 20 del regolamento 2201/2003, art. 10 del regolamento 44/2001 e art. 14 del regolamento 4/2009).

⁵⁹ Sentenza 28 marzo 2000, C-7/98, *Krombach*, *Raccolta*, 2000, p. I-1935.

⁶⁰ Sentenza 9 dicembre 2003, C-116/02, *Gasser*, *Raccolta*, 2003, p. I-14693.

che nel procedimento dinanzi ai giudici dello Stato membro ai quali il regolamento attribuisce giurisdizione siano violati, per motivi strutturali o occasionali, i principi dell'equo processo. Così, non sarebbe ammissibile fondare la giurisdizione dei giudici di uno Stato membro sul timore che i giudici competenti sulla base dei criteri di giurisdizione comuni appartengano all'ordinamento di uno Stato dell'Unione europea nel quale i procedimenti hanno tempi particolarmente lunghi o costi particolarmente elevati.

Ciò che sembra invece ammissibile, alla luce della sentenza *Krombach*, è che, nelle ipotesi in cui la sentenza proveniente da uno Stato membro non sia riconoscibile per motivi attinenti l'ordine pubblico processuale, e dunque nel procedimento svoltosi nello Stato di origine sia stato violato il diritto a un equo processo, ai giudici dello Stato membro che ha negato il riconoscimento sia attribuita giurisdizione a titolo di foro di necessità: l'impossibilità di radicare il procedimento dinanzi alle autorità dello Stato nel quale il riconoscimento è stato negato si concreterebbe infatti in tale ipotesi in un diniego di giustizia⁶¹. A una conclusione identica si può poi giungere in relazione alla circostanza in cui l'impossibilità o irragionevolezza dell'azione dinanzi al giudice competente secondo le norme sulla giurisdizione comuni agli Stati membri non dipenda dal modo di essere del sistema giurisdizionale nel quale tale giudice si colloca, ma da eventi fortuiti che impediscono in concreto al singolo di adire il tribunale in questione (forza maggiore)⁶². In dette ipotesi, infatti, l'attribuzione della giurisdizione al giudice di un altro Stato con il quale la fattispecie presenta un legame non implica alcun giudizio di valore sul sistema giurisdizionale dell'ordinamento al quale appartiene il giudice che sarebbe competente in via ordinaria.

17. Il principio della fiducia reciproca non consente infine che assuma rilevanza il cosiddetto *forum necessitatis* in senso sostanziale, ossia la circostanza in cui, pur essendo individuabile un giudice competente in relazione a una determinata controversia, vi sia la certezza che la pretesa dell'attore sia da detto giudice rigettata (o che la tutela offerta all'attore abbia un'intensità inferiore a quella che gli sarebbe offerta nel foro). Ammettere in tali ipotesi la possibilità di radicare la controversia dinanzi a un altro giudice a titolo di *forum necessitatis* significherebbe infatti in concreto scardinare il meccanismo sul quale i regolamenti in esame si fondano, meccanismo che dell'equivalenza tra le garanzie fornite dai vari Stati, della certezza del diritto e della circolazione delle decisioni in assenza di qualsiasi possibilità di controllo del merito e della legge applicata fa la sua ragion d'essere. Sembra pertanto da respingere l'orientamento della giurisprudenza francese illustrato nei paragrafi precedenti⁶³, secondo il quale la prospettiva di ottenere una tutela inferiore del diritto oggetto della pretesa da parte dei tribunali dello Stato membro competenti sulla base dei criteri di giurisdizione uniformi legittimerebbe la giurisdizione dei tribunali del foro a titolo di foro di necessità⁶⁴.

Se questo è vero in linea generale, non va tuttavia dimenticato che anche in ambito europeo, in particolare per quanto concerne il diritto di famiglia, esistono differenze piuttosto rilevanti tra le legislazioni dei vari Stati membri, e soprattutto non è infrequente che si sia in presenza di istituti previsti dalla normativa di alcuni Stati e sconosciuti invece agli ordinamenti di altri. In ipotesi di questo genere, come accennato, anche in assenza di conflitti negativi di giurisdizione, è possibile che la pretesa dell'attore rimanga insoddisfatta, qualora essa concerna un istituto sconosciuto all'ordinamento dello Stato i cui tribunali hanno giurisdizione nel caso di specie.

Questo spiega l'introduzione, nella Risoluzione legislativa del Parlamento europeo sulla proposta di modifica del regolamento 2201/2003, di una disposizione secondo la quale, quando le autorità giurisdizionali competenti secondo il regolamento siano quelle di uno Stato membro la cui legge non prevede il divorzio o non riconosce l'esistenza o la validità del matrimonio in questione, la giurisdizione è attribuita alle autorità dello Stato membro di cui uno dei coniugi è cittadino o nel quale il matrimonio è

⁶¹ V. H. GAUDEMET-TALLON, *Compétence et exécution des jugements en Europe, Règlement n. 44/2001, Conventions de Bruxelles et de Lugano*, 3^a ed., Paris, 2002, p. 56.

⁶² H. GAUDEMET-TALLON, *Compétence et execution...*, p. 56.

⁶³ V. par. 6.

⁶⁴ Nel senso che tale orientamento sia da respingere v. H. GAUDEMET-TALLON, *Compétence et execution...*, p. 56.

stato celebrato⁶⁵. Il riferimento, in particolare, è alle ipotesi nelle quali, secondo i criteri di giurisdizione previsti dal regolamento, siano competenti i tribunali di Malta, Stato la cui legislazione non prevede il divorzio, o i tribunali di uno Stato la cui legislazione non prevede la possibilità di matrimonio tra persone dello stesso sesso e la domanda riguardi lo scioglimento di una simile unione celebrata in uno Stato membro differente.

Contrariamente alla formulazione delle disposizioni nazionali che prevedono il foro di necessità, la Risoluzione predetermina dunque i legami rilevanti al fine del sorgere di tale criterio di giurisdizione: essi devono consistere nella circostanza che uno dei coniugi sia cittadino dello Stato o che in detto Stato sia avvenuta la celebrazione del matrimonio.

⁶⁵ Nelle ipotesi citate, la Risoluzione prevede (emendamento 25) che il giudice adito a titolo di *forum necessitatis* applichi la *lex fori*. Nel progetto si legge infatti che “se la legge designata a norma del paragrafo 1 non riconosce la separazione o il divorzio o lo fa in modo discriminatorio per uno dei coniugi, si applica la legge del foro”. Come notano A. L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “La ley aplicable al divorcio en Europa: el futuro Regolamento Roma III”, *Cuadernos de derecho transnacional*, 1-2009, p. 36 ss., a p. 67, si tratta dell’ipotesi in cui sono competenti, tramite il foro di necessità, i tribunali dello Stato di cittadinanza di uno dei coniugi perché il divorzio non esiste nella legislazione dello Stato i cui tribunali sarebbero competenti in virtù del regolamento e dell’ipotesi in cui, sempre tramite il foro di necessità, sono competenti i tribunali dello Stato di celebrazione del matrimonio perché nello Stato i cui tribunali sarebbero competenti sulla base dei criteri stabiliti dal regolamento il matrimonio in questione non è considerato un matrimonio (si pensi al matrimonio tra persone dello stesso sesso, ammesso solo da alcuni tra gli ordinamenti europei) e dunque non è possibile concedere il divorzio. Va peraltro notato che il regolamento 2201/2003 contempla già nella sua versione attuale una limitata forma di flessibilità dei criteri di giurisdizione data dalla previsione, all’art. 15, della possibilità per le autorità competenti a conoscere di una questione relativa alla responsabilità genitoriale di trasferire detta competenza alle autorità di un altro Stato membro qualora queste siano più adatte a trattare il caso.