ULRR

La legge sul divorzio in Irlanda: contesto, applicazione e necessità di una riforma

Item Type	Article
Authors	O'Sullivan, Kathryn
Citation	Rivista Archivio Giuridico Filippo Serafini, (2019) 151 (4), 931-960
Download date	2026-01-25 08:24:06
Item License	https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/
Link to Item	https://doi.org/10.34961/researchrepository-ul.22802468

La legge sul divorzio in Irlanda: contesto, applicazione e necessità di una riforma

By Dr Kathryn O'Sullivan (LLB, PhD), School of Law, University of Limerick, Ireland*

Cite as: K O'Sullivan, 'La legge sul divorzio in Irlanda: contesto, applicazione e necessità di una riforma' (2019) 151(4) *Rivista Archivio Giuridico Filippo Serafini* 931-960

Introduzione

Nel maggio del 2015 l'attenzione dei media di tutto il mondo era concentrata sull'Irlanda: si era appena tenuto il Referendum sull'uguaglianza matrimoniale, ed era passato con il 62.07% dei voti. Il risultante Trentaquattresimo emendamento della Costituzione, che ora permette che il matrimonio sia contratto semplicemente da due persone, senza distinguere se siano dello stesso sesso, è stato interpretato in tutto il mondo occidentale come una chiara indicazione di come la società irlandese sia diventata progressista e liberale. Il New York Times ha dichiarato che la vittoria ha posto l'Irlanda in prima linea nel cambiamento sociale[1]. Nel mondo, molte altre agenzie di stampa hanno vantato titoli simili[2].

Combinato con altri recenti sviluppi, ciò sembra suggerire che in questo Stato venga oramai applicato un sistema di diritto di famiglia piuttosto progressista. Questa percezione, nell'ambiente giuridico, appare rafforzata dalla liberale e modernizzatrice emanazione del *Children and Family Relationships Act* del 2015, introdotto prima del referendum, che ha apportato importanti riforme in ambito di adozione, custodia, diritto di visita e affidamento e la cui adozione è stata probabilmente resa possibile anche dal riconoscimento e dalla tutela accordata agli uniti civilmente e ai conviventi, conformemente al *Civil Parnership and Certain Rights and Obligations of Cohabitants Act* del 2009.

Tuttavia, mentre il diritto di famiglia irlandese è giustamente considerato "uno di quelli in più rapido sviluppo in Europa"[3], altri aspetti della sua concreta applicazione rimangono molto meno progressisti e, probabilmente, abbastanza arretrati. In particolare, un'area problematica e stagnante del diritto di famiglia in Irlanda è la legge che disciplina il divorzio. Infatti, continuando ad essere caratterizzata dal contesto storico, sociale e costituzionale in cui è stata introdotta a metà degli anni Novanta, la legge irlandese sul divorzio presenta significative carenze.

La prima parte di questo articolo considererà il particolare contesto dell'introduzione del divorzio nell'ordinamento irlandese: ponendo l'accento sul ruolo della Chiesa Cattolica nella formazione della morale pubblica, si illustrerà come nella Costituzione irlandese fosse originariamente presente un divieto di divorzio e si considereranno i referendum che hanno cercato di rimuovere questa proibizione. La seconda parte spiegherà le principali previsioni legislative e costituzionali che regolano quest'area oggi, prima di considerare brevemente le carenze del regime irlandese, evidenziando le difficoltà incontrate nella previsione di *ancillary*

---

[1] See *Ireland Votes to Approve Gay Marriage, Putting Country in Vanguard* in the *New York Times*, 23 May 2015, https://www.nytimes.com/2015/05/24/world/europe/ireland-gay-marriage-referendum.html

[2] For Italian examples, see *Corriere della Sera*, http://www.corriere.it/esteri/15_maggio_23/referendum-nozze-gay-affluenza-record-irlanda-f672fac4-010d-11e5-87d4-e85f3d259d8e.shtml?refresh_ce-cp; or *Repubblica,* http://www.repubblica.it/esteri/2015/05/23/news/l_irlanda_vota_e_dice_si_ai_matrimoni_gay-115064256/

[3] Scherpe, *Introduction* in Scherpe (ed) *Marital Agreements and Private Autonomy in Comparative Perspective* Oxford: Hart, 2012, 6.

relief [*istituto assimilabile ad un ordine di carattere patrimoniale impartito dal giudice a valle di una domanda di divorzio, nullità o separazione giudiziale, n.d.a.*]. Nella terza parte ci si chiederà perché è stato scelto un simile regime e si considererà la possibilità di uno sviluppo giurisprudenziale dei principi che offra al sistema attuale la maggiore chiarezza di cui necessita. Infine, la quarta parte considererà brevemente una prospettiva possibile di riforma legislativa.

Parte I – Influenza della Chiesa Cattolica e contesto dell'introduzione del divorzio

- La posizione giuridica e l'influenza della Chiesa Cattolica in Irlanda

Come l'Italia, l'Irlanda ha goduto a lungo della reputazione si stato strenuamente cattolico. A seguito della formazione dello Stato Libero d'Irlanda nel 1922 e, più in particolare, a seguito della dichiarazione della Repubblica d'Irlanda nel 1937 e dell'introduzione della seconda Costituzione Irlandese (*Bunreacht na hÉireann*) nello stesso anno, l'identità nazionale e l'adesione alla fede cattolica si intrecciarono inestricabilmente.

Comunemente, si continua a pensare che la Chiesa cattolica rivesta, o almeno abbia storicamente rivestito, un ruolo *giuridico* particolarmente forte in Irlanda. Tuttavia, da un punto di vista giuridico, la realtà è davvero molto più complessa. Come nota Daly: "*The relationship between religion and Irish law is at once distinctive and elusive: it defies any straightforward categorization and is easily – and indeed, frequently – misunderstood*" (la relazione fra la fede religiosa e la legge irlandese è al tempo stesso caratteristica e sfuggente: essa sfida ogni chiara categorizzazione ed è facilmente – e in effetti, frequentemente – fraintesa)[4]. Egli spiega:

> "*The notoriously close relationship between Roman Catholicism and the early independent State was constructed within a legal framework which, broadly speaking, remained neutral, in formal terms, between religions – and whose essential features resembled, in many ways, those of other western constitutional systems*".
>
> "La relazione notoriamente stretta fra il Cattolicesimo e lo Stato appena divenuto indipendente fu costruita entro una cornice giuridica che, sostanzialmente, rimase neutrale, in termini formali, nei confronti delle altre religioni – e le cui caratterische essenziali assomigliavano, in molti modi, a quelle degli altri sistemi costituzionali occidentali[5]".

Contrariamente alla comune percezione, l'Irlanda adottò una "Costituzione ufficialmente non settaria", in vigenza della quale "l'alleanza Chiesa-Stato" rimase non codificata e di natura informale[6]. È inoltre stato osservato: "*Irish law has broadly reflected a model of formal neutrality towards religion. Legislation has rarely, if ever, explicitly incorporated religious concepts, criteria or classifications…*"[7] ("La legge irlandese ha sostanzialmente rispecchiato un modello di neutralità formale nei confronti della religione. La legislazione ha raramente, se non mai, contemplato esplicitamente concetti, criteri o classificazioni religiose…").

Tuttavia, mentre il potere della Chiesa Cattolica può non essere mai stato formalizzato o aver acquisito valenza costituzionale, ciò non significa che fosse meno efficace nell'influenzare la politica. Piuttosto, come spiega, Daly, "*the infamous historical influence of Catholic thought on legislation*" ("la famigerata storica

[4] Daly, *Religion, Law and the Irish State*, Dublin: Clarus, 2012, 1.
[5] Daly, *Religion, Law and the Irish State*, cit, 1.
[6] Daly, *Religion, Law and the Irish State*, cit, 1.
[7] Daly, *Religion, Law and the Irish State*, cit, 381.

influenza della Chiesa sulla legislazione") in Irlanda ha rappresentato "*an indirect source of legal authority*"[8] ("una fonte indiretta di autorità giuridica"). A questo proposito, giocò un ruolo estremamente importante e, come risultato, la legge irlandese, in particolare quella che disciplina la vita della famiglia, fu, fino a tempi davvero recenti, altamente in sintonia con l'insegnamento morale cattolico. Un esempio particolarmente chiaro dell'influenza della morale cattolica sulla legge irlandese emerge in ambito di divorzio[9].

- Il divieto di divorzio in Irlanda e gli sforzi per ottenere una riforma

Il divieto di divorzio fu introdotto dalla Seconda Costituzione d'Irlanda nel 1937[10]. Nello sforzo di assicurare delle solide fondamenta ad uno Stato cattolico per una popolazione prevalentemente cattolica, il divieto rappresentava una chiara divergenza ideologica e sociale dalla posizione inglese.

Tuttavia, nonostante il divieto, negli anni Ottanta le crisi matrimoniali stavano diventando sempre più comuni. In assenza del divorzio, le opzioni per questi coniugi erano essenzialmente limitate a due possibilità: stipulare un accordo di separazione (che rappresentava un accordo privato); oppure avvalersi di un divorzio *a mensa et thoro*. Il divorzio *a mensa et thoro*, tuttavia, era possibile solo in presenza di certe specifiche circostanze (adulterio, sevizie o pratiche sessuali contronatura) e, soprattutto, non poneva fine al matrimonio né permetteva alle parti di sposarsi nuovamente. Le obbligazioni alimentari costituivano l'unica *ancillary relief* nella disponibilità della corte.

Riconoscendo la necessità di una riforma, nel 1983 il Governo irlandese commissionò un'indagine sulla crisi matrimoniale. Il compito di preparare una relazione dettagliata sull'argomento fu affidato ad una commissione legislativa (*Oireachtas*). La Commissione presentò le proprie conclusioni nell'aprile 1985: raccomandava di indire un referendum per abolire il divieto di divorzio e riportava che la legge non era comprensiva né reattiva ai cambiamenti in corso nella società e nell'approccio, personale, alla famiglia e al matrimonio[11]. Nel 1986, quindi, venne indetto un referendum[12]: la proposta di abolire il divieto di divorzio, tuttavia, fu rigettata dai due terzi della popolazione.

Nonostante questo fallimento, il Governo fece alcuni progressi nel legiferare sulla crisi matrimoniale con l'emanazione positiva, nel 1989, del *Judicial Separation and Family Law Reform Act*. La legge del 1989 poneva le basi per il riconoscimento di una pronuncia di separazione giudiziale e dava alle corti il potere di ordinare una vasta serie di misure accessorie, inclusi, per la prima volta, i *property adjustment orders*. La legge del 1989 fu successivamente abrogata e sostituita dalla *Family Law* del 1995, che ora disciplina la separazione giudiziale. Sebbene la separazione giudiziale (che può essere chiesta un anno dopo la separazione) non ponga termine al matrimonio né lo sciolga giuridicamente, essa comunque attribuisce alle parti il diritto di vivere separati[13].

Eppure era chiaro che fosse necessario qualcosa in più. I casi di fallimenti matrimoniali continuavano a crescere e la necessità di divorzio divenne ancora più seria. Nonostante nel censimento del 1986[14] fossero

---

[8] Daly, *Religion, Law and the Irish State*, cit, 5 (emphasis original)
[9] See also the Supreme Court decision in *McGee v. AG* [1974] IR 284 which considered a ban on the sale of contraceptives as formerly applied under section 17 of the Criminal Law Amendment Act 1935.
[10] Such a ban did not form part of the First Constitution of the Irish Free State in 1922.
[11] *Report of the Joint Oireachtas Committee on Marriage Breakdown,* Dublin: Stationary Office, 1985, 30.
[12] Referendum on the 10th Amendment to the Constitution Bill 1986.
[13] Although judicial separation was not expected to survive the introduction of the Family Law (Divorce) Act 1996, since 1996 it has become a very important part of the marital breakdown process in Ireland, thanks mainly to the shorter time frame for separation.
[14] Central Statistics Office, *Census 86: Summary Population Report*, Dublin: Stationery Office, 1987.

stati registrati 37.245 individui "separati", entro il 1991 questo numero era cresciuto di quasi il 50%, fino a 55.143 persone[15]. Era necessario che il governo reagisse. Sulla base della pubblicazione delle "proposte comprensive" del Libro bianco sulla crisi del matrimonio del settembre 1992[16], il Governo indisse un secondo referendum nel 1995 per votare la modifica dell'articolo 41.3.2 della Costituzione irlandese, prevedendo il divorzio ed enumerando i requisiti da soddisfare per ottenere una simile pronuncia.

Questa volta, il referendum passò – anche se con la risicata maggioranza di soli 9.114 voti (50.2%). L'articolo 41 fu modificato e nel 1996 venne emanato il *Family Law (Divorce) Act*, che entrò in vigore il 27 febbraio 1997, completando la nuova disposizione costituzionale e conferendo all'autorità giudiziaria il potere di emettere sentenze di divorzio.

Parte II – Condizioni per la concessione di una sentenza di divorzio nella legge irlandese e carenze dell'adottato sistema di *ancillary relief*

- Condizioni per il riconoscimento/ concessione di una sentenza di divorzio nella legge irlandese

Le condizioni preliminari richieste dalla legge irlandese per una pronuncia di divorzio sono poste dall'articolo 41.3.2 della Costituzione irlandese, che prevede:

> *"A Court designated by law may grant a dissolution of marriage where, but only where, it is satisfied that –*
>
> > *(i) at the date of the institution of the proceedings, the spouses have lived apart from one another for a period of, or periods amounting to, at least four years during the previous five years,*
> >
> > *(ii) there is no reasonable prospect of a reconciliation between the spouses,*
> >
> > *(iii) such provision as the Court considers proper having regard to the circumstances exists or will be made for the spouses, any children of either or both of them and any other person prescribed by law, and*
> >
> > *(iv) any further conditions prescribed by law are complied with"*.

> "Una Corte designata dalla legge può accordare uno scioglimento del matrimonio dove, ma solo dove, siano soddisfatte le seguenti condizioni:
>
> i. alla data di instaurazione del procedimento gli sposi abbiano vissuto separati per un periodo, o per dei periodi complessivamente corrispondenti, di almeno quattro anni durante i precedenti cinque anni;
> ii. non sia ragionevole ritenere possibile una riconciliazione fra gli sposi,
> iii. la previsione (*provision*) che la Corte considera adeguata (*proper*) tenendo conto delle circostanze esistenti o che potrebbero venire ad esistenza fra gli sposi, i figli di ciascuno o di entrambi e qualsiasi altra persona prescritta dalla legge;
> iv. siano osservate le ulteriori condizioni prescritte dalla legge.

Due condizioni sono particolarmente degne di nota. Innanzitutto, come appare evidente nell'art. 41.3.2° (i), per ottenere una pronuncia di divorzio gli sposi devono aver vissuto separati per quattro dei precedenti

[15] Central Statistics Office, *Census 91: Summary Population Report,* Dublin: Stationery Office, 1993.
[16] Ward, *The Path to Divorce,* Dublin, 1994 in *Irish Law Times* 12, 29.

cinque anni. Il risultato è che l'Irlanda richiede uno dei periodi di attesa più lunghi e, così, applica il più restrittivo regime di divorzio in Europa. Finora, nonostante in vari Paesi (compresa l'Italia) ci siano state iniziative legislative volte accorciare significativamente il periodo di separazione[17], questa caratteristica della prassi irlandese in tema di divorzio irlandese è stata scarsamente criticata a livello nazionale[18]. Tuttavia, nonostante ogni riduzione del termine sia percepita come una minaccia all'istituzione del matrimonio, una riforma potrebbe essere imminente. Infatti, sembra che una recente proposta di legge, volta a modificare la Costituzione irlandese nel senso di ridurre il tempo di attesa per ottenere il divorzio da quattro a due anni, abbia ottenuto il sostegno di parte del Governo e sia avanzata nell'iter legislativo[19]. Nel momento in cui si scrive, la proposta è attualmente al vaglio della *Legislative (Oireachtas) Justice Committee* e resta da vedere se la proposta di una modifica costituzionale sarà accettata dal Governo e sottoposta al giudizio dei cittadini nel 2018.

La seconda pre-condizione per una pronuncia di divorzio che deve essere evidenziata è quella collegata alla "*provision*" che deve essere fatta per un coniuge[20]. A dispetto della scarsa attenzione, sia accademica che dell'opinione pubblica, che si riscontra generalmente con riguardo ai limiti di tempo applicati in Irlanda, il modo in cui il requisito delle "*proper provision*" è stato attuato a livello legislativo (e applicato in pratica) ha generato un acceso dibattito[21]. Per capire pienamente le difficoltà legate all'assicurare una *proper provision* in Irlanda – un requisito che è stato descritto come "unico"[22] – è prima di tutto necessario illustrare come questa pre-condizione è stata resa efficace dal *Family Law (Divorce) Act* del 1996.

Il *Family Law (Divorce) Act* del 1996 adotta un approccio basato su quella che è chiamata "equa redistribuzione" (*equitable redistribution*). Di fatto, questo significa che al giudice viene data discrezionalità nel redistribuire i beni fra i coniugi, secondo un assetto giusto ed equo. Diversamente dai regimi di comunione dei beni, un sistema basato su un'equa redistribuzione non è basato su disposizioni normative. In un simile sistema, la conservazione della discrezionalità giudiziale è considerata (una questione) della massima importanza. Adottando questo approccio, la parte III della legge del 1996 rafforza il potere discrezionale dei giudici, consentendo loro di concedere un'ampia serie di *financial and property orders* per assicurare che la "*proper provision*" sia fatta per il coniuge debole (o coniuge dipendente) e per i figli. Nonostante il termine "*proper*" non sia definito dalla legge, si ritiene significhi "adatto, appropriato, adeguato" oppure "corretto o conforme alla legge"[23]. Esercitando la sua discrezionalità, il giudice gode di un largo margine nel decidere se garantire al coniuge richiedente le *ancillary relief*, e quale forma queste misure, se concesse, debbano avere.

---

[17] Si fa riferimento alla l. n. 55/2015, nota anche come legge sul divorzio breve, che ha modificato radicalmente la procedura di scioglimento del matrimonio accorciando il periodo di separazione richiesto per addivenire ad una pronuncia di divorzio da 3 anni ad 1 anno in caso di separazione giudiziale e da 1 anno a 6 mesi in caso di separazione consensuale (in entrambi i casi, a decorrere dal momento della comparizione dei coniugi davanti al Presidente del Tribunale).

[18] While there have been reports in Italy of spouses travelling to other countries to obtain a quicker divorce, see Povoledo, *Divorce Tourists Go Abroad to Quickly Dissolve Their Italian Marriages* in the *New York Times,* 14 August 2011, http://www.nytimes.com/2011/08/15/world/europe/15italy.html, there have been no such reports in Ireland.

[19] O'Regan, *Government accepts Bill to reduce waiting time for divorce* in the *Irish Times*, 4 April 2017, https://www.irishtimes.com/news/politics/oireachtas/government-accepts-bill-to-reduce-waiting-time-for-divorce-1.3039529

[20] While provision must also be made for children, this article focuses on spousal provision.

[21] See for example O'Sullivan, *Rethinking Ancillary Relief on Divorce in Ireland: The Challenges and Opportunities* 2016 in *Legal Studies*, 36(1), 111; Crowley, *Irish Divorce Law in a Social Policy Vacuum – From the unspoken to the unknown* 2011 *Journal of Social Welfare and Family Law* 33(3) 227; Buckley, *Irish Matrimonial Property Division in Practice: A Case Study* 2007 *International Journal of Law, Policy and the Family*, 21, 48.

[22] *MD v ND* [2011] IESC 18 at [21].

[23] *WA v MA* [2005] 1 IR 1, [2005] 1 ILRM 517. Hardiman J however noted it is 'in fact a word of peculiar difficulty'.

Tuttavia, la corte deve considerare alcuni criteri legale (*statutory factors*) elencati nella sezione 20(2) della legge del 1996[24]. Questi, a titolo esemplificativo, includono:

- il reddito, la capacità di guadagno, le proprietà e le altre risorse finanziarie che interessano ciascuno dei coniugi o che è prevedibile li interesseranno nel futuro prossimo;
- i bisogni economici, le obbligazioni e le responsabilità che ciascuno dei coniugi ha o è prevedibile si assuma nel futuro prossimo;
- il tenore di vita goduto dalla famiglia prima dell'instaurazione del processo o della separazione dei coniugi, a seconda dei casi[25];
- l'età dei coniugi;
- la durata del loro matrimonio e la lunghezza del tempo durante il quale gli sposi hanno convissuto;
- la capacità contributiva ai bisogni della famiglia di ciascuno dei coniugi, attuale o prevedibile nel futuro prossimo ;
- la casa familiare; etc.

La legge non dà un peso maggiore ad alcuno degli elementi elencati, ma accorda piuttosto al giudice la libertà di esercitare la sua discrezionalità nella valutazione dell'importanza o meno di ciascuno. Inoltre, l'elencazione non è esaustiva e la Corte può considerare altri fattori, che non sono contemplati dalla legge: tuttavia, è proibita qualsiasi pronuncia che non sia "nell'interesse della giustizia"[26]. Giustificando l'inclusione di questo criterio conclusivo, l'allora *Minister for Justice, Equality and Law Reform*, Taylor, notò che essa aiutava "*to set the various matters in context and to underpin the principle on which the order will be based*" (ad inserire le varie questioni nel loro contesto e a rafforzare il principio sulla base del quale la pronuncia doveva essere basata)[27]. Sintetizzando la funzione del Tribunale nel 2014, il giudice White spiegò:

> "*The overriding responsibility of the Court is proper provision for all the parties to the marriage and the children, taking all the factors set out in s. 20 into consideration. The Court has to consider the overriding principle of fairness and proportionality in making proper provision and in dealing with the fair allocation of the assets of the parties*".
>
> "La prioritaria responsabilità della Corte è adottare provvedimenti adeguati per tutte le parti coinvolte nel matrimonio e ai figli, tenendo in considerazione tutti i fattori delineati dalla sezione 20. La Corte deve considerare il prioritario principio della giustizia e della proporzionalità nell'adottare *proper provision* e nell'occuparsi della giusta allocazione dei beni delle parti[28]".

Una volta che la Corte raggiunge una decisione su quale previsione sarebbe appropriata o "*proper*", e stabilisce quale potrebbe essere una giusta allocazione dei beni, ha il potere di modificare il diritto di

[24] See section 20(2). See also, section 20(4) of the 1996 Act which enumerates seven factors to be considered by the court when deciding whether to make any ancillary orders in favour of dependent members of the family other than the spouse.

[25] It is submitted that decisions to date demonstrate 'quite a high degree of judicial realism' in assessing this factor, see Buckley, *Matrimonial Property and Irish Law: A Case for Community* 2002 *Northern Ireland Legal Quarterly*, 53, 61. In higher value divorces, this criterion may be of greater importance in strengthening the claims of the spouse in a weaker financial position. However, it does not appear to occupy as important a position as in Italy.

[26] Section 20(5) of the 1996 Act

[27] *Select Committee on Legislation and Security* Deb 18 May 1994, col 696–697. However, in *WA v MA* [2005] 1 IR 1, [2005] 1 ILRM 517, Hardiman J considered that section 20(5) of the Family Law (Divorce) Act 1996 operated in a negative and restrictive manner and could not be applied in a positive sense to support an action seeking relief.

[28] *EH v AH* [2014] IEHC 688 at [43].

proprietà o i diritti pensionistici dei coniugi, ordinare l'occupazione esclusiva della casa familiare o adottare un'ampia serie di misure patrimoniali[29]. Nella maggior parte dei casi, per assicurare "*proper provision*" è utilizzata una combinazione di varie misure.

- Difficoltà associate all'*equitable redistribution* nella legge irlandese

L'approccio irlandese alla concessione di *ancillary relief* basate sulla equa redistribuzione contrasta marcatamente con il più strutturato e prevedibile regime della comunione dei beni applicato nell'Europa continentale di *civil law*. Il livello di discrezionalità offerto ai giudici irlandesi è di portata abbastanza ampia anche per gli standard delle giurisdizioni di *common law* – che sono propense ad adottare un regime fondato su, o incorporante, una redistribuzione equa. Fra i Paesi occidentali di *common law*, pochi, se non nessuno, concedono al giudice una discrezionalità nel determinare "*the provision to be made for spouses*" maggiore di quella concessa ai giudici irlandesi[30].

Da un lato, si potrebbe affermare che il regime irlandese possiede una forza notevole. Dal momento che non esiste una famiglia uguale ad un'altra, l'entità della *provision* non dovrebbe necessariamente essere determinata attraverso l'applicazione di regole rigide, ma dovrebbe invece poter essere adattata al singolo caso concreto. Sotto questo ampio regime di equa redistribuzione, si possono conseguire *provision* su misura che assicurino il risultato più appropriato per ogni famiglia. Tuttavia, sfortunatamente, l'esperienza irlandese dimostra che i punti deboli che connotano la previsione di una discrezionalità giudiziale così ampia compensano quelli di forza. Data la vasta discrezionalità concessa ai giudici irlandesi dalla legge del 1996 nel decidere cosa costituisca "*proper provision*" in ogni caso sottoposto alla loro attenzione, si sono registrati infatti alti livelli di incoerenza.

Nel 2002, Buckley ha analizzato 89 questionari completati da 44 avvocati familiaristi sulla base di fascicoli di casi da loro seguiti[31]. Non sorprende che sia emerso che i giudici hanno avuto "*different views on the provision that is "proper""*[32]. Ha anche notato che c'erano stati del "trend locali prevalenti" e scoperto che i giudici in alcune regioni geografiche erano stati "più redistributivi" di quelli di altre regioni[33]. Questa incoerenza nelle decisioni giudiziali è stata evidenziata più recentemente da O'Shea[34], che ha studiato uno ad uno ben 1087 casi concreti, discussi fra ottobre 2008 e febbraio 2012 negli otto distretti giudiziari d'Irlanda (dove è sentito approssimativamente il 98% dei casi di divorzio e di separazione giudiziale). Ha anche analizzato i fascicoli di 40 casi. Ha trovato che gli ordini di aggiustamento della proprietà erano stati emanati dalla maggioranza dei giudici su base casistica ("*case by case basis*"), senza fare rifermento a nessun punto di partenza o presunzione di *equal sharing*[35]. Ha inoltre riportato che il mantenimento dei figli e del coniuge veniva calcolato sulla base di una "valutazione dell'assetto probatorio e delle dichiarazioni ampiamente

[29] See sections 12-19 of the 1996 Act. Preliminary orders such as barring orders are also available section 11 of the 1996 Act.
[30] See below for brief discussion of the approach adopted in England and Wales.
[31] Buckley, *Irish Matrimonial Property Division in Practice: A Case Study,* cit., 48. Participating solicitors were invited to examine a number of their most recently completed divorce and separation files and to provide data for a detailed questionnaire.
[32] Buckley, *Irish Matrimonial Property Division in Practice: A Case Study,* cit., 78.
[33] Her results seemed to suggest that Cork judges likely to be more redistributive than those in Dublin or Galway. Buckley, *Irish Matrimonial Property Division in Practice: A Case Study,* cit., 68.
[34] O' Shea, *Judicial Separation and Divorce in the Circuit Court,* PhD Thesis, Waterford Institute of Technology, 2014 http://repository.wit.ie/2825/ [Accessed 29 September 2014].
[35] O' Shea, *Judicial Separation and Divorce in the Circuit Court,* cit. 261. Of the 13 judges observed, only three clearly worked from the presumption of 50/50 sharing.

discrezionale e personalizzata[36]", con pronunce sul mantenimento dei figli e del coniuge incoerenti il distintivo delle domande di mantenimento in quel distretto giudiziale[37]. Concluse che, effettivamente, il risultato era interamente dipendente dal singolo giudice[38].

Nonostante le ovvie questioni che queste conclusioni sollevano sulla complessiva giustizia o correttezza del sistema, avere un livello elevato di incongruenza nei risultati crea diversi problemi pratici: produce l'assenza di prevedibilità per coloro che cercano una determinazione giudiziale del proprio caso e spesso dà come risultato interpretazioni estremamente diversificate delle posizioni giuridiche, il che accresce le tensioni e incrementa il conflitto. Riferendosi alle "numerose domande giudiziarie e soprattutto ai ricorsi nei casi di diritto di famiglia", i giudici Clarke e MacMenamin hanno recentemente osservato, nella decisione della Suprema Corte MD v. ND, che il risultato è non solo quello di peggiorare rapporti già logori, ma anche quello di far diminuire ulteriormente e necessariamente i beni disponibili per gli apporzionamenti fra le parti[39]". Essi osservano: "*There is a strong public interest, therefore, in achieving the highest degree of certainty and clarity in courts of first instance dealing with these sensitive cases*" (C'è un forte interesse pubblico, pertanto, a raggiungere il più alto livello possibile di certezza e chiarezza nei giudizi di primo grado che trattano queste delicate questioni)[40].

L'incongruenza e l'ambiguità nella previsione delle *ancillary relief* creano anche una notevole incertezza per coloro che desiderano raggiungere un accordo in via stragiudiziale[41]. Questo aspetto, in particolare, solleva seri dubbi dal momento che, dati i costi proibitivi di un procedimento giudiziale, forse solo il 10% dei giudizi di separazione e divorzio vengono portati davanti al giudice – la stragrande maggioranza dei giudizi è composta in via stragiudiziale[42]. È dato acquisito che simili accordi dovrebbero essere raggiunti alla cosiddetta "ombra della legge". Tuttavia, data l'ambiguità del sistema irlandese, è improbabile che i coniugi abbiano una qualche "ombra" che guidi le loro trattative. Ciò, si è detto, in molti casi gioca a favore del coniuge economicamente più forte e lascia il coniuge debole alla mercé di offerte "prendere o lasciare", basse e spesso insufficienti[43].

<u>Parte III – Giustificazione della scelta del regime in Irlanda e speranze di sviluppo</u>

- Giustificazione della scelta del regime

Date queste carenze, ci si potrebbe giustamente chiedere: perché il legislatore irlandese ha deciso di implementare un regime di equa redistribuzione mettendo nelle mani dei giudici un livello così alto di

---

[36] O' Shea, *Judicial Separation and Divorce in the Circuit Court,* cit.131.
[37] O' Shea, *Judicial Separation and Divorce in the Circuit Court,* cit. 131-132.
[38] O' Shea, *Judicial Separation and Divorce in the Circuit Court,* cit. 262.
[39] *MD v. ND* [2015] IESC 16 at [1.2] per Clarke and MacMenamin JJ (joint judgment).
[40] *MD v. ND* [2015] IESC 16 at [1.2] per Clarke and MacMenamin JJ (joint judgment).
[41] Pursuant to the current regime, O' Shea, *Judicial Separation and Divorce in the Circuit Court,* cit. 71 noted 'settlement discussions at the courthouse on the day a case is listed for hearing are firmly conducted in the shadow of that particular judge's disposition'. Note, pre-nuptial agreements are not valid in Ireland and are considered to be contrary to public policy. Despite the publication of the *Report of the Study Group on Pre-nuptial Agreements* (presented to the Minister for Justice, Equality and Law Reform, 2007) which recommended reform in this area 10 years ago, no reform has been forthcoming.
[42] See Courts Service, *Family Law Matters*, Dublin, 2007-2009, vol 1(1) 24 www.courts.ie/courts.ie/library3.nsf/pagecurrent/DBF7DEC660A62D3880256DA60052BC9D?opendocument&l=en.
[43] Parkinson, *Reforming the Law of Family Property* 1999 Australian Journal of Family Law, 13, 117. For more on the weaknesses of the Irish regime and the vulnerability of financially weaker spouses, see O'Sullivan, *Rethinking Ancillary Relief on Divorce in Ireland: The Challenges and Opportunities*, cit; O'Sullivan, *Ancillary Relief and Private Ordering: The vulnerability of financially weaker spouses*, 2016 *Irish Journal of Family Law,* 19(1), 3-6.

discrezionalità nel determinare le *proper provisions* per il coniuge economicamente debole e la prole? Da un lato, i meriti di un simile approccio – in particolare la sua capacità di realizzare una "giustizia personalizzata" – senza dubbio hanno giocato un ruolo decisivo in questa scelta, ma, dall'altro lato, la sua flessibilità è stata posta al servizio anche di altri scopi politici. Al fine di un'analisi esaustiva, è di nuovo necessario considerare il contesto sociale, politico e costituzionale in cui la legge è stata introdotta.

Come si è già osservato, nel 1986 gli elettori votarono contro nel primo referendum che cercava di rimuovere il divieto di divorzio. La questione della divisione della proprietà giocò un ruolo centrale nel dibattito di quel periodo[44]. Come spiegò Ward:

> *"The anti-divorce lobby argued that the introduction of divorce would ultimately threaten the integrity of the family farm as the courts would inevitably be given power to distribute property as they saw fit. The image of the disintegration of holdings which have passed intact through generations proved to be quite an emotive one"*[45].
>
> "La lobby anti-divorzista ha sostenuto che, in ultima analisi, l'introduzione del divorzio minaccerebbe l'integrità delle aziende agricole di famiglia non appena, inevitabilmente, fosse dato ai tribunali il potere di redistribuire la proprietà nel modo da loro ritenuto più opportuno. L'immagine della disintegrazione di aziende che hanno resistito intatte ai passaggi generazionali è risultata essere piuttosto toccante".

Consapevole di questa paura e del peso politico che essa aveva – amplificato nel contesto irlandese dalla presenza di una popolazione ancora largamente rurale e contadina – il Governo ha scelto di adottare, nei confronti delle *ancillary relief*, un approccio conservativo basato sull'equa redistribuzione, sia nella legge del 1989 (*Judicial Separation and Family Law Reform Act*) che nella successiva *Family Law Act* del 1995. Nonostante sembri che, nel frattempo, nel 1995, abbia avuto luogo il secondo referendum sul divorzio, pare che i timori legati alle conseguenze economiche del divorzio abbiano prodotto apparentemente meno polemica, il legislatore, ancora una volta, ha replicato l'approccio conservativo dell'equa redistribuzione.

Perciò, perché, in quell'occasione, un approccio più liberale, e forse più *rule-oriented*, alla concessione di *ancillary relief* non fu adottato e nemmeno seriamente considerato? Diversi fattori sembrano aver influenzato la posizione del Governo. Innanzitutto, nel prepararsi al secondo referendum sul divorzio nel 1995, il Governo si rese conto del fatto che un approccio più proattivo e trasparente era necessario per dimostrare ad un elettorato preoccupato che cosa avrebbe significato, in realtà, "divorzio" – se fosse stato introdotto. A questo scopo, la legge del 1996 fu redatta, in veste di disegno di legge, in anticipo rispetto al referendum, per mostrare la direzione che il legislatore intendeva seguire se il referendum fosse passato. Quindi, è probabilmente vero dire che il disegno di legge e i suoi contenuti hanno perseguito una funzione politica. Mantenendo l'approccio conservativo, ambiguo e altamente discrezionale con cui i cittadini erano diventati in qualche modo familiari sin dal 1989, garantì che spinose questioni in relazione alla divisione dei beni, per esempio, potessero essere accantonate. Mentre l'introduzione di una regola di equa *divisione* avrebbe sollevato serie preoccupazioni fra i proprietari terrieri, un regime basato su un'equa *ridistribuzione* non comportava problemi simili. Coloro che sostenevano che era necessario proteggere i coniugi deboli nella crisi furono a loro volta rassicurati che la "*proper provision*" sarebbe stata fatta e che quella *provision* non sarebbe stata soggetta a nessun limite come l'*equal sharing* (divisione in parti uguali).

---

[44] Ward, *Divorce in Ireland, Who should bear the cost?* Cork: Cork University Press, 1993, 26-27
[45] Ward, *Divorce in Ireland, Who should bear the cost?*, cit. 26-27.

In secondo luogo, ebbero un impatto sull'approccio adottato anche delle considerazioni di carattere costituzionale. Nel 1993 il Governo irlandese aveva provato ad introdurre un sistema di automatica comproprietà della abitazione familiare, a norma del *Matrimonial Home Bill* del 1993. La legge, tuttavia, non fu mai introdotta in quanto fu dichiarata incostituzionale[46]. Mentre ad essere responsabile del respingimento del disegno di legge era stato l'effetto retrospettivo da esso previsto, il suo fallimento fu da alcuni interpretato (probabilmente in modo sbagliato) come se ciò significasse che qualsiasi regola generale di fissa applicazione, come un'automatica equa divisione dei beni della famiglia nel divorzio, sarebbe stata costituzionalmente contestata[47]. Il Governo desiderava evitare simili contestazioni – o la confusione che un simile dibattito avrebbe creato nella mente dei cittadini – e pertanto scelse di replicare l'approccio di *equitable redistribution* nel disegno di legge sul divorzio, che fu poi emanata nel *Family Law (Divorce) Act* del 1996. Come indicato sopra, questo sistema continua a governare la concessione di *ancillary relief* in Irlanda oggi.

- La possibilità di un'evoluzione giurisprudenziale dei principi

L'Irlanda non è la sola ad adottare un approccio basato sull'equa redistribuzione. Tuttavia, a causa dell'assenza di limiti o confini imposti né dalla legge né dallo sviluppo giurisprudenziale dei principi, è una eccezione in termini di estensione della discrezionalità concessa/ offerta agli organi giurisdizionali.

A livello legislativo, ai sensi del *Matrimonial Causes Act* del 1973, anche l'Inghilterra e il Galles hanno adottato un regime di equa redistribuzione molto simile a quello applicato in Irlanda. Come in Irlanda, la legge del 1973 concede un'ampia discrezionalità ai giudici nella riallocazione dei beni nel divorzio. Tuttavia, in quei Paesi è emersa una più grande certezza e coerenza, in particolare nei c.d. *big money cases*, attraverso uno sviluppo giurisprudenziale dei principi. In effetti, i principi ispiratori dell'esercizio della discrezionalità della Corte in Inghilterra e Galles, così come enunciati nelle decisioni-chiave *White v. White*[48], *Miller; McFarlane*[49] e *Charman v. Charman* (No 4)[50] sono: *needs* (bisogni delle parti), *compensation* (riequilibrio degli svantaggi connessi al matrimonio) e *sharing* (ripartizione del patrimonio a disposizione). L'interazione di questi principi nella pratica ha sollevato qualche problema, anche se sembra emerga una maggiore chiarezza. In generale, la Corte per prima cosa considera i bisogni economici dei coniugi. Dove le risorse economiche della coppia lo consentono, una volta che questi bisogni sono soddisfatti, viene quindi effettuata una ripartizione dei "*marital assets*" (beni del matrimonio). Fino a tempi molto recenti, si è generalmente creduto che i *marital assets* rappresentassero quei beni acquisiti durante la relazione, ad eccezione di quelli provenienti da donazioni o eredità – un approccio in stile comunione degli acquisti[51]. Tuttavia, alla luce della più recente decisione del 2017 della Corte d'Appello dell'Inghilterra e del Galles in *Sharp v. Sharp*, sembra ora che il preciso insieme dei beni per la divisione possa variare dipendentemente dalla lunghezza della relazione[52].

Nonostante le difficoltà che continuano a persistere in Inghilterra e Galles, lo sviluppo giurisprudenziale dei principi ha fornito *abbastanza* chiarezza circa la motivazione e gli scopi dello schema delle *ancillary relief* e

[46] See *Re Article 26 of the Constitution & in the matter of the Matrimonial Home Bill, 1993* [1994] 1 ILRM 241.
[47] See Shatter, *Shatter's Family Law* Dublin: Butterworths, 1997, 839.
[48] *White v. White* [2001] 1 AC 596.
[49] *Miller; McFarlane* [2006] UKHL 24, [2006] 1 FLR 1186.
[50] *Charman v. Charman* (No 4) [2007] EWCA Civ 503, [2007] 1 FLR 1246.
[51] Law Commission for England and Wales, *Matrimonial Property, Needs and Agreements*, London, 2014, Law Comm No.434, [1.39] noted, "The courts approach at present is generally not to make orders requiring former spouses to share property acquired by gift or inheritance, or acquired before marriage or civil partnership, unless that property is required to meet financial needs." See also Scherpe *A comparative overview of the treatment of non-matrimonial assets, indexation and value increases*, 2013, *Child and Family Law Quarterly* 61-79.
[52] *Sharp v. Sharp* [2017] EWCA Civ 408.

l'approccio da adottare a livello pratico. Su questa riva del Mare d'Irlanda, tuttavia, i giudici irlandesi hanno rifiutato con fermezza di impegnarsi in qualche maniera significativa ad uno sviluppo dei principi[53]. Come ha osservato il giudice Fennelly:

> "*It is only with the greatest care ... that one should formulate any general propositions. The judge must always, and in every case, have particular regard to the particular circumstances of the case*".
>
> "È solo con la massima cura… che si può formulare una qualsiasi proposta generale. Il giudice deve sempre, e in ogni caso, avere particolare riguardo alle particolare circostanze del caso[54]".

Similmente, in C v. C, il giudice O'Higgins ha sostenuto:

> "*The law provides very specific statutory guidance as to the factors to be taken into account by the court in deciding what constitutes proper provision in any given case. The widely different circumstances from one case to another however make it desirable that there be considerable discretion vested in the court of trial*".
>
> "La legge offre una norma molto specifica relativamente ai fattori che devono essere tenuti in conto dalla Corte nel decidere costa costituisce proper provision in qualsiasi caso che le è sottoposto. Circostanze ampiamente differenti da un caso ad un altro, tuttavia, rendono desiderabile che vi sia una considerabile discrezionalità conferita ai giudici del processo"[55].

Nonostante ciò, il bisogno di uno sviluppo di tali principi – in assenza di una riforma legislativa – è ovvio. Crowley, ad esempio, ha sostenuto che i giudici dovrebbero "adottare il ruolo di *law and policy maker*[56]". Come spiega lei:

> *"Given the legislative reluctance to grapple with issues of legal policy in the family law context, perhaps it is now incumbent upon the Irish judiciary to more willingly embrace the role of policy maker and to direct the future application of the broadly phrased governing provisions through consistent and coherent legal debate".*
>
> "Data la riluttanza del legislatore ad affrontare tali questioni di *legal policy* nel contesto del diritto di famiglia, forse ora spetta ai giudici irlandesi il compito di abbracciare di buon grado il ruolo di *policy maker* e di dirigere la futura applicazione di una disciplina formulata sostanzialmente attraverso un dibattito giuridico corposo e coerente[57]".

Ogni simile impegno, prefiggendosi di individuare ed elaborare gli scopi e gli obiettivi del regime attuale, informerebbe meglio i concorrenti in merito agli obiettivi finali del regime regolamentare statale e pertanto fornirebbe la tanto necessaria guida nella determinazione di questioni quali la divisione dei beni[58].

Mentre, come evidente nei commenti sopra, i giudici irlandesi non sono stati disposti ad assumersi questo ruolo, ci sono alcuni timidi segnali che, come minimo in relazione alla determinazione dei beni che dovrebbero essere soggetti alla divisione, alcuni principi generali potrebbero stare sviluppandosi.

---

[53] The only principle which is said to exist is the 'no clean break' principle.
[54] *T v. T* [2002] IESC 68, [2003] 1 ILRM 321 at 418. See also Crowley, *Family Law,* Dublin: Roundhall, 2013, 589-591.
[55] [2005] IEHC 276. Similarly, see *T v. T* [2002] IESC 68, [2003] 1 ILRM 321.
[56] Crowley, *Irish Divorce Law in a Social Policy Vacuum – From the unspoken to the unknown*, cit. 233.
[57] Crowley, *Irish Divorce Law in a Social Policy Vacuum – From the unspoken to the unknown*, cit. 235.
[58] See Crowley, *Irish Divorce Law in a Social Policy Vacuum – From the unspoken to the unknown*, cit. 235.

- Recenti sviluppi sulle categorie di beni soggetti alla divisione in Irlanda

A livello legislativo, pare che il regime di *ancillary relief* irlandese non categorizzi i beni in maritali o non maritali. A norma della sezione 20(2)(a) del *Family Law (Divorce) Act* del 1996, la Corte deve considerare *tutte le ricchezze* sia guadagnate che ricevute, così come *tutti i beni disponibili* dei coniugi. Qualsiasi proprietà acquistata, ereditata o acquisita in altri modi, sia prima che dopo il matrimonio, che sia conseguentemente attribuita ad un coniuge, potrebbe essere soggetta alla divisione a discrezione della Corte. Dato questo scenario legislativo, come ha notato il giudice Fennelly nella decisione del 2002 della Supreme Court in T v. T, la proprietà acquisita ereditariamente non "scappa alla rete" della *proper provision*[59]. Facendogli eco, il giudice Murray ha chiarito, nello stesso caso, che le risorse finanziarie di uno dei coniugi che sono state acquisite in maniera completamente indipendente dal matrimonio non possono essere escluse dalla considerazione della Corte. Egli ha spiegato:

> "*Each spouse has a continuing obligation to make proper provision for the other and the resources which are available to each of them may be taken into account so far as is necessary to achieve that objective. Each case will necessarily depend on its own circumstances*".
>
> "Ciascuno dei coniugi ha una obbligazione continuativa a creare *proper provision* per l'altro e le risorse che sono disponibili a ciascuno di loro possono essere tenute in conto in tanto in quanto necessarie a raggiungere quell'obiettivo. Ciascun caso dipenderà necessariamente dalle circostanze sue proprie[60]".

Ciononostante, sembra sempre più chiaro che certi tipi di beni – come quelli ereditati o "non maritali" – saranno soggetti alla divisione dove non vi siano alternative. Esistono diversi precedenti in cui ad un coniuge è stato permesso di mantenere il pieno godimento di una azienda agricola o di una proprietà ereditate[61]. Tuttavia, come evidenziato in HN v. BN, "in ciascuno di quei casi la Corte fu in grado di accordare *significant alternative provision* per il coniuge non erede all'interno del novero degli altri beni e del reddito disponibile delle parti[62]".

Uno dei casi più importanti riguardanti la divisione di beni ereditati o acquisiti dopo la separazione è stata la decisione della Supreme Court in YG v. NG nel 2011[63]. Pronunciando la decisione della Corte, il giudice Denham propose diversi principi generali per situazioni in cui c'era stato un precedente accordo di separazione seguito dalla successiva richiesta di una parte alla Corte. Molti di questi principi si rivolgono direttamente alle questioni collegate alla qualificazione dei beni. In particolare, il giudice Denham sembra sottolineare gli elementi della contribuzione o dei bisogni nel giustificare la divisione di quelli che altrimenti sarebbero effettivamente beni non matrimoniali. Dopo aver ribadito che "l'esigenza è disporre una *proper provision* e non è un'esigenza per la redistribuzione della ricchezza", ha notato:

> *"If a spouse acquires wealth after a separation, and the wealth is unconnected to any joint project by spouses during their married life, then that is not a factor of itself to vest in the other spouse a right to further monies or assets….If, in the period subsequent to the conclusion of a separation agreement,*

[59] *T v. T* [2002] 3 I.R. 334 at 416.
[60] *T v. T* [2002] 3 I.R. 334 at 416.
[61] See *B v. B* (Unreported, High Court, ex tempore, 11th April, 2005); *C v. C* (Unreported, High Court, O'Higgins J., 25th July 2005); and Abbott J. in *N v. N* (Unreported, High Court, 18th December, 2003).
[62] *HN v. BN* [2016] IEHC 330 at [94]
[63] *YG v NG* [2011] IESC 40, [2011] 3 I.R.717.

one spouse becomes very wealthy, there is no right to an automatic increase in money or other assets for the other spouse…"

"Se un coniuge acquista una ricchezza dopo una separazione, e la ricchezza è non connessa a nessun progetto condiviso dai coniugi durante la loro vita coniugale, allora quella non è un fattore che di per sé investe l'altro coniuge di un diritto ad ulteriore denaro o beni… se, ne periodo successivo alla conclusione di un accordo di separazione, un coniuge diventa molto ricco, non esiste un diritto ad un automatico aumento in denaro o altri beni per l'altro coniuge…"[64].

Sviluppando questo punto e considerando quando simili beni potrebbero essere soggetti alla divisione, la Denham ha anche evidenziato l'importanza del criterio dei bisogni dei coniugi:

"If one party obtains a windfall after a separation agreement or judicial settlement the other party is not entitled as of right to part of it. Such an application would only be considered if it addressed a need of a party. Thus where there is a great improvement in one party's finances after a full and final settlement the concept of "proper provision" should not be dominated by that change. But if there is a new or different need that may be met now that the resources exist, it may be considered".

"Se una parte ha un colpo di fortuna dopo un accordo di separazione o una risoluzione giudiziale, l'altra parte non ha alcun diritto a parteciparvi. Una simile richiesta potrebbe essere presa in considerazione solo se rispondesse ai bisogni di una delle parti. Quindi, dove c'è un grande miglioramento nelle finanze di una delle parti dopo un pieno e definitivo accordo, il concetto di "*proper provision*" non dovrebbe essere dominato da questo cambiamento. Ma se c'è un nuovo o un differente bisogno che potrebbe essere soddisfatto adesso che esistono le risorse, dovrebbe essere preso in considerazione[65]".

Allo stesso modo, considerando l'acquisto di un bene dopo la separazione e la susseguente vendita a scopo di lucro, il giudice Denham ha notato: "*They are not* prima facie *relevant to the proper provision of the respondent,* except if there is a requirement for a special consideration of her changed needs, such as health" (*Prima facie*, non sono rilevanti ai fini della *proper provision* del convenuto, *ad eccezione del caso in cui vi sia l'esigenza di una speciale considerazione dei suoi mutati bisogni, come per esempio per motivi di salute*)[66].

Riassumendo la posizione in relazione ai beni ereditati, il giudice Denham ritorna di nuovo a considerare le contribuzioni nel giustificare la divisione di simili beni:

"Assets which are inherited will not be treated as assets obtained by both parties in a marriage. The distinction in the event of separation or divorce will all depend on the circumstances. In one case, where a couple had worked a farm together, which the husband had inherited, the wife on separation sought 50%, however, the order given by a court was 75% to the husband and 25% to the wife. This is a precedent to illustrate an approach, but the circumstances of each case should be considered specifically".

"I beni che vengono ereditati non saranno trattati come beni ottenuti da entrambe le parti nel matrimonio. La distinzione in caso di separazione o divorzio dipenderà dalle circostanze. In un caso, in cui la coppia aveva lavorato in una azienda agricola insieme, azienda che aveva ereditato il marito, la moglie in sede di separazione chiese il 50%; tuttavia, la decisione presa dalla corte fu di assegnare

[64] *YG v. NG* [2011] IESC 40, [2011] 3 I.R.717 at [22] (emphasis added).
[65] *YG v. NG* [2011] IESC 40, [2011] 3 I.R.717 at [34] (emphasis added).
[66] *YG v. NG* [2011] IESC 40, [2011] 3 I.R.717 at [35] (emphasis added).

il 75% al marito e il 25% alla moglie. Questo è un precedente che illustra un approccio, ma le circostanze di ciascun caso devono essere considerate specificamente[67]".

Pertanto, mentre il riconoscimento della natura di bene ereditato significa che non verrà trattato come "un bene acquisito durante il matrimonio"[68], l'apporto di beni o i bisogni di un coniuge possono ciononostante giustificare una domanda di ottenere un interesse su di esso. Come appare evidente da quanto sopra, un simile approccio sembra applicarsi anche alle ricchezze accumulate dopo la separazione.

Parte IV – Un invito alla riforma legislativa

Nonostante le decisioni di cui *supra* possano essere il segnale di un primo passo verso lo sviluppo di un più coerente e prevedibile approccio alla concessione di *ancillary relief* in Irlanda, si sostiene che la risposta più appropriata alle attuali difficoltà sarebbe, idealmente, sollecitare un intervento legislativo proattivo. Effettivamente, dopo averne riconosciute le lacune, si è verificato un lento ma costante allontanamento dal modello di *equitable redistribution* altamente discrezionale in tutto il mondo di *common law*. In Columbia Britannica, in Canada, ai sensi del *Family Relations Act* del 1972, si applicò un sistema di equa ridistribuzione simile all'attuale approccio irlandese. Tuttavia, entro sette anni, il legislatore rispose alle difficoltà che erano emerse nella sua applicazione e si spostò verso un approccio discrezionale basato su una regola ibrida. La provincia canadese ha continuato ad evolversi con il più recente *Family Law Act* del 2011 riducendo ulteriormente il livello di discrezionalità concesso ai giudici nella concessione di *ancillary relief*[69]. Come è stato notato, dal 2000, sotto la vigenza del *Matrimonial Causes Act* del 1973, in Inghilterra e in Galles l'evoluzione giurisprudenziale di principi ha operato ponendo limiti all'esercizio della discrezionalità. Tuttavia, la *Law Commission for England and Wales* ha anche espresso chiaramente la desiderabilità di una riforma legislativa in questo settore[70]. L'equa divisione come un punto di partenza fu proposta in Australia nel 1995 e continua a stimolare il dibattito[71], mentre anche la *Northen Ireland Law Reform Advisory Committee* ha raccomandato un abbandono dell'approccio discrezionale alla divisione dei beni matrimoniali e verso un sistema di comunione nel 1999[72].

In particolare, come chi scrive ha approfondito in altra sede, si può sostenere che un approccio di comunione dei beni differita basato su un un regime ibrido, discrezionale ma rule-based (cioè un regime che mantiene un margine di discrezionalità, ma che è basato su regole di diritto) rappresenterebbe la prospettiva più attraente per una riforma in Irlanda[73]. Il patrimonio comune, di default, verrebbe diviso in parti uguali fra i coniugi[74]. Tuttavia, la Corte godrebbe della discrezionalità "residuale" di rifare gli apporzionamenti dei beni fra i coniugi laddove una divisione in parti uguali sarebbe significativamente ingiusta, avendo riguardo agli obiettivi specificati dalla legge. Mentre esistono una serie di differenti approcci per determinare cosa costituisce il patrimonio comune o i beni maritali, dovrebbe essere adottato un approccio per cui i beni sono categorizzati come *family assets*, *quasi-family assets* e *other assets*. In questo modo si potrebbe avere riguardo all'uso a cui i beni furono destinati (per esempio, beni usati per uno scopo familiare potrebbero

[67] *YG v. NG* [2011] IESC 40, [2011] 3 I.R.717 at [22].
[68] Albeit that no general rule or policy exists in relation to the division of such assets.
[69] See O'Sullivan, *Legislative Comment: Family property division under the Family Law Act 2011*, 2017, *University of British Columbia Law Review*, 50(1), 161.
[70] Law Commission for England and Wales, *Matrimonial Property, Needs and Agreements,* cit.
[71] Australian Law Reform Commission, *Matrimonial Property,* 1987, Report No 39; Family Law Reform (No 2) Bill 1995.
[72] Law Reform Advisory Committee for Northern Ireland, *Matrimonial Property,* 2000, Report No 10.
[73] See O'Sullivan, *Rethinking Ancillary Relief on Divorce in Ireland: The Challenges and Opportunities* cit.
[74] The community fund and equal division could be triggered by the initiation of legal proceedings seeking a judicial separation or divorce or entering into a separation agreement.

essere condivisi/comuni) così come alla contribuzione del coniuge non-proprietario apportata al bene (un bene potrebbe essere condiviso/comune laddove il coniuge non-proprietario apportasse un contributo diretto o indiretto). Una maggiore prevedibilità e certezza potrebbero anche essere ottenute attraverso l'adozione di una riforma delle obbligazioni alimentari tra coniugi ed ex coniugi che fosse ispirata, magari, ad un approccio simile al felice *Canadian Spousal Support Advisory Guidelines (SSAG)*[75]. Mentre una simile riforma può apparire esageratamente complessa e passibile/suscettibile/responsabile di continuare a salvaguardare/conservare un grado eccessivo di discrezionalità giudiziale – specialmente dove vista dalla prospettiva di una più certa e *rule-based* tradizione di *civil law* – essa può rappresentare finalmente un primo passo verso lo sviluppo di un approccio più strutturato, più consistente e più prevedibile verso le *ancillary relief* in Irlanda.

Conclusioni

Da questa analisi può apparire che la legge irlandese in tema di regime patrimoniale della famiglia abbia molto poco in comune con i nostri vicini di *civil law* nell'Europa continentale. La verità è che, quando viste nel loro complesso, le norme irlandesi sui rapporti patrimoniali all'interno della famiglia hanno incorporato caratteristiche peculiari dei sistemi continentali eur opei più della maggior parte delle altre giurisdizioni di *common law*. Diversamente dalla maggioranza degli Stati di *common law*, l'Irlanda ha un sistema di "eredità forzata" in cui, ai sensi del *Succession Act* del 1965, il coniuge superstite è automaticamente titolato a condividere la proprietà del suo defunto coniuge anche qualora il *de cuius* avesse fatto testamento[76]. Inoltre, in base al *Family Home Protection Act* del 1976, il consenso del coniuge non proprietario è automaticamente richiesto per qualsiasi atto di disposizione della casa coniugale. Tale protezione *automatica* non è offerta ai coniugi nella maggior parte dei paesi di *common law*[77]. Tuttavia, è nel momento della crisi coniugale che il diritto di famiglia irlandese sembra dare una protezione abbastanza debole al coniuge economicamente debole. È qui che adottiamo un approccio molto differente dal regime di comunione dei beni applicato nelle giurisdizioni di *civil law*, regime che viceversa è caratterizzato da un'alta prevedibilità.

Come è stato rilevato, una catena di eventi cominciata con il divieto costituzionale di divorzio (introdotto in Irlanda nel 1937) e culminata con il secondo referendum sul divorzio nel 1995 combinati per assicurare un regime di divorzio conservatore e piuttosto restrittivo fu introdotto in Irlanda. Come Burley e Regan hanno spiegato:

> "*Family law reform in Ireland has ... been significantly different from other western societies ... the constitutional ban on divorce in Ireland made reforms a matter for referendum rather than change coming by way of legislation. Even so, nearly 30 years after similar reforms were commonplace in other countries and in spite of widespread marital breakdown, the Irish population remained reluctant in 1995 to change their Constitution to allow divorce*".
>
> "La riforma di diritto di famiglia in Irlanda… è stata significativamente differente dalle altre società occidentali… il divieto costituzionale di divorzio in Irlanda ha reso le riforme una materia di referendum piuttosto che un cambiamento ottenuto attraverso la legge. Eppure, circa trent'anni dopo che simili riforme erano divenute consuete negli altri Paesi e a dispetto delle numerose crisi

[75] *Spousal Support Advisory Guidelines: The Revised User's Guide (April 2016)*, http://www.justice.gc.ca/eng/rp-pr/fl-lf/spousal-epoux/ug_a1-gu_a1/pdf/ug_a1-gu_a1.pdf

[76] See O'Sullivan, *Spousal Disinheritance Protections under Irish Law: A proposal for reform*, 2012, *Common Law World Review,* 41(3), 246-280.

[77] For a description of other approaches in this field, see O'Sullivan, *Protection against Unilateral Dispositions of the Family Home: An Irish perspective,* 2013, *International Journal of Law, Policy & the Family*, 27(3), 399.

> coniugali, i cittadini irlandesi sono rimasti riluttanti a modificare la loro Costituzione, nel 1995, per consentire il divorzio[78]".

Sì, è chiaro che l'Irlanda del 2017 è un posto piuttosto differente dall'Irlanda del 1995. Sì, l'Irlanda rimane ancora un paese in maggioranza cattolico: i dati più recenti del Census (2016) mostrano che il 78,3% della popolazione continua a dirsi cattolica[79]. E sì, il numero di divorzi in Irlanda resta il più basso nell'Unione Europea[80]. Tuttavia il divorzio è oggi socialmente accettato nel Paese e la società irlandese è molto più aperta alle famiglie di nuova formazione di quanto non lo fosse solo vent'anni fa – come provato dal successo del referendum per l'uguaglianza matrimoniale, di cui si è detto all'inizio di questo articolo. Tuttavia, a dispetto di questi cambiamenti, la legge sul divorzio irlandese è stata descritta come "ancora… un buon affare, meno liberale che nella maggior parte degli Stati occidentali"[81]. Nonostante la "*best practice*", in relazione ad un approccio regolatore, possa essere difficile da adottare, è stato sostenuto che il Governo Irlandese ha bisogno di reagire e di avviare una revisione completa ed esaustiva della legge che regola il divorzio in Irlanda.

In questa revisione, una particolare attenzione deve essere dedicata alle norme che regolano la concessione di *ancillary relief*. Nonostante la necessità di adottare *proper provision* sia ribadita a livello sia legislativo che costituzionale e sia una precondizione per la concessione di una pronuncia di divorzio, sono state ravvisate delle serie debolezze nell'approccio adottato. È stato da più parti affermato che è concessa ai giudici una discrezionalità troppo ampia che porta a risultati incoerenti e ad una mancanza di certezza per le parti che cercano di raggiungere un accordo *inter partes*. Come ha osservato il professor Cooke, anche se nel contesto dell'Inghilterra e del Galles:

> "*[F]ar too high a value is being placed upon the supposed ability to do individual justice, and insufficient value on predictability. The cost, to divorcing couples, of flexibility must be greater than the cost of clear principle. This is so even if settling for a clear principle, or hierarchy of principles, means that in some cases the solution produced for an individual is less than ideal*".
>
> "È stato dato un valore troppo grande alla supposta abilità di fare una giustizia individuale, e un valore insufficiente alla prevedibilità. Il costo, per le coppie divorzianti, in termini di flessibilità deve essere maggiore del costo di un chiaro principio. È così anche se accontentarsi di un principio chiaro, o di una gerarchia di principi, significa che in alcuni casi la soluzione creata per un soggetto è meno che ideale[82]".

---

[78] See Jenny Burley and Francis Regan, *Divorce in Ireland: The Fear, The Floodgates and The Reality,* 2002, International Journal of Law, Policy and the Family, 16(2), 202.

[79] Note this figure has fallen from 84.2 per cent in 2011. 2016 Census 'Chapter 8: Religion', see http://www.cso.ie/en/media/csoie/releasespublications/documents/population/2017/Chapter_8_Religion.pdf

[80] In 2015, Ireland recorded a mere 0.6 divorces per 1,000 population. Italy's rate was slightly higher at 0.9 divorces per 1,000 population. The EU average was 2.0 divorces per 1,000 population. See CSO, Measuring Ireland's Progress 2015: Society – Population available to download at http://www.cso.ie/en/releasesandpublications/ep/p-mip/mip2015/soc/sp/.

[81] Economic and Social Research Institute, *Family Figures: Family Dynamics and Family Types in Ireland 1986-2006*, 2009, 39, www.fsa.ie/fileadmin/user_upload/Files/Familly_Figures.pdf.

[82] *Ibidem* 106. Referring to ancillary relief on the breakdown of cohabitant relationships, the Law Commission for England and Wales in *Cohabitation: The Financial Consequences of Relationship Breakdown,* 2007, [4.3] noted, *'Results must be predictable, not with mathematical precision but with some degree of confidence.'* It continued at [4.16], '*We regard it as particularly important that the court should not be presented with a "menu" that simply invites the judge to "have regard to" a wide range of considerations without any prioritisation in deciding what relief is appropriate to the circumstances of the case.'*

Inoltre, in un commento che potrebbe ugualmente essere applicato alla scena irlandese, la *Scottish Law Commission* ha notato i seri svantaggi di avere una discrezionalità senza obiettivi condannandola come "*an abdication of responsibility by Parliament in favour of the judiciary ... [and] also an abdication of all collective responsibility in favour of the conscience of the single judge*" ("una rinuncia di responsabilità da parte del Parlamento in favore dell'autorità giudiziaria… [e] anche una rinuncia della responsabilità collettivo in favore della coscienza del singolo giudice")[83].

E allora, dal momento che ormai abbiamo celebrato il ventesimo anniversario dell'entrata in vigore della legge del 1996, speriamo che verrà colta l'opportunità di una revisione completa ed esaustiva della legge sul divorzio in Irlanda. Dopotutto, è meglio tardi che mai.

---

[*] I would like to sincerely thank Ms Alessia Campagnaro, University of Padua, for her help in translating this article. Any errors are my own.

---

[83] See Scottish Law Commission, *Report on Aliment and Financial Provision,* 1981, Scot Law Com No 67, [3.37].