



**GRUPPO
di PISA**

Dibattito aperto sul Diritto
e la Giustizia Costituzionale

La Rivista / Quaderno n° 6

Fascicolo speciale monografico

A cura di

**Marta AURINO, Alessandro DE NICOLA,
Maria Chiara GIRARDI, Laura RESTUCCIA,
Pietro VILLASCHI**

**«Le giurisdizioni costituzionali nel XXI secolo:
questioni attuali e prospettive future»**

in memoria di

PAOLO CARROZZA



**GRUPPO
di PISA**

Dibattito aperto sul Diritto
e la Giustizia Costituzionale

**La Rivista / Quaderno n° 6
Fascicolo speciale monografico**

A cura di

**Marta AURINO – Alessandro DE NICOLA –
Maria Chiara GIRARDI – Laura RESTUCCIA – Pietro VILLASCHI**

**Le giurisdizioni costituzionali nel XXI secolo:
questioni attuali e prospettive future**

Atti del Seminario di diritto comparato – 16 marzo 2023

in memoria di
Paolo Carrozza

Contributi di:

S. Benvenuti – R. Cabazzi – D. Caccioppo – M. Caldironi – D. Camoni – M. Carniama
– E. Cavasino – A. Chiappetta – I. Ciolli – I. De Cesare – M. D’Amico – V. Di Capua
– J. Ferracuti – S. Filippi – G. Formici – A. Formisano – E. Gabriele – G. Galustian –
P. Gambatesa – I. Giugni – I. Gómez Fernández – K. Goni – A. González Moro – F.E.
Grisostolo – F. La Placa – B. Liberali – A. Lo Calzo – L. Madau – L. Mariantoni – M.
Millon – R. Niro – C. Padrin – L. Pace – G. Repetto – A. Riccioli – Giu. Serges – F.
Severa – E. Skrebo – S. Sydoryk – L. Tregou-Delvescovo – J. Vachey – L.P. Vanoni
– G. Vasino – G. Verrigno – P. Villaschi – D. Zecca.

Quaderno monografico abbinato al fascicolo 2023/3 de «La Rivista Gruppo di Pisa»

Atti del Seminario di diritto comparato dell'Associazione "Gruppo di Pisa" del 16 marzo 2023 su "Le giurisdizioni costituzionali nel XXI secolo: questioni attuali e prospettive future" – Università degli Studi di Milano

Tutti i contributi sono stati sottoposti a referaggio ai sensi dell'art. 5 del Regolamento della Rivista

Finito di comporre nel mese di dicembre 2023

La Rivista **Gruppo di Pisa. Dibattito aperto sul Diritto e la Giustizia Costituzionale** è inclusa tra le riviste scientifiche dell'Area 12 - Scienze giuridiche. Codice **ISSN: 2039-8026**.

Per il triennio 2023-2025, **Direttore responsabile:** Massimo Siclari (*Università degli Studi «Roma Tre»*).

Comitato di Direzione: Andrea Cardone – Referente responsabile per la Rivista (*Università degli Studi di Firenze*), Tanja Cerruti (*Università degli Studi di Torino*), Nannerel Fiano (*Università degli Studi di Milano*), Nicola Pignatelli (*Università degli Studi di Bari «Aldo Moro»*), Alessio Rauti (*Università degli Studi «Mediterranea» di Reggio Calabria*), Michela Troisi (*Università degli Studi di Napoli Federico II*).

Comitato di Redazione: COORDINAMENTO TRA LE SEZIONI: Antonello Lo Calzo – Coordinatore del Comitato di redazione (*Università di Pisa*), Pietro Villaschi (*Università degli Studi di Milano*).

SEZIONE SAGGI E RELAZIONI: Stefano Bissaro (*Università degli Studi di Milano*), Arianna Carminati (*Università degli Studi di Brescia*), Lavinia Del Corona (*Università degli Studi di Milano*), Giuseppe Donato (*Università degli Studi di Messina*), Alessia Fusco (*Università degli Studi di Torino*), Valentina Pupo (*Università degli Studi «Magna Græcia» di Catanzaro*), Umberto Ronga (*Università degli Studi di Napoli Federico II*), Giuliano Serges (*Università degli Studi «Roma Tre»*).

SEZIONE RECENSIONI: Alberto Arcuri (*Scuola Superiore Sant'Anna di Pisa*), Antonino Amato (*Università degli Studi di Messina*), Costanza Nardocci (*Università degli Studi di Milano*), Leonardo Pace (*Università degli Studi «Roma Tre»*), Giada Ragone (*Università degli Studi di Milano*).

SEZIONE FORUM: Bruno Brancati (*Università di Pisa*), Rossana Caridà (*Università degli Studi «Magna Græcia» di Catanzaro*), Cristina Luzzi (*Università di Pisa*), Cecilia Siccardi (*Università degli Studi di Milano*).



**GRUPPO
di PISA**

Dibattito aperto sul Diritto
e la Giustizia Costituzionale

RIVISTA DEL GRUPPO DI PISA - INDICE DEL FASCICOLO SPECIALE N° 6

Nota dei curatori

Marta AURINO, Alessandro DE NICOLA, Maria Chiara GIRARDI, Laura RESTUCCIA,
Pietro VILLASCHI..... 1

Presentazione

Marilisa D'AMICO, *Presentazione*..... 5

Introduzione al Seminario

Gohar GALUSTIAN, *Introduction et remerciements*..... 9

Giuliano SERGES, *Saluti introduttivi*..... 11

PRIMA SESSIONE

Relazioni

Elisa CAVASINO, *La giustizia costituzionale nel XXI secolo: l'esperienza italiana*..... 17

Itziar GOMEZ FERNANDEZ, *La jurisdicción constitucional española en el s XXI:
cuestiones actuales y perspectivas futuras*..... 47

Giorgio REPETTO, *Ascesa, trasformazione e crisi del Bundesverfassungsgericht.
Il modello tedesco di giustizia costituzionale alla prova dell'esperienza*..... 73

Luca Pietro VANONI, *La Corte Suprema americana nell'era della polarizzazione:
una riflessione costituzionale su Judicial Activism e Judicial Supremacy*..... 99

SECONDA SESSIONE

PARTE I

LE FONTI DELLA GIUSTIZIA COSTITUZIONALE, TRA PROBLEMI E PROSPETTIVE DI RIFORMA

Introduzione ai lavori del I Atelier

Leonardo PACE, *Le fonti della giustizia costituzionale, tra problemi e prospettive di riforma. Introduzione ai lavori del I atelier*..... 139

Contributi dei partecipanti

Riccardo CABAZZI, *Quando la Corte non c'è...il legislatore "balla": enti locali e "spazi" costituzionali*..... 151

Viviana DI CAPUA, *I diritti fondamentali al cospetto del giudice costituzionale. Una riflessione a partire dal reclamo alla Corte costituzionale nella Repubblica della Lettonia* 165

Jacopo FERRACUTI, *Conflitti interorganici e procedimento "bifasico". Un unicum tutto italiano?*..... 183

Silvia FILIPPI, *I conflitti di attribuzione sollevati dai parlamentari dopo l'ordinanza n. 17 del 2019. Profili critici e riflessioni a margine del procedimento di Organstreit*..... 197

Lorenzo MADAU, *I decreti del Presidente della Corte costituzionale: l'emergere di una nuova fonte atipica del diritto processuale costituzionale?*..... 213

Luca MARIANTONI, *Al di là di accoglimento ed ammissibilità. Gli effetti delle (più o meno) nuove tecniche decisorie della Corte costituzionale sul referendum abrogativo e sulla futura giurisprudenza*..... 229

Maxime MILLON, *La célérité, clé de voûte de l'efficience de la procédure QPC*..... 247

Sacha SYDORYK, *Modifier les décisions constitutionnelles insusceptibles de recours : le cas de la rectification d'erreur matérielle des décisions du Conseil constitutionnel*..... 265

Giulia VASINO, *Sulla dialettica fra Corte e legislatore alla luce delle recenti evoluzioni del processo costituzionale. Verso un primo bilancio*..... 277

Conclusioni

Raffaella NIRO, *Il giudice costituzionale e il suo giudizio nell'evoluzione delle fonti: note sparse riassuntive*..... 295

PARTE II

EVOLUZIONE, COMMISTIONE, EVANESCENZA DEI MODELLI DI GIUSTIZIA COSTITUZIONALE

Introduzione ai lavori del II Atelier

Pietro VILLASCHI, *Evoluzione, commistione, evanescenza dei modelli di giustizia costituzionale. Introduzione ai lavori del II atelier*..... 319

Contributi dei partecipanti

Andrea CHIAPPETTA, *L'undefettibile centralità della Corte costituzionale nella tutela multilevel: tra quantità dei diritti e qualità della protezione*..... 321

Ilaria DE CESARE, *Il modello accentrato italiano nella recente giurisprudenza sulla doppia pregiudiziale*..... 335

Emanuele GABRIELE, *Sistemi democratici e assenza di constitutional review of legislation. Dibattiti e prospettive di riforma negli ordinamenti olandese e britannico*..... 349

Kassandra GONI, *L'utilisation de l'argument consequentialiste par les Jurisdictions constitutionnelles*..... 361

Francesco Emanuele GRISOSTOLO, *Il controllo sull'esercizio del potere pubblico fra giustizia costituzionale e giustizia amministrativa. Fenomeni di circolazione delle tecniche di giudizio in prospettiva comparata*..... 375

Ferdinando LA PLACA, *L'evoluzione del controllo di costituzionalità: da un controllo esclusivamente preventivo ad un controllo diffuso. Il caso finlandese e la recente proposta di riforma nei Paesi Bassi*..... 391

Francesco SEVERA, *Il caso della riforma giudiziaria israeliana: sindacato di costituzionalità e potere politico, tra dialogo e conflitto*..... 403

Conclusioni

Simone BENVENUTI, *Il posto delle giurisdizioni costituzionali nel XXI secolo tra funzione di garanzia della Costituzione e indirizzo politico-costituzionale*..... 421

PARTE III

IL RUOLO DELLE GIURISDIZIONI COSTITUZIONALI NELL’ENUCLEAZIONE DEI DIRITTI

Introduzione ai lavori del III Atelier

Julien VACHEY, *Le rôle de la Cour constitutionnelle dans la consécration de nouveaux droits. Introduction aux travaux de l’atelier III*..... 441

Contributi dei partecipanti

Dorinda CACCIOPPO, *L’ambiente negli esiti del (supposto) dialogo tra legislatore costituzionale, Corte costituzionale e corti sovranazionali: il caso italiano e francese a confronto*.....445

Mathieu CARNIAMA, *Le rôle limité de la justice constitutionnelle en matière de « constitutionnalisme vert » dans l’Indianocéanie*..... 461

Giulia FORMICI, *Il ruolo delle giurisdizioni costituzionali nell’era tecnologica: verso un digital rule of law?*.....469

Paolo GAMBATESA, *La disapplicazione per contrasto con il diritto UE e la tutela dei diritti fondamentali. Un confronto tra i più recenti orientamenti della Corte costituzionale italiana e del Tribunal constitucional spagnolo*..... 487

Ilaria GIUGNI, *Scontro fra le Corti e rivitalizzazione del principio di legalità penale*..... 501

Chiara PADRIN, *Riflessioni sulla l. cost. 1/2022 in una «prospettiva orientata al futuro»: verso la configurazione di una tutela del clima?*..... 511

Edin SKREBO, *Corti costituzionali, diritti e transizione: Bosnia ed Erzegovina e Kosovo a confronto*..... 527

Davide ZECCA, *La funzione di profilassi costituzionale come evoluzione del ruolo dei giudici costituzionali nell’interpretazione delle garanzie processuali in materia penalistica*..... 547

Conclusioni

Ines CIOLLI, *Il ruolo del giudice costituzionale in tema di enucleazione di nuovi diritti*..... 561

PARTE IV

IL RUOLO DELLE GIURISDIZIONI COSTITUZIONALI NEL SISTEMA ISTITUZIONALE

Introduzione ai lavori del IV Atelier

Antonello LO CALZO, *Il ruolo delle giurisdizioni costituzionali nel sistema istituzionale. Introduzione ai lavori del IV atelier*..... 577

Contributi dei partecipanti

Matteo CALDIRONI, *La "leale collaborazione" tra Corte costituzionale e legislatore*..... 589

Daniele CAMONI, *Le Corti costituzionali, tra vizi del procedimento legislativo e tutela delle minoranze parlamentari. Una comparazione tra Spagna e Italia*..... 603

Aniello FORMISANO, *Instabilità politica e rischi di sconfinamento degli organi di garanzia: considerazioni su come limitarli*..... 617

Alicia GONZÁLEZ MORO, *La democrazia interna dei partiti politici davanti alla giurisdizione costituzionale. Un'analisi dalla prospettiva italo-spagnola*..... 631

Alessia RICCIOLI, *Corti costituzionali a confronto: come cambia il fenomeno del judicial activism nel panorama costituzionale colombiano e italiano*..... 645

Lucas TREGOU-DELVESCOVO, *La doctrine italienne du droit vivant : ressource pour le Conseil constitutionnel?*..... 659

Giuseppe VERRIGNO, *Corte costituzionale e opinione pubblica: ragioni ed effetti di un rapporto in evoluzione*..... 675

Conclusioni

Benedetta LIBERALI, *"Al crocevia di spinte politiche, di suggestioni riformatrici, di possibili diverse interpretazioni del testo costituzionale": il ruolo della Corte costituzionale nel sistema istituzionale*..... 689

Informazioni sui Curatori e sugli Autori..... 715



QUARTA EDIZIONE DEL SEMINARIO INTERNAZIONALE DI DIRITTO COMPARATO
«LE GIURISDIZIONI COSTITUZIONALI NEL XXI SECOLO: QUESTIONI ATTUALI E
PROSPETTIVE FUTURE»
IN MEMORIA DEL PROF. PAOLO CARROZZA

IL CASO DELLA RIFORMA GIUDIZIARIA ISRAELIANA: SINDACATO DI COSTITUZIONALITÀ E POTERE POLITICO, TRA DIALOGO E CONFLITTO

FRANCESCO SEVERA

SOMMARIO: 1. Perché non scrivere la costituzione. – 2. Perché non scrivere la costituzione in Israele: elementi di storia costituzionale. – 3. Perché non scrivere la costituzione in Israele: elementi politico-giuridici. – 4. Ben Gurion vs Barak: la riforma giudiziaria e il “processo costituzionale aperto” israeliano. – 5. Conclusioni di contesto: il ruolo dei giudici costituzionali oggi.

1. Perché non scrivere la costituzione

Veziò Crisafulli a ragione usava distinguere tra costituzione in senso storico-politico e costituzione come documento. La prima necessaria per l'esistenza di ogni ordinamento, la seconda che presuppone la presenza dell'altra, pur se con la pretesa di orientarne senso e significati. Crisafulli agganciava la distinzione alla tradizione costituzionale liberal-democratica dell'età moderna, che si muoveva sull'orizzonte di due esigenze concorrenti: da una parte, la necessità di «dare allo Stato una certa costituzione, ossia un particolare tipo di ordinamento, diverso da quello assolutistico e feudale, e che anzitutto garantisse una serie di libertà individuali, ritenute patrimonio essenziale della persona umana, circoscrivendo e limitando in conseguenza l'azione dell'autorità»¹; dall'altra, la necessità di farlo in forma scritta, a maggior garanzia dei soggetti titolari di quelle nuove libertà. In buona sostanza, il documento (dunque le disposizioni che esso

¹ Così in V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, Padova 1970, 87.

contiene) finisce per incarnare una scelta politica di fondo, che rimane idealmente presupposta non solo al testo, ma anche agli sviluppi ermeneutici che da quel testo deriveranno. Nel dare un formato positivo alla legge fondamentale, si vuole in definitiva sancire l'affermazione politica su quale sistema sociale, su quale forma di Stato e (di conseguenza) su quale forma di governo si intende "costituire" per quella data comunità. E allora viene da pensare che la necessità di fissare in lettere la legge fondamentale sia direttamente legata all'idea di uno Stato come progettualità politica. E ciò non è rinvenibile solo nelle costituzioni giacobine degli ultimi anni del secolo diciottesimo, ma anche nelle carte ottriate del diciannovesimo e perché non anche nelle costituzioni sociali dell'Europa del primo e secondo dopoguerra. Sta di fatto che il "momento costituzionale", in questi casi, è sì fondativo di una rinnovata progettualità sociale, ma non originario, nel senso che non è elemento costitutivo di una nuova sovranità. Guardiamo alle citate costituzioni giacobine, che introducono nell'ordinamento francese il concetto secondo cui la sovranità appartiene al popolo: cambia l'imputazione del potere sovrano dello Stato francese, ma non l'originaria unità comunitaria, in questo caso nazionale. Lo stesso in Italia, quando il nuovo ordine costituzionale introdotto dal nuovo soggetto di imputazione del potere sovrano, l'Assemblea costituente, si affiancò all'ordine legale precedente (su questo chiarissima la ricostruzione di Mezzanotte²), modificandolo e orientandolo, in prospettiva risucchiandolo interamente, ma senza sostituire l'originaria comunità di destino italiana.

Ci sono però dei casi in cui, al contrario, l'introduzione di una costituzione documento rappresenta la sanzione di una novella sovranità. Per capire il meccanismo un esempio utile possono essere gli Stati Uniti d'America. L'atto fondante il momento costituente americano non è propriamente la Costituzione del 1789, ma la precedente dichiarazione di indipendenza scritta da Thomas Jefferson nel 1776. La sovranità imperiale britannica viene soppiantata da una rinnovata sovranità, autonoma e indipendente. Il problema fu, infatti, la caratterizzazione di questa nuova sovranità, che non solo non poteva essere nazionale, ma che era frammentata in tante istanze coloniali (13 all'inizio), che andavano certo riportate all'unità. Scrive efficacemente Daniel J. Elazar che «il significato profondo della soluzione americana fu quello di escogitare un modo di eludere il problema della sovranità esclusiva degli stati; in altre parole, di fornire un'alternativa moderna per l'organizzazione della comunità politica su una base più democratica di quella dello stato giacobino. Invece di accettare le concezioni europee del XVI secolo dello Stato sovrano, gli americani considerarono che la sovranità appartenesse al popolo. Le varie unità di governo - federali, statali o locali - potevano esercitare solo poteri delegati»³. Non solo, dunque, un nuovo potere sovrano, totalmente indipendente rispetto a quello inglese, ma, al contempo, un nuovo soggetto sovrano, «*we, the people of United States of America*»⁴.

² La distinzione tra ordine costituzionale e ordine legale si ritrova in C. MEZZANOTTE, *Il giudizio sulle leggi. I Le ideologie del costituente*, Milano, 1979.

³ Così D. J. ELAZAR, *Idee e forme del federalismo*, Milano, 1998, 35. Il testo originale di ELAZAR, *Exploring federalism*, è del 1987.

⁴ Così le prime parole del preambolo della Costituzione degli Stati Uniti d'America, in vigore dal marzo 1789.

Anche in questa ipotesi, però, l'azione fondativa della nuova sovranità finisce comunque per essere un atto politico, una decisione che origina nuove regole e, di conseguenza, un ordinamento nuovo. Con Schmitt potremmo dire che è l'istanza politica a prevalere, a segnare l'elemento di novità che origina legalità nuove o sovranità nuove: il politico come elemento di assimilazione strutturale, che "divora" ogni altra sovrastruttura, perfino quella giuridica⁵. Verrebbe da dire, allora, che scrivere una costituzione null'altro significa se non sanzionare ufficialmente una decisione politica di fondo, sia in funzione limitativa (elemento più pronunciato nelle costituzioni di matrice liberale) sia in funzione promissiva (elemento più pronunciato in Weimar e nelle costituzioni del secondo dopoguerra europeo)⁶. In buona sostanza, la costituzione scritta sancisce un momento di rottura con il passato, un mutamento di regime politico, il quale intende assoggettare una passata sovranità ovvero fondarne una nuova.

Se questo è vero, dovremmo arrivare a sostenere che, in un ordinamento in cui la costituzione non ha assunto una forma scritta, in verità sia mancato tale momento di rottura, per ragioni magari storiche o sociali. Ancor di più potremmo dire che, nel detto caso, l'elemento politico non si sia posto in contraddizione rispetto al passato complesso ordinamentale e comunitario, ma in continuità, se non perfino in un atteggiamento di conservazione. È come se in queste esperienze - tra tutte quella inglese, ma anche, a suo modo, quella israeliana - mai si sia manifestato il primato della politica, e quindi dello Stato, sulla società⁷. Parlando soprattutto del caso britannico, le dinamiche e gli equilibri che la socialità ha nel tempo costruito (un lunghissimo tempo), cioè quel complesso rapporto di prerogative, diritti e doveri che convenzionalmente regola in quella specifica realtà la convivenza tra soggetti, come anche tra istituzioni, segna il discrimine tra libertà e suoi limiti, tra potere e suoi limiti. Il *Rule of law*, concetto che propriamente incarna questo ampio deposito, non semplicemente va tutelato, ma il suo preciso rispetto è anche fonte di legittimazione politica. L'etica costituzionale, in questi casi, non ha dunque un carattere promissorio, ma conservativo: la conservazione di un ordine (di un ordinamento)

⁵ Su questo si vedano le interessanti notazioni di A. VON BOGDANDY, *Il "pubblico" nel diritto internazionale alla luce del concetto di politico di Schmitt. Un contributo alla teoria generale del diritto pubblico*, in *costituzionalismo.it*, n. 1/2018.

⁶ Sul valore promissivo e viepiù progettuale dei principi costituzionali rimane insuperato lo studio del già citato V. CRISAFULLI, *La costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, 1952, non poco influenzato dalla dottrina tedesca sul tema.

⁷ La distinzione appare chiarissima nel pensiero di PAOLO GROSSI. Ogni comunità possiede un complesso valoriale proprio: «lo strato dei valori storici è quello delle radici di una società, è il frutto di sedimentazioni lunghe, è l'acquisizione di certezze faticosamente conquistate e diventate, dopo secolari fatiche, patrimonio d'una comunità storica. È quell'*ethos* ampio e aperto che vuol chiamarsi costume e che riesce a caratterizzare un *ethnos*. Con due precisazioni basilari: vive nella storia e dalla storia trae la sua vitalità, non è mai scritto, né nella natura fisica né tanto meno in pretese cifre biologiche differenzianti (un esempio atroce: la razza); rappresenta un modello, altrimenti non sarebbe osservato, ma con una sua disponibilità ad arricchirsi delle maturità dei tempi, a lasciarsene segnare, sia pure nel lento incedere dei tempi lunghi che sono i soli a formare una coscienza collettiva. [...] Ciò vuol dire che il diritto è forse il modo più significativo che ha una comunità di vivere la sua storia» (così P. GROSSI, *Prima lezione di diritto*, Bari-Roma, 2003, 20 ss.). Ecco, la costituzione scritta è in definitiva un atto politico: la volontà di imporre una prevalenza dell'istanza politica su tutte le altre. L'interessata riformulazione del complesso di valori storici, che vengono deformati in funzione della costruzione statale. Nella tradizione anglosassone invece manca tale approccio, continuando a prevalere l'istanza valoriale originaria, vero formante di un diritto libero da ogni estranea distorsione politico-ideologica.

che è espressione del più genuino senso di giustizia della comunità. Questo impone anche una diversa qualificazione della sovranità popolare, che non è concepita, come nel modello rivoluzionario francese, quale creatrice (e dunque anche riformatrice potenziale) dell’ordinamento, ma come “sovranità della terra” (*law of the land*). Essa si esprime e compone in formule e rapporti istituzionali che rispecchiano un certo modello sociale, storicamente fondato, e il momento normativo è funzionale al rispetto di questi equilibri. Per dirla con Francesco Rimoli, quello inglese è in definitiva «un modello sostanzialmente irripetibile di integrazione tra dimensione storico-evolutiva e dimensione normativa del sistema sociale»⁸.

2. Perché non scrivere la costituzione in Israele: elementi di storia costituzionale

In un breve testo del 1993, pubblicato per il Jerusalem Center for Public Affairs (di cui è stato fondatore), Daniel J. Elazar tentò di classificare comparativamente il modello costituzionale israeliano, accostandolo in maniera esplicita a quello inglese⁹. In particolare, il politologo americano inserisce l’esperienza israeliana e quella britannica nell’orbita di quei modelli ordinamentali in cui la costituzione non è altro che l’adattamento moderno di una più antica tradizione costituzionale: «*polities utilizing this model have a deeply-rooted commitment to what can only be characterized as an ancient and continuing constitutional tradition, rooted in their history and culture or religion, or both. The commitment usually finds expression in what is conveniently referred to as an “unwritten constitution”, which often encompasses a collection of documents of constitutional import, each of which marks (or purports to mark) an adaptation of the great tradition to changed circumstances*»¹⁰. La caratteristica di questi modelli è la frammentarietà dei documenti costituzionali; una serie più o meno eterogenea di atti scritti, finalizzati a dichiarare, chiarire o riadattare quelli che vengono considerati principi antichi di convivenza. In effetti, è proprio tale frammentarietà che caratterizza il tessuto costituzionale dell’ordinamento pubblico israeliano: «*the proposal for piecemeal writing of the constitution was accepted so every Knesset is also a constituent assembly that can enact Basic Laws, usually by a modest special majority of 61, namely, half plus one of its total membership*»¹¹.

In realtà, nella solenne dichiarazione di indipendenza del paese - siamo al 14 maggio 1948 - si era specificatamente dichiarato che si sarebbe dovuta eleggere nel

⁸ Così F. RIMOLI, *L’idea di costituzione*, Roma 2011, 122. Per un approfondimento sul modello costituzionale inglese e sulle questioni di politica costituzionale conseguenti all’uscita del Regno Unito dall’Unione europea si veda il recente volume C. MARTINELLI, *La Brexit e la Costituzione britannica. Ome e perché il Regno Unito è uscito dall’Unione europea*, Torino, 2023.

⁹ Il riferimento è a D. J. ELAZAR, *The Constitution of the State of Israel*, in Jerusalem Center for Public Affairs, 1993. Sul sito del centro si possono trovare tutti gli scritti dello studioso su costituzione, governo e politica israeliana, per un periodo di produzione che va dal 1986 al 2001. Sul tema si veda anche M. GOLDFEDER, *The State of Israel’s Constitution. A comaprison of civilized nations*, in Pace International Law Review, 2013.

¹⁰ D. J. ELAZAR, *ult. cit.*, 1993.

¹¹ D. J. ELAZAR, *ult. cit.*, 1993.

termine di pochi mesi un'Assemblea costituente che avrebbe dovuto adottare una costituzione organica. Essa fu in effetti eletta ed entrò in funzione nel gennaio del 1949, aprendo un serio dibattito sui profili che avrebbe dovuto assumere la futura carta fondamentale. Non se ne fece molto. Dopo mesi di discussione, caratterizzati dalla concreta difficoltà di mettere insieme i numeri per approvare un testo condiviso, si preferì optare per una soluzione di compromesso: fu il deputato Yizhar Harari a proporre una risoluzione che prevedeva l'approvazione della costituzione non in un testo organico, ma per differenti capitoli, tali da costituire ognuno una differente legge fondamentale¹². La risoluzione fu approvata dalla prima Knesset il 13 giugno 1950. Fino ai primi anni novanta dello scorso secolo, le leggi fondamentali approvate dalle singole legislature dell'assemblea monocamerale israeliana hanno riguardato la forma di governo dello Stato: la legge fondamentale sulla Knesset (1958), la legge fondamentale sui confini di Israele (1960), la legge fondamentale sul Presidente dello Stato (1964), la legge fondamentale sul Governo (1968, poi modificata nel 1992, 2001 e 2014), la legge fondamentale sull'economia dello Stato (1975), la legge fondamentale sull'esercito (1976), la legge fondamentale su Gerusalemme capitale di Israele (1980), la legge fondamentale sul potere giudiziario (1984), la legge fondamentale sullo *State Comptroller* (1988). La postura ordinamentale delle leggi fondamentali non è mai stata qualitativamente o gerarchicamente differente rispetto alle altre leggi emanate dal Parlamento israeliano. La stessa Corte suprema, in quei primi quarant'anni di vita del paese, aveva in più occasioni rifiutato di riconoscersi il potere di sindacare la costituzionalità delle altre leggi utilizzando le leggi fondamentali quali parametro - anche se in alcune occasioni essa aveva fissato alcune prime coordinate che le avrebbero permesso poi di esercitare una qualche forma di *judicial review of legislation*¹³. Tutto cambiò con l'approvazione della legge fondamentale sulla libertà e dignità umana e della legge fondamentale sul diritto all'occupazione, entrambe del 1992 (la seconda poi modificata nel 1994). L'introduzione di questo primo significativo nucleo di norme in tema di garanzia dei diritti fu salutata da molti qualificati osservatori come una vera e

¹² Qui il testo, tradotto in inglese, della risoluzione Harari: «*the First Knesset instructs the Constitution, Law and Justice Committee to prepare a draft State Constitution. The constitution will be built chapter by chapter, in such a way that each will constitute a separate Basic Law. The chapters shall be presented to the Knesset when the committee completes its work, and all the chapters together shall comprise the Constitution of the State*».

¹³ A segnare l'esplicito rifiuto del massimo organo di giustizia israeliano di procedere a una qualche forma di sindacato di costituzionalità delle leggi è il caso *Rogozinski*, del 1970. Più risalente e altrettanto importante il caso *Ziv* del 1948, in cui la Corte negò esplicitamente che si potesse riconoscere natura costituzionale alla Dichiarazione di indipendenza (siamo agli albori della storia costituzionale di Israele). In realtà, solo qualche mese prima della pronuncia *Rogozinski*, la Corte aveva invalidato una legge sul finanziamento pubblico ai partiti, nella parte in cui negava fondi pubblici alle formazioni che non avevano avuto seggi nella presidente legislatura parlamentare; il tutto per incompatibilità della stessa con la legge fondamentale sulla Knesset. Siamo nel 1969 e il caso porta il nome *Bergman*. Va chiarito che nella medesima decisione i giudici rifiutarono di esprimersi direttamente sullo statuto delle leggi fondamentali e sulla loro eventuale sovraordinazione rispetto alle leggi ordinarie. Infatti, il motivo dell'annullamento non riguarda di per sé la violazione del rapporto gerarchico tra fonti, ma la fonte scelta per approvare la legge sul finanziamento pubblico. Se le questioni legate alla rappresentanza politica sono regolate da una legge fondamentale, per introdurne di nuove bisogna utilizzare comunque questo tipo di fonte, la quale richiede che l'approvazione parlamentare passi almeno per la maggioranza dei membri, cioè 61 voti. Tale posizione della Corte venne rafforzata dalla successiva pronuncia sul caso *Negev* (1974).

propria “rivoluzione costituzionale”, perché nella sostanza tale nuova legislazione fondamentale in tema di dignità umana non imponeva obblighi solo per i cittadini ma per tutte le istituzioni e per gli organi governativi dello Stato, perfino per la stessa Knesset¹⁴. Ciò chiaramente poteva legittimare l'intervento ablativo della Corte suprema quando fosse rilevata una disarmonia tra la legge ordinaria (ma non solo) e le leggi fondamentali: quel potere di *judicial review* che la Corte definitivamente riconobbe a sé stessa con la sentenza *Bank Mizrahi v. Migdal Cooperative Village* del 1995¹⁵. Saranno altre tre le leggi fondamentali approvate sino ad oggi: la legge fondamentale sul referendum del 2014, la legge fondamentale su Israele quale Stato nazione del popolo ebraico del 2018 e la contestata legge di riforma della legge fondamentale sull'ordinamento giudiziario del 2023 (oggetto dei prossimi paragrafi di questo scritto).

3. Perché non scrivere la costituzione in Israele: elementi politico-giuridici

Ora, la breve sintesi storica appena riportata fa emergere alcuni elementi critici nel parallelo di Elazar tra sistema costituzionale inglese e sistema costituzionale israeliano. Non è certo in dubbio il fatto che il processo costituzionale dello Stato di Israele si sia sviluppato in maniera frammentaria e in un lungo percorso di accrescimento che ha modellato un preciso complesso istituzionale e pian piano imposto, in maniera implicita e per via pretoria, le leggi fondamentali quali gerarchicamente sovraordinate rispetto alla legge ordinaria (con tutte le conseguenze del caso). Ma siamo sicuri che tutto questo sia avvenuto nel preciso tentativo di affermare e recuperare principi antichi di convivenza civile, un presupposto senso della giustizia, rapporti istituzionali legittimati da una specifica tradizione consuetudinaria? Ciò implicherebbe che lo sforzo costituzionale israeliano sia stato finalizzato al recupero e alla manifestazione di una precedente dimensione storico-culturale, utile a legittimare le nuove istituzioni e quindi il nuovo Stato. È da verificare se ci siano elementi che possano testimoniare questo secondo carattere che Elazar individua per contrassegnare le esperienze costituzionali simili a quella inglese.

Innanzitutto, potremmo chiederci se ci sia traccia di questo nella dichiarazione di indipendenza del 1948, che è il primo documento fondativo della nuova sovranità dello

¹⁴ L'espressione “rivoluzione costituzionale” si deve ad uno storico articolo del giudice Aharon Barak del 1992, tra i primi a teorizzare gli effetti non irrilevanti dell'approvazione delle nuove leggi fondamentali in tema di dignità umana e diritti sul complesso del sistema costituzionale israeliano. Si veda A. D. J. BARAK, *A constitutional revolution: Israel's basic laws*, in *Constitutional Forum*, 1992.

¹⁵ In qualità di Presidente della Corte suprema, il giudice BARAK, nella propria opinione sul caso, teorizzerà nella sostanza quanto già esplicitato nello scritto del 1992; in particolare, con riguardo alla natura sovraordinata delle leggi fondamentali rispetto alle altre leggi approvate ordinariamente dalla Knesset. Pur non essendoci vincoli di maggioranza, le leggi fondamentali sono espressione non del mero esercizio della funzione legislativa della Knesset, ma del potere costituente che il Parlamento monocamerale israeliano sempre detiene. Dunque, tale particolare *status* ha come diretta conseguenza che una legge fondamentale non possa essere annullata, abrogata o derogata da un ordinario atto legislativo, ma solo ed esclusivamente da un atto che, almeno nominalmente, si ponga allo stesso livello. Ulteriore conseguenza, il vincolo che esse pongono all'esercizio dell'ordinaria funzione legislativa: compito della Corte suprema sindacare il rispetto di tale vincolo.

Stato israeliano. In quel testo, affascinante e dal grande valore simbolico, fin dalle prime righe si collega l'identità spirituale, religiosa e politica del popolo ebraico, la quale «ha creato valori culturali di dimensione nazionale e universale e ha dato al mondo l'eterno Libro dei libri», alla sua specifica identità geografica: *Eretz-Israel*, la terra di Israele. Da ciò deriva il diritto naturale del popolo ebraico ad essere «padrone del proprio destino, come tutte le altre nazioni, nel proprio Stato sovrano». Sulla base, dunque, della Risoluzione delle Nazioni unite del 29 novembre 1947, i firmatari della dichiarazione si impegnarono a dar vita ad uno Stato «basato sulla libertà, la giustizia e la pace, come previsto dai Profeti di Israele; che assicuri completa eguaglianza di diritti sociali e politici a tutti i suoi abitanti, senza differenze di religione, razza o sesso; che garantisca libertà di religione, coscienza, lingua, educazione e cultura; che salvaguardi i Luoghi santi di tutte le religioni; che sia fedele ai principi della Carta della Nazioni unite»¹⁶.

In queste poche righe sembra condensata tutta la questione identitaria del nuovo Stato. Da una parte il richiamo alla tradizione biblica (profetica) e quindi ad uno spazio comunitario fondato sull'*halakhah*, la legge ebraica; dall'altro le formule proprie delle democrazie liberali e del sionismo universalista di Theodor Herzl, fondate su quel pluralismo sociale e religioso che viene presentato anche quale strumento di custodia e garanzia di accesso ai Luoghi santi delle tre religioni monoteiste. Laici e ortodossi, sionisti e non sionisti. Fin dalla sua fondazione, il nuovo ordinamento costituzionale israeliano è tutto proteso a cercare la formula ideale per tenere insieme questi due estremi e tutto quello che tra gli estremi si pone. Contarono le provenienze geografiche della nuova classe dirigente e dei nuovi cittadini: da una parte gli aschenaziti, gli ebrei cioè proveniente dall'Europa centrale e orientale, tra i quali prevaleva certo un approccio laico e una certa sensibilità all'opera di Herzl; dall'altra i sefarditi, i discendenti degli ebrei cacciati dalla Spagna nel 1492 e fuggiti lungo le rotte mediterranee verso Italia, Balcani e Impero ottomano, tra i quali prevaleva invece la componente religiosa e una certa difficoltà a condividere un approccio propriamente laico. Contarono le differenti tradizioni giuridiche a cui essi si richiamavano: la stesura delle prime bozze, mai approvate, di costituzione fu affidata a Leo Kohn, che era arrivato nel 1921 in Palestina partendo dalla nativa Germania. Egli curò ben tre differenti bozze tra il 1947 e il 1948, fortemente ispirate alla costituzione weimariana del 1919 oltreché a quella degli Stati Uniti, esenti da riferimenti religiosi; scritte in inglese e poi tradotte in ebraico, queste furono sottoposte all'accesa critica delle componenti più religiose, che volevano sancire esplicitamente nella carta fondamentale il primato della legge ebraica e dei suoi principi su quelli della costituzione, i quali avrebbero al contrario dovuto svolgere un mero ruolo suppletivo ad uso della Corti giudiziarie. Da considerare poi che, tra i giuristi della diaspora, oltre alla componente di scuola tedesca, ampia era quella educata in Inghilterra e Stati Uniti, quindi con una forte impronta di common law e poco incline ad avere un sistema giuridico irrigidito da una costituzione scritta. Non è irrilevante poi l'influenza dei modelli di organizzazione sociale propri della vecchia amministrazione ottomana, a

¹⁶ I passi qui riportati del testo della Dichiarazione di indipendenza dello Stato di Israele, proclamata il 14 maggio del 1948 da DAVID BEN GURION, sono stati tradotti in italiano direttamente dalla versione inglese.

cui l'*Yishuv* (la prima comunità ebraica stabilitasi in Palestina a fine Ottocento sotto il governo del Sultano) si era ispirato: in particolare il *millet*, cioè il complesso di istituti che regolava (assicurandone una certa autonomia) alcune comunità religiose non islamiche residenti però nel territorio soggetto alla Sublime porta; una possibile soluzione alle istanze autonome delle comunità più ortodosse¹⁷. Si potrebbe allora ingenuamente osservare che l'approdo alla soluzione Harari e dunque la mancanza di una costituzione organica in Israele sia, nella sostanza, una conseguenza di questo particolarismo davvero difficile da ricondurre ad unità su un testo fondativo e dunque vincolante per tutti. Nulla più che una scelta di necessità. In verità, a guardare meglio i fatti, in questa costruzione frammentata del testo costituzionale vi è una precisa volontà politica e forse perfino un modello costituzionale del tutto peculiare.

Per spiegare la cosa, dobbiamo fare appello ad uno dei protagonisti del processo politico di costruzione dello Stato di Israele, David Ben Gurion, vera e propria coscienza della questione identitaria del nuovo paese¹⁸. Egli è stato il primo firmatario della Dichiarazione di indipendenza, vero e proprio fondatore dello Stato israeliano, nato nel 1886 come David Grün in una città dell'attuale Polonia, allora parte dell'Impero russo. Aschenazita di cultura yiddish, aveva aderito al movimento sionista internazionale e si era trasferito giovanissimo nella Palestina ottomana per guidare la costruzione di una nuova e autonoma comunità ebraica. Egli era pienamente consapevole della difficoltà di mettere insieme le ampie sfumature che componevano la comunità ebraica dell'epoca, ma anche, allo stesso tempo, della necessità di tenere insieme queste differenti istanze, laiche o religiose che fossero. Bisognava innanzitutto far rientrare l'opposizione di principio che le componenti ebraiche più ortodosse (*haredi*) avevano nei confronti di uno Stato ebraico fondato su principi laici (e sorto prima della venuta del Messia!). Ben Gurion riuscì a negoziare un compromesso nel 1947 con il partito confessionale *Agudat Yisrael*, il quale si impegnava a non opporsi alla nascita del futuro Stato in cambio (1) dell'osservanza pubblica dello *Shabbat* quale giorno di riposo, (2) del riconoscimento della competenza esclusiva dei tribunali rabbinici con riguardo allo *status personae* degli ebrei osservanti, (3) dell'autonomia delle scuole religiose¹⁹. A questo primo tassello unitario, Ben Gurion ne aggiunse un altro nel 1949, nel pieno del dibattito costituente, schierandosi esplicitamente contro la scrittura di una costituzione. In uno dei suoi discorsi innanzi alla Commissione per la costituzione, la legge e la giustizia della prima Knesset, il 13 luglio 1949, Ben Gurion specificò i motivi per cui il futuro Stato di Israele non aveva bisogno di una costituzione scritta le cui norme avessero un valore diverso rispetto a

¹⁷ Una precisa e ricca ricostruzione di questo complesso di istanze religiose, sociali e giuridiche diverse e contrapposte si ritrova nelle pagine di L. CARACCILO, *La sindrome ottomana*, in *Limes*, n. 3/2023: l'editoriale di un intero numero della prima rivista italiana di geopolitica dedicato completamente alla questione israeliana. Molto evocativo il titolo del volume: "*Israele contro Israele*".

¹⁸ Sul contributo di BEN GURION alla nascita dell'ordinamento costituzionale israeliano, va segnalato N. KEDAR, *David Ben-Gurion and the Foundation of Israeli Democracy*, USA, 2021. Dello stesso autore, già professore di storia del diritto alla Bar-Ilan University, si veda il precedente N. KEDAR, *Law and Identity in Israel. A Century of Debate*, UK 2019. Ancora da segnalare, N. ROGACHEVSKY, *Israel's Declaration of Independence: The History and Political Theory of the Nation's Founding Moment*, UK, 2023.

¹⁹ Per una lettura più estesa della questione dello status personae e della cittadinanza in Israele si veda E. CAMPPELLI, *Prove di convivenza. L'istituto della cittadinanza nell'ordinamento giuridico israeliano*, Firenze, 2022.

quello della legge. Seguendo le argomentazioni di Ben Gurion, le ragioni per cui alcune nazioni hanno assunto dei documenti costituzionali sono essenzialmente due: quando vi è un problema di differenziazione di poteri e competenze tra autorità centrale e autorità periferica (Stati Uniti) oppure quando la costituzione nasce come conseguenza di un cambio di regime, cioè quando un atto rivoluzionario depone un governo che non riconosce determinate libertà e dunque nella costituzione si chiarisce che quelle libertà non verranno più messe in discussione dal nuovo governo (Francia). Secondo Ben Gurion, nessuna di queste due circostanze si può riscontrare nel processo di costituzione dello Stato di Israele. Ancora, egli si sofferma sul diverso valore che le norme di natura costituzionale dovrebbero avere rispetto alla legge. Il fatto che la maggioranza semplice della Knesset non possa modificare una disposizione di natura costituzionale è per Ben Gurion un inutile irrigidimento del sistema e soprattutto una limitazione ingiustificata del potere politico. Cosa ancor più evidente quando si guarda alla conseguenza immediata di questo, cioè all'inevitabile controllo di costituzionalità sulle leggi da affidare alla Corte suprema. Dice il nostro, *«we chose a parliamentary form of government. The nation decides on the laws, and their representatives implement them. I don't think it's possible to delegate authority to the court to decide whether the laws are kosher or not kosher. [...] With the divisions that exist among us, with the hysteria, and with our need to educate ourselves in the rule of law, to educate ourselves in recognition of democratic practice in the nation, we must not allow a minority to prevent the passage of laws on the grounds that a supermajority is required for certain "special" laws. I think this would be dangerous here. Better that they pass a bad law than that a minority takes over. For the people will not accept this! Even the rule of the majority is not so quickly accepted among us. The rule of a minority? This won't be accepted. There also isn't any moral or logical justification for it»*. La preoccupazione di Ben Gurion è soprattutto quella di evitare, in un panorama di grandi divisioni interne, che possano giuridicamente assestarsi valori e principi di una parte in maniera irreversibile. Se esiste la necessità di bilanciare istanze differenti, questo bilanciamento non può essere fatto una volta per tutte con un documento costituzionale, ma va stabilito volta per volta in un lento processo di accrescimento che sia sempre reversibile o comunque modificabile. Ecco perché è la legge ordinaria, approvata a maggioranza semplice, lo strumento più utile a definire i contenuti costituzionali del sistema. Dice ancora Ben Gurion, *«I am in favor of laws in the Knesset: laws regarding elections, on the presidency, on the government. But let us not involve ourselves in declarations. We made a declaration once. That time it was just. And the Declaration has pedagogic value. In general, parliament involves itself in the making of laws for the needs of the time and the hour. Law is the fruit of its time; there is no eternity in law»²⁰*.

A prescindere dalla correttezza storico-giuridica delle argomentazioni di Ben Gurion sulle costituzioni scritte, è interessante rilevare come la scelta di non scrivere una carta fondamentale organica in Israele non sia semplicemente il frutto della constatazione delle differenze interne alla classe dirigente israeliana, ma una precisa scelta di natura

²⁰ Gli stralci qui riportati del discorso di BEN GURION sono ripresi dalla traduzione inglese di N. ROGACHEVSKY per la rivista israeliana *Mosaic*.

politica. È come se si decidesse di dare una natura permanente al processo costituzionale, da costruire attraverso una pluralità di decisioni politiche assunte con leggi approvate a maggioranza da un Parlamento, la Knesset, sempre eletto su base proporzionale. La formula unitaria israeliana si costruisce dunque nella concretezza delle decisioni politiche, con un percorso costituzionale aperto alle interazioni (parlamentari) tra istanze diverse e tradizioni culturali differenti. È paradossale rilevare come, nel caso israeliano, il primato della politica sulla società non si affermi quindi con la solenne sanzione di una costituzione scritta, ma sulla consapevole scelta di dover scongiurare tale circostanza, riservando ogni fiducia nella flessibilità della legge.

Sembra interessante interrogarsi sui frutti di questo specifico approccio. Sotto un profilo specificatamente sociologico, le linee fluide di questo modello non sembrano aver ricomposto le fratture originarie presenti nella popolazione del nuovo Stato. È del giugno 2015 il famoso discorso dell’allora Presidente israeliano Reuven Rivlin, il quale con un certo realismo politico fotografò una società israeliana divisa in quelle che egli stesso chiamò quattro differenti “tribù”: una sionista-laica, una sionista-religiosa, una ultraortodossa e una araba. Questi quattro frammenti vivono quasi in autonomia, ognuno con propri differenti ideali, propri valori, proprie scuole, ma con eguale diritto di cittadinanza²¹. Questa perpetuazione dello *status quo* originario sconta però una profonda disarmonia con l’evoluzione costituzionale che negli anni Novanta si è imposta nel paese. Come abbiamo accennato, la “rivoluzione” seguita all’approvazione delle leggi fondamentali sui diritti e la dignità umana ha in realtà cambiato alcuni caratteri del modello di Ben Gurion. Il nuovo *status* riconosciuto in via pretoria alle leggi fondamentali e il potere di *judicial review* acquisito dalla Corte suprema ha nella sostanza normalizzato e in un certo senso secolarizzato il modello ad accrescimento progressivo, superando i due elementi costitutivi che nel 1949 David Ben Gurion aveva individuato: niente costituzione scritta, niente sindacato di costituzionalità. È stata questa una violazione del patto fondativo? Qualcosa che alcune delle tribù hanno letto come fortemente lesivo delle loro prerogative autonome? Se questa fosse la chiave di lettura, ben si potrebbe spiegare il grande valore assunto nel dibattito pubblico israeliano dalla legge di riforma della legge fondamentale sulla funzione giurisdizionale (2023). Essa non è altro che il chiaro tentativo di limitare gli effetti della “rivoluzione costituzionale” degli anni Novanta, al fine di recuperare alcuni elementi del patto fondativo israeliano. Facile immaginare quanto questo possa toccare le corde profonde del paese, proprio perché incide sul modello di convivenza di una comunità che resta comunque profondamente divisa. Lo approfondiremo.

Al netto di ciò, possiamo a questo punto ben dire come sia difficile ogni forma di classificazione comparatistica di un modello come questo, che ben si distingue da quello inglese, al contrario di quanto affermato da Elazar, in quanto manca una specifica tradizione sociale di riferimento a cui agganciare la legittimazione delle istituzioni, ma che non sembra potersi avvicinare in realtà a nessun’altra esperienza. Le sue peculiarità sono la conseguenza di una storia costituzionale altrettanto singolare. Uno spazio pubblico il cui modello costituzionale rimane aperto e affidato ad un sempre reversibile

²¹ RIVLIN tenne il discorso il 7 giugno 2015, in occasione della quindicesima *Herzliya Conference*.

compromesso politico, a garanzia delle sue differenti componenti. Questa idea che debba essere la politica il punto di caduta del bilanciamento tra differenti istanze sociali ha cominciato a essere messo in ombra da un rinnovato attivismo della massima corte giudiziaria israeliana, che si è nel tempo ritagliata un potere di chiusura del sistema costituzionale, tale per cui, in realtà, quel modello costituzionale originario sembra cambiare alcuni suoi connotati.

4. Ben Gurion vs Barak: la riforma giudiziaria e il "processo costituzionale aperto" israeliano

Aharon Barak ha rappresentato la viva coscienza di quella che lui stesso definì la "rivoluzione costituzionale" israeliana. In un suo famoso articolo del 1992 fu egli a sottolineare come le nuove leggi fondamentali approvate quell'anno avessero introdotto un nucleo duro valoriale che impegnava le istituzioni (e quindi anche il Parlamento e il Governo) e il cui carattere sovraordinato permetteva al potere giudiziario di sindacare leggi e atti di governo che si ponessero in contrasto con essi. Fu lo stesso Barak, divenuto Presidente della Corte suprema, a firmare la citata sentenza *Bank Mizrahi* del 1995, con la quale venne introdotto per la prima volta nel sistema israeliano una forma di *judicial review*²². Facile immaginare come questo influì sul sistema costituzionale che abbiamo prima descritto, rafforzando il ruolo del massimo organo giudiziario e trasformandolo nel nuovo punto di caduta del bilanciamento tra istanze sociali di cui prima abbiamo parlato. Scrive Barak nel 2009, «io concepisco il mio ruolo di giudice della Suprema Corte di uno Stato democratico come protezione della costituzione e della democrazia. Non possiamo dare per scontata la perpetua esistenza della democrazia. Questo è certamente il caso delle nuove democrazie, ma ciò è anche vero per quelle vecchie e consolidate. L'atteggiamento del "a noi non può succedere" non può valere a lungo. Tutto può succedere. Se la democrazia fu travolta e distrutta nella Germania di Kant, Beethoven e Goethe, questo può accadere ovunque. Se noi non proteggiamo la democrazia, la democrazia non ci proteggerà. [...] so che una delle lezioni dell'Olocausto e della Seconda Guerra Mondiale è la necessità di avere costituzioni democratiche e di assicurare che esse siano rese effettive dai giudici della Corte Suprema, il cui compito principale è proteggere la democrazia»²³. Una lettura davvero incisiva dei poteri della Corte suprema, che in quegli anni trovò riscontro nelle molte pronunce in cui la Corte procedette all'annullamento di molteplici provvedimenti delle autorità pubbliche in tema di lotta al terrorismo che non sufficientemente tutelavano la dignità umana²⁴. Infatti, nel sistema israeliano non vi sono

²² Si rimanda qui alle note n. 13 e 14.

²³ Così A. BARAK, *I diritti umani in tempo di terrorismo. Il punto di vista del giudice*, in S. MOCCIA A cura di, *I diritti fondamentali della persona alla prova dell'emergenza*, Napoli, 2009, 37.

²⁴ Recuperando gli stralci di alcune sentenze, si può ricostruire con chiarezza la posizione di BARAK in merito al ruolo forte affidato ai giudici nel vigilare sul bilanciamento tra diritti e necessità di sicurezza. Scrive il *justice* nel caso *Velner* (1994): «la lotta per la legge è incessante. V'è sempre necessità di vigilare sul rispetto della legge. Gli alberi che abbiamo coltivato per molti anni possono essere sradicati con un colpo di accetta. Non dobbiamo mai trascurare la tutela dello Stato di diritto. [...] Questo ruolo di protezione è affidato all'apparato giudiziario nel suo insieme, e alla Suprema Corte in particolare. Ancora una volta, i

limiti specifici di accesso alla corte, né con riguardo al soggetto appellante né con riguardo all'oggetto di cui si chiede l'annullamento (legge o provvedimento amministrativo che sia). In qualche modo, la Corte suprema israeliana condensa in sé quelli che sono i poteri e le prerogative che in Italia sono affidate a Corte costituzionale, Corte di Cassazione e Consiglio di Stato. Questi due elementi di sistema, sommati alla teorica di Barak, hanno fatto della Corte l'organismo di chiusura dell'ordinamento costituzionale israeliano, non solo (efficacemente) a tutela dei diritti dei singoli, ma anche (con qualche problema di legittimazione) quale regolatore delle vicende istituzionali.

La lunga crisi politica che ha colpito Gerusalemme a partire dal 2019, con l'oggettiva difficoltà di comporre una maggioranza in seno alla Knesset e il corrispondente succedersi di ben cinque consultazioni elettorali in poco più di tre anni, ha visto accrescere il ruolo della Corte suprema israeliana, il cui apporto, in più occasioni, è risultato centrale per dirimere questioni di natura propriamente politica. In virtù di questo generale potere di controllo sulla legalità delle decisioni dell'autorità statale, la corte si è trovata spesso a dirimere questioni che interferivano direttamente sui rapporti di forza tra partiti e sulle dinamiche legate alla difficoltosa costruzione delle maggioranze parlamentari. Rientrano in questa tendenza la pronuncia sul caso Edelstein (25 marzo 2020), con cui la Corte ha imposto allo Speaker pro-tempore del parlamento israeliano (tale Yuli Edelstein) di indire le consultazioni per l'elezione del nuovo Speaker, nonostante la prassi costituzionale preveda che esse si possano svolgere solo in concomitanza con il voto di fiducia al nuovo governo. Una decisione che aprì una vera e propria crisi costituzionale, terminata solo con le dimissioni dello stesso Edelstein e l'elezione di Benny Gantz alla guida della Knesset²⁵. Ancora, l'annullamento della nomina a ministro (doppia nomina, visto che rivestiva il ruolo di ministro della salute e degli interni) di Aryeh Deri, capo del partito Shas, in ragione delle sue condanne penali (19 gennaio 2023). Una scelta che ha messo a dura prova la tenuta della maggioranza del governo Netanyahu. È in questo contesto che si inserisce la legge fondamentale di riforma del sistema giudiziario.

Nel gennaio 2023, il nuovo ministro della giustizia del governo di Benjamin Netanyahu, Yariv Levin, depositò alla Knesset una proposta di modifica della legge fondamentale in tema di funzione giurisdizionale (1984), proprio con l'intento di

giudici di questa nazione hanno l'incarico di vigilare sul rispetto dei nostri valori fondamentali e di proteggerli contro chi vorrebbe metterli in discussione». Ciò non toglie la necessità di un bilanciamento tra le esigenze di sicurezza e la tutela dei diritti. Scrive sempre BARAK nella decisione sul caso *Neiman* (1984): «la costituzione non è una prescrizione per il suicidio ed i diritti umani non sono un altare per la distruzione nazionale. Le leggi di un popolo devono essere interpretate partendo dall'assunto che esso voglia continuare ad esistere. I diritti civili dipendono dall'esistenza dello Stato ed essi non possono essere trasformati in una vanga per seppellirlo». Ciò non toglie però che «esiste una barriera di valori che la democrazia non può oltrepassare, anche se il fine che si intende realizzare è meritevole di considerazione» (caso *Adalah*, 2005). L'idea di fondo è che il bilanciamento politico, che è al fondo del patto costituzionale israeliano, non è sufficiente alla tutela dei diritti quando ci si trova in una situazione di emergenza e vi è la necessità di non permettere che il diritto alla sicurezza finisca per prevalere sul rispetto della dignità umana. È questo che rende tale una democrazia!

²⁵ Per una completa ricostruzione si veda R. WELL, *Judicial Intervention in Parliamentary Affairs to Prevent a Coup d'état*, in *Maryland Law Review*, 2021.

revisionare i rapporti tra Corte suprema e potere legislativo. La detta proposta aveva l’obiettivo di intervenire in tre specifici ambiti:

- a. Modalità di nomina dei giudici della Corte suprema. L’attuale disciplina prevede che i quindici giudici della Corte suprema (eletti a vita, con obbligo di dimissioni al compimento di 70 anni di età) siano nominati dal Presidente della Repubblica israeliano tra i nominativi selezionati a maggioranza da uno speciale Comitato giudiziario di selezione composto da nove membri: tre Giudici della Corte Suprema (incluso il Presidente della Corte Suprema), due ministri (uno dei quali deve essere il ministro della giustizia), due membri della Knesset e due rappresentanti dell’Ordine degli Avvocati israeliani. L’intento della riforma è quello di rafforzare la presenza politica nel Comitato, prevedendo una nuova composizione undici membri: tre membri governativi, che saranno il ministro della giustizia, chiamato a presiedere il Comitato, e due altri ministri; tre membri della Knesset, presidenti della principali commissioni interne al parlamento israeliano; tre membri della Corte Suprema, con il Presidente della Corte quale membro di diritto; due rappresentanti pubblici scelti dal Ministro della Giustizia, uno dei quali dovrà essere un avvocato. Evidente come la composizione appaia sbilanciata sulla componente di natura politica, con una probabile sovra-rappresentazione della contingente maggioranza parlamentare.
- b. Regolamentazione del potere giudiziario di controllo sulla legislazione primaria della Knesset. Questa è forse la modifica più interessante ai nostri fini. Come detto, oggi l’esercizio del *judicial review* per la Corte Suprema è stato dedotto dalla stessa in via pretoria a partire dal caso Mizrahi Bank del 1995, in relazione al rispetto della legge fondamentale in tema di diritti approvata nel 1992. La riforma introdurrebbe esplicitamente un sindacato di costituzionalità accentrato nell’ordinamento israeliano, esplicitando la formazione di un nucleo duro di “natura costituzionale” consistente nelle leggi fondamentali dello Stato d’Israele. Stando alla proposta di riforma, si introdurrebbe innanzitutto un divieto esplicito di sindacare giurisdizionalmente una legge fondamentale, a cui seguirebbe la possibilità per la sola Corte Suprema (sindacato accentrato) di annullare una legge contrastante con le dette leggi fondamentali. Tale potere è però, nella riforma, condizionato al fatto che il contrasto debba essere esplicito e debba sussistere tra disposizioni e non tra norme, come anche al fatto che la Corte deliberi l’annullamento con una maggioranza almeno dell’ottanta per cento dei membri. Nel caso in cui la Corte non si pronunci con il pieno consenso di tutti i suoi membri, sarà comunque possibile per la Knesset superare la decisione della Corte approvando nuovamente la legge in forma identica a maggioranza dei propri membri (*override clause*)²⁶.
- c. Impossibilità di utilizzo dei “motivi di irragionevolezza” quale ragione di revisione delle decisioni amministrative. L’irragionevolezza è un tipico strumento ermeneutico della giurisprudenza di *common law*, che la Corte Suprema israeliana

²⁶ Per un importante studio della dottrina ebraica sul tema si veda H. SOMMER, *Poison Pill? Revisiting the Override Mechanism*, in *Interdisciplinary Center (IDC) Herzliyah - Radzyner School of Law*, 2018.

ha acquisito al fine di esercitare il proprio controllo sugli atti delle amministrazioni pubbliche, comprese quelle di diretta emanazione governativa. Nella sostanza, per irragionevolezza si intende nella giurisprudenza del massimo giudice israeliano un errato bilanciamento delle considerazioni rilevanti per prendere una decisione, tale per cui se un atto prescrittivo non si fondi su un’equa valutazione comparativi di interessi in gioco, ancor più se di natura costituzionale, esso può essere annullato. Un elemento che molta dottrina e perfino autorevoli membri della stessa Corte Suprema avevano duramente criticato, proprio in ragione dell’arbitrarietà del suo contenuto. Con la riforma in commento, si propone il divieto di motivare in tali termini l’annullamento di un atto amministrativo.

Come era facile aspettarsi, la proposta non solo ha acceso forti tensioni polemiche interne, sfociate anche in partecipate e animate manifestazioni di piazza contro il governo Netanyahu, ma ha anche generato un ampio dibattito nel mondo accademico israeliano e internazionale. A favore quanti sottolineano la necessità di un contenimento del ruolo della Corte Suprema nel sistema istituzionale israeliano, soprattutto considerando l’invadenza sempre più pervasiva dell’organo giudiziario nella vita politica del paese. Ancora, non pochi rilevano come gli istituti che la riforma vorrebbe introdurre siano presenti in altri ordinamenti costituzionali: la nomina sostanzialmente “politica” dei giudici è un elemento caratteristico dell’ordinamento costituzionale statunitense, come anche di ben 24 sui 36 paesi membri dell’OCSE; la *override clause* è presente anche nell’ordinamento canadese e finlandese²⁷. Contrari quanti sottolineano il grave sbilanciamento che la riforma causerebbe all’equilibrio tra poteri nell’ordinamento israeliano, comportando nella sostanza un incombente controllo politico sul potere giudiziario. Il rischio sarebbe quello di danneggiare il ruolo della Corte Suprema quale organo di garanzia dei diritti delle minoranze²⁸. Non varrebbe a superare tale contestazione il fatto che alcuni degli istituti giuridici che si vogliono introdurre sarebbero presenti in altre stabili e riconosciute democrazie: il fatto di mettere insieme elementi presi da altri contesti giurisdizionali non dà nessuna rassicurazione sul fatto che essi possano legittimamente e ragionevolmente funzionare se innestati insieme in un altro sistema (qualcuno ha parlato della cosiddetta sindrome di Frankenstein)²⁹.

Ora, a prescindere dagli opposti giudizi, è interessante notare come la proposta persegua alcuni evidenti obiettivi: (1) massimizzare l’influenza politica (governativa soprattutto) sulla nomina dei supremi giudici; (2) normare il *judicial review*, ritagliando

²⁷ Tra gli interventi a favore della riforma si veda D. M. WEINBERG, *Israel's Supreme Court needs democratic checks on its power*, in Israel Hayom, 2023 e R. A. SHALEV, *Judicial Reform is Not Dangerous for Israeli Democracy – it is Essential*, in Fathom Journal, 2023. Dello stesso autore, R. A. SHALEV, *With no constitution, an override clause is Israel's only hope*, in Jerusalem Post, 25.12.2022.

²⁸ Si veda S. NAVOT, *Judicial Reform and the Implications for Israeli Democracy*, in Fathom Journal, nov. 2022. Anche l’attuale Presidente della Corte Suprema israeliana, ESHTER HAYUT, in un discorso tenuto ad Haifa lo scorso 12 gennaio ha sollevato dubbi sulle possibili distorsioni che la riforma potrebbe generare nel sistema costituzionale dello Stato d’Israele.

²⁹ Interessanti su questo le osservazioni contenute in J. H. H. WEILER, *Israel: Cry, the Beloved Country*, in Verfassungsblog, 2023. Sulla “sindrome Frankenstein” si veda M. TUSHNET - B. BUGARIC, *Power to the People: Constitutionalism in the Age of Populism*, Oxford, 2022.

per il Parlamento una forma di controllo assai incisiva su questo potere; (3) contenere il controllo giudiziario sui provvedimenti dell'autorità pubblica, impedendone la verifica sulla base del principio di ragionevolezza, di esclusiva creazione pretoria. Nella sostanza il tentativo di limitare le prerogative che la Corte ha costruito per sé stessa dopo la "rivoluzione" degli anni Novanta e riportare il punto di caduta dell'ordinamento sul Parlamento, o meglio sulla contingente maggioranza parlamentare. Sia permesso dire: la rivincita di Ben Gurion contro Barak. La volontà di recuperare quel patto fondativo che voleva il bilanciamento della società israeliana affidato alle dinamiche politiche, al dibattito interno a quella Knesset eletta nel rispetto assoluto della regola proporzionale, a scelte legislative sempre reversibili. E il fatto che la questione della riforma giudiziaria israeliana sia alla fine una riproposizione della fondativa contrapposizione costituzionale tra le varie componenti sociali del nuovo Stato lo si può vedere da un'analisi dei fenomeni di protesta innescato dalla presentazione della proposta di riforma. Una protesta che ha toccato perfino le forze armate israeliane, vero luogo unitario nel paese, visto che la leva militare è obbligatoria per tutti, ad eccezione degli arabi e di alcune componenti religiose. Scrive a proposito di questo Chaim Weizmann, «il fervore della lotta, il conseguente tumulto e l'elevato coinvolgimento emotivo mettono apparentemente in ombra le divisioni strutturali della società israeliana. Ma se si guarda un po' più a fondo si può notare che la spaccatura tra chi vuole rovesciare il regime e coloro che si oppongono a tale iniziativa ricalca quasi esattamente la ripartizione in tribù descritta dall'ex Presidente Rivlin. I sostenitori della riforma giudiziaria, che per la sua portata equivale a un cambio di regime, sono principalmente i partiti ultraortodossi e religiosi che compongono la maggioranza di governo insieme al Likud. Quest'ultimo non può essere definito un partito religioso, ma molti suoi esponenti – dai semplici osservanti della tradizione agli ultrortodossi - lo sono. Gli oppositori appartengono invece perlopiù alla tribù laica, anche se nelle manifestazioni di protesta si possono scorgere sempre più *kippot* di sionisti afferenti alla tribù religiosa»³⁰. Esclusa dalla diatriba la componente araba.

Ecco, questa riforma sta segnando un nuovo punto di svolta del modello costituzionale israeliano. Dopo che la rivoluzione giudiziaria di Barak ha riletto il patto fondativo tutto politico di Ben Gurion, siamo oggi davanti al tentativo di ristabilire questo iniziale equilibrio, sostenuto da quelle forze che meno sentono tutelata la loro autonomia culturale e religiosa dopo la svolta degli anni Novanta. Alla fine, potremmo intenderle come fasi diverse di quel processo costituzionale così singolare che i padri fondatori israeliani avevano immaginato: aperto agli apporti di tutte le componenti della società israeliana, basato su un accrescimento frammentario e contingente, come soggetto il parlamento eletto su base proporzionale, per strumento la legge sempre revisionabile. Il rafforzamento del ruolo della Corte suprema è parte di questo processo e dunque rappresenta un elemento reversibile ovvero è un attributo essenziale della democrazia israeliana e dunque, dopo la sua affermazione, non più negoziabile? Qui sta il punto.

Il 27 marzo 2023, travolto dalle accese proteste, Netanyahu ha deciso di sospendere il procedimento di approvazione della riforma. Uomo dalla lunga esperienza politica non ha però fatto decadere il progetto. Dopo aver organizzato una seria mobilitazione

³⁰ Così C. WEIZMANN, *In ballo c'è la proprietà dello Stato*, in *Limes*, 3/2023, 40.

alternativa alle proteste, ha comunque avviato l’*iter* di approvazione di una parte della proposta di riforma, quella che riguarda il divieto di utilizzo del principio di irragionevolezza per sindacare le decisioni dell’autorità pubblica. Il 23 luglio 2023 la Knesset ha definitivamente approvato la nuova legge di riforma con 64 voti favorevoli e nessun contrario (l’opposizione al momento del voto ha preferito uscire dall’aula).

5. Conclusioni di contesto: il ruolo dei giudici costituzionali oggi

Per dare una lettura di contesto alla questione israeliana, sarà utile richiamare un’immagine ormai famosa e citatissima di Doreen Lustig e Joseph Weiler. Quelle tre differenti *waves*, tre ondate, che segnano l’approccio usato dalle corti costituzionali europee e non solo per disegnare e regolare i rapporti tra diritto interno e diritto internazionale³¹. Nei primi decenni che seguono la fine della Seconda Guerra Mondiale, la giurisprudenza e il sindacato di costituzionalità delle leggi si affermano sempre più come strumento di invernamento delle nuove carte fondamentali. Ad un certo punto però questo strumento, pensato nel contesto dell’ordinamento e dunque incastonato in un complesso di rapporti istituzionali e bilanciamenti reciproci, si appropria di una funzione ulteriore. Comincia a intendere il suo ruolo anche in funzione della dimensione sovranazionale: nel secondo novecento è ampio il ricorso alla sottoscrizione di carte internazionali, intese a trasferire in un contesto sovranazionale la difesa di diritti e libertà, con l’idea che ciò ponga una maggiore garanzia alla loro difesa³². Nasce da ciò l’idea di un “sistema di garanzia multilivello dei diritti”, che nella sostanza regala alle corti un ruolo privilegiato di verifica dei sistemi interni in ragione di un complesso valoriale internazionalmente condiviso. È come se la corte venisse sollevata dalla terra solida dell’ordinamento nazionale in cui è inserita per restare a guardarlo a mezz’aria, guardiana di una legittimazione istituzionale che non viene dall’interno ma dall’esterno: la seconda ondata. In sintesi, quello che Lustig e Weiler osservano è che oggi ci troviamo in presenza di una terza ondata, un terzo fenomeno: le corti mostrano formule specifiche di resistenza in favore dei propri ordinamenti interni e soprattutto della loro caratteristiche identitarie, anche quando ciò non combacia pienamente con i sistemi internazionali di garanzia. Questa nuova e ulteriore tendenza, che si manifesta con grande chiarezza nel confronto tra la Corte di Giustizia dell’Unione europea e alcune corti costituzionali degli Stati membri³³, è figlia del conflitto interno che la vocazione internazionale delle corti ha

³¹ Si fa riferimento a D. LUSTIG - J. H. H. WEILER, *Judicial review in contemporary world - Retrospective and prospective*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2018. Ampia la discussione che lo scritto ha generato. Si veda M. VERSTEEG, *Understanding the third wave of judicial review: afterword to the foreword by Doreen Lustig and J. H. H. Weiler*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2019; in Italia *ex plurimis* D. TEGA, *La Corte costituzionale alla ricerca di legittimazione*, in *federalism.it*, 2021.

³² Inquadra il fenomeno in prospettiva storica P. BIANCHI, *Potere costituente e costituzione nel XXI secolo. Alcune questioni aperte*, in *DPCE Online*, 2022.

³³ Si pensi solo alla recente pronuncia della Corte di giustizia nel caso Commissione/Polonia (C.204/21 del 5 giugno 2023), ben sviscerata e contestualizzata da C. CURTI GIALDINO, *La “legge bavaglio” polacca viola l’indipendenza, l’imparzialità e la vita privata dei giudici ed è incompatibile con principi fondamentali del diritto dell’Unione europea*, in *federalismi.it*, 2023; si veda anche E. P. DE FALCO, *Chi*

comportato. Il rischio cioè che esse si pongano quali corpi estranei del sistema istituzionale e che rivendichino un ruolo di chiusura dell’ordinamento giuridico. Non più giudice nella costituzione, ma giudice-costituzione.

Se è vero che la giustizia costituzionale ha sempre di più acquisito un ruolo di razionalizzazione delle istanze politiche, soprattutto con l’obiettivo di rendere cogente nei singoli spazi giuridici statali quel complesso armamentario di diritti che, ben oltre i confini degli ordinamenti nazionali, sembra affermarsi in una dimensione internazionale (potremmo dire “transordinamentale”), l’incremento della conflittualità tra corti, supreme o costituzionali che siano, e potere politico, sia nell’esercizio della funzione legislativa come anche della funzione esecutiva, è divenuto un orizzonte inevitabile³⁴. Ciò chiaramente impone agli studiosi di ripensare i modelli di *judicial review* a partire da questa nuova linea di contrasto, che rimane estranea non solo al tradizionale modello kelseniano, centrato su una Corte costituzionale che si atteggia a mero “legislatore negativo”³⁵, ma anche al controllo di costituzionalità riponderato dalle grandi costituzioni del secondo dopoguerra (Italia e Germania), che ben inseriscono il sindacato sulle leggi nei limiti di un più ampio equilibrio tra istituzioni. Durante la seconda ondata, si afferma in maniera netta la dimensione “contro-maggioritaria” della giustizia costituzionale. Non tanto nel senso che Kelsen dava a tale espressione: il sindacato di costituzionalità come elemento di equilibrio tra maggioranza e opposizione, sede ultima dunque del bilanciamento di interessi (altro che Corte in-politica). Piuttosto invece come forma ultima di tutela del nucleo duro dei valori costituzionali, integrato però dal “diritto pubblico globale”: il bilanciamento costituzionale prevale sul bilanciamento politico e quindi la giustizia costituzionale si afferma come la massima garanzia ordinamentale, qualitativamente differente da ogni altra. Il modello degenera però quando la giustizia costituzionale diviene un vero e proprio contropotere. Inevitabile il conflitto con la politica e quindi con il legislatore.

In realtà, se pensiamo ad un’esperienza come quella italiana, le tensioni esistenti tra corte costituzionale e legislatore hanno imposto nuovi modelli di dialogo, spesso costruiti su rinnovate tecniche decisorie finalizzate non semplicemente ad ammonire il legislatore perché risolva un palese contrasto tra legge e carta fondamentale, ma anche fondate su una sospensione temporale della decisione del tribunale costituzionale, utile a permettere al legislatore un intervento ragionato sulla rilevata incostituzionalità, sotto la “minaccia” che, trascorso inutilmente il termine concesso dai giudici, l’intervento ablativo degli stessi diventerà inevitabile³⁶. In un certo senso, alla contrapposizione piena si sostituisce una

semina vento raccoglie tempesta? L’epilogo - non troppo scontato – della causa C-204/21, Commissione c. Repubblica di Polonia, in *Diritto pubblico europeo*, 2023.

³⁴ Sul tema, *ex plurimis*, A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, n. 2/2019.

³⁵ Sul tema restano insuperate le riflessioni di B. CARAVITA, *Corte «giudice a quo» e introduzione del giudizio sulle leggi. I. La Corte costituzionale austriaca*, Padova, 1985.

³⁶ Il chiaro riferimento è all’ordinanza n. 207 del 2018 (caso Cappato) e all’ordinanza n. 97 del 2021 (ergastolo ostativo). Per un commento sistematico si vedano, *ex plurimis*, M. RUOTOLO, *L’evoluzione delle tecniche decisorie della corte costituzionale nel giudizio in via incidentale. Per un inquadramento dell’ord. n. 207 del 2018 in un nuovo contesto giurisprudenziale*, in *Rivista AIC*, 2/2019 e M. RUOTOLO, *Oltre le “rime obbligate”?*, in *federalismi.it*, 3/2021.

formula dialettica di risoluzione del conflitto³⁷. Dove invece la tensione sembra deflagrare in aperta ostilità è proprio in quegli ordinamenti in cui il controllo sulle leggi sfugge ad una solida e rigida cornice costituzionale, tanto che il potere giurisdizionale con più nettezza interviene in ambiti propriamente politici, col serio rischio di giocare un ruolo parziale. Così per Israele. Il complesso della proposta di riforma, che abbiamo visto solo in parte è stata approvata, sembra finalizzata essenzialmente a ricondurre il sindacato di costituzionalità nell'ambito di un più articolato sistema di garanzie, in cui alla politica spetti il bilanciamento finale tra differenti interessi. Se guardiamo alla proposta *override clause*, essa può essere assimilata ad una forma rafforzata di dialogo con il legislatore, il quale può rivedere le decisioni della Corte suprema non assunte con maggioranza qualificata; ciò che cambia però è il punto di caduta, che non è più la decisione dei giudici, ma la deliberazione parlamentare.

Non hanno torto quelli che hanno accostato la questione israeliana a quanto accaduto in Polonia e Ungheria³⁸. Con le dovute differenziazioni, infatti, il fenomeno sembra essere il medesimo: il tentativo di recuperare alla dimensione politica il controllo sull'etica costituzionale. Soprattutto la necessità di impedire l'azione contro-maggioritaria che le corti hanno via via acquisito nel corso della seconda ondata. Certo, ogni volontà classificatoria cede un po' all'iperbole, con l'idea di assimilare ad un medesimo fenomeno una pluralità di esperienze, ognuna con le proprie e distinte peculiarità. Ciò che però, al netto di questa consapevolezza, possiamo dire che emerga è un'ampia dimensione conflittuale del rapporto tra giustizia costituzionale e potere politico, dovuta all'affermazione di un ruolo delle corti prettamente contro-maggioritario (nel significato che prima abbiamo dato a questo termine). In alcuni ordinamenti, forse in quelli più maturi, tale conflitto si risolve attraverso l'affermazione di specifiche formule dialogiche (in Italia sviluppatasi in via pretoria), che comunque conservano una priorità garantistica al sindacato di costituzionalità. In altri, il conflitto vorrebbe essere risolto recuperando alla politica il primato sull'etica costituzionale.

Nell'epoca della terza ondata e delle aperte reazioni della politica, la giustizia costituzionale va quindi ripensata e studiata con un'attenzione diversa. Recuperare il ruolo di garanzia dei diritti, che le corti non possono non svolgere, alla dimensione plurale delle garanzie costituzionali. Per dirla con Merkl, la giurisdizione costituzionale è la «tutela conformata giudiziariamente del più alto grado dell'ordinamento giuridico, vale a dire della costituzione. [Essa] trova la sua collocazione sistemica in una vasta struttura di istituzioni dello Stato, che congiuntamente servono alla garanzia della costituzione. Sarebbe dunque un errore identificare giurisdizione costituzionale e garanzia della costituzione»³⁹. Comprendere la giustizia costituzionale nel più ampio complesso dei rapporti tra istituzioni e tra poteri è l'orizzonte di studio che la scienza giuspubblicistica non potrà che ritrovare.

³⁷ Da segnalare sul tema la comparazione tra le diverse tendenze di politica giudiziaria della Corte costituzionale italiana e del *Bundesverfassungsgericht* ben sistematizzate da A. VON BOGDANDY, D. PARIS, *La forza si manifesta pienamente nella debolezza. Una comparazione tra la Corte costituzionale e il Bundesverfassungsgericht*, in *Quaderni costituzionale*, 2020.

³⁸ Si veda E. CAMPPELLI, *Le ipotesi di judicial overhaul in Israele*, in *federalismi.it*, 2023.

³⁹ A. MERKL, *Intervento*, in *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*, 1929, 101.