

22 MARZO 2023

Le ipotesi di *judicial overhaul* in Israele.
Riflessioni comparate sulla potenziale
regressione delle democrazie anche alla
luce dei casi di Polonia e Ungheria

di Enrico Campelli

Assegnista di ricerca in Diritto pubblico comparato
Università degli Studi di Sassari

Le ipotesi di *judicial overhaul* in Israele. Riflessioni comparate sulla potenziale regressione delle democrazie anche alla luce dei casi di Polonia e Ungheria*

di Enrico Campelli

Assegnista di ricerca in Diritto pubblico comparato
Università degli Studi di Sassari

Abstract [It]: Il saggio intende analizzare le recenti ipotesi di riforma giudiziaria nello Stato di Israele e la rilevanza di esse in termini di declino della qualità democratica e di *constitutional retrogression/ degeneration*. In ottica comparata, le ipotesi di riforma verranno valutate esaminando le principali somiglianze e differenze tra analoghe misure legislative e amministrative adottate in questi anni in due Stati dell'Europa centrale: Polonia e Ungheria. Sebbene si tratti ancora di ipotesi, è comunque possibile rintracciare importanti analogie nelle traiettorie di riforma ipotizzate in Israele e quelle adottate in Ungheria a partire dal 2010 e Polonia a partire dal 2015. Simili indicazioni non sembrano indicare “solamente” dei malfunzionamenti, per quanto gravi, all’interno degli ordinamenti in analisi, ma segnalano una pericolosa fase di arretramento delle garanzie costituzionali e un più ampio progetto di riforma costituzionale in grado di modificare profondamente gli equilibri e il carattere generale degli ordinamenti analizzati.

Title: The hypothesis of judicial overhaul in Israel. Comparative reflections on the potential regression of democracies also in light of the cases of Poland and Hungary

Abstract [En]: The essay aims to analyze recent hypotheses of judicial reform in the State of Israel and their relevance in terms of the decline of democratic quality and constitutional retrogression/degeneration. From a comparative perspective, the reform hypotheses will be evaluated by examining the main similarities and differences between similar legislative and administrative measures adopted in recent years in two Central European states: Poland and Hungary. Although we are still dealing with hypotheses, it is nevertheless possible to trace important similarities in the reform trajectories hypothesized in Israel and those adopted in Hungary since 2010 and Poland since 2015. Such indications do not seem to indicate "only" malfunctions, however serious, within the systems under analysis, but signal a dangerous phase of retreat of constitutional guarantees and a broader project of constitutional reform capable of profoundly altering the balances and general character of the systems analyzed.

Parole chiave: Israele, Ungheria, Polonia, Corti, Riforme

Keywords: Israel, Hungary, Poland, Courts, Reforms

Sommario: 1. Introduzione e contesto. 2. Le ipotesi di riforma giudiziaria in Israele. 2.1. *The Judicial Appointment Committee*. 2.2. *Constitutional Review, Override Clause*. 2.3. Il criterio di ragionevolezza. 3. Il caso polacco e ungherese. 4. Conclusioni.

1. Introduzione e contesto

A fine dicembre 2022 il Primo Ministro israeliano Benjamin Netanyahu ha presentato il suo nuovo Governo alla *Knesset*. Sembra che essersi così risolta, almeno provvisoriamente, la lunga crisi politica che

* Articolo sottoposto a referaggio.

travagliava Israele dal 2019. Un periodo irto di difficoltà di ogni genere, attraversato da un tormentato riposizionamento politico-elettorale, che ha visto succedersi ben 5 tornate elettorali in soli 4 anni e, come risultato, un assetto partitico completamente stravolto. L'esecutivo precedente, guidato da Naftali Bennett (leader del partito di destra *Yamina*) e successivamente da Yair Lapid (leader della formazione centrista *Yesh Atid*), in base alle nuove norme sui Governi di rotazione inserite nelle *Basic Laws* israeliane, è durato solo 18 mesi, implodendo a causa della eterogeneità politica che ne caratterizzava la composizione: critica e certamente fragile, ma anche inedita, per via della presenza organica al suo interno di un partito arabo, il *Ra'am*, esperimento mai tentato in precedenza. Presentando la sua compagine di governo il 29 dicembre 2022, Netanyahu ha prestato giuramento nel pomeriggio dello stesso giorno¹ ed ha inaugurato, forse anche con questa simbolica accelerazione, una nuova fase politica per il paese. Dopo aver superato - a quanto sembra indenne - il periodo in cui una composita convergenza (la coalizione "*rak lo Bibi?*", "tutti fuorché Bibi") lo ha costretto all'opposizione, e nonostante i ben noti problemi con la giustizia ordinaria (processi pendenti per corruzione, frode e abuso d'ufficio) Netanyahu è riuscito, ancora una volta, a porsi come il più stabile punto di riferimento della politica israeliana e come vero baricentro degli equilibri parlamentari. La *Knesset* israeliana, infatti, ha visto negli ultimi tre anni assetti politici del tutto mutati e alleanze partitiche assolutamente inedite, caratterizzate non (tanto e non solo) da nuovi orizzonti ideologici ma piuttosto da variati rapporti di distanza o prossimità dei partiti rispetto allo stesso Netanyahu. Proprio in quest'ottica va inquadrata, in una analisi preliminare, la composizione del Parlamento monocamerale israeliano, con tutti i partiti di destra ad eccezione del *Likud* ad animare gli scranni delle opposizioni, nonostante una supposta continuità ideologica con il nuovo Primo Ministro. Eletto per la prima volta nel 1996, dopo 15 anni non consecutivi di Governo, Netanyahu è ora, grazie a un'intesa raggiunta sul filo del rasoio il 21 dicembre 2022, alla guida del suo sesto Gabinetto e il Premier più longevo della storia dello Stato ebraico.

Il nuovo Governo israeliano, con i suoi 31 membri (contro i 27 del Gabinetto Bennett-Lapid) sarà il secondo più numeroso di sempre pur comprendendo solo 5 donne (*vs* le 9 della compagine precedente) e godrà di una maggioranza di 64 parlamentari (sui 120 *Mk* che compongono la *Knesset*), dunque insolitamente "solida" se si considerano gli standard istituzionali israeliani, caratterizzati da un altissimo tasso di volatilità e polarizzazione. Il confronto con la traiettoria politica degli ultimi decenni e le opinioni prevalenti nella dottrina costituzionale così come fra gli interpreti del dibattito politico internazionale mettono in evidenza almeno tre importanti caratterizzazioni di partenza. La prima consiste nel fatto che nuovo Esecutivo sarà il più a destra della storia del Paese, consegnando a Netanyahu un Gabinetto

¹ Sia consentito rinviare a E. CAMPPELLI, *Il nuovo Parlamento israeliano e lo spettro della constitutional retrogression*, in *Nomos. Le attualità nel diritto*, n. 3, 2022.

relativamente omogeneo dal punto di vista ideologico, e dunque dotato di relativamente ampie possibilità di tenuta, nonché della capacità di “investimenti” politico-legislativi di lungo periodo e presumibilmente di grande impatto. Il secondo dato caratterizzante è costituito dallo “sdoganamento” di figure politiche legate a formazioni estremiste e populiste² che, fino a poco tempo fa erano percepite, tanto all’interno del paese quando da parte della gran parte degli osservatori internazionali, come destinate a rimanere ai margini della politica. Il potere senza precedenti (e in certa misura impreveduto) che viene loro attribuito nel nuovo governo è non solo “oggettivamente” rilevante, ma anche, secondo molti costituzionalisti, strategicamente significativo, come l’ultima stampella possibile per il leader. Oltre, infatti, al *Likud* di Netanyahu e ai suoi alleati ultraortodossi *Shas* e *United Torah Judaism*, la coalizione di maggioranza comprende per la prima volta le formazioni di destra radicale *Otzma Yehudit*, *Tkuma* e *Noam* (che hanno partecipato alle elezioni insieme nella coalizione *Hatzionut Hadatit*). La terza circostanza significativa cui si faceva riferimento – dato in effetti tanto paradossale quanto significativo – consiste nella davvero insolita collocazione di Netanyahu come «l’ala moderata» della coalizione: nulla potrebbe rimarcare con più chiarezza non solo la drammatica cesura rispetto all’eterogeneo Esecutivo precedente di unità nazionale - che al suo interno comprendeva oltre a partiti di destra insofferenti della leadership di Netanyahu, anche gli arabi di *Ra’am* e il partito di sinistra *Meretz* – ma anche le dimensioni del forte spostamento del voto israeliano.

Dal tema dei diritti fino al conflitto israelo-palestinese, dal tema dell’equilibrio tra Stato e Religione fino a quello, delicatissimo, dello scontro tra Corte Suprema e Governo, i nuovi alleati di Netanyahu, di orientamento di destra religiosa *halachica* e caratterizzati in alcuni casi da pericolose visioni *kahaniste* e suprematiste, hanno chiaramente dettato la linea delle riforme nell’agenda del nuovo Esecutivo, costringendo Netanyahu ad accettarne gran parte e ad imbarcarsi pubblicamente in una difficile opera di difesa pubblica di riforme che appaiono in realtà capaci di spezzare il delicato equilibrio di poteri in Israele e che aprirebbero certamente una nuova fase di “democrazia populista³ e *rule of law backsliding*”⁴ per l’ordinamento in discussione⁵.

² Per quanto problematica sia oggi una definizione esauriente e condivisa di populismo. Cfr., per una adeguata ricostruzione del dibattito a questo riguardo, P.A. TAGUIEFF, *L’illusion populiste*, Berg International Éditeurs, Paris, 2002.

³ Cfr M. KUMM, *How Populist Authoritarian Nationalism Threatens Constitutionalism, or: Why Constitutional Resilience is a Key Issue of our Time*, in *Verfassungsblog*, 06/12/2018; W.A. GALSTON, *Anti-pluralism: the populist threat liberal democracy*, Yale University Press, 2018.

⁴ Descritto da Pech e Scheppele come quel processo mediante il quale *elected public authorities deliberately implement governmental blueprints which aim to systematically weaken, annihilate or capture internal checks on power with the view of dismantling the liberal democratic state and entrenching the long-term rule of the dominant party*. Cfr L. PECH, K. L. SCHEPPELE, *‘Illiberalism Within’, Rule of Law Backsliding in the EU*, in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 2017, pp. 3-47, cit. p. 8. Si veda anche T. GINSBURG e A. Z. HUQ, *How to Save a Constitutional Democracy*, University of Chicago Press, 2018.

⁵ Si vedano, tra gli altri, G. STOPLER, *Semi-Liberal Constitutionalism*, in *Global Constitutionalism*, n.8, Vol.94, 2019 e N. OREN e D. WAXMAN, *“King Bibi” and Israeli Illiberalism: Assessing Democratic Backsliding in Israel during the Second Netanyahu Era (2009–2021)*, in *Middle East Journal*, vol.76, n. 3, 2022.

Il Primo Ministro ha infatti pubblicato i principi guida e l'agenda generale della sua nuova coalizione, includendo, tra le altre misure, una serie di norme per “ripristinare l'equilibrio” tra il Parlamento, il Governo e la Corte Suprema, che investono frontalmente il tema più scottante dell'attualità istituzionale israeliana, cruciale e profondamente divisivo. Il programma ha naturalmente sollevato immediate critiche politiche da parte della coalizione uscente, e quelle più argomentate ma non meno nette della Corte Suprema, della Procuratrice Generale e della maggior parte della dottrina israeliana⁶, secondo cui le politiche previste dal nuovo Governo potrebbero “erodere la democrazia israeliana”. Da segnalare, inoltre, il recentissimo intervento dell'*High Commissioner* per i diritti umani delle Nazioni Unite (OHCHR), che in una nota si è detto “preoccupato” per le ipotesi di modifica⁷. Se da un lato, di fronte alle critiche e ai timori dei suoi avversari, Netanyahu ha dichiarato che “difenderà i valori democratici” e che i cittadini arabi e omosessuali di Israele non hanno nulla da temere (“terrò le mani saldamente sul volante – ha detto – non permetterò a nessuno di discriminare le persone LGBTQ o di privare i cittadini arabi dei loro diritti. La prova del tempo mi darà ragione”), resta il fatto incontrovertibile che tra le linee guida pubblicate non è esplicitata alcuna volontà di preservare i valori e le istituzioni democratiche. Con l'appoggio dei suoi nuovi alleati il *Likud* persegue apertamente una riforma giudiziaria che intende stravolgere gli esistenti *checks and balances* tra il Parlamento e la Corte Suprema. Tra gli altri propositi, il partito ha raggiunto un accordo con la formazione di destra radicale *Otzma Yehudit* per emendare il comma 2 dell'art.7A della *Basic Law* sulla *Knesset*, che impedisce la candidatura al Parlamento israeliano per chi inciti al razzismo. È questo un problema tutt'altro che secondario: basta infatti ricordare gli importanti precedenti di casi di esclusione deliberati dalla Corte Suprema in questi anni⁸. Inoltre, sebbene si tratti

⁶ Si vedano a questo proposito l'intervista rilasciata dalla Presidentessa della Corte Esther Hayut, [consultabile](#) sul sito del *Times of Israel*, e quella all'ex Presidente della Corte Aharon Barak, anch'essa [consultabile](#) sul sito del *Times of Israel*.

⁷ OHCHR Press Release, Israel: UN human rights chief expresses concern over proposed legislative changes, urges pause, 21/2/2023, [consultabile sul sito](#) dell'OHCHR.

⁸ A seguito dell'introduzione della norma nella *Basic Law*, il Comitato Elettorale Centrale ha esercitato il suo potere di “squalificare” i candidati in pochissimi – ma rilevanti – casi: escludendo il partito razzista di estrema destra *Kach* e alcuni partiti arabi che sostenevano, tra l'altro, il diritto al ritorno palestinese e la rimozione della dicitura “ebraico” dalla definizione di Israele. La Corte Suprema, tuttavia, ha convalidato le squalifiche del CEC in soli tre casi, tutti riferiti a gruppi razzisti ebraici, non approvando alcuna squalifica di partiti o candidati arabi. Poco prima delle elezioni del 1999, la Corte si riunì per valutare l'estromissione della *National Democratic Alliance* (NDA), guidata da Azmi Bishara, a causa di un'intervista rilasciata da Bishara al quotidiano *Ha'aretz* l'anno precedente. La Corte ravvisò nelle parole di Bishara la negazione dello Stato di Israele come Stato della nazione ebraica, decidendo, tuttavia, di non squalificare la lista NDA, poiché non dimostrabile al di là di ogni ragionevole dubbio che le opinioni di Bishara rappresentassero le idee fondamentali della NDA (la legislazione israeliana permetteva all'epoca solamente una esclusione di lista e non personale). La Corte concluse che la NDA non negasse l'esistenza dello Stato di Israele come Stato del popolo ebraico. Nel 2003, il CEC esclude dalla competizione la NDA, e i singoli parlamentari Bishara e Tibi (Movimento arabo per il rinnovamento - *Ta'ala*). Il CEC decise, inoltre, di non escludere l'ex attivista del *Kach* Baruch Marzel. La Corte Suprema, tuttavia, annullò le estromissioni, decidendo con una maggioranza di 7 a 430. Il Presidente della Corte Barak, scrivendo l'opinione di maggioranza, sottolineò ancora lo status costituzionale del diritto di essere eletti e la necessità di prove chiare e convincenti a sostegno dell'esclusione, ravvisando un ragionevole dubbio sull'affermazione secondo cui Bishara e la NDA avrebbero sostenuto l'opposizione armata a Israele e negato il carattere ebraico dello Stato. Nell'agosto del

ancora di una proposta, il fronte ultraortodosso ha addirittura ipotizzato di modificare la “*Law prohibiting discrimination in products, services and entry to places of entertainment and public places*” (anche nota come *Anti-discrimination law*), con conseguenze potenzialmente gravissime circa i diritti civili delle minoranze⁹.

Se non è possibile, per ragioni di spazio, approfondire in questa sede l'ampio ventaglio di proposte di riforma portate avanti dalla nuova coalizione, alcune indicazioni possono tuttavia fornire spunti importanti per comprendere il nuovo clima parlamentare israeliano, che, mentre si scrivono queste pagine, vede ormai da settimane, partecipatissime manifestazioni di piazza in tutto il paese¹⁰, alle quali si è aggiunto un raro intervento diretto del Presidente dello Stato Herzog¹¹. Ne emerge con evidenza la necessità di un ampio dibattito sulle conseguenze di lungo periodo delle paventate riforme in un ordinamento *sui generis*, dal difficile collocamento in termini di aderenza al modello di *western constitutionalism* o alle esperienze costituzionali del *global south*¹², ancora lontano dal raggiungere un solido equilibrio tra i suoi supremi organi costituzionali e caratterizzato dalla definizione, unica nel panorama giuspubblicistico, di ordinamento “ebraico e democratico”.

Le riforme promesse dalla nuova coalizione di destra radicale comprendono infatti, oltre alle modifiche già menzionate alla *Anti-discrimination law*, anche interventi sulla Legge del Ritorno (che, in combinato disposto con la Legge sulla Cittadinanza regola i criteri per l'immigrazione ebraica in Israele) e quelle sulle conversioni, chieste a gran voce e dai partiti ultraortodossi. Ulteriori riforme in discussione sono quelle relative ai nuovi fondi per le scuole rabbiniche e un nuovo disegno di legge relativo all'esonazione dei giovani ultraortodossi dalla coscrizione militare. In discussione anche eventuali interventi sullo *status quo* dei luoghi santi di Gerusalemme e sugli insediamenti israeliani in *West Bank*, con i nuovi alleati di Netanyahu che già in passato si erano resi promotori dell'annessione unilaterale israeliana della Cisgiordania. Si tratterebbe, come è facile intuire, di processi di grande chiusura che segnerebbero non solo una frattura identitaria profonda nella società israeliana ed ebraica e che – ancora più

2019, la Corte si è espressa a favore della squalifica dei deputati della destra radicale razzista ebraica, Gopstein e Marzel, ammettendo tuttavia Itamar Ben Gvir.

⁹ Si vedano sull'argomento le proposte sulla possibilità, per il personale medico, di rifiutare trattamenti sanitari a persone della comunità LGBTQ, qualora possa intervenire un altro medico o relative alla possibilità che strutture alberghiere rifiutino i loro servizi a coppie dello stesso sesso. Cfr. M. MUALEM, *Israel in turmoil over proposal to cancel anti-discrimination law*, in *Al-Monitor*, 26/12/2022, [consultabile sul sito](#) di *Al-Monitor*.

¹⁰ Si vedano a questo proposito B. MCKERNAN, Q. KIERSZENBAUM, *Protests and strikes in Israel as plans for judicial overhaul move forward*, in *The Guardian*, 13/02/2023, [consultabile sul sito](#) del *The Guardian*; N. SLYOMOVICS, *100,000 Israelis Gather in Jerusalem to Protest Judicial Overhaul Amid Mass Strike*, in *Haaretz*, 13/02/2023, [consultabile sul sito](#) di *Haaretz*; J. FRENKEL, K. FLUG, *The Proposed “Reform” of the Judicial System Poses Risk to the Israeli Economy*, in *Israel Democracy Institute*, 31/01/2023, [consultabile sul sito](#) dell'IDI.

¹¹ Cfr. J. SHARON, *Herzog warns of looming ‘societal collapse,’ lays out compromise on legal overhaul*, in *Times Of Israel*, 12/02/2023, [consultabile sul sito](#) di *Times of Israel*.

¹² Cfr. N. MORDECHAY e Y. ROZNAI, *A Jewish and (Declining) Democratic State? Constitutional Retrogression in Israel*, in *Maryland Law Review*, vol.77, n.1, 2017, L. PIERDOMINICI, *Evoluzioni, rivoluzioni, involuzioni. Il costituzionalismo israeliano nel prisma della comparazione*, Cedam, Padova, 2022, S. RABINOVITCH (eds), *Defining Israel. The Jewish State, Democracy and The Law*, Hebrew Union College Press, Cincinnati, 2018.

significativamente – manifesterebbero una drammatica inversione rispetto alle aspirazioni costituzionali dello Stato di Israele – “ebraico e democratico” (come sancito dalle Leggi Fondamentali del paese)¹³.

Nel contesto politico e istituzionale fin qui descritto, l'ipotesi di riforma che più preoccupa i costituzionalisti israeliani e internazionali è certamente quella relativa alle prerogative della Corte Suprema. Si tratta, invero, di un dibattito non nuovo nell'ordinamento¹⁴, che da anni vede, dopo la cosiddetta “rivoluzione costituzionale” degli anni novanta, una nuova fase di “controrivoluzione”¹⁵, con chi accusa la Corte colpevole di “*legislating from the bench*”¹⁶ o comunque di aver in generale superato le prerogative costituzionalmente assegnate¹⁷ (di rendersi responsabile, cioè, di un eccessivo attivismo legislativo, con effetti distorsivi della separazione dei poteri e della funzionalità della forma di governo israeliana), e chi ritiene che il nuovo assetto di poteri delineato dalla riforma leda in maniera cruciale il sistema di *check and balances* dell'ordinamento, minando la capacità della Corte di esercitare il suo fondamentale ruolo di controllo e garanzia.

La possibile introduzione di una *override clause*¹⁸, infatti, qualora approvata, si tradurrebbe in una riconfigurazione costituzionale che cambierebbe radicalmente l'equilibrio di potere tra il potere giudiziario e quello legislativo. La nuova norma infatti consentirebbe ad una maggioranza di 61 membri della *Knesset* di scavalcare il potere giudiziario e approvare leggi in contrasto con le Leggi Fondamentali del paese, aumentando drasticamente il potere legislativo a scapito del ruolo di controllo della Corte.

¹³ Se la Dichiarazione di Indipendenza, nel 1948, già sanciva la nascita di un ordinamento “ebraico” e prevedeva nel testo caratteri di “democrazia sostanziale”, la definizione di Israele come Stato “ebraico e democratico” è stata formalizzata per la prima volta nel 1985, con l'emendamento 9, art.7A della Legge Fondamentale sulla *Knesset*.

¹⁴ Si veda a questo proposito T. GROPPI, *La Corte suprema di Israele: la legittimazione della giustizia costituzionale in una democrazia conflittuale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, Vol. 45, N.5, 2000, pp.3543 – 3569 e A. BARAK, *The Role of the Supreme Court in a Democracy*, in *Israel Studies*, Vol. 3, n. 2, 1998, pp. 6–29.

¹⁵ Cfr, *ex multis*, D. NAVOT e Y. PELED, *Towards a Constitutional Counter-Revolution in Israel?*, in *Constellations*, Vol. 16, n.3, 2009; L. PIERDOMINICI, *Evoluzioni, rivoluzioni, involuzioni. Il costituzionalismo israeliano nel prisma della comparazione*, cit.; E. CAMPPELLI, *Prove di convivenza*, Giuntina, Firenze, 2022; G. SAPIR, *The Israeli Constitutional Revolution – How Did it Happen?*, in *Bar Ilan Univ. Pub Law Working Paper*, Vol. 2, n. 8, 2008. e G. SAPIR, *The Israeli Constitution. From Evolution to Revolution*, Oxford University Press, Oxford, 2018.

¹⁶ Si veda, a questo proposito: H. SALLON, *The Judicialization of Politics in Israel*, in *Bulletin du Centre de recherche français à Jérusalem*, n. 16, 2005; A. BARAK, *The Role of the Supreme Court in a Democracy*, in *Israel Studies*, Vol. 3, n. 2, 1998, pp. 6–29; P. CARROZZA, A. DI GIOVINE, G.F FERRARI, *Diritto Costituzionale comparato*, Laterza, Roma- Bari, 2014; Y. DOTAN, *Judicial Accountability in Israel: The High Court of Justice and the Phenomena of Judicial Hyperactivism*, in *Israeli Affairs*, Vol. 87, n. 8, 2002; M. EDELMAN, *The Judicialization of Politics in Israel*, in *Int'l Pol. Sci. Rev.*, Vol. 177, n. 15, 1994; R. HIRSCHL, *The Political Origins of Judicial Empowerment through Constitutionalization: Lessons from Israel's Constitutional Revolution*, in *Comparative Politics*, Vol. 33, n. 3, 2001; A. MEYDANI, *The Supreme Court as a Political Entrepreneur: The Case of Israel*, in *Israel Studies Review*, Vol. 27, n. 2, *Special Issue: Law, Politics, Justice, and Society: Israel in a Comparative Context*, 2012; Y. ROZNAI, *Constitutional Paternalism: The Israeli Supreme Court as Guardian of the Knesset*, in *Verfassung und Recht in Übersee VRÜ*, Vol. 51, n. 4, 2018, pp. 415-436.

¹⁷ A questo proposito Klein definisce la Corte Suprema di Israele “la più attiva del mondo”. Cfr C. KLEIN, *La Cour suprême et le système judiciaire*, in A. DIECKHOFF (A cura di), *L'État d'Israël*, Fayard, Parigi, 2008, p. 51-65.

¹⁸ Per una disamina del tema si veda A. HAREL, *The Israeli Override Clause and the Future of Israeli Democracy*, in *Verfassungsblog*, 15/5/18 e E. CAMPPELLI, “*Override clause*”, *un nuovo capitolo dello scontro tra i poteri*, in *Nomos. Le attualità nel diritto*, n. 1/18.

Altrettanto preoccupanti sono le ipotesi di riforma dei meccanismi che sanciscono la composizione della Corte, attualmente quasi equamente divisa tra giudici di orientamento progressista e conservatore. Come si vedrà nelle pagine seguenti, la coalizione potrebbe raggiungere l'obiettivo abbassando l'età di pensionamento obbligatoria dei giudici e dando al Governo un maggiore controllo sulla nomina dei Giudici.

In prospettiva comparata, e come già richiamato da una parte importante della dottrina¹⁹, simili interventi sul potere giudiziario, soprattutto in un contesto volatile e “*in the making*” come quello del “costituzionalismo a tappe”²⁰ israeliano, richiamano direttamente le esperienze polacca e ungherese, che a partire dal 2010 hanno avuto simili direttrici populiste ed una precisa traiettoria di limitazione dei poteri delle rispettive Corti da parte degli Esecutivi²¹ e per cui, già da tempo, si segnala un progressivo deterioramento costituzionale e uno scivolamento dei suddetti ordinamenti nella categoria delle democrazie “imperfette”²².

Le pagine che seguono si ripropongono dunque di analizzare le ipotesi di riforma giudiziaria in Israele alla luce di una comparazione con il caso polacco e ungherese, e di considerare le possibili conseguenze di lungo periodo della forma di governo dell'ordinamento, insieme ai paradossi del diritto costituzionale israeliano che lo rendono vulnerabile a spiccate tendenze populiste.

2. Le ipotesi di riforma giudiziaria in Israele

L'11 gennaio 2023, il ministro della Giustizia israeliano, Yariv Levin, ha presentato un disegno di legge che delinea i primi due importanti passi della revisione costituzionale prevista dal nuovo Governo di Netanyahu e che si posiziona, secondo molti, “*at the epicenter of the rise of constitutional populism in Israel*”²³. Il Governo sostiene che la riforma giudiziaria proposta promuoverà un sistema giudiziario più democratico e rappresentativo: ad un'attenta analisi della riforma proposta emerge chiaramente, tuttavia, una precisa intenzione di politicizzare completamente il sistema giudiziario.

¹⁹ Si vedano a questo proposito, l'intervento di T. GINSBURG, *A top US law professor worries Israel could become the next Hungary*, in *Times of Israel*, 10/01/2023, [disponibile sul sito](#) del *Times of Israel*; G. LURIE, *Hungary, Poland and Turkey's 'chilling lesson' for Israel*, in *Democracy Digest*, 6/02/2023, [disponibile sul sito](#) di *Democracy Digest*; S. AGMON e N. GIDRON, *Israel, Like Orban's Hungary, is a 'Frankenstate' in the Making*, in *Haaretz*, 06/12/2022, [consultabile sul sito](#) di *Haaretz*; O. Alterman, *Israel's proposed legal reforms, compared to Poland and Hungary*, in *I24NEWS*, [disponibile sul sito](#) di *I24NEWS*; J. FRENKEL e K. FLUG, *The Proposed "Reform" of the Judicial System Poses Risk to the Israeli Economy*, in *Israel Democracy Institute*, 31/01/2023, [consultabile sul sito](#) dell'IDI.

²⁰ Per questa definizione si veda R. TONIATTI, *Israele: una Costituzione a tappe*, in *Rivista trimestrale di Diritto pubblico*, n.2, 1977, pp. 510 e ss.

²¹ Si veda, per esempio, K. KOVÁCS e K. L. SCHEPPELE, *The fragility of an independent judiciary: Lessons from Hungary and Poland and the European Union*, in *Communist and Post-Communist Studies*, Vol. 51, n. 3, *Special Issue: Legal change in post-communist states: contradictions and explanations*, 2018, pp. 189-200.

²² Si veda a questo proposito M. ROSENTHAL, G. BARZILAI, A. MEYDANI, *Judicial Review in a Defective Democracy: Judicial Nominations and Judicial Review in Constitutional Courts*, in *Journal of Law and Courts*, vol 9, n. 1, 2021, pp. 137-157.

²³ A. GROSS, *The Populist Constitutional Revolution in Israel*, in *VerfassungsBlog*, 19/1/2023.



Il testo include importanti riforme a due Leggi Fondamentali di Israele, e cioè a quelle leggi emanate dalla *Knesset* nel suo ruolo “costituente”, sulla base della cosiddetta *Harari Resolution*, un compromesso posto in essere nel 1950 per mettere a punto una serie di Leggi Fondamentali che nel tempo sarebbero andate a costituire altrettanti capitoli di una futura Costituzione. A questo proposito è importante sottolineare che a metà degli anni '90, la Corte Suprema israeliana aveva fatto sua la posizione secondo cui tutte le Leggi Fondamentali siano da considerare sovraordinate rispetto alla legislazione ordinaria, e che dunque la Corte stessa possa esercitare un controllo giurisdizionale costituzionale, anche se le Leggi Fondamentali sono di fatto approvate con la stessa procedura e maggioranza della legislazione ordinaria.

La riforma prevede una profonda revisione della *Basic Law: The Judiciary*, i cui punti principali riguardano: 1) cruciali modifiche alla composizione del *Judicial Appointment Committee*; 2) una riforma del processo di *judicial review* per la leggi ordinarie che contraddicono le Leggi Fondamentali e che, secondo la proposta, potranno essere annullate solo se ritenute incostituzionali almeno dall'80% di tutti i giudici della Corte Suprema (rendendo virtualmente impossibile il controllo di legittimità costituzionale); 3) una “*override clause*”, la quale comporta che il Parlamento potrà legiferare nuovamente, a maggioranza dei suoi membri, una legge dichiarata incostituzionale, a condizione che la legge indichi esplicitamente che è valida “nonostante” la sentenza della Corte. Tale legge sarebbe immune dal controllo giudiziario per quattro anni e, qualora venisse nuovamente prolungata da un Parlamento successivo, sarebbe da intendersi valida a tempo indeterminato; 4) Il divieto di controllo giurisdizionale sulle Leggi Fondamentali; 4) l'abolizione del criterio di ragionevolezza da parte della Corte. Ulteriori modifiche eventuali sono rappresentate dalla modifica dell'età pensionabile per i giudici e da possibili limitazioni in materia di *locus standi*.

2.1 Il *Judicial Appointment Committee*

Proprio in relazione al *Judicial Appointment Committee*, l'organismo deputato alla individuazione dei giudici della Corte, sembrano emergere alcune delle maggiori criticità. Attualmente, in base alle disposizioni delle Leggi Fondamentali, il *Committee* è composto da due ministri del Governo, due membri del Parlamento eletti a scrutinio segreto²⁴, due rappresentanti dell'Ordine degli Avvocati e tre giudici della Corte Suprema. La proposta di Levin intende ristrutturare il Comitato per dare ai politici il controllo sulla composizione della Corte. Qualora approvata la proposta, il Comitato sarebbe composto da undici membri: il Ministro della Giustizia, che presiederà il Comitato; altri due Ministri nominati dal Governo; il Presidente della Commissione per la Costituzione la legge e la Giustizia della *Knesset* (o chi per lui/lei); il Presidente della Commissione parlamentare dello *State Comptroller* (o chi per lui/lei); il Presidente della *House Committee* (o chi per lui/lei); il Presidente della Corte Suprema; altri due giudici della Corte Suprema scelti dai membri

²⁴ Si vedano le rules of procedure della *Knesset*, [consultabili sul sito](#) della *Knesset*.

della Corte; due rappresentanti indipendenti scelti dal Ministro della Giustizia, uno dei quali deve necessariamente essere un avvocato. Il disegno di legge stabilisce inoltre che i membri del Comitato godrebbe di una ampia discrezionalità: nessuna autorità governativa, compresa la Corte, potrebbe impugnare le decisioni prese. Inoltre, il disegno di legge prevede che il Presidente e il Vicepresidente della Corte siano nominati per un solo mandato di sei anni, come avviene in genere per i giudici, e che possano anche provenire dall'esterno della magistratura. Secondo la proposta, per la nomina di un giudice della Corte Suprema sarebbe necessaria una maggioranza di sei membri²⁵ e la rimozione dei giudici potrebbe avvenire con una decisione di nove degli undici membri del Comitato, anche senza una ragione formale. Dunque, la nuova proposta allarga a tre il numero dei Ministri del Governo presenti nel Comitato; aumenta a tre i membri della *Knesset*, stabilendo che non saranno più scelti dal Parlamento, ma piuttosto dai Presidenti di tre commissioni parlamentari, due delle quali sono per consuetudine guidate dalla maggioranza ed una dall'opposizione; e, soprattutto, sostituisce i rappresentanti scelti dall'Ordine degli Avvocati con due rappresentanti pubblici scelti personalmente dal Ministro della Giustizia. *“The result of this overhaul would be a committee controlled by the government, which would have seven representatives out of eleven. The committee would transform from a balanced one into one that allows the coalition government to appoint judges at will”*²⁶. Le note esplicative del disegno di legge descrivono l'attuale composizione del *Judicial Appointment Committee* come inadeguata. Attualmente però ciascuno dei quattro organi rappresentati nel *Committee* (Legislatura, Governo, Corte Suprema e Ordine degli Avvocati) sceglie i propri rappresentanti e nessuno gode di una maggioranza strutturale nell'organo.

La proposta di legge di Levin mira a impedire che i giudici godano di un potere di veto sulla nomina dei loro successori. Inoltre, cerca di assicurare ai politici, piuttosto che ai professionisti (giudici e avvocati), una chiara maggioranza nel processo di nomina. Il disegno di legge sostiene che la modifica proposta sia più democratica, perché si tradurrà in una Corte più eterogenea, che meglio rispecchierà le molte anime di una società assai variegata come quella israeliana. Inoltre, i proponenti della riforma ritengono che l'attuale composizione del Comitato non tenga conto della “rivoluzione costituzionale” avvenuta in Israele a metà degli anni '90, che ha portato alla codifica di un potere di *judicial review* sulla legislazione primaria. In questa interpretazione, l'ampio potere di revisione di cui la Corte ha goduto a partire dalla storica sentenza *United Mizrahi Bank v. Migdal Cooperative Village*, viene attualmente esercitato con rilevante discrezionalità politica. La nuova composizione dovrebbe a questo proposito garantire una maggiore trasparenza da parte della Corte, tenuta a rispondere in modo più efficace e controllato. Il disegno di

²⁵ È interessante sottolineare che nel 2008, Gideon Sa'ar, membro dell'opposizione, e l'allora Ministro della Giustizia, Friedman, hanno riformato il processo di nomina dei giudici della Corte Suprema, cambiando il requisito dal sostegno di una maggioranza semplice a sette membri su nove del Comitato. L'obiettivo era quello di concedere ai politici il potere di veto sulle nomine alla Corte Suprema.

²⁶ A. GROSS, *The Populist Constitutional Revolution in Israel*, cit.

legge sostiene altresì di garantire “pari peso ai tre rami del potere”, poiché tre giudici, tre ministri e tre membri della *Knesset* (MK) siederanno nel *Committee*.

Molte, tuttavia, solo le voci che si sono sollevate a difesa dell’attuale composizione del Comitato. Come rileva Rivka Weill, professoressa alla Reichman University, “*members of the Judicial Selection Committee must exercise independent judgment under Israeli law. Thus, there is no way to translate governmental, or legislative, will to votes on the committee. This is why the current Committee’s composition is advantageous. It ensures a consensual process in the sense that representatives of the four bodies (Knesset, Government, Judiciary and Bar) must strike deals to appoint Justices to the Supreme Court. This, in turn, affects appointments to the lower courts as well. This process prevents the appointment of inappropriate people, including candidates with radical positions, who do not reflect the Israeli population*”²⁷.

È da rilevare, nell’analisi di questo punto che nelle ipotesi di riforma il Ministro della Giustizia, tradizionalmente esponente del partito più numeroso nella *Knesset*, avrà *de facto* tre rappresentanti nel Comitato, poiché il Ministro nominerà anche i due rappresentanti pubblici. In questo modo, qualora la riforma dovesse essere approvata, si sarà già raggiunta la metà della soglia per la nomina dei giudici.

2.2 *Constitutional Review e Override Clause*

Altro elemento particolarmente discusso e decisamente centrale nella proposta di riforma, è la codifica del potere di *judicial review* della Corte Suprema, che il progetto provvede a perimetrare e definire per la prima volta. Allo stato attuale, infatti, nell’ordinamento israeliano non esiste alcuna legge che conferisca alla Corte Suprema il potere di modificare o annullare la legislazione. Senza poter analizzare in dettaglio, per ragioni di spazio, questo aspetto del problema, resta tuttavia il fatto che la Corte Suprema si è autonomamente attribuita tale potere²⁸ nella storica decisione *United Mizrahi Bank v. Migdal Cooperative Village*²⁹ del 1995, punto fondamentale di approdo per la codifica generale della *rule of law* nell’ordinamento e arrivata in seguito all’approvazione della *Basic Law: Human Dignity and Liberty* del 1992.

Secondo la proposta della nuova maggioranza, le leggi ordinarie che contraddicono le Leggi Fondamentali non saranno automaticamente nulle, e solo la Corte Suprema, con un panel completo di tutti i suoi giudici,

²⁷ R. WEILL, *War over Israel’s Judicial Independence*, in *VerfassungsBlog*, 25/1/2023.

²⁸ È bene sottolineare che questo potere è stato usato fin qui con moderazione e molta attenzione: negli ultimi venticinque anni, infatti, solo una ventina di leggi sono state dichiarate incostituzionali.

²⁹ Il testo della sentenza è parzialmente pubblicato in A. GAMBARO, A. M. RABELLO, *Towards a new European ius commune*, The Hebrew University of Jerusalem, Jerusalem, 1999; il testo integrale della sentenza, tradotto in inglese, è [consultabile sul sito](#) del *Cardozo Israeli Supreme Court Project*.

Per una disamina dell’argomento si veda a questo proposito, tra gli altri, R. GAVISON, *The Constitutional Revolution. Reality or Self-Fulfilling Prophecy?*, IDI, Jerusalem, 1998; P. J. WOODS, *The Ideational Foundations of Israel’s “Constitutional Revolution”*, in *Political Research Quarterly*, 62, 4, 2009; F.I. MICHELMAN, *Israel’s “Constitutional Revolution”: A Thought from Political Liberalism*, in *Theoretical Inquiries*, n. 19, 2018; G. SAPIR, *Constitutional revolutions: Israel as a case-study*, in *International Journal of Law in Context* Cambridge University Press, volume 5, n. 4, 2009; G. SAPIR, *The Israeli Constitutional Revolution - How Did it Happen?*, *cit.*; A. BARAK, *A Constitutional Revolution: Israel’s Basic Laws*, in *Faculty Scholarship Series*. 3697, Yale Law School Press, 1993.

potrà esprimersi circa l'annullamento della legge. Nell'idea della maggioranza, simili parametri dovrebbero garantire una discussione esaustiva, che tenga in considerazione le molte - e molto diverse - opinioni presenti nella Corte Suprema, e simultaneamente stabilire un numero fisso di giudici per poter procedere all'annullamento di ogni atto di legislazione ordinaria, evitando dunque situazioni in cui questo tipo di decisioni possa essere presa da un panel non completo.

Si propone inoltre, ed è questo un altro elemento da sottolineare, che la maggioranza necessaria per annullare una legge ordinaria sia una maggioranza dell'ottanta per cento del totale dei giudici. Da rimarcare anche la disposizione che propone che ogni decisione circa la costituzionalità di una legge non possa essere utilizzata come precedente per qualsiasi altro atto normativo. Se da un lato un simile aspetto della proposta sottolinea evidentemente l'eccezionalità dell'annullamento di un atto normativo approvato dal Parlamento, procedendo dunque all'annullamento solo quando la Corte è compatta nella decisione, una soglia così alta neutralizzerebbe di fatto la possibilità di intervento della Corte, limitandone in termini sostanziali la possibilità di intervento e rendendo la *“judicial review of statutes based on the Basic Laws almost impossible”*³⁰.

Per quel che riguarda invece le Leggi Fondamentali, il pacchetto di riforme proposte riconosce le *Basic Laws* come norme giuridiche sovraordinate. In quanto tali, è da esse che la Corte Suprema trae il suo potere di *judicial review*. In base dunque a questa interpretazione, e qualora la riforma dovesse essere effettivamente implementata, la Corte Suprema non potrebbe modificare o annullare le Leggi Fondamentali stesse, che sarebbero quindi sottratte alla prerogativa di controllo esercitata dalla Corte stessa. Anche in questo caso, nonostante l'intento – apparentemente condivisibile - della nuova maggioranza sia quello di evitare fenomeni di *“unconstitutional constitutional amendment”*³¹ o di abusi del potere costituente³², la riforma avrebbe, come effetto implicito, la possibilità, che la *Knesset* decida di proteggere dall'attività di *judicial review* della Corte alcune norme che potrebbero essere annullate qualora inserite in un atto di legislazione ordinaria. A segnalare l'urgenza e la rilevanza di una simile possibilità è la recente proposta di Legge Fondamentale sul tema dell'immigrazione³³. La bozza di testo, ancora in fase di discussione preliminare, ripropone - e tenta di consolidare su un piano sovraordinato - disposizioni precedentemente contenute in atti di legislazione ordinaria e annullate dall'intervento della Corte Suprema, che consentivano la detenzione a tempo indeterminato di persone richiedenti asilo e che limiterebbero il ricorso di simili soggetti al sistema giudiziario nazionale.

³⁰ A. GROSS, *The Populist Constitutional Revolution in Israel*, *op.cit.*

³¹ Si veda a questo proposito Y. ROZNAI, *Unconstitutional Constitutional Amendments: The Limits of Amendment Powers*, *op.cit.*

³² Cfr Y. ROZNAI, *Saving the Constitution from Politics*, in *VerfassungsBlog*, 30/05/2021.

³³ La [bozza di testo](#) per la discussione preliminare può essere consultata, in ebraico, sul sito della *Knesset*.

Un altro “centro di gravità” della proposta di riforma, e, invero, uno dei punti maggiormente criticati e preoccupanti nell’analisi del pacchetto di riforme e di quello che viene ritenuto da molti un generale fenomeno di deterioramento dell’ordinamento costituzionale israeliano - è senza dubbio rappresentato dall’ *override clause*, elemento non nuovo nel dibattito costituzionale e parlamentare israeliano³⁴. Il piano proposto da Levin, infatti, ha uno dei suoi pilastri nell’istituzione di una norma con la quale la *Knesset* può rifiutare l’interpretazione data dalla Corte Suprema alle Leggi Fondamentali e non essere vincolata da una decisione della Corte Suprema che annulla una legge ordinaria. Secondo la maggioranza proponente, il concetto che sta alla base della *override clause* (*clausola di superamento*) non è quello di esentare la *Knesset* dal rispetto dei valori costituzionali, ma piuttosto di fornire ai deputati la possibilità di decidere in modo diverso dalla Corte in merito al giusto equilibrio tra “valori e interesse” e alla proporzionalità degli stessi in caso di scontro. La proposta in analisi prevede che qualora la Corte Suprema eserciti il suo potere di *judicial review* annullando una legge con il pieno consenso di tutti i giudici, la *Knesset* non potrà approvare una clausola di superamento per tutta la durata del proprio mandato. Tuttavia, qualora la decisione della Corte Suprema di annullare una legge non sia stata presa all’unanimità, si propone di consentire al Parlamento di superare la decisione della Corte Suprema con una maggioranza di 61 membri della *Knesset*, a condizione che la legge indichi esplicitamente all’interno del testo che è in vigore nonostante (*notwithstanding*) la sentenza della Corte Suprema. La clausola di superamento su una legge rimarrebbe valida per l’intera legislatura e indefinitamente qualora fosse riapprovata dal successivo Parlamento.

La proposta contempla altresì l’ipotesi che il Parlamento israeliano possa approvare una clausola di superamento anche in relazione ad una legge annullata da un giudizio di incostituzionalità che la Corte ha espresso all’unanimità. Tuttavia, ciò avviene a condizione che la *Knesset* che approva l’*override clause* sia diversa da quella che ha approvato la legge annullata, Sebbene clausole simili esistano in molti altri ordinamenti (si veda a questo proposito il Canada, che, come sottolineato, tra gli altri, da Tamar Hostovsky Brandes, in più di una occasione si è prestato come modello di riferimento per le ipotesi di riforma costituzionale in Israele³⁵), il tema della *override clause* risulta particolarmente complesso e controverso. Se infatti non esiste una granitica opposizione allo strumento, che nella visione di qualcuno potrebbe, attraverso una modulazione e una codifica condivisa avere poteri pacificatori nel polarizzato scontro tra Esecutivo e Corte in Israele³⁶, per come presentato nell’attuale proposta (soprattutto in ragione della maggioranza di soli 61 membri della *Knesset* necessaria per l’approvazione della clausola) si

³⁴ Cfr S. NAVOT, *Judicial Review of the Legislative Process*, in *Israel Law Review*, vol. 2, n. 39, 2006 e Y. ROZNAI, *Constitutional Paternalism: The Israeli Supreme Court as Guardian of the Knesset*, cit.

³⁵ Si veda T. HOSTOVSKY BRANDES, *Does Where You (Legally) Stand Depend On Where You Sit?*, in *VerfassungsBlog*, 20/07/2021.

³⁶ Si veda a questo proposito il report dell’INSS, *Institute of National Security Studies* della Tel Aviv University, *The scope of judicial supervision of the political authorities*. Il [report è disponibile](#) sul sito dell’*Institute of National Security Studies*.

presenta come un pericoloso strumento di indebolimento delle prerogative della Corte. Nelle parole della costituzionalista Suzie Navot: *“This is very problematic because even in those rare cases in which the Court exercises its power to judicial review, if this override clause is passed, then the Knesset would be able, with a normal coalition majority of 61, to re-enact the law, and it will remain in effect. It means that a political majority will always be able to deny the minority its rights. And you know what Lord Acton said: power corrupts, and absolute power corrupts absolutely. So, this is a problem of the override clause”*³⁷. Infatti, per quanto un’attenta analisi mostri che a partire dal 1995 solo una ventina di leggi siano state dichiarate incostituzionali dalla Corte, lo strumento ipotizzato - nel combinato disposto con le limitazioni poste alla sua attività di *judicial review* - qualora approvato, spingerebbe Israele sempre più verso un modello di democrazia “indebolita” o “imperfetta”³⁸.

2.3 Criterio di ragionevolezza e mandato dei giudici

Sicuramente meno presente nel dibattito pubblico, e tuttavia indicativa dei movimenti costituzionali regressivi a cui si è già accennato, è invece l’ipotesi prospettata dalla proposta di abolire l’“irragionevolezza” come motivo di revisione delle decisioni amministrative. Sebbene la “dottrina della ragionevolezza” affondi le sue origini nella giurisprudenza britannica, nell’ordinamento israeliano è stata notevolmente dilatata rispetto al suo uso originario, soprattutto ampliandone gli standard grazie alla codifica dell’ex Presidente della Corte Suprema Aharon Barak. Nell’ordinamento israeliano, dunque, la dottrina della ragionevolezza si è sviluppata come un argomento di revisione separato e indipendente, distinto dalle ragioni “classiche” di revisione giudiziaria³⁹. In base all’interpretazione espansiva israeliana, qualsiasi azione di un’autorità governativa deve essere “ragionevole”. Qualsiasi atto governativo che non abbia un sufficiente standard di ragionevolezza è dunque da considerarsi improprio. Ciò che è unico, nella giurisprudenza israeliana, è la definizione dei motivi di irragionevolezza. Nelle parole di Gutman, *“an unreasonable administrative action has been defined as a situation in which the administrative authority failed to give proper weight to all relevant considerations which formed the basis of the administrative decision, and did not properly balance between all the relevant considerations, in accordance with their weight”*⁴⁰. E ancora, sulla natura del concetto di ragionevolezza: *“the only way to further the discussion about the substance of reasonableness is to recognize that reasonableness is neither a physical nor a metaphysical concept, but a normative one. Reasonableness means that one identifies the relevant considerations and then balances them according to their weight. Indeed, reasonableness is an evaluative process, not a descriptive process. It is not a concept that is defined by deductive logic. It is not merely rationality. A decision is*

³⁷ S. NAVOT, *Judicial Reform in Israel*, in *Israeli Democracy Institute*, 22/11/2022.

³⁸ Si veda a questo proposito M. ROSENTHAL, G. BARZILAI, A. MEYDANI, *Judicial Review in a Defective Democracy: Judicial Nominations and Judicial Review in Constitutional Courts*, cit.

³⁹ Si veda a questo proposito la sentenza HCJ 389/80 *Dapei Zahav vs The Broadcasting Authority*, 35(1), 421,1980.

⁴⁰ M. GUTMAN, *Appointment and Removal of Senior Executive Officials in Israel*, in *Adminlawblog.org*, 17/07/2017, [il testo è disponibile](#) sul sito di *Adminlawblog.org*.

*reasonable if it was made by weighing the necessary considerations, including fundamental values in general and human rights in particular. Nothing is reasonable 'in itself'*⁴¹. La dottrina della ragionevolezza fornisce alla Corte un potente strumento per esaminare e limitare la discrezionalità dell'autorità amministrativa. Utilizzandolo, la Corte sottolinea all'autorità amministrativa che non è sufficiente che essa si limiti ad agire in conformità con la propria autorità ed in buona fede, che abbia seguito il giusto procedimento formale, che si sia basata su prove solide a sostegno della propria decisione e che abbia preso in considerazione solo argomenti pertinenti. L'autorità amministrativa deve anche dimostrare di aver attribuito il giusto peso a ciascuna delle considerazioni che costituiscono la base della decisione amministrativa e che tutte le considerazioni sono state bilanciate correttamente. Se l'autorità non riesce in questo intento, e la sua azione non si attenga ai necessari standard di ragionevolezza, la sua azione è da considerarsi illegittima. Va detto a questo proposito che, se è evidentemente assai difficile fornire per un criterio di questo genere una definizione operativa adeguata e intersoggettiva, è altresì evidente la profonda esigenza di meditato equilibrio a cui essa intende richiamare l'azione di governo. Peraltro, è proprio in base alla concezione estensiva israeliana della ragionevolezza, molto contestata da chi vuole limitare i poteri della Corte⁴², che nel gennaio di quest'anno, previo parere della Procuratrice Generale Gali Baharav-Miara (espresso il 4 gennaio), la Corte Suprema, definendola “*unreasonable in the extreme*”, ha dichiarato il 18 gennaio non valida la nomina a Ministro di Aryeh Deri, noto esponente del partito ultraortodosso *Shas*, alleato di Netanyahu e perno dei delicati accordi di rotazione che reggono la nuova maggioranza.

Nonostante il tema della ragionevolezza non sia centrale nelle recenti proteste di piazza e non emerga con chiarezza nel dibattito politico israeliano contemporaneo, sembra essere una lente di fondamentale importanza per comprendere non solo la recente proposta di riforma, ma le perduranti tensioni tra Potere Esecutivo e Giudiziario, sempre presenti negli ultimi anni⁴³, e ormai divenute elemento caratterizzante dell'ordinamento. La dottrina di ragionevolezza e la sua espansione in Israele rispetto al modello britannico originario, offrono infatti uno spaccato chiaro per comprendere la tensione esistente sul ruolo della Corte (la cui funzione è sicuramente accentuata a causa della natura strutturalmente multiculturale e conflittuale dello Stato di Israele) e, soprattutto, su quello dei Giudici supremi⁴⁴.

⁴¹ A. BARAK, *Foreword: A Judge on Judging: The Role of a Supreme Court in a Democracy*, in *Harvard Law Review*, n.116, Vol. 16, 2002, pp. 145-146.

⁴² Cfr D. M. WEINBERG, *Israel's Supreme Court needs democratic checks on its power*, in *Israel Hayom*, 29/01/2023, [consultabile](#) sul sito di *Israel Hayom*.

⁴³ Per una panoramica generale si veda T. GROPPI, A. M. RABELLO, E. OTTOLENGHI, *Il sistema costituzionale dello Stato di Israele*, Giappichelli, Torino, 2006.

⁴⁴ Sul tema si vedano, *ex multis*, A. MEYDANI, *The Supreme Court as a Political Entrepreneur: The Case of Israel*, in *Israel Studies Review*, Vol. 27, n. 2, *Special Issue: Law, Politics, Justice, and Society: Israel in a Comparative Context*, 2012; Y. ROZNAI, *Constitutional Paternalism: The Israeli Supreme Court as Guardian of the Knesset*, *op.cit.*

In una ottica restrittiva sul tema della ragionevolezza, e più in generale, sul tema della visione dell'attuale maggioranza sulle prerogative della Corte, l'ex giudice Landau, in aperto contrasto con l'interpretazione di Barak, ha dichiarato: *“The justices in the older court did not set themselves up as the teachers of the generation. We did not think that our task was to teach the public fundamental or deep values of private or public morality. This doesn't mean that we didn't pay attention to values. This doesn't mean that we didn't make value judgements. But we understood the limitations of the Court's jurisdiction. We made sure that what we ruled on regarding values flowed out of the issue brought before us [...] The judge is not the teacher of the generation and is not a philosopher-king. His task is much more modest: to be a faithful interpreter of the law. Of the public's will as expressed by the Knesset, as representative of the public. Therefore, I believe that the judge's wisdom requires him to be cautious, sensitive, with broad discretion and without hubris.”*⁴⁵

A testimonianza di una crescente preoccupazione sul tema della “ragionevolezza”, vanno segnalate le posizioni in favore del mantenimento di questo principio di buona parte della dottrina costituzionale israeliana. Alcuni ritengono infatti che sia un argine fondamentale per una separazione dei poteri organica e funzionale nell'ordinamento, arrivando ad ipotizzare che qualora il principio dovesse essere eliminato, *“the members of the outgoing Knesset will have the power to make the final decision about who can run against them in the next election. Without judicial review they will be able to protect one another through the mechanism of parliamentary immunity”*⁴⁶.

Alcuni esperti si sono invece espressi per una soluzione mediana⁴⁷ sul tema, ipotizzando una rimodulazione delle prerogative a questo proposito della Corte pur mantenendo intatto il principio di ragionevolezza. È questa, per esempio, la posizione di Ruvi Ziegler, che pur non mancando di criticare un eccessivo attivismo giudiziario della Corte ritiene che *“the ‘reasonableness’ standard, which is a key part of British legal heritage, is critical for good governance and must be maintained in the Israeli setting as well”*⁴⁸. Allo stesso modo vanno interpretate le parole di Amir Fuchs, quando sottolinea che lo scopo della ragionevolezza *“is to prevent the government from passing entirely arbitrary decisions; but it is certainly not intended to replace the decision-making powers of the government, with those of the court. Like all other administrative law standards (the rules of natural justice, and standards such as the ban on extraneous interests and the requirement to take all relevant considerations into account), it is meant to ensure that the government does not exceed the boundaries of its law-given authority”*⁴⁹.

Infine, ulteriori criticità sono segnalate dall'ipotesi di abbassamento dell'età pensionabile per tutti i giudici israeliani, compresi quelli della Corte Suprema, e dalle ipotesi di limitazione del *locus standi* di privati o

⁴⁵ A. SHAVIT, *State on the Titanic: An Interview with Moshe Landau*, in *Haaretz*, 06/10/2000, [consultabile sul sito](#) di *Haaretz*.

⁴⁶ Y. STERN, *The pot calling the kettle black*, in *The Jerusalem Post*, 10/02/2020, [disponibile al sito](#) del *The Jerusalem Post*.

⁴⁸ R. ZIEGLER, *The British Are Not Coming: Why You Can't Compare Israel's Proposed Legal Overhaul to the UK System*, in *Haaretz*, 07/02/2023, [consultabile](#) sul sito di *Haaretz*.

⁴⁹ A. FUCHS, *Test of reasonableness*, in *The Jerusalem Post*, 13/06/2019, [disponibile sul sito](#) del *The Jerusalem Post*.

NGO di fronte alla Corte⁵⁰. Simili ipotesi, ancora in discussione nella Commissione della *Knesset* preposta (*Constitution, Law and Justice Committee*), offrono ulteriori spunti comparativi con i casi di Ungheria e Polonia e confermano le ipotesi di classificazione di Israele tra le cd. *flawed democracies*. Attualmente, la Corte Suprema israeliana è composta da 15 giudici. Una volta nominati, i giudici restano in carica fino al pensionamento all'età di 70 anni, a meno che non vengano rimossi o scelgano di dimettersi dall'incarico. L'ipotesi di riforma, con la maggioranza che ancora non si è espressa chiaramente su questo punto, abbasserebbe l'età di pensionamento dei giudici della Corte Suprema a 67 anni. Qualora realmente approvata, la norma porterebbe alle dimissioni obbligatorie e simultanee di ben 4 giudici su 15, permettendo all'Esecutivo di esercitare notevoli ingerenze nella selezione dei nuovi giudici. Come quello sulla *override clause*, anche il tema sull'età anagrafica dei giudici non è una novità nell'ordinamento israeliano. Già in passato non sono mancate le voci che sostengono che ci sia bisogno di nuova linfa e di una maggiore varietà della società israeliana all'interno dell'Alta Corte. I sostenitori di questa disposizione, “*argue that this will mitigate what is alleged to be the judicial review’s violation of the principle of democratic decision. Limiting judges’ terms, so it is argued, will prevent too strong of an influence of past governments on the present bench of the Supreme Court, and will allow the current government to act to replace more judges*”⁵¹. Simili considerazioni sono spesso sollevate anche negli Stati Uniti ma, in una analisi comparata, offrono una lettura molto diversa. In base ai dati dell'*Israeli Democracy Institute*⁵², il mandato medio dei giudici della Corte Suprema israeliana dal momento della sua istituzione è infatti di 12,1 anni, con una tendenza ad avere mandati più brevi a partire dagli anni Sessanta. Fino al 1995 il mandato medio era di 12,5 anni, mentre da allora la media è di 11,6 anni. Pertanto, mentre i giudici della Corte Suprema nominati negli anni '50 hanno avuto un mandato medio di 22,6 anni, i giudici nominati negli ultimi venti anni hanno avuto in media mandati molto più brevi. In confronto, la permanenza media dei giudici della Corte Suprema degli Stati Uniti è di quasi 17 anni, e ora (dal 1970) è di quasi 26 anni. In altre parole, mentre negli Stati Uniti la durata media del mandato dei giudici della Corte Suprema è relativamente lunga ed in crescita, in Israele la durata media è decisamente più breve, analogamente al modello europeo, e sta divenendo con il tempo ancora più breve. Mentre il dibattito politico in Israele va avanti, con numerosissime manifestazioni (dai numeri, invero, piuttosto rari nella storia del paese), e non è ancora del tutto chiaro quali forme il disegno di legge assumerà durante la discussione in Commissione ed in aula, si moltiplicano gli appelli per l'unità nazionale e per una riforma dai toni più moderati⁵³. In ottica compromissoria va letto anche l'intervento del Presidente dello Stato di Israele Herzog, che in una rara attività di indirizzo politico, è intervenuto il 12

⁵⁰ Per un approfondimento sul tema si veda A. T. ASHKENAZY, M. ALMOG-BAR, *Israel Heading Toward a Silenced, Paralyzed Society*, in *Israel Democracy Institute*, 26/12/2022, [consultabile](#) sul sito dell'IDI.

⁵¹ G. LURIE, *Terms of Office of Supreme Court Justices*, in *Israeli Democracy Institute*, 16/06/2022.

⁵² *Ibidem*

⁵³ Si veda a questo proposito la proposta dell'*Israeli Democracy Institute*, [disponibile](#) sul sito dell'IDI.

febbraio con un discorso alla nazione⁵⁴ dicendosi preoccupato per il futuro delle istituzioni democratiche israeliane e, suggerendo una rimodulazione della riforma, ha chiesto alla maggioranza una riflessione più inclusiva e approfondita. Relativamente al *Judicial Appointment Committee*, Herzog ha invitato le parti a proporre modifiche che non implicino maggioranze automatiche, invitando ad una uguale rappresentazione dei poteri all'interno dell'organo, e l'inserimento di personalità pubbliche che saranno nominate con il coordinamento e l'intesa tra il Ministro della Giustizia e la Presidentessa della Corte Suprema. La scelta dei giudici infatti “*must be based on cooperation and agreement — not on capitulations and vetoes*”. Infine, il Presidente ha sottolineato come la dottrina della “ragionevolezza” possa effettivamente essere abusata dalle Corti se non limitata, pur sottolineando la sua importanza fondamentale nei casi, anche recenti, “di estrema irragionevolezza”.

Il Presidente ha rimarcato l'importanza cruciale della separazione e dell'equilibrio tra i poteri, rimarcando la centralità della *Knesset* e sottolineando come eventuali modifiche siano da ritenersi del tutto legittime, soprattutto in ragione di una “mancanza di diversità nella Corte” - cioè della pretesa omogeneità ideologica e religiosa che la caratterizzerebbe - le ipotesi di riforma nascono da una sensazione di squilibrio crescente tra i poteri ravvisata da buona parte della popolazione, che deve essere ascoltata. Dall'altra parte, il Presidente ha definito i manifestanti “patrioti che utilizzano il loro legittimo diritto di protesta” e ha dichiarato che la proposta di riforma della maggioranza, nella sua attuale forma, generi “profonda preoccupazione” e “possa danneggiare le istituzioni democratiche dello Stato di Israele”.

3. Il caso polacco e ungherese

Molto è stato scritto in questi anni sull'arretramento costituzionale in Ungheria e Polonia. L'interpretazione secondo cui entrambi gli ordinamenti stiano attraversando una fase di retrogressione e degenerazione costituzionale, secondo gli standard individuati da Tushnet⁵⁵, è in effetti testimoniata dagli indici internazionali, che evidenziano un chiaro arretramento dei due ordinamenti: tra il 2010 (anno del ritorno al potere di Victor Orbán) e il 2018, l'Ungheria è scesa nell'indice delle libertà politiche di *Freedom House* dalla categoria 1 alla categoria 3 (su 7 categorie); anche la Polonia è scesa nello stesso indice tra il 2014 (anno del ritorno al potere del Partito Legge e Giustizia) e il 2018, dalla categoria 1 alla 2. Nell'indice della democrazia dell'*Economist* del 2017, l'Ungheria è scesa tra il 2010 e il 2018 dal 43° al 56° posto nel mondo ed è ora designata come una “democrazia imperfetta (*flawed democracy*)” con una stampa ampiamente riconosciuta come non libera. Nello stesso indice, la Polonia è scesa tra il 2014 e il 2018 dal

⁵⁴ Cfr TOI Staff, *Herzog floats 5 principles as basis for judicial reform, pleads with coalition to delay its legislation*, in *Times of Israel*, 12/02/2023, [consultabile sul sito](#) del *The Times of Israel*.

⁵⁵ Si veda M. A. GRABER, S. LEVINSON, & M. TUSHNET (a cura di), *Constitutional Democracy in crisis?*, Oxford University Press, Oxford, 2018.

40° al 53° posto e, analogamente, è definita una democrazia imperfetta con una stampa decisamente non libera. Questa tendenza all'arretramento democratico è stata favorita dall'approvazione di atti adottati dal governo guidato dal partito *Fidesz* in Ungheria dopo il 2010 e dal governo di Diritto e Giustizia in Polonia nel 2014, che appaiono incompatibili con alcune caratteristiche fondamentali di una democrazia liberale. Significativamente, tali misure hanno portato all'avvio di una procedura di sospensione del voto contro l'Ungheria e la Polonia ai sensi dell'articolo 7 del Trattato UE, per aver violato gravemente i valori dell'Unione (gli unici due casi nella storia in cui questa procedura è stata invocata)⁵⁶.

Il significato delle misure adottate in Ungheria e Polonia può essere compreso appieno solo se considerato in modo cumulativo, ovvero come parte di un generale tentativo di modificare il sistema politico e costituzionale degli ordinamenti stessi. *“A significant part of these measures can be described as corresponding to populist agendas, as they are intended or have resulted in the weakening of the judiciary and other countermajoritarian institutions, restricting the operations of CSOs or limiting critical discourse in the media and academia”*⁵⁷. Per ragioni di spazio simili mutamenti costituzionali non potranno essere considerati e analizzati nella loro pienezza ma ci si limiterà a dei cenni comparati, descrivendo le misure adottate in Ungheria e Polonia che richiamano le ipotesi di riforma giudiziaria in Israele. Altre misure, relative alla limitazione dei *non-judicial gate keepers*, ai media, al mondo accademico, alle politiche anti-immigrazione⁵⁸, ai fenomeni corruttivi, alla restrizione dei diritti riproduttivi⁵⁹ e ad altre agende illiberali esulano dallo scopo del presente studio.

Dalla caduta del comunismo, e all'interno dei rispettivi ordinamenti, gli ordinamenti giudiziari ungheresi e polacchi hanno svolto un ruolo significativo⁶⁰ nel coltivare istituzioni pienamente democratiche nonostante le ovvie difficoltà della fase immediatamente postcomunista: *“they have generally enjoyed a reputation for independence and professionalism and have not hesitated to criticize the government’s actions and to protect human rights”*⁶¹. Tuttavia, negli ultimi anni, in entrambi i Paesi sono state adottate numerose misure con il proposito di limitare fortemente il potere delle Corti. Questo intento, spesso esplicitamente dichiarato dagli Esecutivi nazionali ha visto una aggressiva limitazione della giurisdizione delle Corti, e soprattutto

⁵⁶ Si vedano a questo proposito i comunicati stampa del Parlamento Europeo, *Rule of Law in Hungary: Parliament Calls on the EU to Act*, (Sept. 12, 2018), [disponibile](#) sul sito del Parlamento Europeo; *RULE OF LAW IN POLAND: PARLIAMENT SUPPORTS EU ACTION*, (Mar. 1, 2018), [consultabile](#) sul sito del Parlamento Europeo.

⁵⁷ M. KREMINTZER e Y. SHANY, *Illiberal Measures in Backsliding Democracies: Differences and Similarities between Recent Developments in Israel, Hungary, and Poland*, in *Law & Ethics of Human Rights*, 14(1), 2020, pp.125–152, p. 129.

⁵⁸ Si veda a questo proposito E. M. GOŹDZIAK, P. MÁRTON, *Where the Wild Things Are: Fear of Islam and the Anti-Refugee Rhetoric in Hungary and in Poland*, in *Central & Eastern European Migration Review*, n. 127, Issue 7, 2018.

⁵⁹ *Ex multis*, cfr Human Rights Watch, *Eroding checks and balances: rule of law and human rights under attack in Poland*, 2017.

⁶⁰ Cfr C. DUPRÉ, *Importing the law in post-communist traditions: the hungarian constitutional court and the right to human dignity*, Hart Publishing, Oxford, 2003.

⁶¹ M. KREMINTZER e Y. SHANY, *Illiberal Measures in Backsliding Democracies: Differences and Similarities between Recent Developments in Israel, Hungary, and Poland*, *cit.*, p. 130.

l'aumento dell'influenza politica sui procedimenti di nomina e revoca dei giudici. Queste misure, spesso di natura tecnica e con effetti incrementali, hanno inferto un duro colpo all'indipendenza e alla reputazione pubblica dei sistemi giudiziari di Ungheria e Polonia.

La traiettoria politica e costituzionale dell'Ungheria, cominciata a partire dal 2010, proseguita con la costituzione del 2011 e proseguita con gli emendamenti costituzionali del 2013⁶², è oggi, probabilmente, la principale fonte di preoccupazione relativa allo stato di diritto in Europa⁶³, ed è stata duramente criticata dalla "Commissione europea per la Democrazia attraverso il Diritto" (Commissione Venezia). Il Primo Ministro Viktor Orban, leader del partito nazional-populista *Fidesz*, ha infatti indirizzato il panorama costituzionale ungherese verso un regime autocratico attraverso una strategia di lungo periodo, con l'obiettivo di creare un nuovo quadro costituzionale che facilitasse la trasformazione dell'Ungheria in uno Stato monopartitico⁶⁴. La strategia di Orban è consistita nello smantellare sistematicamente il sistema di *check and balances* previsti dalla Costituzione, abrogando alcune leggi che istituivano forme di controllo sull'Esecutivo e nominando funzionari fedeli nelle restanti posizioni di controllo. Nell'aprile 2010, *Fidesz* ha ottenuto una maggioranza di due terzi in Parlamento e ha proceduto all'abrogazione della Costituzione del 1949, già pesantemente modificata nel 1989, sostituendola con una nuova⁶⁵. L'intero quadro normativo è stato progressivamente decostruito e, il 25 aprile del 2011 è stata adottata la nuova Costituzione, in cui il ruolo di garanzia e controllo della Corte Costituzionale è stato pesantemente limitato e subordinato all'autorità Governativa⁶⁶.

Si tratta, come è noto, di riforma costituzionale particolarmente ampia e problematica⁶⁷, sulla quale molto è già stato scritto. Sarà quindi sufficiente, per gli interessi specifici di questo saggio, una analisi di alcuni aspetti relativi al potere giudiziario e alla sua indipendenza, ipotizzando linee comparative efficaci con le proposte israeliane. Con la riforma, si è introdotto nell'ordinamento un nuovo organo, l'Ufficio

⁶² Si veda, G. DELLEDONNE, *Ungheria e Polonia: punte avanzate del dibattito sulle democrazie illiberali all'interno dell'Unione Europea*, in DPCE Online, n.3, 2020; G. M. GALLERANO, *Ungheria. La (contro) riforma costituzionale*, in *Civitas Europa*, n.30, 1/2013.

⁶³ G. Halmai, *How the EU Can and Should Cope with Illiberal Member States*, in *Quaderni Costituzionali*, 2018, n. 2, pp. 313-339.

⁶⁴ Si veda a questo riguardo S. BENVENUTI, *La riforma del sistema giudiziario ungherese tra recrudescenze autoritarie e governance europea*, in *Nomos. Le attualità nel Diritto*, n.3, 2012.

⁶⁵ L'Ungheria è stato l'unico Paese che – a parte un fallimentare tentativo nel 1996 – non ha provveduto a dotarsi di un nuovo testo fondamentale dopo la fine del regime comunista: la costituzione in vigore fino al 31 dicembre 2011, infatti, risaliva al 1949 ed era il frutto del regime totalitario comunista, al potere fino al 1989.

⁶⁶ Si veda a questo proposito K. KELEMAN, *Una nuova Costituzione per l'Ungheria*, in *Quaderni costituzionali*, 2011, 3, pp. 681-682; E. SORDA, *Ungheria. Approvata la nuova Costituzione*, in *DPCE online*, 2011, 3, pp. 1-6; M. SALVEITTI, *L'Ungheria e la nuova Costituzione che preoccupa l'Europa*, in *Rivista AIC*, 2012, 1, pp. 1-10; M. DE SIMONE, *Ungheria: la nuova Costituzione. Verso una deriva autoritaria?*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 16 settembre 2011; Z. SZENTE, *Challenging the Basic Values – The problems with the Rule of Law in Hungary and the EU's Failure to Tackle Them*, in A. JAKAB, D. KOCHENOV (a cura di), *The Enforcement of EU Law and Values*, Oxford University Press, Oxford, 2017, p. 456 ss.

⁶⁷ Si veda F.R. DAU, *L'esperienza costituzionale ungherese e l'equilibrio tra democrazia diretta e principio rappresentativo. Brevi note a margine dell'approvazione del nuovo testo costituzionale dell'aprile 2011*, in *www.federalismi.it*, 14/12/2011.

Giudiziario Nazionale (*Országos Bírósági Hivatal*, previsto dalle leggi n. 161 e 162 del 28 novembre 2011, rispettivamente sull'Organizzazione e l'amministrazione delle corti e sullo Status e la remunerazione dei giudici) e si è relegato il Consiglio Giudiziario Nazionale (*Országos Igazságszolgáltatási Tanács*), composto esclusivamente di giudici, ad un ruolo meramente consultivo di “supervisione dell'amministrazione centrale delle corti”⁶⁸. L'Ufficio è formato da 15 membri, ma la nuova costituzione attribuisce pieni poteri alla persona del Presidente dell'Ufficio Giudiziario Nazionale, producendo così una concentrazione di poteri nelle mani di un individuo decisamente unica in Europa. Il Presidente dell'UGN è infatti eletto per nove anni dal Parlamento, con maggioranza qualificata di 2/3, tra i giudici con almeno cinque anni di servizio, senza consultazione con il Consiglio Nazionale dei Magistrati; al termine del mandato, il Presidente rimane in carica fino all'elezione del suo successore: trattandosi di un'elezione con la maggioranza di 2/3, l'esercizio interinale può protrarsi sino a divenire una proroga *de facto* del mandato. Proprio questa concentrazione di poteri e le procedure di nomina dell'organo sono state criticate per la mancanza di trasparenza e per l'altissima interferenza politica, sollevando preoccupazioni riguardo la mancanza di indipendenza dell'organo e l'incapacità conseguente di garantire una selezione basata sul merito.

Le criticità diventano particolarmente evidenti ad una analisi delle vastissime prerogative del Presidente: tra le oltre cinquanta attribuzioni esclusive, particolarmente problematiche sono l'iniziativa legislativa nel campo del giudiziario; il potere di proporre al Presidente della Repubblica la nomina e la revoca dei magistrati; il potere di nomina dei presidenti, vice-presidenti e capi divisione dei tribunali e delle corti d'appello; il potere di decidere le assegnazioni e il trasferimento, in caso di riorganizzazione del tribunale, dei magistrati (che in caso di rifiuto possono essere rimossi); il potere di decidere l'attribuzione dei casi e il trasferimento di casi da un tribunale ad un altro. Va oltretutto sottolineato che questi poteri sono personali e l'Ufficio Giudiziario Nazionale non risulta classificabile come un vero organo collettivo, ma piuttosto come una semplice struttura amministrativa di supporto del suo vertice. È proprio il Presidente a presentare un rapporto sulle proprie attività al Consiglio Nazionale dei Magistrati ogni sei mesi e ai Presidenti della Corte Suprema e delle corti d'appello regionali e dei tribunali ogni anno. Tuttavia, non gli è fatto obbligo di riferire sui criteri adottati nelle proprie decisioni. Le decisioni del Presidente dell'UGN sono sottoposte ad un generico dovere di trasparenza, ma non ad un obbligo di motivazione. Non è prevista possibilità di ricorso innanzi a un tribunale. I giudici sono sottoposti ad un periodo probatorio di tre anni, rinnovabile. Questi periodi si susseguono spesso ad una prima esperienza come segretario giudiziario per un periodo fino a sei anni. In pratica, quindi, la situazione precaria dei giudici ad inizio

⁶⁸ Cfr G. HALMAI, *Rights Revolution and Counter-Revolution: Democratic Backsliding and Human Rights in Hungary*, in *Law & Ethics human of Human Rights*, n. 1, Issue 14, 2020.

carriera può protrarsi per un periodo irragionevolmente lungo. Nelle parole di Benvenuti: *“la sostituzione di fatto del Consiglio Giudiziario Nazionale con l’Ufficio Giudiziario Nazionale implica il trasferimento dei poteri del primo al presidente dell’Ufficio giudiziario. Nonostante il Presidente sia eletto dal Parlamento a maggioranza di due terzi e non sia dunque di nomina governativa, il suo mandato ha una durata di nove anni. Questo quadro è chiaramente aggravato dalla contingente onnipotenza della coalizione conservatrice derivante dalla maggioranza schiacciante in Parlamento. Ciò significa che per il tramite del neo-presidente dell’organo, Tünde Handó, il partito Fidesz ha la possibilità di mantenere fino all’inizio del prossimo decennio un’influenza decisiva sulla magistratura; si tratta di una strategia coerente con l’obiettivo ultimo del partito di Orbán, che è non tanto (non solo) rivoluzionare le strutture dello Stato, ma piuttosto, attraverso un approccio di tipo autoritario che assume i caratteri di un colpo di mano, di imporre un ricambio del personale dirigente ungherese in un’ottica ideologica nazionalista ed, eventualmente, di garanzia della stessa nell’ipotesi di alternanza al potere”*⁶⁹.

Nonostante l’Ufficio Giudiziario Nazionale non abbia un ruolo diretto nella nomina dei giudici della Corte Costituzionale può comunque proporre candidati per la nomina. Pertanto, in ragione soprattutto dell’enorme influenza dell’organo sul sistema giudiziario, è possibile ritenere che abbia un potere indiretto sulla selezione dei candidati per la Corte Costituzionale. Proprio in relazione a quest’ultima, le novità introdotte dalla riforma intervengono sulla composizione dell’organo: sono stati prolungati da 9 a 12 gli anni di durata del mandato dei giudici costituzionali, il cui numero viene riportato a 15 (era stato ridotto a 11 nel 1994). Inoltre, il Presidente – ed è questa una modifica assai rilevante, e che evidenzia bene la fondatezza dei dubbi sull’indipendenza del ramo giudiziario in Ungheria- non è più scelto dai giudici costituzionali bensì dal Parlamento, al pari degli altri membri.

Un ulteriore - ed importante - elemento di prossimità con il dibattito israeliano, è rappresentato dal fatto che la Costituzione ungherese del 2012 ha limitato la giurisdizione della Corte costituzionale in materia di controllo costituzionale delle leggi. In particolare, la Corte può valutare solo la costituzionalità formale delle leggi, ma non può esaminare la loro conformità ai principi fondamentali dell’Unione Europea e ai trattati internazionali, né può annullare le leggi che violano tali principi. Ulteriori misure restrittive vanno sottolineate nelle misure disciplinari previste contro i giudici e nella riforma del sistema giudiziario amministrativo: nel 2011 il governo ungherese ha creato un’agenzia disciplinare per i giudici, chiamata “Consiglio nazionale della giustizia”, che può avviare procedure disciplinari contro i giudici e persino rimuoverli dalla loro posizione. Nel 2018, la Costituzione ungherese è stata modificata per creare un nuovo sistema giudiziario amministrativo, con la creazione di una corte amministrativa superiore e la riduzione dei poteri della magistratura amministrativa. Questa riforma è stata criticata per ridurre

⁶⁹ S. BENVENUTI, *La riforma del sistema giudiziario ungherese tra recrudescenze autoritarie e governance europea*, cit., p.10.

l'indipendenza della magistratura amministrativa e per aumentare il controllo politico sulle decisioni amministrative.

In ulteriore assonanza con il caso israeliano, con l'art.26 comma 2, viene sancito che nessun magistrato giudicante possa mantenere il suo posto avendo superato l'età pensionabile generale, fatta eccezione per il Presidente della Corte Suprema. La disposizione, che si traduce nell'abbassamento dell'età pensionabile dei giudici da 70 a 62 anni, ha costretto al ritiro di oltre un decimo di tutti i giudici dell'ordinamento, tra cui un quarto dei giudici della Corte Suprema e la metà dei presidenti della Corte d'Appello, creando un evidente vuoto organico⁷⁰. Infine, proprio come in Israele, in cui si vorrebbe limitare l'accesso delle Ong alla Corte, una simile direzione è già stata intrapresa dalla riforma ungherese in analisi, in cui si è limitato l'accesso dei cittadini alla giustizia, restringendo per esempio, il diritto alla rappresentanza legale gratuita, introducendo restrizioni all'accesso alle informazioni sui tribunali e alle procedure giudiziarie e limitando il diritto dei cittadini di fare appello contro le decisioni dei tribunali⁷¹.

In questo contesto, il caso polacco⁷² rappresenta, insieme a quello ungherese appena sintetizzato, una delle manifestazioni più evidenti di *rule of law backsliding* e *constitutional retrogression*, (nei termini descritti da Pech, Scheppele, Graber e Tushnet). I tentativi di smantellamento delle garanzie dello Stato costituzionale, portati avanti - a Costituzione invariata - dal partito di governo nazionalista e conservatore Diritto e Giustizia⁷³ sono iniziati a partire dal 2015⁷⁴, e hanno raggiunto il loro apice con l'approvazione da parte della Camera bassa del Parlamento della proposta di legge che introduce una serie di sanzioni per i magistrati che criticano le riforme giudiziarie del governo⁷⁵. Una simile dialettica tra i poteri - antica, in verità⁷⁶ - è dunque “emblematica della tensione nei rapporti tra i poteri dello Stato e pone la Polonia in una contrapposizione frontale con l'Unione europea ed il suo fondamento valoriale”⁷⁷. Come per l'Ungheria, anche sul caso polacco è già stato scritto molto, e in questa sede si evidenzieranno solamente i tratti della riforma utili ai fini comparatistici con il caso israeliano e verranno quindi tralasciate le nuove norme, molto contestate, sulla società civile e il tema, dai rilevanti sviluppi recenti, dello scontro con le istituzioni europee.

⁷⁰ Cfr M. SALVETTI, *L'Ungheria e la nuova Costituzione che preoccupa l'Europa*, cit.

⁷¹ A questo proposito si veda F. GÁRDOS-OROSZ, *The Hungarian Constitutional Court in Transition – from Actio Popularis to Constitutional Complaint*, in *Acta Juridica Hungarica*, vol.53, n. 302, 2012.

⁷² M. MAZZA, *Le garanzie istituzionali della magistratura in Polonia: un presente difficile, un futuro incerto*, in *DPCE Online*, n.4,2020.

⁷³ J. SAWICKI, *Gli interrogativi circa la degenerazione in una 'democrazia illiberale'*, in *Nomos. Le attualità nel Diritto*, n.1, 2016.

⁷⁴ Per una panoramica delle riforme si veda A. ANGELI, A. DI GREGORIO, J. SAWICKI, *La controversa approvazione del “pacchetto giustizia” nella Polonia di “Diritto e Giustizia” ulteriori considerazioni sulla crisi del costituzionalismo polacco alla luce del contesto europeo*, in *DPCE Online*, n. 3, 2017 p. 787 ss.

⁷⁵ Cfr Ł. BOJARSKI, *Redefining judicial independence in Poland*, in *Constitutionnet*, 29/04/2017.

⁷⁶ Cfr C. FILIPPINI, *Polonia*, Il Mulino, Bologna, 2010.

⁷⁷ A. FESTA, *L'Unione europea e l'erosione dello Stato di diritto in Polonia*, in *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies. Rivista quadrimestrale on line sullo Spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia*, n.1, 2020, pp.145 e ss., cit. p.147.

Il cuore delle riforme giudiziarie polacche ha riguardato la composizione del Tribunale Costituzionale, i cui giudici sono stati per la maggior parte sostituiti con membri eletti dalla maggioranza parlamentare. Altri provvedimenti hanno riguardato i procedimenti di selezione e le funzioni della Corte Suprema (che opera come Corte di Cassazione) e del Consiglio Nazionale della Magistratura, con l'attribuzione al potere esecutivo di un controllo sostanziale sulla composizione ed attività degli organi. A questo proposito: *“changes were made in the manner of appointing judges to the judicial appointments committee, whereas in the past, the appointments committee was comprised of 15 judges elected by their peers, the amendment to the law stipulated that judges are to be appointed by Parliament to the committee. (Act on the National Council of the Judiciary Act, as amended in 2016, Article 9a) and in the way the President of the Constitutional Court is selected,³² resulting in greater political influence over the process”⁷⁸.*

Con riguardo alla Corte Suprema, si è proceduto (con una legge dell'8 dicembre 2017 e pur nella formula di una “ingerenza delicata” descritta da Jan Sawicki⁷⁹) all'abbassamento retroattivo dell'età pensionabile da 70 a 65 anni per i giudici dell'Alta Corte, compreso il Primo Presidente, affidando alla completa discrezionalità del Presidente della Repubblica il potere di proroga del mandato dei giudici, secondo uno schema analogo a quello previsto per i giudici ordinari e a quanto avvenuto in Ungheria⁸⁰ ed in aperta violazione dell'art.180 Cost. sull'inamovibilità dei giudici. Uno degli aspetti più preoccupanti della riforma è poi rappresentato dalle modalità di selezione dei nuovi giudici della Corte Suprema, chiamati a sostituire quelli forzatamente costretti alla pensione: i nuovi giudici sono infatti nominati, a tempo indeterminato, direttamente dal Presidente della Repubblica, su proposta del Consiglio Nazionale della Magistratura. Quest'ultimo, secondo le nuove disposizioni, è composto da membri scelti dalla maggioranza parlamentare, e non più dai giudici stessi, minando in maniera evidente l'indipendenza della Corte. A riprova dei timori, la legge sul CNM, prevede la cessazione del mandato dei membri in carica entro 90 giorni dalla sua entrata in vigore: il risultato è che l'organo di autogoverno della magistratura a cui è affidato il compito di vigilare e garantire l'indipendenza del potere giudiziario diviene completamente dipendente dal potere legislativo ed esecutivo. La legge sulla Corte Suprema prevede, infine, l'introduzione nella stessa di due nuove sezioni: una deputata al controllo straordinario e agli affari pubblici, un'altra di tipo disciplinare.

Ulteriori preoccupanti interventi hanno riguardato la magistratura ordinaria laddove, con il preciso scopo di ridurne l'indipendenza e perimetrarne le prerogative, la riforma polacca ha previsto l'ampliamento dei

⁷⁸ M. KREMINTZER e Y. SHANY, *Illiberal Measures in Backsliding Democracies: Differences and Similarities between Recent Developments in Israel, Hungary, and Poland*, *op.cit.*, p. 132.

⁷⁹ Sul tema si veda J. SAWICKI, *Portata a compimento la riforma governativa della Corte suprema e dell'ordinamento giudiziario. La separazione del terzo potere appare ormai memoria del passato*, in *Nomos. Le attualità nel Diritto*, n.3, 2017, p. 2.

⁸⁰ Nel novembre 2018, tuttavia, Il Parlamento polacco ha tuttavia approvato una nuova legge per permettere ai giudici di tornare alle loro posizioni.

poteri del Ministro della Giustizia. In particolare, gli è stato attribuito anche il ruolo di Procuratore Generale, con possibilità di intervento sull'attività dei procuratori in ogni fase del procedimento, ma anche ampi poteri discrezionali relativi alla destituzione ed alla nomina dei presidenti dei tribunali ordinari, nonché al prolungamento del mandato dei magistrati in età pensionabile (quest'ultima abbassata, con la legge del 22 luglio 2017, a 60 anni per le donne e 65 per gli uomini). Una simile novità ha creato, come nel caso ungherese, una preoccupante concentrazione di poteri⁸¹, ed è da evidenziare “come la ricongiunzione in un'unica persona delle cariche di Ministro della Giustizia e di Procuratore Generale abbia (quantomeno potenziali) effetti negativi sulla separazione dei poteri nonché sull'indipendenza dei magistrati”⁸².

Da segnalare, infine, il rifiuto del Presidente della Repubblica di far prestare giuramento al nuovo membro della Corte Costituzionale, nominato dal precedente Parlamento, e procedendo invece alla nomina di altri cinque giudici indicati dal nuovo Parlamento eletto, dominato dal PiS⁸³. Il rifiuto del Presidente di far prestare giuramento ai giudici ha rappresentato una chiara violazione della Costituzione, che non attribuisce al Presidente alcun ruolo nella definizione della composizione della Corte costituzionale, interamente regolata dall'art. 194(1) della Costituzione polacca. Una ulteriore violazione dell'ordine costituzionale si è verificata quando il Governo ha rifiutato di pubblicare le decisioni della Corte Costituzionale relative alla legittimità delle misure adottate dal Governo per limitare le competenze della Corte Costituzionale polacca, rendendole così inefficaci, poiché il valore vincolante delle decisioni è legato alla loro pubblicazione. Il Governo ha quindi violato l'art. 190(2) della Costituzione polacca, che obbliga il governo a pubblicare immediatamente le sentenze della Corte costituzionale e che non gli conferisce alcun potere di controllo sulle sentenze sottoposte a pubblicazione.

4. Conclusioni

Nonostante siano ovviamente ordinamenti molto distanti e diversi, e fatte salve le specificità di ogni traiettoria costituzionale e politica, è innegabile come le ipotesi di riforma giudiziaria nello Stato di Israele abbiano delle forti analogie con le riforme approvate negli ultimi dieci anni in Ungheria e Polonia. Nonostante non si possa in questa sede procedere ad una analisi approfondita della totalità delle riforme e dei loro effetti nei rispettivi ordinamenti, alcune linee comparative sono assai evidenti: “*it can be noted that the similarities in the measures taken across different legal and political systems, in radically different historical contexts,*

⁸¹ Cfr P. BURAS, *How Poland is Drifting Away from Liberal Democracy*, in *Political Change*, 2018, [consultabile](#) sul sito del Kas.

⁸² M. MAZZA, *Le garanzie istituzionali della magistratura in Polonia: un presente difficile, un futuro incerto*, *op.cit.* p.4973.

⁸³ Si veda T.T. KONCEWICZ, *How to Capture a Constitutional Court in Europe? A New Authoritarian's Manual*, *The 14th International Human Rights Researchers' Workshop: Democratic Backsliding and Human Rights*, College of Law and Business, Ramat Gan, 2019, [disponibile](#) sul sito dell'*Academic Center for Law and Business*.

*suggests not only some degree of commonality in ideas and goals, but also some sharing of experiences and practices by illiberal forces*⁸⁴.

In tutti in casi analizzati infatti, le riforme del sistema giudiziario, oggetto di dibattito e critica da parte della dottrina costituzionale, di molte organizzazioni internazionali e osservatori, hanno sollevato preoccupazioni sulla loro compatibilità con i principi democratici e lo stato di diritto. In tutti i casi, la volontà della maggioranza politica di “riequilibrare” il ramo giudiziario si è tradotta in ampie limitazioni dei poteri delle Corti Supreme, in modifiche rilevanti circa le modalità di arruolamento dei giudici, in cui gli Esecutivi giocano un ruolo sempre maggiormente rilevante, nell’introduzione di meccanismi per il pensionamento forzato dei giudici più anziani e, conseguentemente, nella nomina di giudici più vicini alle maggioranze politiche al potere e ad una revisione al ribasso delle competenze delle Corti Supreme nell’ambito del *judicial review*.

Come ravvisato da una crescente attenzione della dottrina ai fenomeni di *constitutional transplant*⁸⁵, nessun innesto costituzionale può essere considerato separatamente, ma deve essere considerato in termini organici, valutando la sua compatibilità con i tratti generali (e contingenti) dell’ordinamento. Come ampiamente dimostrato, tra gli altri, da Kim Lane Scheppele⁸⁶, non è infatti sufficiente che alcune soluzioni siano diffuse in altri ordinamenti per renderle automaticamente compatibili con i sistemi giuridici di destinazione. I casi delle nomine politiche dei giudici negli Stati Uniti, o la “*notwithstanding clause*” in Canada, sembrano infatti non essere applicabili a contesti decisamente più volatili e polarizzati come quello israeliano. L’esistenza di esempi positivi nell’applicazione di simili modelli non appare sufficiente a garantire il loro funzionamento in ordinamenti con garanzie costituzionali meno solide. A questo proposito, l’adozione di simili modelli nei contesti analizzati, sembra piuttosto sfociare, con una espressione coniata da Scheppele proprio in relazione alle riforme ungheresi, nella creazione di cosiddetti “*Frankenstates*”⁸⁷, sistemi non uniformi e conseguenti ad innesti disfunzionali ed eterogenei⁸⁸.

Per le medesime ragioni, che suggeriscono la necessità di valutazioni di insieme piuttosto che considerazioni legate ai singoli istituti, è forse possibile (seppur meno probabile) ipotizzare anche che misure simili non abbiano medesimi effetti “di sistema” in paesi dalla storia costituzionale e culturale diversa. Resta il fatto, per quel che riguarda la possibilità di riforma in Israele, che, in ragione del controllo

⁸⁴ M. KREMINTZER e Y. SHANY, *Illiberal Measures in Backsliding Democracies: Differences and Similarities between Recent Developments in Israel, Hungary, and Poland*, *op.cit.*, p. 152.

⁸⁵ Sul tema si veda G. HALMAI, *Constitutional Transplants*, in R. MASTERMAN and R. SCHÜTZE, *The Cambridge Companion to Comparative Constitutional Law*, Cambridge University Press, 2019.

⁸⁶ K. Lane SCHEPPELE, *The Rule of Law and the Frankenstate: Why Governance Checklists Do Not Work*, in *Governance*, Vol. 26, Issue 4, 2013.

⁸⁷ Cfr S. AGMON e N. GIDRON, *Israel, Like Orban’s Hungary, Is a ‘Frankenstate’ in the Making*, in *Haaretz*, 06/12/2022, [consultabile](#) sul sito di *Haaretz*.

⁸⁸ Cfr M. TUSHNET and B. BUGARIC, *The Problem of the Frankenstate*, in M. TUSHNET and B. BUGARIC (eds), *Power to the People: Constitutionalism in the Age of Populism*, Oxford University Press, Oxford, 2021.

da parte della maggioranza sul Parlamento, le modifiche analizzate si tradurrebbero in un pericoloso rafforzamento delle prerogative dell'Esecutivo, che si troverebbe ad agire senza i necessari contrappesi. Nelle parole di Gross, in relazione al tema del *judicial review* e dell'*override clause*: “*the coalition government will also be able to override any holding of the Supreme Court concerning the constitutionality of statutes, unbound by any opinion of its own legal advisors. This comes in addition to the ability to entrench any arrangement within “Basic Laws” that will be immune from judicial scrutiny*”⁸⁹. La dinamica per cui il Governo possa direttamente controllare 7 membri del *Judicial Appointment Committee* sembra inoltre un altro elemento particolarmente problematico per l'indipendenza della Corte: “*this potential abuse might have a chilling effect on any judge who considers ruling contrary to the dominant political opinion. Even if judges may overcome their fear and rule according to their judgment, judicial independence is lost if judges operate under the threat of such political abuse*”⁹⁰.

Gli effetti complessivi del piano di riforma israeliano sembrano indicare un possibile deterioramento del tessuto costituzionale e sociale dell'ordinamento: “*by removing various judicial and legal checks designed to prevent a legislature, even if democratically elected, the reform would establish a “tyranny of the majority” and allow the executive branch to take measures, employing the police, the taxman and all other administrators, which are subject to fatally weakened judicial scrutiny. Particularly at risk are protections of individuals and minority rights*”⁹¹. Precisamente in ragione degli esempi storico-costituzionali forniti da Ungheria e Polonia, in cui proprio l'attacco al ramo giudiziario, avvenuto, come visto, con modalità analoghe, è stata una tappa fondamentale nel percorso di trasformazione degli ordinamenti in democrazie imperfette e semi-illiberali⁹², vanno inquadrate le ipotesi di riforma in Israele. Simili sviluppi, nel combinato disposto con un ordinamento in ‘stato di emergenza’ dal giorno della sua fondazione e che inevitabilmente viene quotidianamente condizionato dal perdurante conflitto in corso (le cui conseguenze portano ad ovvia polarizzazione parlamentare e politica) sembrano configurarsi, forse in modo ancora più minaccioso, come capaci di minare la separazione dei poteri e le fondamenta democratiche dell'ordinamento.

⁸⁹ A. GROSS, *The Populist Constitutional Revolution in Israel*, *op.cit.*

⁹⁰ R. WEILL, *War over Israel's Judicial Independence*, *op.cit.*

⁹¹ J. H. H. WEILER, *Israel: Cry, the Beloved Country*, in *VerfassungsBlog*, 01/02/2023.

⁹² Cfr F. ZAKARIA, *The Rise of Illiberal Democracy*, in *Foreign Affairs*, novembre-dicembre 1997, p. 22 e ss.