

Tensioni e torsioni nel rapporto tra corti e legislatori: i casi di Mongolia e Israele

di Antonia Baraggia

Abstract: *Tensions and torsions in the relationship between courts and lawmakers: the cases of Mongolia and Israel* - In the comparative panorama, a trend that increasingly sees the approval of reforms, legislative or constitutional, aimed at limiting the powers of the apical Courts and undermining their independence is emerging. In some contexts, the regulatory role of Supreme Courts has shifted from that of actors that have favored the democratic transition to institutions strongly influenced by political power and therefore part of the phenomena of democratic regression and transition towards hybrid or even illiberal regimes. The present text addresses the cases of Mongolia and Israel, where the apex courts have played a fundamental role in the processes of transition and democratic consolidation and are and are today at the centre of tensions and attempts at constitutional (Mongolia) or legislative (Israel) reform aimed at redefining their powers and role.

589

Keywords: Israel; Mongolia; Separation of powers; Supreme court; Unconstitutional constitutional amendment doctrine.

1. Introduzione: le ragioni di una comparazione a prima vista “eccentrica”

Quello presente è uno straordinario momento di trasformazioni che interessano numerose democrazie costituzionali in diverse parti del globo. Trasformazioni che, in molti casi, sembrano incidere profondamente, trasfigurandoli talvolta, sul significato e il contenuto dei più classici strumenti sviluppati nell’ambito del costituzionalismo moderno per limitare il potere e proteggere i diritti fondamentali.

Non di rado, infatti, si assiste a trasformazioni, sia esplicite¹ che implicite², delle Costituzioni volte a limitare, fino quasi a svuotare, le prerogative di un potere rispetto agli altri. Tra i poteri maggiormente colpiti da questa tendenza di mutamenti costituzionali vi è, senza ombra di dubbio, il potere giudiziario, soprattutto, ma non solo, nelle sue espressioni apicali,

¹ Il presente contributo è stato svolto nell’ambito del progetto “Building capacity in Comparative and EU Law in HEIs of Mongolia”, ERASMUS-EDU-2022-CBHE.

Cfr. G.F. Ferrari, *La nuova Legge fondamentale ungherese*, Torino, 2012.

² A. Di Gregorio, *Il costituzionalismo “malato” in Ungheria e Polonia*, in A. Di Gregorio (cur.), *I sistemi costituzionali dei paesi dell’Europa centro-orientale, baltica e balcanica*, Padova, 2019, 365-394.

quelle delle Corti supreme e delle Corti costituzionali. Tanto le democrazie consolidate, come gli Stati Uniti, quanto le democrazie più giovani, come Israele, Polonia, Mongolia, vedono il potere giudiziario al centro di disegni politicamente connotati volti a limitarne le prerogative e a depotenziarne il loro ruolo di potere contro-maggioritario.

Osservando questo fenomeno e la sua diffusione, molteplici sono le domande che sorgono e che si impongono all'analisi degli studiosi di diritto pubblico comparato: perché, in molti ordinamenti, è proprio il potere giudiziario ad essere il *target* di misure che tendono al suo depotenziamento? Esiste un legame tra l'affermazione di regimi populistici e di tendenze illiberali (che hanno portato a coniare il termine ossimorico di costituzionalismo illiberale)³ e il conflitto che interessa il potere giudiziario? E ancora: è possibile identificare, in questo fenomeno, una serie di invarianti globali che trascendono le inevitabili specificità dei diversi contesti o invece si tratta di ragioni da rintracciare negli specifici percorsi costituzionali affrontati dai singoli paesi?

Il presente contributo intende affrontare questi profili attraverso una peculiare prospettiva: quella dell'analisi di due ordinamenti che sono accomunati da un lato dall'essere esperienze democratiche relativamente recenti e dall'altro dall'essere interessati da processi di erosione democratica, che trovano espressione, anche, in riforme volte ad incidere sulla separazione dei poteri. Si tratta dei casi di Israele e della Mongolia.

Siccome la comparazione dei due ordinamenti in esame potrebbe sembrare singolare, è necessario, in via preliminare, offrire al lettore le ragioni che, a mio avviso, rendono lo studio dei due sistemi significativo e fondato dal punto di vista del metodo comparato.

Muovendo le mosse dal dato di contesto, sembra utile ricordare che tanto Israele quanto la Mongolia sono due regimi di natura democratica (anche se, come si vedrà, sottoposti a continue tensioni e torsioni), espressione di una sorta di "eccezionalismo" regionale: entrambi sono infatti gli unici ordinamenti di tale natura in contesti regionali dominati da regimi autocratici, se non dittatoriali.

Più noto è il caso israeliano: unica democrazia in un contesto regionale altamente instabile e dominato da tendenze autocratiche, che hanno avuto la meglio anche in paesi che nel corso della c.d. Primavera araba sembravano aver intrapreso un percorso di transizione democratica⁴.

Caso invece assai meno studiato è quello mongolo: nel 1990 la Mongolia ha attirato l'attenzione della comunità internazionale per la sua transizione pacifica verso la democrazia, transizione che è stata considerata un esempio virtuoso. Si è trattato di un esito per niente scontato, anzi definito dalla dottrina un processo di transizione democratica inaspettata perché "senza prerequisiti"⁵.

³ Cfr. F. Zakaria, *The Rise of Illiberal Democracy*, in 76(6) *Foreign Aff.* 22 (1997).

⁴ F. Biagi, *Constitution Drafting After the Arab Spring. A Comparative Overview*, in 29(1) *Ind. J. Global Legal Stud.* 1 (2022).

⁵ M.S. Fish, *Mongolia: Democracy Without Prerequisites*, in 9(3) *J. Democracy* 127 (1998); si veda anche M.S. Fish, *The Inner Asian anomaly: Mongolia's democratization in comparative perspective*, in 34(3) *Comm. & Post-Comm. Stud.* 323 (2001).

Sebbene la Mongolia fosse rimasta un paese formalmente indipendente essa era, infatti, considerata «the unofficial ‘sixteenth republic’ of the USSR»⁶. La Mongolia proveniva, dunque da decenni vissuti sotto l’influenza dell’Unione Sovietica, che aveva profondamente inciso su tutti i settori della società e dell’ordinamento; la sua economia era piuttosto debole e sostanzialmente dipendente dalle potenze vicine, ed infine non aveva una consolidata storia democratica, anche antecedente al dominio sovietico. Nel 1992 la transizione democratica viene suggellata dall’adozione della Costituzione che introduce tanto la tutela dei diritti fondamentali, quanto il principio di separazione dei poteri⁷ e per la prima volta viene prevista l’istituzione di una Corte costituzionale.

Appare singolare che proprio il 1992 segna anche per Israele un momento di trasformazione, guidato dalla Corte suprema la quale riconosce alle *Basic Laws* rango costituzionale, aprendo a quella che è stata definita la “*constitutional revolution*” e che tanto ha contribuito, sebbene al prezzo di una disarticolazione del principio di separazione dei poteri, allo sviluppo in senso democratico dello stato di Israele.

Ad oggi entrambi gli ordinamenti sono classificati da *Freedom House*⁸ come Stati liberi, anche se le più recenti statistiche di *V-Dem* hanno rilevato un certo arretramento democratico in Mongolia e, si può immaginare che in futuro anche il posizionamento di Israele verrà ripensato. Infatti, alla luce dei dati di contesto, entrambi gli Stati appaiono particolarmente vulnerabili rispetto a spinte populiste e autocratiche.

Al di là degli aspetti peculiari dei due sistemi che possono aprire la strada a forme di populismo, vi è un elemento strutturale che rende ragione della comparazione che si vuole affrontare. In riferimento al caso israeliano, Roznai e A. Cohen⁹ hanno identificato sei meccanismi istituzionali che si possono rintracciare in ottica comparata e che rispondono alla necessità di realizzare una compiuta separazione dei poteri: il bicameralismo, il presidenzialismo, il federalismo, la previsione di sistemi elettorali regionali, la presenza di organizzazioni e di corti sovranazionali. Nessuno di questi elementi, che agiscono quali anticorpi a violazioni della separazione dei poteri negli ordinamenti costituzionali, è presente né in Israele né tantomeno in Mongolia.

Entrambi hanno un Parlamento unicamerale, la *Knesset* e il *Grande Hural*; sono stati sostanzialmente unitari e anche laddove, come in Mongolia, si riconosce l’esistenza di articolazioni territoriali, esse hanno solo natura amministrativa; infine, Israele e Mongolia non sono parte di organizzazioni sovranazionali di tutela dei diritti (non fanno, per esempio, parte del Consiglio d’Europa).

È proprio alla luce di questi aspetti di sistema che è interessante indagare le più recenti tendenze, che accomunano i due ordinamenti, che

⁶ T. Ginsburg, *Political Reform in Mongolia: Between Russia and China*, in 35(5) *Asian Surv.* 459, 459 (1995).

⁷ D. Lundeejantsan, *Separation of powers in Mongolia*, 2018.

⁸ Cfr. Freedom House, *Israel: Freedom in the World 2023 Country Report* e *Mongolia: Freedom in the World 2023 Country Report*.

⁹ Y. Roznai, A. Cohen, *Populist Constitutionalism and the Judicial Overhaul in Israel*, in 56 *Israel L. Rev.* 502, 509 (2023).

vedono in particolare profonde trasformazioni ed alterazioni nell'assetto costituzionale dei poteri.

Il caso israeliano ha visto il tentativo dell'esecutivo di limitare i poteri e l'indipendenza della Corte suprema, istituzione divenuta nel tempo emblema della protezione dei diritti fondamentali e delle minoranze, nonostante non vi sia una previsione esplicita della *Basic Law* che dia alla Corte il potere di giudicare l'invalidità delle leggi che violano i diritti fondamentali. È proprio l'attivismo giudiziario di cui la Corte si è fatta portatrice – attraverso una giurisprudenza che, facendo leva sul principio della dignità umana, ha ampliato la sua giurisdizione in ambiti non enumerati come i diritti sociali, i diritti delle minoranze e il principio di uguaglianza – che ha offerto terreno fertile per riforme volte a limitarne strutturalmente l'autorità. La Corte suprema israeliana è oggi percepita come uno degli attori più rilevanti nel contesto israeliano e viene spesso identificata come una istituzione portatrice di una visione *liberal* e progressista, antagonista rispetto alla componente religiosa, in particolare ultra-ortodossa. Non solo, ma l'intervento della Corte si è nel tempo spinto a giudicare della legittimità dell'azione dell'esecutivo in ambiti attinenti alla discrezionalità politica e non direttamente incidenti sulla tutela dei diritti fondamentali.

Come è stato osservato, la costituzionalizzazione dei diritti al fine di sedare il conflitto sociale ha avuto l'effetto di spostare il conflitto sul piano dei rapporti istituzionali, come l'eclatante tentativo del governo Netanyahu di limitare i poteri della Corte ha dimostrato.

Parimenti, in Mongolia, si assiste a persistenti tentativi di riduzione della Corte costituzionale nella sfera di influenza dell'esecutivo, anche se tale processo avviene quasi in forma latente e tacita, e per questo forse più pervasiva e pericolosa che in Israele. Anche nel caso mongolo, la Corte costituzionale è priva della competenza di giudicare sulla violazione dei diritti fondamentali, ma a differenza del caso israeliano, essa ha mantenuto un certo *self-restraint*, non potendo definirsi una corte che ha attuato un programma "trasformativo" nella sfera della tutela dei diritti. La Corte costituzionale mongola si è invece distinta per quanto riguarda la sua giurisprudenza in riferimento alla costituzionalità degli emendamenti alla Costituzione: essa già a partire dagli anni 2000 ha abbracciato la dottrina degli *unconstitutional constitutional amendments*, approdo a cui è giunta nella sentenza *Movement for Quality Government in Israel v. Knesset* del 1° gennaio 2024 anche la Corte suprema israeliana¹⁰.

Molte sono dunque le analogie tra i due casi che rendono la comparazione significativa. Ovviamente vi sono poi elementi di differenziazione che devono essere tenuti in considerazione perché incidenti significativamente sul dato istituzionale e politico. Tre sono gli aspetti di differenziazione che maggiormente emergono: 1) il sistema politico in Mongolia è improntato a un sostanziale bi-partitismo¹¹ con tendenze unipartitiche, che si contrappone alla frammentarietà del sistema partitico

¹⁰ HCJ 5658/23.

¹¹ Il riferimento è al *Mongolian People's Party* (MPP) – erede del Partito Comunista, unico partito ammesso prima della Rivoluzione del 1990 – e al *Democratic Party* (DP): si tratta degli unici partiti ad aver espresso, a partire dal consolidamento del regime democratico, il Presidente della Repubblica e/o il Primo Ministro.

israeliano; 2) la Mongolia è una società altamente omogenea, a differenza di Israele che vede diverse linee di divisione, etnica, sociale, religiosa; 3) infine diversa è la tradizione giuridica a cui le due esperienze appartengono: se Israele può essere annoverato tra i sistemi di matrice occidentale, non può ignorarsi nel caso mongolo la forte influenza tanto della famiglia giuridica socialista, che ha permeato il sistema giuridico per più di 70 anni, fino agli anni '90 del XX secolo¹², quanto del diritto di matrice asiatica che esercita ancora oggi una certa influenza.

Al netto di queste differenze, numerosi sono dunque gli aspetti che ricorrono nelle due esperienze costituzionali qui in esame e che ci offrono la base per lo sviluppo di una più approfondita analisi comparata, che sarà l'oggetto dei paragrafi a seguire.

Dopo una ricognizione del contesto costituzionale in cui entrambe le esperienze si dipanano, il contributo intende analizzare in ottica comparata due aspetti: 1) il ruolo delle due Corti nei processi di transizione e protezione della democrazia; 2) il ruolo delle Corti nella separazione dei poteri e i rischi connessi alla cattura delle stesse da parte dell'esecutivo (in entrambi i casi si assiste alla resistenza del giudiziario rispetto ai tentativi di cattura dell'esecutivo).

2. Il ruolo della Corte costituzionale mongola (*Tsets*) nel processo di consolidamento democratico

A seguito della pacifica rivoluzione democratica¹³, come sopra si è accennato, la Mongolia ha adottato una nuova Costituzione nel 1992 che ha significativamente segnato una cesura rispetto al passato di impronta sovietica: il nuovo testo costituzionale ha espunto la previsione di un partito unico di governo, ha sancito la tutela dei diritti fondamentali e ha costituzionalizzato le libertà civili e politiche.

La Costituzione ha introdotto, inoltre, diverse istituzioni democratiche come il Parlamento unicamerale composto da 76 membri eletti dal popolo; il Presidente, che è eletto dal popolo e ha il potere di porre il veto sulle leggi; il Governo guidato dal Primo Ministro, che è soggetto al voto di fiducia da parte del legislativo; e la Corte costituzionale, composta da nove giudici, tre dei quali sono proposti dal Presidente, tre dal Parlamento e tre dalla Corte suprema e poi nominati formalmente dal Parlamento, per un mandato rinnovabile di sei anni (art. 65, paragrafo 1, lettera C).

L'introduzione di una Corte costituzionale, organo a cui è demandato il controllo di costituzionalità delle leggi, ha rappresentato una delle più grandi cesure rispetto alla tradizione socialista, introdotte nella Costituzione del 1992. Il tema dell'indipendenza della magistratura e del ruolo del controllo di costituzionalità delle leggi sono state non a caso al centro dei lavori dei costituenti, che hanno dedicato alla *Tsets* un intero capitolo (5), della Costituzione. L'art. 64 Cost. stabilisce quindi che la *Tsets* è un organo statale indipendente, con il compito di esercitare il controllo supremo

¹² S. Narangerel, *Legal System of Mongolia*, Ulaanbaatar, 2004.

¹³ A.J.K. Sanders, *Mongolia's New Constitution: Blueprint for Democracy*, in 32(6) *Asian Surv.* 506 (1992).

sull'attuazione della Costituzione, giudicare la violazione delle sue disposizioni e risolvere le controversie costituzionali. Ad essa, in particolare è rimandata la risoluzione delle controversie relative alla costituzionalità delle leggi e di altre decisioni del Parlamento, ai decreti presidenziali, alle decisioni del Governo, ai trattati internazionali di cui la Mongolia è parte e alle decisioni della commissione elettorale (articolo 66, lettera C); mentre, a differenza di molte Corti costituzionali, non ha la possibilità di ricevere e discutere, in via diretta, controversie relative alle violazioni dei diritti fondamentali.

Dal punto di vista procedurale vi è poi una interessante peculiarità che merita di essere segnalata: ogni qualvolta la *Tsets* emette una conclusione¹⁴ di incostituzionalità, è tenuta a trasmettere tale decisione al Parlamento¹⁵, il quale ha 15 giorni di tempo per accettare la decisione della Corte o per respingerla, nel caso non la condivida. Se il Parlamento decide di respingere la conclusione, la questione deve essere esaminata di nuovo dalla Corte, questa volta in composizione plenaria. La decisione del *plenum* della Corte (che prende la forma di risoluzione) è da ritenersi, infine, definitiva e vincolante¹⁶.

Questo modello, che potrebbe evocare il c.d. *New Commonwealth constitutionalism*¹⁷ per l'apertura dialogica tra Corte e Parlamento, si differenzia in realtà da esso per le diverse influenze ad esso sottese: nel caso mongolo siamo di fronte al risultato dell'ibridazione tra l'influenza della concezione socialista della superiorità del Parlamento e il modello accentrato di costituzionalità tipico degli ordinamenti di *civil law*, da cui discende l'ultima parola data alla *Tsets*. Questo peculiare modello è frutto di quello che la dottrina ha definito "*insurance theory*", ovvero di quel fenomeno per cui in sede costituente gli attori politici egemonici, alla luce dell'incertezza rispetto al loro futuro, limitano il loro potere, rafforzando il ruolo delle Corti, che possono agire quali organi di garanzia¹⁸, riducendo il costo di una possibile perdita delle elezioni «by preserving an outgoing party's future chances of winning democratic elections, thereby preventing political "lockout"»¹⁹. In Mongolia, questo processo è stato guidato dal vecchio Partito Comunista, che ha voluto in qualche modo temperare il ruolo della Corte, prevedendo la possibilità, almeno inizialmente, per il Parlamento di rifiutare le decisioni di costituzionalità della Corte, cui in ogni caso spetta la decisione finale e definitiva. La storia costituzionale mongola ha mostrato come questo meccanismo non abbia funzionato: la Corte, tutt'altro che deferente e ancillare al legislatore, ha presto ingaggiato una battaglia sull'ultima parola con quest'ultimo, che ha finito però per indebolire la legittimità e la posizione

¹⁴ Le decisioni della *Tsets* hanno la denominazione di conclusioni e risoluzioni.

¹⁵ S. Fenwick, *The Rule of Law in Mongolia: Constitutional Court and Conspiratorial Parliament*, in 3(3) *Austl. J. Asian L.* 213 (2001).

¹⁶ B. Amarsanaa, *The fledgling courts and adjudication system in Mongolia*, in J.-R. Yeh, W.-C. Chang (Eds), *Asian Courts in Context*, Cambridge, 2014, 340-355.

¹⁷ S. Gardbaum, *The New Commonwealth Model of Constitutionalism*, in 49 *Am. J. Compar. L.* 707 (2001).

¹⁸ M. Ramseyer, *The Puzzling (In)Dependence of Courts: A Comparative Approach*, in 23(2) *J. Legal Stud.* 721 (1994).

¹⁹ R. Dixon, T. Ginsburg, *The forms and limits of constitutions as political insurance*, in 15(4) *Int'l J. Const. L.* 988, 991 (2017).

nel sistema della separazione dei poteri di una Corte giovane, in un contesto privo di tradizione rispetto alla giurisdizione costituzionale. Si è instaurato, così, un vero e proprio duello tra Corte costituzionale e Parlamento²⁰.

Questa lotta sulla supremazia è ben evidente nella serie di decisioni che sono intercorse tra il 1999 e il 2000 a riguardo dei primi emendamenti costituzionali, con particolare riferimento al caso del doppio mandato (ovverosia della possibilità di ricoprire contemporaneamente il ruolo di parlamentare e ministro), che ha visto, da un lato, la Corte dichiarare incostituzionali le riforme e dall'altro il Parlamento reagire riapprovando le disposizioni censurate dalla Corte o ignorandone la giurisprudenza.

2.1 Modifiche costituzionali e la dottrina degli *unconstitutional constitutional amendments*

Il tema del doppio mandato²¹ è sempre stato un argomento caldo nella politica mongola a partire dalla transizione democratica. I costituenti hanno eliminato dal processo di stesura della Costituzione le disposizioni che separavano completamente i rami esecutivo e legislativo e hanno lasciato che tali questioni fossero regolate da leggi ordinarie. Nel 1999, il Parlamento ha approvato un primo pacchetto di emendamenti alla Costituzione del 1992, tra cui vi era la previsione che consentiva ai membri del Governo di ricoprire contemporaneamente incarichi parlamentari, contrariamente a quanto disponeva l'originario art. 39 Cost. Il Presidente ha tuttavia posto il veto sull'emendamento perché il Parlamento l'aveva approvato senza consultare la Corte costituzionale. Il Presidente aveva ricavato, attraverso una interpretazione estensiva dell'art. 68 Cost., un vero e proprio dovere per il Parlamento di consultare la Corte stessa in caso di emendamenti costituzionali. Non solo, ma alla base del veto presidenziale vi era anche una considerazione sostanziale: l'emendamento in questione violava il principio di separazione dei poteri, sancito in Costituzione. Il veto del Presidente è stato tuttavia successivamente superato da un voto del Parlamento. Alla luce di quella che appariva a tutti gli effetti come una prova di forza del Parlamento, è stato avviato un ricorso alla Corte costituzionale, avente ad oggetto proprio l'incostituzionalità dell'emendamento in esame²².

La Corte costituzionale si è pronunciata accettando le doglianze dei ricorrenti e affermando che l'emendamento censurato violava il principio di separazione dei poteri. Alla luce della conclusione della Corte, la questione sarebbe dovuta passare al Parlamento, che avrebbe dovuto dar seguito o rifiutare l'esito del giudizio della Corte entro 15 giorni dal ricevimento del parere.

Il Parlamento, tuttavia, ha deciso di non pronunciarsi, impedendo così alla Corte di decidere in via definitiva sulla questione. L'inerzia parlamentare

²⁰ T. Ginsburg, G. Ganzorig, *When Courts and Politics Collide: Mongolia's Constitutional Crisis*, in 14(2) *Colum. J. Asian L.* 309 (2001).

²¹ Il termine doppio mandato (noto anche come *double jobbing* nella politica britannica) si riferisce alla situazione in cui un membro del governo, come un Ministro o un membro dell'Esecutivo, detiene contemporaneamente un seggio in Parlamento.

²² Per una puntuale analisi si rimanda a T. Ginsburg, G. Ganzorig, *When Courts and Politics Collide: Mongolia's Constitutional Crisis*, cit.

si è rivelata essere una scelta strategica: il Parlamento non aveva nessun interesse a risolvere la spinosa questione poco prima delle elezioni politiche. Anzi, molti membri del *Grande Hural* volevano rinviare di proposito la decisione al nuovo Parlamento che si sarebbe configurato dopo le elezioni del 2000.

E così fu: solo nel luglio del 2000, il Parlamento si è pronunciato, ma lo ha fatto in una modalità del tutto irrituale. Il Parlamento, infatti, era chiamato ad accettare o rigettare le conclusioni della *Tsets*. Tuttavia, esso ha evitato di pronunciarsi nel merito, rilasciando solo una dichiarazione che sfidava la Corte sul terreno delle sue prerogative: secondo il Parlamento, infatti, la Corte non aveva il potere di dichiarare l'incostituzionalità degli emendamenti costituzionali. Nonostante il dibattito dottrinale che la sfida aperta dal Parlamento ha fomentato, la *Tsets* si è di nuovo pronunciata sull'emendamento ribadendo l'incostituzionalità per non aver il Parlamento consultato la Corte prima di avviare l'approvazione dello stesso.

La pronuncia della Corte, tuttavia, aveva in quel particolare momento storico un impatto dirompente sul governo in carica: il Primo Ministro e altri quattro membri del governo erano al contempo anche parlamentari, tale posizione risultando illegittima alla luce della sentenza della Corte. Per risolvere questa *impasse*, il Parlamento ha avviato una nuova procedura per reintrodurre lo stesso emendamento, questa volta adempiendo agli obblighi di leale collaborazione, notificando cioè la procedura tanto al Presidente che alla Corte costituzionale. Si tratta del secondo pacchetto di sette emendamenti costituzionali, introdotti dal Parlamento nel 2000. Tra le sette modifiche costituzionali, oltre alla riproposizione della possibilità di ricoprire al contempo la carica di parlamentare e di membro dell'esecutivo, ve ne erano alcune che assumevano una certa rilevanza, essendo suscettibili di modificare in maniera sostanziale l'equilibrio tra potere legislativo ed esecutivo, a favore di quest'ultimo.

Tra le più significative, sembra opportuno ricordare la modifica che riduceva il *quorum* di validità per l'approvazione delle leggi, dal 57% dei membri del *Grande Khural* al 37%; parimenti problematica era la riduzione della durata delle sessioni parlamentari, da 75 giorni a 50 giorni, prevista dall'art. 27.2 Cost., con conseguente contrazione dei lavori parlamentari; sempre in un'ottica di rafforzamento delle prerogative dell'esecutivo devono essere lette le modifiche che riguardavano la procedura di nomina del Primo Ministro. L'art. 39.2 Cost, originariamente prevedeva che il Primo Ministro, a seguito del risultato elettorale, si consultasse con il Presidente prima di presentare le sue proposte circa la composizione del Governo al Parlamento. Il novellato art. 39 invece prevedeva che il Primo Ministro potesse presentare la compagine di governo direttamente al Parlamento, nel caso in cui la consultazione con il Presidente non fosse avvenuta entro una settimana dalla nomina del Primo Ministro.

Rispetto al nuovo pacchetto di emendamenti, la Corte costituzionale non ha sollevato alcuna obiezione e lo stesso è entrato in vigore, apportando significativi cambiamenti nelle delicate dinamiche parlamentari. Da allora, per esempio, si è consolidata la prassi di avere ministri – la maggioranza di essi – appartenenti contemporaneamente al Parlamento: tale pratica, anche alla luce delle dimensioni piuttosto modeste del Parlamento, ha nel tempo determinato un rafforzamento dell'esecutivo e della sua influenza sul

processo legislativo, indebolendo al contempo la posizione di un Parlamento già depotenziato.

Le riforme costituzionali del 2000 hanno acceso un vivace dibattito in dottrina, che si è divisa sul giudizio delle stesse. Dibattito mai sopito, su cui si è innestata, dopo vent'anni dalla prima riforma costituzionale, la più imponente modifica della Costituzione mongola, con circa il 28% del testo modificato, approvata il 14 novembre 2019²³. La revisione del 2019 riguardava tanto il tema della separazione dei poteri, l'indipendenza del giudiziario e il ruolo degli enti locali, quanto aspetti relativi alla gestione delle risorse e alla tutela dei diritti fondamentali. Si è trattato di una riforma profonda, anche in risposta ai cambiamenti sociali, politici ed economici intercorsi dalla formulazione della Costituzione del 1992. Tra le previsioni novellate dalla riforma del 2019 vi era, nuovamente, quella relativa al doppio mandato, modificata nel senso di limitare a quattro il numero di ministri che possono essere contemporaneamente membri del Parlamento (art. 39.1 Cost.).

La nuova disposizione è stata ampiamente apprezzata in dottrina che l'ha considerata, in via maggioritaria, un meccanismo volto a rafforzare il principio della separazione dei poteri e limitare l'influenza dell'esecutivo sul Parlamento.

Tuttavia, tre anni dopo, nel 2022, la *Tsets* ha stabilito, con una pronuncia senza precedenti, che l'emendamento del 2019 fosse incostituzionale²⁴, poiché la limitazione del doppio mandato era in contraddizione con l'identità della Costituzione sancita nel preambolo e nell'art. 1 Cost. La Corte ha così riaffermato il suo potere di annullare gli emendamenti costituzionali nel caso in cui essi violino i principi fondamentali e la struttura di base della Costituzione²⁵. Tuttavia l'impianto argomentativo a sostegno della decisione pare essere tutt'altro che solido. Secondo la Corte, infatti, limitare un numero di ministri (incluso il Primo Ministro) che possono essere contemporaneamente membri del Parlamento è una previsione che «deteriora e crea il rischio di destabilizzazione del sistema parlamentare [...] e di incertezza nella *governance* [...], limita i diritti dei membri del Parlamento e indebolisce i controlli e gli equilibri [...], mina i principi della democrazia e dello stato di diritto, [...] attacca l'autorità del Primo Ministro e indebolisce il potere esecutivo»²⁶. Alla luce di queste considerazioni la Corte ha, dunque, dichiarato tale disposizione incostituzionale eliminando le restrizioni.

²³ Il processo che ha portato alla modifica costituzionale è stato segnato da una straordinaria partecipazione popolare. Esso ha avuto inizio nel 2017, con l'istituzione di una assemblea deliberativa dei cittadini, formata da 700 cittadini estratti a sorte che si sono riuniti per discutere le prospettive e gli obiettivi generali di una riforma costituzionale. La proposta di modifica è stata poi formalmente avanzata dal Parlamento nel 2019, che ha tenuto conto, in sede di dibattito, dei commenti ricevuti tanto da singoli cittadini, che da organizzazioni della società civile ed enti locali. Si veda per i dettagli: M. Odonkhuu, [Mongolia's Long, Participatory Route to Constitutional Reforms](#), 20 January 2020.

²⁴ T. Dorjkhanda, D. Üürtsaikh, *contro il Parlamento della Mongolia*, 15 agosto 2022, Risoluzione 02, Corte costituzionale della Mongolia.

²⁵ *Ibid.*

²⁶ *Ibid.*

Non è chi non veda come la Corte, in contraddizione con il suo precedente sulla medesima questione, abbia deciso, invocando per altro una violazione dell'identità costituzionale²⁷, di assecondare la tendenza volta ad un rafforzamento del potere esecutivo a discapito dell'organo parlamentare. A dimostrazione di ciò, subito dopo la decisione della Corte, il Primo Ministro ha aumentato il numero di Ministri membri del Parlamento da quattro a tredici.

La Corte costituzionale, nella decisione in oggetto, si è spinta oltre la mera declaratoria di incostituzionalità, suggerendo al Parlamento quale fosse la strada da intraprendere per realizzare un sistema parlamentare rispettoso del principio della separazione dei poteri garantito dalla Costituzione: accrescere il numero dei membri del Parlamento e riformare il sistema elettorale.

La decisione della Corte costituzionale è stata accolta dal Parlamento senza troppe resistenze, nonostante parte della dottrina si fosse espressa criticamente, anche invocando una arbitraria interpretazione della *basic structure* della Costituzione da parte della Corte stessa. Quest'ultimo profilo merita in particolare di essere approfondito. Nella decisione in parola, infatti, la Corte costituzionale ha affermato, in via interpretativa, che gli emendamenti del 2000 costituissero la vera *basic structure* della Costituzione e non il testo originario del 1992. Come si può intuire, siamo di fronte ad una singolare decisione della *Tsets*, che non solo giudica della costituzionalità degli emendamenti costituzionali, ma si spinge ad identificare in via interpretativa quale sia la *basic structure* della Costituzione mongola. Ci si può chiedere se siamo di fronte al fenomeno definito dalla dottrina come *abusive judicial review*²⁸, almeno nelle sue forme "deboli".

Quel che certo è che tale comportamento della Corte solleva qualche interrogativo circa la sua effettiva indipendenza dall'esecutivo nell'ambito di un sistema a dominanza monopartitica, in cui la maggioranza dei giudici della *Tsets* è nominata dal Presidente e dal Parlamento, allora presieduto dal MPP.

Nell'agosto 2022 il *Grande Hural* ha approvato, dunque, l'emendamento che annullava il precedente limite al doppio mandato. Contestualmente, tuttavia, il Parlamento ha modificato la legge sulle competenze della Corte costituzionale, prevedendo esplicitamente che la Corte non è competente a giudicare degli emendamenti costituzionali. Si è aperta così una nuova fase nei rapporti tra Corte e legislatore, l'esito della quale è tutt'altro che scritto. La Corte potrebbe infatti di nuovo sfidare il legislatore invalidando tale restrizione delle sue competenze perché ritenuta incostituzionale.

²⁷ Cfr. R. Hirschl, Y. Roznai (Eds), *Deciphering the Genome of Constitutionalism. The Foundations and Future of Constitutional Identity*, Cambridge, 2024.

²⁸ Per il "controllo giudiziario abusivo", v. R. Dixon, D. Landau, *Abusive Judicial Review: Abusive Borrowing by and of Constitutional Courts*, in R. Dixon, D. Landau (Eds), *Abusive Constitutional Borrowing: Legal globalization and the subversion of liberal democracy*, Oxford, 2021, 81-108.

2.2 Le più recenti tendenze nei rapporti tra Corte e Parlamento: collaborazione o conflitto?

È difficile preconizzare quali saranno gli assetti nella separazione dei poteri in un contesto di democrazia fragile, quale è quello mongolo. Qualche considerazione può tuttavia essere svolta in linea generale, alla luce dei più recenti emendamenti costituzionali.

Nel maggio del 2023, infatti, il Parlamento ha approvato un nuovo emendamento costituzionale, questa volta rispondente allo scopo di aumentare il numero dei parlamentari da 76 membri a 126. La *ratio* di questa modifica dell'art. 21 Cost. deve essere rintracciata nella volontà di evitare la coincidenza di buona parte dei membri del Parlamento con figure ministeriali.

A ciò si è aggiunta la modifica, sempre a livello costituzionale, del sistema elettorale per l'elezione dei membri del Parlamento, prima di natura esclusivamente maggioritaria: 76 seggi sono ora assegnati attraverso un sistema maggioritario e 48 attraverso un sistema proporzionale, ciò al fine di favorire la rappresentanza in Parlamento anche dei partiti minori, oltre ai due maggiori partiti che tradizionalmente esaurivano la rappresentanza parlamentare²⁹.

Al di là degli emendamenti approvati, poi, il Parlamento ha proposto nuovi disegni di riforma costituzionale che riguardano il ruolo della Corte costituzionale.

La prima inciderebbe sulla composizione della Corte, vietando la riconferma di un giudice dopo la scadenza del suo mandato di sei anni³⁰. Inoltre, le modifiche proposte mirano a consentire ai cittadini di presentare ricorsi diretti alla Corte costituzionale dopo aver esaurito i mezzi di ricorso per far valere i loro diritti fondamentali, procedura attualmente indisponibile. Questa nuova via di accesso alla Corte creerebbe certamente maggiori opportunità per gli individui di proteggere e promuovere i diritti e le libertà fondamentali e renderebbe il governo responsabile delle sue azioni in violazione dei diritti. Nonostante l'impatto certamente significativo che tale cambiamento potrebbe avere sulla salvaguardia dei diritti fondamentali, l'emendamento appare tuttavia non privo di profili problematici perché non affronta la modifica degli attuali requisiti per la nomina dei giudici della Corte costituzionale.

Le condizioni di nomina dei giudici della Corte sono relativamente ampie, in quanto non si richiedono particolari qualifiche giuridiche: la Costituzione prevede solo che i giudici «abbiano alte qualifiche in politica e diritto» (art. 65.2) rimanendo per altro ambiguo come tali "alte qualifiche" siano determinate. Negli ultimi tre decenni, la Corte è stata composta da giudici con *background* non solo giuridici, ma anche provenienti da altre discipline come la geologia e diplomazia e molti di loro hanno lavorato per posizioni manageriali per aziende private e hanno avuto chiare affiliazioni

²⁹ A seguito delle ultime elezioni del 28 giugno 2024, hanno ottenuto rappresentanza parlamentare: MPP (68 seggi), DP (42) *HUN Party* (8), *Civil Will-Green Party* (4) e *National Coalition* (4).

³⁰ In pratica, ci sono stati casi in cui i giudici hanno prestato servizio per la Corte per 18 e 26 anni consecutivi.

con partiti politici, prevalendo dunque l'elemento politico su quello tecnico-giuridico.

Affidare alla Corte la tutela dei diritti fondamentali e dunque operare un chiaro rafforzamento della stessa, senza cambiare i requisiti per la nomina dei giudici, che sembrano primariamente rispondere a logiche politiche, rischia di essere controproducente.

La questione circa il ruolo e le funzioni della *Tsets* è dunque tutt'altro che chiusa. Anzi, la giustizia costituzionale mongola si trova oggi di fronte a uno snodo cruciale: segnare l'indipendenza dalla *Tsets* e rafforzarne il ruolo di garanzia nel contesto della separazione dei poteri, o lasciare che le spinte politiche "catturino" la Corte, determinando un inevitabile arresto di quel processo inaspettato di democratizzazione avviato nel 1992?

In altri termini, continuerà la Mongolia ad essere the "*unexpected case*" o avverrà ciò che in altri contesti stiamo già vivendo e cioè una sistematica erosione del contesto democratico e uno smantellamento, finanche graduale, del sistema dei *checks and balances*?

3. La crisi costituzionale israeliana

La crisi costituzionale israeliana può essere letta tanto come l'esito di un percorso del tutto peculiare – la rivoluzione costituzionale del 1992 – in un contesto definito da numerose specificità come quello israeliano, quanto come il sintomo della crisi delle democrazie costituzionali a livello globale, che vede sempre più spesso il sorgere di tensioni tra il potere giudiziario e il potere politico.

Distinguere queste due matrici della crisi costituzionale israeliana non è facile, ma è necessario laddove si intenda ragionare di possibili strade di riforma con riferimento al ruolo del potere giudiziario – ed in particolare della Corte suprema³¹ – nel contesto costituzionale israeliano.

Partendo dalla matrice "locale", non possiamo che sottolineare il fatto che Israele rappresenta un contesto costituzionale, istituzionale e sociale del tutto unico nel suo genere. I tratti di questa singolarità israeliana sono da rintracciare dal punto di vista sociale in una estrema frammentazione che riguarda diversi aspetti, da quello etnico a quello religioso fino a quello economico. Dal punto di vista costituzionale e istituzionale siamo di fronte a un ordinamento originariamente ispirato al modello britannico incentrato sulla primazia del Parlamento e un sistema privo di un testo costituzionale, ma sviluppatosi intorno a una serie di *Basic Laws*, approvate senza maggioranze qualificate, che riguardano gli aspetti fondamentali dell'ordinamento – struttura, separazione dei poteri, dignità umana e diritti fondamentali. Tale prerogativa della *Knesset*³² affonda le sue radici in una sua decisione del 1950, nota come 'decisione Harari', in base alla quale la *Knesset* avrebbe promulgato una serie di *Basic Laws* che alla fine avrebbero formato la Costituzione israeliana.

³¹ L. Pierdominici, *Evoluzioni, Rivoluzioni, Involuzioni. Il costituzionalismo israeliano nel prisma della comparazione*, Padova, 2022, 67 ss.

³² G. Sapir, D. Barak-Erez, A. Barak, *Introduction: Israeli Constitutional Law at a Crossroads*, in G. Sapir, D. Barak-Erez, A. Barak (Eds), *Israeli Constitutional Law in the Making*, Oxford, 2013.

Dal 1949 agli anni '80 la Corte suprema aveva riconosciuto la preminenza della legislazione della *Knesset*³³, affermando dunque di non avere il potere di invalidare la legislazione ordinaria.

Tuttavia, con l'introduzione delle *Basic laws: Freedom of Occupation and Human Dignity and Freedom*, è avvenuta quella che lo stesso giudice Aharon Barak ha definito come una rivoluzione costituzionale³⁴. Per la prima volta la Corte suprema ha riconosciuto il rango di fonti costituzionali alle *Basic Laws*³⁵ e pertanto ha affermato il suo potere di invalidare la legislazione della *Knesset* in caso la stessa violasse le *basic laws*. Da qui ha avvio il "mandato trasformativo" della Corte suprema, che la porterà ad essere, non senza suscitare critiche da parte della più attenta dottrina, uno degli attori più influenti del contesto costituzionale israeliano³⁶. Come ha affermato, efficacemente, il giudice Moshe Landau, la costituzione israeliana è l'unica al mondo «to be created by judicial fiat»³⁷.

Come si è detto, tuttavia, non è possibile trattare il caso israeliano solo agli occhi di una sorta di eccezionalismo: esso, infatti, partecipa di dinamiche ricorrenti in diversi contesti costituzionali in ottica comparata e per questo non può non interrogare il comparatista circa le radici comuni di questi fenomeni tanto ricorrenti.

Un primo elemento riguarda il preciso frangente storico in cui queste riforme vengono introdotte. Siamo di fronte, infatti, ad un contesto di estrema polarizzazione sociale e politica, di cui l'emblema in ottica comparata è il caso americano. Di crescente polarizzazione, economica sociale e istituzionale si può tuttavia parlare anche guardando al continente europeo, sia in termini infra-statali che inter-statali, ovverosia tra diversi Stati membri dell'Unione europea, come dimostrano diverse linee di tensione, su tutte quelle che riguardano i ben noti casi di Polonia e Ungheria³⁸.

Un altro elemento – il secondo – che riconduce la corrente crisi israeliana nell'alveo delle comuni sfide che si trovano ad affrontare agli Stati contemporanei – e che per altro è un sintomo stesso della polarizzazione –

³³ Israel Supreme Court, *Bergman v. Minister of Finance* (1969) (I) 23 P.D. 693.

³⁴ A. Barak, *A Constitutional Revolution: Israel's Basic Laws*, in 4 *Const. Forum* 83, 83 (1992-1993): «By virtue of this basic legislation, human rights in Israel have become legal norms of preferred constitutional status much like the situation in the United States, Canada and many other countries. This is clear with regard to Basic Law: Freedom of Occupation, which the Knesset itself entrenched by stipulating that it may not be changed except by a Basic Law passed by an absolute majority of Knesset members. It is less clear in the case of Basic Law: Human Dignity and Freedom, which was not so entrenched; but the minimalist interpretation of that Basic Law requires, in my opinion, that any ordinary legislation which contradicts the provisions of the Basic Law without stating explicitly that it is doing so will not be valid».

³⁵ Cfr. CA 6821/93 *United Mizrahi Bank PLC v. Migdal Cooperative Village* (1995) 49 (iv) PD 221.

³⁶ R. Weill, *The Strategic Common Law Court of Aharon Barak and its Aftermath: On Judicially-led Constitutional Revolutions and Democratic Backsliding*, in 14(2) *Law & Ethics Hum. Rts.* 227 (2020).

³⁷ M. Landau, *Symposium: The Bank Hamizrachi Case: Three Years Later*, in 5 *Hamishpat* 249, 254 (2000).

³⁸ Cfr. R. Tarchi, A. Gatti (cur.), *Il Rule of Law in Europa*, Genova, 2023.

è quello delle tensioni crescenti tra potere giudiziario e potere politico con i tentativi di “cattura” del primo da parte del secondo³⁹.

Il caso israeliano, dunque, con le proposte avanzate dalla coalizione di governo, si pone nel solco di queste tendenze contemporanee che vedono l'intervento del potere esecutivo volto a limitare la crescente influenza del potere giudiziario a discapito del potere democratico-rappresentativo.

Rispetto al caso della Mongolia vi è tuttavia una marcata differenza: la Corte suprema israeliana è divenuta nel tempo, ed in particolare a seguito della rivoluzione costituzionale degli anni '90, uno degli attori più influenti del contesto politico, mentre la *Tsets* mongola è rimasta in una posizione di sostanziale debolezza rispetto all'esecutivo e al legislativo.

Il pacchetto di riforme giudiziarie introdotto dalla neo-istituita coalizione di governo, nel gennaio 2023, riguardava diversi aspetti delle relazioni tra Corte e attori politici: dalla possibilità per una maggioranza della *Knesset* (61 su 120 membri) di superare le decisioni della Corte suprema (*override clause*); alla riforma del processo di nomina dei giudici supremi, con una maggior influenza del potere politico; fino alla rimozione del canone della ragionevolezza nei giudizi delle Corti nei confronti di atti dell'esecutivo e la riduzione delle prerogative dell'*Attorney General* e dei *legal advisors* (attori terzi e indipendenti) nel processo costituzionale.

Si è trattato di un pacchetto di riforme volte ad indurre una significativa erosione dei poteri della Corte suprema e di fatto tendenti a una trasformazione radicale nel rapporto tra poteri a favore dell'esecutivo.

Come è noto, all'annuncio relativo alla presentazione di tale agenda da parte del Ministro della Giustizia Levin sono divampate proteste della società civile nelle maggiori città israeliane, dimostrazioni che sono proseguite con grande intensità fino agli eventi del 7 ottobre 2023. Anche una parte maggioritaria dall'accademia⁴⁰ si è prontamente mobilitata con quello che appariva essere un attacco al principio dello stato di diritto e al cuore della democrazia israeliana.

Come osserva Roznai, alcune delle proposte di riforma, considerate singolarmente, potrebbero apparire ragionevoli, anche alla luce di esperienze comparate che presentano analoghi meccanismi; tuttavia il problema risiede negli effetti dell'insieme di tali proposte che «paint a bleak future for Israeli

³⁹ Rispetto a questo profilo il caso polacco è forse il più emblematico, ma vi sono anche altre esperienze nella prospettiva comparata che mostrano tentativi di limitare l'indipendenza del giudiziario e depotenziare la sua funzione. Si pensi per esempio alle proposte di ridefinire i poteri e la nomina dei giudici della Corte suprema americana. O ancora si pensi alla crisi costituzionale spagnola, che riguardava proprio la riforma del sistema di nomina dei giudici del *Tribunal Constitucional* (TC), anche in questo con l'obiettivo di evitare forme di blocco da parte delle opposizioni e di rafforzare dunque il controllo sul TC da parte della coalizione al potere. Anche in contesti di più fragili democrazie si assiste a tentativi da parte dell'Esecutivo di esercitare una qualche influenza sul giudiziario: si pensi al recente caso della Bosnia ed Erzegovina: , sul quale Venice Commission, [Bosnia and Herzegovina - Constitutional Court – Statement by the Venice Commission](#), 16 June 2023.

⁴⁰ R. Gavison, *The Constitutional Revolution – Description of Reality or Self-Fulfilling Prophecy?*, in 28(1-2) *Mishpatim (Hebrew University L. Rev.)* 21 (1997); R. Hirschl, *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, Cambridge, 2004.

democracy»⁴¹ e si configurerebbero come un caso, descritto in dottrina di «abusive borrowing»⁴².

Anche alla luce delle massicce proteste, il 27 marzo Netanyahu ha annunciato la sospensione dell'iter di approvazione dell'intero pacchetto, al fine di favorire il confronto tra la coalizione di governo e l'opposizione per giungere a una soluzione di compromesso. Tuttavia la negoziazione non ha avuto gli esiti sperati: la modifica del *Judicial Appointments Committee* volta a garantire al governo la nomina della maggior parte dei suoi membri, era una proposta irricevibile per l'opposizione. Così, falliti i negoziati, il Governo Netanyahu ha deciso di procedere, nel luglio del 2023, a piccoli ma pesanti passi con l'approvazione della modifica della *Basic Law: The Judiciary*, che recita: «notwithstanding what is stated in this Basic Law, a holder of judicial authority under law, including the Supreme Court sitting as the High Court of Justice, shall not address the reasonableness of a decision by the Government, the Prime Minister or a Government Minister, and will not issue an order in such a matter; in this section, “decision” means any decision, including in matters of appointments, or a decision to refrain from exercising authority». In definitiva, l'emendamento vieta alle corti, incluse la Corte suprema e l'Alta Corte di giustizia di utilizzare il giudizio di ragionevolezza nelle decisioni che riguardano gli atti del governo e dei ministri (c.d. *Reasonableness Amendment*)⁴³.

L'emendamento ha immediatamente provocato una serie di ricorsi (8) di fronte alla Corte suprema, che hanno offerto alla stessa l'opportunità di pronunciarsi sulle sue prerogative di dichiarare un emendamento alla *Basic Law* incostituzionale. Prima di analizzare nel dettaglio la sentenza, sembra utile soffermarsi sulla natura del sindacato di ragionevolezza sviluppato dalla Corte suprema nel tempo.

3.1 Intermezzo: il sindacato di ragionevolezza nel contesto israeliano

Per meglio comprendere la *ratio* dell'emendamento alla *Basic Law: The Judiciary*, pare opportuno approfondire l'evoluzione del sindacato di ragionevolezza nell'ambito della giurisprudenza della Corte suprema. Il cambiamento nel significato e nella declinazione del test di ragionevolezza ci dà, peraltro, uno spaccato della trasformazione del ruolo e dell'influenza del potere giudiziario nel contesto israeliano.

La ragionevolezza di per sé è un concetto sfuggente, indeterminato e privo di un univoco contenuto. Nel diritto amministrativo israeliano, possiamo però individuare due diverse concezioni del test di ragionevolezza. La prima, che si può rintracciare nella giurisprudenza degli anni '60/'70, aderisce al modello britannico del test di ragionevolezza, applicabile solo laddove ci si trovi innanzi a decisioni evidentemente irragionevoli, nel senso di arbitrarie, senza alcun fondamento.

⁴¹ Y. Roznai, A. Cohen, *Populist Constitutionalism and the Judicial Overhaul in Israel*, cit., 517.

⁴² R. Dixon, D. Landau, *Abusive Constitutional Borrowing*, cit.

⁴³ Cfr. E. Campelli, *Reasonableness Standard Bill in Israele: soluzione o involuzione?*, in *DPCE Online*, 4, 2023, 3169-3185.

La seconda invece, che inizia a manifestarsi agli inizi degli anni '80, non riguarda più solo casi di manifesta irragionevolezza degli atti in esame, riguarda invece il corretto bilanciamento di tutte le considerazioni rilevanti che hanno portato ad una determinata decisione o atto amministrativo. La ragionevolezza diventa, cioè, canone di scrutinio del bilanciamento di interessi operato dal decisore pubblico.

Come si può intuire, quest'ultima accezione del principio di ragionevolezza rende labile il confine tra diritto e politica, offrendo al giudiziario uno strumento potente per entrare nel sindacato delle scelte politiche dell'esecutivo. Si è trattato, in altri termini, di una «administrative revolution»⁴⁴ che ha preceduto, ma anche alimentato la *constitutional revolution* degli anni '90.

A ciò si è accompagnato il sostanziale superamento della dottrina della non-giustiziabilità delle decisioni di natura politica, che aveva invece caratterizzato la prima fase dello sviluppo costituzionale israeliano. I casi più emblematici di questa svolta della Corte suprema riguardano il sindacato sulle nomine politiche operate dall'esecutivo. Il primo caso di questi è la vicenda della nomina di un precedente funzionario dei servizi segreti, coinvolto in operazioni che avevano portato all'uccisione di due terroristi e per la quale era stato graziato dal Presidente, a direttore generale del ministero per l'Edilizia.

Questa nomina è stata annullata dalla Corte suprema nel caso *Eisenberg v. Minister of Building and Housing*⁴⁵ alla luce del fatto che un organo amministrativo che effettua una nomina deve tenere conto del passato del candidato. Nel caso di specie, anche in assenza di una condanna penale e nonostante la concessione della grazia da parte del Presidente, la Corte ha affermato che Ginosar non era un candidato idoneo a ricoprire una posizione di responsabilità nell'amministrazione pubblica, alla luce delle prove relative al suo coinvolgimento passato in azioni illegittime. Altri casi hanno riguardato nomine più prettamente politiche, come le sentenze che hanno portato alla destituzione di Aryeh Deri e Raphael Pinchasi, entrambi figure centrali del governo Rabin, accusati di corruzione. La Corte suprema, prima ancora che la *Knesset* si pronunciasse sulla perdita dell'immunità dei due indagati, è intervenuta disponendo la loro destituzione, con conseguenze politiche estremamente rilevanti per il governo Rabin, allora impegnato nella negoziazione degli accordi di Oslo⁴⁶.

Questa giurisprudenza, come è noto, ha trasformato il contesto israeliano della separazione dei poteri, elevando il giudiziario a una sorta di "super-potere", suscettibile di interferire tanto con le scelte dell'esecutivo che del legislativo (rispetto al quale, per esempio, la Corte ha dichiarato di poter sindacare anche le azioni disciplinari condotte della commissione parlamentari nei confronti dei membri della *Knesset*).

Come si può intuire, è dunque su questo terreno, già estremamente compromesso, ulteriormente deteriorato da un contesto politico

⁴⁴ Y. Dotan, *Israel's Constitutional Moment*, in 56(3) *Israel L. Rev.* 521, 523 (2023).

⁴⁵ HCJ 6163/92 del 23 marzo 1993.

⁴⁶ Cfr. D. Friedmann, *Politics in Legal Disguise*, in 56(3) *Israel L. Rev.* 320, 327 (2023).

estremamente polarizzato e conflittuale, che si innesta la discutibile riforma della *Basic Law: The Judiciary*⁴⁷.

Siamo dunque in un contesto in cui le relazioni tra i poteri dello Stato sono estremamente conflittuali, caratterizzate da prove di forza da parte di tutti gli attori coinvolti. Come dunque valutare il merito della riforma? Si condivide qui la posizione di autorevole dottrina⁴⁸ che ha rilevato come la problematicità dell'emendamento risieda da un lato, nella modalità di intervento (legislativo) con cui si è limitato il sindacato della Corte, dall'altro nel fatto che tale riforma faccia parte di un quadro più articolato volto a limitare, strutturalmente e sostanzialmente l'indipendenza dei giudici.

Quanto al primo profilo, condivisa è la necessità di una limitazione dell'estensione del sindacato della Corte soprattutto in merito alle nomine di natura politica. Tuttavia i sostenitori⁴⁹ di questa necessità, hanno sottolineato come tale cambiamento dovesse avvenire ad opera della Corte stessa, attraverso un nuovo approccio giurisprudenziale e non etero-imposto dal legislatore.

Quanto al secondo profilo, la tecnica di procedere per riforme circoscritte a determinati aspetti, ricorda la prassi in atto in diversi ordinamenti che stanno assistendo a processi incrementali di erosione democratica, che avvengono attraverso una serie di piccole riforme, apparentemente innocue, come per esempio è avvenuto in India con Modi⁵⁰ e in Ungheria con Orbán.

In ogni caso la riforma in esame, per ora rimasta l'unica concretamente attuata, ha fornito alla Corte un'occasione unica per valicare forse l'unico ambito del diritto costituzionale in cui si era solo affacciata, con la famosa sentenza *Mizrahi Bank*⁵¹: il controllo di costituzionalità degli emendamenti alle *Basic Law*. Nel caso *Mizrahi*, la Corte guidata da Barak aveva affermato che nell'emanare le *Basic Laws*, la *Knesset* agisce in virtù del suo potere costituente di scrivere una Costituzione per Israele e che, in termini di gerarchia normativa, lo *status* delle *Basic Laws* è superiore a quello della legislazione primaria. Sancendo la superiorità gerarchica della *Basic Law*, la Corte aveva inoltre riconosciuto che era possibile esercitare un controllo giurisdizionale del diritto primario e persino dichiararne la nullità, se non soddisfaceva le condizioni stabilite nelle *Basic Laws*.

In questo caso però, la Corte, pur affermando la natura costituzionale delle *Basic laws*, aveva lasciato aperta da un lato la questione delle conseguenze di un "abuso" del potere costituente da parte della *Knesset* (nel

⁴⁷ M. Cohen-Eliya, I. Porat, *A New Deal to the Israeli Judicial System* e R. Abeyratne, *Political Courts and Judicial Pushback: A Response to Moshe Cohen-Eliya and Iddo Porat*, in *DPCE Online*, 2, 2023, 2195-2205 e 2119-2223.

⁴⁸ Y. Roznai, R. Dixon, D. Landau, *Judicial Reform or Abusive Constitutionalism in Israel*, 56(3) *Israel L. Rev.* 292, 297 (2023).

⁴⁹ Come l'ex giudice della Corte Noam Sohlberg, il quale tuttavia ha ribadito come le sue critiche all'utilizzo della ragionevolezza fossero una chiamata ad un *self-restraint* della Corte stessa, non a un intervento legislativo. Si veda per il dibattito in esame: <https://www.timesofisrael.com/judge-who-inspired-reasonableness-bill-says-he-didnt-intend-legislative-changes/>.

⁵⁰ T. Khaitan, *Killing a Constitution with a Thousand Cuts: Executive Aggrandizement and Party-State Fusion in India*, in 14 (1) *Law & Ethics Hum. Rts.* 49 (2020).

⁵¹ *United Mizrahi Bank v. Migdal Cooperative Village*, 49(4) P.D. 221 (1995).

caso, per esempio, in cui la *Knesset* definisca *Basic Law* una legge che non ha un contenuto costituzionale); e dall'altro la questione circa il potere della Corte suprema di invalidare emendamenti alle *Basic Laws*, dal punto di vista del loro contenuto.

Ora con il caso *Movement for Quality Government v. Knesset* la Corte ha avuto la perfetta occasione per pronunciarsi su tali fondamentali questioni. Sembra quasi un esito paradossale: una riforma volta a limitare il potere della Corte suprema offre alla Corte stessa l'occasione di utilizzare in concreto forse lo strumento più dirimpente per la separazione dei poteri: l'*unconstitutional constitutional amendment doctrine*⁵².

3.2 La Corte suprema israeliana e la *unconstitutional constitutional amendment doctrine*

All'indomani dell'entrata in vigore della riforma alla *Basic Law: The Judiciary*, otto ricorsi sono stati portati dinanzi alla Corte suprema. Le doglianze si sono concentrate sia su profili sostanziali (l'emendamento in questione viola i caratteri fondamentali dello Stato di Israele) che procedurali (la sua approvazione presenta vizi formali tali da configurare un abuso di potere della *Knesset* e da renderlo nullo).

Due in particolare sono stati i quesiti posti alla Corte: *in primis* se fosse possibile esercitare un controllo giurisdizionale sul *contenuto* delle Leggi fondamentali quando si sostiene che la *Knesset* abbia usurpato il suo potere costituente. Si tratta di una questione complessa sulla quale, fino ad ora, la Corte si era astenuta dal decidere in merito. Subordinatamente all'esito positivo della prima questione, la Corte è stata investita dalla richiesta di annullare l'emendamento in oggetto, alla luce del fatto che lo stesso danneggia gravemente il carattere fondamentale dello Stato di Israele come Stato democratico ed ecceda i confini del potere costituente della *Knesset*.

Prima di analizzare, seppur brevemente, il merito della sentenza⁵³ è utile ragionare sulle possibili alternative a disposizione della Corte. La Corte avrebbe potuto respingere i ricorsi, pur ribadendo in astratto la sua possibilità di giudicare sulle *Basic Laws* in futuro; in alternativa la Corte avrebbe potuto scegliere una soluzione intermedia, ad esempio riconoscendo la validità dell'emendamento sulla ragionevolezza ma dichiarando che, in futuro, lo avrebbe interpretato in modo da lasciare possibilità di un controllo giurisdizionale nei casi di estrema irragionevolezza da parte dell'esecutivo; infine la Corte avrebbe potuto giocare la carta della *unconstitutional constitutional amendment doctrine* e annullare l'emendamento. L'ultima, più estrema ipotesi è quella che si è realizzata.

Quanto al primo quesito, di natura prodromica rispetto alle successive determinazioni, per la prima volta la Corte⁵⁴ ha riconosciuto a maggioranza

⁵² Cfr. Y. Roznai, *Unconstitutional Constitutional Amendments: The Limits of Amendment Powers*, Oxford, 2017.

⁵³ Per una analisi approfondita della sentenza e della sua portata nell'ordinamento israeliano si rimanda a R. Toniatti, *L'identità costituzionale di Israele: un work in progress, fra judicial activism della Corte suprema e insidie illiberali della democrazia elettorale*, in *DPCE*, 1, 2024, 87-126.

⁵⁴ HCJ 5658/23, *Movement for Quality Government v. Knesset*.

(12 giudici su 15) che essa stessa ha l'autorità di condurre un controllo giurisdizionale sulle leggi fondamentali e ha il potere di intervenire in quei casi eccezionali in cui la *Knesset* abbia abusato della sua autorità costituente.

Conseguentemente, la Corte ha valutato nel merito la legittimità dell'emendamento alla *Basic Law: The Judiciary*, affermando (con una maggioranza di 8 giudici su 15) la sua illegittimità. La sentenza in oggetto ha suggellato un percorso giurisprudenziale della Corte suprema che aveva già adombrato – sebbene in un *obiter dictum* – la possibilità per la stessa di avocare a sé il controllo di costituzionalità delle *Basic Laws*.

Il precedente più significativo da questo punto di vista è stato il caso *Hasson v. Knesset*⁵⁵ deciso nel 2021 in merito alla costituzionalità della *Basic Law: Israel – The Nation-State of the Jewish People (Nation-State Basic Law)*⁵⁶. Si tratta della quattordicesima *Basic Law* approvata nella storia israeliana, avente ad oggetto la definizione dei caratteri fondamentali dello Stato di Israele.

La legge fondamentale, all'art. 1, afferma che «the Land of Israel is the historical homeland of the Jewish People, in which the State of Israel was established. The State of Israel is the nation state of the Jewish People in which it realizes its natural, cultural, religious and historical right to self-determination. The realization of the right to national self-determination in the State of Israel is exclusive to the Jewish People».

Non è chi non veda la problematicità di tali previsioni sancite per di più in una norma di rango costituzionale. Non è sorprendente che la Corte suprema si sia trovata a rispondere alle doglianze di sette diversi ricorsi che lamentavano da un lato le possibili implicazioni che la legge potesse avere sul principio di uguaglianza e dunque sui diritti fondamentali; dall'altro, gli effetti negativi sulla tutela delle minoranze⁵⁷ non ebraiche presenti sul territorio nazionale, come gli arabo-palestinesi e i drusi e l'impatto sulla definizione dei confini della comunità politica israeliana e sulla sua identità.

Nella sentenza scaturita dai ricorsi, la Corte suprema ha riconosciuto la validità della *Basic Law*, pur introducendo una affermazione di carattere generale – quasi un monito al legislatore costituente – secondo la quale, l'autorità della *Knesset* nella sua veste di Assemblea dotata di potere costituente non è «all powerful» e non può spingersi – anche attraverso le *Basic Laws* – a negare o contraddire il carattere fondamentale dello Stato di Israele come «Jewish and democratic state».

Fondandosi su tale argomentazione, la Corte, nel caso *Movement for Quality Government v. Knesset*, ha ritenuto che l'emendamento n. 3 alla *Basic Law: The Judiciary* rientrasse proprio nei casi estremi in cui la *Knesset* ha deviato dalla sua autorità costituente. La Corte ha sottolineato che la formulazione ampia e generale dell'emendamento impedirebbe al potere giudiziario di valutare alla luce della ragionevolezza qualsiasi decisione del

⁵⁵ HCJ 5555/18, *Akram Hasson v. Knesset*.

⁵⁶ Cfr. T.H. Brandes, *Basic Law: Israel as the Nation State of the Jewish People: Implications for Equality, Self-Determination and Social Solidarity*, in 29(1) *Minn. J. Int'l L.* 65 (2020). Cfr. anche A. Gatti, *Lo Stato ebraico come mito: origini e conseguenze della legge fondamentale Nation-State*, in *DPCE Online*, Sp., 2021, 1545-1566.

⁵⁷ M.S. Wattad, *The Nation State Law and the Arabic Language in Israel: Downgrading, Replicating or Upgrading?*, in 54(2) *Israel L. Rev.* 263 (2021).

Governo, anche laddove si trattasse di decisioni assolutamente irragionevoli e prive di fondamento o anche in caso di omissioni. L'emendamento creerebbe dunque un vuoto rispetto alla possibilità di agire in giudizio a protezione di interessi individuali e pubblici, laddove essi siano pregiudicati da una condotta irragionevole dell'esecutivo, lasciando a quest'ultimo un potere pressoché illimitato.

In definitiva, la Corte afferma che l'emendamento in questione configura una violazione senza precedenti di due caratteristiche fondamentali dello Stato di Israele come Stato democratico: la separazione dei poteri e lo Stato di diritto.

Siamo dunque di fronte a una decisione dalla portata storica e trasformativa del punto di vista della teoria del diritto costituzionale israeliano⁵⁸, che tuttavia risulta essere particolarmente problematica se collocata nell'ambito delle tensioni e dei contrasti che caratterizzano i rapporti tra potere giudiziario e potere esecutivo in un contesto costituzionale del tutto peculiare e in via ancora di definizione. Riuscirà la Corte a "salvare" la democrazia israeliana?

4. Conclusioni

L'analisi del caso israeliano e di quello mongolo ha messo in luce le delicate dinamiche che coinvolgono il potere giudiziario in contesti di debole tradizione democratica o segnati da spinte populiste e anti-democratiche. Le Corti supreme/costituzionali si muovono su un sottile crinale, fatto da un lato dalla necessità di adempiere al proprio ruolo di garanti della Costituzione in posizione di indipendenza e dall'altro dalla necessità di interagire con il potere esecutivo e legislativo, nella tutela dei diritti e dei principi fondamentali, evitando di farsi "catturare" dalle dinamiche politiche.

Entrambi i casi qui esaminati, pur muovendo da circostanze e contesti costituzionali diversi, mostrano la precarietà di tale equilibrio, soprattutto di fronte a forti spinte di natura populista e autocratica; mostrano altresì come la continua contrapposizione manichea tra giudiziario e altri poteri dello stato si rivela in ultima analisi sterile. Come sostiene Aileen Kavanagh, «protecting rights is not the solitary task of an omniscient super-judge. Nor is it the sole preserve of an enlightened legislature. Instead, it is a collaborative enterprise where all three branches of government must work together in a way which takes both rights and democracy seriously»⁵⁹ e «once they are freed from the strictures of the antagonistic narrative, they can begin to imagine a constructive role for the courts in supporting and 'nourishing' the political constitution»⁶⁰.

Tuttavia, la protezione della democrazia non si può esaurire solo nel dialogo – quand'anche collaborativo – tra i poteri dello Stato. Come dimostrano le proteste divampate in Israele e, anche se in maniera minore, in Mongolia, accanto a meccanismi di natura costituzionale è necessario che

⁵⁸ M. Totry-Jubran, *Constitutionalising Israel's Constitutional System*, in 56(3) *Israel L. Rev.* 355 (2023).

⁵⁹ A. Kavanagh, *The Collaborative Constitution*, Cambridge, 2023, 57.

⁶⁰ *Ibid.*, 55.

essi siano sostenuti da una cultura della democrazia e della separazione dei poteri.

In definitiva, in contesti in cui le Corti e più in generale gli ordinamenti democratici sono interessati da fenomeni variamente definiti di *democratic backsliding* o di *democratic retrogression*, l'attenzione della dottrina dovrebbe, come suggerisce Gardbaum, «expand beyond the courts and include democratic design methods, the forces of political competition, the revitalization of democratic norms, responsive political policies and programs, as well as other independent institutional actors to protect the processes and structures of representative democracy»⁶¹.

Antonia Baraggia
Dip.to di Diritto Pubblico Italiano e Sovranazionale
Università degli Studi di Milano
antonia.baraggia@unimi.it

⁶¹ S. Gardbaum, *Comparative Political Process Theory*, in 18 *Int'l J. Const. L.* 1429, 1457 (2020).

