

# Religione, politica e diritto: uno sguardo (d)alla Corte Suprema israeliana

di Cristina Gazzetta

**Abstract:** *Religion, politics and law: a perspective about the Israeli Supreme Court* – On 18 July 2018, the State of Israel enacted the Basic Law “Nation-State of the Jewish People”, which was approved by a narrow majority (62-55). The law in question strengthens the Jewish character of the Israeli state and lays the foundations for a redefinition of its constitutional order, calling into question the other character of the state, namely its democracy, also and above all in its relations with the Arab minority. Therefore, it seems to be of some interest to examine its application by judges (especially constitutional judges) in all those cases in which they find themselves called upon to defend the State of Israel as the nation-state of the Jewish people, and thus in those cases in which the Jewish character of the State clashes with its democratic character. From the point of view of comparative law, the exercise we intend to carry out aims to verify whether or not the Israeli Supreme Court, in the exercise of its activity, confirms the stability of the democratic character of the state (also) through the Basic Law of 2018, or whether Israel should instead be classified as an *ethnocracy* (Yiftachel, 1997).

835

**Keywords:** Democracy; Ethnocracy; Israel; Israeli Supreme Court.

«Non c'è democrazia senza tolleranza né senza un margine di generosità. Non si può separare l'ebraismo dalla democrazia» (Shimon Peres, 2011)

## 1. *Premessa*: ebraismo e democrazia in Israele

In assenza di una Costituzione scritta (ovvero formale), in Israele le Leggi Fondamentali devono considerarsi come una Costituzione pluritestuale e tuttora in fase di realizzazione<sup>1</sup>; mancando anche una Carta dei diritti, è il sistema giudiziario che assolve il compito della difesa dei diritti della persona.

Le Leggi Fondamentali già adottate, da considerarsi parti della futura Costituzione, contengono le caratteristiche basilari dell'ordinamento costituzionale israeliano<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Secondo un processo di costituzionalizzazione a tappe; a riguardo si rinvia alla definizione di R. Toniatti, *Israele: una Costituzione a tappe*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1977, 510. Ancora sull'essenza dilatoria del progetto costituzionale israeliano, si veda S. Sager, *Israel's Dilatory Constitution*, in *24 Am. J. Comp. L.* 88 (1976).

<sup>2</sup> Nel nuovo Stato sorto a seguito dell'accettazione delle disposizioni della Risoluzione

Preme qui rilevare che nel 1992 la *Knesset* ha emanato le due Leggi Fondamentali sulla libertà di occupazione e sulla dignità e la libertà della persona che sono state considerate da molti commentatori, tra cui il Presidente della Corte Suprema Aharon Barak, una vera «rivoluzione costituzionale»<sup>3</sup>, poiché, dopo un lunghissimo dibattito, esse introducono,

---

ONU n. 181, la prevista Assemblea costituente non elaborò una Costituzione, ma una «legge di transizione» (16 febbraio 1949) che tra le altre previsioni cambiava il nome della stessa Assemblea in «prima *Knesset*» (termine ebraico che vuol dire Parlamento) forse a testimonianza dell'abbandono del progetto di elaborazione della Costituzione. È difficile cercare di comprendere quali siano state le motivazioni di tale scelta, ma sicuramente deve menzionarsi (oltre l'emergenza bellica legata alla minaccia di aggressione da parte dei Paesi arabi confinanti e il carattere cosmopolita della popolazione ebraica che avrebbe probabilmente voluto estendere i diritti civili e politici a tutti i cittadini, senza distinzione tra ebrei e arabi), il disaccordo tra le componenti religiose e laiche della società del nuovo Stato, laddove le prime, rappresentate dai numerosi e frammentati partiti religiosi, temevano che la codificazione dei diritti avrebbe comportato l'ufficializzazione dei principi del Sionismo (inteso qui nel senso di alternativa laica ai partiti religiosi e tendente ad un rinnovamento politico e culturale del nuovo Stato), un eccessivo potere dei giudici, considerati esponenti della laicità della società con la conseguenza di una graduale diminuzione del loro potere; il Primo ministro Ben Gurion dichiarò che una Costituzione scritta avrebbe impedito l'arrivo degli ebrei della diaspora, la cui volontà non doveva essere vincolata a quella degli ebrei già residenti in Israele e riteneva che l'assenza di una Costituzione in Gran Bretagna forniva l'esempio del fatto che la realizzazione di una autentica democrazia può avvenire anche in assenza di una Costituzione scritta (cfr. N. Yanai, *Politics and Constitution Making in Israel: Ben Gurion's Position in the Constitutional Debate Following the Foundation of the State*, in D.J. Elazar (Ed.), *Constitutionalism, The Israeli and American Experiences*, Lanham, 1990, 101 ss.); al tempo stesso non deve scordarsi che il Sionismo si richiamava al principio tipico della tradizione socialista (la corrente socialista, guidata da Ben Gurion, in cui vi erano numerosi partiti di ispirazione marxista, aveva come primo obiettivo lo sviluppo di una società ebraica «normalizzata», laica e socialista, rimandando ad un futuro prossimo la costituzione di uno Stato indipendente. Questa corrente realizzerà - secondo la definizione della laburista Golda Meir - il «solo Stato menscevico riuscito» dell'epoca moderna. Cfr. V. Dan Segre, voce *Sionismo* (Scienze sociali), 1998, in [www.treccani.it/enciclopedia/sionismo \(Enciclopedia-delle-Scienze-Sociali\)/](http://www.treccani.it/enciclopedia/sionismo_(Enciclopedia-delle-Scienze-Sociali)/)), quello della democrazia concentrata sulla volontà popolare (intesa come volontà della maggioranza). Il 13 giugno 1950 la prima *Knesset* adottò una risoluzione (proposta dal deputato Harari, di cui porta il nome), nella quale dichiarava la propria volontà di non procedere alla adozione di una Costituzione scritta, ma affermava che il processo costituente sarebbe stato realizzato nel tempo attraverso l'approvazione di una serie di «Leggi Fondamentali», secondo il modello della Germania di Bonn, le quali sarebbero poi state raccolte in un unico documento (e dunque ognuna sarebbe stata un capitolo della Costituzione del nuovo Stato). Ma la prima *Knesset* non approvò nessuna delle Leggi Fondamentali previste e trasferì i suoi poteri (dunque anche quelli di Assemblea costituente) alla seconda *Knesset* nel 1951 con una legge di transizione che ha permesso poi di trasferire gli stessi poteri ad ogni *Knesset* futura.

<sup>3</sup> Cfr. E. Ottolenghi, R.Y. Hazan, *Aspettando la Costituzione: la rivoluzione costituzionale israeliana del 1992 e i mutati rapporti tra i poteri dello Stato*, in *Quad. cost.*, 1997, 17 ss.; T. Groppi, *La Corte Suprema di Israele: la legittimazione della giustizia costituzionale in una democrazia conflittuale*, in *Giur. cost.*, 2000, 3543. Occorre ricordare che con lo storico caso *United Mizrahi Bank v. Migdal Cooperative Village*, esse furono l'occasione per sancire l'idea che una «rivoluzione costituzionale» era intercorsa nel Paese, proprio stante il riconoscimento di un «supra-legislative constitutional status» delle nuove *Basic Laws Freedom of Occupation* e *Human Dignity and Liberty*, da cui si fece discendere la naturale possibilità per la Corte Suprema di dichiarare l'invalidità della

nel sistema costituzionale israeliano, il riconoscimento e la garanzia formali dei diritti umani<sup>4</sup>. La peculiarità di queste Leggi risulta essere non solamente la materia disciplinata, ma il diverso valore ad esse attribuito proprio dal legislatore<sup>5</sup>, in quanto vi si afferma espressamente che «tutte le autorità dello Stato sono tenute a rispettare i diritti sanciti da questa Legge fondamentale» (art. 11 della Legge fondamentale sulla libertà e la dignità della persona e art. 5 della Legge fondamentale sulla libertà di occupazione).

Entrambe le Leggi Fondamentali presentano nei primi due articoli una «clausola dei principi fondamentali», che è da considerarsi come principio fondante dei diritti umani in Israele: «il valore della persona, la santità della sua vita e il suo stato di essere libero» e una «clausola programmatica», la quale afferma che: «è scopo della presente legge difendere la dignità della persona e la sua libertà, per affermare in una Legge fondamentale i valori dello Stato di Israele in quanto Stato ebraico<sup>6</sup> e democratico<sup>7</sup>», ma al tempo stesso, considerando i diritti fondamentali comunque come diritti relativi, è presente una «clausola limitativa» degli stessi, la quale, se ne prevede la loro lesione per giusti motivi da parte del legislatore, risponde all'esigenza di limitare il potere della legge di ledere gli stessi.

Se la clausola limitativa riconosce i diritti fondamentali, ne conferma pure la loro tutela nel contesto della realizzazione dei fini dello Stato (appunto i richiamati valori dello Stato di Israele, in quanto Stato ebraico e democratico<sup>8</sup>); sicché, se la Corte è chiamata a giudicare sulla lesione di un diritto fondamentale, questa dovrà per prima cosa esaminare se la legge

---

legislazione ordinaria che nel caso di specie non incontrava i requisiti previsti da queste. Israele, nelle parole del *Chief Justice*, con l'adozione delle Leggi Fondamentali del 1992 si era conformata all'evoluzione storica della «comunità dei paesi democratici», e aveva preso finalmente parte a quella che Barak ha da più parti definito come la «*human rights revolution*»; cfr. *United Mizrahi Bank PLC v. Migdal Cooperative Village* (1995) 49 (iv) PD 221, opinione del giudice Barak.

<sup>4</sup> Le Leggi in questione sono state approvate con un numero strettissimo di voti favorevoli all'interno della *Knesset*, in un clima di totale assenteismo e alla fine della legislatura e c'è addirittura chi si chiede se l'approvazione sia stata casuale. Cfr. A. Mordechai Rabello, *Costituzione e fonti del diritto*, in T. Groppi, E. Ottolenghi, A. Mordechai Rabello (cur.), *Il sistema costituzionale dello Stato di Israele*, Torino, 2006, 44, in particolare nota n. 70.

<sup>5</sup> Cfr. A. Barak, *La révolution constitutionnelle: la protection des droits fondamentaux*, in *Pouvoirs*, 72, janvier 1995, 17.

<sup>6</sup> Con la legge del ritorno, n. 5710/1950, il movimento sionista ottiene il riconoscimento giuridico per l'immigrazione degli ebrei della diaspora in Palestina (ovvero nel nuovo Stato di Israele); la legge del ritorno riconosce ad ogni ebreo che si trovi in qualsiasi parte del mondo il diritto di immigrare nello Stato di Israele e ottenere la cittadinanza israeliana; deve dunque ritrovarsi *in primis* in tale legge il carattere peculiare dello Stato di Israele in quanto Stato ebraico (e democratico), secondo quanto già solennemente affermato nella *Declaration of Establishment*, che però, si ricorda, non riveste *status* giuridico di Costituzione formale). Cfr. S. Navot, *Le libertà fondamentali*, in T. Groppi, E. Ottolenghi, A. Mordechai Rabello (cur.), *Il sistema costituzionale dello Stato di Israele*, cit., 170-173.

<sup>7</sup> Cfr. A. Gresh, *Israele, Palestina. Le verità su un conflitto*, cit., 92 ss.

<sup>8</sup> Cfr. S. Baldin, *La rilevanza del diritto ebraico nello Stato di Israele*, in S. Baldin (cur.), *Diritti tradizionali e religiosi in alcuni ordinamenti contemporanei*, Trieste, 2005, 91.

oggetto d'esame sia conforme ai valori dello Stato di Israele<sup>9</sup> e se i suoi fini siano meritevoli, dunque se la legge sia utile alla realizzazione di scopi sociali importanti, sia sensibile ai diritti della persona e leda nella misura minore possibile i diritti fondamentali, così come già rilevato dal Giudice Barak nel caso *United Mizrahi Bank v. Migdal Cooperative Village*<sup>10</sup>. Proprio in tale sentenza si ritrovano gli elementi utili al riconoscimento della superiorità delle due Leggi Fondamentali in questione sulle leggi ordinarie, con la conseguenza che le leggi approvate dalla *Knesset* successivamente al 1992 devono essere con esse compatibili.

La presenza della clausola limitativa in entrambe le Leggi Fondamentali del 1992 pone la questione della limitazione cui possono essere sottoposti i diritti della persona, al fine di tutelare altri diritti o altri interessi. Circa i caratteri della limitazione deve dirsi che questa dovrà essere posta con legge della *Knesset*, dovrà essere conforme ai valori dello Stato di Israele, dovrà essere adottata per uno scopo idoneo e dovrà essere della misura necessaria. Tralasciando i due ultimi requisiti che non discostano l'attività della Corte da quella di altre Corti o Tribunali costituzionali, dovrà invece porsi l'attenzione sulla interpretazione del requisito della limitazione, che dovrà essere conforme ai valori dello Stato di Israele, laddove entrambe le Leggi Fondamentali sui diritti della persona riconoscono Israele in quanto Stato ebraico e democratico<sup>11</sup>.

Il 19 luglio 2018 la *Knesset*, il Parlamento israeliano ha approvato a stretta maggioranza (62-55 e 2 astenuti) la *Basic Law: Israel as a Nation State of the Jewish People*<sup>12</sup>, dopo un iter iniziato già il 3 agosto 2011, con la presentazione del disegno di legge da parte del deputato Dichter, membro del partito *Kadima* e di altri 39 deputati della *Knesset*<sup>13</sup>. La Legge rafforza il carattere ebraico dello Stato israeliano e pone le basi per una nuova

---

<sup>9</sup> Sul significato dei valori ebraici si veda S. Baldin, *I valori ebraici nella normativa e nella giurisprudenza israeliana*, in *DPCE*, 1, 2005, 301- 309.

<sup>10</sup> La sentenza in oggetto, del 9 novembre 1995, è ormai considerata l'equivalente della sentenza *Marbury v. Madison*; in essa i giudici israeliani affermano che «la democrazia non è solo regola della maggioranza. La democrazia è anche regola dei valori fondamentali e dei diritti umani come prendono forma nella costituzione»; detta sentenza ha affermato il potere di *judicial review of legislation* di tipo sostanziale in capo ai giudici israeliani. Cfr. T. Groppi, *La Corte Suprema di Israele: la legittimazione della giustizia costituzionale in una democrazia conflittuale*, in *Giur. cost.*, 5, 2000, 3543.

<sup>11</sup> A riguardo, nella dottrina israeliana possono riconoscersi due distinti orientamenti, l'uno facente capo al giudice Elon, secondo cui se esistono varie soluzioni possibili tutte rispondenti al requisito della democraticità, allora dovrà scegliersi quella più conforme alla tradizione del diritto ebraico, l'altro riconducibile al giudice Barak, che invece ritiene i valori dello Stato di Israele come equivalenti a quelli generalmente riconosciuti nelle società democratiche e qui sviluppati grazie alla storia e alla tradizione ebraica. La Corte, dal canto suo, ha finora cercato di non esprimersi apertamente sulla questione che riguarda da vicino il tema dell'identità del popolo di Israele Cfr. T. Groppi, *La giustizia costituzionale*, in T. Groppi, E. Ottolenghi, A. Mordechai Rabello (cur.), *Il sistema costituzionale dello Stato di Israele*, cit., 270-271.

<sup>12</sup> Il testo in lingua inglese è reperibile sul sito del Parlamento, in <https://knesset.gov.il/laws/special/eng/BasicLawNationState.pdf>.

<sup>13</sup> Per una ricostruzione delle vicende del progetto di legge sin dalla sua prima presentazione sia consentito il rinvio a C. Gazzetta, *Terrorismo, emergenza e diritti fondamentali nella prospettiva comparata. Il caso Israele*, Milano, 2013, 79.

*definizione* del suo ordinamento costituzionale, mettendo in discussione l'altro carattere dello Stato, la sua democraticità, anche e soprattutto nei rapporti con la minoranza araba.

La Legge in parola intende ripensare l'identità di nazione, chiaramente ebraica, mettendo in secondo piano il principio democratico quale elemento fondamentale dello Stato stesso, accanto all'ebraismo, quando considera la lingua ebraica l'unica lingua ufficiale dello Stato, derubricando la lingua araba come speciale in luogo del suo precedente *status* di lingua ufficiale.

Per il loro contenuto, gli articoli della Legge fondamentale: Israele quale Stato Nazione del Popolo Ebraico potrebbero collocarsi in apertura di una ipotetica costituzione unitestuale<sup>14</sup>. Essi affermano rispettivamente i principi fondamentali (art. 1), i simboli dello Stato (art. 2), la capitale (art. 3), la lingua (art. 4), l'immigrazione ebraica (art. 5), i legami con gli ebrei della Diaspora (art. 6), l'insediamento ebraico (art. 7), il calendario ufficiale (art. 8), le feste nazionali (art. 9), il giorno di riposo e le feste religiose (art. 10)<sup>15</sup>.

La Legge Fondamentale: Israele quale Stato Nazione del Popolo Ebraico introduce il diritto collettivo alla autodeterminazione attribuito ai soli ebrei e non ad altri gruppi minoritari<sup>16</sup>.

Numerose sono le questioni che sollevano i dettami della Legge, anche e soprattutto per il fatto che la questione linguistica è l'unico riferimento alla minoranza araba, poiché se l'ebraico è riconosciuta quale unica lingua ufficiale dello Stato, alla lingua araba è riconosciuto uno *status* speciale. Del resto, occorre pure sottolineare che tutte le disposizioni della *Basic Law* sembrano incoraggiare e promuovere l'insediamento ebraico in tutto il Paese<sup>17</sup>.

Si attenua invece la portata dell'enunciato rispetto alla bozza originaria laddove era inclusa una disposizione che avrebbe imposto l'interpretazione di tutta la normativa statale, comprese le previgenti *Basic Laws*, in conformità all'art. 1, in modo da subordinare il carattere democratico di Israele alla lettura basata sulla sua essenza ebraica<sup>18</sup>. Per gli accesi contrasti suscitati in sede parlamentare, il disposto non compare nella versione definitiva. Resta il fatto che l'art. 1 consente il novero di Israele tra le

---

<sup>14</sup> Per una ampia e accurata disamina della Legge si veda S. Baldin, *Lo Stato nazione del popolo ebraico. considerazioni sulla forma dello stato israeliano alla luce della Legge fondamentale del 2018*, in *Rev. gen. der. publ.*, 24, 1, 2018.

<sup>15</sup> L'undicesimo e ultimo articolo contiene una clausola rinforzata. Essa dispone che il testo sia modificabile solo mediante un'altra *Basic Law*, approvata a maggioranza dei componenti della *Knesset*, ossia 61 parlamentari, dato che 120 sono i membri complessivi del Parlamento. Si tratta di un quorum non facilmente raggiungibile, a causa della notevole frammentazione partitica, agevolata dal sistema elettorale proporzionale.

<sup>16</sup> Tale diritto non è rinvenibile in nessun altro atto se non nella *Declaration of Establishment*; cfr. A. Harel, *Shifting towards a democratic-authoritarian state: Israel's new Nation-State Law*, in *VerfBlog*, 2018, [verfassungsblog.de/shifting-towards-a-democratic-authoritarian-state-israels-new-nation-state-law/](https://verfassungsblog.de/shifting-towards-a-democratic-authoritarian-state-israels-new-nation-state-law/).

<sup>17</sup> Cfr. S. Baldin, *Lo Stato nazione del popolo ebraico. Considerazioni sulla forma di Stato israeliano alla luce della legge fondamentale del 2018*, cit., 1-24.

<sup>18</sup> Cfr. G. Stopler, *Upsetting the Israeli Jewish-Democratic Balance: From the Declaration of Establishment to the Nation-State Bill*, 17 April 2018, in [constitutionnet.org/news/upsetting-israeli-jewish-democratic-balance-declaration-establishment-nation-state-bill](https://constitutionnet.org/news/upsetting-israeli-jewish-democratic-balance-declaration-establishment-nation-state-bill).

democrazie etniche<sup>19</sup>, le quali accolgono il concetto etnico di nazione in luogo di quello civico della cittadinanza<sup>20</sup>, escludendo le minoranze quali parti costituenti del popolo insediato sul territorio di Israele.

In particolare, il richiamo al diritto all'autodeterminazione nazionale appare quale legittimazione di politiche che favoriscono la dimensione identitaria ebraica rispetto a quella araba nella sfera pubblica e di preclusione per gli arabi sia di velleità di indipendenza nei territori palestinesi occupati sia per la possibilità di rivendicare diritti collettivi, quantunque ciò non giustifichi il monopolio del gruppo ebraico su tutto lo spazio pubblico e simbolico statale<sup>21</sup>, né renda tale diritto immune da limitazioni, alla luce del principio democratico. Tuttavia, enfatizzando l'identità nazionale ebraica, la legge fondamentale acuisce il senso di disparità (e di inferiorità) degli Arabi israeliani, come già accaduto con il *Foundations of Law Act* del 1980<sup>22</sup>, nel quale si dispose che, in caso di lacune o di impossibilità di ricorrere all'analogia, i tribunali debbano decidere «in base ai principi di libertà, giustizia, equità e pace dell'eredità di Israele»<sup>23</sup>.

Tra i profili più criticati della *Basic Law* vi è quello relativo alle sue omissioni, poiché essa tace sulla natura democratica dello Stato e sul principio di eguaglianza<sup>24</sup>.

Occorre ricordare che in Israele l'origine della qualifica di Stato ebraico e democratico si rintraccia nella *Declaration of Establishment*, in cui si afferma la natura ebraica dell'ordinamento e, al contempo, nella parte terza si dichiara che esso «assicurerà completa eguaglianza di diritti sociali e politici a tutti i suoi abitanti senza distinzione di religione, razza o sesso, garantirà libertà di religione, di coscienza, di lingua, di istruzione e di cultura». Fin dai suoi esordi, la Corte Suprema israeliana interpretò questo passaggio per affermare il carattere democratico del Paese, già a partire dal caso *Kol Ha'am* del 1953<sup>25</sup>. Nella quarta parte dell'atto, inoltre, si fa appello ai cittadini arabi di Israele affinché «partecipino alla costruzione dello Stato sulla base della piena ed eguale cittadinanza e di una rappresentanza appropriata in tutte le

<sup>19</sup> Si veda *infra*, paragrafo 2.

<sup>20</sup> E dove l'apparato statale è servente agli interessi di un dato gruppo sociale; v. S. Smooha, *The model of ethnic democracy: Israel as a Jewish and democratic state*, in *4 Nations Natl.* 475 (2002).

<sup>21</sup> Sulle diverse declinazioni del principio di autodeterminazione all'interno del Sionismo e le loro possibili ricadute sul piano giuridico, si veda C. Gans, *Jewish and Democratic: Three Zionisms and Post-Zionism*, in G. Sapir, D. Barak-Erez, A. Barak (Eds), *Israeli Constitutional Law in the Making*, Oxford-Portland, 2013, 473-486.

<sup>22</sup> Cfr. J. Gavison, cit., in M. Mautner, *Diritto e cultura in Israele*, Milano, 2011, 52.

<sup>23</sup> Occorre tuttavia sottolineare che tale disposizione trova ha trovato interpretazione presso i giudici in chiave laica, in richiamo a valori universalmente accolti, sebbene si registrino anche voci favorevoli a un suo impiego secondo la lettura fedele alla tradizione ebraica; cfr. A. Barak, *The Tradition and Culture of the Israeli Legal System*, in A.M. Rabello (Ed.), *European Legal Traditions and Israel*, Harry and Michael Sacher Institute for Legislative Research and Comparative Law - The Hebrew University of Jerusalem, Jerusalem, 1994, 474-476; M. Mautner, *Diritto e cultura in Israele*, cit., 49-50.

<sup>24</sup> A riguardo si veda S. Navot, *A new chapter in Israel's "constitution": Israel as the Nation State of the Jewish People*, in *VerfBlog*, 2018, in <https://verfassungsblog.de/a-new-chapter-in-israels-constitution-israel-as-the-nation-state-of-the-jewish-people/>; A. Harel, *Shifting towards a democratic-authoritarian state*, cit.

<sup>25</sup> Cfr. A.M. Rabello, voce *Israele*, cit., 563.

istituzioni», con la conseguenza dell'impegno dello Stato a governare democraticamente<sup>26</sup>.

Deve pure sottolinearsi che il principio in parola è solennemente affermato in ben tre *Basic Laws*. A seguito di un emendamento del 1985, l'art. 7A della *Basic Law: The Knesset* dispone che una lista politica o un candidato non possa partecipare alle elezioni se espressamente o implicitamente mette in dubbio «l'esistenza dello Stato di Israele come Stato ebraico e democratico». Ancora, con l'approvazione della *Basic Law: Human Dignity and Liberty* (1992) e con la totale revisione nel 1994 della *Basic Law: Freedom of Occupation*, «i valori dello Stato di Israele come Stato ebraico e democratico» sono sanciti rispettivamente all'art. 1 e all'art. 2. Con la conseguenza che l'impiego dei due aggettivi sta ad indicare l'assenza di contraddizione logica tra loro, la cui interpretazione rappresenterebbe una loro logica e concreta sintesi, negando dunque una lettura del carattere ebraico senza il carattere democratico dello Stato<sup>27</sup>; sicché il carattere democratico rappresenterebbe la garanzia della dignità e dell'uguaglianza tra gli individui senza alcuna distinzione, secondo una visione *sostanziale* della democrazia<sup>28</sup>.

Circa invece il principio di uguaglianza, si evidenzia come nessuna delle *Basic law* (ivi compresa la *Basic law* del 2018) faccia esplicito richiamo ad esso. Un primo riferimento specifico si rinviene nella parte terza della *Declaration of Establishment*, richiamata in molte occasioni dalla Corte Suprema israeliana nelle sue decisioni relative alla tutela dei diritti individuali<sup>29</sup>. Proprio dalle decisioni dei giudici costituzionali pare potersi affermare che la lettura combinata della *Declaration of Establishment* e delle disposizioni della Legge fondamentale sulla dignità e la libertà della persona permettono di affermare la valenza costituzionale del principio di uguaglianza.

## 2. Democrazia, democrazia etnica ed *etnocrazia*: alcune considerazioni

Tralasciando in questa sede i vari modelli di democrazia<sup>30</sup> che hanno messo in evidenza le sue caratteristiche sin dall'antica Grecia, da quella degli antichi a quella dei moderni<sup>31</sup>, sino alla distinzione operata da Schmitt in due modelli di democrazia (basati rispettivamente sul principio di rappresentanza,

<sup>26</sup> Cfr. J. Gavison, *Debating Israel's Identity*, cit.

<sup>27</sup> Cfr. Kretzmer, *The New Basic Laws on Human Rights*, cit., 244.

<sup>28</sup> Sul concetto di democrazia sostanziale si veda A. Barak, *The Judge in a Democracy*, Princeton, 2006, 24-28

<sup>29</sup> Cfr. M. Rabello, voce *Israele*, cit., 563.

<sup>30</sup> Per una analisi del significato del termine democrazia si rinvia a M. Volpi, *Libertà e autorità. La classificazione delle forme di Stato e delle forme di governo*, Torino, 2010, 17-23.

<sup>31</sup> La distinzione, proposta da vari studiosi, si rifà a B. Constant, *Discorso sulla libertà degli antichi paragonata a quella dei moderni* (1819), trad. it. in *Antologia degli scritti politici*, Bologna, 1962, 36 ss. Per una ricostruzione delle principali concezioni della democrazia dall'antichità ad oggi si veda E. Greblo, *Democrazia*, Bologna, 2000 e, in senso critico L. Canfora, *La democrazia. Storia di un'ideologia*, Roma-Bari, 2006.

fondato sulla legalità, che si esprime attraverso le decisioni della maggioranza parlamentare, e sul principio di identità tra governanti e governati, fondato sulla legittimazione proveniente direttamente dalla manifestazione del consenso del popolo)<sup>32</sup>, pare utile ricordare che la *democrazia dei moderni* si presenta come una democrazia rappresentativa, pluralistica e fondata sulla massima estensione possibile del concetto di cittadinanza. Le decisioni politiche sono generalmente adottate da organi rappresentativi e solo in casi ben precisi prese direttamente dal corpo elettorale.

Per la maggioranza degli studiosi la democrazia rappresentativa dei moderni presenta diversi vantaggi: rende possibile «l'applicazione concreta della logica dell'uguaglianza in un sistema politico su larga scala», sfugge alla visione astratta e pericolosa del «cittadino totale», ponendo a proprio fondamento il valore della persona di ogni individuo e sostituisce il riconoscimento della differenza e del dissenso alla ricerca dell'unanimità<sup>33</sup>. Ancora, la democrazia rappresentativa dei moderni, garantendo la superiorità del principio di rappresentanza su quello di identità e configurando la volontà popolare come «volontà ipotetica», che si esprime attraverso gli organi rappresentativi ed è manifestazione di un potere costituito soggetto alla Costituzione, contrappone alla democrazia plebiscitaria una *democrazia pluralistica*, a salvaguardia di tutti gli interessi e le opzioni politiche presenti nella società<sup>34</sup>. Sicché nello Stato democratico il «governo del popolo» è da intendersi nel senso che le decisioni politiche sono di regola assunte dai rappresentati soggetti all'investitura e al controllo da parte dei cittadini titolari dei poteri politici<sup>35</sup>.

Ora, se ci riferiamo qui alla democrazia in quanto sistema di Governo, secondo Robert Dahl, «paragonata a qualsiasi possibile alternativa, la democrazia presenta almeno dieci vantaggi» [...] che rappresentano le «conseguenze desiderabili prodotte dalla democrazia: 1. ostacola la tirannia; 2. diritti essenziali; 3. libertà generale; 4. autodeterminazione; 5. autonomia morale; 6. progresso umano; 7. tutela di interessi personali essenziali; 8. uguaglianza politica; 9. tendenza alla pace; 10. prosperità»<sup>36</sup>. Sicché, lo sviluppo della democrazia, si deve fondamentalmente a tre diversi fattori: il diritto di partecipare alla formazione delle decisioni politiche attraverso il voto, il diritto ad essere rappresentati e il diritto ad una opposizione politica organizzata, cui sia garantita la facoltà di esprimersi contro la politica di Governo, sia durante le elezioni che in Parlamento<sup>37</sup>.

---

<sup>32</sup> Cfr. C. Schmitt, *Dottrina della Costituzione* (1928), trad. it., Milano, 1984, 270 ss.; per una accurata analisi critica si veda G. Azzariti, *Critica della democrazia identitaria*, Roma-Bari, 2005.

<sup>33</sup> Cfr. C. Sartori, *Democrazia e definizioni*, Bologna, 1957, 173; N. Bobbio, *Democrazia rappresentativa e democrazia diretta*, in Id. *Il futuro della democrazia*, Torino, 1984, 51 ss.

<sup>34</sup> Cfr. E. Fraenkel, *La componente rappresentativa e plebiscitaria nello Stato costituzionale democratico* (1958), trad. it., Torino, 1994, 39 ss.

<sup>35</sup> Cfr. H. Kelsen, *Essenza e valore della democrazia* (1929), trad. it., in *La democrazia*, Bologna, 1984, 50 ss.

<sup>36</sup> Cfr. R. Dahl, *Sulla Democrazia*, Roma-Bari, 2002, 10.

<sup>37</sup> Cfr. R. Dahl, *Preface*, in Id. (Ed.), *Political Opposition in Western Democracies*, New Haven-London, 1966, XIII.

Dal punto di vista del diritto costituzionale un ordinamento statale si definisce democratico se in esso siano presenti istituti e norme atti a garantire sotto il profilo giuridico la rispondenza dell'azione governativa alla volontà concreta della comunità di riferimento. Inoltre, per essere tale un ordinamento statale non può prescindere dalla tutela quanto più ampia possibile delle minoranze che non esprimono l'indirizzo politico maggioritario<sup>38</sup>. Occorre ancora rilevare che un ordinamento democratico potrà decidere di rilevare o invece di non considerare (dal punto di vista della *res publica*) l'appartenenza etnica, contribuendo nel primo caso a formare un ordinamento ad identità omogenea (lasciando dunque l'appartenenza etnica alla sfera privata) o invece considerare l'appartenenza etnica quale criterio rilevante e di riferimento nella organizzazione dello Stato, dando vita a forme di democrazia consociativa al fine di riconoscere ai vari gruppi etnici una certa autonomia (ad esempio nel campo dell'istruzione) e una quota predefinita di presenza negli uffici pubblici (anche elettivi). In entrambi i casi si è in presenza di istituzioni democratiche, del riconoscimento del principio di uguaglianza e del possesso della cittadinanza<sup>39</sup> di tutti i membri della comunità, essendo lo Stato neutrale nei confronti di qualsiasi gruppo etnico.

Di conseguenza, se un gruppo etnico si trovi in posizione di predominio nelle istituzioni pubbliche, la forma di Stato democratica entra in crisi dando vita a due scenari possibili: da un lato, può configurarsi una cd. *Herrenvolk democracy*, o democrazia della razza dominante, la quale limita il godimento delle garanzie necessarie a definire un sistema democratico al solo gruppo etnico che comanda, escludendo tutti coloro che non vi appartengono (come ad esempio il Sud Africa fino al 1994); dall'altro, può verificarsi il caso di una cd. democrazia etnica, cioè un ordinamento nel quale il godimento dei diritti civili e politici è esteso a tutti i cittadini, senza distinzione in base all'etnia, e alcuni limitati diritti collettivi sono riconosciuti alle minoranze, a fronte però della formalizzazione del dominio sulle istituzioni dello stato della componente etnica maggioritaria<sup>40</sup>.

Da questo punto di vista, Israele, seppur in presenza di un sistema politico democratico, è considerato da alcuni studiosi esempio di questa ultima forma di Stato, poiché se i residenti (con alcune eccezioni) possono ottenere la cittadinanza e il riconoscimento di diritti civili, politici e sociali, tali prerogative sono in qualche modo non equiparabili a quelle di cui godono gli israeliani di etnia ebraica: sicché la democraticità dell'ordinamento israeliano rappresenterebbe una sorta di democrazia diminuita, in quanto Stato etnico, identificando nella nazione (intesa in senso etnico, appunto), e non invece nella cittadinanza, la pietra angolare dello Stato<sup>41</sup>.

---

<sup>38</sup> Cfr. P. Biscaretti di Ruffia, *Democrazia*, in *Enc. dir.*, vol. XII, Milano, 1964, 110-128.

<sup>39</sup> Giova qui ricordare che in qualsiasi Stato le politiche della cittadinanza pur di risposta a interessi differenti, sono configurabili sempre come «riflesso dell'identità nazionale che è propria di ciascuno Stato»; cfr. V. Lippolis, *Il rapporto tra cittadinanza e identità nazionale*, in *Percorsi costituzionali*, 2/3, 2008, 30. Ancora, S. Benhabib, *The Rights of Others. Aliens, Residents and Citizens*, Cambridge, 2004 (trad. it. a cura di S. De Petris, *I diritti degli altri. Stranieri, residenti, cittadini*, Milano, 2006).

<sup>40</sup> Cfr. S. Smooha, *Ethnic Democracy: Israel as an Archetype*, in 2(2) *Isr. Stud.* 199 (1997).

<sup>41</sup> Cfr. S. Smooha, *The model of ethnic democracy: Israel as a Jewish and democratic state*, cit., 478..

La *democrazia etnica* si collocherebbe fra la democrazia consociativa e la non democrazia, pertanto ancora all'interno del perimetro delle forme di Stato di natura democratica seppur limitata<sup>42</sup>.

L'ipotesi della *democrazia etnica* come una delle possibili declinazioni della forma di Stato democratica ha incontrato critiche tra coloro che invece, hanno riscontrato nell'ordinamento israeliano caratteristiche di una diversa forma di Stato, detta *etnocrazia*, poiché qui si riscontrerebbe una ineguaglianza formale di tutti i cittadini, in quanto la condizione di privilegio di coloro che abbiano ascendenza ebraica è da rinvenire persino nelle *Basic Law* (anche e soprattutto con riguardo alla Legge Fondamentale del 2018), delineandosi in tal maniera uno stato etnico costituzionalmente esclusivo (che esclude cioè, dal godimento di una piena cittadinanza una porzione dei propri cittadini. Non potrebbe nemmeno affermarsi che la minoranza di origine araba consenta essa stessa alla propria condizione, accettando il riconoscimento di uno *status* differente dal resto della popolazione, addirittura di inferiorità, senza che si arrivi ad una (obbligata) situazione di conflitto<sup>43</sup>.

---

<sup>42</sup> Il sociologo S. Smootha, fu il primo ad adottare il termine (*Minority Status in an Ethnic Democracy: The Status of the Arab Minority in Israel*, in 13(3) *Ethn. Racial Stud.* 389 (1990). L'A. identifica alcuni passaggi fondamentali nella formazione di una democrazia etnica: Il nazionalismo etnico identifica i principi dello stato con i valori propri del gruppo etnico predominante (non necessariamente per numero di persone);

1. Lo stato identifica l'adesione al gruppo etnico con la cittadinanza;
2. Lo stato diventa controllato da quel gruppo etnico;
3. Lo stato è una delle forze principali che mobilita il gruppo etnico;
4. Individui non concordi con il gruppo etnico predominante non sono in grado di ottenere diritti civili o politici completi o risulta molto difficoltoso.
5. Lo stato permette ai gruppi etnici minoritari di formare organizzazioni parlamentari ed extraparlamentari e, benché minoritarie, diventano organizzazioni molto attive, complice la differenza di diritti fra i gruppi etnici;
6. Lo stato percepisce questi gruppi come minacce.
7. Lo stato impone forme di controllo su questi gruppi.

In particolare, l'A. afferma che proprio proclamando di essere al tempo stesso una democrazia e uno Stato ebraico, Israele può essere considerato l'archetipo di una *democrazia etnica*. Nell'ottobre 2012, Lise Morjé Howard ha introdotto i termini *monoetnocrazia* e *polietnocrazia*. La *monoetnocrazia* è un tipo di regime in cui domina un gruppo etnico, coerentemente con la concezione tradizionale di *etnocrazia*. La *polietnocrazia* è un tipo di regime in cui più gruppi etnici governano lo Stato. In entrambi i casi si è in presenza di *etnocrazia*, poiché l'etnia è la base dell'identità politica e i cittadini raramente detengono più identità etniche; cfr. L. M. Howard, *The Ethnocracy Trap*, in 23(4) *J. Democr.* 155, 169 (2012).

<sup>43</sup> È stato notato che «Israël est une démocratie pour les Juifs, et un pays juif pour les Arabes»; cfr. A. Tibi, «Israël est une démocratie pour les Juifs, et un pays juif pour les Arabes», in [Ahmad Tibi : « Israël est une démocratie pour les Juifs, et un pays juif pour les Arabes » \(lemonde.fr\)](#); nell'articolo, pubblicato il 31 luglio 2018, pochi giorni l'approvazione della *Basic law* Israele, Stato-nazione del popolo ebraico, Ahmad Tibi, vicepresidente della *Knesset*, afferma che Israele è diventato un regime di *apartheid* proprio con l'approvazione della *Basic Law* in parola, poiché «même avant le vote de cette loi, qui n'accorde les pleins droits politiques et nationaux qu'à la seule population juive, il existait déjà en Israël plus de cinquante dispositions législatives qui ne discriminaient que ses citoyens non juifs. Mais la signification de la nouvelle législation va au-delà de la discrimination immédiate que les citoyens palestiniens d'Israël subissent dans leur accès aux services. En réaffirmant l'annexion illégale de Jérusalem-Est et en validant la

È stato altresì notato<sup>44</sup> che «gli Arabi israeliani sono *de facto* esclusi dalla partecipazione politica alla *politèia*, poiché sono esentati dall'obbligo di leva che grava su tutti gli Ebrei israeliani»<sup>45</sup>.

Tuttavia, vale la pena di ricordare il Governo Bennet-Lapid, in carica tra il 2021 e il 2022, la cui coalizione di maggioranza vedeva anche il partito arabo islamista Ra'am<sup>46</sup>, la nomina di Salim Joubran, di origine araba e di religione cristiano-maronita a giudice permanente della Corte Suprema nel 2004 e la recentissima nomina di Khaled Kabub, primo musulmano nominato giudice della Corte stessa nel 2022<sup>47</sup>.

Sicché, in Israele, i cittadini (di origine araba) e la nazione<sup>48</sup> (ebraica) si troverebbero in totale discordanza, sembrando più opportuno definire questa forma di Stato in quanto *etnocrazia*<sup>49</sup>.

È stato altresì notato che se fino all'anno 2000, anno dello scoppio della *Seconda Intifada*, Israele parrebbe riconducibile al modello di *democrazia etnica*<sup>50</sup>, a partire da quel momento lo Stato di Israele nella realizzazione di una *etnocrazia*, ha combinato tre differenti principi costituzionali. repubblicanesimo, liberalismo ed etnicità, dando luogo a due modelli differenti di cittadinanza, un modello «repubblicano» valido ed applicabile per gli ebrei e un modello «liberale» in riferimento alle comunità minoritarie

---

poursuite de la colonisation juive, elle vise à renforcer le projet politique d'Israël d'enterrer la solution à deux Etats dans les frontières de 1967, rendant de fait impossible l'existence de deux Etats indépendants vivant côte à côte dans la paix et la sécurité, une solution qu'avait approuvée la communauté internationale, et en particulier l'Europe».

<sup>44</sup> Cfr. A. Ghanem-N. Rouhana-O. Yiftachel, *Questioning "Ethnic Democracy": a response to Sammy Smooha*, in 3(2) *Isr. Stud.* 253 (1998).

<sup>45</sup> Cfr. D. Zecca, *Israele Stato-nazione del popolo ebraico*, in *Nomos*, 3, 2019, in particolare 23.

<sup>46</sup> Y. Ganel, *Israel: Political Developments and Data in 2021*, in 61(1) *Eur. J. Pol. Rsch. Data Y.B.* 232 (2022).

<sup>47</sup> Cfr. *Corte Suprema d'Israele, simbolo d'integrazione*, in *Eretz*, 22/02/2022 - 21 778 א' 5782.

<sup>48</sup> Cfr. E.W. Bockenforde, *La nazione. Identità nella differenza*, in *Diritto e secolarizzazione*, Roma-Bari, 2007.

<sup>49</sup> Cfr. O. Yiftachel, *Israeli Society and Jewish-Palestinian Reconciliation: 'Ethnocracy' and Its Territorial Contradictions*, in 51(4) *Middle East J.* 505 (1997); O. Yiftachel, A. Ghanem, *Understanding 'ethnocratic' regimes: The politics of seizing contested territories*, in 23 *Pol. Geogr.* 647 (2004).

Le caratteristiche di una *etnocrazia* sono identificabili nei seguenti fattori:

1. Despite several democratic features, ethnicity, not territorial citizenship, is the main logic behind resource allocation.
2. State borders and political boundaries are fuzzy: there is no identifiable "demos," mainly due to the role of ethnic diasporas inside the polity and the inferior position of ethnic minorities.
3. A dominant "charter" ethnic group appropriates the state apparatus and determines most public policies.
4. Significant (though partial) civil and political rights are extended to minority members, distinguishing ethnocracies from *Herrenvolk* or authoritarian regimes.
5. Rigid forms of ethnic segregation and socioeconomic stratification are maintained, despite countervailing legal and market forces.

<sup>50</sup> Cfr. Y. Peled, *Citizenship Betrayed: Israel's Emerging immigration and Citizenship Regime*, in 8(2) *Theoretical Inq. L.* 603-628 (2007).

residenti nello Stato<sup>51</sup>. Da questo punto di vista la democrazia israeliana sarebbe ancora in fase di evoluzione, fermo restando il suo carattere etnico<sup>52</sup>.

Pare pure il caso di sottolineare come il modello di *democrazia etnica*, per quanto inizialmente concepito per dar conto della complessa interazione fra i due valori cardine dello Stato di Israele, ebraismo e democrazia, sia una categoria concettuale applicabile anche ad altre esperienze statali<sup>53</sup>, come ad esempio le Repubbliche baltiche, in particolare Estonia e Lettonia; infatti, «Vi sono altri contesti in cui una parte della popolazione residente non si sia vista riconoscere la cittadinanza, seppur questo abbia avuto a che fare con ragioni non del tutto sovrapponibili con quelle sopra descritte. Il riferimento è a Estonia e Lettonia, due Paesi baltici che sono stati per oltre 40 anni appartenenti all'Unione Sovietica e, una volta proclamata l'indipendenza a inizio anni '90, hanno ritenuto di adottare criteri rigidi di concessione della cittadinanza. Infatti, la spettanza della stessa è stata riconosciuta soltanto a chi ne avesse avuto titolo al termine della II guerra mondiale ed escludendo in gran parte chi avesse acquisito tale titolo dopo (e in forza de) l'annessione all'Unione Sovietica: l'effetto più diretto di tale scelta è stata la marginalizzazione (rectius, esclusione) dalla vita politica delle nuove comunità statali di significative porzioni della popolazione residente di lingua e cultura russa»<sup>54</sup>.

### 3. La Corte Suprema israeliana di fronte alla cd. rivoluzione giuridica e la (sua) ragionevolezza: alcune riflessioni

Se in Israele il ruolo della Corte Suprema può essere letto in quanto freno e bilanciamento all'operato del Governo, in assenza di una Costituzione scritta, di una seconda camera e di una struttura federale del Paese<sup>55</sup>,

---

<sup>51</sup> A riguardo, cfr. U. Davis, *Jinsiyya versus Muwatama. The Question of Citizenship and the State in the Middle East: the Case of Israel, Jordan and Palestine*, in 17(1/2) *Arab Stud. Q.* 19 (1995). Qui l'A. utilizza il termine arabo *jinsiyya* e il termine ebraico *muwatama* per distinguere in Israele due cittadinanze, la prima araba appunto, che riconosce il diritto di residenza per gli arabi nello Stato di cui sono cittadini e la seconda ebraica, che riconosce e garantisce la totalità dei diritti per gli ebrei. Proprio l'esercizio dei diritti riconosciuti attraverso la cittadinanza ebraica permetterebbe ai soli cittadini ebrei di concorrere alla realizzazione del bene comune, in quanto appartenenti alla comunità morale.

<sup>52</sup> Cfr. Y. Peled, *Ethnic Democracy and the legal Construction of Citizenship: Arab Citizens of the Jewish State*, in 82(2) *Am. Pol. Sc. Rev.* 423 (1992).

<sup>53</sup> Cfr. K. Duvold-S. Berglund, *Democracy between Ethnos and Demos: Territorial Identification and Political Support in the Baltic States*, in 28(2) *East Eur. Pol. Soc.* 34, 365 (2014).

<sup>54</sup> Cfr. D. Zecca, *Israele Stato-nazione del popolo ebraico*, in *Nomos*, cit., in particolare 25.

<sup>55</sup> A riguardo, sembra interessante riportare le parole del giudice Aharon Barak (Presidente della Corte Suprema di Israele dal 1995 al 2006) nella *Lectio doctoralis* tenuta in occasione del conferimento della laurea *honoris causa* da parte della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Roma "Tor Vergata" nel 2002: «Considero il mio ruolo di giudice di Corte Suprema nell'ambito di una democrazia come equivalente al compito di protettore della Costituzione e della democrazia stessa. Nessuno può dare per scontata l'esistenza perpetua della democrazia. Questo è certamente vero nel caso delle nuove democrazie, ma vale anche per quelle meno recenti e ormai ben consolidate. Non possiamo più accettare un approccio del tipo "qui da noi non può accadere". Tutto

l'evoluzione del costituzionalismo israeliano mette in rilievo il complicato rapporto tra il potere politico e la Corte stessa.

A far data dalla nascita dello Stato di Israele, nei primi decenni il ruolo della Corte si è caratterizzato per una certa attività di supplenza rispetto all'attività del potere politico e di conseguenza garante di una sorta di *constitutional adjudication*<sup>56</sup>, in un secondo momento, l'evoluzione costituzionale israeliana<sup>57</sup> è influenzata dalla quella *rivoluzione costituzionale* iniziata con la sentenza *United Mizrahi Bank v. Migdal Cooperative Village*<sup>58</sup> e con l'adozione delle prime *Basic Laws* in tema di diritti fondamentali<sup>59</sup> da parte della *Knesset*; successivamente<sup>60</sup> si assiste alla pretesa, da parte della Corte, di quella che è stata definita *judicial supremacy*<sup>61</sup> (e che ha ispirato le cosiddette teorie della *juristocracy*<sup>62</sup>) e che, senza pretesa di rottura costituzionale, sembrerebbe legittimare una certa rivendicazione rivoluzionaria da parte Corte stessa, sino ad arrivare poi alla riaffermazione del ruolo del potere politico<sup>63</sup> anche e soprattutto con l'adozione della *Basic Law: Israel as the Nation State of the Jewish People*<sup>64</sup>.

Nella rivoluzione (tanto politica quanto giuridico-costituzionale) che sta investendo lo Stato di Israele pare interessante ricordare la sentenza *Hason*<sup>65</sup> dell'8 luglio 2021, con cui la Corte Suprema israeliana, riunita come Alta Corte di Giustizia su un collegio allargato di 11 giudici, ha respinto 15 ricorsi congiunte che mettevano in discussione la costituzionalità

---

può accadere», in *Il giusto processo*, novembre-dicembre 2002, n. 4, 55-65, in particolare 55.

<sup>56</sup> Cfr. J. Segev, *Who Needs a Constitution? In Defence of Non-Decision Constitution-making Tactic in Israel*, in (70)2 *Alb. L. Rev.* 410 (2007).

<sup>57</sup> È stato notato come in questa fase effettivamente la Corte abbia agito adottando una vera e propria «Marburian strategy», che se da un lato l'ha vista dichiarare incostituzionali solo cinque disposizioni di legge, dall'altro, mediante la (sola) minaccia del potenziale esercizio dei poteri di *judicial review*, ha influenzato l'attività del potere legislativo; cfr. R. Weill, *The Strategic Common Law Court of Aharon Barak and its Aftermath: On Judicially-led Constitutional Revolutions and Democracy Backsliding*, in 14(2) *L. & Eth. of Hum. R.* 227 (2018).

<sup>58</sup> Si veda *supra*, nota n. 11.

<sup>59</sup> Si veda *supra*, nota n. 4.

<sup>60</sup> L'inizio della terza fase del costituzionalismo israeliano, nella sua lettura attraverso i rapporti tra potere legislativo e Corte Suprema, pare collocarsi a far data dal 2007, successivamente al ritiro di Barak, quando cominciarono i primi attacchi alla Corte stessa al fine di limitare il potere giudiziario; i primi attacchi in tal senso vennero dal ministro della giustizia, l'accademico Daniel Friedmann, il quale propose da subito una riforma del sistema di elezione dei giudici (in senso conservatore e, dunque, in grado di non ostacolare l'attività del potere politico), in particolare proprio di quelli della Corte Suprema; cfr. D. Friedmann, *The Purse and the Sword: The Trials of Israel's legal Revolution*, Oxford, 2000. In senso critico si veda F.I. Michelman, *Israel's "Constitutional Revolution": A Thought from Political Liberalism*, in 19(2) *Theo. Inq. L.* 745 (2018).

<sup>61</sup> Cfr. S. Gardbaum, *What is Judicial Supremacy?*, in G.J. Jacobshon, M. Schor (Eds), *Comparative Constitutional Theory*, Cheltenham, 2018, 21.

<sup>62</sup> In tal senso cfr. R. Hirschl, *Towards Juristocracy. The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, Cambridge (Mass.), 2004.

<sup>63</sup> Cfr. A. Bell, *The Counter-Revolutionary Nation-State Law*, in 25(3) *Isr. Stud.* 250 (2020).

<sup>64</sup> Cfr. L. Pierdominici, *Evoluzioni, rivoluzioni, involuzioni. Il costituzionalismo israeliano nel prisma della comparazione*, Milano, 130 ss.

<sup>65</sup> HCJ 5555/18, *Hason v. Knesset*, July 8, 2021.

della *Basic Law* del 2018<sup>66</sup> mentre l'allora Ministra della giustizia Shaked contestava invece pubblicamente, il potere della Corte di vagliare la legittimità delle *Basic Laws*, pena la sua trasformazione sostanziale in un'assemblea costituente o la sostanziale usurpazione dei relativi poteri alla *Knesset*<sup>67</sup>.

La sentenza *Hason* parrebbe una replica della Corte all'operato politico della maggioranza conservatrice, attraverso un *self-restraint* interpretativo, in resistenza all'attacco subito sul piano istituzionale nel conflitto tra poteri. La Corte si è pronunciata a favore del rigetto a maggioranza di dieci componenti su undici, con l'opinione dissenziente del giudice Karra appartenente alla locale minoranza araba. L'opinione di maggioranza è stata redatta dalla presidente Hayut, e ha affrontato apertamente le varie questioni sostanziali ed istituzionali poste: interessa qui rilevare proprio la portata della sentenza interpretativa di rigetto, negando l'incostituzionalità della nuova *Basic Law*, nonostante le sue denunciate e riconosciute carenze dispositive, giacché parrebbe possibile leggere le sue disposizioni «in senso ampio e in armonia costituzionale con tutte le altre *Basic Laws*», quasi a confermare la sua natura di «solo capitolo della futura organica Costituzione»<sup>68</sup>.

La sentenza però, sul piano istituzionale, riafferma (ancora) il ruolo della Corte Suprema all'interno dell'ordinamento, alla luce della già dichiarata Supremazia del diritto costituzionale e dunque del portato della «rivoluzione» del 1995, confermando un suo ruolo anche a giudicare di possibili incostituzionalità di *Basic Laws* pur nella «incompletezza dell'impresa costituzionale israeliana» e nella perdurante «assenza di mattoni importanti nella struttura costituzionale»<sup>69</sup>.

Con la conseguenza che il potere di *judicial review* sulle *Basic Laws* sembrerebbe allora necessario, poiché, dinanzi al riconosciuto esercizio di un *potere costituente permanente* da parte dell'assemblea elettiva nella continua composizione della «Costituzione a tappe»<sup>70</sup>, basterebbe alla *Knesset* impiegare utilizzare il nome di *Basic Law* per evitare qualsiasi intervento sul suo operato da parte dei giudici, con la conseguente

---

<sup>66</sup> Cfr. M. Bachner, *Retired High Court Judge Urges Ex-Colleagues to Overrule Nation-State Law*, in *Times of Israel*, 31.7.2018, disponibile in [www.timesofisrael.com/retired-high-court-judge-urges-ex-colleagues-to-overrule-nation-state-law/](http://www.timesofisrael.com/retired-high-court-judge-urges-ex-colleagues-to-overrule-nation-state-law/)

<sup>67</sup> Secondo A. Shaked un intervento dell'Alta Corte si configurerebbe addirittura come «earthquake»; cfr. *Justice minister warns of 'earthquake' if High Court overturns Jewish state law*, in *The Times of Israel*, 6.8.2018, disponibile in [Justice minister warns of 'earthquake' if High Court overturns Jewish state law | The Times of Israel](http://www.timesofisrael.com/justice-minister-warns-of-earthquake-if-high-court-overturns-jewish-state-law/)

<sup>68</sup> *Hason v. Knesset*, *opinion* del giudice Hayut, par. 44: «sarebbe stato meglio avere una *Basic Law* (...) che chiarisse che lo Stato di Israele, oltre ad essere lo Stato nazione del popolo ebraico, è anche uno Stato impegnato per la piena uguaglianza dei diritti di tutti i suoi cittadini (...) ma un'altra regola viene in tal senso in rilievo, quella per cui nel condurre il controllo giurisdizionale la Corte non esamina la saggezza della legge. Esamina la sua costituzionalità e non converte in proprie le considerazioni del legislatore».

<sup>69</sup> *Ibidem*: «il sistema costituzionale nel suo insieme non lascia spazio a dubbi sul fatto che l'esistenza e l'immagine dello Stato di Israele siano caratterizzate dal binomio 'ebraico e democratico' e che questo sia il cuore pulsante della 'costituzione israeliana'».

<sup>70</sup> Si veda *supra*, nota n. 1.

assolutizzazione del suo potere (ciò che si teme con la proposta riforma della giustizia).

Pertanto, la Corte Suprema si trova di fronte ad una sfida politica sul suo ruolo e sulla delimitazione dei suoi poteri, soprattutto a seguito della rivoluzione costituzionale che in via interpretativa ne ha riconosciuto i suoi poteri di *judicial review* delle leggi ordinarie, ampliando il suo controllo sulle *Basic Laws* ove contrarie a quello che può definirsi il nucleo duro costituzionale che, ad oggi, si configura in senso opposto ai principi (politici prima ancora che giuridici) della *Basic Law: Israel as the Nation State of the Jewish People*.

Nel difficile rapporto (di forza) tra *giudice* e *politico* (Esecutivo e Giudiziario) si inserisce l'approvazione, da parte della *Knesset*, del *Reasonableness Standard Bill*, una modifica della *Basic Law The Judiciary*, con l'obiettivo di porre fine al controllo giurisdizionale sulla "ragionevolezza" delle decisioni del Governo e dei ministri<sup>71</sup>. Infatti, il 24 luglio 2023 la *Knesset* ha votato e approvato la prima parte della riforma della Giustizia voluta dal Governo guidato da Benjamin Netanyahu. Dopo il fallimento dell'ultimo tentativo di mediazione<sup>72</sup>, auspicato dal Presidente Isaac Herzog, i parlamentari dell'opposizione hanno abbandonato l'aula, che ha perciò approvato la legislazione con 64 voti favorevoli e zero contrari e astenuti. Tale voto abolisce la *clausola di ragionevolezza* che, «permette[va] alla Corte Suprema israeliana, non eletta, di respingere le decisioni del Governo»<sup>73</sup>.

L'emendamento ha destato numerosissime proteste e nel settembre 2023 è cominciata la discussione di sette ricorsi contro di esso<sup>74</sup>; la riforma della giustizia mette i due poteri, legislativo e giudiziario in un gioco di forza, l'uno di fronte all'altro, dove il primo decide di diminuire i poteri del secondo, unico contrappeso alle sue decisioni (se dichiarate incostituzionali, appunto in base alla *clausola della ragionevolezza*).

Ad oggi, la Corte Suprema israeliana può annullare qualsiasi legge o provvedimento governativo a una maggioranza semplice (proprio in base alla *clausola di ragionevolezza*). La Corte, che ha sede a Gerusalemme, è composta da 15 giudici nominati da una commissione di 9 membri: 3 dalla Corte stessa, 2 avvocati, 4 politici scelti dal Governo (2 ministri, 2 parlamentari). Questo assetto, secondo l'attuale Governo, comporterebbe un eccessivo sbilanciamento a favore del potere giudiziario su quello politico. L'obiettivo della riforma della giustizia di Netanyahu è di portare a 11 i

---

<sup>71</sup> Cfr. L. Pierdominici, *La riforma della giustizia israeliana: cronache dall'ultima frontiera costituzionale*, in *Giustizia Insieme*, 31/3/2023.

<sup>72</sup> Cfr. R. Barak, *Israeli Knesset passes judicial overhaul bill despite mass protests, U.S. pressure, in Netanyahu's judicial overhaul: Israel Knesset passes first bill, despite mass protests (axios.com)* (Jul 24, 2023).

<sup>73</sup> Cfr. *Israeli parliament votes in Netanyahu's controversial supreme court changes | Israel | The Guardian* (Jul 24, 2023).

<sup>74</sup> A seguito della presentazione di diversi ricorsi contro la netta revisione di quella clausola (cosa che secondo l'opposizione minaccia potenzialmente la democrazia israeliana), la presidente della Corte Suprema, Ester Hayut, ha convocato per il 12 settembre 2023 un'udienza alla presenza di tutti i 15 giudici costituzionali: una decisione senza precedenti nella storia di Israele; cfr. [Corte Suprema Israele convoca forum con tutti i 15 componenti - Politica - ANSAmed.it](#).

membri della Corte, assicurando la prevalenza dei componenti di nomina politica sui tecnici.

La riforma della giustizia mira a porre un freno al potere di controllo di costituzionalità delle leggi da parte della Corte Suprema d'Israele, vietando il *judicial review* avente ad oggetto *Basic Laws*, e dunque sancendo l'impossibilità di controllo giudiziale di «unconstitutional constitutional amendments» all'interno di un sistema che non differenzia l'adozione di *Basic Laws* mediante procedimenti legislativi aggravati, risultando solo nominalistica la differenza tra leggi ordinarie e Leggi Fondamentali, e poi richiedendo, per la dichiarazione d'incostituzionalità di leggi ordinarie, una pronuncia della Corte Suprema in necessaria seduta plenaria di quindici membri, e con un *quorum* deliberativo dell'80% dei membri stessi e non più a maggioranza semplice.

Obiettivo ulteriore della riforma sarebbe quello di eliminare il potere della Corte Suprema di abolire le leggi approvate dal Parlamento: la Corte potrebbe decidere di bloccarle, ma il Parlamento, a maggioranza semplice di 61 membri su 120, potrebbe ribaltare la decisione della Corte, riaffermando la vigenza della normativa censurata. Ancora, la proposta vorrebbe dar voce alla volontà governativa di vietare *ex lege* ogni modalità di censura giudiziale dell'azione amministrativa *sub forma* di controllo di *ragionevolezza*. Altro punto di contrasto presente nella riforma riguarda gli incarichi dei consulenti legali dei ministeri, che non sarebbero più indipendenti sotto il controllo del ministero della giustizia, ma scelti con criteri politici e i cui pareri sono vincolanti.

Occorre tuttavia precisare che se la cancellazione della clausola della *ragionevolezza* è stata approvata come emendamento alla *Basic Law The Judiciary*, dal canto suo la Corte, fino ad ora, non ha mai annullato alcuna *Basic Laws*. È però del 1° gennaio u.s. la storica sentenza<sup>75</sup> con cui la Corte ha bocciato l'emendamento alla *Basic Law The Judiciary*. Nella sua pronuncia, la Corte si è spaccata quasi a metà, con otto giudici che hanno votato a favore dell'annullamento, e sette per il suo mantenimento.

La sentenza apre una nuova era nei rapporti tra Esecutivo e Giudiziario, poiché per la prima volta l'Alta Corte, seppur in circostanze limitate, ha dimostrato il suo diritto di intervenire non solamente sulla legislazione ordinaria, ma anche sulle Leggi Fondamentali, di rango costituzionale<sup>76</sup>.

Ancora, occorre ricordare che oltre l'incostituzionalità del *Reasonableness Bill*, 12 giudici su 15 hanno dichiarato che la Corte possiede l'autorità di esercitare un controllo giurisdizionale sulle *Basic Laws* e che queste ultime possano essere sottoposte a sindacato di costituzionalità qualora si trovino in contrasto con i valori fondamentali di Israele in quanto *Stato ebraico e democratico* (già rinvenibili nella *Declaration of Establishment* del 1948)<sup>77</sup>.

<sup>75</sup> Testo in ebraico in [פסק דין 5658/23 ז"ב בתיק דין-פסק \(haaretz.co.il\)](https://www.haaretz.co.il)

<sup>76</sup> Per un commento e una riflessione critica della decisione della Corte si rinvia a R. Toniatti, *L'identità costituzionale in Israele: un work in progress, fra judicial activism della Corte suprema e insidie illiberali della democrazia elettorale*, in *DPCE*, 1, 2024, 87-126.

<sup>77</sup> Anche se non esistono differenze procedurali nelle modalità di approvazione di una Legge Fondamentale rispetto ad una legge ordinaria, quando la *Knesset* approva una

Occorre tuttavia ricordare che il *Reasonableness Standard Bill* si inserisce in un progetto di riforma della giustizia molto più ampio che potrebbe mettere in discussione tenuta democratica dello Stato di Israele (a favore *esclusivamente* del suo carattere ebraico?) attraverso una diminuzione del ruolo di garanzia della Corte Suprema<sup>78</sup>.

Occorrerà dunque attendere (*anche*) il proseguo della riforma della giustizia per verificare se il Governo intenderà accettare o meno la decisione della Corte Suprema e se la Corte, nell'esercizio della sua attività, confermi o meno la tenuta del carattere democratico dello Stato, (*anche*) in vigenza della *Basic Law Israel as the Nation State of the Jewish People*, o invece debba ricorrersi, nella qualificazione dello Stato stesso ad altre categorie concettuali, che riconoscono al principio democratico un valore residuale rispetto al concetto di nazione, quella ebraica appunto, come l'*etnocrazia*.

Cristina Gazzetta  
Dip.to di Sc. Politiche, Giuridiche, Sociologiche e Umanistiche  
Università degli Studi Niccolò Cusano - Telematica Roma  
[cristina.gazzetta@gmail.com](mailto:cristina.gazzetta@gmail.com)

---

Legge Fondamentale si ritiene che lo faccia in ragione della sua veste di Assemblea costituente, con la conseguenza che il testo assumerà valore «quasi-costituzionale». Sicché l'Alta Corte fino ad ora non si è mai espressa sulla incostituzionalità di *Basic Laws*, è stata finora estremamente riluttante nel dichiarare incostituzionali le Leggi Fondamentali (senza pronunciarsi in tal senso nemmeno, con riguardo alla *Basic Law Israel as the Nation State for the Jewish People*). Cfr. D. Zecca, *Israele Stato-nazione del popolo ebraico*, cit., 1-26.

<sup>78</sup> Cfr. A. Gross, *An Unreasonable Amendment*, in *Verfassungsblog*, 24/7/2023.

