

דמוקרטיה, שלטון החוק והאומבוסדסמן

פ. ניקיפורוס דיאמנדורוס*

בשעה שהאיחוד האירופי המורחב מסתגל בהדרגה למציאות החדשה ולדינמיקה החדשה של תהליך איחוד-מחדש המסמן באופן פוליטי וסימבולי את סופם של הפילוגים המרכזיים, הטראומטיים והעמוקים שנגרמו בעקבות מה שאני נוהג לכנות מלחמות האזרחים האירופאיות של המאה ה-20, יהיה זה ראוי, ואף דבר בעתו, להרהר על ההקשר הפוליטי והמוסדי הרחב יותר המשפיע באופן ישיר על יכולת מוסד האומבוסדסמן לשרת את האזרחים ולהגביר את יכולתם להנות טוב יותר מזכויותיהם. שני גורמים עיקריים המשפיעים באופן עמוק על הקשר זה והמעצבים אותו הם שלטון החוק והדמוקרטיה. יחסי הגומלין בין שני גורמים אלה לבין מוסד האומבוסדסמן יהיו נושא של מאמר קצר זה¹.

הטיעון שלי, בפשטות, יהיה שרצף-הזמן הספציפי בו נוצרים שלטון החוק והדמוקרטיה בחברה ומדינה נתונה ישפיע באופן ישיר על הסביבה הפוליטית והמוסדית בה יכול האומבוסדסמן לפעול. באופן יותר ספציפי, ברצוני לטעון שכאשר שלטון החוק קודם לדמוקרטיה, הסביבה הפוליטית, מוסדית ותרבותית הנוצרת עקב כך תהיה יותר נוחה למימוש מלא של פוטנציאל האומבוסדסמן ותוביל טוב יותר לכך שהאומבוסדסמן ישמש כמנגנון התורם להעצמת המשמעותיות של אזרחים. ולהפך, רצף-הזמן ההפוך, בו הדמוקרטיה מתחילה לפעול לפני שלטון החוק או אפילו במקביל, מהווה חלופה תת-אופטימלית מנקודת המבט של העצמת אזרחים דרך יכולתם לעשות שימוש בזכויותיהם. בדברים הבאים אנסה לפתח טיעון זה בצורה יותר שיטתית².

* פורסם ב:

The Danish Ombudsman 2005 - Part III, Ed. Hans Gammeltoft-Hansen, Jens Olsen.

1 לדוגמאות המדגימות עבודות שנערכו לאחרונה על הפילוג בעטין של "מלחמות האזרחים" באירופה במאה ה-20 ראו, בין היתר:

Mark Mazower, *Dark Continent: Europe's Twentieth Century* (London: Allen Lane, the Penguin Press, 1998); and Norman Davies, *Europe: A History* (London: Pimlico, 1997).

2 להתייחסות תיאורטית על החשיבות בהמשכיות ההתפתחות הפוליטית ובמאמצים לבניית המדינות ראו:

אפתח בהדגשת הנקודה המובנת מאליה שלמרות שבתרבות המשפטית האירופאית של ימינו, שלטון החוק והדמוקרטיה נחשבים כזוג בלתי-נפרד וטבעי כביכול, הם בבירור נפרדים ושונים זה מזה מבחינה אנליטית.

שלטון החוק מתאר מצב בו כל בני החברה כפופים לחוק, ואיש אינו יכול לפעול מחוץ או מעל לחוק. המקורות ההסטוריים שלו נובעים מהפאודליזם האירופאי ובאופן יותר ספציפי, מהקשר ההדוק והמורכב בין זכויות וחובות הדדיות אשר, עם הזמן, נבעו ממערכת היחסים החוזית שקשרה בין אדון ואריס. ממצב זה נבע באופן ישיר העקרון הנוסף לפיו תחת שלטון החוק, כל אדם כפוף לחוק הרגיל ולא להסדרים מיוחדים או יוצאי דופן. תנאי חיוני המתקשר ליצירת שלטון החוק והעומד ביסוד קיומו הינו שעקרונותיו הכלליים הם בהכרח תוצר של החלטות שיפוטיות; במלים אחרות, שבתי המשפט מהווים את הבסיס עליו נבנה שלטון החוק ושוב תלויות התפתחותו וצמיחתו. לבסוף, אם להגביל את עצמי לתכונות מאד בסיסיות, שלטון החוק בהגדרה מצביע על העדרו של שימוש בלתי מרוסן (ולכן באופן פוטנציאלי שרירותי) בכח, אשר בוטא בצורה כה אלגנטית ע"י האימרה הלטינית "Quod principi placuit, legis habet vigorem" (= מה שמשביע את רצון הנסיך, הוא בעל תוקף של חוק), עקרון אשר באמצעות מתן ערך עליון לשביעות רצון השליט שימש במשך זמן רב כהצדקה האינטלקטואלית והבסיס של שלטון אבסולוטי.³

Leonard Binder et al., *Crises and Sequences in Political Development* (Princeton, NJ: Princeton University Press, 1971).

3 להצהרות קלאסיות על שלטון החוק ראו: A. V. Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* (London: Macmillan, 1961), 183-205 ובכמה מקומות בספר.

ראו גם:

David Lindsay Keir, *The Constitutional History of Modern Britain since 1485* (Princeton, NJ: Van Nostrand, 1963), 293-98; Harold J. Laski, *Parliamentary Government in England* (London: Allen and Unwin, 1963), 360-87; and Andre Mathiot, *The British Political System* (London: Hogarth Press, 1958), 195-204.

לעוד ניתוחים שפורסמו לאחרונה המתמקדים ביחסים בין החוק והדמוקרטיה ראו: Guillermo O'Donnell, "Why the Rule of Law Matters", *Journal of Democracy* 15:4 (October 2004), 32-46; and José Maria Maravall and Adam Przeworski, eds., *Democracy and the Rule of Law* (Cambridge: Cambridge University Press, 2003).

לעבודות שפורסמו לאחרונה הקושרות דמוקרטיה לאומבוסדמן ראו: Andreas Ch. Takis, "Ombudsmanship, Human Rights, and the Rule of Law", in Dimitris Christopoulos and Dimitris Hormovitis, eds., *The Ombudsman in South-*

מימד נוסף המזוהה עם שלטון החוק הוא שבהתקיים התנאים האופייניים לקבלתו, חוקת המדינה פועלת על בסיס מה שמקס וובר כינה כללים "משפטיים-רציונליים" המשמשים כבסיס המשפטי של סמכות ושל המדינה⁴.

לבסוף, האבולוציה של שלטון החוק, עם הזמן, הביאה לידי הסדרים חברתיים ופוליטיים שהמאפיין המובהק שלהם הוא שמערכת היחסים בין שליטים ונתיניהם אינה ישירה ומיידית, אלא היא מתווכת ע"י מערכות או מוסדות הנהגים מהכרה משפטית וסמכות, המציבים גבולות אפקטיביים על כוחו של השליט. מאפיין זה של שלטון החוק והדפוס של שימוש מתווך בכח המזוהה עמו תואר בחריפות ונותח בהרחבה ע"י מונטסקיה בחיבורו המהולל *רוח החוקים*, תחת הביטוי ההולם "corps intermédiaires" ("גופים מתווכים")⁵.

בניגוד לאילן-היוחסין העתיק יותר של שלטון החוק, הדמוקרטיה היא תופעה הרבה יותר חדשה, הקשורה בצורה בלתי ניתנת להתרה במהומות הפוליטיות והסוציו-אקונומיות אשר טלטלו את היבשת האירופית ואת המושבות האמריקאיות ב"מאה הארוכה" שהחלה ברבע האחרון של המאה ה-18 והמשיכה אל תוך המאה ה-20. הדמוקרטיה, המזוהה עם ההרחבה ההדרגתית של זכות הבחירה והחלטה על מספר הולך וגדל של נתינים שהפכו לאזרחים, ובעיקר בגירסה הליברלית שלה, נהנית היום מלגיטימציה בלתי מעורערת לא רק ברחבי אירופה, בה מתמקד חיבור זה, אלא ברובן המכריע של מדינות העולם⁶.

Eastern Europe (Athens and Brussels: Sakkoulas and Bruylant, 2005), 152-57.

4 להתייחסות של וובר לכללים משפטיים-רציונליים כמימד תמציתי של המדינה המודרנית ראו אצל

Max Weber, *Economy and Society*, edited by Guenther Roth and Claus Wittich (Berkeley, CA: University of California Press, 1978), 213-26

ובכמה מקומות בספר. על המשמעות של מסורת משפטית-רציונלית במשטר דמוקרטי, ראו:

Yossi Shain and Juan J. Linz, *Between States: Interim Governments and Democratic Transitions* (Cambridge: Cambridge University Press, 1995), 10-14.

5 להתייחסות מונטסקיה באשר לשימוש מתווך בכוח והרעיון של "גופים מתווכים" ראו: Baron de Montesquieu, *The Spirit of the Laws* (New York: Hafner, 1962), 66-70 and 120-25.

6 להתבטאויות קלאסיות על המהפך ההסטורי שגרם לדמוקרטיה המודרנית ראו: Robert R. Palmer, *The Age of Democratic Revolution: A Political History of Europe*

הגדרות של דמוקרטיה יכולות בקלות להיות ארוכות ומפורטות. לצורך הניתוח הזה אני מעדיף לאמץ המשגה מינימליסטית ולהגביל את עצמי לזיהוי כמה מהתכונות הבסיסיות של הדמוקרטיה אשר משמשות כתנאים מקדמיים יסודיים ללגיטימיות ולאפקטיביות שלה. לדעתי, תכונות אלה כוללות: (א) היכולת לאפשר בחירות הוגנות, (ב) קיומה של יותר ממפלגה פוליטית אחת שיש לה את הזכות להתמודד בבחירות באופן חופשי, ו(ג) היעדרן של מה שאנשי מדע המדינה מכנים "קבוצות וטו", היכולות להתערב בצורה אפקטיבית בהליך הדמוקרטי ובדרך זו או אחרת, לחתור תחתיו או לבטל החלטות שהתקבלו ע"י המצביעים. דוגמאות מסורתיות לקבוצות וטו כאלה הן המונרכיה, הכוחות המזוינים, או חלקים אחרים של מנגנון המדינה שאינם מוכנים לקבל את דבר העם בבחירות כלגיטימי וסופי ולקיים אותו.⁷

השלכה חשובה של המשגה כזו היא שלא ניתן פשוט להניח שדמוקרטיה משמעותה מוסדות פרלמנטריים או עצם קיומן של בחירות. קיומן של מוסדות פרלמנטריים בחלקים רבים של העולם היום ובחלקים רבים של אירופה בעבר לא הבטיח שהתנאים

and America, 1760-1800, 2 vols., (Princeton, NJ: Princeton University Press, 1959).

להתייחסות בולטת של מדע המדינה על דמוקרטיה מודרנית ראו:

Robert A. Dahl, *Democracy and its Critics* (New Haven, CT: Yale University Press, 1989).

לעבודה ידועה הבודקת את היחסים בין הדמוקרטיה העתיקה והדמוקרטיה המודרנית ראו:

Benjamin Constant, "De la liberté des anciens à celle des modernes", in idem *Cours de politique constitutionnelle ou collection des ouvrages publiés sur le gouvernement représentatif* (Paris: Guillaumin, 1872), vol. 2, 539-60.

7 ספרות מדעי המדינה מלאה בהגדרות שונות של דמוקרטיה החל מהצרה ביותר ועד הרחבה ביותר, מסובכת ובעלת משמעות רעיונית מקסימליסטית. לדוגמאות מדגימות של עבודות המאמצות את נקודות המבט הדומה לזו שנעשה בה שימוש כאן ראו, בין היתר את,

Dahl, *Democracy and its Critics*, 108-15 and passim; Juan J. Linz, "Totalitarian and Authoritarian Regimes", in Fred I. Greenstein and Nelson W. Polsby, eds., *Handbook of Political Science*, vol. 3 (Reading, MA: Addison Wesley, 1975), 182-83; and Richard Gunther, P. Nikiforos Diamandouros and Hans-Jürgen Puhle, eds., *The Politics of Democratic Consolidation: Southern Europe in Comparative Perspective* (Baltimore, MD: Johns Hopkins University Press, 1995), 5-7.

על "קבוצות וטו" ראו:

Scott Mainwaring, Guillermo O'Donnell and J. Samuel Valenzuela, eds., *Issues in Democratic Consolidation: The New South American Democracies in Comparative Perspective* (Notre Dame, IN: University of Notre Dame Press, 1992), 48-49.

שצוינו לעיל כמאפיינים בסיסיים של דמוקרטיה התקיימו בצורה ראויה. בה בעת, אפילו מבט מרפרף מסביב לעולם יספק ראיות רבות שיתמכו בעמדה לפיה התנאים על פיהם מתקיימות בחירות בארצות רבות אינם ממלאים את הקריטריונים של הוגנות, התמודדות חופשית והיעדר קבוצות וטו שצוינו לעיל. במקום להתייחס אל ארצות אלה כאל דמוקרטיות, ראוי יותר להתייחס אליהן כאל "משטרים אלקטורליים" שהיכולת שלהם לקיים את הדרישות הפורמליות של דמוקרטיה היא עדיין מוגבלת למדי⁸.

לבסוף, אעלה נקודה נוספת שהיא, בדרכים מסוימות, יותר מורכבת והעוסקת במערכת היחסים בין הדמוקרטיה לבין הלגיטימיות של המדינה. במלים פשוטות, קבלת הלגיטימיות של המדינה על ידי אזרחיה, מהווה תנאי מקדמי לתפעול תקין של הדמוקרטיה. למעשה, ברצוני לקחת קביעה זו צעד אחד קדימה ולטעון שאם המדינה אינה נתפסת כלגיטימית, אזי ההליך הדמוקרטי אינו יכול לתקן בעיה זו. הערה זו משמשת להבהיר נקודה בעלת חשיבות רבה לניתוח זה. היא מדגישה הבחנה בסיסית בין שלטון החוק והדמוקרטיה ע"י הצבעה על העובדה שההגיון של שלטון הרוב המניע את ההליך הדמוקרטי אינו יכול, א-פריורי, לשמש כמכשיר לשוב עניינים הנוגעים לעליונות שלטון החוק. אתן דוגמא אחת בלבד אליה אחזור לקראת סוף הניתוח שלי, ושיש לה רלבנטיות ישירה לבעיות הפוליטיות העומדות בפני כמה מהדמוקרטיות היותר חדשות באירופה: ההליך הדמוקרטי, או במלים אחרות עקרון שלטון הרוב, אינו יכול לשמש לפתרון עניינים הקשורים בהגנה על זכויות אדם, כולל זכויות מיעוטים⁹.

8 על משטר בחירה ראוי:

Terry Lynn Karl, "Imposing Consent? Electoralism vs. Democratization in El Salvador", in Paul Drake and Eduardo Silva, eds., *Elections and Democratization in Latin America, 1980-85* (San Diego, CA: Centre for Iberian and Latin American Studies, 1986), 9-36.

להמשגה נוכחית המתמקדת בסוגיות היותר כלליות העולות כאן ראוי: Wolfgang Merkel, "Embedded or Defective Democracies", as well as Merkel and Aurel Croissant, "Conclusion: Good and Defective Democracies", *Democratization* 11:5 (December 2004), 33-58 and 199-213.

9 על היחסים בין דמוקרטיה ולגיטימיות של המדינה ראוי: Dahl, *Democracy and its Critics*, 207 כמו כן אצל Juan J. Linz and Alfred Stepan, *Problems of Democratic Transition and Consolidation: Southern Europe, South America, and Post-Communist*

בקיומה המודרני הקצר, לבשה הדמוקרטיה צורות ונוסחים רבים. בהתאם לעקרון או המאפיין שנבחר כקריטריון לסיווג, דמוקרטיה יכולות להחשב כפרלמנטריות, נשיאותיות, או נשיאותיות-למחצה, כשהסוג האחרון מתייחס לסוג המשטר שהוחל בצרפת תחת הרפובליקה החמישית. לחלופין, ניתן לחשוב על דמוקרטיה כמבוססות על עקרון הרוב (majoritarian democracy) או על הסכמה (consensual democracy); או כעל רפובליקות לעומת מונרכיות חוקתיות.

אם נעביר את הדיון לרמה של עקרונות מופשטים המנחים את הדמוקרטיה, אטען שחירות ושוויון, שתיים מן המורשות האינטלקטואליות רבות-העוצמה ביותר של עידן הנאורות ושל המהפכות הפוליטיות שעורר עידן חשוב זה, משמשים כיסוד מוצק עליו נבנו כל הדמוקרטיה המודרניות. האיזון היחסי בין שני עקרונות אלה, הנבנה אל תוך נוסחאות חוקתיות והסדרים מוסדיים הנובעים מהן, מאפשר לנו להבחין בין שתי גירסאות של דמוקרטיה מודרנית שיש להן רלבנטיות מיוחדת לדיונים פוליטיים ואינטלקטואלים עכשוויים הנוגעים לדמוקרטיה ובמיוחד לאיכות הדמוקרטיה באירופה ומעבר לה.

הגירסה הראשונה, הנגזרת מהמורשת היעקובינית של המהפכה הצרפתית, מעניקה מעמד מיוחד לשוויון כעקרון הארגוני הבסיסי של הדמוקרטיה. האטרקטיביות שלה מצויה באלגנטיות הנובעת מפשטותה. ע"פ עיקרי תפיסה זו של דמוקרטיה, העם הריבוני מהווה את המקור היחיד לסמכות, שהביטוי המוסדי היחיד שלה הוא הפרלמנט (שהוא בעיקר "חד-ביתי"). בשיטות הבנויות על עקרון הרוב והיכולות ליצור ממשלות שבבסיס מפלגה אחת, המפלגה הנהנית מרוב פרלמנטרי מהווה את הביטוי הטבעי והלוגי היחיד של ריבונות העם וככזו, יכולה באופן לגיטימי לטעון לזכות להפעיל סמכות בשם העם הריבוני¹⁰.

למרות היתרונות הברורים של תפיסה שוויונית כזו של דמוקרטיה, החסרון העיקרי שלה, הנובע ישירות מהתייחסותה לשוויון כאל העקרון הארגוני העיקרי, אם לא

10 לדיון על שיטות דמוקרטיה מרכזיות והדינמיקה שלהן ראו: Europe (Baltimore, MD: Johns Hopkins University Press, 1996), 26-33 ומקומות נוספים.

Arend Lijphart, *Patterns of Democracy. Government Forms and Performance in Thirty-Six Countries* (New Haven, CT: Yale University Press, 1999), 9-30.

היחיד, שלה, הוא שהיא מונעת ע"י מה שאתאר כהגיון "חד מימדי" המכוון כלפי העדפת הומוגניות על פני רב-גונית. אם ניקח אותו לקיצוניות הלוגית שלו, דגש כזה על הומוגניות, הקשור באופן כה קרוב לשוויון, מעורר סכנה ליצירת דינמיקה משטחת העלולה להקנות מימד של "שוויוניות מאחידה"¹¹ לדמוקרטיה המזוהה עם ההגיון החד-מימדי העומד בבסיס תפיסה זו. תפיסה כזו של דמוקרטיה מעוררת חששות רציניים לגבי השמירה על שלטון החוק וכיבוד הזכויות והחובות הקשורה אליה.

הגירסה החלופית אשר, אני ממנה להוסיף, מעוררת תשומת לב גוברת בעשורים האחרונים ומשמשת כפרדיגמה מושכת יותר לחיקוי, מאופיינת בחיפוש השיטתי אחר יצירת הסדרים מוסדיים היכולים לשקף צירופים מגוונים של עקרונות השוויון והחירות. מאחרי תפיסה זו של דמוקרטיה עומד הגיון פלורליסטי שהעניין המכריע שלו הוא החיפוש אחר איזון אופטימלי בין מוסדות המבטאים באופן אלטרנטיבי עקרונות של שוויון וחירות. איזון כזה, אשר גיבושו, וביצורו לאורך זמן מסתמך על היווצרותה של רשת צפופה של איזונים ובלמים או משקלי-נגד מוסדיים הדומים ל"גופים המתווכים" של מונטסקיה, מספק תנאים טובים יותר לשמירה על שלטון החוק ולאיכות הדמוקרטיה¹².

לכן, אין זה מקרי שבאותן דמוקרטיות שהן קרובות ביותר לגירסה זו, תפקיד הרשות השופטת כמקור לשלטון החוק הוא המפותח והמכובד ביותר, וקבלת האומבוסמן כדוגמא מרכזית של משקל-נגד כזה נהנית מהלגיטימציה הגבוהה ביותר. אני פשוט

11 המושג כפי שיישם במדינה מסויימת ראו: P. Nikiforos Diamandouros, "Cultural Dualism and Political Change in Postauthoritarian Greece" (Madrid: Juan March Centro de Estudios Avanzados en Ciencias Sociales, 1994, Working Paper 50), 14 אחרים.

12 מחקר שנערך לאחרונה על דמוקרטיזציה נותן תשומת לב הולכת וגוברת למושג "איכות הדמוקרטיה". לדוגמאות הממחישות נסיונות מלומדים שנערכו לאחרונה בטיפול בנושא באופן שיטתי ראו:

Leonardo Morlino, "What is 'Good' Democracy?", *Democratization* 11:5 (December 2004), 10-32; Guillermo O'Donnell, Jorge Vargas Cullell, and Osvaldo M. Iazzetta, eds., *The Quality of Democracy: Theory and Applications* (Notre Dame, IN: University of Notre Dame Press, 2004);

ובנוסף למאמר של O'Donnell שצוטט בהערה 3 לעיל ראו גם המאמר של Diamond and Morlino, Schmitter, Beetham, Rueschemeyer, Powell, and Plattner *Journal of Democracy* 15:4 (October 2004), 20-110.

מציין שמוסד האומבוסדמן, שנוצר לראשונה בשבדיה ב-1809 ומשם התפשט לפינלנד ב-1919, דנמרק ב-1955, נורבגיה וניו זילנד ב-1962, אנגליה ב-1967 וצרפת ב-1972, קיים כיום ברמה הלאומית ב-23 מתוך 25 המדינות החברות באיחוד האירופי (וברמה האיזורית והמקומית באיטליה ובגרמניה) כמו גם ב-7 מתוך 8 מדינות בדרום מזרח אירופה, והוא מזוהה באופן הדוק עם נורמות ומנהגים המכוונים לקידום איכות הדמוקרטיה וכיבוד שלטון החוק¹³.

לאור הניתוח דלעיל, השאלה המתעוררת כמעט באופן אוטומטי היא: איזה צירוף של שלטון החוק ודמוקרטיה מהווה סביבה נוחה יותר המאפשרת לאומבוסדמן לשמש בצורה טובה יותר כמשקל-נגד מוסדי המסוגל להגן על זכויות האזרחים, להלחם במינהל לא תקין ולהגן על זכויות אדם? למען הבהירות, אני מציע להיות סכמטי משהו ולזהות שני צירופים או תרחישים היכולים להתייחס לשאלה זו בצורה נאותה. בראשון, שהוא יותר טיפוסי לדמוקרטיות בוגרות, יצירת שלטון החוק הקדימה באופן הסטורי את יצירת הדמוקרטיה. במקרים אלה, העובדה ששלטון החוק כבר היה קיים כיסוד הבסיסי עליו נבנתה המדינה המאורגנת ע"פ כללים משפטיים-רציונאליים, הקלה על ההתמודדות עם המתחים, התסיסה ועיתים גם עם המהומות שליוו את העליה בהשתתפות העם, הקשורה ב"הפעלת" הדמוקרטיה בכל מדינה¹⁴.

13 על נציב התלונות כחלק מהארסנל הממסדי של מדינות דמוקרטיות מודרניות ראו: Andreas Schedler, Larry Diamond and Marc F. Plattner, eds., *The Self-Restraining State: Power and Accountability in New Democracies* (London: Lynne Rienner, 1999). במשך העשורים האחרונים האומבוסדמן הדני נחשב במידה הולכת וגוברת למוסד הפרלמנטרי לתלונות הציבור המשוכלל ביותר המשמש כגורם בעל השפעה רבה על הקהילה הבנילאומית וכדוגמה לחיקוי. על עבודה שנערכה לאחרונה באנגלית המתמקדת בהסטוריה ובהערכה של מוסד זה ראו: Hans Gammeltoft-Hansen and Jens Olsen, eds., *The Danish Ombudsman 2005* (Copenhagen: Folketingets Ombudsmand, 2005). ראו גם את הסקירה הכללית הרחבה על הנושא המוצעת על ידי Hans Gammeltoft-Hansen, האומבוסדמן הדני המכהן בתפקיד זה במשך התקופה הארוכה ביותר בעולם, נכון לשנת 2005:

The European Ombudsman: Origins, Establishment, Evolution (Luxembourg: Office for Official Publications of the European Communities, 2005), 13-26.

14 אם שבדיה בה יוסד נציב התלונות ב-1809 יצרה את הדוגמה הקלאסית של מדינה שהרציפות שתוארה הושגה באופן ברור, גם המדינות הנורדיות ובנוסף, אלה השייכות לחבר העמים הבריטי, כולל בריטניה, סיפקו בסיס פורה ליסוד המוקדם ולשורשים המוצקים של המוסד. לכן לא מקרה הוא שעד שאירע, מה שנקרא, "הגל השלישי" של

בארצות בהן התרחשויות כאלה הסתיימו בהפגנת עליונותם של שלטון החוק והדמוקרטיה, הופעת האומבוסדמן כמוסד השונה מבתי המשפט אך המשלים אותם, והמסוגל לשמש כמנגנון לא-שיפוטי של אחריות דיווח ושל ביקורת שמטרתו חיזוק שלטון החוק ושמירה על זכויות האזרחים, הייתה גם קלה בהרבה וגם אפקטיבית יותר. אופי משלים זה גם איפשר להציע לאזרחים טווח בחירה רחב יותר כאשר דובר על הבחירה בין מנגנוני תיקון שונים ועל ההחלטה כיצד לעשות שימוש בזכויות אלה בצורה הטובה ביותר. ככזה, האופי המשלים הזה, אשר איפשר לאומבוסדמן לקבל על עצמו את המעמד והסמכות המוסרית של מה שהצרפתים מכנים בצורה הולמת "magistrature d'influence", היווה גם הוא תרומה חיובית לאיכות הדמוקרטיה בארצות בהן נוהגים הסדרים כאלה.¹⁵

בתרחיש ההפוך, בו הדמוקרטיה החלה לפעול בארצות בהן מסורת שלטון החוק הייתה חלשה, שבירה, או במקרה הגרוע ביותר, פשוט לא הייתה קיימת, סיכויי האומבוסדמן לשמש כמנגנון אפקטיבי של נשיאה באחריות ולתרום להעמקת שלטון החוק והדמוקרטיה היו פחות מזהירים. כאשר הדמוקרטיה אינה יכולה לסמוך על הנורמות והערכים המזוהים עם התרבות של כיבוד זכויות וחובות הדדיות הנובעות משלטון החוק, וכאשר כתוצאה מכך, בתי המשפט אינם יכולים לשמש בצורה אפקטיבית כאבן הפינה של מערכת איזונים ובלמים מוסדיים ושל רשת צפופה של משקל-נגד, כוחה של הרשות המבצעת, ובאופן יותר כללי כוחה של המדינה יכול בקלות להשאר בלתי מרוסן. סביבה כזאת היא כמעט בהגדרה בלתי-ידידותית למוסד

דמוקרטיזציה באמצע שנות השבעים, נוסדו מוסדות נציב תלונות בהצלחה והשתרשו רק בשבע מדינות, שש מהן (שבדיה (1809), פינלנד (1919), דנמרק (1955), ניו זילנד ונורבגיה (1962) ובריטניה (1967) נכנסו להגדרה הרחבה הזאת. לרעיון של "הגל השלישי" של דמוקרטיזציה ראו:

Samuel P. Huntington, *The Third Wave: Democratization in the Late Twentieth Century* (Norman: University of Oklahoma Press, 1991).

15 על הסוגיה של אחריות דמוקרטית ראו את Andreas Schedler, "Conceptualizing Accountability"; Guillermo O'Donnell, "Horizontal Accountability in New Democracies"; and Philippe C. Schmitter, "The Limits of Horizontal Accountability"; in Schedler, Diamond, and Plattner, eds., *The Self-Restraining State*, 13-28, 29-52, and 59-62 בהתאמה. ראו גם Leonardo Morlino, "What is 'Good' Democracy?" בכמה מקומות בו.

האומבוסדמן והיא מגבילה בצורה חמורה את יכולתו לשמש כמנגנון אפקטיבי של בקורת ונשיאה באחריות היכול לשמור על זכויות האזרחים.

בנסיבות כאלה, האומבוסדמן עומד בפני האפשרות שאינה מעוררת-קנאה שידחקו אותו לשוליים ואף יתעלמו ממנו. התוצאה הסבירה של אפשרות כזו היא הדה-לגיטימציה ההדרגתית של המוסד, שכן, חוסר יכולתו להגשים את מטרתו המוצהרת מוביל לכרסום בסמכות המוסרית שלו וגזול ממנו את סיבת קיומו. תוצאה כזו אפשרית גם במקרים בהם עיון בלתי ביקורתי ושאלת מושגים ממודלים של אומבוסדמנים הנובעים מנסיבות הסטוריות ורצפי-זמן השונים מבחינה איכותית, מולידות ציפיות בלתי ריאליות בנוגע ליכולת האומבוסדמן לשמש כמנגנון ביקורת המסוגל לדרוש דין וחשבון מהרשות המבצעת בארצות בהן שלטון החוק הוא קלוש, שברירי או פשוט אינו קיים. דוגמאות לאפשרות כזו ניתן למצוא בכמה מהדמוקרטיות החדשות בדרום מזרח אירופה, בהן, בהעדר כל משקל-נגד משמעותי לכוחה של הרשות המבצעת, עלו קריאות לצייד את מוסד האומבוסדמן בסמכות תביעה כפי שקיים בשבדיה ופינלנד. מהלך פעולה כזה, המבוסס על קריאה לא נכונה של נסיבות הסטוריות ורצפי-זמן שונים לחלוטין אשר איפשרו את צמיחת מוסדות האומבוסדמן בשתי מדינות סקנדינביות אלה, נכשל בהבנת הסכנות לעצם אפשרות הקיום של מוסד האומבוסדמן באותן דמוקרטיות חדשות, סכנות העלולות לנבוע ממעורבות המוסד, במה שבהכרח יהפכו להיות סכסוכים פוליטיים ומאבקים המתמקדים במאמצי האומבוסדמן לרסן את הרשות המבצעת, אשר מבחינה תרבותית ופוליטית מתנגדת לכל צורה של ריסון¹⁶.

עתה אנסה להחיל את המסגרת התיאורטית הנ"ל על מציאות הסטורית קונקרטית, ולהדגים את התועלת שבה, בהקשר של אירופה של ימינו. בהתאם להגיון של התרחיש הראשון, לפיו שלטון החוק מקדים באופן הסטורי את הופעת הדמוקרטיה, אטען שסביבה טובה יותר וידידותית יותר ליצירה ולהתפתחות של מוסד האומבוסדמן

16 לניתוח בקורתי על הסכנות הטמונות בהמשגה שכזאת של הובלת אומבוסדמן לעומס יתר אפשרי ראו:

Dimitris Christopoulos and P. Nikiforos Diamandouros, "Traditional Rights Protection Mechanisms and the Rising Role of Mediation in South Eastern Europe", in Christopoulos and Hormovitis, eds., *The Ombudsman in South Eastern Europe*, 30-40.

דמוקרטיה, שלטון החוק והאומבוסדמן

ולכולתו לשמש כמנגנון אפקטיבי של נשיאה באחריות וביקורת, ברגע שהופיעה הדמוקרטיה ונבנתה מדינה דמוקרטית מודרנית, שררה בהתחלה במערב ובצפון אירופה. תוצאה ישירה של צירוף זה של גורמים היסטוריים היתה העובדה שבין 1809 ל-1972, המוסד הוקם באופן בלעדי באיזורים אלה ובדרך של הרחבה, באחת הארצות השייכות לחבר העמים הבריטי (ניו זילנד).

טיעון דומה ניתן, בשינויים מחויבים, להעלות לגבי המדינות (ואפילו האיזורים) שקמו אחרי האימפריה האוסטרו-הונגרית, בהן שלטון החוק הפך להיות מאד מבוצר מאמצע המאה ה-18 ואילך, וקיבל דחיפה גדולה במהלך חצי המאה המוזהבת (1740-1790) של שלטון מריה תרזה ויוזף השני, ובהן החלה ההיכרות עם מנהגים דמוקרטיים עוד בתקופה שבין שתי מלחמות העולם במאה ה-20. התפקיד שהאומבוסדמן היה יכול למלא במהלך העשור האחרון בבניית הדמוקרטיות המודרניות בפולין, הונגריה, הרפובליקה הצ'כית, סלובניה, ומאוחר יותר בסלובקיה, למרות המורשת של הנסיון הטוטאליטרי מן הזמן האחרון, משמש ראיה אמפירית חזקה התומכת בטיעון זה¹⁷.

אירופה הדרומית מהווה מקרה כלאיים מעניין. הופעתם המוקדמת של מוסדות פרלמנטריים באיזור זה בעשורים הראשונים של המאה ה-19 - כלומר, לפני שלשלטון החוק הייתה הזדמנות להתבסס - לא תרמה ליצירת תנאים נוחים להתפתחות משטרים פוליטיים המסוגלים לאזן בצורה הוגנת בין ההגיון של שוויון לבין ההגיון של חירות בהקשר של ההסדרים המוסדיים של כל אחד מהם. התוצאה הייתה תנאים פוליטיים שאינם נוחים לאיזונים ובלמים ולתרבות של משקלי-נגד מוסדיים המזוהים עימם. תוצאת הלוואי הכי מיידית וגלויה לעין של תנאים אלה היתה התנודה הלכאורה אינסופית בין שלטון אותוריטרי לבין משטרים דמוקרטיים בלתי יציבים

17 לעיבוד נקודות אלה הנוגעות למדינות היורשות את האימפריה האוסטרו-הונגרית ראו: P. Nikiforos Diamandouros and F. Stephen Larrabee, "Democratization in South-Eastern Europe: Theoretical Considerations and Evolving Trends", in Geoffrey Pridham and Tom Gallagher, eds., *Experimenting with Democracy: Regime Change in the Balkans* (London: Routledge, 2000), 24-64.

ובסופו של דבר כושלים אשר באופן כה בולט סימלו את האיזור עד המחצית הראשונה של המאה ה-20.¹⁸

שתי התפתחויות שימשו כזרז שאיפשר את היציאה ממעגל הקסמים של ניסויים דמוקרטיים כושלים והפוגות אותוריטריות: השיעור הפוליטי שנלמד מהמאורעות הטראומטיים המזוהים עם משטרים אוטוריטריים אשר שלטו באיזור בתקופות שבין שתי מלחמות העולם ולאחר מלחמת העולם השנייה וההשפעה המכרעת, בדרך של אפקט הדגמה, מתחילת שנות ה-60, שהקהילה האירופית הכלכלית, היום האיחוד האירופי, הייתה מסוגלת להפעיל על אליטות פוליטיות ועל ההמונים בארצות האיזור. כתוצאה מכך, המשטרים הדמוקרטים שנוצרו באמצע שנות ה-70 יכלו לספק איזון הוגן של הסדרים מוסדיים המבטאים את שלטון החוק והדמוקרטיה. במסגרת יותר נוחה זו הופיע מוסד האומבודסמן כחלק מהארסנל המוסדי של מדינות שבפעם הראשונה בהסטוריה המודרנית של האיזור הפכו לדמוקרטיות מודרניות יציבות.¹⁹

בניגוד בולט לניתוח דלעיל עומדות המדינות שקמו אחרי האימפריה העותומאנית בדרום מזרח אירופה. באיזור זה בו (א) שוב מסיבות הסטוריות, המדינה שמרה עד הסוף, בתחילת המאה ה-20, על האופי המאד ירושתי שלה ושלטון החוק מעולם לא צבר שורשים עמוקים; בו (ב) כתוצאה מתקופות ארוכות של שלטון אותוריטרי וטוטאליטרי, ההכרות עם מנהגים דמוקרטיים נעה ממאד מוגבלת לבלתי קיימת; ובו (ג) הופעתם של מנהגים דמוקרטיים הייתה למעשה באותו זמן כמו, או אפילו לפני,

18 לניתוח היסטורי הדן בתנועה בין סמכותיות ואי יציבות וכשלון בנסיון הדמוקרטיה בסופו של דבר באירופה הדרומית מאז מלחמות נפוליאון ראו אצל Edward E. Malefakis, "The Political and Socioeconomic Contours of Southern European History", in Gunther, Diamandouros, Puhle, eds., *The Politics of Democratic Consolidation*, 33-76.

19 המחקר השיטתי הממוקד של האופי והתוצאה של ביסוס היציבות וגיבוש שלטון דמוקרטי באירופה הדרומית במשך מחצית המאה הקודמת פחות או יותר יצא לאור בסדרה של חמישה כרכים בחסות "ועדת המשנה של אירופה הדרומית" של המועצה האמריקאית ללימודי החברה והמועצה למחקר מדעי החברה (ניו יורק). לניתוח מתאים הנוגע למאמר זה ראו בנוסף ל- *The Politics of Democratic Consolidation*, שכבר צוטט, את P. Nikiforos Diamandouros and Richard Gunther, eds., *Parties, Politics, and Democracy in the New Southern Europe* (Baltimore, MD: Johns Hopkins University Press, 2001), and Richard Gunther, P. Nikiforos Diamandouros and Dimitri A. Sotiropoulos, eds., *Democracy and the State in the New Southern Europe* (יראה אור בקרוב).

המאמצים לייסד את שלטון החוק; האתגרים העומדים בפני מוסד האומבוסדמן בנסיונו לעצב לעצמו את תפקידו הראוי בתוך הנוף המוסדי של השלטון הדמוקרטי הנתון הם כבירים. הנסיונות של אומבוסדמנים בדרום מזרח אירופה עד כה מהווים ראייה חזקה לכך שעל מוסד זה עוד לעבור דרך הרבה יותר מפותלת בדרכו להפוך למכשיר אפקטיבי של ביקורת ונשיאה באחריות היכול לתרום בצורה משמעותית להגנה על זכויות אזרחים ועל איכות הדמוקרטיה בכל מדינה באזור²⁰.

אסיים עם שתי הערות סופיות. הראשונה מזכירה את הטיעון שהעליתי בפתח מאמר זה לגבי חוסר האפשרות לפתור עניינים הקשורים לגיטימיות של המדינה מתוך הדמוקרטיה ע"י עשיית שימוש בעקרון שלטון הרוב. להערה זו רלבנטיות מיוחדת לכל הדמוקרטיות האירופאיות היותר חדשות המתמודדות עם בעיות ההסתגלות של מיעוטים למערכות הדמוקרטיות שלהן, והיא נוגעת במיוחד למדינות בהן מיעוטים הם גדולים במיוחד. הערה זו גם מדגישה בעוצמה את הטיעון הכללי יותר, שאף הוא הועלה קודם, לפיו במקרים מסוימים שאלות הקשורות בשלטון החוק, כמו ההגנה על זכויות אדם, אינן יכולות להפתר ע"י פניה להגיון הדמוקרטי של שלטון הרוב. מכאן הצורך בהתפתחות מאוזנת הן של שלטון החוק והן של הדמוקרטיה, אם על המדינה הדמוקרטית לשרת את האינטרסים של האזרחים²¹.

ההערה השניה עוסקת באומבוסדמנים באיחוד האירופי ובאופן יותר ספציפי באתגרים עמם עליהם להתמודד בבואם לקדם את שלטון החוק והדמוקרטיה ברמות השונות שלהם בתוך האיחוד. אני עדיין משוכנע באופן עמוק שהצלחה במשימה קשה זו אפשרית רק כאשר האומבוסדמנים בכל הרמות של הממשל - האירופאית, הלאומית, האיזורית או המקומית - משתפים פעולה באופן אפקטיבי ומתאמים בין המאמצים שלהם מתוך מטרה לשרת טוב יותר את האזרחים. מסיבה זו גם קודמי בתפקיד, Jacob Söderman, וגם אני ניסינו לשכנע את "הכנס לעתיד אירופה" ואת הכנס הבין-ממשלתי שבא בעקבותיו לכלול בטיטות האמנה החוקתית הכרה מפורשת

20 ביחס לדמוקרטיה במדינות הירשות את האימפריה העות'מנית ראו Diamandouros and Larrabee, "Democratization in South-Eastern Europe", 24-64.

21 על הדיון התיאורטי בבעיות הקשורות לנסיון לפתרון סוגיות הנוגעות לשלטון החוק ומציאת מפלט בהגיון המרכזי של הדמוקרטיה ראו את העבודות של Dahl (1989) ושל Linz and Stepan (1996) המצוטטים בהערה 9 לעיל.

בזכויות האזרחים האירופיים לגישה לאומבודסמנים ולאמצעי תיקון לא-שיפוטיים אחרים כאשר הם מבקשים להגן על זכויותיהם.

למרות שהטקסט הסופי של האמנה החוקתית לא כלל הוראה כזו, חיזוק אמצעי תיקון לא-שיפוטיים, כאלטרנטיבות לאמצעי תיקון שיפוטיים, חייב להשאר מטרם אסטרטגית עבור קהילת האומבודסמן בתוך האיחוד. הצלחה בכיוון זה לא רק שתקל על כל האומבודסמנים ועל גופים דומים לסייע לאזרחים להכיר את זכויותיהם טוב יותר אלא גם להנות מזכויותיהם טוב יותר. היא גם תגביר באופן מהותי את יכולת האומבודסמנים, בין אם ברמה האירופית, הלאומית, האזורית או המקומית, לתרום להעמקת שלטון החוק ולשיפור איכות הדמוקרטיה בכל הרמות של האיחוד. וזוהי בהחלט מטרם שראוי לשאוף אליה.