
השופט חיים ה. כהן

שופט בית-המשפט העליון

2002-1911





דבר העורכים

חוברת זו מוקדשת לזכרו של השופט בדימוס חיים ה' כהן - פרקליט המדינה הראשון ומי שהיה היועץ המשפטי לממשלה, שרי המשפטים, שופט בית המשפט העליון וממלא מקום נשיאו, הוגה דעות, היסטוריון, איש-ספר ואיש-ציבור - שהלך לעולמו לפני כשנה והוא בן 91.

תרומתו של חיים כהן למשפט הישראלי היא עצומה ורב-גונית. אין עוד אדם בישראל שאייש את כל המשרות הבכירות האפשריות במערכת המשפט ובד בבד הניב עטו מאות פרסומים שהעשירו את חקר תורת המשפט, המשפט העברי, המשפט הישראלי ותחומים רבים נוספים.

חיים כהן נולד בליבס שבגרמניה למשפחה דתית-חרדית והתחנך בחוגים לא-ציוניים. לאחר שלמד פילוסופיה, פדגוגיה ושפות שמיות, הוא בא לירושלים ללמוד בישיבת "מרכז הרב", שבראשה עמד הרב הראשי לארץ-ישראל אברהם יצחק הכהן קוק, וחזר לגרמניה שם למד משפטים עד עלייתו הסופית לארץ-ישראל בשנת 1937. ככל שניקרו בו שאלות וספקות בדבר האורתודוקסיה היהודית, כן הרבה לקרוא ולהעמיק בכתבי פוסקים ופילוסופים, רבנים ומינים. מעטים הם האנשים האמונים כמו חיים כהן על ארון-הספרים היהודי ועל ארון-הספרים הכללי והיודעים לטייל כפי שטייל הוא - אלגנטי, בקי וחרוף - בין הארונות ובנבכייהם: בין שילד לרמב"ם, בין גיתה לאחד-העם, בין ישו הנוצרי לרבנו תם.

בשנת 1947 נקרא חיים כהן על-ידי המוסדות הלאומיים לשמש מזכיר המועצה המשפטית, שמטרתה היתה גם לדאוג לרציפות המשפט עם תום המנדט הבריטי והקמת מדינת ישראל. ב-1948 התמנה לפרקליט המדינה ובשנים שלאחר-מכן כיהן בתפקיד מנכ"ל משרד המשפטים ושר המשפטים. בשנים 1950-1960 מילא חיים כהן את תפקיד היועץ המשפטי לממשלה ובשנת 1960 מונה לשופט בבית המשפט העליון - תפקיד שמילא עד לפרישתו לגמלאות בשנת 1981. מאז פרישתו ועד יום מותו הקדיש חיים כהן את עצמו בין השאר לפעילות ציבורית בתחום זכויות האדם והאזרח. הוא כיהן כנשיא האגודה לזכויות האזרח, היה נציג ישראל בוועדת האו"ם לזכויות האדם וחבר בבית-הדין הבינלאומי לבוררות בהאג.

באחת ההודמנויות הגדיר חיים כהן את עצמו "המורד הגדול" של בית-המשפט, אולם דומה כי מרדנותו לא היתה שמורה רק לתקופת כהונתו כשופט. בכל תפקיד שבו כיהן הוא גילה פרופיל עצמאי של מי שנלחם בלא ליאות על עקרונותיו, גם במחיר של עימות ומחלוקת עם הממסד. בעת היותו היועץ המשפטי לממשלה סירב, למשל, לבקשתו של ראש-הממשלה דאז, דוד בן-גוריון, לעמוד בראש התביעה כנגד אדולף אייכמן בשל התנגדותו העקרונית לעונש מוות. הוא עורר סערה גם כאשר הנחה את רשויות אכיפת החוק שלא לאכוף את האיסור הפלילי על הומוסקסואליות ובכך קבע תקדים באשר לכווחו של היועץ המשפטי לממשלה בהתווייתה של השקפת-עולם ליברלית הומנית ובאכיפתה באמצעות הכלים המשפטיים הנמצאים בידיו.

חיים כהן, שצמח בלב התרבות הגרמנית (ולא הכיר תענוג גדול יותר מקריאת רילקה וגיתה) ובמסורת המשפטית הגרמנית הפורמליסטית, היה לשופט האנטי-פורמליסט ביותר בבית-המשפט העליון שלנו. רב-אמן לשוני, בעל בקיאות מופלגת במשפט העברי שהתעקש (יחד עם ידידו השופט יואל זילברג) על מקומו של המשפט העברי במסגרת פסקי-הדין של בית-המשפט כדי לקרב את הלכות לאוצר זה שהיה אטום וסגור כל-יך, אך גם כדי לקדם סקולריזציה של המשפט העברי, זמן רב לפני שעניין זה הפך לאופנה בשנים האחרונות. קולו הצלול והליברלי של חיים כהן נשמע גם אחרי פרישתו מבית-המשפט העליון בראיונות ובמאמרים, ונתכבדנו אנו בבחירתו את משפט וממשל כאחד הפורומים המרכזיים שבהם השמיע את קולו. מאמר פרי-עטו לכבודו של חיים צדוק יופיע בגיליון הבא של כתב-העת.

חיים כהן גם אזר אומץ להודות בטעויותיו השיפוטיות. אחת הפרשיות הכולטות בתחום זה היתה הרשעתו של עמוס ברנס ברצח רחל הלר. כהן פעל בלא ליאות לשחרורו של ברנס ולטיהור שמו לאחר שהגיע למסקנה כי טעה בהרשעתו. אחד המעשים האחרונים שעשה לפני מותו היה להתקשר ולהודות לשופטת דורנר, אשר קיבלה את בקשתו של ברנס לקיים משפט חוזר לאחר שנדחו כמה בקשות שלו באותו עניין.

חיים כהן הלך לעולמו באחת מתקופות-המבחן הקשות לשלטון החוק במדינת ישראל. הוא-עצמו היה מודאג ומדוכדך מן ההסלמה במאבק המזוין בין מדינת ישראל לפלשתינאים ומן הכרסום במצב זכויות האדם. שאלות רבות מתעוררות בעקבות האירועים האחרונים באשר לגבול שבין מאבק לגיטימי בטרור ובין פגיעה קשה ובלתי-מוצדקת בזכויות-היסוד של הפרט. הזכות למחאה פוליטית ולחופש ביטוי עומדת גם היא למבחן קשה בימים אלו. קריאות להשתקתה של כל ביקורת מבית מאיימות לקעקע עקרונות-יסוד שעליהם נבנתה בעמל רב שיטת המשפט הישראלי, וגופים המזוהים יותר מכול עם נושא זכויות האדם בישראל ובשטחים, כמו האגודה לזכויות האזרח, מצויים בעימות חריף, במיוחד עם הגופים האחראים על אכיפת החוק במדינה.

לפיכך דווקא בימים כאלה ראוי להיזכר במשנתו של מי ששאף תמיד, גם בעתות חירום, למצוא איזון ראוי בין צרכי הביטחון ובין ההגנה על זכויות הפרט והפך אגב כך לקול של מיעוט בקרב שופטי בית-המשפט העליון. בע"ב ירדור¹ סבר השופט כהן, בניגוד

1. ע"ב 1/65 ירדור נ' יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השישית, פ"ד יט (3) 365 (להלן: ע"ב ירדור).

לדעת חבריו – השופטים אגרנט וזוסמן – כי יש לבטל את החלטתה של ועדת הבחירות המרכזית לפסול את רשימת הסוציאליסטים "אל ארד", גם אם מדובר ברשימה שאינה מכירה בקיומה של מדינת ישראל. באופן דומה בבג"ץ קוואסמה² סבר השופט כהן, כי יש לבטל את צווי הגירוש שהוצאו כנגד שלושה ממנהיגי הפלשתינאים בשטחים בשל העובדה שלא ניתנה להם הזכות להשמיע את טענותיהם כנגד צווי הגירוש בטרם נאכפו צווי אלה. גם בבג"ץ דרויש³ נותר השופט כהן לבדו, כאשר סבר כי סירובו של שירות בתי הסוהר לספק לאסירים בטחוניים מיטות הוא בלתי חוקי, בשל היותו פוגע בזכות היסוד של כל אדם להיכלא בתנאים אנושיים. בכל המקרים הללו היה השופט כהן ספקן הרבה יותר מחבריו לגבי תוקפם של שיקולי הביטחון שהוצגו בפני בית המשפט כנימוק המרכזי שהצדיק את הפגיעה בזכויות היסוד השונות של העותרים. בע"ב ירדור כתב השופט כהן:

אין אני יכול לראות את הסכנה הממשית או הברורה או המידית הצפויה למדינה או למוסד ממוסדותיה, או לזכות מזכויותיה, מהשתתפות רשימת מועמדים זו בבחירות לכנסת. ואם תמצי לומר, סכנה זו מן הנסתרות היא לבתי המשפט ומן הגלויות אך ורק לשירותי הביטחון של הממשלה, אף אני אשיב שבחומר שהיה לפני ועדת הבחירות המרכזית, ושהוגש גם אלינו, לא היה כדי להצדיק, ולא כל שכן לחייב, מימצא שקיימת סכנה כאמור, ותשומת לב חברי הוועדה אף לא הופנתה לסכנה של ממש כאילו היא קיימת ומרחפת עלינו.⁴

רוח דומה של פקפוק הניעה את השופט כהן לדהות גם את טעמי הביטחון שהניעו את שירות בתי הסוהר לשלול מן האסירים הבטחוניים את הזכות לישון על מיטות:

אומרים לנו ששיקולים ביטחוניים כבדי משקל חייבים להכריע את הכף למניעת מיטות מאסירים מסוימים אשר הם מועדים לפשוע ועלולים להשתמש במיטות או בכרעיהן או בארוכותיהן כמכשירי פשיעתם. רחוק אני מלזלזל בשיקולים אלה... אפילו מוצדקים או מוסברים הששותיו של המשיב מפני שימוש לרעה במיטות שיסופקו לאסירים אלה או מקצתם, אין בחששות אלה כדי להצדיק הירידה אל מתחת לסטנדרדים המינימליים שלנו. כשם שאנו זנים ומפרנסים ומרפאים את הפושעים על-אף חששותינו המוצדקים והמוסברים, שבכך מקיימים ומגדלים אנו מהרסים ומחריבים, כן

2. בג"ץ 320/80 קוואסמה ואח' נ' שר הביטחון ואח', פ"ד לה (3) 113 (להלן: בג"ץ קוואסמה).

3. בג"ץ 221/80 דרויש נ' שירות בתי הסוהר, פ"ד לה (1) 536 (להלן: בג"ץ דרויש).

4. ע"ב ירדור (לעיל, הערה 1), 381.

שומה עלינו לשמור גם אצלם על דמות האדם וכבודו ולא לשכוח
שגם הם נבראו בצלם.⁵

גם בבג"ץ קוואסמה לא שוכנע השופט כהן, כשני חבריו, בדבר הסכנה המיידית
הנשקפת מן המגורשים אם ישובו לבתיהם. כהן סבר כי סכנה כזו יש להוכיח בראיות
ממשיות ואין בית-המשפט יכול לסמוך על טענות גרידא של המפקד הצבאי:

אילו באה לפנינו ראיה, ואילו נחה דעתי, שאמנם קיימת סכנה
מוחשית, שעם שוב העותרים לבתיהם ייפגע ביטחון הציבור באזור
יהודה ושומרון פגיעה של ממש, שוקל הייתי בכובד ראש, אם לא
מן הדין הוא להימנע מליתן לעותרים סעד, על-מנת למנוע אותה
פגיעה. לא באה לפנינו שום ראיה, ורחוק אני מן השכנוע. בתצהיר
תשובתו אומר מפקד האזור, שיש לו "ידיעה ודאית", ששובם של
העותרים כעת "עלול לסכן באופן חמור את השלום והבטחון
באזור"; אבל אין אנו יודעים, מה מקורה של "ידיעה ודאית" זו.
העובדה, שהעותרים התבטאו כפי שהתבטאו בעבר, אינה מוכיחה
ולא כלום על התנהגותם בעתיד: ייתכן, כי לאחר שובם ייזהרו
מאוד מפני כל התנגשות אפשרית עם שלטונות הביטחון, ולו רק
כדי למנוע גירושם מחדש.⁶

חיים כהן נותר בדעת-מיצוע בפסקי-הדין הללו ובפסקי-דין רבים אחרים. הוא לא
הצליח ברוב המקרים לשכנע את חבריו להצטרף אליו במאבקו האמיץ והעקיב על שמירת
זכויות האדם. עם זאת, ככל שחולפות השנים, כך גוברת ההכרה בחשיבותן הרבה של
דעות המיעוט הללו על רקע התקופה שבה ניתנו. פסיקותיו של השופט כהן לא רק שתרמו
להתפתחותו של שיח הזכויות במדינת ישראל והחלתו גם על קבוצות המיעוטים החיות בה
ועל תושבי השטחים; עד היום הן משמשות תעודת-כבוד לבית-המשפט העליון שהשכיל
גם בראשית ימיה של המדינה ובתקופות רגישות מבחינה בטחונית להוציא מתוכו קול
צלול ובהיר, גם אם יחיד, שסירב להתיישר עם עמדת הממסד והעניק ליחיד תקווה ואמונה
בכוחו של המשפט להגן על זכויותיו וחירויותיו הבסיסיות.

בענייני זכויות אדם עשה בית-המשפט העליון כברת-דרך גדולה לעבר עמדות העבר
של חיים כהן. עתה נותר רק לקוות כי דבריו ימשיכו להנחותנו ולהפרותנו לאחר הליכתו
גם בעתות קשות לשלטון החוק, כמו התקופה שבה אנו מצויים כיום, וכי קול המרד
והמחאה ימשיך להיות חלק מרפרטואר הקולות של בית-המשפט העליון, עם הד של
העברית הלמדנית, המפולפלת, הנפלאה של חיים כהן.

5. בג"ץ דרויש (לעיל, הערה 3), 541.

6. בג"ץ קוואסמה (לעיל, הערה 2), 131.

* * *

כדרכנו, ניסינו לעסוק בחוברת זו במכלול רחב ככל האפשר של סוגיות כלליות ופרטיות, ותיקות ועכשוויות, הנוגעות למשפט הציבורי. ברוח זו כוללת החוברת מאמרים וסיכומי דברים של המשתתפים בשני כנסים שהתקיימו ביוזמת הפקולטה למשפטים באוניברסיטת חיפה בשיתוף משפט וממשל. הכנס האחד הוקדש לשאלות השונות המתעוררות בעקבות היוזמה להקמת בית-משפט לחוקה בישראל, ואילו הכנס השני הוקדש לסוגיית חופש הביטוי באינטרנט.

בחוברת גם תמצאו מאמר פרייטטו של ד"ר ברק מדינה על גבולות הסמכות של הכנסת לגבי קביעת הוראות שריון בחוקי-יסוד; בחינה של ההליך החוקתי בישראל בפרספקטיבה השוואתית במלאת עשור למהפכה החוקתית מאת עו"ד אור בסוק; וכן מאמר פרייטטו של ד"ר יזהר טל על מעמדה החוקתי ופרשנותה של מגילת העצמאות.

החוברת כוללת הערת חקיקה של ד"ר דורון מנשה, העוסקת בחוק סדר-הדין הפלילי (חיפוש בגוף חשוד); וכן הערת פסיקה של ד"ר עומר דקל, שעניינה פסק-דין חדש של בית-המשפט העליון בסוגיית המכרזים.

בפתיחת החוברת שתי הערות לסדר היום, העוסקות בפסיקה חדשה ומהפכנית של בית-המשפט העליון. בנוסף להן, הרצאה שנישאה על-ידי פרופ' אריאל בנדור בטקס פתיחת שנת-הלימודים תשס"ב על פורמליזם משפטי ראוי ודוקטרינת השפיטות וכן הרצאה שנישאה על-ידי הדיקן היוצא של הפקולטה למשפטים, פרופ' יוסף אדרעי, בטקס סיום הלימודים של בוגרי מחזור ז. ההרצאה הוקדשה לסוגיית אחריותם החברתית והלאומית של בוגרי הפקולטה. כמו-כן תמצאו בחוברת דברים לזכרו של השופט חיים כהן שנישאו בהלווייתו, מפיהם של נשיא בית-המשפט העליון אהרן ברק, השופט בדימוס יצחק זמיר ופרופ' רות גביון; ודברים נוספים לזכרו מאת פרופ' יוסף אדרעי ועו"ד אביגדור פלדמן.

עלי ולצברגר ונויה רימלס



דברים לזכרו של ח' כהן (10.4.2002)

אהרן ברק

מדינת ישראל מרכינה את ראשה לאחד ויחיד בדורו, שהלך מאתנו. אנו, שופטי ישראל, ובראשם שופטי בית־המשפט העליון בעבר ובהווה, מרכינים את ראשינו לאחינו הגדול שהלך מאתנו. משפחתו של חיים איבדה את ראשה ואביה החם והאהוב, ואני בוכה על ידי, חבר ומורה־דרך.

חיים כהן היה ממניחי היסוד למשפט הישראלי. כך בעבודתו במשרד־המשפטים, שבו כיהן כפרקליט המדינה, כמנהל כללי, כיועץ משפטי לממשלה וכשר־משפטים. כך בעבודתו בבית־המשפט העליון, באלפי פסקי־הדין שכתב, וכך בעבודתו המדעית רבת־השנים.

לפני קום המדינה ומיד לאתר־מכן הניח את היסוד לממשל הישראלי. הוא קבע את דפוסי ההקיקה והשפיע רבות על תוכנה וצורתה. כיועץ משפטי לממשלה ביצר את שלטון החוק בישראל. כשופט בית־המשפט העליון הוא קידם את זכויות הנאשם ואת תורת הענישה, ביסס את זכויות האדם בישראל ואת מעמדו של בית־המשפט העליון כמבצר זכויות האדם והעמיק את יסודותיה של הדמוקרטיה הישראלית. בכתיבתו המדעית הוא פתח בפני הקורא הישראלי צוהר למקורות המשפט העברי, מזה, ולחוכמת הפילוסופיה המערבית ולחשובי הוגיה, מזה. רבים ממאמריו ומספריו תורגמו לשפות זרות. הם תרמו לפיתוח המשפט, להבנת היהדות ויחסה לנצרות ולקידום זכויות האדם בכל אתר ואתר.

חיים כהן האיש היה ואיננו עוד, אך רוחו של חיים כהן עִמְנו, תמיד תהיה עִמְנו, תמיד תלווה אותנו: רוח של ליברליות, רוח של סובלנות והבנה, רוח של אהבת האדם, רוח של זכויות האדם, רוח של אהבת ישראל ומדינת ישראל, רוח של אהבת המשפט העברי. קשים היו חיוו של חיים כהן בעת האחרונה. מיכל היקרה טיפלה בו במסירות ובאהבה. כולנו דאגנו לו. הרגע המר והנמהר הגיע היום. גאון המשפט הלך לעולמו. כולנו נעשינו דלים יותר, כולנו התייתמנו. יהי זכרו ברוך.

השופט חיים כהן ז"ל

יצחק זמיר

חיים כהן משאיר אחריו מורשת עצומה. הוא גם משאיר אחריו חלל גדול. הוא חי חיים ארוכים וניצל אותם עד תום. נראה שהוא לא בזבז אף יום מבלי לנצל אותו כדי לתרום ולהעשיר לא רק את עצמו, אלא את כל מי שהיה קשור אליו: בני המשפחה, המון ידידים אישיים, הקהילה המשפטית ובעצם – כל החברה בישראל. על כל אלה הוא הרעיף לא רק הום ואמפטייות, אלא עושר בלתי־נדלה של ידע, במורשת ישראל ובמשפט ישראל, בתרבות העמים ובמשפט המדינות ותמיד ריחפה מעל כל אלה מערכת של ערכים שבמרכוס כבוד האדם, יושר אישי ומוטר אנושי, אהבת הבריות ואומץ־לב. הם הדריכו אותו בכל אורחות־חייו ושנו ממנו כמעין המתגבר על כל סביבותיו.

לא היתה בו צדקנות, הצביעות היתה מאוסה עליו והוא הכיר היטב את האדם ולא ברח מן המציאות. תורת חייו היתה בנויה בחוכמה רבה על ניסיון עשיר. אכן, אין בקרבנו מי שצבר ניסיון עשיר כמותו ותרם הרבה כמותו. הוא היה שותף להנחת היסודות של מערכת־המשפט בישראל עוד לפני הקמת המדינה, כשכיהן כמוזכר המועצה המשפטית של המוסדות הלאומיים, ולאחר שהוקמה המדינה יצק יסודות איתנים בתפקידים הרבים שמילא: פרקליט המדינה, המנהל הכללי של משרד־המשפטים, היועץ המשפטי לממשלה, שר־המשפטים, שופט בית־המשפט העליון וממלא מקום נשיא בית־המשפט העליון.

חיים כהן נעשה עוד בחייו סמל ומופת. הוא היה לא רק אדם מיוחד במינו ומשפטן גדול, הוא הפך להיות מוסד. עלו אליו לרגל, לשמוע את דעתו, לבקש את עצתו ולקבל ממנו הכוונה, שאר־רוח והשראה. כאשר התקשורת ביקשה לשמוע דעה עצמאית ואמיצה בענייני מדינה, משפט ומוסר, הוא היה הכתובת. כאשר ישראל ביקשה ייצוג בוועדת האו"ם לזכויות האדם ובמועצה הבינלאומית של משפטים הוא היה האיש, כאשר הארגון הבינלאומי של המשפטים היהודים היה צריך מנהיג פנו אליו, האגודה לזכויות האזרח בישראל בהרה בו כנשיא וגופים וארגונים רבים עשו אותו יועץ־סתר ומורה־דרך. המוסד הזה איננו עוד.

חיים כהן כתב ספרים חשובים, מאות מאמרים ופסקי־דין לאין ספור, כולם ספוגים ידע, תרבות, חוכמה וערכים. אני מבקש, על רקע הימים הקשים שבהם אנו שרויים, להביא ציטטה קצרה אחת מתוך אחד מפסקי־הדין שלו. וכך אמר השופט חיים כהן בפסק־דין שעסק בתגובת ישראל למעשי טרור של פלשתינאים לפני עשרים שנה:

מה נשתנתה לחימת המדינה מלחימת אויביה, שזו נלחמת תוך כדי שמירת החוק, ואלה נלחמים תוך כדי הפרת החוק. עוצמתה

המוסרית וצדקתה העניינית של לחימת השלטונות תלויות כל כולן בשמירתם על חוקי המדינה: בויתור על עוצמתה זו ועל צדקתה זו של לחימתה, משרתים השלטונות את מטרות האויב. הנשק המוסרי אינו נופל בחשיבותו מכל נשק אחר, ואולי עולה עליו – ואין לך נשק מוסרי יעיל משלטון החוק. מוטב שידע כל מי שצריך לדעת, ששלטון החוק בישראל לעולם לא ייכנע לאויביה!

גם לו היתה זו כל צוואתו הרוחנית של חיים כהן לעם בישראל, דיינו. אומרים שאין אדם שאין לו תחליף, אני מסתכל סביב וחושב כי לחיים כהן כמוסד לאומי, מצפן ומצפון לחברה בישראל, אין כיום תחליף. כולנו, מיכל רעייתו הטובה והמסורה, ילדיו ויתר בני המשפחה, ידידיו ומוקיריו הרבים, ובעצם מדינת ישראל – נחסר אותו מאוד. יהי זכרו ברוך.

1. בג"ץ 320/80 קוואסמה ואח' ב' שר הביטחון ואח', פ"ד לה (3) 113, עמ' 132.

חיים ה' כהן - אחרי מות

רות גביון

אנחנו נפרדים היום מחיים (הרמן) כהן. אני שמחה שהיו לך חיים ארוכים, טובים ומלאים; חיים פוריים של גידול משפחה ושל יצירה, של עבודת מעשה ושל מחשבה, של מנהיגות ושל ערכים, של פתרון בעיות ושל שמחת חיים. למרות כל אלה, קשה מאוד להיפרד, קשה לחשוב שעכשיו יהיה אפשר לדבר רק עליך ולא עוד אליך; לא לשמוע את עצתך הטובה, המבינה, האנושית; לא לשמוע את צחוקך המתגלגל גם בתוך הרגעים הקשים. בלי לראות אותך מִבֵּין נקודה קשה בהבוק של רגע, כאשר ישנה הרגשה שהכול בטוח והכול נותר במקומו.

אתה משאיר אחרך חלל ענק: אצל המשפחה, אצל החברים, אצל הקהילה המשפטית ובראשה בית-המשפט העליון שבו כיהנת שנים ארוכות, אצל האגודה לזכויות האזרח וקהילת חסידי זכויות האדם ואצל מדינת ישראל והחברה הישראלית. כי בכל המעגלים האלה היית יחיד ומיוחד, נפלא ומלהיב. אין עוד רבים עמנו שהלכו עם המדינה ועם היישוב בדרך הארוכה שלך; שהיו כאן בפרעות ובמאורעות, בהתרגשות של ההכרזה על הקמת המדינה ובדאגה של המלחמה והקרבות שלאחריה; שעסקו יחד אתך בעבודה המקצועית של הכנת התשתית המשפטית למדינה הצעירה, שנולדה לתוך מלחמה. ואתה יצרת מבנים והקמת מסגרות ומסורות: בפרקליטות המדינה, בייצוג המשפטי ובבית-המשפט. חלק מפקידי-הדין שלך הם קלטיקה והתרומה שלך לעולם המחקר המשפטי לא היתה מביישת אף פרופסור במשרה מלאה.

לתוך הפעילות הזו הבאת אתך שלושה עולמות: ראשון, העולם של ההשכלה האירופאית הכללית המחמירה ביותר, שהפכה אותך לאזרח העולם, בקי בתרבות המערבית לגוניה. שני, עולם של הלכה ושל תורה ומצוות, שהתחבר עם אהבה עמוקה שלא נעלמה לעולם, גם כאשר חזרת בשאלה, חדלת לשמור מצוות והפכת לאפיקורוס ולמטיף בשער - אהבה לגאונות ולעושר המופלאים של מחשבת ישראל לרבדיה ולדורותיה. ושלישי, זה עולם החשיבה והמעשה של החלום הציוני ושל תקומת עם ישראל בארצו יחד עם תחיית שפתו ותרבותו. בכל אחד מן העולמות האלה בלטת משכמך ומעלה. והצירוף של שלושתם - צירוף שרק יחידים אז ועוד פחות היום מתברכים בו - הוא זה שעשה אותך ואת משנתך כה מיוחדים.

שמענו רבות על תרומתך לבית-המשפט ולמשפט הישראלי. אכן, זו עצומה וייחודית. אהבת את המשפט והכרת היטב את כוחו ואת מגבלותיו. היית מה שאנחנו קוראים "משפטן מובהק", מהיר וחרף ובקי. עשית בו הרבה שימוש לטובה. הכרת גם את סכנותיו הגדולות וזכרת תמיד כי הפעלת המשפט אף היא כוח. אין לנו שופטים רבים שהקפידו, כמוך,

לבקר בבתי-סוהר כדי לדעת לאן ולמה אנהגו שולחים את אסירינו ואשר התנגדו נחרצות לעונש מוות ולכל פעולה אלימה מתוך תאוות נקם.

תרומתך לחברה הישראלית אינה פחות חשובה. זו נמשכה כל ימך. אבל ניתנה לך מתנה של עשרים שנה, שנות דור ממש, של פעילות לאחר פרישתך, שבהן שימשת מגדלור, מקור אור, לחלקים מרכזיים בחברה הישראלית. באגודה לזכויות האזרח היינו גאים ושמחים כאשר הסכמת להיות נשיאנו לאחר פרישתך בשנת 1981. בכך קבעת כי מאבק לזכויות אדם איננו עניין של תמהונים ויפיי-נפש, אלא זו פעילות מרכזית וחיונית של המנהיגות הציבורית והמשפטית של המדינה; שזהו באמת מאבק על מותר האדם על מה שהוא חיוני לקיום לא-פחות מצורכי הנפש וכוח להגנה עצמית. מנהיגות היא הפעלה נכונה של כוח לטובת הכלל והפעלה נכונה כזו הייבת להיות מוכתבת על-ידי ערכים. אתה היית כזה – נאה דרשת ונאה קיימת. הביקורת שלך היתה בוטה, אך היתה תוכחה אוהב. ידעת לשלב היטב בין התפקיד של נביא-הזעם, אבל גם של זה הטופח על השכם וחוגג את ההישג. בימים קשים אלה אנחנו זקוקים מאוד לשילוב הזה של עמידה ערכית איתנה ונחרצת בצד מחויבות עמוקה לבטחון ישראל ולשלום תושביה.

בכך שימשת לי, ולדורות שלמים, דמות מודל. מהיום לא נוכל עוד ללמוד מאישיותך הקורנת וליהנות ממנה. אבל השארת לנו המון: בכתב ובעל-פה, דברי הגות ודברי תוכחה, דברי נזיפה ודברי נחמה. על אלה יגדלו עוד דורות רבים של אנשים, המתעניינים בכל אחד מן העולמות שייצגת וגם בכלם יחד – האפשרות והחובה של יהדות חילונית והכרת והעונג שבשמירת הקשר החי עם המקורות. והחשוב מכול: לא לשכוח שאנחנו אנשים שנבראו בצלם וכך גם אלה שחיים לצדנו וסביבנו.

אני רוצה להודות לך על שהשארת אחריו את המסורות שבנית, את הדברים שאמרת ואת הלקחים שלימדת. כך לימדת אותנו איך אדם זוכה לכך שחיינו לא יהיו כצל עובר. עזרת לנו לחבר בין עבר, הווה ועתיד. בעתיד לא יהיו אנשים שייפרדו ממך, אבל יהיו רבים כאלה שילמדו אותך ויגדלו על משנתך. אתה תתן להם כוח ותקווה כפי שנתת לנו ותזכיר להם שאפשר להיות יהודי גאה בארצו, בעמו ובמקורותיו וגם הומניסט וליברל אמיתי.

על כל אלה עוד ידובר רבות. כאן והיום אני זוכרת את החום, הקרבה, הרעות, הצחוק, תידודי השכל והזכרונות שחילקת בשפע כה רב למי שסבב אותך. על כל אלה נתונה לך תודתנו ואהבתנו.

הספד לאדם כמו חיים אמור, בצדק, לעשות לו כבוד. אבל לי קשה שלא להזכיר דווקא את הכאב ואת האבידה של המשפחה ושל החברים. בשבילי, עולם שבו לא אוכל עוד לצפות לחיוך החם בעיניים החומות והתכמות שלך, לתכנן מה אומר לך ולהשתאות על תשובותיך – העולם הזה הוא עולם שהתרוקן. אין ספק שהיית איש מאוד חשוב וגדול. אבל היית גם בן-זוג, אב וסב כמה דורות וידיד נאמן. לכולנו אתה פשוט מאוד תחסר. אז רצייתי לומר כאן שבצד הכבוד, ההערכה והתודה אני עצובה ביותר ומבכה את לכתך.

שלום!

דברי פרידה מהשופט חיים ה' כהן

יוסף אדרעי

איני מכיר כל דרך סבירה ואנושית לסכם את משנתו של ענק-הרוח ואיש רב-הפעלים, השופט חיים כהן; את ידיעותיו, את שכלו הישר, את יושרו והגינותו, את אצילות-רוחו, את עומק מחשבתו וגאונותו ואת אישיותו רבת-הגוונים. על-כן אבקש לעמוד על שתיים מהמכלול העצום של תכונותיו: על כושרו האנליטי לעשות הבחנות מדויקות ואמיצות, גם אם אינן מקובלות; ועל אהבתו לאדם – אהבה שבאה לידי ביטוי ברגישות גהדרת לרוח האדם ולזכויות הפרט, אהבה אמיתית לבני-אדם, בשר-ודם.

אלוהים ומשפט עברי

בחברה הישראלית הקשה, חסרת הסבלנות והסובלנות, בחברה השטחית המסרבת לעסוק בנושאים באופן מעמיק והממהרת להדביק תוויות לכל הבעת דעה, עורר חיים כהן קשיים לא-מבוטלים ביחסו לדת ולמשפט העברי. לא כולם ראו שאין כל סתירה בין אהבה גדולה למשפט העברי ולעושר האינטלקטואלי שהוא מציג ובין דחייה מוחלטת של שרירות – הן של שרירות-לבו של האל הן שרירות-לבם של משרתיו עלי-אדמות. מעטים הם האנשים אמיצי הלב, דוגמת חיים כהן, שהם בעלי כושר ניתוח שכלתני מוחלט הרואים באדם ובצרכיו את מרכז היקום, המסוגלים להכריז על עצמם כחילוניים גמורים, שבחלו באלוהים, שראו בהלכות דת שונות הלכות גזעניות ואף-על-פי-כן לומר:

יש צדק מיוחד השמור למקופחים ולעשוקים – ואין לך שיטת משפט אשר בה 'צדק' זה, הנתון כל כולו לחוש-צדקו של השופט, מפותח וממוסד הוא כמו במשפט העברי.¹

לא סתירה יש בכך, כמובן, אלא עקיבות, הבחנות דקות, רגישות למצוקות אנושיות ודחייה של כל מה שעלול להראות טפל, שרירותי ולא אנושי, גם אם הוא "אלוהי". ואין צריך לומר, שיש כאן ביטוי לערכי הנצח של נביאי ישראל, שבאו לידי ביטוי כבר בדברי הנביא ישעיהו:²

1. חיים ה' כהן, המשפט (מהדורה שנייה, מוסד ביאליק, תשנ"ו), 23.

2. ישעיהו, א, יא-יז.

למה לי רב זבתיכם יאמר ה'.... לא הפצתי כי תבאו לראות פני;
 מי בקש זאת מירכם ומס חצרי... חדשיכם ומועדיכם שנאה נפשי
 היו עלי לטרח... גם כי תרבו תפלה אינני שמע... רחצו הזכו הסירו
 רע מעלליכם מנגד ציני; חדלו הרע, למדו היטב, דרשו משפט...
 שפטו יתום, ריבו אלמנה,

אהבת האדם וזכויות אדם

דומני כי חלוקה גורפת של נאמני זכויות האדם, מגיניהן ומטפחיהן יכולה להביא לשלושה סוגים:

- ישנם נאמנים של זכויות האדם המבססים את תורתם על ניתוח שכלתני קר ומדויק; על ניתוח אנליטי המושתת על תיאוריות מלומדות שמקורן בתורות הליברליות הקלאסיות. תורה חשובה אך מנוכרת. אין בעולמם של הנמנים על הסוג הזה בני-אדם בשר-ודם, אלא זכויות שמען בני-האדם יכולים ליהנות.
- ישנם נאמנים של זכויות האדם, המצליחים לנער את הניכור שבין בני-האדם ובין הניתוח השכלתני המביא להכרה בזכויות האדם ולקשור את זכויות האדם לבני-האדם בתהליך של "מלמעלה למטה".
- וישנם כאלה שבראש-ובראשונה רואים את בני-האדם, סובלים את סבלם ושמחים בשמחתם, דואגים לשלומם ומבקשים להנציח את רווחתם וטובתם באמצעות כלים שונים, לרבות פיתוח התפיסה של זכויות אדם. אלה הם הקושרים בין אושרם של אנשים לזכויות אדם בתהליך של "מלמעלה למטה". כזה היה חיים כהן. בראש-ובראשונה ראה לנגד עיניו את האדם ואת סבלותיו, שצריך להמעיטם, ואת אושרו, שצריך להרבות; שמת בשמחתם של אנשים ומוזיל דמעה בסבלם. כמי שנתגלגלה לידי זכות נהדרת לשמש מתמחה של השופט חיים כהן אבקש להזכיר כאן כמה מקרים קטנים שהייתי עד להם, המלמדים על אנושיותו החמה, האהובה, הגערת.

באחד הדיונים שהתקיימו בפני הרכב של שלושה שופטים התייצבה באת-כוח הצדדים בדחילו ורחימו. ניכר בה שהיא נרגשת ביותר והמעמד קשה לה. משהחלה את טענותיה הפסיק אותה אב בית-הדין בשאלות נוקבות, שלא כולן היו לעניין, ונראה היה כי השופט המלומד (שנראה נהנה מן המעמד) מנסה להוכיח לפרקליטה הצעירה את הפגמים בטיעוניה. השופט חיים כהן, שהבחין במצוקתה, ניסה למשוך את תשומת-לבו של אב בית-הדין, אך בלא הצלחה. בשלב מסוים לחש השופט חיים כהן לאב בית-הדין כי הוא זקוק להפסקה קצרה. כשזו הוכרזה, שלחני מאמני לקרוא את הפרקליטה הצעירה ללשכתו, הציע לה כוס משקה קר והרגיע אותה בעדינות אין-קץ. אחר נכנס ללשכתו של אב בית-הדין ואמר לו מה שאמר. רק אחר-כך התפנה להסביר גם למתמחה כשהוא לוחש (במבוכה) כממתיק סוד נורא: "עורכת הדין הפילה לפני מספר חודשים ויש לי חשש שטרם החלימה לחלוטין". מקרה אחר, הזכור לי היטב, עסק בנער חלש שהובא מבית-המעצר כשהמדינה פורשת שורה ארוכה של עבירות לא-פשוטות שהוא נחשד בהן. קצינת-נוער תיארה מסכת עינויים

והשפלות שעבר הנער בבית-המעצר. משקמה נציגת המדינה לפרט על מה ולמה חייב הנער להישאר בבית-המעצר פסק השופט חיים כהן לשחררו על-אתר, שאם לא כן "לא רק המדינה, ולא רק הפרקליטה המבקשת להאריך את מעצרו אלא גם כב' בית-המשפט עלולים להיחשב כשותפים לדברי העבירה שהעצירים האחרים מבצעים בו בנער".

לעתים לא-רחוקות נהג השופט חיים כהן לכתוב בפסקי-הדין המרתקים והאמיצים שלו את הביטוי "מן המפורסמות" בצמוד לגישה או לכלל מסוים. חלק ממבקריו (בעיקר מן האקדמיה המשפטית הירושלמית) נהגו לרמוז על חשדם שאין למעשה בנמצא כלל כזה וכל-כילו המצאה של השופט כהן. במקרה אחד, קשה ומסובך, כתב השופט חיים כהן פסק-דין מתומצת ונימוקים קצרים בתכלית. המתמחה המלומד קרא את הפסק כמה פעמים והתקשה להשתכנע. לבסוף התגברתי על הבושה וביקשתי מהשופט להסביר את שכתב. השופט כהן הציע לכנס בלשכתו את כל שאר המתמחים של חברי המותב ובמשך יותר משעה פרש לפנינו, בסבלנות אינ-קץ, מסכת מדהימה של תיאוריות, דוקטרינות וגישות, בעיקר של פילוסופים גרמנים, שעד אז לא ידענו על קיומן. משהשתכנענו, הקשינו מדוע כל הדברים הללו לא באו לידי ביטוי בגוף פסקי-הדין? תשובתו היתה, כי לו טרח לפרט את מכלול התיאוריות, היה חייב גם להביאן תוך פירוט מדוקדק של מראי מקום מדויקים - "תהליך שהיה עלול לקחת כשלושה חודשים; והרי אין זה הוגן כלפי האדם שבא לבית-משפט לקבל מזור למצוקותיו; אין חורשים את ההלכה על גבו של המתדיין". כשהחלו המתמחים לצאת את לשכתו הוסיף בחיוך שובב: "והרי הדברים הן מן המפורסמות". כך התוודענו לבורות התרבותית שלנו: מה שלמדנו אנו לראשונה נחשב בעיניו של אינטלקטואל אירופאי מושלם כ"מן המפורסמות שאינם דורשים הוכחה או אסמכתאה".

אהבתי את חיים כהן, הערצתי אותו. הוא יחסר לי מאוד. הוא חסר מאוד לתברה הישראלית.

השופט חיים כהן

עו"ד אביגדור פלדמן

חיפשתי את פסק־הדין הראשון של השופט חיים כהן בבית־המשפט העליון כדי לראות במו־עיני את רגע בריאתו של שופט עולה מן הגלים הנמוכים של פסקי־הדין, בוקע מן הקצף התפל כוונוס משפטית מרהיבה ביופיה. ידעתי, כי לערך בשנת 1960 החליף את משרת היועץ המשפטי לממשלה בכיסא בבית־המשפט העליון והיה בכך הראשון שהחל את ההגירה הגדולה והלא תמיד מוצלחת מפרקליטות המדינה לבית־המשפט העליון. ואכן, בשנת 1960, בכרך יד של כרכי פד"י התכולים מבליח פתאום השם. כמה מוזר לראותו אחרון ברשימת תשעת השופטים המכהנים, הרשומים בסיומו של כל כרך פד"י, בבחינת אנתנו עשינו את המלאכה. באותה שנה השופטים העליונים היו אולשן, אגרנט, זילברג, גויטין, זוסמן, לנדוי, רבנוזן, ויתקין וחיים הרמן כהן. תשעה אנשים צנומים בחליפות הגדולות על מידותיהם, רציניים כמו ילדים המעמידים פני גדולים. גם רובם של פסקי־הדין בבית־המשפט העליון נדמו יותר כפסקי־דין שניתנו בין־השמשות בבית־המשפט לתביעות קטנות בתל־אביב. תריסים שאינם פועלים, מורה שלא קיבל את שכרו וצו־מניעה שמקבל המרצה לדיני עבודה ישראל בר־שירה נגד הסטודנטית יונה סופר שניסתה להפיץ את הרצאותיו בספר. לימים, לאחר שהפכה עורכת־דין תתפרסם יונה סיפר בפרשת קשריה עם השופט אליעזר מלחי. פסקי־הדין הראשון של השופט כהן שמצאתי הולם את ההווה הקטנטנה. נער נפצע בעינו מחוט ברזל במקום עבודתו. התברר כי הפציעה אירעה במהלך משחק עם חבריו בעבודה. האם המעביד אחראי לרשלנות? האם צריך היה להשגיח שפועליו הקטנים לא ישחקו במשחקים אסורים? השופט חיים הרמן כהן קבע בשפה לקונית כי המעביד לא התרשל ואינו חייב בפיצויים. אני קורא עוד פסקי־דין – כרך טו, כרך טז והלאה – נתפס לאשליה כי יצירתו של שופט גדול היא אקט תדפועמי של בריאה, ובפסקי־דין אחד אראה את הגנס הזה, את הכוכב החולף בשמי בית־לחם ומכריו: "שופט גדול נולד".

קריאת פסקי־דין זה אחר זה כמין פרקים של אופרת־סבון אינסופית היא עיסוק מרתק, אך גם מוזר במקצת. הדבר דומה להתבוננות מן החלון בקבוצת אנשים היושבת במרפסת בבניין שממול. הם חשופים לגמרי ומתעלמים באופן מוחלט ממבטיך המחוצפים. הם אוכלים, מתווכחים, מפנים את הכלים, מעשנים, שותים קפה, מחזירים את הכלים, מרוקנים מאפרה, לוחצים ידיים, קמים, מתיישבים, משחקים קלפים, מגלגלים קוביות והכול נראה כליכך טריביאלי, החוזר על עצמו עד לפיהוק; אלא שמבלי משים אתה מבין פתאום כי הקבוצה הסרת־הייחוד על המרפסת השקופה ממולך קשורה באיזו דרך מסתורית לאלים הרחוקים שאיש לא ראה מעולם, היושבים באולימפוס בעומק האור המסנוור של

שמי התכלת. האלים הללו בחרו להציג בפניך את מעלליהם וגבורתם, לא בעלילות גבורה, לא באמצעות אכילס המסתתר באוהל, אלא בדרך המשונה הזו של פעילות טריביאלית של אכילה, הדחת הכלים, ריקון המאפרות, באמצעות סוחרים, נגרים, רצענים; אך כל סכסוך זעיר כמו נתז בוץ הוא עלילה עמוקה ועוצרת נשימה. בפניך הגורל והמוות, התקווה והייאוש המעמידים פנים של מועדון־קלפים תמהוני. מתחת לשולחנם של תשעת האנשים הללו, שלאחר־מכן מצרפים לשולחנם עוד אחד ועוד אחד, מתחבא הקלשון המשולש, ומקל הדיש החג מעל העולם מכה באקראי ושב ומתרומם כשהוא מגואל בדם ומתיז לבסוף את הדם ואת הכאב האנושי כשהטלת קוביה אתה יכולה להטביע את השכונה השלווה בים של אש וחורבן.

ביניהם אתה רואה את האיש הזה, השופט חיים כהן, בעל הראש הגדול והמחודד, ואתה אומר לעצמך כי מוח כמו שלו צריך מרחב גולגולת, מקום לקפוץ, להתגלגל, להעמיד פני חתול, נמר, כלב, חזיר, לטעום כל תאוה אנושית. שופט אינו נעשה שופט גדול בפעם אחת בתיק גדול, במשפט המעלה שאלות הרוח־גורל, אלא במהומת התיקים שעניינם פועלים, זמרים, זונות, כייסים, שודדים הסרי־מול. מפסק־דין לפסק־דין השופט חיים כהן הולך ומזדכך, קולו המהסס מאבד את הצרידות, הגמגום והחיקויים התפלים הדבקים בו, מתפשט לגמרי מקולו הרם והקצוב כנביחת הצרבוס של התובע הגדול, ואולי אפילו האינקביוטור הגדול, שהיה חיים כהן של שנות החמישים, עד אשר השופט פוצח בשירת מלאכים. אותם סכסוכים קטנים אינסופיים של "פשפיורקה כנגד פשפיורקה", ששופטי בית־המשפט העליון נדרשים להכריע בהם שוב־ושוב, דומים בעיני ליציאתו של הרון אל־ראשיד אל הרחובות ואל השווקים מתופש לקבצן או זמר־חוב, כדי להקשיב ללחן העם ולטרוניותיו; וכאשר הם חוזרים אל ארמון המלכות של העתירות המפוארות, הסכסוכים האזרחיים הרי־הגורל, התיקים הפליליים המעלים שאלות דקות מן הדק של כוונות פליליות המתחבאות בעיקולים הרחוקים ביותר של המוח הפלילי, הם מביאים אתם את הידע האנושי שנצבר מתוך המגע הבלתי־פוסק עם החצרות האחריות של המשפט. הרפורמה במערכת־המשפט שתסיר מבית־המשפט העליון את נטל התיקים הקטנים, את הדיון במרפסות שנסגרו בלא רשיון ותביא בפני השופטים העליונים רק את הקצפת המסוננת ביותר שבראשה הדובדבן אשר נקטף בעבודת־יד ביום הממוזג ביותר של השנה: זו מובלת לבית־המשפט העליון על־ידי עורכי־הדין הרכים והנוצצים כמו עגלים רכים, חזוכים לעיסוי ידני מאומן בכל יום למען יהיה בשרם נימוח בפה, יכלאו את קבוצת האנשים הזו בארמון קר ומרוחק וירחיקו מהם את האלים השובבים והאנושיים כל־כך הבוחרים להציג את עלילותיהם המפוארות ביותר בפסקי־הדין של כובענים כנגד חייטים. לא בפסק־דין אחד נכרתה הברית שבין השופט חיים כהן ובין החלש, הנרדף, פסול־החיתון, הממזר, הערבי. הגיתוק מן האריסטורקטיה ההגמונית שממנה בא היה הדרגתי, אך כשהגיע והתרחש היה מוחלט כל־כך עד שגם בביתו־שלו, בבית־המשפט העליון, נחשב השופט חיים כהן למיעוט והוא שכלל את קולו של המיעוט והפך אותו לקול הייחודי שלו. ספק אם ממרחק השנים אנו זוכרים פסק־דין כזה או אחר של השופט חיים כהן. זה גורלם של שופטים ועורכי־דין. העשייה היצירתית האנושית הענקית שלהם, שהושקעו בה חיים שלמים של משאבי רוח ודמיון יוצר, אשר יכולים היו להספיק לכתיבת

"מלחמה ושלום"; שהיה בה שכלול הכרת האנושי שהכשיר אותם לכתוב את המלט, הכרת הטרגיות של החולף בלא שוב של המלך ליר - כל אלה נקברים בלא שוב בפסקי-הדין שאיש אינו שב וקורא בהם. אך השופט חיים כהן, יהי זכרו ברוך, העלה לדרגת אמנות-מופת את חוכמת המיעוט, המיעוט הבטוח בעצמו, המגייס עוצמה מוסרית מן התרבות האוניברסלית, המיעוט המתגרה ברוב ואינו נכנע לו, האירוני כלפי עצמו, האופטימי עד כדי שכרון חושים. אני רוצה להאמין כי יצירת-המופת הזו ממשיכה להזין את דמיונם של שופטים מרדנים וחדשנים מבית-המשפט העליון ועד לאחרון השופטים הנודדים בין רמת-הגולן לצפת, נוסכת בהם אומץ וממלאה את רוחם בתאוה אינטלקטואלית הנוגסת בבשר החי.

