# השופט חיים ה' כהן

## לכבודו

## במלאת לו 85 שנים

פרקליט המדינה: 1948-1950

מנכ"ל משרד המשפטים: 1949-1950

היועץ המשפטי לממשלה: 1950-1960

שר המשפטים: 1952

שופט בית-המשפט העליון: 1960-1981

nevo.co.il

# השופט חיים ה' כהן: פרקליט, יועץ, שופט, חוקר ומורה־דרך

אהרן ברק*

אם יש גאונות במשפט – חיים כהן הוא גאון במשפט. זאת, לא רק משום שכך היה מכנה אותו הנשיא זוסמן ("הגאון ר' חיים הכהן"), אלא משום שיש בו, בחיים כהן, אותו ניצוץ העושה את יצירתו הרוחנית למקורית ובעלת מופת לדורות. אכן, חיים כהן הוא יחיד בדורו. השכלה כללית רחבה והשכלה משפטית מקיפה מייחדים אותו. שליטה במשפט השוואתי מאפיינת אותו. אהבה רבה למשפט העברי ובקיאות רבה ברוזיו היא נחלתו. התמחות בתחומים רבים – ובהם קרימינולוגיה, זכויות אדם, יהדות ונצרות – היא חלק מאישיותו. אך מעל לכל – מחשבתו המקורית, הפורצת מסגרות קיימות, והמבקשת לקדם אותנו לחברה טובה יותר. דוגמא יפה לכך הוא אחד מפסקי־הדין שנתן חיים כהן עם תחילת דרכו בבית־המשפט העליון. באותה פרשה הוציאה רשות ציבורית תקנות בלא לפרסמן ברשומות. היא סמכה עצמה על היתר שניתן לה לכך בחקיקה ראשית. השופט חיים כהן לא הסתפק בקביעה כי בנסיבות אותו עניין החקיקה הראשית לא איפשרה מתן תוקף לחקיקת משנה בלא שואת תפורסם, אלא הוסיף:

> כל מעשה תחיקה, ולעניין זה אין נפקא מינה אם הוא חוק או מעשה חקיקת משנה, טעון פרסום ברבים... ואפילו אם יש בחוק הוראה מפורשת הפוטרת אותו מעשה־תחיקה מפרסום ברשומות. אין חוקי סתר במדינת ישראל. כשקיימת הוראת בחוק הפוטרת מעשה־תחיקה מפרסום ברשומות, מותר שלא לפרסמו ברשומות, אבל אין זאת אומרת שמותר שלא לפרסמו כלל. חקיקה הנעשית בסוד והנשמרת בגנזי נסתרים, היא אחד מסימני ההיכר של שלטון טוטליטרי, והיא אינה עולה בקנה אחד עם שלטון החוק.[1]

זוכר אני כי שעה שקראתי דברים אלה – בתחילת דרכי במשפט – הם עוררו בי תמיהה. אם חוק קובע במפורש שאין לפרסמו, האם ניתן לטעון ברצינות כי הוא לא יהא תקף אם לא פורסם? רק עם חלוף השנים, התבהרה עמקותו ומקוריותו של קטע זה. יש בו הכרה בעקרונות יסוד המנחים את התחיקה, ואשר החקיקה של מדינה דמוקרטית חייבת לקיימם. גישה דומה לחקיקה ניתן למצוא ברשימה אשר כתב חיים כהן מספר שנים לאחר מכן. מאמרו זה עוסק במידת נאמנותו של הפרשן לחוק. בכל הנוגע למחוקק דמוקרטי,

---

* נשיא בית־המשפט העליון.

1. ע"א 421/61 מדינת ישראל נ' האז, פ"ד טו 2193, 2204.



nevo.co.il

השופט נאמן לא רק ללשונו של החוק ולרוחו, אלא גם לרוחו של המחוקק. בהקשר זה כותב חיים כהן:

> יש והחוקה אשר בה מעמידים את המחוקק, שהוא מחוקק־צדק, הופכת לניצחת (et de jure praesumptio iuris), ואף הוא עצמו אין בכוחו להזימה; ואז חב לו השופט הובת נאמנות במחוקק־צדק, יהיו אשר יהיו חוקיו.[2]

אף על דברים אלה, זוכר אני, תמהתי בשעתו. שאלתי: כיצד זה רשאי שופט להתעלם מדבר המחוקק בפרשו את לשונו? ואף כיום הדברים אינם פשוטים. יש בהם אותה מקוריות נפלאה של חיים כהן, אותה תעוזה ועוצמה, אשר רק יחידי סגולה כחיים כהן מסוגלים לה.

תרומתו של חיים כהן למשפט בכלל ולמשפטה של ישראל בפרט, היא רב־גונית. ראשית, הוא תרם רבות בעשייה לפני הקמת המדינה ובראשית צעדיה לאחר הקמתה – כפרקליט המדינה וכיועץ המשפטי השני שלה. בעשר השנים בהם כיהן כיועץ המשפטי לממשלה הוא הניח את היסוד לתפקיד זה בממשל הישראלי. הוא קבע את דפוסי החקיקה והשפיע רבות על תוכנה וצורתה; הוא ייצג את ישראל בפני גורמים בינלאומיים; ביצר את שלטון החוק בישראל. שנית, כשופט בית־המשפט העליון הוא העשיר את הפסיקת הישראלית בפסיקתו. הוא קידם את זכויות הנאשם. הוא תרם תרומה חשובה לפיתוח המשפט החוקתי הישראלי, לביסוס תורת העגישה בישראל, להגדרת היחסים בין הפרט והכלל ולהכרה בזכויות האדם והאזרח. שלישית, בכתיבתו המדעית הוא העשיר את משפטה של ישראל בעושר שאין שני לו. בספריו וברשימותיו הוא פתח צוהר בפני הקורא הישראלי למקורות המשפט העברי, לחכמת הפילוסופיה המערבית ולחשובי הוגיה. הוא קירב את הקורא הזר אל משפטה של ישראל. תרומתו המדעית חורגת מעבר לגבולותיה של מדינת ישראל. רבים ממאמריו נכתבו (או תורגמו) לשפות זרות. הם תרמו לפיתוח תורת המשפט, להבנת היהדות ויחסה לנצרות, ולקידום זכויות האדם בכל אתר ואתר.

לפני חמש־עשרה שנה – בהגיעו לגיל שבעים – פרש חיים כהן מבית־המשפט העליון. נפתח פרק חדש בחייו. הוא הקדיש עצמו לעבודה מדעית. משתוסרה עולה של העבודה השיפוטית, נתפנה חיים כהן לכתיבה מדעית.** יצא לאור ספרו המשפט (תשנ"א). פורסמו עשרות מאמרים מפרי עטו על המשפט העברי, הפילוסופיה של המשפט, פרשנות במשפט וזכויות האדם.

---

2. ח' כהן, "פרשנות נאמנה – תלתא משמע", משפטים ז (תשל"ח) 5, 9.

** הערת המערכת: בשנת תשנ"ב יצאו לאור שני ברכים של מבחר כתבים מאת חיים ה' כהן, האחד בעברית והשני באנגלית (בעריכת א' ברק ור' גביזון). בכרך העברי הופיעה (בעמ' 613) רשימה של 207 פרסומים מאת חיים כהן, וכן (בעמ' 623) רשימה של ארבעה ספרים שהוצאו לכבודו. מאז פורסמו מאמרים נוספים מפרי עטו של השופט חיים כהן, אחדים מהם במשפט וממשל.



nevo.co.il

לחיים כהן סגנון כתיבה משלו. העברית שלו עשירה וקולחת. כתיבתו ממזגת מהקר השוואתי עשיר עם צעידה עצמאית ומהירה לעבר היעד אותו ביקש להציב. כהן הוא נביא מוכיח בשער – על ניתוקנו ממקורותינו ועל ניתוקו של המשפט העברי מאתנו; על זכויות האדם שאנו מפירים ועל זכויות האדם שאיננו מפתחים; על תוסר הסובלנות ותוסר הסבלנות המאפיינים אותנו; ועל טעויות שאנו טועים בפסיקתנו.

עתה מלאו לו לחיים כהן שמונים וחמש שנים, אך דומה שהוא הצעיר שבחבורה. חוזר אני וקורא את פסקי־דינו, ספריו ורשימותיו – ומכולם מבצבצת רעננות מחשבתו, תעוזת רעיונותיו ומקוריותו. יחיד ומיוחד הוא חיים כהן – בעשייה הציבורית, בשפיטה ובמחקר המשפט. יחיד ומיוחד הוא חיים בהן – באיש משפחה, כחבר, כעמית לשיפוט, כמורה וכהוגה. יחיד ומיוחד הוא חיים כהן – כמי שתורג מהמוסכמות, כמי שרעתו לעתים היא דעת יחיד, כמי שמטיף בשער וכמי שקורא תגר על מציאות חיינו הציבוריים. יחיד ומיוחד הוא חיים כהן. אין שני לו.



nevo.co.il