

השופט חיים ה' כהן: האיש והרוח¹

יצחק זמיר*

- א. מבוא: על האיש
- ב. על דת ועל דין
- ג. על דין ועל צדק
- ד. סוף דבר

א. מבוא: על האיש

על חיים כהן שמעתי הרבה עוד לפני שראיתי אותו. ראיתי אותו וקראתי את דבריו הרבה לפני שהכרתי אותו. ורק בערוב ימיו, לאחר שפרש מבית המשפט העליון, התקרבותי אליו וזכיתי להכיר אותו, כאדם ולא רק כמוסד. לראשונה שמעתי על חיים כהן כאשר הייתי סטודנט בפקולטה למשפטים של האוניברסיטה העברית בירושלים. חיים כהן היה אז היועץ המשפטי לממשלה. סטודנטים למשפטים היו דנים בינם לבין עצמם, בהפסקות שבין השיעורים ובארוחות במסעדת הסטודנטים, בהחלטות שחיים כהן קיבל. היו בהן לא מעט החלטות שעוררו בקרב הציבור עניין רב, שאלות וגם ביקורת. למשל, ההחלטה של חיים כהן להגיש לבית המשפט תביעה בגין לשון הרע כדי להגן על קסטנר שהואשם, בעלונים שנכתבו והופצו בחוצות ירושלים, בשיתוף פעולה עם הנאצים. התביעה התפתחה למשפט מסעיר על תפקוד המנהיגות של יהדות הונגריה בעת השואה. שמו של קסטנר הוכפש. לאחר המשפט קסטנר נרצח בידי יהודי. הפרשה הייתה שיחת היום במשך תקופה ממושכת. בין היתר הועלתה השאלה אם ראוי שהיועץ המשפטי לממשלה יביא נושא מורכב וכואב זה בפני בית המשפט? החלטה

* שופט (בדימוס) בית המשפט העליון. אני מבקש להודות לגב' מיכל זמורה-כהן, רעייתו של השופט חיים ה' כהן המנחה, לשופט אהרן ברק, נשיא בית המשפט העליון, ולפרופסור רות גביון, מן האוניברסיטה העברית בירושלים, על הערות מועילות לטיוטת הרשימה.

1 הנוסח המלא של רשימה זו עוסק גם בגשתו של חיים כהן לנושא של "ביטחון המדינה וחכיות אדם", והוא כלול במבוא לאוטוביוגרפיה שראתה אור זה עתה בהוצאת דביר: ח' כהן מבוא אישי: אוטוביוגרפיה (הוצאת דביר, תשס"ה).

אחרת של חיים כהן הורתה למשטרה ולפרקליטות להימנע מחקירה ומתביעה בגין יחסים הומוסקסואליים בין מבוגרים בהסכמה ובצנעה, אף יחסים כאלה היו (אותו זמן) עברה פלילית חמורה. הדעות נחלקו: האם נכון וראוי שהיועץ המשפטי לממשלה, המופקד על קיום החוק, יוציא הוראה שבפועל מאיינת את החוק?

חיים כהן, היועץ המשפטי לממשלה, היה מקובל על השלטון. השמועה אמרה שהוא יועץ וקרוב אצל דוד בן-גוריון, אבי המדינה, ראש הממשלה, המנהיג המוחלט. מצד אחד, היה בכך כדי להוסיף לחיים כהן הילה של חשיבות וכבוד. מן הצד השני, הוא היה חשוד אצל אישים וחוגים שלא שותפו בשלטון. הם טענו נגדו שהוא עושה במשרתו כדי לרצות את השלטון, ובכלל זה הוא מוכן גם לכסות על שרירות ועל עוול. דבר אחד היה, כמדומה, מוסכם על הכול: חיים כהן נתפס כדמות מיוחדת, רחוקה משגרה, חשובה ומשפיעה, ועם זאת שנויה במחלוקת.

עברו שנים אחדות עד שראיתי את חיים כהן. הוא היה גבוה ורחב. לא ניתן היה להתעלם מן הנוכחות שלו. היה לו ראש גדול, אפשר לומר ראש משונה, ועליו קרחת גדולה שהייתה מתחדרת כלפי מעלה, כאילו היא מתריסה כלפי עולם ומלואו. הפנים שלו היו מדברות גם כשהיה שותק. הן היו לובשות צורה ופשוטות צורה, בתנועות והעוויות, כשהן מביעות פליאה, או כעס, או שמחה, או כל רגש אחר. אפשר היה לראות, גם בלי לשמוע, מה הוא חושב ומה הוא חש. העיניים היו בוחנות, סקרניות, כאילו מתגרות. הפנים לא היו יפות כלל; אך הן היו מרשימות מאוד. הוא הילך קסם רב על סביבותיו.

ראיתי אותו לראשונה לאחר שסיימתי את לימודיי בפקולטה למשפטים והתחלתי התמחות אצל השופט יואל זוסמן בבית המשפט העליון. במסגרת ההתמחות היה עלי לשבת מפעם לפעם באולם בית המשפט, ליד שולחן קטן לפני דוכן השופטים, כמזכיר בית המשפט. יום אחד, כשאני יושב כמזכיר בית המשפט, הופיע חיים כהן, היועץ המשפטי לממשלה, לטעון בשם המדינה בתיק מסוים. חיים כהן הופיע הרבה בבתי המשפט, הן כפרקליט המדינה והן כיועץ משפטי לממשלה, לא בהכרח בתיקים בעלי חשיבות מיוחדת, ולעתים אף בפני בתי משפט נמוכים. הוא הודה שאהב מאוד את המתח והאתגר הכרוכים בהתדיינות שיפוטית. הייתה לו סיבה טובה לאהוב את ההתדיינות, שכן הוא היה מתדיין מבריק ומצליח. באותו תיק, אף שאיני זוכר מה היה עניינו, זכורה לי ההופעה של חיים כהן. היא הייתה יוצאת דופן. עד אז, וגם לאחר מכן, ראיתי עורכי דין רבים טוענים בפני בית המשפט. הם עומדים במקומם וטוענים "בכל הכבוד הראוי". חיים כהן, רק התחיל לטעון, יצא ממקומו מאחורי דוכן עורכי הדין, תקע את אגודליו בחגורה, והתחיל צועד לפני דוכן השופטים הלוחך ושוב לרוחב האולם, כשהוא משמיע את טענותיו, כדרכו, בקול רם ונחרץ. הוא הפגין ביטחון עצמי רב. זכור לי שחשבתי באותו מעמד כי הוא נוהג בחוצפה. אך השופטים, שקרוב לוודאי לא היו מרשים לאף

עורך דין אחר לטעון כשהוא צועד בפניהם הנה והנה, לא העירו לחיים כהן דבר וחצי דבר עד שגמר לטעון וחזר לשבת במקומו. ברור היה, לכל מי שנכח באותו מעמד, כי חיים כהן אינו ככל האדם, גם בעיני בית המשפט. האם רק משום שהיה היועץ המשפטי לממשלה?²

לאחר עשר שנות כהונה במשרת היועץ המשפטי לממשלה – התקופה הארוכה ביותר בה כיהן אדם במשרה זאת – נתמנה חיים כהן, בשנת 1960, למשרת שופט בבית המשפט העליון. הוא התבלט בין השופטים מבחינות שונות. השופט יואל זוסמן, ידידו הטוב, היה קורא לו בחיבה "הגאון". היה לו תמיד הספק עצום. פסקי הדין כאילו זרמו מתחת ידו ללא מאמץ וללא שיהוי. והם היו תמיד מנוסחים בלשון צחה, כמעט נמלצת, שאצל כל שופט אחר הייתה נראית מאולצת, ואילו אצלו נראתה טבעית לגמרי, חלק מאישיות מיוחדת.

המיוחדות שלו באה לידי ביטוי בולט בדעות המיעוט שכתב. הוא לא נרתע ממעמד של שופט בודד המשמיע קול חריג. עד מהרה יצא לו שם של שופט מיעוט. אכן, דומה שלא היה עוד שופט כמותו שמצא עצמו לעתים קרובות כל כך במיעוט. אך הוא לא ראה בכך חיסרון או כישלון. להפך, הוא פיתח לעצמו תורה בדבר החשיבות של דעות מיעוט לפיתוח המשפט.³ לא פעם נראה שהוא שמח לנצל את האפשרות לכתוב דעת מיעוט כדי להישאר נאמן לעקרונות ולערכים, כמו שלטון החוק או השאיפה לצדק, גם כאשר שופטים אחרים ראו עצמם נאלצים להתפשר עם עקרונות וערכים בשל אילוצים של המציאות או בשל התנגשות עם אינטרסים אחרים. פעם אמר כך: "תמיד החשבתי, ועדיין אני מחשיב, את פסקי הדין שבהם הבעתי דעת מיעוט, הרבה יותר מאשר את כל פסקי הדין האחרים שכתבתי".⁴ אדם מן הצד יכול היה להתרשם שחיים כהן אפילו נהנה מעצם הפולמוס שדעת מיעוט שלו מעוררת, כאילו לפולמוס יש ערך בפני עצמו, אף ללא קשר לשאלה איזוהי

2 לאחר זמן נתברר לי שכך נהג חיים כהן גם כאשר היה מופיע כעורך דין פרטי בפני בית המשפט העליון בתקופת המנדט. השופט (בדימוס) גבריאל בך מספר שפעם אחת, כאשר עו"ד חיים כהן היה טוען בפני שופט בריטי, בעוד הוא צועד הלך ושוב בפני כס השופט, העיר לו השופט לאמור: "Whenever I look at you, you aren't there!". ראו ג' בך "השופט חיים כהן ז"ל" ספר זכרון לחיים ה' כהן (מ' שאוה עורך, תשס"א, כרך ג) 57.

3 הפרק הבא באוטוביוגרפיה, שחיים כהן התכוון לכתוב ולא הספיק, היה אמור להציג את עמדתו של חיים כהן לגבי דעות מיעוט בפסקי דין. בשעתו יצא חיים כהן במאמר ביקורת חריף על פסק דין של בית המשפט העליון שנמנע מלבטל החלטה שהממשלה קיבלה בשנת 1992 לגרש מן הארץ למעלה מארבע מאות ערבים, תושבי יהודה ושומרון, שנחשדו בפעילות עוינת. ראו בג"ץ 5973/92 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' שר הביטחון, פ"ד מז(1) 267. אתר הדברים שהרתיחו את חיים כהן הייתה העובדה שפסק הדין, שלא היה נקי מקושי, ניתן פה אחד על ידי הרכב של שבעה שופטים. ראו ח' כהן "גירוש כהלכה" משפט וממשל א (תשנ"ג) 471. בריאיון עיתונאי אמר: "את זאת אינני יכול לקבל. בעניין מכריע שכזה הייתה דעה אחידה של כל שופטי בית המשפט העליון? הדבר איננו מתקבל על הדעת [...] אין דעת-מיעוט?". כהן, לעיל הערה 1, בע' 411.

4 ח' כהן חיים כהן – שופט עליון, שיחות עם מיכאל ששר (1989) 196.

הדעה הנכונה. פעם, בשנת 1980, פגשתי את חיים כהן במסיבה שנערכה בבית פרטי, יום אחד לאחר שניתן פסק הדין בג"ץ 320/80 קוואסמה נ' שר הביטחון⁵. באותו מקרה דן בית המשפט העליון בחוקיות החלטתה של המפקד הצבאי באזור יהודה ושומרון לגרש מן הארץ, בעקבות הרצח של שישה מתושבי בית הדסה שבחברון, את ראש עיריית חברון, את האימאם של מסגד בחברון ואת ראש עיריית חלחול. הרצח עורר סערת רגשות וזעם רב, ודעת הציבור הייתה נחרצת שהכרח הוא לנקוט תגובה חריפה. אכן, הגירוש כוצע באופן מידי, בלי שניתנה למגורשים הזדמנות להשימע את טענותיהם בפני ועדה מיעצת, כנדרש על פי דין. כל השופטים הסכימו כי הגירוש לקה, מטעם זה, בפגם משפטי. אולם הנשיא לנדוי והשופט יצחק כהן היו בדעה כי פגם זה יבוא על תיקונו אם המגורשים יוחזרו ארצה לצורך שימוע בפני הוועדה. לפיכך, ובהנחה שכך יהיה, הוחלט לדחות את העתירה נגד הגירוש. אך השופט חיים כהן, בדעת מיעוט, אמר כי הפגם בהחלטת הגירוש היה חמור, כי השימוע המאוחר לא יוכל לבוא במקום השימוע המוקדם, כפי שהדין דורש, וכי משום כך החלטת הגירוש פסולה. לכן, לדעתו, יש לקבל את העתירה ולבטל את החלטת הגירוש. בפסק הדין שלו אמר חיים כהן דברים שגם היום יש להם מקום, כפי שהיה להם כשנאמרו לפני שנות דור. וכך אמר:

"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"⁶.

פסק הדין של השופט חיים כהן היה, לא רק יפה, אלא גם אמיץ, נוכח הסערה הציבורית שהרצח בחברון עורר. לכן, כאשר פגשתי אותו למחרת היום, שאלתי אותו אם היה נותן אותו פסק דין, ובכלל זה מבטל את החלטת הגירוש, אילו ידע שהוא כותב, לא דעת מיעוט, אלא את פסק הרוב. הוא צחק וירה תשובה: "כמובן שלא". ואני שאלתי את עצמי: האומנם?

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

6 שם, בע' 132. ראו גם את פסק הדין של השופט חיים כהן בג"ץ 698/80 קוואסמה נ' שר הביטחון, פ"ד לה (1) 617. פסק דין זה ניתן לאחר שהמגורשים הוחזרו ארצה לצורך שימוע בפני הוועדה, והוועדה החליטה, לאחר השימוע, לאשר את גירושם מן הארץ. הנשיא לנדוי והשופט יצחק כהן החליטו לדחות את העתירה נגד הגירוש, אך השופט חיים כהן, שנותר אף הפעם בדעת מיעוט, אמר כי לדעתו יש לקבל את העתירה ולבטל את החלטת הגירוש, כיוון שעל פי המשפט הבינלאומי אין למפקד הצבאי סמכות לגרש תושב מן הארץ.

רק לאחר שחיים כהן פרש מבית המשפט העליון, בשנת 1981, התחלתי לבקר אותו בביתו, ומפעם לפעם לצאת עמו לטיול ברחובות הסמוכים לביתו. באותן שנים הוא כבר היה אדם חולה. כלשונו, לבו בגד בו. הוא לקה בהתקפי לב פעמיים אחדות, ולא פעם ניצל ממוות כמעט בנס. הסוף ארב לו כל יום. הוא התרגל לחולשה גופנית ולתחושת הסוף. אך כל זה לא החליש כלל את החיוניות שלו. הוא נותר כל ימיו ערני, סקרן, חושב, מעורב, מצפוני ופעיל כפי שהיה.

סדר היום של חיים כהן היה בנוי סביב מחקר וכתבייה. הוא הרבה לקרוא, לכתוב ולפרסם בתחום המשפט ובתחומים אחרים, בעניינים שעל סדר היום הציבורי ובנושאים שאין להם זמן ומקום. במקביל, הוא נתן ידו גם לפעילות ציבורית ענפה. הוא כיהן כנשיא האגודה לזכויות האזרח בישראל, נשיא הארגון הבינלאומי של משפטנים יהודים, חבר במועצה הבינלאומית של משפטנים, ויושב ראש או חבר בגופים נוספים בישראל ומחוצה לה. כאות הוקרה על פעילותו ועל הישגיו הוא זכה לפרסים ותוארי כבוד, ובהם פרס ישראל, תוארי דוקטור לשם כבוד מן האוניברסיטה העברית בירושלים, מאוניברסיטת תל-אביב, ממכון ויצמן למדע ומאוניברסיטאות נוספות מחוצה לישראל.

בשנים האחרונות הוא העדיף להקשיב ומיעט לדבר. כאשר דיבר, מה שאמר היה מרשים. היו לו אופק רחב מאוד, ידע עצום בתחומים שונים, ניסיון חיים עשיר, מחשבה מהירה ודעות ברורות. ניכר היה שיש לו עקרונות יסוד שהנחו אותו בכל מה שאמר ועשה, והוא ידע לנסח את דבריו בלשון בהירה ותוכנית. הוא הפגין ביטחון עצמי. אולי בשל כך נראה היה שאין לו התלבטות או ספקות. לא פעם נדמה היה כי יש לו תשובה מוכנה, שכאילו ממתינה בקוצר רוח לשאלה. כאשר באה השאלה, מיד יצאה התשובה. זכורני שפעם, כאשר טיילתי עמו ברחובות ירושלים, סיפרתי לו שאני עסוק בכתבת מאמר שבו אני מציג, בין השאר, את המשפט הגרמני שקבע עילה של פרופורציונליות לצורך ביקורת שיפוטית על החלטות מנהליות, ומביע דעה שראוי לאמץ עילה כזאת גם במשפט הישראלי. לא ידעתי כיצד לתרגם פרופורציונליות לעברית. היה כבר מי שהציע תרגום: יחסיות. אך התרגום לא נראה בעיני. שאלתי את חיים כהן: מה אתה מציג? והוא השיב באופן מידי ונחרץ: מידתיות. אכן, תרגום פשוט ויפה, כמעט מתבקש מאליו. שמעתי, קיבלתי וכך כתבתי⁷. מאז, המידתיות היכתה שורש, לא רק בתורת המשפט, אלא גם בשפת הרחוב⁸.

7 ראו "זמיר" המשפט המינהלי של ישראל בהשוואה למשפט המינהלי של גרמניה" משפט וממשל ב (תשנ"ד) 109. ראו גם ד' סגל "עילת העדר היחסיות (disproportionality) במשפט המינהלי" הפרקליט לט (תשנ"א) 507.

8 השליטה של חיים כהן בעברית הייתה מפליאה; החשיבות שהוא ייחס לעברית הייתה עצומה; ומכאן גם נבעו הצבעוניות והחדשנות שאפיינו את העברית שלו. לאחר זמן למדתי לדעת שהוא היה מי שהציע (או המציא) את הביטויים סביר וסבירות, שכיום קשה לתאר את תורת המשפט (ואפילו את שפת הרחוב) בלעדיהם.

חיים כהן היה מוכן ומזומן לתת פומבי לדעותיו בענייני ציבור, במיוחד בענייני שלטון תקין, זכויות אדם וצדק חברתי. הוא אפילו ראה עצמו מחויב מבחינה חברתית להשמיע את קולו כל אימת שסבר כי יש צורך להתריע על תקלה או להזהיר מסכנה. לא פלא שהוא נעשה, לאחר שפרש מבית המשפט, מוקד עלייה לרגל. הדריו והטלוויזיה חזרו אחריו ושמו לראיין אותו. קולו, דמותו ודעותיו נעשו, כביכול, בני בית אצל רבים. אנשים רבים מרחבי הארץ, לא פעם אנשים שלא הכיר כלל, היו מתקשרים אליו ומבקשים לשטוח בפניו בעיות אישיות או שאלות עקרוניות. הוא היה נוהג להשיב להם בכתב ידו היפה או לקבל את פניהם בביתו. לתשובות שנתן הייתה סמכותיות נדירה שנבעה לא רק ממעמדו אלא גם מאישיותו. אנשים נטו לאמץ את דבריו ולהסתמך עליו. אם יש רבי חילוני, דומה לרבי של חסידים, חיים כהן היה רבי כזה.

ב. על דת ועל דין

נושא מרכזי, שלא הרפה מחיים כהן מאז עמד על דעתו, הוא נושא הדת. אין תמה שהוא הקדיש לנושא זה מקום נכבד באוטוביוגרפיה שלו.

חיים כהן נולד, אם אפשר לומר כך, אל תוך הדת. הוא נולד בגרמניה בשנת 1911 למשפחה עם ייחוס רבני מפואר. ניתן לו, כמקובל, שם גרמני לשימוש יומיומי: הרמן. הוא קיבל, כמובן, גם שם יהודי לצורכי קדושה: חיים. המתח בין הרמן לבין חיים היה טבוע בו מילדותו וליווה אותו במשך שנים רבות.

בילדותו, בעיר ליבק, למד תורה מפי סבו, שלמה קרליבך, שהיה רב וגדול בישראל. ואף שאביו לא היה רב, אלא בנקאי עשיר בעיר המבורג, משפחתו קיימה אורח חיים דתי. במונחים של היום אפשר לומר כי הוא גדל במשפחה חרדית. המשפחה קיימה את מצוות הדת, קלה כחמורה, לא כמצוות אנשים מלומדה, אלא מתוך אמונה שלמה באלוהים ומסירות רבה ליהדות. חיים כהן, כילד ונער, הלך בתלם. כילד הוא למד בתלמוד תורה; כנער הוא כיהן כיושב ראש צעירי אגודת ישראל בגרמניה; כשהתבגר נסע, בגיל שמונה עשרה, ללמוד תורה בישיבה של מרכז הרב בירושלים. אותו זמן רצה להיות, והאמין שיהיה, רב בישראל.

עם זאת, הדת לא מילאה את כל עולמו. בצד העולם הדתי הוא חי את העולם החילוני. למשפחתו היו שורשים עמוקים בהווה הגרמנית. כפי שהיה רגיל במשפחות יהודיות רבות שחיו בגרמניה בתחילת המאה העשרים, גם משפחתו ביקשה להידמות באורח החיים למשפחות גרמניות. היא הייתה חדרורה רוח לאומית של אהבה ומסירות למולדת הגרמנית והעריצה את התרבות החילונית של גרמניה: ספרות, תאטרון, מוזיקה וגם הליכות ונימוסים. תורה עם דרך ארץ. התרבות הגרמנית נמזגה יחד עם התרבות היהודית לכלי אחד. התרבות יצרה יהדות מיוחדת במינה, שגם אם הייתה מבוססת על אמונה דתית ושמירת מצוות, הייתה

פתוחה וסובלנית, משכילה ותרבותית, מחשיבה מצוות שבין אדם לחברו לא פחות מאשר מצוות שבין אדם למקום.

חיים כהן, כילד וכנער, ספג תרבות זאת. כנער למד בגימנסיה עירונית עם ילדי גויים. הוא המשיך ללמוד, במשך שנה אחת, באוניברסיטה של מינכן: פילוסופיה, שפות ומשפטים. לאחר שנסע לירושלים, ולמד קרוב לשנתיים בישיבת מרכז הרב, חזר לגרמניה והשלים את לימודי המשפטים באוניברסיטה של פרנקפורט⁹. השילוב בין העולם הדתי לבין העולם החילוני נראה מופלא. חיים כהן הצליח לגשר על פני הפער בין שני העולמות. הוא חש כי הוא נמצא בבית גם כאן וגם כאן.

אף על פי כן, דומה כי חיים כהן לא ייחס לעולם החילוני, כל השנים שחי בגרמניה, אותה חשיבות שייחס לעולם היהודי. העולם היהודי שלט באמונה ובתחושה, היה פנימי ועמוק יותר, ולכן גם קבע את ההשתייכות הראשונית: העם היהודי. העולם החילוני היה חיצוני ורדוד יותר, כמו מעטפת, והוא בא לידי ביטוי בעיקר באורח החיים. כאשר חיים כהן חש צורך להכריע בין שני העולמות, הוא לא היסס — בשנת 1933, והוא בן עשרים ושתיים, עזב את גרמניה, עם אשתו אלזה, והתיישב בירושלים. חיים גבר על הרמן. הוא חי בירושלים כיהודי דתי, מקפיד על כל המצוות, אם כי, כמו רוב העולים מגרמניה, היה נוהג בגינונים גרמניים ונודף תרבות אירופית. הוא המשיך לקרוא וללמוד פילוסופים גרמנים והוגי דעות אחרים. הוא המשיך לחיות, גם בארץ ישראל, בשני העולמות: הדתי והחילוני. נראה היה שהם משלימים זה את זה.

שלמות זאת נסדקה לאחר זמן דווקא בירושלים עיר הקודש. חיים כהן מעיד על עצמו שהאמונה באלוהים החלה להתערער בלבו בסוף שנות השלושים. הפער בין העולם הדתי לבין העולם החילוני הלך וגדל תוך כדי קריאה בספרות "אסורה", בייחוד שפינוזה ואחרים שכפרו בעיקר, ותרמו לתהליך של התערעורת האמונה. אך, פרט לכך, נראה כי התהליך של כפירה נבע באופן טבעי, כמעט בהכרח, מתוך האישיות של חיים כהן. קודם כול, כוח ההיגיון ששלט בו, וחוש הביקורת המפותח שלו, הובילו אותו אל המסקנה שאין אלוהים. ליתר ביטחון, כיוון שאין הוכחה חותכת לכך שאין אלוהים, הוא הצהיר על עצמו שאינו אתאיסט אלא אגנוסטיקן: ככל הנראה אין אלוהים. על פי תפיסתו, התאוריות המקובלות להוכחת קיומו של אלוהים אינן עומדות במבחן ההיגיון, ותכונות שונות המיוחסות לאלוהים,

9 חיים כהן הספיק גם לכתוב עבודת מחקר על המתודולוגיה של המשפט התלמודי לקבלת תואר דוקטור מאוניברסיטת פרנקפורט, הגיש את העבודה לאוניברסיטה ואף שילם לה את דמי הבחינה. אך עלייתו של היטלר לשלטון שיבשה את התכניות, וחיים כהן עלה לישראל עם אשתו, בשנת 1933, בלי לעמוד לבחינה בעל פה וללא תואר דוקטור. לאחר הקמת המדינה קיבל חיים כהן מכתב מאוניברסיטת פרנקפורט, שבו נאמר שהם מצאו בגנון האוניברסיטה את עבודת הדוקטור שלו, וכיוון שהוא כבר שילם בשעתו את דמי הבחינה, הוא מוזמן להתייצב לבחינה כדי לקבל את תואר הדוקטור. חיים כהן ויתר על הכבוד. ראו כהן, לעיל הערה 4, בע' 52.

כמו נצחיות חוקיו, אינן מתקבלות על הדעת. ודי בכוח ההיגיון כדי לערער את האמונה.¹⁰

אך, לדבריו של חיים כהן, היה גורם נוסף, נכבד וכבד לא פחות מכוח ההיגיון, שגרם לו לאבד את האמונה באלוהים, והוא חוש הצדק. שהרי אם יש אלוהים, חוקי האלוהים צריכים להיות צודקים, ואם אלוהים מפקח על מעשי אדם, כך גם צריכה להיות המציאות. אך עיניו נפקחו לראות כי לא כל החוקים צודקים וכי המציאות סובלת עוול נורא. לפיכך, הוא אומר, "האמונה בתורה משמיים נתערערה בי בעצם מתוך אמונה באלוהי הצדק [...] לא יכולתי להשלים עם האי-צדק".¹¹ ההוכחה המכרעת באה לו לאחר שנים של התערערות האמונה — שואת העם היהודי במלחמת העולם השנייה. הגעתי למסקנה שאין אלוהים, כך אמר, שכן לא ייתכן שאלוהים יפקיר את עמו הנבחר להשמדה נוראית בידי צורר אכזר. איך אפשר ליישב טבח של מיליון ילדים יהודים עם קיומו של אלוהי צדק? ואם תאמר, אף על פי כן, שיש אלוהים, אין לי חפץ באלוהים שהיה עד לשואה האיזמה והשלים עמה באפס מעשה.¹² בהתמודדות שהתחוללה בנפשו של חיים כהן בין האלוהים לבין הצדק, הצדק גבר, כביכול, על האלוהים, ותפס מכאן ולהבא מעמד של בכורה בין הערכים.¹³

10 על התהליך שעבר מן הדתיות אל החילוניות אמר חיים כהן כך: "אני חושב שזאת חזרה בתשובה. אני עובדת את המיסטיקה והלכתי לרציונאליזם". ראו שם, בע' 148. ראו גם ח' כהן "אלוהים כפיקציה משפטית" מבחר כתבים: קציר עשור הגבורות — חיים כהן (א' ברק ור' גביון עורכים, תשס"א) 517.

11 כהן, לעיל הערה 1, בע' 122–123.

12 לעתים קרובות, כאשר חיים כהן נשאל מדוע ומתי איבד את האמונה באלוהים, הוא היה תולה את התשובה בשואה. כך, לדוגמה, השיב בתכנית הטלוויזיה "אלה הם חייך", שהוקדשה לחיים כהן ושודרה בערוץ הראשון. זוהי תשובה פשוטה ונוחה כדי להתנער מטרדנים, אך היא פשטנית וחלקית. אשתו, מיכל זמורה-כהן, כותבת באוטוביוגרפיה שלה כי היא מעולם לא קיבלה הסבר זה, שנראה לה פשטני ורדוד. היא מוסיפה: "ואולי, מי יודע, אין לו תשובת-אמת", מ' זמורה-כהן ופרטואר אישי (תשנ"ז) 299. באוטוביוגרפיה שחיים כהן כתב, הוא מבקש לתת את התשובה שלו, תשובה מורכבת המשתרעת על תאוריה, על היגיון ועל הרגש גם יחד, והיא משלבת את לקח השואה.

13 באוטוביוגרפיה שלו, חיים כהן נכנס לדיון תאולוגי ארוך ומפורט בשאלת הקיום האלוהי. ראו כהן, לעיל הערה 1, בע' 136–169. הוא מציג אחת לאחת את התאוריות שנועדו להוכיח את הימצאות האלוהים, ומיד הוא טורח להזים אותן אחת לאחת. הוא מוסיף ומציג כללים דתיים (כגון, מצוות הקרבנות וכללי הכשרות), ומצביע על חוסר ההיגיון שבייחוס כללים אלה לאלוהים. הוא טוען שקיום השואה אינו מתיישב עם הקיום של אלוהי צדק. הדיון הארכני הזה מתמיה. מדוע אין הוא מסתפק בקביעה תמציתית של העובדה שאמונתו נתערערה כשנוכח לדעת שעצם הקיום האלוהי, כפי שהוא מוצג על ידי הדת, אינו עומד במבחן ההיגיון או הצדק? נראה כאילו הוא מבקש, לא רק לספר על עצמו, אלא גם לשכנע את הקורא כי אין מקום להאמין בקיום האלוהי, וכי הוא הגיע לאחר מחקר ומחשבה למסקנה הנכונה. מכל מקום, מסתבר כי העובדה שהוא פתר לעצמו את שאלת הקיום האלוהי, לא הורידה את השאלה מסדר היום שלו. היא נשארה בעיניו שאלה מעניינת וחשובה, ולכן הוא ממשיך לעסוק בה עד סוף ימיו.

האם הרמן גבר על חיים? בהחלט לא. הרמן, שסימל את הגלות, נמחק מן השם, ומידעיו החלו לקרוא לו חיים. אך זה היה, כביכול, שם חדש: חיים כשם של חול, ביטוי להוויה ישראלית, ולא ביטוי של קדושה.

מכל מקום, חיים כהן הוריד את כיסוי הראש, הפסיק להתפלל וחדל לקיים מצוות אחרות. בחוגים הדתיים הוא נחשב מעתה כופר בעיקר, בוגד, אפיקורוס. אכן, אף חיים כהן ראה בעצמו אפיקורוס¹⁴. הוא לא ראה בכך גנאי. אך בחוגים דתיים יהודי כזה נחשב גרוע מיהודי שנולד וגדל בחיק החילוניות, ולא זכה מימיו בחסד האמונה ובהכרת המצוות.

אולם חיים כהן, אף שנעשה כופר בדת, לא נעשה כופר ביהדות. אדרבה, הוא נשאר נאמן ליהדות ככל שמדובר במורשת, בתרבות, בזהות. היהדות, גם אם פורקים ממנה את הדת, עדיין היא עגלה עמוסה. חיים כהן הכיר יהדות זאת מקרוב ומבפנים. לכן הוא לא היה מוכן לוותר על העושר הטמון ביהדות. להפך, נראה כי הפרדה מן האמונה הדתית חיזקה בו את הקשר למורשת היהדות. הוא לא הפסיק אף פעם, עד סוף ימיו, ללמוד ולשנות במקורות יהודיים. הידע העצום שלו בתורה ובפוסקים, ההערכה שלו לחכמי ישראל והרצון לעסוק בהם אף הלכו וגברו. המורשת היהודית הייתה בעיניו, לא רק עשירה בנכסי רוח שנצברו במשך דורות רבים, אלא גם יפה, מלאת חוכמה, שופעת ערכים של כבוד האדם, הגינות וחמלה. לא פחות חשוב, היא רלוונטית גם כיום. אפשר להיות גאים באוצר כזה. טעות ואף שטות היא להתעלם מהאוצר. המורשת היהודית, והספרות הדתית כעמוד תווך שלה, היא חלק מן התרבות הלאומית. לא צריך להיות אדם דתי כדי לשאוב מן המורשת היהודית חכמה וערכים ההולמים גם ימים אלה. באוטוביוגרפיה שלו כתב: "נמשכתי אחר תלמוד התורה והתפעלתי ממנו דווקא בשל אמונתי שאין זה מעשה ידי אלוהים, אלא מעשה בני אדם להתפאר — בני אדם שגאוניותם וחכמתם ומוסריותם ולשונם מפעמות מכל דף וכל שורה, וגם בני אדם שחולשותיהם האנושיות, אמונותיהם התפלות, משפטיהם הקדומים ומושגיהם הנחשלים מתגלים בהם בטבעיות וללא מעצורים"¹⁵.

אפשר לומר כי חיים כהן המיר את היהדות הדתית ביהדות ציונית או, כפי שלעיתים קרא לה, יהדות ישראלית. היהדות הדתית שספג בבית סבא בגרמניה הייתה, כמנהג חרדים רבים, יהדות אנטי-ציונית. כשהגיע לירושלים, ללמוד בישיבת מרכז הרב, נעשה ציוני. כדבריו — ציוני נלהב. הייתה זו תחילה ציונות דתית. כאשר זנח את הדת כדרך חיים, תפסה הציונות את מקומה כמרכז חיים. אך מעכשיו הייתה זאת ציונות חילונית. עם זאת, הציונות שלו הייתה נטועה עמוק במורשת היהודית וספוגה תרבות יהודית. אצל חיים כהן לא ניתן היה להפריד בין

14 ראו מאמר שחיים כהן כתב על "דינים של אפיקורסים": ח' כהן מבחר כתבים (א' ברק ור' גביון עורכים, תשנ"ב) 127.

15 כהן, לעיל הערה 1, בע' 135.

מצוות הציונות לבין מורשת היהדות. הציונות אינה צריכה להסתפק בהקמת בית לאומי ליהודים; הבית הלאומי צריך להיות בית יהודי.

הדברים נשמעים מובנים מאליהם. רבים סבורים כך. אולם חיים כהן נבדל מאחרים, ובכלל זה מחבריו השופטים, בתפיסה שלו את היהדות. הוא ביקש לטפח את היהדות מבחינה לאומית ותרבותית כמהות נפרדת מן היהדות מבחינה דתית. לצורך זה הוא הפריד, כמו במטבע, בין שני צדדים ביהדות: היהדות כתרבות והיהדות כדת. מצד אחד היה קשור מאוד ליהדות כתרבות. בעת שעסק בחקיקה במשרד המשפטים, תמיד חיפש השראה במשפט העברי, ואם מצא שעקרונות או רעיונות של המשפט העברי מתאימים לאורח חיים של מדינה דמוקרטית ומודרנית, ראה שיינתן לכך ביטוי בלשון ההצעה או בדברי ההסבר. כשופט, אף שלא נתמנה לשבת על הכסא הדתי, נתן בפסקי הדין שלו ביטוי למקורות יהודיים יותר מכל שופט חילוני (ואולי אף יותר משופטים דתיים) ככל שההקשר אפשר. וכך גם במאמרים ובספרים שכתב. לאחר שפרש מבית המשפט הוא כתב, במשך שנים אחדות, ספר עצום בהיקפו וגדול בחשיבותו על תורת המשפט¹⁶. בספר זה הוא מנתח את מושגי היסוד של המשפט, סוקר את האסכולות השונות במשפט מימי קדם ועד ימים אלה, ומציג את עיקר הדינים בענפי המשפט השונים, מן המשפט הציבורי, דרך המשפט הפלילי ועד המשפט הפרטי. זהו ספר מקצועי ועכשווי. אך זהו גם ספר ערכי ויהודי. הוא אינו מחמיץ הזדמנות לשלב בכל נושא ועניין גם מקורות יהודיים. עד כדי כך שאפשר היה לקרוא לספר זה בשם תורת המשפט באור יהודי. עם זאת, מצד שני, חיים כהן הרחיק לכת יותר מכל שופט חילוני (שלא לדבר על שופטים דתיים) בהפרדה בין הדת לבין הלאום. הוא ביקש לנתק את הקשר הגורדי, המיוחד ליהדות, הקובע כי אין שייכות ללאום היהודי ללא שייכות לדת היהודית. לדעתו, אדם יכול להיות יהודי מבחינה לאומית גם בלי להיות יהודי מבחינה דתית, אולי אפילו לאחר שאימץ לעצמו דת אחרת.

תפיסה זאת באה לידי ביטוי בולט בג"ץ 72/62 רופאין נ' שר הפנים¹⁷. רופאין נולד וחי בפולין כיהודי, אך בזמן השואה התנצר, לאחר מכן נעשה כומר, ולבסוף עלה לישראל והתיישב במנזר על הכרמל. בישראל הוא פנה למשרד הפנים וביקש לקבל תעודת עולה לפי חוק השבות, תשי"ז–1950, ולהירשם כבן הלאום היהודי. הוא טען כי אף שהוא נוצרי, ולכן אינו יכול להירשם כבן הדת היהודית, עדיין הוא, להלכה ולמעשה, בן הלאום היהודי. אכן, על פי ההלכה היהודית, יהודי שהתנצר, אף כי חטא, נותר יהודי. אף על פי כן החליט משרד הפנים לדחות את הבקשה. גם בית המשפט העליון החליט, ברוב דעות, לדחות את הבקשה. בית המשפט ציין כי חוק השבות הוא חוק חילוני, ולכן יש לתת לכל ביטוי בחוק זה, לרבות הביטוי "יהודי", את המשמעות החילונית, כפי שזו מקובלת כיום בשימוש

16 ח' ה' כהן המשפט (מהדורה שנייה, תשנ"ז).

17 בג"ץ 72/62 רופאין נ' שר הפנים, פ"ד טז 2428 (להלן: עניין רופאין).

רגיל, על פי משמעות זאת, יהודי שהתנצר שוב אינו יהודי. אולם חיים כהן חלק על הרוב. אמנם גם הוא סבר כי יש לתת משמעות חילונית לביטוי "יהודי" בחוק השבות. אך מה היא משמעות זאת? לדעתו, קנה המידה בשאלה מיהו יהודי, לפי המשמעות החילונית של חוק השבות, אינו אובייקטיבי אלא סובייקטיבי. כלומר, אף שרופאיו המיר את דתו, די בכך שהוא ראה עצמו, בתום לב, כבן הלאום היהודי השב למולדתו. לכן, כך קבע השופט חיים כהן בדעת המיעוט שלו, אין סיבה לסלק את רופאיו מקרב העם היהודי, שאליו הוא מבקש להשתייך. אין זה כך רק מתוך תחושת צדק כלפי רופאיו, שסיכן את נפשו בזמן השואה כדי להציל יהודים, אלא גם מתוך תפיסה של היהדות, כפי שהיא צריכה להיות כאן והיום. וכך אמר השופט חיים כהן בפסק הדין: "לא היה כהקמת המדינה מאורע מהפכני בתולדות עם ישראל המפורז והמורד בין הגויים. אם במקומות פיזורינו היינו מיעוט נסבל או נרדף, הרי במדינתנו נהיינו לעם ככל העמים העומד ברשות עצמו [...] מהפכה זאת לא היתה בעלת אופי מדיני בלבד: מחייבת היא שינוי ערכים מאלה שעליהם התחנכנו בגולה; היא מחייבת רביזיה של המחשבה הגלותית בה הורגלנו מאות בשנים [...] וזה חזון נביאי ישראל: 'פתחו שערים ויבוא גוי צדיק שומר אמונים' (ישעיה כ"ו, ב'). ויבואו כהנים לויים וישראלים לא נאמר, אלא ויבוא גוי צדיק: אין הקב"ה פוסל לשום בריה, אלא לכל הוא מקבל; השערים נפתחים בכל שעה, וכל מי שמבקש ליכנס – ייכנס" (ספרא, אחרי מות, שמות רבא, פרשה י"ז)¹⁸.

התפיסה של חיים כהן את מושג הלאום, שלפיה ההשתייכות ללאום היהודי נקבעת על פי תחושה סובייקטיבית של השתייכות, ובלבד שהיא תחושה אמיתית ולא העמדת פנים, היא מהפכנית. לא זו בלבד שהיא מנוגדת באופן מוחלט לתפיסה המקובלת של השתייכות ללאום היהודי, ולא רק התפיסה הדתית, אלא נראה שכיום (במיוחד לאור חוק השבות) היא גם בלתי מעשית¹⁹. עם זאת,

18 שם, בע' 2441–2442. שאלה דומה, אם כי הפוכה, התעוררה לאחר שנים אחדות בבג"ץ 58/68 שליט נ' שר הפנים, פ"ד כג(2) 477 (להלן: עניין שליט). כאן התעוררה השאלה אם לרשום את שני הבנים של רב-סן בנימין שליט, שנולדו וגדלו בישראל, כבני הלאום היהודי, אף שנולדו לאם שלא הייתה יהודיה ולכן, על פי ההלכה היהודית, לא נחשבו יהודים. רוב השופטים החליטו בחיוב, כשהם נותנים משמעות חילונית לביטוי יהודי בחוק מרשם האוכלוסין, תשכ"ה–1965, ובפועל הם מאמצים, בנסיבות המיוחדות של פרשה זאת, את קנה המידה הסובייקטיבי שהשופט חיים כהן קבע בעניין רופאיו. אולם בעקבות פסק הדין בעניין שליט, תוקן חוק השבות, וכיום הוא מגדיר יהודי כמשמעותו בהלכה היהודית, כלומר, יהודי הוא מי שנולד לאם יהודיה או שנתגייר, והוא אינו בן דת אחרת.

19 חיים כהן אמר כי לאור ההיסטוריה הכאובה של העם היהודי ולאור המצב הקשה במדינת ישראל, בדרך כלל לא יצהיר אדם שהוא רואה עצמו יהודי, אלא אם הוא חש, בתום לב, שייכות עמוקה לעם היהודי. צריך להבין ואף אפשר היה להסכים עם דברים אלה על רקע המצב בשנות החמישים ושנות השישים הראשונות. אותן שנים קשה היה לדמיין שתוך שנים לא רבות מדינת ישראל תפתח מכל הבחינות, ובמיוחד מבחינה כלכלית, עד כדי כך שהיא תיעשה אכן שואבת לאנשים רבים ממדינות שונות, בעיקר מדינות בלתי מפותחות, שיבקשו

צריך לציין כי התפיסה של חיים כהן, המבחינה בין לאום לבין דת לצורך קביעת ההשתייכות ללאום, היא בעצם התפיסה המקובלת אצל אומות העולם. הכיצד? במובן זה שהקבלה של אדם למסגרת הלאום, וההשתייכות ללאום, אינן מותנות בדת. לדוגמה, הלאום הצרפתי אינו מוגבל לנוצרים, אלא הוא כולל, לפי התפיסה הרשמית בצרפת, גם צרפתים שהם, על פי דתם, יהודים או מוסלמים. מבחינה זאת אפשר לומר כי תפיסת הלאום של חיים כהן היא אולי שלב נוסף (עדיין רחוק מן המציאות) בהתפתחות ה"נורמליזציה" של היהדות או במימוש הרעיון הציוני.

מכל מקום, התפיסה הלאומית של היהדות, הרואה עצמה משוחררת מן האמונה הדתית וממצוות הדת, היא כיום התפיסה הרווחת בישראל בקרב הציבור החילוני. יהדות זאת רואה עצמה קשורה להיסטוריה היהודית, מאמצת סממנים מרכזיים של המסורת היהודית, ושואבת ערכים מוסריים מן ההגות היהודית בכל הנוגע ליחסים שבין אדם לחברו. אולם אין דפוס אחד ואחיד ליהדות. היהדות מורכבת ומגוונת. יש בה פנים רבות, ובהתאם יש לה קהילות רבות. תמיד היו לה. כל קהילה והנוסח שלה. ליהדות אין אפיפיור. על פי מהותה היא פלורליסטית, ולכן גם היא מחייבת סובלנות. הקנאות הדתית אינה מתיישבת עם מהות היהדות. הכפייה הדתית פסולה בעיקרון. היהדות של חיים כהן היא תרבות פתוחה, אנושית ורחומה, ספוגה ערכים אוניברסליים, ועם זאת בעלת מיוחדות שמבדילה אותה מכל תרבות אחרת.²⁰

חיים כהן עשה עצמו, גם אם לא בכוונה ואף לא ביודעין, דובר בלתי רשמי של יהדות זאת. הוא ביקש לקרב אליה יהודים שהתרחקו מכל צורה של יהדות ולגשר על הפער, שנראה גדל והולך, בין יהודים ליהדות. זוהי אחת התרומות החשובות של חיים כהן לחברה בישראל: הוא מציג משנה סדורה שיכולה לשמש מורה דרך ליהדות חילונית (ואולי אפשר לומר: חילוניות יהודית) שרבים בישראל מחפשים את הדרך אליה.²¹ יהדות כזאת יכולה להוות, מנקודת מבט של יהודי

לחיות בישראל, אף שאין להם כל קשר או הזדהות עם היהדות, ולצורך זה אף יהיו מוכנים להצהיר על עצמם כיהודים או כמי שרצונם להיות יהודים. נוכח מציאות זאת, נראה כי המבחן הסובייקטיבי, כמבחן לקביעת השתייכות ללאום היהודי, וכתוצאה גם זכאות לאזרחות לפי חוק השבות, אינו מעשי.

20 עקרון הפלורליזם של חיים כהן בא לידי ביטוי בתחומים שונים, ובמיוחד בתחום האמונה והפולחן הדתיים. באחד העניינים שדן בהם, זמן קצר לאחר שנתמנה שופט, עלתה השאלה של זכות התנועה הרפורמית לשכור אולם עירוני כדי לקיים בו תפילת חג בנוסח הרפורמי, נוכח סירוב העירייה להשכיר אותו אולם, בשל התנגדות של חוגים דתיים באותה עיר. בית המשפט פסק לזכות התנועה הרפורמית. השופט חיים כהן כתב בפסק הדין שלו, בין היתר, כך: "חופש הדת והפולחן הובטח לכל אזרח בישראל עוד באכרזה על הקמת המדינה [...]. בעצם קיומו והבטחתו של חופש זה כרוכה סכנת הפילוג בין זרמים ותנועות דתיים שונים; אבל אין בסכנה זו כדי לגרוע במאומה מחופש הדת והפולחן; שאם לא תאמר כן, ביטלת כל תורת חפש הדת כולה" בג"ץ 262/62 פרץ נ' כפר שמריהו, פ"ד טז 2101, 2107.

21 אחד הכרכים בסדרת כל הכתבים של חיים כהן, שהוצאת דביר מבקשת לפרסם, אמור להיות מוקדש לתפיסת היהדות החילונית או, כפי שהיא נקראת לעתים, היהדות ההומניסטית.

חילוני בישראל, את המרכיב היהודי של המדינה, שעל פי הגדרה רשמית היא מדינה יהודית ודמוקרטית^{22, 23}.

ג. על דין ועל צדק

חיים כהן רכש לעצמו ידע רב בתחומי משפט שונים וניסיון רב בפעילות מגוונת במערכת המשפט. הוא למד משפטים באוניברסיטאות של מינכן ופרנקפורט שבגרמניה, ואחר כך בשיעורי המשפט המנדטוריים בירושלים, כשהוא מוסיף ומלמד עצמו משפט אנגלי, וממשיך לעסוק, מתוך עניין והנאה, במשפט עברי. עוד לפני שהוסמך כעורך דין בארץ-ישראל, עבד לפרנסתו כפקיד במשרד של עורך דין בירושלים, ולמד כיצד לנהל משרד כזה. כשהוסמך כעורך דין, לא איחר לפתוח לעצמו משרד משלו. הוא עשה חיל בעבודתו ורכש לעצמו מוניטין טובים במשך עשר שנים. לקראת סוף שנת 1947, במסגרת ההכנות להקמת המדינה, נקרא חיים כהן אל הדגל: הוא נתמנה מרכז המועצה המשפטית בירושלים, שהוקמה על ידי המוסדות הלאומיים, על מנת שתכין את התשתית המשפטית של המדינה שתוקם. עם הקמת המדינה השתלב חיים כהן בשירות הציבורי ולא יצא ממנו אלא כאשר פרש, לאחר יותר משלושים שנה, מבית המשפט העליון. הוא כיהן תחילה, תקופת זמן קצרה, כמנהל מחלקת החקיקה במשרד המשפטים. עוד בשנת 1948 נתמנה לכהן כפרקליט המדינה הראשון, ובמקביל שימש גם זמן-מה כמנהל כללי של משרד המשפטים. הוא כיהן כפרקליט המדינה כשנתיים בלבד, עד שהיועץ המשפטי לממשלה (הראשון) יעקב שמשון שפירא פרש מתפקידו. חיים כהן נתמנה במקומו, ושירת כיועץ המשפטי לממשלה במשך עשר שנים לערך, תקופה ארוכה יותר מתקופת הכהונה של כל יועץ משפטי אחר. במהלך תקופה זאת, בעוד הוא מכהן גם כיועץ המשפטי לממשלה, הוא כיהן, זמן קצר, כשר המשפטים.

22 ראו ח' ה' כהן "ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית" הפרקליט – ספר היוכל (תשנ"ד) 9; כהן, לעיל הערה 4, בע' 45.

23 כאן אני מבקש להוסיף התייחסות אישית לתפיסת היהדות החילונית של חיים כהן. באופן עקרוני אני סבור שזו תפיסה יפה ונכונה ליהודי, במיוחד ליהודי בישראל, שמצד אחד אין בו אמונה דתית, אך מצד שני יש בו תחושת שייכות ליהדות. אולם באופן מעשי קשה לממש תפיסה זאת באופן מלא וראוי בדומה לחיים כהן. הלוואי שאני הייתי מסוגל, בכהונתי כשופט, לתבל פסקי דין שלי במובאות מתורה שבעל פה. מעטים מאוד מסוגלים לכך. כדי לממש את התפיסה של חיים כהן באופן מלא וראוי נדרשת היכרות קרובה ורחבה עם מכמני היהדות. חיים כהן זכה להיכרות כזאת מילדותו בבית דתי ומשכיל, וידע להעמיק אותה, כשהוא מקדיש לכך הרבה זמן ועניין כל ימי חייו. לעומת זאת, יהודי חילוני בישראל, שמקבל חינוך רגיל בבית ובכית הספר, אינו מכיר את היהדות, אפילו היהדות החילונית, אלא באופן שטחי. אמנם היהדות יכולה להישאר מרכיב חשוב של ההווה שלו, אך זאת בעיקר כעניין של זהות ותחושה, ללא בסיס מוצק של ידע ומסורת. לכן הוא אינו יכול לממש את תפיסת היהדות החילונית של חיים כהן אלא, לכל היותר, באופן שטחי. כתוצאה, כוח המשיכה של יהדות זאת פוחת, והמשקל הסגולי שלה יורד. ועל כך חיים כהן היה מקונן.

בשנת 1960 מונה חיים כהן לכהונת שופט בבית המשפט העליון. הוא כיהן בבית המשפט העליון כעשרים שנה, ופרש ממנו כשהוא נושא בתואר ממלא מקום קבוע (כיום: משנה) לנשיא בית המשפט העליון. במהלך הכהונה כשופט הוא שילב בעבודתו גם הוראה (פילוסופיה של המשפט, תורת הענישה ועוד) בפקולטות למשפטים של האוניברסיטה העברית בירושלים ואוניברסיטת תל-אביב. הוא כתב לא רק פסקי דין, אלא גם ספרים חשובים ומאמרים רבים בתחומים שונים של המשפט. לא היה אחר בישראל שהקריירה המשפטית שלו הייתה כל כך מגוונת. אין ספק, מבחינת העיסוק המקצועי, חיים כהן הגשים את היעד שקבע לעצמו כאדם צעיר. יעד זה לא התכרסם עם הזמן, אלא להפך, הוסיף משקל לאחר שחיים כהן עלה לארץ-ישראל, והדת פינתה בהדרגה מקום לדין. כאשר, לבסוף, נעלמה הדת ממערכת הערכים שלו, הקדיש חיים כהן את עצמו באופן מלא למשפט. המשפט היה בשר מבשרו, כאילו תפור לפי מידתו, כמוסד חברתי המושתת על היגיון ועל ניסיון, ומכוון לשרת את האדם. הוא התייחס למשפט, בהתאם, בכל הכבוד והיקר. קודם כול, חיים כהן רחש כבוד רב לחוק. שלטון החוק, שביסודו נאמנות להוראות החוק, הוא ערך בפני עצמו. הנאמנות נדרשת גם מן השופט. הוא אינו רשאי לעצב הלכה רצויה שאינה מתיישבת עם הוראות החוק. תפיסה זאת באה לידי ביטוי בולט בפסק הדין שכתב חיים כהן בע"ב 1/65 ירדור נ' יושב ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השישית²⁴. בפרשה זאת נדונה בקשה של מפלגה ערבית בשם "אל ארד" להשתתף בבחירות לכנסת השישית. חוק הבחירות לכנסת קבע את התנאים הנדרשים ממפלגה לצורך כך, תנאים כגון: רשימת המועמדים מטעם המפלגה תהיה חתומה בידי מספר מסוים של בעלי זכות בחירה ותפקיד סכום מסוים כפיקדון. "אל ארד" קיימה את כל התנאים שנדרשו בחוק. אף על פי כן, ועדת הבחירות המרכזית פסלה את המפלגה, ולא התירה לה להשתתף בבחירות, מן הטעם שהיא התאחדות בלתי חוקית, משום שהיא שוללת את עצם הקיום של המדינה. אך החוק לא ציין טעם זה כעילה לפסילת רשימה. להפך. החוק קבע כי "רשימת מועמדים שהוגשה כהלכה [...] תאשר אותה הוועדה המרכזית"²⁵. לפיכך ערערה "אל ארד" לבית המשפט העליון. בערעור אישרו רוב השופטים את החלטת הפסילה של הרשימה, לא על פי ההוראות של חוק הבחירות, אלא על פי עיקרון שמחוץ לחוק או מעל החוק, הוא העיקרון של קיום המדינה כמדינה יהודית. השופט חיים כהן חשב אחרת. לדעתו, יש לפעול על פי החוק, ולא על פי עקרונות שמחוץ לחוק, ואם החוק אינו נותן תשובה טובה, אפשר וראוי לתקן את החוק. וכך אמר:

"במדינה אשר בה שולט החוק, אין שוללים זכות מאדם, ויהא הוא הפושע

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

25 ס' 30 לחוק הבחירות לכנסת [נוסח משולב], תשט"ו-1955.

המסוכן והבוגד ביותר, אלא בהתאם לחוק בלבד. לא ועדת הבחירות המרכזית ולא בית-משפט זה מחוקקים במדינה הזאת: הכנסת היא הרשות המחוקקת, והיא אשר מסמיכה את מוסמכיה, אם רצונה בכך, לעשות איש כדרכיו וכפרי מעלליו. בהעדר הסמכה כזאת מאת המחוקק, לא ההיגיון ולא הכורח ולא אהבת המולדת ולא שום שיקול אחר, יהא אשר יהא — מצדיקים עשיית דין על דעת עצמו ושליטת זכות הזולת"²⁶.

הוא הוסיף:

"גאוותנו היא על חופש הדעה וחופש ההתאגדות והעדר ההפליה במדינת ישראל [...] מדינת ישראל נבדלת מאויביה בכך שלדידה גם מטרת המלחמה אינה מקדשת אמצעים פסולים; וכל אמצעי אשר נוגד את החוק, או אשר נעשה ללא הסמכה חוקית, כשיש בו כדי לשלול מזכויות האזרח — פסול הוא, ושופט בישראל לא יסמוך עליו ידו [...] יש מהן מן המדינות אשר בהן בטחון המדינה, או קדושת הדת, או הישגי הריבולוציה וסכנות הקונטרבולוציה, וכל כיוצא באלה ערכים מערכים שונים, מכסים על כל פשע ומכפרים על כל מעשה שנעשה ללא סמכות ובניגוד לחוק. יש מהם אשר המציאו להם 'משפט טבעי' הגבוה מכל חוק, והמבטל אותו במקרה של צורך, בחינת עת לעשות הפרו התורה. כל אלה אינן דרכיה של מדינת ישראל: דרכיה דרכי חוק, והחוק ניתן מפי הכנסת או מכוח הסמכתה המפורשת"²⁷.

לפיכך הציע השופט חיים כהן לקבל את הערעור ולאשר השתתפות של רשימת "אל ארד" בבחירות לכנסת. אך הוא נותר בדעת מיעוט. אפשר לשאול: האם הנאמנות של חיים כהן לחוק הכתוב הייתה גדולה עד כדי כך שהוא היה מוכן, בניגוד ליתר השופטים, לסכן את עצם הקיום של המדינה? התשובה היא, לרעתי, שאם כי חיים כהן ראה חשיבות ממדרגה ראשונה בנאמנות לחוק, לא הייתה זאת נאמנות עיוורת, ללא תנאי או סייג. אם הוא היה רואה סכנה ממשית לקיום המדינה עקב ההשתתפות של רשימת "אל ארד" בבחירות לכנסת, חזקה עליו שאף הוא היה מוצא דרך למנוע סכנה זאת. אלא מאי? כדבריו בפסק הדין, "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 תמצוי לומר, סכנה זו מן הנסתרות היא לבתי-המשפט ומן הגלויות אך ורק לשירותי הבטחון של הממשלה, אף אני איש שכחומר שהיה לפני ועדת הבחירות המרכזית, ושהוגש גם אלינו, לא היה כדי להצדיק, ולא

26 עניין ירדור, לעיל הערה 24, בע' 379.

27 שם, בע' 381–382.

כל שכן לחייב, מימצא שקיימת סכנה כאמור, ותשומת לב חברי הוועדה אף לא הופנתה לסכנה של ממש כאילו היא קיימת ומרחפת עלינו²⁸.

על רקע המצב שהיה קיים בישראל אותו זמן, כאשר הממשל הצבאי שהוטל על האוכלוסייה הערבית עדיין עמד בתוקף, והציבור בישראל חשש מפני התפתחות תנועות לאומניות בקרב האוכלוסייה הערבית, היה צורך באומץ רב כדי לדחות טענה של שירות הביטחון הכללי בדבר הסכנה הצפויה לביטחון המדינה, ולאשר השתתפות של רשימה ערבית לאומנית בבחירות לכנסת, תוך הסתייגות מעמדת הרוב בבית המשפט.

לאחר שנים, כאשר השופט חיים כהן נשאל איזהו פסק הדין שהוא מחשיב ביותר, מבין כל פסקי הדין שנתן, הוא הצביע על דעת המיעוט שכתב בעניין ירדור. כאמור, הנאמנות של חיים כהן לחוק הייתה גדולה, אך לא עיוורת. החוק, בעיניו, לא היה תכלית לעצמה. בחברה דמוקרטית החוק הוא רק אמצעי לשרת את התכלית של החברה המאורגנת, כלומר לשרת את האדם. לצורך זה החוק אמור לבטא ולבסס ערכי יסוד שעוטפים את האדם כחליפת מגן: כבוד האדם, חירות, שוויון, צדק ועוד. חיים כהן, שהחשיב את כל ערכי היסוד, בחר לשים דגש על הצדק. המשפט צריך לעשות צדק. לא בכדי דורש החוק כי השופט יתחייב, בשבועת האמונים שלו, לעשות "משפט צדק"²⁹. משפט שאין בו צדק, כך אמר חיים כהן, אינו משפט ראוי.

הכיצד? והרי ידוע ומוסכם כי משפט אינו צדק. ככל שהמשפט מבקש להתקרב אל הצדק, עדיין נותר פער בין זה לזה. אכן, פער קטן או פער אקראי הוא פער טבעי ואפילו בלתי נמנע. אך מה לעשות במקרה שבו הפער גדול ומקומם? אצל חיים כהן התשובה הייתה ברורה: במקרה כזה הוא יעדיף את הצדק, ויעשה ככל שידר תשיג, במסגרת המגבלות המוטלות על שופט, כדי שהמשפט יהיה גם צודק. גישה זאת הנחתה אותו בכל דרכו, הן במשרת היועץ המשפטי לממשלה והן במשרת שופט בבית המשפט העליון.

הנה דוגמה. כאשר חיים כהן שימש יועץ משפטי לממשלה, בשנות החמישים, היה עליו לעסוק בסוגיה של יחסים הומוסקסואליים. אותן שנים, יחסים כאלה, אף אם קוימו בין אנשים בוגרים בהסכמה ובצנעה, היוו עברה פלילית חמורה. כתוצאה, הומוסקסואלים היו נתונים לאיום מתמיד, לסכנה של אישום והרשעה, וכתוצאה לוואי גם לסחיטה. חיים כהן סבר כי אין הצדקה עניינית למצב זה, שכן קיום יחסים כאלה אינו פוגע בציבור, ומצד שני, איסור פלילי על יחסים כאלה פוגע באוטונומיה של האדם. לפיכך הוא הציע לממשלה לתקן את החוק הפלילי באופן שיחסים כאלה לא יהיו אסורים. אולם על רקע העמדה שרווחה

28 שם, בע' 381.

29 חוק-יסוד: השפיטה קובע בסעיף 6 את הנוסח של הצהרת האמונים של כל שופט: "אני מתחייב לשמור אמונים למדינת ישראל, לשפוט משפט צדק, לא להטות משפט ולא להכיר פנים".

אז בציבור כלפי יחסים כאלה, דחתה הממשלה את ההצעה. כשנתברר לחיים כהן כי דעות קדומות מונעות את תיקון המצב, וגורמות עוול להומוסקסואלים, הוא עשה שימוש בסמכותו, כראש התביעה, והוציא הנחיה למשטרה ולפרקליטות שלא לפתוח חקירה ולא להגיש אישום בגין קיום יחסים הומוסקסואליים בין אנשים בוגרים בהסכמה ובצנעה. הנחיה זאת עוררה סערה ומחאה. אך היא הייתה יעילה. הרדיפה של הומוסקסואלים על ידי רשויות המדינה נחלשה מאוד וכמעט נפסקה. חיים כהן הסביר: "הציבור חשב בדיוק ההיפך ממה שאני חשבתי, אך אני הלכתי לפי מצפוני שלי [...] היועץ המשפטי לממשלה צריך לפעול על-פי מצפוני ועל-פי שיקולי צדק והגינות, ותו לא"³⁰.

בשעתו תמהתי על הנחיה זאת. החוק קבע כי יחסים הומוסקסואליים הנם אסורים, ואין זו סמכותו של היועץ המשפטי לממשלה לעקוף חוק רק מפני שאינו תואם את המצפון האישי או את תפיסת הצדק שלו, אלא תפקידו הוא לאכוף את החוק, יהיה אשר יהיה. כיצד זה אפוא חיים כהן, המופקד על שלטון החוק, מקפיד חוק רק משום שלדעתו החוק אינו צודק? אך לאחר זמן שיניתי דעתי והגעתי למסקנה שחיים כהן צדק³¹. הוא צדק משום שהחוק הקנה ליועץ המשפטי לממשלה שיקול דעת בשאלה אם ראוי, מבחינת העניין הציבורי, להגיש אישום כנגד אדם שנחשד בכיצוע עברה, גם אם קיימות נגד אותו אדם ראיות לכאורה בדבר כיצוע העברה. בהחלטת היועץ המשפטי לממשלה מעורבים שיקולים שונים. אחד השיקולים האלה צריך להיות שיקול הצדק. במקרה שבו נודע לשיקול הצדק משקל רב, ואין כנגדו שיקולים ענייניים כבדים אחרים, אפשר שראוי שיד הצדק תהיה על העליונה. אכן, גם במקרה זה נתברר בדיעבד כי חיים כהן צדק לגוף העניין³².

לאחר שחיים כהן נתמנה שופט, לא עבר זמן רב עד אשר שמו יצא לפניו כשופט צדק, שעניני פקוחות לראות סבל, אוזניו כרויות לשמוע טענות נגד עוול, ובכל מקום שאפשר הוא מפרש את החוק, אפילו פירוש מאולץ, כדי להגיע לתוצאה צודקת. בית המשפט, אמר השופט חיים כהן, יעמיד את "המחוקק הישראלי תמיד בחזקתו שאין הוא מתכוון לפגוע, על ידי מעשה חקיקתו, בעקרונות יסודיים של שוויון, חרות וצדק, אשר הם נחלתן של כל המדינות המתוקנות והנאורות"³³. כך מצד המחוקק, ובדומה לכך מצד בית המשפט. כדברי השופט חיים כהן, "נתון גם נתון הכוח בידי בית המשפט, מטבע ברייתו, למנוע עוול ולהסיר עושק ולעשות צדק"³⁴. את הכוח הזה הוא היה מוכן לנצל עד תום. במאבק שניהל למען הצדק,

30 "גוטמן היועץ המשפטי נגד הממשלה (תשמ"א) 118. אף שלא נשאל באותה הזדמנות, אין ספק שאילו נשאל, היה מוסיף ואומר: ככול שהחוק מאפשר.

31 "ומיר" שיקול הצדק בהחלטות מינהליות" משפט וממשל ז' 623.

32 לאחר שנים, תוקן החוק הפלילי בעניין זה, והותאם למציאות, ברוח ההנחיה של חיים כהן. ראו חוק העונשין (תיקון מס' 22), תשמ"ח-1988. כיום ראו ס' 347 לחוק העונשין, תשל"ז-1977 ("מעשה סודים").

33 בג"ץ 301/63 שטרייט נ' הרב הראשי לישראל, פ"ד יח(1) 598, 612.

34 ד"נ 22/73 בן שחר נ' מחלב, פ"ד כח(2) 89, 101.

הוא היה יצירתי ונועז. הוא גילם אנטי-תזה לפורמליזם. לשיטתו, אסור שכללי דיון ימנעו צדק.

באחד המשפטים שבאו בפניו נדונה בקשה של נכה לפי חוק נכי רדיפות הנאצים לקבל ריבית והפרשי הצמדה על התגמולים המגיעים לה על פי החוק³⁵. הרשות המוסמכת וכן גם ועדת עררים דחו את הבקשה משום שהחוק לא הקנה להן סמכות לפסוק ריבית או הפרשי הצמדה. בערעור לבית המשפט העליון הוחלט על ידי רוב השופטים כי אכן החוק אינו מקנה סמכות כזאת לרשות המוסמכת או לוועדת העררים, וממילא אין סמכות כזאת גם לבית המשפט העליון במסגרת הערעור. השופט חיים כהן היה בדעת מיעוט. הוא כתב כי לבית המשפט העליון כן נתונה סמכות כזאת. על פסק דין זה נתקיים דיון נוסף בבית המשפט העליון, ובדיון זה דעת המיעוט של השופט חיים כהן הפכה להיות דעת רוב. וכך אמר השופט חיים כהן בדיון הנוסף: "לא נעלם מעיני הכלל הגדול, שלפיו סמכותה של ערכאת ערעור כסמכותה של הערכאה עליה מערערים — אך נראה לי, כאז כן עתה, שכלל דיוני זה נדחה — או שניתן לדחותו — מפני הצורך לעשות צדק במשפט"³⁶.

והנה מקרה נוסף. אדם קנה איגרת של מפעל הפיס. בפריצה לביתו נגנבו חפצים רבים ובהם גם איגרת זאת. הוא דיווח על הגנבה למשטרה, ובין השאר מסר למשטרה את מספר האיגרת, כפי שהיה רשום בפנקסו. ימים אחדים לאחר מכן נערכה הגרלת הפיס, המספר של אותה איגרת עלה בגורל ונקבע שהוא זכאי לפרס של דירה. אך לפי התנאים של חוזה ההגרלה, כפי שפורסמו בילקוט הפרסומים של הממשלה, אין אדם זכאי לקבל פרס ממפעל הפיס אלא אם כן הוא מוסר למפעל את האיגרת שזכתה. כיוון שהאיגרת לא נמצאה, סירב מפעל הפיס להעניק את הפרס. תביעה לקבלת הפרס, שהוגשה לבית משפט השלום, ולאחר מכן בערעור לבית המשפט המחוזי, נדחתה. ערעור לבית המשפט העליון נדחה אף הוא ברוב דעות. אמנם כל השופטים בערעור שוכנעו כי האיגרת הייתה בבעלותו של המערער לפני מועד ההגרלה, אך רוב השופטים קבעו כי חוזה ההגרלה, כפי שפורסם בילקוט הפרסומים, מחייב את המערער, ואין יסוד לפסילת אותו סעיף בחוזה המתנה את קבלת הפרס במסירת האיגרת. כך הוא, לדעתם, הדין. אולם השופט חיים כהן התקומם נגד התוצאה. לדעתו, התוצאה אינה צודקת. לכן הוא חיפש דרך שתאפשר לו להגיע, במסגרת הדין, לתוצאה צודקת. והוא מצא. הוא אמר כי בין המערער לבין מפעל הפיס נקשר חוזה אחר, פשוט יותר, כפי שפורסם על גבי השלטים והמודעות של מפעל הפיס. לפי חוזה זה, מי שיקנה איגרת והיא תעלה בגורל, יקבל את הפרס, ואין בו תנאי לקבלת הפרס שבעל האיגרת ימסור אותה למפעל הפיס. לכן, לדעתו, אין המערער מחויב על ידי התנאים שפורסמו על ידי מפעל הפיס בילקוט הפרסומים. ילקוט הפרסומים, הוא אמר בפסק הדין,

35 ע"א 91/78 ליבל נ' הרשות המוסמכת לצורך חוק נכי רדיפות הנאצים, פ"ד לג(2) 393.

36 ד"נ 15/79 ליבל נ' הרשות המוסמכת לצורך חוק נכי רדיפות הנאצים, פ"ד לה(3) 29, 41.

"הוא אמצעי פרסום של הממשלה, שכבודו ותכליתו במקומם מונחים, אך החומר המתפרסם בו אינו מגיע לידיעת הרבים [...] הפנייתו של אדם שאינו מצוי בעניני הממשלה ובעניני חוק ומשפט, אל ילקוט הפרסומים, הוא בבחינת לעג לרש בעיניו"³⁷. לפיכך, אמר השופט חיים כהן, אפשר וראוי לפסוק לטובת המערער. אך הוא נשאר בדעת מיעוט.

חוש הצדק של השופט חיים כהן לא נתן לו מנוח כאשר הגיע לכלל מסקנה שהוא עצמו טעה וגרם עוול. אכן, הכלל הוא שפסק דין של בית המשפט העליון הנו סופי, ואפילו נפלה בו טעות, אין בכך כדי לבטל את פסק הדין. זהו, כביכול, מעוות לא יוכל לתקן. אך חיים כהן, שלא חשש כלל להודות שטעה, לא השלים עם כך וחיפש כל דרך אפשרית לתקן את המעוות. המקרה המפורסם של עמוס ברנס הוא דוגמה לכך. ברנס הורשע ברצח על ידי בית המשפט המחוזי ונדון למאסר עולם. ההרשעה התבססה על ההודאה של ברנס בעל פה ובכתב ועל שחזור הרצח בפני מצלמה. אך ברנס המשיך לטעון שהוא חף מפשע, וערער לבית המשפט העליון. השופט חיים כהן, שכתב את פסק הדין הראשי, דחה את הערעור³⁸. הוא שוכנע, כפי שכתב בפסק הדין, כי ההודאה של ברנס ניתנה מתוך רצון חופשי. בקשות של ברנס לעריכת משפט חוזר נדחו על ידי בית המשפט פעם אחר פעם. ברנס המשיך לנהל מאבק ציבורי בניסיון להוכיח את חפותו. השופט חיים כהן פגש אותו, במסגרת הביקורים שהיה עורך בבתי הסוהר, ולאחר שריכר עמו פעמים אחדות השתכנע שבפסק הדין שלו נפלה טעות. הוא לא היסס להודות בכך, והחל לפעול כדי שברנס יקבל חנינה מנשיא המדינה. לבסוף ברנס קיבל חנינה ושוחרר לאחר שמונה שנות מאסר. ועדיין הוא לא ויתר על המאבק להוכחת חפותו. לאחרונה, בעקבות תיקון בחוק בדבר התנאים לעריכת משפט חוזר, החליט בית המשפט העליון, מפי השופטת דליה דורנר, כי יש לקיים משפט חוזר לברנס. בשלב זה, הפרקליטות חזרה בה מן האישום. כתוצאה, ואף כי לא נשמעו טענות או ראיות חדשות, פסק בית המשפט כי ברנס זכאי בדין. חיים כהן הספיק להודות לשופטת דורנר "על שתיקנת את העוול שעשיתי", ולשלוח לברנס מכתב ברכה ואיחולים, שבועיים לפני שנפטר לבית עולמו³⁹.

ולא היה זה מקרה יחיד מסוגו. מקרה אחר נוגע לעמוס אוריון. אוריון הואשם אף הוא ברצח, ואף שהכחיש את אשמתו, הורשע ונדון למאסר עולם. בית המשפט העליון, בראשותו של השופט חיים כהן, דחה את ערעורו. ושוב, לאחר שחיים כהן נפגש עם אוריון בבית הסוהר, הוא שוכנע שאוריון חף מפשע. כיוון שעל פי החוק, כפי שהיה אז, לא הייתה אפשרות לקיים משפט חוזר לאוריון, הציע חיים כהן לאוריון שיבקש חנינה מן הנשיא. אך אוריון, שהמשיך לטעון כי הוא חף מפשע, סירב. ואז פנה חיים

37 ע"א 251/64 גונשירוביץ נ' מפעל הפיס, פ"ד יט(3) 286, 304.

38 ע"פ 127/76 ברנס נ' מדינת ישראל, פ"ד ל(3) 507.

39 לפרטים נוספים ראו כהן, לעיל הערה 1, בע' 372–374. ראו גם ד' ויינר "שני מכתבים לעמוס ברנס" ספר זכרון לחיים ה' כהן, לעיל הערה 2, בע' 87.

כהן עצמו, בעוד הוא מכהן כשופט, אל שר המשפטים וביקש חנינה לאוריון. וכך כתב השופט חיים כהן, בין היתר, לשר המשפטים: "מחמת אמונתו הכנה [של צמוס אוריון] בחפותו מפשע, מסרב האיש לבקש חנינה. גמרתי אומר לעשות עצמי שלוחו בעל-כורחו, ולבקש על נפשו. מאמין אני שניתן להציל נפש זו, אם אין מעכבים גאולתה עוד". סוף דבר, אוריון קיבל חנינה ושוחרר מבית הסוהר⁴⁰.

כל שופט מבקש לעשות צדק. אמנם, מצד אחד, כל שופט רואה עצמו כבול על ידי החוק; אך מצד שני, הוא רוצה לעשות צדק במסגרת החוק. מבחינה זאת חיים כהן לא היה יוצא דופן. ההבדל בין שופט לשופט, בהתמודדות המתמדת בין משפט לבין צדק, הוא בעיקר הבדל בדרגה. אך ההבדל בדרגה בין חיים כהן לבין שופטים אחרים היה גדול. מבחינה זאת חיים כהן היה, בכל זאת, יוצא דופן. מי עוד העסיק עצמו כל כך, גם לאחר שנתן פסק דין, בשאלה אם לא עשה טעות וגרם עוול, ואם השתכנע כי טעה, לא היסס להודות בכך בפומבי, ונרתם לעשות כל שניתן לתיקון העוול? לא פעם היה נראה כי במתח בין משפט לבין צדק, אצל חיים כהן הבכורה ניתנה לצדק. אמנם הוא לא היה פוסק נגד החוק, אך למען הצדק הוא היה מוכן לתמרן עם החוק ולהגמיש אותו ככל שהחוק אפשר. פסקי הדין שבהם נותר חיים כהן במיעוט יכולים להוכיח⁴¹.

אפשר לבקר את המשקל שחיים כהן נתן לצדק, ואפשר להסתייג מן הנכונות שלו לתמרן עם החוק כדי לעשות צדק. אם שופט מוכן לעוות את החוק כדי לעשות צדק במקרה מסוים, כך אפשר לטעון, סופו שיגרורם אי-צדק בהרבה מקרים אחרים; שהרי סטייה מן המובן הרגיל של חוק, כדי לעשות צדק, תפגום בוודאות וביציבות של החוק. כתוצאה ייפגע מעמד החוק, ובסופו של דבר יתערער גם שלטון החוק. ואין לך צדק ללא חוק. לכן, לפי הטענה, צריך שופט לרסן את חוש הצדק, ולעיתים גם להשלים עם אי-צדק במקרה מסוים, למען שלטון החוק באופן כללי ולמען הצדק במקרים אחרים. חיים כהן לא היה מקבל ביקורת זאת. הוא היה סבור כי שופט חכם ויצירתי ימצא את הדרך לעשות צדק כאשר הוא נדרש, בלי לפגוע במידה הראויה של ודאות ויציבות החוק. החוק, יש לזכור, אינו תורה מסיני. אכן הוא קובע כללים. אך אין לך כלל שאין לו יוצא מן הכלל. הצדק הוא טעם טוב לעשות יוצא מן הכלל. ואין זה נכון שכל יוצא מן הכלל מבטל את הכלל. חיים כהן ראה זאת כזכות לצאת מן הכלל כדי למנוע עוול, גם כאשר ידע כי יהיו משפטים שיוקפו זאת לחובתו⁴².

40 ראו ד' פרידמן "חיים כהן — דברים לזכרו" המשפט ח (תשס"ג) 663, 670. ראו גם ד' ליבאי "מורה דרך ומורה חיים — דברים לזכרו של השופט חיים כהן ז"ל" ספר זכרון לחיים ה' כהן, לעיל הערה 2, בע' 83.

41 ראו גם ח' ה' כהן "פרשנות נאמנה — תלת משפטים ז (תשל"ו) 5; כהן, לעיל הערה 14, בע' 289.

42 כאשר פעם קראו לחיים כהן "יפה נפש", כתואר של גנאי, המציין אדם המכפף צרכים מעשיים לערכים מופשטים, הוא אמר שזאת מחמאה גדולה, והוסיף: "אכן כן, איני אוהב מכוערי נפש".

הוויכוח על היחס הראוי בין משפט לבין צדק הוא ישן ונצחי. בסופו של ויכוח נראה כי התשובה הנכונה היא, שהכול עניין של מידה. בהתאם, יכול שיהיה מי שיאמר כי השופט חיים כהן חרג מן המידה הראויה. אם כך, יכול שיוסיף ויאמר, לא היה זה טוב למערכת המשפט אילו בית המשפט היה מורכב כולו משופטים כמו חיים כהן, שאז המשפט היה נעשה פחות יציב. אולם, אם כך, יש להוסיף ולומר, כי לא היה זה טוב למערכת המשפטית אילולא היה בבית המשפט ולו רק שופט אחד כמו חיים כהן, שאז המשפט היה נעשה פחות אנושי.

ד. סוף דבר

כאשר חיים כהן פרש מבית המשפט במצוות החוק, בהיותו בן שבעים, הוא לא הלך לנח בבתו. הוא המשיך לשרת את הציבור ככל שנתבקש ויכול. היה לו כבר שם בציבור של לוחם ללא חת לזכויות אדם וטוהר מידות. הוא נתן את שמו וידו לארגונים חברתיים שהיו קרובים ללבו. המעורבות שלו בענייני מדינה וחברה הייתה עמוקה ורחבה. הוא היה מחוזר על ידי התקשורת. כאשר התקשורת ביקשה לשמוע דעה עצמאית ואמיצה, הוא היה הכתובת. אם לדעתו בית המשפט טעה, הוא לא היסס להביע את דעתו, בעל פה או בכתב. לדבריו היה הד בציבור. הוא השפיע. אנשי ציבור ואנשים פרטיים עלו אליו לרגל, לבקש את עצתו, לשמוע את דעתו ולקבל ממנו הכוונה או השראה. הוא נתן מעצמו ביד רחבה. כך במשך עשרים שנה, גם כאשר היה חולה ותשוש. בסוף ימיו הוא נעשה סמל ומופת. מעבר לכך – הוא נעשה מוסד.

כאשר נפטר, בן תשעים ואחת, נאמרו דברים רבים ויפים מעל קברו, באזכרות שנערכו לזכרו ובמאמרים שנכתבו לכבודו. השופט אהרן ברק, נשיא בית המשפט העליון, קרא לו "אחד ויחיד בדורו", ואמר כי "אם יש גאונות במשפט – חיים כהן היה גאון במשפט"; העריך כי הוא "העמיק את יסודותיה של הדמוקרטיה הישראלית"; והוסיף כי "תמיד שימש כוכב צפון". השופט מאיר שמגר, הנשיא לשעבר של בית המשפט העליון, ציין כי "שמעו יצא למרחוק, מעבר לגבולותינו, והוסיף לנו כבוד ויקר רבים". פרופ' רות גביון, ידידה קרובה של חיים כהן, כינתה אותו "דמות מודל", ואמרה שהוא מילא תפקיד של "נביא זעם" אשר דבריו היו "תוכחת אוהב". אני אמרתי בלוויה שלו כך: "חיים כהן משאיר אחריו מורשת עצומה; הוא גם משאיר אחריו חלל גדול [...] אומרים, אין אדם שאין לו תחליף. אני מסתכל סביב וחושב כי לחיים כהן, כמוסד לאומי, מצפן ומצפון לחברה בישראל, אין כיום תחליף"⁴³. רבים דיברו על המורשת שחיים כהן השאיר עם מותו.

43 דברים אלה ונוספים, שנישאו ביום הלוויה של חיים כהן, וכן דברים שנישאו ביום השלושים לפטירתו, כונסו בחוברת שהוצאה לאור על ידי בית המשפט העליון: מ' דאר וא' יאיר (עורכות) חיים ה' כהן, ז"ל: תרע"א-תשס"ב 1911-2002 (תשס"ג). חלק מדברים אלה, וכן רשימות נוספות שנכתבו לזכרו של חיים כהן, קובצו ופורסמו בספר זכרון לחיים ה' כהן, לעיל הערה 2.

מורשת היא ביטוי גדול. לא תמיד יש לו כיסוי. הרבה פעמים המורשת האמיתית של אישיות ציבורית היא לא יותר מאשר מכון על שמו, בניין לכבודו או רחוב לזכרו. אך לעתים אדם משאיר אחריו רעיון מקורי וחשוב, מסר חברתי או יצירה רוחנית שאפשר ללמוד, להחכים או ליהנות ממנה לאורך זמן. זה קורה לעתים גם אצל שופט. שופט יכול להוציא מתחת ידו פסק דין שיש בו, לא רק תרומה עכשווית לחברה, אלא גם חידוש רעיוני או מסר חברתי שהשפעתו קיימת וניכרת במשך שנים רבות. אכן, גם שופטים כאלה הולכים ונשכחים. נראה כי בדרך כלל אורך החיים של מורשת הוא קצר. כבר היום אין רבים שזוכרים את השופטים הגדולים של דור המייסדים בישראל, ורק לעתים רחוקות עדיין מצטטים את פסקי הדין הגדולים שלהם, שהובילו שינוי ממשי בחברה. ייתכן כי בדור הבא כבר לא יישאר על פני השטח כמעט ולא כלום מן המורשת של שופטים אלה. ישן מפני חדש תוציאו. ואף על פי כן, המורשת שלהם קיימת ועומדת, כמו אבני יסוד, שאף כי אין הן נראות לעין, עליהן הוקם בניין לגובה, והן שמחזיקות את הבניין.

חיים כהן הניח אבני יסוד כאלה, שעליהן אפשר להוסיף קומות לחברה בישראל. ראשית, לחיים כהן הייתה תפיסה מיוחדת של היהדות. הוא הקים, לאחר שהתפרק מן האמונה הדתית, מבנה של יהדות חילונית. יהדות זאת בנויה על היכרות קרובה ועל כבוד רב למסורת הארוכה של העם היהודי. היא יודעת להתאים את התרבות היהודית לחיים העכשוויים במדינת היהודים, ומצליחה לשלב את הייחוד היהודי עם ערכים אוניברסליים. חיים כהן יכול לשמש, באופן אישי, דוגמה ליהדות כזאת. הוא הצליח לשלב באופן הרמוני ייחוד יהודי, אף ללא אמונה דתית, עם שייכות לחברה הגלובלית. עבור יהודים חילוניים בישראל, שאינם אדישים ליהדות, הוא מגלם את המהות של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. מבחינה זאת הוא יכול לשמש מורה דרך.

שנית, חיים כהן הוסיף היבט חשוב לתפיסה של מדינת ישראל כמדינת חוק. ברור ומוסכם כי בחברה מפולגת כמו החברה בישראל, החוק הוא לא רק מכנה משותף לכל הזרמים בחברה, אלא בעצם החישוק המרכזי שבכוחו להחזיק את החברה כגוף אחד, שלם ומסודר. אולם מהו החוק? חיים כהן תפס את החוק לא רק כמכשיר לשמירת הסדר אלא גם כאמצעי לעשיית צדק. הוא לא היה, כמובן, ראשון או יחיד בתפיסה זאת. אך הוא היה בולט בקנאות שלו לצדק ובנכונות לתמרן את החוק באופן שיוביל אל תוצאה צודקת. לשיטתו, הכלל הרחב של נאמנות מלאה ללשון ולתכלית של החוק צריך לפנות מעט מקום, מפעם לפעם, ליוצא מן הכלל, אם נדרש כדי למנוע אי-צדק בולט. הוא הראה עד כמה אפשר לעשות את החוק, שלכאורה הוא מנוכר ואדיש, לאישי וצודק. כך נדרש במדינת חוק, שכן מדינת חוק, במובן הנכון, היא גם מדינת צדק.

ושלישית, חיים כהן היה בין השופטים שהעלו תרומה בולטת לעיצוב מערכת יחסים ראויה בין השלטון לבין האזרח. מערכת יחסים זאת מתבססת על התפיסה

שהשלטון הוא נאמן הציבור. מכוח נאמנות זאת השלטון חייב לשרת את הציבור. הציבור מורכב מאזרחים. לכן השלטון חייב לשרת גם את האזרח. אכן, קיים מתח בין צורכי הציבור לבין טובת האזרח. מכאן הצורך לאזן ביניהם. השלטון חייב לעשות את האזון כראוי, ואם הוא שוגה, בית המשפט אמור לתקן את האזון. השופט חיים כהן ידע לעשות את האזון הנדרש. במשך השנים הרבות שבהן היה חלק מן השלטון, כפרקליט המדינה וכיועץ המשפטי לממשלה, הוא למד היטב את אורחות השלטון. הוא רכש ניסיון וחוש שאפשרו לו להעריך באופן ראוי את הצרכים האמיתיים של השלטון, לשקול באופן נכון את הטענות השלטוניות בדבר סכנה לביטחון המדינה או נזק לשירותים ציבוריים, ולהחליט בהתאם על נקודת האזון בין עמדת השלטון לבין זכויות האזרח. הוא ידע שלעתים השלטון טועה ומטעה בהערכת סכנה ונזק שייגרמו לציבור, כשם שבאופן טבעי הוא נוטה לתת משקל יתר לצרכים שלטוניים. כתוצאה, יחד עם ההתחזקות וההתפתחות של המדינה, נקודת האזון שבין עמדת השלטון לבין זכויות האזרח החלה לנוע, במיוחד משנות השבעים, יותר ויותר בכיוון של זכויות האזרח. חיים כהן תרם רבות לתנועה בכיוון זה.

אפשר לומר, בסיכום, כי היהדות (במובן החילוני), המשפט (הנתפס כמשפט צדק) וזכויות האדם (כביטוי לעיקרון של כבוד האדם) היו אידאלים מרכזיים בחייו של חיים כהן. לאו דווקא בסדר עדיפות זה. אם היה עליו לקבוע סדר עדיפות, אני סבור שהוא היה קובע את כבוד האדם במקום הראשון. כדבריו, "אין המשפט נלחם אלא למען שלומן, כבודו, רווחתו, קידומו והגנתו של האדם במדינתו"⁴⁴. לאידאלים אלה יש מכנה משותף: הומניזם או (בתרגום שאינו מוצלח) אנושיות. הומניזם, לפי תפיסתו של חיים כהן, אינו אמונה באופיו הטוב של האדם. חיים כהן השלים עם כך, ובעקבות השואה אף היה משוכנע, שבכל אדם, בכל עם ובכל מקום, יש גם מן הרע, והוא מסוגל למעשי רשע. עם זאת, הוא האמין כי אפשר לחנך את האדם, לרסן אותו ולהנחותו בדרך הטוב. אכן, גם דרך הטוב וגם דרך הרע פתוחות בפני כל אדם. ההומניזם בא ומצווה על האדם: ובחרת בטוב. זאת הייתה הבחירה הראשית של חיים כהן.

חיים כהן היה מנעוריו ונשאר עד מותו אדם מאמין. הוא נולד לאמונה באלוהים; כאדם מבוגר הוא שם במקומה את האמונה באדם. הוא עשה אמונה זאת לתורת חיים, ועבד אותה בכל נפשו ומאודו. זאת תמצית המורשת שהותיר אחריו.⁴⁵

44 כהן, לעיל הערה 16, בע' 929.

45 סרט על חיים כהן, שהוכן על ידי עליזה אולמרט להקרנה בטקס האזכרה לחיים כהן שנערך בבית המשפט העליון ביום השנה הראשון לפטירתו (ולאחר זמן הוקרן גם בערוץ הראשון של הטלוויזיה), נקרא בשם "אפיקורוס לשם שמים". שם הסרט בא לומר שחיים כהן זנח את האמונה באלוהים והשתחרר מן המצוות שבין אדם למקום, לא כאפיקורוס לתיאבון, שמבקש לעצמו הנאות של חיי שעה, אלא לשם תכלית נעלה, כלומר, כדי שיוכל לשרת את נזר הבריאה, הוא האדם.