

התיאוריה ההתפתחותית של א"ל אפשטיין

בספרו על תולדות הכתובה בישראל¹ מציע אפשטיין תיאוריה רב-ענין להסכר התפתחות דין ירושת הבעל במשפט העברי. נציע איפוא בכאן את תורף דבריו ועיקרם, ונסה להלן לבחון אם אמנם עומדת הצעתו בפני הבקורת.

לדעת אפ', עבר תיקון דין הירושה שלשה שלבים²:

(א) הבעל הוגדר כירש שלישי, אחרי הבנים ואחרי הבנות (ולפני האב — שאם לא כן, לא תהא כל משמעות לזכות הירושה, שהרי האב יורש אף בקבר ומוריש לקרוביו שלו). מן הפסוק בתורה אותו הביאו חכמים לראיה על ירושת הבעל³, אין כל ראיה לזכות יתירה על דרגה ג' זו. מן הפירוט של ייב' משתקף דין זה:

”מחר או יום אחרון תמות מפתחיה⁴ ובר דבר ונקבה לא אית לה מן אסחור בעלה, אסחור הוא ירתנה בנכסיה וקנינה”.

משמע, איפוא, שהבעל ירש במנהג היהודי הקדום רק אם לא היו לאשה בנים או בנות. לדעת אפ' שלב זה הינו התיקון הראשון; לפניו נהג בישראל החוק הכבלי הקדמון⁵ בו לא היתה לבעל כל זכות ירושה בנכסי אשתו. מסתבר כי עקרונית סבור אפ' כמאן דאמר שירושת הבעל את אשתו היא מדרבנן⁶ ועל כן יכול הוא לשער בלב שקט כי חקיקתם של חז"ל (והיא כודאי קדומה — עוד כימי בית ראשון) עברה שלבי התפתחות כמבואר.

(ב) הבעל עלה בדרגה להיות יורש שני, היינו אחרי הבנים ולפני הבנות. לדעת אפ', ברך זו מתיישבת אל נכון "כתובת בנין דכרין", שהיא לכאורה ענין תמוה ומוקשה מאד⁷:

1. ראה בפרק על תקנת פירות, ע' 355 הע' 10.
2. ראה שם בפרק על כתובת בנין דכרין (להלן - כב"ד), ע' 79-92.
3. "יורש אותה" — "לשאריו", כמובא לעיל ע' 6-2; אצל אפ' בע' 82 הע' 8.
4. שם ע' 3-82 מפפירוס ("אפיפורין" בלשון המתרגם) G. על מטמכי ייב נרחיב משהו את הדבור לקמן.
5. כיום נהוג לאיית "מבטחיה" (ב' במקום פ'), וראה לקמן.
6. בע' 82 הע' 6, עפ"י חוקי המורכין אף בזה, ראה עוד להלן.
7. ראה דבריו בסוף הע' 8 שם, ומזכיר דעת הרמב"ם ויהודה הדסי ב"אשכול הכופר".
8. ע' 83 ואילך. לענינה של כב"ד בכלל, ראה מאמרו הארוך של פ' דיקשטיין ב"המשפט העברי" קובץ ג' (תרפ"ח) ע' 25-82, וש' אסף, "לביטולה של כב"ד", ב"הצופה לחכמת ישראל" (תרפ"ו) ע' 18-30.

- (1) מדוע נכללים בכ"ד גם המוהר והמתן — הרי לפי הסבר הגמרא נקבעה הלכה זו "כדי שיקפוץ אדם ויכתוב לבתו כבנו", וטעם זה שייך לנדוניה ולא למוהר ולמתן?⁹
- (2) יתר על כן, מדוע לא נכללו בכב"ד נכסי המלוג?¹⁰
שהרי בעצם נכסי המלוג שייכים לאשה ולירשיה יותר מאשר נכסי הכתובה שהם "נכסי צאן ברזל"¹⁰!
- (3) מדוע נתקנה התקנה רק לבנים — ומדוע לא תירש הבת את אמה כאשר אין בנים? (ותירוץ הגמרא — התוק¹¹).
- (4) לאור הגירסה "ירתון" בתנאי הכתובה של כ"ד, מקשה הגמרא לענין גביית כב"ד מנכסים משועבדים, ויש המציעים בשני התלמודים¹² לתקן הגרסא — אבל המקורות העתיקים מוכיחים כגרסת "ירתון" דווקא, וקשה!

קשיים אלה מתיישבים בהסברו של המחבר:

- (1) כיון שהבנים קודמים לאב בירושת האם, הם יורשים את כל נכסיה; לפיכך הם זכאים גם לנדוניה, גם למוהר ולמתן. עד מות האב, מופקדים נכסים אלה בידו (ולשמושו) — שכן כך ניתנו, אך כמותו חוזר הכל ליורשים.
- (2) נכסי המלוג לא נכללו בכב"ד, פשוט מפני שהללו עברו לבנים מיד עם מות האם, שהם היורשים!
- ולסכום שתי החשובות: אין כב"ד אלא תקנה קדומה, שבאה להפקיד ביד הבעל את הכתובה ולהבטיח את גבייתה עם מותו ע"י בני האשה הזאת!
- (3) לפי"ז מובן היטב מדוע לא נכללה הבת בכב"ד, שהרי בשלב זה הוקדם האב לבת בירושה, ואמנם אם אין בנים — יורש הבעל! (אבי הבת)
- (4) הבטיי "ירתון" אינו מוסב על ירושת הבנים את האב, אלא על ירושתם את האם, ובכך מסולקת קשיית הגמרא וכוודאי שאין הבעל רשאי למכור נכסים המופקדים בידו — ואם מכר אפשר לטרפם¹³.

- (ג) רק בשלב השלישי, הוגדר הבעל כיורש ראשון בנכסי אשתו, וקודם הן לבנים ולבנות. לדעת המחבר, נקבעה הלכה זו בימי התנאים הראשונים — שכן בדורות שלאחר התורבן היא כבר מקובלת על רשב"י, רשב"ג ומתקני תקנת אושא¹⁴.

9. ראה בבלי כתובות נ"ב א, ודינו של אפי' בע' 84 הע' 11.

10. על מונחים אלה הרחבנו את הדיבור לעיל, עמ' 113 ואילך. ראה שם.

11. שמה יש לו בנים מאשה אחרת וייעקר דין תורה שאין בת יורשת במקום הבנים; ראה דינו של המחבר בהערה הנ"ל.

12. בבבלי "יסבון" — כתובות נ"ה א'; בירושלמי "יטלון" — כתובות כ"ט א. ראה דברי המחבר בהמשך ההערה, ע' 85 שם. וראה מה שהאריך בכירור הנושא מהר"ן אפשטיין במלנה"מ ע' 12-13, ואף הוא העלה ש"ירתון" עיקר.

13. שם ע' 86 בסוף אותה הערה.

14. רשב"ג — במשנת כתובות הנזכרת בסעיף 5 — ע' 14 לעיל; רשב"י — במשנת "נכסים ידועים", ראה

בקורת התיאוריה:

1. בהנחות היסוד:

הנחה יסודית ראשונה אומרת, כי אין לסמוך על המקורות התלמודיים. היינו — הללו מגלים ומעלימים דברים באופן מגמתי, ורק בין השיטין יכול החוקר לגלות מה בעצם באמת קרה. במקרה שלפנינו: נחלקו חכמים אם התקנה מן התורה או מדרבנן. לדעת אפשטיין, אין ספק שהתקנה אינה מן התורה — אדרבא, מן התורה אין ללמוד דבר, והחוק היסודי שנהג היה החוק הבבלי העתיק (מדוע לא המצרי?); בימי בית ראשון החל השני — שלא נתגבש סופית אלא בדורות התנאים המאוחרים. על כן: לא "דין תורת משה" לפנינו, ואף לא "דין דרבנן" של חיקוק חרשמי, אלא תהליך ארוך שנים. אם הלכה כחכמים הסוברים שירושת הבעל דרבנן — ניחא, בשלב זה; אך מדוע להעלים מן הדעה הסבורה שההלכה מדאורייתא?

התשובה לכך טמונה בהנחה יסודית שנייה. בהשפעת תורת האבולוציה של דרווין, נתקבלה תיאוריה מקבילה במדעי הרוח: תיאוריית הפרוגרס¹⁵. יסודה של שיטה זו ברעיון ההתפתחות ברצף ההיסטורי של כל מערכת שהיא בתחום-חיים זה או אחר; החל בטכניקה ובמדע, וכלה במערכות המוסר והחוק. לאור תיאוריה זו — המקובלת על רבים עד עצם היום הזה — יש לחפש ולמצוא את השלבים אותם עברה כל מערכת עד הגיעה למצבה בשלב מסוים; על כן — אם מצאנו את הבעל יורש את אשתו כיו"ד ראשון, וזאת — על אף חוסר קשריהם בינו לבינה — עלינו לחפש את השלבים שקדמו להכרעה זו, ומכאן חפושיו של

בפרק על תקנת אושא ע' 491: מתקני תקנת אושא — כבבלי כתובות נ' א ושי"ג. אך ראה בדינונו בתקנת אושא שהעלינו כי יתכן שתקנה זו אמוראית היא — ונתקנה בכנוס חכמים באושא בדורם של ר' יוסי בר הניגא ור' יוחנן. כינתיים ראינו כי פרופ' ש' ספראי סבור כי התקנה תנאית ומשל הסנהדרין — ראה בספר הזכרון לאלון (תשל"ע) ע' 203-226 הע' 53, ובדברינו לעיל, שער תק"א ע' 490 הע' 30. 15. לענין זה זכיתי להשתתף בשנת תשל"ה בסמינריון מיוחד לתלמידי מחקר באוניברסיטת ת"א בהנחייתו של פרופ' אוריאל טל, שכלל דיונים ועיונים בשאלת המתודולוגיה והאידיאולוגיה של חכמת ישראל ההסטורית ומדעי היהדות; התיבט הנוכח בפנים העלה פעמים הרבה בדינוי הסמינריון, אע"פ שבתומך הרקע רחב ההיקף שעפ"יו נערכו הדיונים, מצאתי לפי שעה לא יותר מאשר רמז לדבר. כוונתי למאמרו של נחום גלצר על ההתחלות של מדעי היהדות המודרניים (ראה השם האנגלי להלן) בקובץ שההדיר א. אלטמן בהרווארד (1964) על מחקרים בהיסטוריה האינטלקטואלית של היהדות במאה ה-19 ע' 27-45; ראת שם בע' 34 הערתו של גלצר על ה"היסטוריציוזם" של התקופה, שהפכה כל מדע להסטוריה של אותו מדע — בין השאר, בעקבות דרווין שבמקום לעסוק בביולוגיה עסק בהסטוריה של הביולוגיה וכו'. כך גם במדעי היהדות, במקום לעסוק בבעיות עצמן — עסקו בהסטוריה של הבעיה או הנושא — ומכאן שגם במשפט העברי, חפשו תמיד את ההתפתחות ההסטורית במקום לעסוק בכיורור השאלה לגופה.

Glatzer Nahum, The beginnings of Modern Jewish Studies', in: 'Studies in 19th Century Jewish Intellectual History, ed. A. Altman

אפשטיין ותחושת ההישג עם הצליחו להניח אצבע על מקורות המראים כי אמנם שלבים כאלה היו גם היו.

אלא שעל כרחנו עלינו להודות, כי אפשרית גם הנחת יסוד מנוגדת: בחוק העברי, במשפטי החורה, לא היו שלביהתפתחותבהכרת; התורה שבכתב כרוכה ירדה, מסיני, עם התורה שבעל-פה¹⁶, והלכתהבעל-כיורשיראשון מקורה מאז: אין דבר זה מונע, כמוכן, שנויים בחוק ותוספות עליו — כפי שמוסרים המקורות במפורש (ראשית למאךדאמר ירושת הבעל הרבנן; שנית — ורק להדגמה — ענינה של תקנת אושא, שהיא בודאי תקנה מאוחרת כפי שביירנו בפרק המיוחד לה) — אך העקרון הגנוז בהנחה זו הוא שהתורה משוכללת ומושלמת ירדה מסיני, ולא ייתכנו בה שנויים מפליגים ללא עזרת מפורשת של המקורות.

לאורה של הנחת יסוד זו, נופל כמוכן כל הבנין שהקים אפשטיין; לדעתם של חסידי ההנחה המנוגדת, היא צורך לטרוח בכל קושיותיו של אפשטיין ולישכן — ועל המבקר האובייקטיבי (אם ימצא כזה — אם ייתכן כזה!) היא להכריע להיכן לבו נוטה יותר.

על חלק מן הדברים ננסה לעמוד להלן, אך אין אנו רואים עצמנו חייבים להציע פתרון גמור לכל הבעיות; שיטתו של אפשטיין עצמה אף היא מלאה "חורים" הטעונים הסבר, ושאלות שקשה להשיב עליהן — ואף שאין להשיב את הארי לאחר מותו, מכל מקום תורה היא וללמוד אנו צריכים, וחובה עלינו איפוא לבדוק אחת לאחת את הוכחותיו של המחבר ולראות אם אמנם תקפות הן.

2. הראיות מן המסמכים:

לדעת אפשטיין, מצויים הסימנים לשני השלבים הראשונים של הבעל-כיורש במסמכים: (א) הפירושים של ייב, (ב) כתובת בנין דכרין. באיזו מידה יכולים, אמנם הפירושים של ייב לשמש להוכחת עניינינו? בשנים האחרונות זכינו לפרסומים נוספים ומחקרים רבים במסמכי ייב; לצורךנו נתבסס על עבודתו המקפת של פרופ' ירון "המשפט של מסמכי ייב"¹⁷, ונצמצם דיוננו כאן לבחינת

16. ראה משנת אבות א"א ופרושי הראשונים שם, ולאחרונה בפירושו של פרופ' כ"צ דינור (מהד' ספרית דורות) ע' 37, ואלון ת"א ע' 182.

17. הוצאת אקדמון, האוניברסיטה העברית, ירושלים תשכ"ח (הדפסה שנייה); מהדורתו הא' של הספר נדפסה בשנת תשכ"א, ובמקביל נתפרסמה העבודה באנגלית בהוצאת אוניברסיטת אוקספורד (1961), המחבר מציון עזרתם של פרופ' דאובה וד"ר פאלק לנוסח האנגלי (ר' בהקדמה). ביקורת המה החיובית — הן מבחינה משפטית והן מבחינה הסטורית-פילולוגית נתפרסמה ע"י הופטיצ'ר ב"ביבליותיקה אודיינטליס" של אוני' לידן (הולנד), כרך 21 (1964) ע' 1-200, ולהלן עוד נעטק בהערות הופטיצ'ר שם.

מחקר מעמיק וחשוב במשפט המסחרי של מסמכי ייב, נתפרסם לאחרונה ע"י הפרופסור יוחנן מופס מן הסמינר לרבנים ע"ש שכטר בני": Muffs Yochanan, Studies in the Aramaic Legal Papyri: From Elephantine, Ktav Publ, H. N.Y. 1973 (First Published 1969, Leiden).

מסקנותיו של אפשטיין; בסעיף מיוחד להלן נדון במשפט המזרח הקדמון ובתוכו במשפט הירושה ב"ב.

אפשטיין מצמצם ראייתו לפפירוס אחד — הוא פפירוס G¹⁸; אך נוסח דומה במידה מפתיעה נמצא במסמך שנתפרסם רק בשנת 1953 — לאתר פטירתו של המתבר אך טרם פרסום ספרו בעברית; כוונתי לפפירוס 7 באוסף המסמכים של מוזיאון ברוקלין שנתפרסמו ע"י קרלינג¹⁹, וזו לשונו²⁰:

"והן תמות יהוישמע וזכר ונקבה לא איתי לה מן ענני בעלה
ענני הוא ירתנה בתכונתה ונכסיה וקנינה וכל זי אתי לה"²¹.

(ותרגומו²²: ואם תמות יהוישמע (= האשה) וכן זכר או נקבה אין לה מענני בעלה, ענני הוא יירשנה בתכונתה ונכסיה וקנינה וכל שיש לה).
האמנם יש בנוסחאות אלה²³ כדי להוכיח הטענה שהבעל, במשפט ימי בית-שני, היה יורש את אשתו לאחר ילדיו (ליתר דיוק — ללא ילדים)?
הספק נופל בענין זה משתי פנים: ראשית, לא ברור אם אמנם יש בתנאי כתובה אלה רמז למשפט העברי; ירון מקדיש בסוף הספר מקום נרחב לדיון בשאלות ההשפעה והקשר של

המחקר גופו משתרע על פני 194 ע' גדושי מראי מקומות והערות למדניות ככל הנוגע למחקר הארמי-אשורולוגי (המתבר הוא חוקר תנ"ך וספרות המזרח הקדמון ומתלמידיו של א' שפיידר (E.A. Speiser) כפי שהוא מעיד על עצמו בהקדמה), ואח"כ מפתח מגוון ומפורט המשתרע כשלעצמו על למעלה ממאה (100) ע'.

בפרק הראשון (ע' 2-1) דן מופס בהתגלותם של הפפירוסים ומציין מקורות רבים על מחקר המסמכים ומזהותם ועל מתיישבי י"ב; בע' 2-10 דן המתבר גם בספרו של ירון (בעיקר עפ"י מהדורתו האנגלית — המקבילה — אף שהוא מעמיד גם על הנוספות שמצא במהדורה העברית); בדרך כלל משבחו מאד, אך תולק על מסקנותיו בענין ההשפעה שהיתה למשפט המזרח הקדמון על משפטם של אנשי י"ב: לדעתו של מופס (ראה במיוחד בסכום ספרו, וראה בע' 193) וכפי שהוא מוכיח לאורך הספר, היתה למשפט המזרח הקדמון השפעה רבה על "מוסדות" וטרמינולוגיה משפטית במסמכי י"ב, וראה להלן הערות 24-5 ע' (כדברינו).

18. בע' 9-18 של ספרנו מביא המתבר את הפפירוס בשלמותו (ומשום מה מכנה אותו "אפיפריין", ושמה זה הידושו של המתרגם משה מיזלש) עפ"י מהד' סייסקאולי 1906, וראה הפירוט הביבליוגרפי אצל ירון, ובמה שכתבנו בנושא זה בפרק על תקנת פירות ע' 356; נוסח פ' קאולי 15 (הואי הוא פ' G הנ"ל); הבדלי הסימון נובעים ממהדורות שונות של האוסף — מד' 1906 ר' 1923) נתפרסם עם תרגומו לעברית גם אצל גולאק באוצר השטרות (ירושלים תרפ"ו) ע' 25-28.

19. E.G. Kraeling, The Brooklyn Museum Aramaic Papyri, 1953.

20. הציטוט עפ"י ירון, שם, ע' 91.

21. ההשלמות של קרלינג, שם, ועפ"י עבודו של ירון. ראה שם הע' 3.

22. ירון, שם.

23. הדמיון בין הנוסחאות מראה על קיומה של פורמולה קבועה לחווי נשואין מעין אלה. הארכיון של מבטחיה (ממנו פ' קאולי 15) כולל מסמכים בין השנים 471-410 לפני הספירה הנוצרות, ואילו ארכיונו של ענני (ממנו פ' קרלינג 7) כולל מסמכים שנערכו בשנים 451-402 — ראה ירון, ע' 3.

משפט ייב עם מערכות-משפט מקבילות, ומסיק — בין השאר — כי לא נראות לו נקודות קשר עם המשפט המקראי²⁴, מחד, ועם המשפט התלמודי מאידך²⁵; לעומת זאת מסתבר ככל הנראה הקשר שבין משפט ייב למשפט הדמוטרימצרי²⁶; והנה, ככל שהדבר יראה מזור, עפ"י המשפט המצרי אין בני זוג יורשים זה את זה כלל, אלא ילדיהם הם היורשים אותם²⁷ — ומכאן פתח לספקולציה רבת ענין: שמא לפנינו סינטיזה של משפטי-ההלכה²⁸ עם המשפט המקומי-מצרי: אם יש ילדים לזוג — ואין כאן עקירת דיִקִירושה מן התורה, יירשו הילדים כמנהג המקום²⁹; ואם אין להם ילדים, לא יחזרו הנכסים לבית קרובי הנפטר אלא יחול בהם דיִקִרהלכה, והבעל יירש את אשתו³⁰!

24. ראה שם ע' 164.

25. ראה שם ע' 176 ועד סיום הספר.

26. שם ע' 170 ואילך, אם כי מתוך זהירות רבה וספקנות.

27. ראה מה שכתבו כענין זה הפטיצ'ר ופסטמן בביבליומיקה אודיינטיליס כרך 19 (216-219); בדיוגם שם מציעים השניים לפענח את שורה 11 בפפירוס קרלינג 2 (שורה שבה התקשה ירון עוד במאמר קודם ב"Jnes xx ע' 129, וכן בספרנו ע' 87; את שורה 12 מפענח ירון "ענני הו שליט פבלג כל נכסך" והמתברים מקבלים פענח זה) באופן הבא: "ענניה משלם בר זכור (הוא אדוניה של תמות, אשתו של ענני) שליט פבלג" — ולפי זה בעליה של השפחה הנשואה לאחר יורש מחצית הנכסים אם ימות הבעל ראשון וכי; נוסח זה נמצא אח"כ, מסיבות כלשהן — ושמא מחמת שחזרה של תמות ויציאתה לחירות. פירוש זה מעורר שאלות רבות, ובעיקר — להיכן נעלם תציה השני של הירושה? המתברים מציעים כי המחצית ה"עלומה" היא המחצית העוברת לילדים, שבהיותם יורשים טבעיים, לא היה צורך להזכירם בפירושו פרוץ ירון עצמו אינו נראה בטוח לגבי עצם ירושת בניו ובנות על פי דין (ולא כתוצאה מתנהלת הנכסים בהסכם חתום) — וראה בספרו הנ"ל ע' 82 ואילך, ובדברי הפטיצ'ר ופסטמן שם הע' 10; פסטמן, שחיבר ספר מיוחד על המשפט המצרי הקדמון, טוען שם כי אמנם לפי המשפט המצרי אין בני זוג יורשים זה את זה, על פי דין, כלל. מכאן, שגם בפי קאולי 16 (לדברי ירון, ע' 135, מצבו גרוע עד שאינו למד ממנו כמעט; מ"מ הוא דן ככל הנראה בגביית חוב) הנושה גובה מן הילדים חוב שיש לו על אחד ההורים שנפטר ולא מבן הזוג שנשאר!

הארכנו בהבאת דבריהם של החוקרים הנ"ל, מפני שנראה לנו כי התיבט שנחשו; בכך חשוב לנושא עיוננו; הן זכות הילדים לרשת על פי דין, והן העובדה כי בני זוג אינם יורשים זה את זה אלא מתוך הסכם.

28. אני נוקט במונח זה כדי להימנע מלהכנס כאן לשאלה של דאורייתא או דרבנן.

29. ולמנהג המקום יש השלכה ממשית בהלכה, ובמיוחד בדיני נשואין; ראה מה שהערתי לענין זה ב"חוב הבעל ברפואת אשתו", דיני ישראל ו' (תשל"ז) ע' 54, ולפני כן בדין כרך ר' ע' 135 ואילך, ובמיוחד בע' 136 שם הע' 58; וראה עכשיו סכומי דברים אצל אלון הנ"ל, ח"ב ע' 713 ואילך (פרק שלם על המנהג) ובמיוחד שם ע' 739 על כותו של מנהג בחיובי ממון בין בעל לאשתו. וראה במבוא שהערנו על תופעה זו גם בהקבלה למשפטי האומות.

30. אשר לזכויות האלמנה בנכסי בעלה, ראה מש"כ ירון שם ע' 89 ואילך; במסמכי ייב ניתנים הנכסים לבעל בלשון "ירתנה" (=ירושה) ולאשה בלשון "שליט"; מכת הבדל מינות זה הציע כבר פרוינד ב'1907 (ראה ירון ע' 90 הע' 2) כי האשה אינה זוכה כגוף הנכסים אלא באכילת פירותיהם בלבד, ולעומתו מציע ירון כי האשה זוכה בנכסים מכת ההסכם והתנאי, בעוד הבעל זוכה בהם כיו"ש ע"פ דין. הפטיצ'ר (בבכורתו הנ"ל ראה הע' 17) מפקפק ברעיון זה של ירון; לדעתו אין הבעל — בדיוק כמו

זומה כי הדברים מקבלים אשור ממסמך נוסף — הלא הוא פ' קרלינג 14³¹; במסמך זה (שטר מתנה מענני לאשתו תמת, וראה לעיל הע' 27) נכתב כי הרכוש הניתן במתנה יעבור עם מות האשה לילדי הזוג, וכן כי אותו חלק שלא ניתן במתנה, יעבור לילדים; אין במסמך כל אזכור של ירושה הדדית בין בני הזוג!

על כרחננו³² שהתיאור שהוצע לסדרי הירושה מדויק; מעיקר הדין בייב, ירשו הילדים את הוריהם, ולהללו לא היתה כל זכות עמידהיחוקית כירשיים; רק אם רצו בכך בני הזוג בפירוש וכתבו וסכמו ביניהם, היה הבעל יורש והאשה זוכה בנכסים.

עלה אפוא בידינו כי דברי אפשטיין בענין משפטייב אינם מוכרחים, שהרי יתכן כי משפט ייב לא ייצג נאמנה את המשפט העברי אלא שיטה סינטטית מיוחדת לזמנם ומקומם של אנשי ייב.

ועדיין יש מקום גם לספק שני. האם אמנם היתה למשפט היהודי בכלל השפעה על משפטם של אנשי ייב? למעלה הנתנו, כדרכם של רוב החוקרים, כי אמנם כן הוא; אך ירון במחקרו מפקפק בדבר מאד³³, וברצוני להציע כאן מעין סתירה הגיונית התורמת אף היא לספק הנזכר.

האשה — יכול להיחשב כירש ע"פ דין, והוא גם אינו נוכר אף פעם במסמכים ברשימות היורשים (וראה ההערה הקודמת); לדעתו של הופטיצ'ר, ההבדל במינוח קשור, באופן בלתי ברור עדיין לו עצמו, לזכויות המוענקות ע"פ חוזה ולדברינו — הכל בא יפה על פרטיו ופירוטו: מבחינת החוזה המצרי, מוענקות הן לבעל והן לאשה זכויות שאינן מעוגנות בחוק הפוזיטיבינורמטיבי; כיון שסיבת הענקת הזכויות נובעת מן המשפט העברי (שהרי לכלי עלמא במרשבה יהודית עסקינן?) — הוענקו הזכויות לבעל בלשון ירושה, כדינו, ולאשה בלשון "שליש" וכדי להבחין ביניהם!

אף שמגדר השערה לא יצאנו, מכל מקום נראה כי אין השערה זו סבירה פחות — ולענין הרבה יותר! — מאשר השערתו של אפשטיין כי מסמכי ייב מבוססים במלואם על החלכה היהודית שנהגה באותה תקופה, ומאם נוכל ללמוד כי הבעל היה "יורש שלישי", לאור הממצאים ונתוחו של פרופ' ירון נראה כי השערה זו אין לה על מה שתסמוך, ובכל מקרה היתה למשפט המקומי השפעה משמעותית על מנהגיהם ומערכת חוקיהם של אנשי ייב.

גם מופס רואה בכוונת "ירש" ו"שליש" בטויים מקבילים, ואף מביא ראיה לכך מקטע של מגילת-תהלים שנמצאה בקומראן; ראה ב"תקונים והערות" ע' 208 — המוסבים על דבריו בע' 193 הע' 3; איני בטוח כי אמנם יש זהות בענין זה בין "ירש" ו"ירש" — כאשר הראשון מובנו שלטון, והשני העברת נכסים מדור לדור (ועל אף הקשר האטימולוגי, עליו כבר הערנו למעלה בע' 2 הע' 8 מפי ב' כהן, דומה כי בשמוש הפורמלי יש מקום להבחין בין הפעלים, וצ"ע).

וראה לקמן לענין לשון ירושה — ויש להוסיף דיונו של רש"י במשמעות הכפולה של השורש "ירש" — ראה במדבר ל"ב ל"ט "שחיבת רי"ש משמשת שתי הלוקות, לשון ירושה ולשון הורשה" — וא"ה אאריך בכל הענין במקום אחר.

31. ראה הדין המפורט אצל ירון, ע' 98-97, וכן שם להלן ע' 111 קטע מן הפ'.
32. ירון עצמו מהסס בקביעה זו, באומרו כי ההשערה נתמכת "במידת מה" ממסמך זה.
33. ראה לעיל, ליד הע"ש 124. לעומתו סבור מופס כי קיים קשר הדוק בין כל המערכות המשפטיות של העולם הקדמון: משפט ארמי, סורי, עברי — כולם אינם אלא "רפלקסים של המשפט הארמי המקובל ומסורתו העתיקה המיוצגים ע"י לוחות אשוריים, בבליים ומסמכי ייב" (ע' 193).

לדבריו של אפשטיין, משקפת כתובת בנין דכרין את השלב הכא במעמד הבעל כיוורש — היינו, השלב בו הוקדם הבעל לבנות, אבל לא לבנים. מן התימה, על כן, כי אפשטיין עצמו מוצא רמז לכב"ד במסמכי י"ב:

המדובר הוא בקאולי³⁴⁹: במסמך זה מוכתחים לבני האשה מחצית הנכסים במות האב: — אמנם אין המסמך מחלק בין הבנים לבנות, אבל עצם הבטחת חלק הנכסים ליורשים מעוררת ענין; אך כיצד ייתכן להציע כי רמז בכאן לכב"ד — בעוד אין בכך כל צורך בשלב זה של דיני הירושה?

דומני כי על כרחנו שכב"ד לא באה לשנות ממעמדו של הבעל כיוורש, אלא באה להבטיח כי בניו מאשה מסוימת יטלו בירושה מנכסי אמן ולא בניאשה אחרת; דבר זה אינו ספציפי למשפט העברי, אלא הוא תוצאה הגיונית של הכלל המשפטי המוכה את הבנים (והבנות) בירושה במשטר של רבוי נשים!

אך דבריו של אפשטיין נשארים קשים: אם משפט-עברי כאן בשלב א' — מדוע יש צורך בהבטחת ירושה לבנים ולבנות; ואם שלב ב' כאן — שוב אין לשלב א' כל ראיה להיסמך עליה.

נעבור, איפוא, לבירור ראיותיו מן המסמך של 'כתובת בנין דכרין'³⁵⁰. אין ספק כי הרעיון מבריק, ומשיב על כמה וכמה קשיים אמיתיים; אך מאידך עדיין מידי ספק לא יצאנו, ולהסברם של חכמים בתקנה זו יש בסיס איתן — וכמובן עומדת להם זכות 'י'אשונים'³⁶. לדבריו של המתברר³⁷, בן האשה קודם לבעל — אחרת היו עוברים הנכסים מיד עם הנשואים לבעל, דבר זה בודאי אינו מדויק, שהרי בכל מקרה הנכסים שייכים לאשה, ורק "בסוף הוא זוכה בהן" כדברי ר' ירמיה בירושלמי³⁸ — ואפילו למ"ד שהבעל בנכסי אשתו

בין השאר, מכוססים דברים אלה על מחקריו של מו"ר פרופ' קוטשר ז"ל, אשר הוכיח כי התקיימה בשנים הללו שפה בינלאומית — מעין "ארמית ממלכתית" שהיתה הקשר בעניני מסחר, משפט ומדיניות בכל ממלכות האיזור (עד לכיבושיו של אלכסנדר מוקדון) — וראה אצל מופס ע' 8-9: ראה נוספת נמצאה לדברים במסמכים משפטיים שנתגלו לאחרונה במערת נתל חבר, בואדי מורבעת, במקורות נבטיים ואף במסמכי דוראאירופוס היווניים. מכאן שזהירותו וספקנותו של ירון נראים מפורים, ויש לראות את הנושא כולו מתוך היבט רחב של רציפות משפטית-מושגית הנמשכת לאורך הדורות. ראה דבריו בענין זה גם בע' 180 ואילך, ומקורות שציין בע' 193 הע' 3.

(אציין עוד בהקשר זה כי מופס בונה את דיונו על העיון במושג המשפטי של "טב לבי" — בצד מושג-מונח נוסף "ליבשו טב" — ואף מוצא אותו בשטר קאולי 15 — הוא פפירוס G הנזכר בפנים).
34. ראה אצל אפשטיין (הקורא לו "אפיפריין C") ע' 82 הע' 2; וכן ראה אצל ירון ע' 88 הרומז לקשר של כב"ד עם פפירוס G = קאולי 15. על פ' קאולי 9 ראה גם ירון ע' 109 ליד הע' 2.

35. ראה לעיל ע' 565.

36. אלא שענינה של "זכות" זו שייך לדיונונו לעיל בהנחות היסוד ראה שם.

37. ראה ע' 84 הערה 11 והדיון שם.

38. ראה לעיל ע' 17-18.

כלוקח³⁹, בודאי אינו אלא כלוקח על הנאי והיינו שאם תמות אשתו לפניו כאילו זכה בנכסים עם ליקוחיה, ובינתיים הנכסים שלה הם.

אין ספק שתנאי כב"ד הוא עתיק; על קדמותו מוכיחה לשונו הארמית, והמחלוקות שנגזלו ראשוני התנאים (ב"ש וב"ה, ר"א בן עזריה⁴⁰ ואחרים) בפרטי התנאי; דומה כי יש מקום לקבוע זמנו של התנאי עם ראשיתה של הכתובה, בתקופת שיבת ציון⁴¹. לפיכך מן התימה על מתקני הכתובה — לשיטתו של אפשטיין — שלא נסחו את הדברים בצורה ברורה ומוצלחת יותר. כלומר: אילו אמנם היה מדובר בתנאי כב"ד על זכותם של הבנים בירושלם אמם לפני אביהם — מדוע "טושטשה" עובדה זו בתנאי הכתובה? מדוע נקבע הנוסח "ירתון יתר על חולקתון עם אחיהון" — והלא אין ההתייחסות לאחים אחרים רלבנטית כלל (או לפחות במידה מועטת)? מדוע באמת לא נזכרו נכסי המלוג — הלא גם הם עמדו ברשות הבעל לאכילת פירות⁴², והיה מקום לחשש שמא יעברו לחלקם של בנים מאם אחרת? ומכה איזה הגיון ניתנו לבעל כספי הכתובה עד יום־מותו, והלא כל זכותו בהם נובעת מהיותו בעלה של האשה, ועם הנתק קשר הנשואין, צריכים היו גם נכס־צאן־ברזל לחזור ליורשיהם האוטנטיים?) ומדוע, אמנם, אין הבנים יורשים עפ"י תנאי כב"ד מנכסים משועבדים (היינו, נכסי הכתובה שמכרם הבעל לאחרים לפני מותו) — האם אין הלכה זו, המתבססת על הנוסח "ירתון" דווקא⁴³, מפקיעה את כל רעיון ירושת הבנים מתוכנו? דומני כי על כרחנו, ועל אף הפתוי לקבל הסברו המכריק של אפשטיין, לחזור לביאורם של חז"ל: כב"ד נתקנה כדי לתקן עיוות היכול לצמוח (ומסתבר כי אמנם התרחשו מקרים כאלה למעשה ובמציאות) מהלכת־ירושלם־הבעל כירש ראשון; בהיותו זכאי לרשת נכסי אשתו, הרי מתקפח חלקם של בני האשה אם מת הבעל ויש לו בנים נוספים מאשה אחרת; משום כך נזחרו אבות מלתת לבנותיהם מתנות־חתונה רחבות היקף (והקדן המתנות הנכללות בכתובה ונגדרות נכסי צאן ברזל), ומשום כך גם ירד חלקן של המוחר והמתן שניתן ע"י החתנים (והוריהם) לכלות במסגרת הכתובה⁴⁴; קושי זה אינו קיים לגבי נכסי המלוג, שהלא

39. ראה בדיונו על תקנת אושא, ע' 532 ואילך; שם ביררנו, כי ראיית הבעל כ"לוקח" מקורה רק בתקנת אושא, היינו כשלהי המאה השנייה או בתחילת השלישית לספירת הנוצרים. דבריו (באמצע הע' 11 הנ"ל) כי הבן קודם לבעל בירושלם "שאם לא כן היתה הנדוניה עוברת בשעת הנשואין לחלוטין לבעל" וכי אין לה על מה שתסמוך — והראיה, תקנת אושא וכנ"ל!

40. ראה יבמות פט"ז מ"ג וכתובות פ"ד מ"ו, ואצל רי"ן אפשטיין הנ"ל (לעיל הע' 12) ואסף בככ"ד ע' 19.

41. ראה מה שהעלינו בזה בתקנת פירות ע' 389; גם אפשטיין סבור כי התנאי עתיק — ראה דבריו בע' 85 בסוף ההצעה הנ"ל.

42. וכבר הראינו בדיונו בראש תקנת פירות כי אף תקנה זו (או המנהג) עתיקים הם ומקורם מימי המקרא עצמו.

43. ראה מש"כ בהע' 12, ודברי אפשטיין שם.

44. ובכך מוסברת תמיחתו של אפי' מדוע נכללו הללו בככ"ד — יתר על נכסי מלוג; ראה לעיל ע' 266 ליד הע' 10.

לענין זה רצוני להוסיף כאן מראה־מקום שנשמט כנראה מאפשטיין, והכוונה לבבלי קושין ל' ע"ב,

הללו אינם ניתנים לאשה בדרך כלל אלא "נופלים" לה⁴⁵ — או שהם שלה עוד מלפני הנשואים.

לכך, איפוא, תקנו חכמי כנסת הגדולה, ככל הנראה, את התנאי האמור: להבטיח כי נכסים אלה לא יתגלגלו למי שאינו זכאי להם משום בחינה, ולעודד בדרך זו את ההורים להעניק לבנותיהם (ולבניהם!) בסיס כלכלי איתן עם נשואיהם.

ומכאן לקושי האחרון בבקורתנו על אפשטיין.

השנויים שמצאנו בהלכה בעניני הירושה — וכפי שעוד יפורט בהמשך בע"ה — עיקרם תשובה לבעיות שנתעוררו עם התחדשות הזמנים: כב"ד היא דוגמא קלסית לשנוי כזה, או התנאי שאשה שמתה ללא בנים יחזרו נכסיה לבית אביה⁴⁶; אך שלשת השלבים בתיאוריה שהציע אפשטיין אין להם כל בסיס הסטורי, כל רקע של בעיות במציאות שדרשו את השנוי! (ובודאי אין לומר כי התשש היה בהסבת הנחלה ממטה למטה אחר⁴⁷ — שהרי וכאמור גם העברת הנחלה לבן היא בגדר הסבה, שהרי הבן מתייחס אחרי האב), מה גרם איפוא לשנוי מעמדו של הבעל מירש שלישי לירש שני ואח"כ לירש ראשון? שמא "לחציהם" של הבעלים? ומדוע עדיף "לחץ" כזה על כל לחץ אחר של גורמים בעלי ענין — כאבות הנשים או הבנים?

אף אפשטיין עצמו מראה כי מיד לאחר הענקת מעמד הירושה בכיר לבעל, כבר החלה נסיגה ממעמד זה⁴⁸ — שבאה לידי בטוי בתנאי ר' יוסי⁴⁹ וכיר"ב; נסיגה זו חלה מכח חששות לנכסי אבי האשה שניתנו לבתו עם נשואיה; מדוע רשאים אנו לראות תנאי זה כמשקף בעיה אמיתית ובהתאמה לזמן, ואילו כב"ד נתפסת כענין אחר לחלוטין?

אין משיבין את הארי אהר מותו, אך דומני כי לתיאוריה שהבאנו בשם ד"ר אפשטיין זכרון לברכה יש פגמים רבים מכדי שנוכל לקבלה.

בדיון הגמרא על חיוב המשנה על האב להשיא אשת לבנו "... בשלמא בנו בידו (כלומר, לגבי בנו ימצא האב בנקל אשה שתהא נכונה להנשא לו, ש"יותר משהאיש מבקש לשאת האשה מבקשת להנשא") — אלא בתו, בידו היא? (רש"י: בתמיה, כלום יכול להרגיל לה אנשים להשיאהו וכו') — הכי קאמר לה: ניתן לה מידי ולבשייה ונכסייה כי היכי דקפצו עלה אינשי?" — ותרגומה: יתן האב לבתו מתנה כיכלתו וילבישנה ויכסנה כך שאנשים יקפצו עליה לשאתה; לגירסת כ"י מינכן כאן וברא"ש (פ"א ס"ס מג): "ניתיב לה מדידה כי היכי דניתי וניסבינהו" — ובתרגום: יתן לה משלו כך שיבוא וישאו אותה; — ואין ספק שמדובר כאן בחיוב שהוטל על האב לתת לבנותיו נדוניה מתאימה; וראה במקבילה בכתובת נ"ב ב' ובדברי אפשטיין ע' 59 והע' 1-10 ואכמ"ל יותר.

45. ראה ראש משנת כתובות פרק ח "האשה שנפלו לה נכסים", ודיונו במשנה זו בפרק על תקנת אושא, ע' 491.

46. ראה לקמן ע' 177 באורך.

47. ראה לעיל ע' 7 ואילך, שמא הכתוב כפר' בנות צלפחד דן בהסבת הבן.

48. ראה ע' 88-9 בספרו.

49. הוא התנאי שנוכר למעלה ליד הע' 46.

משפט המזרח הקדמון:

לפני שנבוא להציע פרטי-משפט המזרח הקדמון הנוגעים לעיונונו, עלינו לשים לב לשאלה עקרונית מקדימה: מה מידת הרלבנציה שיש למשפט המזרח הקדמון למשפט התורה?

(כפי שראינו לעיל⁵⁰, סבור אפשטיין — כחוקרים רבים לפניו ואחריו — כי חוקי המשפט המזרחי העתיק נהגו בישראל "מן הסתם": דבר זה טעון הבהרה והוכחה: האמנם נהג משפט זה בישראל גם לאחר מתן-תורה? — והלא רק באותו מעמד נקבעה הלכה חדשה לישראל, ועל כן עלינו למקד הדיון מאז ואילך, מה עוד שלפני כן אי אפשר היה לראות בישראל "עם" עצמאי בעל משפט משלו כלל; מה איפוא מידת הרלבנציה של משפט המזרח הקדמון על המשפט הנהג בישראל מאז מתן תורה ועד תקופת בית-שני, החל בעזרא ובית דינו ואנשי כנסת הגדולה⁵¹?)

בעיניו של מאמיקתמים, תשובתה של השאלה פשוטה וחד-משמעית: אין כל צורך בשום משפט זר, ו"ליכא מידי דלא רמיזא באורייתא"⁵² יתפרש ככא ללמד שאין ענין או שאלה שלא נוכל למצוא את תשובתה ופתרונה במערכת התורה וההלכה; כך היום — וכך היה מאז ומתמיד. ממילא שאין שחר לדעה הטוענת כי נהג בישראל משפט זר כלשהו.

עם זאת, הדמיון המפתיע שבין חוקי המורבי, למשל, לבין חוקי התורה⁵³ "מומין" התייחסות אחרת: לדעת החוקרים שלא מבני ברית, נראה היה לעתים כי משפט התורה אינו אלא "חוקי" או "סניף" למערכות החוקים המפותחות של המזרח, ואין בו כל מקוריות וחדוש משל עצמו. (דבר זה משמש בידם ל"הוכחה" כאילו אין התורה אלא מעשה-ידי המחוקק האנושי, ש"ע"כד" והתאים את חוקי המזרח ללשון והגהג העבריים — ולא תורה שמן השמים).

50. ע' 565 ליד הע' 6.
51. גבול זמן זה שרירותי למדי; מסתבר אמנם, כי בתקופה זו התגבש כבר מנהג ישראל-לייחודי בעיני משפט; גם לדעת אפשטיין הנ"ל כבר נהגו בתקופה זו בשלב השני של בעל-יורש — והיינו שני מנהג המזרח הקדמון שלפי אפי' נהג בשלב הראשון כאמור למעלה. וראה לקמן בשיטתו של קאסטנו.
52. לפי שעה לא ראיתי מקורו של פתגם מפורסם זה (והביאו פרוץ' אלון בספרו הגדול, ח"ב ע' 262, ללא ציון מקורו); בספרות התלמודית והמדרשית מצאתי רק "קרוב רחוק" שלו: בבבלי תענית ט ע"א "מי איכא מידי דכתביה רחמנא בנביאי (וי"ג בכתובי) ולא רמזיה באורייתא" (עפ"י כ"י מינכן 141 — וראה מהדורת מלטר למס' תענית, ד"צ הוצ' קדם ירושלים 1973 ובש"צ שם), ומקבילה במדבר — רבה י' ב' "אין לך דבר כתוב בנביאים וכתובים שלא רמז משה בתורה". מסתבר שפתגמנו מקורו בימי הביניים, ואכמ"ל.
53. ראה אברהם לבנון "חוקי המזרח הקדמון", חיפה תשכ"ז; המתבר תרגם מבחר מחוקי המזרח בעיקר עפ"י ANET מהד' פריטשרד 1955 (ראה לקמן), ולאחר כל קובץ חוקים הביא טבלה להשוואתו עם משפט התורה.

דומה כי החוקר הבלתי־מושד יוכל למצוא לעצמו פתרוך־ביניים, וללכת בדרכו של פרופ' מ.ד. קאסוטו ז"ל, שבפירושו על ספר שמות⁵⁴ הציע דרך משלו.

לדעתו של פרופ' קאסוטו, המסורת המשפטית של המזרח הקדמון הינה מסורת חילונית⁵⁵; מכאן הוא עובר לטענה כי גם בישראל, עד לחורבן בית ראשון, "מקורות המשפט הרשמי היו החוקים החילוניים של השלטונות והנהגה המקובל — ואילו חוקי התורה היו נחשבים כדרישות דתיות ומוסריות הפתוחות אל המצפון הכללי והאישי"⁵⁶.

מכאן הוא צועד צעד נוסף ומסיק: "יש להניח שאף המשפט הקיים בישראל היה ענף של המסורת המשפטית הכללית שהיתה נפוצה כאמור, במזרח הקדמון, אבל אין חוקי התורה מזדהים עם המשפט החילוני של ישראל. רק בימי עזרא נתקבלו חוקי התורה כחוקי המדינה, בהסכמת העם ומנהגיו (אולי צ"ל ומנהגיו)... הוראות דתיות ומוסריות בענייני המשפט — זו ההגדרה הנכונה של הכתובים המשפטיים בתורה, והוראות אלה הן משלושה סוגים:

(א) הכנסת תיקונים במסורת המשפטית הקיימת; (ב) התנגדות לפרטים מסויימים במסורת זו או ביטולם; (ג) אשור בשם הדת לפרטים אחרים, שנחשבו ראיים לקבל אישור מפורש גם בשם הדת הישראלית.

ההוראות האלה מיוסדות איפוא, על ההנחה, שכבר יש מנהגים משפטיים קיימים וחוקים חילוניים קיימים, ושהרשות ביד השליטים לקבוע עוד חוקים, אלא שהתורה קובעת גבולות לרשות זו מבהינה דתית"^{57,58}.

על אף החידוש שבדבריהם, דומה שנוכל לסכמם ממקורות קודמים ודברי ראשונים. ראש לכל, אין ספק בעובדה שהתורה מכירה במערכת משפט כללית — שהרי אחת מ"שבע מצוות בני נח"⁵⁹ היא מצוות ה"דינים" — ופירושה שנצטוו כל בני האדם כאשר הם לקבוע

54. מ.ד. קאסוטו, פירוש על ספר שמות. הוצ' מגנס, האוניברסיטה העברית, ירושלים תשי"ט. (מהדורה שלישית). לדיוגנו — ראה הפתיחה לפר' משפטים, ע' 178 ואילך.

55. ראה דבריו בע' 180, ד"ה והמסורת.

56. ע' 181: ההדגשות שלי. וראה בהמשך דבריו רמזים שמצא בכתוב להוכחת טענותיו.

57. שם ע' 182, בהשמות קלות; ההדגשות שלי. וכיו"ב כתב גם פרופ' מ"צ סגל, "אמונת ישראל מלפני סיני", תרביץ כרך ל' ע' 302: "התורה קבלה חלק מן המורשת המסופוטמית והשתמשה בהם כחומר גלמי בתחיקה המוסרית שלה (ההדגשה שלי, י"כ) — מפני שהיה ידוע ומובן יפה לדור הבאים בברית סיני".

58. לשאלת המשמעות הדתית של רעיון זה, ראה עכשיו במאמרו המאלף של פרופ' שלום רוזנברג, "חקר המקרא במחשבה היהודית הדתית החדשה", בקובץ "המקרא ואנתוני" כסריכת אוריאל סימן, (דכיר, ת"א תשל"ט) ע' 86-119, ובמיוחד שם בתיאור שיטתו של הראי"ה קוק, ע' 95 ואילך.

59. סנהדרין נ"ו א. לסכום הנושא ראה באנציקלופדיה התלמודית בערך בן נת, ומנחם אלון בח"א ע' 183 ואילך, ובמיוחד שם ע' 184 ובמקורות שציין. לאור דברינו, דומני שנוכל להסביר מדרש־פליאה רב ענין, והובא בילקוט שמעוני' לשמות, פר' בשלה רמו רנו (צילום דפוס וארשא, ירושלים תשי"ך, דף עח): "שם שם לו חוק ומשפט ושם נסרו" — שם ניתן לישראל י"א מצוות (ראה מקבילה בסדר עולם רב, מהד' רטנר פ"ה ע' 24 ליד הע' יט; ושם — עשר מצוות) — שבע שנצטוו בני נת, ואברהם על המילה

לעצמם מערכת נורמטיבית של יחסים מתוקנים בין אדם לחברו⁶⁰ – והוא הוא משפט חילוני זה עליו מדבר קאסוטו, והוא הנקרא כפי חכמי ימה"כ בשם "הדת הנימוסית"; וההגיון, איפוא, מחייב – כי בכל מקום בו אין הוראה מפורשת של משפט התורה – כי יחייב את ישראל המשפט הפוזיטיבי המקומי שהרי ברי כי אף ישראל בגדר "בני נח" הם... וראיה לדברינו, מה שהעיר הראב"ד⁶¹ בתשובה שהובאה בקובץ "תמים דעים"⁶²:

"...ובמשכון של קרקע במקום שאין מנהג לישראל הולכין אחרי מנהג של גויים... וכן אני אומר בכל דבר שאין דינו מפורש אצלנו ואין לנו בו מנהג ידוע – שהולכים בו אחרי מנהגות שלהם, שקרוב דבר זה לדינא דמלכותא דינא, והן דנין על פי המנהגות"⁶³.

דברים אלה של הראב"ד מתקשרים עם עקרון ידוע בדורות האחרונים, שמקורו בדברי הר"ן⁶⁴ בדרשותיו⁶⁵: העקרון של משפט המלך⁶⁶.

יעקב על גיד הנשה, הוסיפו לישראל שבת וכבוד אב ואם; תניא: עשר מצוות נצטוו ישראל במרה שבע שקבלו עליהן בני חת, והוסיפו עליהן דינין דכתיב שם שם לו חוק ומשפט וכו'.
וענין זה של ד' מצוות של בני חת נראה מזור ומפלא, ורטגר מעיר שם שלא מצא חבר לגירסא זו, וצ"ע נוסף; ולולא דמסתפינא מפני החדוש הייתי אומר שהכוונה כי ישראל קבלו על עצמם, כנורמה משפטית פוזיטיבית את משפט התמים (המאוחר יותר בזמן ומדרגה) ולא את משפט כבל העתיקה (ח'מורכי) – והדבר מפתיע לאור מה שהבאנו לקמן בע' 582 מחוקי התמים! (תודתי נתונה לר' יוחנן פריד שהעיר תשומת לבי למדרש פליאה זה).

60. ראה רמב"ן בנמוקי התורה לבראשית ל"ד י"ג (וגם שנחלק בו שם עם הרמב"ם בענין הטעם של בנרשכם שנתחייבו הריגה לאחר מעשה דינה) – אלון מצטטו במקומו שם.

61. הוא ר' אברהם בן דוד, הראב"ד בעל ההשגות מפוסקיר כפרובנס (1108-1120 בערך).

62. דפ"ד ונציה שפ"ב, ומצוטט עפ"י צילום מהד' וארשא תרנ"ז – ירושלים תשל"ד סימן נ"ג; הדברים הובאו ע"י פרופ' א"ח פריימן הי"ד במאמרו על דיני ישראל במדינת ישראל, שחור ונדפס בקובץ "המשפט העברי במדינת ישראל" בעריכת יעקב בוק, ירושלים תשכ"ט, ע' 47 (ושם צוין בטה"ד לסימן ג'). הרב קאפח יבלח"א במהדורת "תשובות ופסקים" שלו לראב"ד (ירושלים תשכ"ד) הביא התשובה בסימן קלא וציין למקבילותיה בספר התרומות (מ"ט ה ג) וראה בע' קעה הע' 7 שהפנה לרעיון דומה אצל הרשב"א בחידושו לבי"מ קד: ד"ד שמואל שילה ב"דינא דמלכותא דינא" ירושלים תשל"ה הביא אף הוא דין זה של הראב"ד בע' 185, עיי"ש.

63. ע"י דבדרי שילה שם, שדן בשאלה אם "דינא דמלכותא" מחייב רק מבח סמכות המלך או גם מבח מנהג העם והמשפט המקובל; מדברי הראב"ד כאן משמע כלשון אחרון, וראה עכשיו במאמרו של נחום רקובר "דינא דמלכותא דינא" בקובץ "הגות" (ירושלים תשל"ח) ע' 76 ואילך.

64. ככל הנראה, הכוונה לרבינו נסים בן ראובן (גירונדי) תלמיד הרשב"א (1320-1380 בערך), ולא כפי ששיערו רבים שהוא רבינו נסים תלמיד הרמב"ן; ראה לענין זה בערך רבינו נסים ב"אור החיים" לר' חיים מיכל ע' 559, וכן במה שהביא הרב משולם יעקב גינצבורג בספרו החשוב "משפטים לישראל" (ירושלים תשט"ז) ע' כג הערה קת. (והזכיר שבעל דודו"ד העיר בזה והוכיח כי הוא מפרש הר"ף – והוא הוא הרנב"ר).

65. שנים עשר דרושים (על התורה) לזר"ן ז"ל, ד"צ ירושלים תשי"ט, הדרוש האחד-עשר (ע' 74-79). פרופ' אלון דן בנושא כולו בהרחבה בספרו כרך א' ע' 42 ואילך ומצטט קטעים מדברי הר"ן, עיי"ש.

עקרון זה, המסמך את המלך (וכן הבאים מכוחו ואף ב"ד⁶⁷) לעזור ולבצע עונשים אף נגד דין תורה אם השעה צריכה לכך, וכן לתקן תקנות ולגזור גזירות כדי להסדיר את "הקבוץ המדיני"⁶⁸, יוצר תופעה של משפט דואלי, שבו חול וקודש משמשים ברבומן, וכמו שהיטיב לתאר זאת הר"ן בדרשתו שם⁶⁹:

"ולפיכך אני סובר ודאוי שייאמן, שכמו שהחוקים שאין להם מבוא כלל בתקון הסדור המדיני⁷⁰ — הם סיבה עצמית קרוב לחול השפע האלוקי, כן משפטי התורה יש להם מבוא גדול וכאלו הם משותפים בין ענין חול והענין האלוקי באומתנו ותקו ענין קבוצנו⁷¹... ומפני זה אפשר שיימצא בקצת משפטי ודיני האומות הנ"ל מה שהוא יותר קרוב לתקון הסדור המדיני ממה שימצא בקצת משפטי התורה — ואין אנו חסרים בזה דבר, כי כל מה שיחסר מהתקון הנזכר היה משלימו המלך..."

כלומר, כל מה שחסר בתורה מהסדרת עניני החברה — נמסר ליד המלך להתקין ולבצע, והמלך רשאי (ואף, כנראה, ניצל זכות זו) כמובן לקבל נוהגי האומות בהתאמה לזמן ולמקום — והם הם דברי קאסוטו⁷² ופנת, איפוא, למקורות המשפטיים של המזרח הקדמון⁷³ ונראה מה בפיהם בשאלות ירושת הבעל את אשתו (וחובת הקבורה⁷⁴) וענינים הקשורים לכך.

66. על משפט המלך, ראה אלון שם, וגינצבורג בפרק רביעי ע' כג-קמ: הרב אברהם יצחק הכהן קוק זצ"ל בשו"ת משפט כהן סי' קמד אף מביע להלכה כי ההנהגה הנוכחית במדינה עומדת במקומה של המלך וסמכותה כסמכותו, וראה אצל אלון שם ע' 46.

67. ראה רמב"ם הלכות סנהדרין פרק כ"ד ה"ד, ובמקבילה בהלכות רוצח פ"ב ה"ד; וראה "משפטים לישראל" הנ"ל סעיף י"ח (ע' קלב ואילך).

68. היינו — לצורך תקנת החברה והעם במדינה.

69. ע' 75 ד"ה לפיכך; בחלקם הובאו הדברים אצל אלון וגינצבורג שם.

70. כלומר, כמו שיש חוקים בעלי משמעות דתית מובהקת, שאינם מביאים במישורן לשפור היי החברה, והם מביאים את השפע האלוקי (ובכך משפרים כמובן גם את החברה כולה) וכי'.

71. דהיינו, גם למשפטי התורה (בהיבט המשפטי — במשמעות המצוות שבין אדם לחבירו) יש תפקיד כפול: הן להחיל את "הענין האלוקי", והן לתקן את החברה.

72. וראה עוד לענין מנהג לפני מתן תורה ב"תוספת ברכה" (לר' ברוך אפשטיין, בעל "תורה תמימה") לדברים פ"ב כי תצא (ע' 164, ת"א תשכ"ד). שמנה כמה מנהגים כג"ל שהתורה מסתמכת עליהם, וכבר כתב כיו"ב בפר' משפטים בד"ן אמה עיי"ש.

73. ראה אצל קאסוטו הנ"ל, שמנה את קובצי החוקים העיקריים ממסופוטמיה חוקי החתים וכיו"ב ותיארם בקצרה; מקורותינו לדין זה הם בעיקר:

(1) ANET (Ancient Near Eastern Texts), Ed. J.B. Pritchard, 3^d Ed, 1969, Princeton, (1) New Jersey

(2) לבנון, חוקי המזרח הקדמון, חיפה תשכ"ז.

במקום שלא ציינתי אחרת — התרגום (מאנגלית) שלי.

74. הענין עצמו נידון לעיל בפרק מיוחד ע' 61 ואילך.

(א) בעלות על נכס־דלא נידי לאשה:

“אם בעל לנכס⁷⁵ או בעלת נכס...” זכר^{76,77}.

(ב) נדוניה וירושתה:

אם האשה השניה אותה לקח לאשה ילדה לו ילדים, הגדוניה שהביאה מבית אביה שייכת לילדיה, אך ילדי אשתו הראשונה יחד עם ילדי השניה יחלקו בשווה נכסי אביהם⁷⁸.

סברה היא כי המדובר כמות האבי־הבעל: במקרה זה נכסי האם עוברים לילדיה, בעוד נכסי האב מתחלקים בשווה בין כל היורשים. האם זוכים ילדי השניה בנכסי אמם עם מותה או רק אחרי מות האב (בדומה לכתובת בנין זכרין)?

(ג) קדושין ונשואין:

(הנשוא הנידון כאן נוגע בשאלה מרכזית בדיון להלן: מהו “הרגע הקובע” לענין חלות חיוב־הנשואין? האם ה“אירוסין” (הסהם ה“קדושין” בכסף או בשטר או בביאה⁷⁹) מחילים את החיובים — או רק ה“נשואין”?)
הקטעים לקוחים מתוך קובץ חוקי אשנונה⁸⁰:

סעיף 17: אם בנו של אדם מביא כסף־מותר לבית חותנו, ואחד מן השניים⁸¹ מת, יחזור הכסף לבעליו.

סעיף 18: אם הוא לוקח אותה והיא נכנסת לתוך ביתו⁸² ואח“כ מתה האשה הצעירה, הוא אינו יכול לקבל חזרה את הכסף שהביא לחותנו, אבל יוכל להחזיק בעודף שנשאר בידו.

סעיף 27: אם אדם לוקח בת אדם אחר ללא בקשת רשות אביה ואמה ובלא שיסכם חוזה נשואין פורמלי⁸² עם אביה ואמה, אפילו תחיה בביתו שנה — היא איננה “אשת הבית”⁸³.

סעיף 28: אם נחתם חוזה עם ההורים והיא גרה עמו, אשת־איש היא ואם נתפסה עם אחר — תמות.

75. בתרגום האנגלי — Estate, שפירושו נכס־מקרקעין, אחוזה.

76. המדובר שם באיית־שלום מסים.

77. הסעיף הובא מתוך קובץ חוקי ליפית־אשנור (מלך בסביבות 1900 לפנה“ס בשומר ואכד), אנט שם ע’ 160, סעיף 18.

78. שם, סעיף 24.

79. ראה משנת קדושין א“א וירושלמי שם (“אראו” אפשטיין, ע’ 7 ליד הע”ש 34) מפרש אחרת, אך אינו נ”ל — ואכמ”ל.

80. קובץ חוקי אשנונה, עיר־מדינה בסביבות 2000 לפנה“ס, שם ע’ 162.

81. מבני הזוג — ובכך נתבטל הקדושין.

82. ההדגשה שלי.

83. Housewife, והכוונה ככל הנראה לאשה־חוקית, בנגוד לפילגש.

בהקשר זה נעיר על הסעיפים הנדונים שתי הערות:

(1) חוקי אשנונה, ככל הנראה, מבדילים היטב בין קדושין (בכסף ואפילו בשטר) לבין "כונסה לתוך ביתו" = נשואין;

(2) ה"עודף" בסעיף 18 אינו ברור: האם הכוונה לשארית המוחר שעליו ליתן לחותנו — ושעתה, עם מות האשה, אין מחייבים אותו לשלם⁸⁴, או אולי הכוונה לכספי הנדוניה שהביאה האשה ושאותם הוא יורש ולא הורי הכלה?

(ד) נשואין וירודה בחוקי המורבי⁸⁵:

סעיף 128⁸⁶: אם אדם השיג⁸⁷ אשה אך לא רשם את החוזה בשבילה, עלמה זו אינו אשת איש.

(מסתבר שאף כאן אנו עדים לפריובלמטיקה דלמעלה. שמא מכאן גם רמז להלכה שאסור לאדם לקיים אשתו ללא כתובה⁸⁸?)

סעיף 162⁸⁹: אם, כאשר יקח איש אשה וילדה לו בנים, והאשה היא לגורלה הלכה (= מתה), אביה אינו יכול לטעון על שילוחיה (= אביה אינו יכול לתבוע את נדוניה), כי שלוחיה לבניה.

משמע, איפוא, כי לפי סעיף זה ירשו הבנים את אמם, ומשום כך אין נותן הנדן (אביהו) רשאי לתבעה בחזרה. הסתוב בסעיף זה הוא מעמדו של הבעל; האם נהא ורשאים להסיק מכאן כי לא היתה לו כל יד בנכסים? נעיין בסעיפים הבאים, ונגסה להבין את המערכת כולה: סעיף 163⁹⁰: כי יקח איש אשה, והלכה האשה היא לעמוד בגורלה ובנים לא ילדה לו, אם השב ישיב חותנו את המוחר (= מה ששילם החתן לאבי הכלה) אשר הוביל⁹¹ האיש ההוא

84. השוה להלכה שלנו במקרה המקביל, כשהאב התחייב ליתן נדוניה ולא הספיק להשלים עד שמתה האשה — לעיל ע' 289 וראה עוד ע' 324 ומתלוקת הראשונים ברבר.

85. קובץ החוקים הידוע ביותר מן המזרח הקדמון, ואף אפשטיין (ע' 83 שם) מצטט רק ממנו. קובץ זה מובא באנש החל בע' 163. חמורבי מלך בבבל בסביבות 1700 לפנה"ס, ויש המקדימים זמנו לסביבות 1900 ובימי אברהם אבינו (אמרפל מלך שבער? — ראה בראשית י"ד א' ופירושו של ב. יעקב שם). כן הקויושו לכך מיילס וזרייבר שני כרכים (משפט בבלי — טקסט והערות), ור' ביבליוגרפיה.

86. ע' 171 שם.

87. באנגלית — Acquired, שפירושו גם "רכש"; לענ"ד הכוונה לקדושי כסף.

88. ראה בבלי ב"ק פ"ט ע"א וש"ג, אפשטיין ע' 5. כמוכן שאין הכוונה ל"רמז" במשמעות הרגילה. המרחק בין שמעון בן שטח (אם נראה בו את מתקן הכתובה, כדעתם של כמה חוקרים בעצות: לדעת אפשטיין, ע' 7 ואלך, היתה הכתובה מסמך משפטי קדום ובהחלט מימי חמורבי, וחלה בה התפתחות — ראה שם) שקבע מסמרות בנוסחת הכתובה וערכה המשפטי לחמורבי — גדול ויב, הן בזמן והן בתוכן. ומ"צ בודאי שצדק אפשטיין באמרו כי תוהו־נשואין הוא תופעה קדומה כמזרה, ומכאן שיש רגליים לדברי חז"ל הסבורים כי "כתובה דאורייתא".

89. אנט (ANET) ע' 173; הקטע מצוטט עפ"י תרגומו של לבנון (וההערות המוסגרות שלי, י"ב), ע' 92. קטע זה אוזכר ע"י אפשטיין בע' 83 הע' 10.

90. שם ושם.

91. כך אצל לבנון; לדעתי עדיף לתרגם "הביא".

אל בית חמיו, אין לבעלה טענה על שלוחי האשה הזאת, כי שלוחיה לבית אביה הם. כלומר: ללא ילדים, חוזרת הנדוניה לאב, וחוזר המוהר לתתן. ומכאן, שאם היו ילדים, יש גם לבעל זכות כלשהי בנדוניה⁹² סעיף 164⁹³: ואם לא השיב לו חמיו את המוהר, מלוא ערכו של המוהר ממתנת הנישואין ייגרע ואת המתר מהמוהר אל בית אביה ישיב.

סעיף מקביל לגמרי אנו מוצאים בחוקת בבל החדשה⁹⁴ — ללמדנו כי הלכה זו לא היתה רק ארכאית, אלא נשתמרה כצורתה עד לימי התגבשותה של ההלכה היהודית:

”איש אשר נתן נדוניה לבתו, ולא היה לה בן או בת כאשר הלכה לגורלה, שילוחיה ישובו לבית אביה...”

סעיף 167⁹⁵: אם כי יקח איש אשה וילדה לו ילדים ואח"כ תלך לגורלה, ואחרי מותה יקח לו אשה אחרת וילדה לו ילדים; ואם אח"כ ימות האב⁹⁶ — הילדים לא יחלקו לפי האמהות; הם יקחו את נדונית אמותיהם, ואח"כ יחלקו בשוה את נכסי ירושת אביהם. שתיים למדנו מסעיף זה: (1) כי הכנים זוכים בנדונית אמם, כפי שהוכרר כבר למעלה; (2) כי זכותם זו באה לידי ממושך רק לאחר מות האב⁹⁷.

(ה) דיני האלמנה:

סעיף 171⁹⁸: ”... האשה הראשונה תיקח את נדונייתה⁹⁹ ואת מתנת הנישואין¹⁰⁰ שבעלה בנתנו לה, כתב על לוח בשבילה¹⁰¹, ובחיותה בבית בעלה יהיו לה פירות הנכסים ככל שתחיה, בלא למכרם, כיון שירושתה שייכת לילדיה.

92. אשר לקשר שבין סניף זה לתנאי ר' יוסי, ראה לעיל בענינו (ע' 168).
- לדעת אפשטיין (ע' 89 הע' 29) מקורו של תנאי ר"י במשפט רומי, אבל לפי הסעיף שלפנינו יתכן אחרת. פרופ' אסף כמאמרו (לעיל ע' 21 הע' 174) אינו דן בהשפעות חיצוניות כלל.
93. שם ושם.
94. סוף ימי בית ראשון; אנט ע' 197 סעיף 11, לבנון ע' 184.
95. סעיף זה בחוקי חמורבי (שם ושם) מובא בשלמותו (בשנויי תרגום מעטים) אצל אפשטיין ע' 83, ראה שם: סעיף מקביל מצוי, שוב, בחוקת בבל החדשה סעיף 13.
96. כלומר, אבי הילדים — הוא בעל האשה.
97. ראה אפשטיין שם ע' 83-4 הע' 10 ומה שלמד מסעיף זה; לעני' ברור כי המדובר אף כאן בנכסי צאן ברזל, ואין כל רמז לנכסיה של האשה שנפלו לה בירושה (או שזכתה בהם בכל דרך אחרת) הקרויים נכסי מלוג; כ"ד אינת, איפוא, רמז לירושה בוללת כמו שהסיק אפשטיין.
98. שם; התרגום שלי.
99. מילה זו מקורה ב"נדונו" האכדית, ואין לתרגמה אלא לנכסים שקבלה מאביה כמתנת נשואים ולא כנכסי מלוג. וראה מה שהבאנו בזה לעיל עמ' 113.
100. הוא — הוא ה"מתן" הנזכר כבר בתורה (ראה בראשית ל"ד) הניתן לאשה ע"י הבעל כמתנת נשואין; ראה מה שהארזיך בכל אלה אפשטיין בספרו, בע' 51 על המתן (וראה שם הע' 2) — ומה שהביא בשם פרוינד בע' 56 הע' 22 כנראה אין בו ממש — ומה שכתב על הנדוניה, שם ע' 58 ואילך.
101. והיא היא הכתובה הקדומה, וכבר אז נכתבו בה מתנות הנישואין.

(היינו — זכויות האלמנה הן למדור ומזונות¹⁰² בדרך הבאה: דירתה — בבית בעלה, ומזונותיה — מפירות נכסיה; אך הנכסים עצמם שייכים ליורשיה. דבר זה מעורר תמיהה: אם שלה הם — מדוע לא תמכרם כדין כל בעל־נכסים? האם נוכל לשער כי נכסיה, באמת, שייכים לבעלה, וכיון שמת — ירשהו בניו, ובדרכה של כתובת בנין דכרין¹⁰³ — אלא שכדי שלא לקפחה בחייה, ניתנת לאלמנה זכות אכילת פירות בנכסים).

סעיף 172: אם לא נתן לה בעלה מתנת נשואין, יתנו לה (= היתומים) את נדונייתה, ומנכסי בעלה תקבל חלק כאחד היורשים...¹⁰⁴ לעולם לא תצטרך לעזוב את בית בעלה¹⁰⁵...

סעיף 173: אם (חזרה) האשה (ונשאה), ילדה ילדים לבעלה המאוחר במקום אליו באה ואח"כ נפטרה¹⁰⁶ — ילדיה הראשונים והאחרונים גם יחד יחלקו בנדוניה.

סעיף 174: אם לא היו לה ילדים מבעלה השני, רק ילדיה מבעלה הראשון יקבלו נדונייתה¹⁰⁷. (וראה עוד לדיני האלמנה בחוקי אשור התיכונה¹⁰⁸ סעיף 46 המדבר על חיוב הבנים במזונות אלמנה תמורת מעשי ידיה, ואף הלכה זו מקבילה לדיני ישראל¹⁰⁹).

נסיים דיונון בחוקי המזרח הקדמון בהלכה אחת מחוקי החתים¹¹⁰ הטעונה בירור, אך בעיון ראשוני אינה מזדהה לחלוטין עם הנהגים הנזכרים עד הנה:

(ו) מחוקי החתים, סעיף 27:

איש כי יקח אשה והולידה אל ביתו, את השלוחים יקח אתה¹¹¹. אם מתה האשה, הם את רכושא לרכוש האישי יהפכו¹¹², והאיש אף את השלוחים יקבל. אך אם בבית אביה מתה ובנים לה, האיש את השלוחים לא יקבל.

הסעיף האחרון אינו חד משמעי. האם הכוונה כי שני התנאים הכרחיים (1) — בבית אביה,

102. השוה תנאי כתובה לאלמנה כהלכה, כתובות נ"ב ב', ומה שכתב אפ' בפרק י"א של ספרו ע' 112 ואילך.
103. היינו, שהוענקה להם עדיפות בנכסים אלה על פני בנים מאשה אחרת.
104. על כרחך, שאשה רשאית לרשת ולהיות בעלת נכסים.
105. השוה לעיל הע' 102: גם בתנאי אלמנה בהלכה הזכות היא עולמית — "כל ימי מיגר אלמנותך", ויש גרסות רבות הגורסות "מיגר" (חלוף ד ור' רגיל), ודנו כבר הראשונים במקור האטימולוגי של המלה שפירושה בודאי "משך" — ראה לסכום בדק"ס השלם (תשל"ב) ע' שפת הע' 30.
106. ההדגשה שלי.
107. נמצא איפוא, שוב, כי אין הבעל יורש הנדוניה. וראה לעיל.
108. ימי תגלת פלאסר, בין המאות 12-15 לפני ספירת הנוצרים. אנט ע' 180.
109. ריש פרק י"א בכתובות, בבלי צ"ה ב'; "אלמנה ניונת מנכסי יתומים, (ו) מעשה ידיה שלהן" וכו', וראה ש"נ למשנה זו לעיל ע' 111.
110. אנט ע' 190, לבנון ע' 152.
111. כלומר, עם האשה ישול לעצמו את הנדוניה שקצב לו אביה.
112. תנוסת בלתי ברור: האם הכוונה לבית הדין, שיהפוך פורמלית את רכוש האשה לרכוש האישי, או שמא הכוונה כי השלוחים יהפכו לרכוש האישי?

2 — ובנים לה) — או שמא אחד מהם מספיק? מן המקור האנגלי¹¹³ נראה כי שני התנאים הכרחיים, שכן הנסוח שם במלה and שכאה לחבר, ואין במשמעותה גם "או" כמו בו' העברית¹¹⁴ אם אמנם כן הוא, מסתבר כי לפי תוקת התנים אין הבנים יורשים את אמם אלא הבעל, וזכותם של הבנים לרשת תלויה ביחסי הבעל והאשה: אם עזבה את ביתה וחזרה לבית אביה — יורשים הבנים, אך אם בבית בעלה היא — יורשה הבעל¹¹⁵.

הנוכל לראות בהלכה זו רמז לנוהג ירושת הבעל כמורש ראשון כפי שהיא אצלנו¹¹⁶.

לסכום:

לא מצאנו דבר בכל הטקסטים הנידונים באשר לחיוב קבורת האשה ע"י בעלה, אך מצאנו כמה וכמה דיונים בשאלות הבעלות על הרכוש לאחר מות האשה; מתוך מערכת ההוראות הקיימת בנדרת, קשה להצביע על מקור חדר-משמעי המחייב מציאות נוהג ברור של הבעל כמורש ראשון וזאת בניגוד לדבריו של ר' פלק ('תרביץ' כרך ל"ד ע' 42 — 'משפט בבלי חדש בהלכה') הכותב: "מאידך גיסא, תדרו לתחום היהודי גם נוסחאות שמסרו זכות ירושה בנכסי האשה לבעלה... מכאן נוצרה (!?) ההלכה שהבעל יורש את אשתו, שדחתה במשך הזמן את תוקפם של התנאים הבבליים..." — והדברים נראים חסרי הוכחה וספקולציה ללא כל צורך ואילוף; למאן דאמר שירושת אשה היא דאורייתא, א"כ כך צינתה תורה וכך נהגו ישראל מקדמת דנא; ולמאן דאמר שהיא מדרבנן — לא "נוצרה" ההלכה מכוחם של בבליים, אלא נתגבש המנהג — שהוא שהביא לקביעתם של חכמים בשעה שנסחו את תקנתם. (למעט המשפט החתי, וראה מש"כ למעלה הע' 59); נותר איפוא לברר במקורותינו שלנו דעתם של חכמים ראשונים ואחרונים בשאלה הנידונה. ולהציע דעתנו לסכום הברור¹¹⁷.

113. באנט ששימש מקור לתרגומו של לבנון. כמובן שבמקור גופו נוסחו הדברים בחתית, שאיננה בידי.
114. ראה למשמעות ה' כ"א", למשל, בשמות כא טו: "ומכה אביו ואמו" (ורש"י שם). האריך מהר"ן אפשטיין בלשון המשנה במבואו הגדול ע' 1062, עי"ש.
115. ועדיין צ"ע מה היא דירהחתיים כשמתה בבית אביה ובנים אין לה.
116. קרבת משפטית זו בין ההלכה היהודית לבין המשפט החתי דווקא — כבר נידונה וצויינה ע"י אלכסנדר רופאר (רופא) בדינונו בפרשת "עגלה ערופה", תרביץ כרך ל"א (תשכ"ב) ע' 119 ואילך; וראה שם במיוחד בע' 128 והערה 37 והמקורות המצויינים שם, וכן שם להלן בע' 134 והע' 59 על שיקוען של הלכות-קדומות במשנה וכו'.
117. ראה לעיל ע' 25 ואילך.