

^{אוצר החכמה}

הגאון רבי זלמן נחמיה גולדברג שליט"א

אב"ד בירושלים

קנינים במכירת כליות

שאלה:

בזמנינו המציאו הרופאים שחולה שנתקלקלו הכליות שלו יש לו תקנה, להוציא כליה אחת מאדם חי ולהשתיל אותו אצל חולה, ועל ידו כך הוא חי.

ונשאלת השאלה אם קנה החולה כליה מאדם בריא, אם חל הקנין ואינם יכולים לחזור בהם, או שאין לאדם בעלות על גופו או אבר מגופו למוכרו לאחר, ואת"ל שיכול למכור איזה קנין נתפס בזה, ואם יש רשות לאדון ליטול כליה מעבדו.

תשובה:

חבלה, שהרי יוצא לחרות, וזהו קנס עבור שחבל בו, ואינו עונש עבור העבירה שעבר בלאו דלא יוסיף, שהרי בזה יש מלקות ולא ממון, אלא ע"כ שהוא תשלום עבור שחבל באחר, והרי זה כחובל בחבירו שאינו עושה מעשה עמך שבדאי חייב בתשלומים, שבחייב ממון לא נאמר בעמך כמו שלמדים על הלאו דלא יוסיף, וממילא אסור לחבול בו כמו שאסור להזיק ממון חבירו.

ומעתה נראה שאין לאדון זכות על עבדו שיוציא ממנו כליה, ואף שבהוצאת כליה לא יצא לחרות מ"מ נראה שאסור גם בעבד שאינו עושה מעשה עמך,

א. במשנה גיטין יט, א, על הכל כותבין וכו' על יד העבד ונותן לה את העבד, ובגמ' כא, א, בשלמא יד העבד לא אפשר למקציה [דשייך במצוות ואינו רשאי לחבל בו, ואם חבל בו יוצא לחרות בראשי אברים אלמא אינו רשאי לחבל בו], עכ"ל. וביאור דברי רש"י נראה כך, שסובר שאסור לחבול בעבד, כיון ששייך במצוות הרי הוא בכלל לא יוסיף להכותו, ואת"ל שאיירי בעבד שאינו עושה מעשה עמך שאינו בכלל לא יוסיף למ"ד מקשינן הכאה לקללה, מ"מ אסור לחבול בו, מכיון שיוציא לחרות אלמא אינו שייך לאדון לענין לחבול בו, שלא קנה עבד כנעני רק למלאכה, אבל לא קנהו שיהיה שלו לענין

שמסתבר שזה שחלקה תורה בין אבר גלוי שיוצא לחרות לבין מחסירו אבר שבסתר שאינו יוצא לחירות, וכמבואר בגמ' קידושין כה, א, הוא רק שאינו יוצא לחירות, אבל לא מסתבר שלגבי מום שבסתר הינו אדונו ומותר לחבול בו כל שאין בו איסור לא יוסיף.

ב. ויש לעיין בגוי הקנוי לישראל, שהדין הוא אם קנה הישראל את הגוי עצמו קנה גופו, ואם קנה הישראל עבד מגוי שלא קנה הישראל אלא למעשה ידיו, והטעם כיון שאין הגוי קונה גוי לגופו אלא למעשה ידיו לכן אין הישראל הקונה ממנו קונה יותר ממה שקנה המוכר, וכמבואר כל זה בגמ' יבמות.

ויש לעיין אם יכול לקצוץ יד עבד שלא מל וטבל, ונראה שגוי הקנוי לישראל רק למעשה ידיו שם בודאי אינו יכול לקצוץ ידו, שהרי לא קנה גופו ואינו בעלים על היד, ואם יקצוץ הרי הוא כמזיק גוי שאינו עבדו, שאם נאמר שעובר מזיק בלא תגזול כך גם זה, אבל גוי הקנוי לישראל גופו בזה יש לדון אם יכול לקצוץ ידו, ולכאורה נראה שאינו קונה ידו לענין לחבול בו, שאם קנהו גם לחבול בו א"כ איך פקע קנינו אחר שמל וטבל העבד, וכמו שהבאנו באות א' מרש"י שמזה שצותה תורה לשחררו כשהפיל לו שן ועין אלמא אינו רשאי לחבול בו, ופירשנו שזה מוכיח שאינו בעלים לענין לחבול בו, ואת"ל שבעודו עבד שלא טבל קנה גופו איך פקע בעלותו בטבילה ומילה.

ובתוס' ב"ק דף י, א, ד"ה שהשור הקשו למה לי קרא שור ולא אדם שהבור פטור על אדם שנפל לבור ומת, תיפוק ליה מקרא דוהמת יהיה לו, והרי אדם אין המת שלו שאדם מת אסור בהנאה, ותרצו וז"ל, ובלא"ה לק"מ למאי דפרישית לעיל דשור ולא אדם אצטריך לעבד ונכרי הקנה לישראל שנפל לבור דההוא שרי בהנאה, עכ"ל. וכתב הקצה"ח בסימן ת"י שעיקר התירוצו הוא שמדובר בנכרי הקנוי לישראל שהוא מותר בהנאה, שדעת התוס' שמת גוי מותר בהנאה.

עכ"פ חזינן בתוס' שהמת עכו"ם שייך לאדונו, שאם שייך לעצמו או ליורשיו לא יתכן לחייב בור, שהרי שור של ישראל שנגח לשור של עכו"ם פטור, ומסתמא הוא הדין כל שאר מזיקים, תדע שהרי יכולנו להעמיד שנפל גוי, ולמאי צריך להעמיד שנפל גוי שנמכר לישראל, ובע"כ שהמת שייך לאדונו. ולפי"ז יש לדון שגם גוף הגוי הנמכר לישראל שייך לו, וא"כ אם יכתוב גט על ידי עבד גוי שנמכר לישראל יכול לקוצצו. ומה שהגמ' בגיטין פירשה שעל ידו של עבד לא אפשר למקצייה, היינו שסתם עבד הכוונה עבד כנעני שמל וטבל לשם עבדות.

אמנם נראה שאף שגוף הגוי שקנה ישראל שייך לאדונו היינו אחר מיתתו, אבל אין לאדון בעלות שיכול להוציא ממנו אבר בחייו, כמו שאין לו בעלות להמיתו אף שגופו אחר מותו שייך לאדון, שאם נאמר שיש לו בעלות גם על זה להוציא ממנו אבר א"כ איך פקע

שנתחייב על ידי שכתב ואנא אפלה, אלא מספר כתובה רק מוכיח שכן הוא האמת שחייב לעשות מלאכה, אבל אין הטעם משום שכתב כן.

והטעם יתכן שכך תקנו חכמים שחייב לעשות מלאכה לפרנס אשתו, או יש לו קצת טעם לפי מה שכתב בחו"מ סימן קע"ו סכ"ג, המקבל עסק מחבירו לזמן קצוב המקבל יכול לחזור בו כדין פועל שתחר בו וכו', משא"כ בשני שותפין שקבעו זמן, ע"כ. ובסמ"ע שם ס"ק נ"ח, משא"כ בשותפים, ה"ט שזה שהמקבל יכול לחזור בו תוך הזמן היינו טעמא משום דשם עבד עליו, משא"כ שני שותפים אין שום אחד מהם יכול לחזור בו, וה"ה בשנים שקבלו עסקה משלישי לעסוק בהם למחצית שטר, דאין שום אחד מהם יכול לחזור בלא רצון חבירו, מאחר דאין לזה נגד זה שם עבד צריכים להשלים תנאם וכו', עכ"ל. ולפי"ז יש לומר שגם בעל העושה מלאכה עבור מזונות אשתו אין לו שם עבד.

ונראה שגם לדעת ר"ת שואפלח פירושו שיעבוד בשדות שלו ולא שישכיר עצמו לאחרים, נראה שגם חיוב זה אינו נוהג בכל בע"ח רק במזונות אשתו, שכך נראה מלשון השו"ע שהבאנו "אבל אין כופין [ללוה] להשכיר עצמו ולא לעשות שום מלאכה", הרי שאינו חייב לא להשכיר עצמו לאחרים ולא לעשות שום מלאכה היינו בשדות עצמו. ובע"כ שמה שבמזונות אשתו חייב בכך צריך לפרש או שכך היתה תקנת חכמים שלמזונות יתחייב בכך, אלא שא"כ צ"ע מפני מה לא יתחייב גם להשכיר עצמו לאחרים, ומהיכי תיתי

בעלותו אחר שמל וטבל, וכמו שהבאנו מרש"י גיטין.

ולפי"ז לכאורה פשוט שאין אדם מישראל יכול למכור אבר מאיבריו, שהרי אפילו בעבד כנעני אין לאדון קנין באיבריו כש"כ בישראל אפילו עבדו וכש"כ כשאינו עבדו.

ג. והדין מפורש בשו"ע חו"מ סימן צ"ו סט"ו "אבל אין כופים אותו [הלוה] להשכיר עצמו ולא לעשות שום מלאכה כדי לפרוע אפילו התנה על עצמו שיתפרש המלוה גופו וכתב לו זה בשטר אינו מועיל, ואינו יכול לאוסרו ולא להשתעבד בו". ומקור הדברים מתשובת הרא"ש כלל ס"ח סימן י' וז"ל שם, דדוקא בשביל גניבה הוא נמכר, דכתיב ואם אין לו ונמכר בגניבתו, ודרשו חז"ל בגניבתו ולא בכפילו, והוא הדין ולא בחובו, ואפילו אם שיעבד גופו לכך אין השיעבוד חל על גופו וכו', דאין עבד עברי נוהג בזה"ז, וכל שכן ליסרו עד שיפרע לו אינו רשאי, דחנן האומר סמא עיני וכו' ע"מ לפטור חייב וכו', עכ"ל. ומדברי הרא"ש יש ללמוד שאין לאדם בעלות להשכיר עצמו או למכור עצמו לענין שיהיה הקונה רשאי לחבול בו.

ולכאורה קשה, שהרי מצינו שרעת רבינו אליהו שחייב אדם להשכיר עצמו לעשות מלאכה לפרנס את אשתו, בתוס' ורא"ש פ' אע"פ דף ס"ג ד"ה באומר, וכתב וגם מספר כתובה נלמד שכתוב בה אפלה ואוקיר ואזון יתיכי, הרי שאם כתב ואפלה חייב לעשות מלאכה. ונראה שאין טעמו של ר' אליהו משום

וטעם הדבר שלא נתנה תורה מצוה זו אלא לטובתו, וכל שאינו רוצה בטובה זו שוב התורה לא מצוה את הדין כלל, כמו שמצינו בבעל שמסתלק בין האירוסין לנשואין מירושת אשתו, שלדעת חכמים וכן הלכה שמועיל הסתלקותו, ודעת רשב"ג שאינו מועיל משום שהוא מתנה ע"מ שכתוב בתורה, ורשב"ג סובר כר"מ שגם בדבר שבממון תנאו בטל, וכמבואר בגמ' ריש פ' הכותב, הרי שלר"י יכול להסתלק ממצות התורה גם בלי שעושה מעשה ותולה בתנאי.

ומכאן קשה על מה שכתבו התוס' כתובות פ"ג א' ד"ה כדרב כהנא, שמחלוקת דר"י ור"מ הוא במסתלק בדרך תנאי, וקשה והרי במשנה מפורש שלר"מ אינו מסתלק מירושה ולחכמים מסתלק, והרי בירושה אינו דרך תנאי, ואפשר שסוברים תוס' שגם סילוק בירושה היינו בדרך תנאי, שמה שהסתלק מירושה מועיל שבשעה שיהיו הנשואין אז יחולו בתנאי.

אכן מצינו בר"ן פ' האשה שנפלו שהיבם שמסתלק מירושת אחיו המת מועיל סילוקו ואינו יורש אלא אביו יורש, והרי שם לא יתכן לייבם בתנאי, שהרי יבום חל גם באינו רוצה ואינו מתכוין לביאת יבמתו, ומ"מ חל ההסתלקות, וא"כ למה לא יועיל הסתלקות הלזה מהדין שאינו חייב להשכיר עצמו לעבד.

ונראה שטעם הדבר שזה שאינו חייב להשכיר עצמו נלמד מונמכר כגנבתו ולא בחובו, וביאר בשער המשפט סימן צ"ז שמלי בני ישראל עבדים ולא עבדים לעבדים נלמד שפועל יכול לחזור

שחכמים חלקו בכך, לכן נראה יותר שסברת ר"ת היא ג"כ הסברה שכתבנו, שהעושה מלאכה עבור מזונות אשתו אינו נגדר כעבד, והרי הוא כשותף, ומ"מ להשכיר עצמו לאחרים זה נחשב לעבד למי שהשכיר את עצמו, וגם בשני שותפים לא יהיו חייבים להשכיר עצמם לאחרים בתור שותפים. ומה שבשנים שקבלו עסקה משלישי אין אחד יכול לחזור אף שיחיד שקבל עסקה מחבירו יכול לחזור, יתכן שזה הדין הוא לדעת ר' אליהו, אבל לדעת ר"ת אינו כן, או שיש לחלק בין עסקה ששניהם שותפים ממש, וגם הנותן הוא שותף, שהרי עסקה היא למחצית שטר, ולכן גם כשיש במלאכתם גם עבור הנותן מ"מ אינם נחשבים כעבד, משא"כ בשני שותפים שיעשו מלאכה אצל אחר, וצ"ע.]

ויש לעיין למה אינו מועיל מה שהתנה המלוה בשעת הלואה שיהיה, והרי הלכה כר' יהודה שבדבר שבממון המתנה ע"מ שכתוב בתורה תנאו קיים, ואף שהמלוה בתנאי שיכול להשתעבד בלוא ולחייבו במלאכה אינו דומה לתנאי של המקדש אשה ע"מ שאין לה שאר כו"ע, שבמקדש על תנאי אם לא נתקיים מתבטל המעשה ואין כאן קידושין, וכשאין קידושין אין לה שכו"ע, אבל המלוה ע"מ שיעשה מלאכה ויפרע לו חובו אם לא יקיים התנאי ויתבטל המעשה ונמצא שאין כאן הלואה, וגם אז אין לו אפשרות לחייבו במלאכה, מ"מ נראה ברור מהגמ' שהדין שסובר ר' יהודה שבדבר שבממון תנאו קיים אינו דוקא בעושה מעשה בתנאי, אלא בכל מי שזיכתה לו תורה יכול זה שזיכתה לו תורה להסתלק מזכות זו,

ואם התנה מתחלה כששכרו שיהיה מותר להכותו כשלא ישמע בקולו מועלת נתינת רשותו הואיל והוא לטובתו כדי שישכרנו, ומ"מ אם חזר בו המשרת מתנאו אסור להכותו, שהרי יכול לחזור בו אפילו באמצע הזמן, ועוד שבצער הגוף אין תנאי מועיל לשלא יכול לחזור בו כמ"ש באהע"ז סימן ע"ו לענין מחילת העונה שהוא צער הגוף ואינו ניתן למחילה עולמית אלא כל זמן שמוחלו ברצונו, עכ"ל.

ויש לעיין אם כן למה אין בכוח הלוח להתחייב שיתפוש המלוה גופו אם לא ישלם החוב, והרי גם זה לטובתו כדי שיתנו לו הלואה, וכן למה לא יוכל הלוח להתחייב לעשות מלאכה לשלם חובו, אכן זה יש לומר שהטעם שאין עבד עברי נוהג בזה"ז, אבל עדיין קשה למה לא יכול לתפוס גופו. ואת"ל שגם זה נתמעט ממה שאין עבד עברי נוהג מק"ו שאם לא נוהג להיות עבד למלאכה ק"ו שאינו נוהג לתפוס גופו, וביותר שגם בזמן שעבד עברי נוהג מ"מ לתפוס גופו לא שמענו, א"כ איך חל הקנין לענין להכותו.

ובעיקר הסברה שכתב השו"ע הרב שכל שהוא לטובתו נראה שסברה זו באה לומר שבאופן שהוא לטובתו אינו עובר איסור, שיש רשות לאדם לצער עצמו לטובתו כמו שבא לעשות תשובה או לצורך פרנסתו שישכרוהו למשרת, וממילא יש לו גם בעלות לדבר זה. ומה שהקשינו למה יש לו בעלות יותר מהתחייבות לעשות מלאכה ע"כ צריך לומר שלא אסרה תורה אלא עבדות, ואין ללמוד ממנו לדבר אחר, ומה שאינו מועיל התחייבות לתפוס

בו, ולכן אם יתחייב להשכיר עצמו למלאכה לשלם חובו נמצא שעשיתו עבד, שהרי אינו יכול לחזור בו ע"כ, וכיון שלהשכיר עצמו באופן שלא יוכל לחזור בו הינו עבד, והרי אין עבד נוהג בזה"ז אף מוכר עצמו, וגם בזמן שנהגו עבדים אבל חל עליו דינים מיוחדים, אבל לעשות עצמו לזמן קצר רק למלאכה לא מצאנו, הרי שלא נתנה תורה רשות להמכר לעשות מלאכה גם שרוצה בכך, וממילא לא מועיל לסילוק, שהרי זה גופא התורה שללה זכותו, ואינו דומה לירושה שיכול אדם מרצונו ליתן ירושתו לאחר. נויש לעיין לדעת הסוברים שקבלן שקבלו ממנו בקנין אינו יכול לחזור בו, וכמו שפסק הרמ"א בסימן של"ג ס"א ובש"ך שם סק"ד, אם כן למה לא יועיל מה שהלוח יתחייב לעשות מלאכה כדי לשלם חובו ויקבל בקנין שיעשה מלאכה בקבלנות, ואולי אין הכי נמי שאם קנו ממנו באופן זה מועיל, וצ"ע.]

ד. ולכאורה היוצא ממה שכתבנו, שלא יתכן שימכור אדם אחד מאיבריו לחבירו, ק"ו אם אינו יכול להתחייב לעשות כש"כ שאינו יכול למכור אבר מאיבריו, שהרי גם בעבד כנעני שיכול אדם לקנותו מ"מ אין לו בעלות על איבריו.

אכן נראה שאין הדבר כן, ונעתיק לשון השו"ע הרב בהלכות נזקי גוף ונפש ס"ד, אסור להכות את חבירו אפילו נותן לו רשות להכות, כי אין לאדם רשות על גופו להכותו ולא לביישו ולא לצערו בשום צער אפילו במניעת איזה מאכל או משתה אא"כ עושה בדרך תשובה וכו', ומשרתו אפילו אינו שומע בקולו אסור להכותו,

גופו, שדבר זה אינו בגדר עבדות, אלא דומה להכאה שיש לו בעלות אם זה לטובתו, ויש לומר שבאמת יש לו גם בעלות שיתפסו, אלא שמ"מ יכול לחזור בו, ומטעם שכתב שו"ע הרב, או משום שפועל יכול לחזור בו, או מטעם שצער הגוף לא ניתן למחילה. וגם יש לומר שגם מה שאינו יכול להתחייב למלאכה ג"כ מהאי טעמא שפועל יכול לחזור, אבל אינו מטעם שאין לו בעלות, ומה שכתב הרא"ש שאין עבד עברי נוהג בזה"ז היינו שזה גופא הטעם שפועל יכול לחזור.

אכן יש לעיין אם כן אפשרות שיתחייב לזה לעשות מלאכה בדבר האבוד, ואז אין יכול לחזור בו. ונראה שבאמת באופן כזה יכול התחייבותו רק בגוונא שאינו מוצא פועלים שעושים מלאכה בסכום שקבע הוא, אבל אם נמצאים פועלים שמוכנים לעשות מלאכת דבר האבוד במחיר שיקח הלוח זה אינו דבר האבוד, ואף שהלוח לא יכול כלום שהרי בחובו עושה המלאכה מ"מ זה אינו גורם להגדירו כדבר האבוד.

ויש לעיין בעבד ואמה שיכולים לפדות עצמם בגרעון כסף אם עושים בדבר האבוד אם יכולים לחזור בהם, ועיקר הספק לפי סברת המהר"ם מרוטנברג שאין הבדל בין פועל לעבד עברי לענין חזרה.

ה. עוד יש לומר שלא ניתן לקנות דבר מחבירו אם אין תועלת לקונה, וקונהו רק להיות בעלים להזיק לדבר שקנה, ודבר זה יש ללמוד מדברי הקצה"ח בסימן קנ"ה סקט"ז דלא שייך קנין כלל

בשל חבירו רק בקונה זכות שימוש וכדומה, אבל לא ניתן לקנות בשל חבירו זכות להזיקו, ולכן האומר לחבירו קרע כסותי יכול לחזור, ולא מועיל שיקנה מהאומר בקנין, דלא שייך בעלות על דבר שיהיה לו רק זכות להזיקו, אבל אם יקנו ממנו זכות בכסותו להשתמש בו עד שיקרע מועיל הקנין ואינו יכול לחזור בו. ולפי סברה זו נראה שלא שייך שיקנה בחבירו זכות לתופסו בבית האסורים, שהרי זה קנין רק להזיק, אבל אם יקנה אבר שיש יכולת להשתמש בו לקונה זה קנין מועיל. ויתכן שגם שו"ע הרב מודה לסברה זו, ומה שנראה ממנו שניתן לקנות קנין במשרת להכותו יש לומר שגם להכות משרת הינו גדר של שימוש, שהרי על ידי שמכהו שומע בקולו ועושה מלאכתו ששכרו לכך, משא"כ בלוח שבא לתופסו, ואין בתפיסתו שום זכות רק עונש, ואינו כהכאת משרת.

ונראה עוד שכל שקונה דבר לשימושו יכול לקנות גם דבר שמצער למקנה, ואין אומרים בזה צער הגוף לא ניתן למחילה, תדע שהרי יכול להתחייב לעשות מלאכה כל הלילה ואין לך צער גדול מזה, ויעקב הצדיק אמר הייתי ביום אכלני חורב וקרח בלילה, ובע"כ שכל שמתחייב וזוכים בו דבר לתועלת השני חייב גם בשיש לו צער הגוף.

ובאיזה קנין נקנית כליה נראה שנקנה בכסף, לא מבעיא לדעת רש"י שכל אדם דינו כקרקע ולא רק עבד עברי א"כ דינו כקרקע שנקנה בכסף שטר וחוקה, אלא אפילו לסברת התוס' שרק עבד כנעני הוקש לקרקע ולא אדם אחר,

ועיין בספר לאור ההלכה של הגרש"י זיין
 זצ"ל במשפט שילוק, שכתב שלא
 חל קנין על מי שמתחייב לשלם בשר
 מבשרו אם לא ישלם חובו בזמן, והעלה
 שאינו נקנה, ושם מדובר שאין לקונה
 תועלת מבשר המתחייב, ולכן לא שייך
 קנין, אבל קנית כליה שיש תועלת לקונה
 בזה יש לומר שחל הקנין.

מ"מ נראה שנקנה בכסף, שהרי דבר תורה
 מעות קונות גם במטלטלים, רק שחכמים
 בטלו הקנין שלא יאמר לו נשרפו חיטך
 בעליה, והרי בנידון דידן לא שייך חשש
 זה א"כ קונים בכסף, והרי זה כעליית
 לוקח מושכרת למוכר שקונים בכסף לחוד.
 ועיין הדין בשכירת מטלטלים אם נקנים
 בכסף לחוד.

www.otzar.org