

בענין הפקר

רמב"ם פ' ב' מהלכות נדרים ה' י"ד: ההפקר אף על פי שאינו נדר הרי הוא כמו נדר שאסור לו לחזור בו. וכן הובא בטור חו"מ סי' רע"ג ס"ב. ובקצות החושן סי' רע"ג ס"ק א' הקשה דלפי הנראה מדברי הרמב"ם נמצא דהפקר אינו עושה קנין, דאי עושה קנין מאי ענין איסור נדר לכאן. אלא ע"כ נראה דהפקר אינו עושה קנין, אלא הא דאינו יכול לחזור בו הוא משום נדר, א"כ קשה הא דאמרינן בפ"ק דשבת במה שאמרו שם לב"ש דס"ל ששביתת כלים דנר וגיגית אפקורי מפקיר להו, נראה דהפקר עושה קנין, דאם אינו עושה קנין, אלא משום נדרו הוא דאסור לחזור בו א"כ אכתי שלו הוא ומצווה לב"ש על שביתת כליו. אלא לפי שכתב הרשב"א פ"ק דשבת דאפקורי מפקיר להו היינו הפקר בי"ד, א"כ ניחא דהפקר בי"ד ודאי עושה קנין ויוצאה לגמרי מרשותו.

ועוד הקשה לרבי אליעזר דסובר (שבת קל"א ע"ב) מכשירי מצוה שדוחין את השבת למעוטי ציצית לטליתו ומזוזה לפתחו שאם צייץ טליתו ועשה מזוזה לפתחו בשבת שהוא חייב, מאי טעמא הואיל ובידו להפקירן פי' דש"י דנפיק מרשותי ותו לא רמי חיובי עלי, א"כ משמע דלגמרי יצא מרשותו בהפקר, דאי מטעם נדר אכתי שלו הוא אלא שאסור לו. ומסיק בקצוה"ח אפשר לומר דנהי דהוי שלו מ"מ הרי הוא אינו ברשותו כיון דאסור לחזור בו ודבר שאינו ברשותו חשיב כמו שאינו שלו ולא מקרי כסותך ופטור מציצית.

ויש לעיין על דבריו שכתב דכיון שמצד האיסור אינו יכול לחזור מקרי אינו ברשותו, די"ל דמצד הסברא מקרי אינו ברשותו רק היכא שמצד הדין ממון אינו ברשותו, אבל היכא שמצד הדין הוא ברשותו ורק איסורא דנדר עושהו לאינו ברשותו, היכא מצינן שזה מקרי אינו ברשותו, א"כ ג"כ הכא שמצד הדין נקרא ברשותו, ורק איסורא דנדר עושהו לאינו ברשותו, זה לא נקרא אינו ברשותו.

ובסברא זו נראה לי מה שדנו האחרונים ובראשם הקצוה"ח סי' ת"ה, ובאבני מלואים סי' כ"ח, דאיסורי הנאה מקרי שלו של הבעלים אבל אינו ברשותו, וע"כ הא דאיסורי הנאה מקרי אינו ברשותו הוא מצד האיסור של איסורי הנאה, ולדברינו י"ל דמצד איסור אינו נקרא אינו ברשותו.

ועוד יותר יש לומר דבאיסורי הנאה לא שייך כלל אינו ברשותו, משום דטעמא דאינו ברשותו הוא משום דכל דבר הצריך קנין צריך להיות שלו של הבעלים וברשותו, היינו שיהי' לו בעלות על הדבר לעשות כפי רצונו, וכשאינו ברשותו הרי חסר לו הבעלות, א"כ איסורי הנאה הלא אינו חסר הבעלות ורק הדבר בעצמותו אין לו תשמישין מצד איסור הנאה שאסרה התורה וא"כ אין זה ענין לאינו ברשותו כלל, ונמצא לפי דברינו קושית הקצוה"ח מסוגי' דשבת לר"א במקומה עומדת.

והנראה לי דהאי סוגי' דשבת ופי' רש"י שם אין שום שייכות לענין אינו ברשותו, דלר"א דמכשירי מצוה דוחין שבת הוא משום דההכרחיות לעשות המכשירים בשביל קיום המצוה דרמיא עליו דוחה שבת כמו המצוה עצמה.

ובדינו של עשה דוחה לא תעשה שי' הרמב"ן הובא בשטמ"ק ב"מ ד' ל' ע"א דלא בעינן לדחית העשה את הלאו עשה כזו שהוא חייב לקיימה, ורק מצוה שאם מקיימה עושה מצוה ג"כ נקרא עשה ודוחה לא תעשה. ודעה כזו הובא גם בספר האשכול להראב"ד הל' ציצית סוף סי' ל"ב, ויותר עוד מצינו שיטת הריב"א שהביאו התוס' חולין ד' קמ"א ע"א גבי עשה ולא תעשה ועשה, שרצו לומר דאף דאין עשה דוחה ל"ת ועשה מ"מ אם עבר על אותו לאו אינו לוקה, דהא דלא דחי היינו משום העשה דאין עשה דוחה עשה אבל הלאו כמאן דליתיה, דעשה דחי לי'. וזה ודאי דלכתחילה אסור לו לקיים העשה מ"מ אם עבר על הלאו אינו לוקה מדין דעשה דוחה ל"ת אף דעשה כזו שאסור לו לקיים אותה נקרא עשה ודוחה ל"ת. אבל זהו רק לדינא של עשדל"ת אבל בדינא דלר"א דמכשירי מצוה דוחה שבת התם סבת הדחי' היא ההכרחיות בשביל קיום המצוה, ממילא כיון דבידו להפקירו ולפטור את עצמו מן המצוה כדפירש רש"י שם דנפיק מרשותיה ותו לא רמי חיובי עלי' שוב אין כל הכרח עליו לעשות המכשירים כדי לקיים המצוה ולהכי חייב.

הנמצא לפי דברינו דסוגית הש"ס בשבת שאם צייץ טליחו ועשה מזוזה בפתחו בשבת שהוא חייב הואיל ובידו להפקירו, הוא לא מטעם דדבר שאינו ברשותו חשיב כמו שאינו שלו כד"כ הקצוה"ח, אלא כדבארנו כיון שבידו להפקירו ליכא הכרחיות עליו לקיים המצוה.

ובעצם שי' הרמב"ם דהפקר מטעם נדר, נ"ל שאין כונתו דהפקר עושה רק איסור, אלא דודאי הפקר עושה קנין וגם איסור שלא יחזור. ועם כל זה קשה לי הא דכ' הר"ן והסביר הב"י סי' תל"ד דלהכי לא מהני ביטול חמץ ע"י שליח משום דהפקר מטעם נדר ונדר ע"י שליח לא מהני, ואם נימא דבהפקר יש קנין ממון וגם איסור, נהי מה שנוגע להאיסור לא מהני ע"י שליח אבל לקנין ממון הא יש שליחות.

וכמו שאלה בהפקר דמהני לענין איסור אבל לא לקנין הממון וכדכ' הר"ן בנדריים פ"ה ע"א דבאוסר על עצמו הפקירו, ואם זכה בו אחר קנה כזוכה מן ההפקר ואע"פ שאיסור שבו הלך ע"י שאלה קנין ממונו של זה אינו בטל שאינו מוצא שאלה בהפקר, ואף דהרשב"א פליג ע"ז שם הוא משום דס"ל דאוסר נכסיו על עצמו אין בזה כל ענין הפקר, ושי' הר"ן היא דאוסר על עצמו עושה הפקר, הכי נמי הכא לקנין הממון יהני שליחות?
ועוד קשה לי האי איסור שכ' הרמב"ם שהוא שלא יחזור בו, ואם הפקר עושה קנין ויצא לגמרי מרשותו שוב אין לו כח לחזור על דבר שאינו שלו, ומאי שייך איסור נדר שלא יחזור על חפץ שאינו שלו, והענין צריך תלמוד.