

## פרק יב

### מחילת הקונה על הפגם

#### א. פגם רגיל

לעיל (פרק יא) התבארו גדרי אפשרויותיו של המוכר את המוצר הפגום לבטל את המקח. כמו כן הועלה למסקנה שאם הקונה התרצה בפגם, אין המוכר רשאי לבטל את המקח.

ישנם מקרים בהם אדם קנה מוצר ומצא בו פגם אשר רוב בני אדם מקפידים עליו, אבל הוא התרצה בו. כמו כן יתכנו מקרים בהם אמנם בשעת מציאת הפגם הקונה מחה על הפגם, אולם אח"כ סבר וקיבל. יש לדון מה גדר קיום המקח במקרים אלו.

כמו כן יש לברר ביחס למקרים האמורים, ממתי נחשב החפץ בבעלות הקונה, האם משעת הקניה או משעת ההתרצות, וכן, האם הדין שונה כאשר מדובר בפגם חמור אשר הקונה עדיין לא עמד עליו אבל רוב רובם של הקונים יקפידו עליו.

השלכה דינית בענין זה תהיה בעיקר במקרה בו נמצא הפגם לאחר שכבר הקונה השתמש במוצר, וקיים ספק האם יצטרך הקונה לפרוע למוכר עבור שימוש במוצר בתקופה שבין זמן הקניה לשעת ההתרצות.

צדדי הספק: טעם ביטול המקח כאשר נמצא בו מום, הוא כפי שהתבאר לעיל (סימן א') "דאדעתא דהכי לא זבין". דהיינו, לא היה לו רצון לקנות חפץ זה. לפ"ז יתכן שהתפייסותו נחשבת רצון חדש ולכן צריך קנין חדש בחפץ, מאידך גיסא יש לומר שכאשר נתרצה במקח הפגום, גילה בדעתו שמעיקרא אדעתא דהכי זבין.

לצורך הבירור יש לעיין בסוגיית הגמ' ובשיטות הפוסקים, כדלקמן.<sup>176</sup>

---

176. יש להבהיר, שבנידון זה לא יתכן שיתבטל המקח ללא גילוי דעת על ידי הצד שרשאי לבטל את המקח, כגון ע"י מחאה או הקפדה וכדומה. כך עולה מסוגיות הש"ס, וכך מפורש בשו"ת הר"י מגאש סי' קכ"ט:

"... שאין לנו לומר שהמקח היה בטל מעיקרו כשנתברר שהוא מקח טעות, אלא אם כן גילה דעתו שרוצה הוא לבטל את המקח להיות בלתי מוחל על המומין שנגלו בו...". ועו"ע בנספח, האם יתכן ביטול מקח ללא הקפדה.

**א. מחל על הפגם**

ביחס למקרה בו נמצא פגם אשר רוב בני אדם מקפידים עליו, אבל הקונה התרצה בו, נראה שיש ללמוד מסוגיית המקדש על תנאי ואח"כ ביטלו או מחל עליו. הספק הוא, האם במחילתו התקיימו הקידושין למפרע, או שמא כבר פקעו הקידושין.

**שיטת הר"ן במחילה על תנאי בקידושין**

כתובות עב ע"ב :

"איתמר קדשה על תנאי (שאיך עליה נדרים) וכנסה סתם (ונמצאו עליה נדרים), רב אמר צריכה הימנו גט ושמואל אמר אינה צריכה הימנו גט. אמר אביי... טעמא דרב לפי שאין אדם עושה בעילתו בעילת זנות" (ובעל לשם קידושין ואפילו מצא עליה נדרים - רש"י).

הקשה הר"ן (דף לג ע"ב בדפי הרי"ף) :

"וא"ת והיכי מצי מחיל לתנאי, בשלמא במתנה באומר ע"מ שתתני לי מאה זהובים מצי מחיל, דהוי ליה כאילו אמר לה הריני כאילו התקבלתי וכאילו נתקיים התנאי דמי, אבל הכא כי מחיל מאי הוי, והרי אם היו עליה נדרים נתבטלו הקידושין מיד".

תירץ הר"ן :

"יש לומר דכיון שלהנאתו התנה, אין דעתו שיתבטלו הקידושין מיד, אלא הדבר תלוי עד שידע הנדרים או עד שיראה במומין, וכל שלא קפיד בהם מקודשת, כדאמר לקמן גבי מומין ראה ונתפייס הוא<sup>177</sup>. ומיהו אם הקפיד בהם אינה מקודשת אע"פ שחזר אח"כ ומחל".

מבואר בדבריו :

א. כאשר מדובר בתנאי ממוני, מהני המחילה, כיון שנחשב בזה כאילו קיבל את אשר דרש בתנאי.

ב. בתנאי שאינו ממוני, אם התנאי לטובת המתנה, רשאי הוא למחול עליו והרי הוא מקיים את הדבר מעיקרו.

ג. בתנאי שאינו ממוני והקפיד המתנה מחמת אי קיום התנאי, בטל המעשה ושוב לא תועיל מחילתו אח"כ.

177. התוס' (כתובות דף עג ע"א, ד"ה לא תימא) כתבו: "מצינו למימר דבשעת קידושין היה דעתו לכך שאם יכניסנה לבסוף יהא מחול התנאי". מבואר ששיטתם כשיטת הר"ן. (חידושי הגר"ש רוזובסקי)

אם נשווה את נידון זה לנידונינו, הרי סברא פשוטה היא ש"מום במקח" מקביל לתנאי ממוני, שהרי כשם שהמקח בטל מחמת פגם משום - "שאדעתא דהכי לא עביד", כך כאשר ביצע עיסקה והטיל בה תנאי, לא נעשת העיסקה אלא על דעת שיתקיים התנאי. לפי זה עולה שמהני מחילה על מום הנמצא במקח כיון שנחשב "הריני כאילו התקבלתי", ובוזה מתקיים המקח מעיקרו.

### **מסקנה**

**נמצא במוצר פגם שרוב בני האדם מקפידים עליו, ואילו הקונה מחל על פגם זה - חל המקח מעיקרו.**

### **ב. הקפדה ואח"כ מחילה**

**יש לדון** במקרה בו הקפיד הקונה בשעת מציאת המום ואח"כ מחל, האם בזה מתקיים המקח מעיקרו או רק מכאן ולהבא. וכן, האם במקרה זה יש למוכר אפשרות לבטל את המקח.

בדברי הר"ן דלעיל מבואר שאם הקפיד על התנאי ואח"כ מחל אינה מקודשת. ברם שם התייחס הר"ן לתנאי שאינו ממוני, ולא נתבאר בדבריו בהדיא מה הדין כאשר הקפיד על אי קיום תנאי ממוני ואח"כ מחל עליו, האם בהקפדתו בטל המקח ולכן מחילתו מועילה רק מכאן ולהבא או שמא גם בזה נאמר שהמחילה היא "הריני כאילו התקבלתי", והמקח חל למפרע.

### **להלן השיטות בענין זה**

#### **שיטת הסמ"ע: הבדל בין אופני ההתרצות**

לעיל (פרק יא) הובאה סוגיית אונאה בה נידון האם יש למאנה זכות ביטול מקח במקרה בו היתה אונאה של יותר משתות. בהקשר לענין זה דן הסמ"ע בענין התרצותו של הצד שהיה אמור לבטל את המקח. הסמ"ע חילק בין התרצות שקדם לה מעשה מחאה, לבין התרצות שלא קדם לה מעשה מחאה. דברי הסמ"ע התייחסו לפסק הרמ"א דלקמן.

הרמ"א (חו"מ רכ"ז ס"ד) פסק: " וי"א דאף המאנה יכול לחזור בו אא"כ נתרצה המתאנה פעם אחת...".

**הסמ"ע** (סק"ח) כתב בהסבר דברי הרמ"א, כפי שהתבארה שיטת ר' יונה (לעיל פרק יא):

"דכיון שהנתאנה יכול לחזור, לא נגמר המקח מעולם. משום הכי יכול גם הוא (המאנה) לחזור, אלא אם כן נתרצה הנתאנה פעם אחת, דאז מיד נגמר המקח וגם הוא אינו יכול לחזור בו".

דהיינו, ריצוי הקונה מקיים את המקח, ולאחר מכן אין אף אחד מהצדדים רשאי לחזור בו.

בהמשך דבריו, הקשה הסמ"ע על כך משיטת הרא"ש<sup>178</sup> לגבי מוכר שדה שהיה מחזור אחר מעותיו שהקונה חייב לו ("יעייל ונפיק אזוזי") והלוקח דוחה אותו, ועל דעת זה לא מכר לו. במקרה ההוא נקבע שהמקח בטל, ואפילו אם נתרצה המוכר אח"כ, יכול הלוקח לחזור בו. על כך שאל הסמ"ע, מדוע באונאת יותר משתות, אחר שהתרצה הקונה, אין המוכר יכול לחזור בו.<sup>179</sup>

תירץ הסמ"ע:

"שאני התם דמיד שמעייל ונפק אזוזי (שזה מעשה המקביל למחאה והקפדה) אזי נגלה שלולי צריך למעות לא היה מוכר, ונתבטל המקח מיד כשלא נתנו לו. משום הכי אף שנתרצה אח"כ לקיים המקח, כיון שכבר נתבטל יכול לחזור בו. אבל הכא דלא גילה המתאנה מתחילה דעתו שרוצה לחזור בו, משום הכי כשנתרצה אח"כ הוי ליה כאילו נתרצה מעיקרא, משום הכי אין המאנה יכול לחזור בו".

דהיינו, כאשר המוכר מחזור אחר מעותיו, הרי זה נחשב גילוי דעת לביטול המקח, כיון שבמקרה ההוא לא היה כלל מבצע את העיסקה ההיא אם היה יודע שתהיה סחבת בתשלום. אבל כאשר לא היה גילוי דעת לביטול המקח, כגון במקרה של אונאה ביותר משתות, אם התרצה הקונה, התקיים המקח, ואין המאנה רשאי לחזור בו.

**העולה** מדברי הסמ"ע הוא שקיים הבדל דיני בין אופני ההתרצות:

- א. התרצות שבאה לאחר מעשה המבטל את המקח, אינה מקיימת את המקח מעיקרא.
- ב. התרצות אשר לא קדם לה מעשה המבטל את המקח, מקיימת את המקח מתחילתו.<sup>180</sup>

178. שו"ת הרא"ש כלל צ"ז אות ד', הובא בטור חו"מ סו"ס רכ"ו

179. כפי שהובא לעיל בסוגיית אונאה (פרק יא), שיטת הרא"ש היא כשיטת ר' יונה, לכן מבוארת היטב קושיית הסמ"ע משיטת הרא"ש על שיטת ר' יונה.

180. בספר בית יעקב (עמ"ס כתובות דף עב ע"ב), לגבי קדשה סתם ונמצאו בה מומין, כתב: "והטעם לדברי הסמ"ע (הסובר שכשנתרצה, חל המקח למפרע) נראה, משום דיכול לומר

וכן מבואר בספר **פעמוני זהב** (רכ"ז ס"ד ד"ה שם, וי"א דאף המתאנה), שאם המתאנה תבע אונאתו ואח"כ התרצה במקח, אינו מועיל, "דהואיל ותבע וגילה דעתו דבא לתבוע למוכר, נתבטל תכף המקח, והואיל ונתבטל, אפילו נתרצה אח"כ, אין כאן מקח אליבא לכו"ע, וכן נראה מדברי הסמ"ע/רכ"ז/סק"ח...".

כמו כן עולה משיטות הפוסקים דלקמן:

### מחלוקת הב"ש והקצוה"ח

נפסק ברמב"ם (פ"ז מאישות הכ"ג) ובשו"ע (אה"ע סי' ל"ח סל"ה):

"המקדש על תנאי וחזר אחר כמה ימים וביטל התנאי, אע"פ שביטלו בינו לבינה שלא בפני עדים, בטל התנאי והרי היא מקודשת סתם...".

א. פסק **הבית שמואל** (שם סקנ"ז):

"אפילו תנאי שאין ממון יכול לבטל והקידושין הראשונים למפרע חלין, אע"ג דהתנה בתנאי כפול, מ"מ דלהנאתו התנה, כוונתו שאל יבוטל מיד אלא דווקא אם יקפיד כשישמע אז יבוטל, ואם אז לא יקפיד לא יבוטל הקידושין. ואם הקפיד כששמע, תו לא מהני אם ימחול אח"כ.<sup>181</sup> מיהו בתנאי ממון יש לומר שאפילו אם מקפיד כששמע, מהני מה שמוחל אח"כ דהוי כאילו התקיים התנאי".

מבואר בדברי הב"ש שסובר כשיטת הר"ן דלעיל, שכאשר מוחל על התנאי, הקידושין מתקיימים מתחילתן, כיון שכך היתה כוונתו בשעת התנאי.

בנוסף לזה התחדש בדברי הב"ש, שאם הקפיד הקונה על כך שלא התקיים **תנאי ממוני** ואח"כ מחל עליו, מחילתו מועילה נחשב שהתקיים התנאי. אולם אם הקפיד

---

בלבי היה (רי"ל - הקונה אומר, בליבי היה לקיים המקח מעיקרא למרות המום שבו), דכל שאין הדברים שבלב סותרים דברים שבפה, דברים שבלב דברים כמ"ש הרשב"א בקדושין (דף נ ע"א בד"ה דברים שבלב) עיי"ש. אבל במקח (רי"ל - שנמצא בו מום, והקונה מחה על כך), או בקידושין על תנאי ונתבטל התנאי, ודאי דצריך קנין וקדושין חדשים ולא מהני ריצוי...".

181. באופן מפורש יותר כתב הב"ש בסי' ס"ח סקכ"ד אליבא דתוס', במצא פ"פ וטען על כך בב"ד דהוי מק"ט, שאם אח"כ רוצה לקיימה צריך קידושין ונישואין מחדש. בספר ההפלאה (קונטרס אחרון סי' ס"ח סק"כ) דחה את דיוקו של הב"ש ולמד בדברי התוס' וברמב"ם שא"צ קידושין חדשים, והיינו מטעם אין אדם עושה בב"ז. ועיין בבית יעקב שם סק"ט ד"ה אם רוצה, שפירש בדברי הב"ש באופן אחר, וצ"ע שלכאורה אין זה במשמעות דבריו.

על כך שלא התקיים תנאי שאינו ממוני - לא תועיל מחילתו לאחר מכן.  
**יש לכאורה ללמוד** מדברי הב"ש לנידונינו, בו מדובר על דבר שבממון, שגם כאשר הקונה מחה על הפגם שנמצא במוצר שקנה, מ"מ אם אח"כ מחל על כך, התקיים המקח מעיקרו.

**בנוסף לזה יש להעיר** על דברי הב"ש משיטת הרא"ש בענין "עייל ונפיק אזוזי" שהובאה לעיל בסעיף זה, בה מבואר שגם לגבי תנאי ממוני אינה מועילה מחילתו של הקונה לאחר שכבר גילה דעתו שרצונו בביטול המקח.

הגרז"נ גולדברג שליט"א כתב בזה:

"לעני"ד יש לומר שרק בתנאי שתתן לי מאתיים זוז, בזה אם מחל אח"כ מועיל, שהרי המחילה היא כאילו קיבל המאתיים זוז, ואם היה מקבל המאתיים זוז היו הקידושין קיימים. מה שאין כן במצא פגם במקח, מה מועיל מה שיאמר כאילו התקבלתי, והרי החפץ פגום, ובזה אין תקנה גם ע"י נתינת דמים, ומה מועיל התקבלתי. ובזה מיושב מה שהקשה מעייל ונפיק אזוזי שבטל המקח". עכ"ל.

מבואר בזה שלגבי פגם במוצר גם לשיטת הב"ש אין מועילה מחילה לאחר מחאה.

**הקצות החושן** (סי' רמ"ג סק"ב, וכן באבני מילואים סי' ל"ח סקט"ו) חלק על הב"ש. הנידון שם הוא באיש ואשה שעשו קנין להנשא זו לזה ואמרו לעדים שיכתבו שטרות לצורך קנס על מי שיעכב בנישואין, ואח"כ מחתה האשה בעדים שלא יכתבו השטרות, וז"ל:

"כיון דרחל כבר מיחתה בעדים א"כ נתבטל השידוכין, וכמ"ש הר"ן בפרק המדיר (הובא לעיל) דאם כבר הקפיד כששמע נתבטלו הקידושין ואינו מהני מחילת התנאי אח"כ".

בהמשך דבריו הביא הקצוה"ח את דברי הב"ש דלעיל וחלק עליו. לדעת קצוה"ח אין בענין זה הבדל בין תנאי ממוני לבין תנאי שאינו ממוני, וז"ל:

"דדברי הב"ש אינו מוכרח, דגם בממון כל שהקפיד והיה יכול לחזור, גם השני חוזר. וכעין זה בנימוקי יוסף פ' המוכר פירות [פ' הספינה, ב"ב דף מא ע"א בדפי הרי"ף, בסוגיית אונאה שהובאה לעיל פרק יא], ולכו"ע שם אם המתאנה תובע אונאתו, גם המתאנה חוזר, עיי"ש. והכי נמי כיון דכבר הקפיד כששמע ויכול לחזור אם ירצה, הרי נתבטל המעשה ויכול גם השני לחזור".<sup>182</sup>

182. באבני מילואים שם הוסיף: "הכי נמי כיון שכבר הקפיד כששמע ויכול המקדש לחזור בו,

מבואר בזה, שלמד הקצוה"ח כשיטת הריב"ם (שהובאה לעיל פרק יא), שעצם זה שיש למוכר אפשרות לבטל את המקח כתוצאה ממחאתו של הקונה, הרי זה מבטל את המקח. ומכאן, שגם בתנאי ממוני, דעת הקצוה"ח שאם הביע את מחאתו על אי קיום התנאי, נתבטל המעשה.

כשיטת הקצוה"ח כך מבואר בספר **בית יעקב** (לנתיח"מ, עמ"ס כתובות דף עב ע"ב), שלא מהני ריצוי במקח ע"מ לקיימו מעיקרא ולכן צריך קנין חדש.

לפי זה בנידונינו, כאשר מחה על הפגם שנמצא במוצר, התבטל המקח, ולא תועיל מחילתו לקיים את המקח מעיקרו.

#### סכום

- א. שיטת הר"ן היא, שאם התנה תנאי לטובתו, והתנאי לא התקיים, והוא לא הקפיד על כך אלא מחל על התנאי - מועילה מחילתו ונחשב כאילו כלל לא היה תנאי. אולם אם המתנה הקפיד על אי קיום התנאי - שוב לא תועיל מחילתו.
- ב. שיטת הסמ"ע וקצות החושן שהחילוק הדיני שיש בין אם הקפיד לבין אם לא הקפיד, אמור גם לגבי תנאי ממוני.
- ג. שיטת הבית שמואל שגם אם התנה תנאי ממוני שלא התקיים והקפיד על כך, יכול אח"כ למחול על התנאי ולקיים את המעשה למפרע.
- ד. התבאר שבענין מחילה על פגם במוצר לאחר מחאה, המחילה אינה מועילה אלא מכאן ולהבא.

#### מסקנה

**קונה מוצר שגילה בו פגם מיד או לאחר זמן ומחה על כך בפני המוכר, ביטל בזה את המקח, ואפילו אם אח"כ התרצה ומחל על הפגם, לא יתקיים המקח למפרע.**

**לכן: אם המוכר מעוניין לבטל את המקח - הרשות בידו.**

**אם אין המוכר מעוניין בביטול המקח - צריך הקונה לעשות במקח קנין חדש והמוצר יהיה קנוי לו מכאן ולהבא.**<sup>183</sup>

כבר נתבטלו הקידושין ויכולה גם האשה לחזור אע"ג שרוצה המקדש בקידושין.  
183. למסקנה זו קיימת השלכה למקרה בו הקונה כבר השתמש במוצר קודם שנודע לו מהמום וגם קודם שהביע את מחאתו. כתוצאה ממחאתו התבטל המקח והתברר שעד אז לא היה בבעלותו של הקונה אלא בבעלותו של המוכר. יש לדון בזה לגבי תשלומים שיצטרך הקונה לשלם למוכר עבור השימוש. עיין בזה במה שכתבנו לעיל בפרקים ז - י.

### ג. התרצה הקונה בגלל סיבה מיוחדת

לעיל (פרק יא סעיף ב, ד בהערה) הובאו דברי המחנה אפרים (הונאה ס' יב) שכתב לחלק בין התרצות הקונה אשר נתאנה ביותר משתות, כאשר לא היתה סיבה מיוחדת להתרצות, ואז חל המקח למפרע, לבין התרצות שהיתה לכך סיבה מיוחדת, ולכן לא יחול המקח אלא מכאן ולהבא. נימוקו:

"דהתם ליכא למימר כיון דאיתרצאי השתא חל מעיקרא, דמה שנתרצה השתא, היינו משום דהוקר, אבל אם לא היה הוקר, לא היה מתרצה. מה שאין כן היכא דלא הוקר, דכל היכא דנתרצה השתא איגלאי מילתא למפרע דהיה מרוצה".

הנידון בדבריו הוא במקרה שלא היתה הקפדה, אלא רק היתה סיבה להקפדה. חידש המחנ"א, שבמקרה זה כאשר הקונה התרצה מחמת סיבה חיצונית שאינה קשורה למחילה על הפגם במקח הפגום, לא חל המקח מעיקרא, כיון שאלולא אותה סיבה, הרי היה הקונה מוחה ואז היה המקח מתבטל, א"כ כאשר התרצה מחמת אותה סיבה, ג"כ לא חל המקח אלא מכאן ולהבא.

המחנ"א הוסיף:

"ולפי חילוק זה יראה דאיכא למימר לענין מקדש את האשה ונמצא בו מום ומתרצה הבעל המוהר ומתן, דאין הקידושין חלים מעיקרא, שאין זה נתרצה אלא השתא דיהבו ליה מתנה. והוא הדין אם הלוקח יהביה לאחר במתנה ואח"כ הוקר, דאע"פ שנתרצה השתא הלוקח, לא אמרינן דחל המקח מעיקרא, וכי יהביה לאחר במתנה או שקידש בה את האשה דידיה הוא, אלא השתא הוא דנתרצה, ואין המקח חל אלא מכאן ולהבא, וכי יהביה במתנה קודם שהוקר לאו דידיה הוה עדיין. וכמו כן אם השתא שהוקרו אינו ברשות לוקח אלא שהניחו אחר שמשכו ברשות מוכר, כיון דאמרינן דאין המקח חל למפרע נראה דלא קנאו הלוקח, וכמו שכתב ה"ר יונה ז"ל".

המחנ"א באר כמה נפ"מ בזה:

- א. כאשר קדש אשה ונמצא בה מום, ונתרצה בשל מוהר ומתן שנתנו לו (דהיינו, אלולא זה היה רוצה הבעל לבטל את הקידושין מדין מקח טעות) - אין הקידושין חלין מעיקרא, כיון שלא התרצה אלא מחמת המתנה.
- ב. הקונה חפץ פגום ונתנו לאחר במתנה ואח"כ הוקר, אע"פ שנתרצה כעת הקונה, לא חל המקח מעיקרא, ואין המקח חל אלא מכאן ולהבא, והמתנה שנתן קודם



שהוקר אינה מתנה, כיון שלא היה אז בבעלותו.<sup>184</sup>  
ג. אם בזמן ההתייקרות אין המקח ברשותו, אלא שהשאירו לאחר מעשה הקנין ברשות מוכר, לא קנאו הלוקח, כיון שלא חל המקח למפרע.<sup>185</sup>

## מסקנה

שיטת המחנה אפרים היא, שכאשר נעשה מקח והיתה סיבה לביטולו, כגון שהיה בו מום, אלא שהקונה לא הקפיד, וסיבת אי הקפדתו אינה מחמת שמעוניין במקח גם באופן זה, אלא מסיבה אחרת, אין המקח מתקיים למפרע אלא מכאן ולהבא.

## ב. פגם גדול

יש לעיין במקרה בו אדם קנה מוצר, ולמרות שאח"כ מצאו שהוא פגום ביותר, בכל אופן התרצה במקח, האם חל המקח מכאן ולהבא או למפרע.

נפסק במשנה בב"ב (פג ע"ב): "יין ונמצא חומץ, שניהם יכולין לחזור בהם". מבואר בזה, שהמקח כלל לא חל, כיון שלא התכוין לקנות את החומץ שקיבל. ואם אמנם שני הצדדים חפצים לקיים את המקח, צריך הקונה לעשות קנין חדש בחפץ.

נשאלת השאלה: כאשר קנה מוצר ומצא בו פגם גדול, שודאי לא מעוניין מכך, האם יש להחשיב זאת ליין ונמצא חומץ, שכלל לא חל המקח, ואף אם יתרצה הקונה במקח, יצטרך לעשות קנין חדש, ורק מכאן ולהבא יחשב לבעלי החפץ. או שמא, התרצותו של הקונה בחפץ הזה, יכולה לגלות שגם מעיקרא היה מעוניין בכך ולכן חל המקח מעיקרא כפי שהתבאר לעיל לגבי פגם רגיל.

כדי לברר שאלה זו, יש לעיין בסוגיות הש"ס בדין איילונית ובענין הונאה.

---

184. הגר"ז"ג גולדברג שליט"א: "ולענין דקשה, שאם כן, גם אם לא נתנו לאחר איך יחול המקח מכאן ולהבא בלי הסכמה ורצון מהמוכר. ואם מדובר במקרה שנתרצה המוכר בפירוש, אם כן נאמר שנתרצה המוכר שיקנה המקבל את המתנה. ואולי סובר המחנה אפרים שגם בלי הסכמת המוכר וידיעתו חל המקח מכאן ולהבא, כיון שיש אומדנא שחל המקח, כמו מוכר פירות דקל שניחא ליה למיקם בהמנותיה ולכן הוא קונה אבל לא המקבל, אבל אחר לא קנה. ואם נאמר כן יוצא שהקונה פירות דקל ומכרו לאחר והאחר קדם וליקט את הפירות, לא קנה, כיון שאין כאן דעת מקנה להקנות לאחר אלא רק לקונה הראשון, וצ"ע בדין זה".  
185. שיטת קצוה"ח דלעיל וכן שאר השיטות, אינן בהכרח חולקות על שיטת המחנה"א, כיון שכפי האמור, דברי המחנה"א התייחסו למקרה בו לא היתה הקפדה המבטלת מקח, משא"כ השיטות שהובאו לעיל דנו במקרה בו קדמה ההקפדה להתרצות.

## א. דין איילונות

המשנה בתחילת מסכת יבמות (דף ב ע"ב) עוסקת בדין העריות הפוטרות צרותיהם מחליצה ויבום, דהיינו, כאשר אדם היה נשוי שתי נשים ומת ללא בנים, ואחת מנשותיו אסורה על אחיו היבם איסור ערוה כגון שהיא אחות אשתו, הרי גם האשה השניה (צרתה) אסורה להתייבם מדין תורה.

נאמר במשנה: "וכולן (העריות הנ"ל).. או שנמצאו אילונות צרותיהן מותרות".

פירש רש"י:

"..שמקחו (של האח המת) מקח טעות, ולא הויא אשת אחיו, וכשמת אחיו, הרי היא כמו שאינו אשתו, ומתייבמת צרתה".

וכ"כ התוס' (שם ד"ה או שנמצאו) והראשונים שם.

מבואר בזה, שכאשר אשת אחיו האסורה על היבם באיסור ערוה נמצאת אילונות, ההלכה מתייחסת אליה כאילו לא היתה נשואה לאחיו מעולם, ולכן צרתה מתייבמת, כיון שאינה נחשבת לצרת ערוה.

## ב. גדר מום איילונות

לפי שיטת פוסקים רבים עולה שכאשר נשא אשה ונמצאת אילונות, דהיינו שחסרים לה סימנים מובהקים של אשה ולכן אינה ראויה לילד, הרי זה נחשב מום גדול וחמור משאר מומין, כדלקמן:

**התוס'** (כתובות עב ע"ב) דנו לגבי המשנה "המקדש את האשה ע"מ שאין בה מומין ונמצאו בה מומין אינה מקודשת", וחידשו (בתירוצם השני) שאם מקדש את האשה סתם ונמצאו בה מומין, צריכה גט מדרבנן או מדאורייתא מספק.

עפ"ז הקשו תוס':

"ואם תאמר, לפי מאי דפרישית דקידשה סתם צריכה גט, מאי שנא דבנמצאת איילונות אינה צריכה גט, דתנן בריש יבמות (ב ע"ב) וכולן שנמצאו איילונות צרותיהם מותרות, משמע אפילו מדרבנן לא בעי גט".

ותרצו:

"וצריך לחלק בין מום דאיילונות לשאר מומין [דעיקר דעתו של אדם הנושא אשה, בשביל בנים, ולהכי הויא איילונות קדושי טעות - תוס' רא"ש]."

וכן מובא **במאירי** (יבמות ב ע"ב):

"ומאחרוני הרבנים כתבו שאין באילונות מקח טעות כל כך שתהא יוצאה

בלא גט. והדברים זרים, שהרי אין לך מקח טעות גדול מזה, וכל הנושא לדעת בנים הוא נושא ואפילו בעל אין אדם מוחל בדבר זה וכן הסכימו בה גדולי הדור".

כך גם העלה הרש"ל בספרו **ים של שלמה** (עמ"ס יבמות פ"א ס"א א'):

"ואין להקשות, מאי שנא ודאי איילונית משאר מומין היכא שכנסה סתם שצריכה גט מדרבנן.

שאני גבי מומין דאיכא נמי אינשי דלא קפדי ומחיל, אבל באילונית אין שום אדם מוחל, ומאן דמחיל בטלה דעתו...".

מבואר בזה, שמום דאיילונית נחשב מום גדול שאין מקובל למחול עליו והרי הוא מבטל את הקידושין.<sup>186</sup>

### ג. מחל אח"כ על המום

**יש לברר**, האם כאשר הבעל התרצה במום זה של איילונית, יחולו קידושי למפרע או לא.

יש להוכיח מתוס' (יבמות דף ב ע"ב ד"ה או שנמצאו), שכאשר התרצה הבעל במום דאיילונית חלו הקידושין למפרע.

התוס' הקשו (על דברי המשנה שאם נמצאו צרותיהם אילונית האשה פטורה מיבום):

"ותימא, דאמרינן (לקמן דף סא ע"ב) קטן וקטנה לא חולצין ולא מייבמין... קטנה שמא תמצא אילונית. ואמאי, תתיבם ממה נפשך, דאם אינה אילונית שפיר מיבם, ואם היא אילונית נמי שרי, דלא היתה אשת אחיו".

ותרצו שני תירוצים:

"ואומר ר"ת דההיא בקבלה עילויה, וכה"ג משני בריש בן סורר (סנהדרין סט ע"ב).

וה"ר אברהם מבורגויילה תירץ (משנתינו עוסקת) בנמצאת אילונית בחיי האב והקפיד (ולכן בטלו קידושיה למפרע), אבל לאחר מיתה (אם לא נודע לאח שאשתו אילונית עד יומו האחרון) דלמא אם היה קיים לא היה מקפיד".

186. עיין לקמן (אות ד') לגבי שיטת הרמב"ם.

מתירוצו של ה"ר אברהם מבורגויילה עולה להדיא שאם היה האח קיים ומוצא אשתו אילונית ולא מקפיד על כך, היו ממשיכים בחיי נישואין ללא צורך בקידושין חדשים, כיון שבזה שלא הקפיד התקיימו הקידושין והנישואין למפרע.

בשיטת ר"ת יש להסתפק, האם תירוצו הוא בדווקא שקיבל עליו קודם הקידושין את היותה אילונית, אבל בלא"ה בטלו הקידושין, או שמא גם הוא מסכים לדברי ה"ר אברהם מבורגויילה, אלא שנקט אופן מסתבר יותר.

יש להוכיח שר"ת מסכים עם שיטת הר"א מבורגויילה, ממש"כ בספר הישר (נדה דף יח ע"א) על קושיית התוס' דלעיל:

"קטנה שמא תמצא אילונית. וא"ת מה בכך אם תמצא אילונית, הרי מקחו של ראשון מקח טעות וזו מותרת לזה. תריץ, כל זמן שלא הכיר בה זה הראשון הרי היא כאשתו לכל דבר, שאע"פ שאם היה מכיר בה היה מקפיד, יוצאה בלא גט שהיה מקח טעות, אעפ"כ כל זמן שלא היה מקפיד דלא מחזיקינן ליה בהכי...."

מבואר בזה, שלדעת ר"ת כל עוד לא היתה הקפדה בפועל מצד הבעל על אשתו שנמצאת אילונית, הרי היא נחשבת אשתו לכל דבר. הרי ששיטתו תואמת את שיטת הר"א מבורגויילה.<sup>187</sup>

187. הערת הגרז"י גולדברג שליט"א: "ונראה, אם ר"ת חולק, יש להבינו בשתי אופנים. אחד, שחולק וסובר שגם אם היה מתרצה אחר שנודע לו שהיא איילונית, לא היתה מקודשת (וכמו שנראה שזו כוונת המחבר). אבל יש לומר שר"ת חולק על ר' אברהם רק בזה שכל זמן שלא נודע לנו שמתרצה אין לתלות שמתרצה, וכמו שהביא מהמהרש"ל, שלכן אין צריכה גט בכנסה סתם אף שבשאר מומין צריכה, שבאיילונית ברור לנו שאינו מתרצה, והכוונה כל זמן שלא שמענו שנתרצה.

ומה שנסתפק שמא ר"ת מודה לר' אברהם, אלא שנקט אופן שמסתבר יותר, לעני"ד לא יתכן שתירוצו של ר"ת מסתבר יותר, שהרי כל קטנה שבאה להתייבם, בהכרח שהבעל המת לא נודע לו, דאם כן לעולם היא מקודשת, ומה צורך להעמיד שקיבל עליו.

ומה שהביא מספר הישר, סותר לר"ת שבתוספות שלנו. וביותר נראה שגם אם ר"ת סובר בדין כר' אברהם, שבמת כיון שלא הקפיד מקודשת, אבל עכ"פ אינה מקודשת אלא מספק, וכלשון ר' אברהם, דילמא אם החי היה מסכים, ואם כן יש לומר שקטנה יכולה להתייבם לר"ת מכח ספק ספיקא. שמא אינה איילונית, ואת"ל איילונית, שמא היה מקפיד ואינה מקודשת. אכן, יתכן שר' מאיר שחייש למיעוטא חושש גם לספק ספיקא וגם חושש לס"ס שספק אחד יש רוב להתיר". עכ"ל.

עוד עיין בשו"ת שרידי אש (ח"ג סי' לג) שדן בענין זה בארוכה, והביא שבדברי הרמב"ן (יבמות דף ב ע"ב) מבואר שר"ת מסכים לדברי רבנו אברהם, אבל מראשונים אחרים משמע שחלוקים ר"ת ור"א.

וכן מוכח משיטת הר"ן, כדלקמן.

משנה כתובות (דף ק ע"ב):

"הממאנת והשניה והאילונית אין להם כתובה ולא פירות ולא בלאות. אם מתחילה נשאה לשם אילונית יש לה כתובה".

וכתב הר"ן (דף נט ע"א בדפי הרי"ף):

"ולקמן בפרק בתרא (דף קז ע"ב) אמרינן, כיצד אמרו ממאנת אין לה מזונות... אלא שאם הלך בעלה למדינת הים ולוותה ואכלה ועמדה ומאנה - אינו משלם. ואילונית נמי אפשר דבלותה ואכלה קאמר (שאיין לה מזונות), דאי לאחר שנמצאת אילונית, פשיטא דלית לה, ואי ביושבת תחתיו אחר שהכיר בה, אמאי לית לה, והרי היא כנשאה מתחילה לשם אילונית שיש לה מזונות...".

מבואר בדברי הר"ן, שאם הכיר באשתו שהיא אילונית והיא ממשיכה לישב תחתיו, נחשב הדבר כאילו מתחילה נשאה על דעת זה שהיא אילונית וחייב במזונותיה. מתוך הסבר זה עולה שודאי אין צריך קדושין חדשים, שהרי אם הוצרך לכך אין להחשיבו שמתחילה נשאה ע"ד אילונית.

דברי הר"ן הובאו להלכה **בבית שמואל** (אה"ע סי' קט"ז סק"ז).

וכן יש ללמוד מדברי **ההפלאה** (כתובות דף קא ע"ב ד"ה גמרא) שכתב בהקשר לדברי הר"ן:

"וצריך לומר דפשיטא להו לתוסי' ור"ן דבכהאי גוונא שדר עמה אח"כ, הרי הוא מוחל על מום דאילונית ותקנו בזה כתובה וכל תנאי כתובה...".

ומילתא דפשיטא שאם הקידושין היו בטלים הרי גם לא חל כלל חיוב כתובה מהבעל אלא אם כן כתב לה כתובה חדשה, אלא ודאי כאשר מחל לה על היותה אילונית התקיימו הקידושין והנישואין מעיקרא.

#### ד. שיטת הרמב"ם בדין אילונית

הרמב"ם פסק (פ"ד מאישות ה"י): "...וכן איילונית שנתקדשה, הרי אלו קידושין גמורין".

פירש המ"מ (שם):

"זה מתבאר בהרבה מקומות בכתובות (ק ע"ב-קא ע"א) וביבמות (יב ע"ב, עט ע"ב), והעלה רבנו יעקב ז"ל במשנה ראשונה דיבמות דאע"פ שלא הכיר בה כשקדשה צריכה גט וכן עיקר".

שיטת הרמב"ם נידונה בארוכה בפוסקים (עיין בשו"ת שרידי אש ח"ג סי' לג) אשר הקשו עליו מכמה סוגיות והעמידו דבריו באופנים שונים. לנידונו הדבר ברור שאליבא דהרמב"ם אם הבעל התרצה בה, ודאי שקיימים הקידושין מעיקרא.

### ה. הסברי האחרונים

לעיל הובאו דברי תוס' (כתובות), שעל מום דאיילונית אין אדם מוחל. התוס' (יבמות) הוסיפו:

"...ואפילו לאבי דמפרש טעמא משום שאין אדם עושה בעילתו בעילת זנות, (לכן כאשר בעל, מחל על המומין שיש באשה), היינו בשאר מומין, דמסיק אדעתיה ובדעתו אפילו יהיו בה מומין בועל לשם קידושין, אבל איילונית דלא שכיח, לא מסיק אדעתיה, ומשום חשש איילונית לא יהא בועל לשם קידושין".

מבואר בדבריהם, שהסיבה שאין אומרים שהאיש מחל על מום דאיילונית כאשר בעל, היא מכיון שזהו מום נדיר אשר לא עלה על דעתו. משמע, שאם ידע על המום, גם בזה נאמר "אין אדם עושה בעילתו בעילת זנות", ובעל לשם קידושין ומחל על המום.

וכך אמנם מבואר בחידושי ר' שמעון שקופ (יבמות סי' ג'):

"משמע להדיא מדברי תוספות דבנמצאת איילונית והכיר בה אח"כ ומחיל, דמהני (ר"ל חלו הקידושין למפרע) למ"ד דמהני בשאר מומין, וכן בעל כרחך לר"א מבורגיל, אם מחיל אח"כ, שהקידושין קיימין למפרע".

בטעם הדבר כתב שם:

"דלא דמי (איילונית) ליין ונמצא חומץ, דשני מינים הם. אבל הכא, אם לא קפיד, הוה אשה זו כשאר נשים. רק אם קפיד הוה כמין אחר".

מבואר בדבריו שאין דמיון מוחלט בין מום גדול (איילונית) ליין ונמצא חומץ, אלא מום איילונית נמצא בגבול שבין מין אחד לשני מינים. אם הבעל מקפיד, הרי הוא מגלה דעתו שלגביו זה נחשב "יין ונמצא חומץ" ולא חלו כלל הקדושין, אבל כאשר אינו מקפיד, הרי לגביו נחשב הדבר למין אחד, וממילא מבורר שגם מעיקרא היה מתרצה בכך.<sup>188</sup>

188. הערת הגרז"ן גולדברג שליט"א: "...לא הבנתי מה נחוץ להגדיר שאילונית נמצא על הגבול, ומדוע לא נאמר שאילונית דמי לכל מום, שבאם מתרצה מועיל למפרע, אלא שבאילונית כל שהקפיד יש לומר שאין כאן ספק אלא בודאי לא נתרצה".

כעין זה מובא בספר **שיעורי רבי נחום** (פרשוביץ) עמ"ס יבמות (ב ע"ב, עמ"י י"ט בדפי הספר):

"בתוס', היינו בשאר מומין דאיכא דמחיל, והיינו דהגם דאילו ידע בשעת קידושין מהמום לא היה מקדש, מ"מ בדיעבד מחיל. ולכאורה צריך באור, ומה בכך דמחיל, הא בשעת קידושין מוטעה הוא.

ומפרשים בזה, דכך הוא דעתו בשעת קידושין, דאם ימחול אח"כ על המום תהא מקודשת ועל דעת כן קדשה".

דהיינו, כעין שיטת הר"ן דלעיל בטעם הדבר שמועילה מחילה על התנאי.

### המסקנה העולה מסוגיית איילונות

התבאר לעיל שלגבי איילונות אשר נחשבת למום גדול, מועלת מחילתו לקיים את הקידושין למפרע.

**מכאן יש ללמוד לנידונו: כל מקח שנמצא בו מום גדול, המונע ממנו מלמלא את יעודו (ובזה דומה למום דאיילונות, כפי שהתבאר לעיל), אם הקונה מוחל על המום, נחשב הדבר שהחפץ היה שייך לו כבר מעיקרא, משעת מעשה הקנין.**<sup>189</sup>

189. לאור האמור, יש לדון בדברי בעל נתיבות המשפט בספרו **מקור חיים** (הלי פסח, סי' תמ"ח נב-ד, הובא לעיל פרק ד סעיף ד, ג), שכתב:

"דבאומדנא דמוכח, לאו תנאה הוי אלא שיורא הוא. תדע דהא בהמקדש ע"מ שאין בה מומין, אם רוצה למחול התנאי, הקידושין קיימין, ובמומין גדולים, דהיינו איילונות, דנתבטלו הקידושין מטעם אומדנא דמוכח, לא מהני מחילה, וצריכה קידושין אחרים כמבואר באהע"ז...".

מבואר בדבריו, שבנמצאת איילונות התבטלו הקידושין מטעם אומדנא דמוכח, ואם רוצה להמשיך לקיימה צריך לקדשה מחדש. ודבריו צריכים עיון מהמבואר לעיל בדברי הראשונים, שכאשר מחל על מום איילונות מועילה מחילתו וחלו קידושיו למפרע, וכן מהמבואר לקמן בנספח שבנמצא מום במקח, לא התבטל המקח מאליו ללא הקפדה בפועל. ואם נאמר שמדובר שכשמצאה איילונות הקפיד ואח"כ מחל, ולכן לא מהני, אי"כ ה"ה במומים רגילים לא מהני מחילתו כפי שהתבאר בר"ן. כמו כן צ"ע היכן מבואר דין זה באבן העזר.

ואולי אפשר ליישב דבריו, שבסתמא כאשר נמצאת איילונות הרי הוא מקפיד, ולכן אפילו אם אח"כ יתצרה, צריך לקדשה מחדש. אבל לגבי מומין אחרים אין אומדנא דמוכח שהוא מקפיד, לכן אם מוחל, הקידושין קיימים למפרע, וצ"ע.

הגרז"ן גולדברג שליט"א העיר בזה: "...ומה שהביא מהמקור חיים שמומין גדולים אינו יכול למחול, אף שלא ראיתי זאת מפורש בשו"ע אהע"ז שיש דעה כזאת, עכ"פ המקור חיים סובר כן. ואולי כוונת המקור חיים לסברה שכתבתי (לקמן נספח א) שכל שהוא תנאי על העבר אינו בדין תנאי, ודלא כהרע"א והמל"מ, ורק תנאי דלעתיד הוא צריך לדיני תנאי,

## 1. סוגיית אונאה

לעיל (פרק יא) הובאה סוגיית אונאה עם שיטות הראשונים, והתבאר שקיימות שלש שיטות לגבי דין הגמ', שבהונאה ביותר משתות שניהם חוזרים.

בהקשר לכך הובאו דברי תוס' (בי"מ דף נ ע"ב):

"...וי"ל דהכא (באונאה של יותר משתות) כיון שהוא יותר משתות הוי ליה רחוק מן המקח יותר מדאי וכאילו לא מכר כלל, דהוי ליה כיון ונמצא חומץ, חומץ ונמצא יין דשניהם חוזרין".

באור המילים "רחוק מן המקח", הוא בפשטות, שאין סכויים רבים למקח להתקיים כיון שצפויה כאן הקפדתו של הקונה, ולכן כאשר האונאה ביותר משתות, נחשב שלא מכר כלל ושניהם חוזרים, כדין יין ונמצא חומץ.

יש ללמוד מכאן מסברא, שה"ה במום גדול, שג"כ נחשב רחוק מן המקח, לא חל המכר כלל.

כמו כן הובאו שיטות נוספות מהם מבואר שאין אונאה ביותר משתות נחשבת כיון ונמצא חומץ.

העולה מזה, שהנידון של פגם גדול שנמצא במוצר, והקונה התרצה בו, תלוי בשיטות הראשונים בסוגיית אונאה.

## להלכה

תירוץ זה של תוס', שלא חל המכר, כיון שנחשב כיון ונמצא חומץ, לא נפסק להלכה כפי שהובא לעיל, משמע שגם כאשר נמצא מום גדול המקח קיים, כפי המסקנה שעלתה לעיל בסוגיית איילונית.

וכן יש ללמוד מדברי נתיה"מ (רכ"ז סק"א) בענין מוכר שהתאנה ביותר משתות (אשר לפי האמור לעיל, דינו כדין פגם גדול). וזה לשונו: "דכשאיין המוכר הראשון מבטל המקח, נתקיים המקח למפרע".

## מסקנה

**קנה מוצר ומצא בו פגם חמור, והתרצה הקונה במקח, המקח חל למפרע.**

---

אלא שכל טעות שאינו מום גדול, בזה דעת האדם שלא יהיה קידושין רק אם לבסוף יקפיד, וממילא הרי זה תנאי דלעתיד וצריך תנאי כפול, משא"כ מומין גדולים כמו יין ונמצא חומץ שאינו רוצה במוחלט, א"כ אינו תנאי דלעתיד רק לעבר ואינו צריך משפטי התנאים".



### ג. מוצר פגום שנקנה ונמכר

קנה מוצר פגום ולא הבחין בפגם, ומכרו לאחר, האם חל המכר כאשר קיים אומדן דעת ברור שאם הקונה הראשון היה יודע מהפגם, ודאי היה מקפיד.

דוגמא לספק זה היא, כגון מקרה בו אדם קנה אתרוג בקופסה סגורה, עליה רשום, שהאתרוג שבתוכה הוא מהודר, ולכן גם מחירה גבוה. אח"כ החליט הקונה שאין הוא זקוק לאתרוג זה, ועל כן מכרו לאחר כאשר הקופסה סגורה עדיין. הקונה השני פתחו וגילה שהאתרוג שבתוכו רחוק מלהחשב מהודר אליבא דכו"ע, ובודאי אם הקונה הראשון היה יודע מכך, היה מבטל את המקח מדין מקח טעות.

במקרה זה, בנוסף לשאלת ביטול המקח, קיימת בעיה נוספת, והיא, האם הקונה השני יכול לצאת באתרוג זה ידי חובת המצוה ביו"ט ראשון בו נדרש שהאתרוג יהיה בבעלותו הגמורה (דין "לכס"), או שמא כיון שודאי הקונה הראשון היה מבטל את המקח, נמצא שלא חל קנינו של הקונה הראשון, וממילא ג"כ לא חל קנינו של הקונה השני, ואין האתרוג נחשב בבעלותו (חסר דין "לכס").

צדדי הספק: הראשונים שדנו בענין איילונית (שהובא לעיל) כתבו, שאפילו אם הבעל הראשון לא הכיר באשתו האיילונית כל ימי חייו, מ"מ לא נחשבת אשתו, כיון שודאי אם היה יודע על המום הגדול שלה, היה מקפיד.<sup>190</sup>

מבואר בזה, שאף כאשר הבעל לא הכיר במום כל הזמן שהיתה עמו, מ"מ בטלו הקידושים. א"כ לכאורה ה"ה בקנין חפץ פגום, אע"פ שלא ידע בקיומו של הפגם בכל הזמן שהיה החפץ אצלו, מ"מ מחמת אומדן הדעת שאם היה יודע היה מבטל את המקח, אין נחשב החפץ בבעלותו, ולכן לא יחול המכר. או שמא בענין זה קיים הבדל בין דין איילונית לדיני המקח.

א. הגר"י בלוי שליט"א (בעמח"ס פתחי חושן) ענה לי על כך, שאין בזה חשש, אלא החפץ הוא בבעלותו הגמורה של הקונה השני.

טעם הדבר: לאחר שהראשון מכר את החפץ לאחר, פקעה זכותו לבטל את המקח, כיון שמבואר בפוסקים שמכירת החפץ נחשבת לשימוש בחפץ וויתור על הזכות לבטול המקח.

אין מקרה זה דומה לנידון של איילונית, כיון ששם הבעל הראשון לא עשה שום מעשה המורה על כך שמבטל ומוותר על זכותו לבטל את הקידושים. עכ"ד.

190. הראשונים שדנו בענין איילונית הם: תוס' (יבמות ב.; כתובות עב.; גיטין מו.). אור זרוע (סי' תקצז). הרא"ש (יבמות ב.; ובשו"ת כלל ל"ה). הרמב"ן והרשב"א (יבמות ב.). ר"ן (גיטין מו.). המאירי (יבמות ב.; גיטין מו.).

ב. יש לעיין, אולי הדין שכתבו הפוסקים, שמכירה נחשבת שימוש, נאמר דווקא כאשר הקונה ידע מהמום, שבכה"ג שימוש מהוה מחילה, כמובאר ברמב"ם (פט"ו ממכירה) ובשו"ע (חו"מ רלב), אבל אם לא ידע מהמום, לא שייך מחילה, ואולי בזה לא נאמר, שאם הקונה מכר את המוצר, איבד את זכותו לבטל את המקח.<sup>191</sup>

אמנם נראה לע"ד שגם כאשר לא ידע מהפגם ומכרו, לא יוכל לבטל את המקח, כיון שיש אומדן דעת שמכירת החפץ במחיר שנראה למוכר, מהוה הפקת התועלת המירבית מהחפץ ע"י המוכר ובוזה הוברר למפרע שהיה לו רצון בקנין שהוא קנה, ונמצא שהקנין הראשון חל באופן מוחלט. לכן לאחר המכירה כבר אין לו כל שייכות בחפץ, ולכן לא יוכל לבטל את המקח.

סברא זו נראת פשוטה במקרה בו מדובר על סוחר שקונה ע"מ להפיק רווחים. יש לדון במקרה בו קנה לצרכיו הפרטיים, ואח"כ החליט למכור. במקרה זה יתכן שלא נאמר את הסברא דלעיל, כיון שאין עיקר כוונתו ברווח הכספי אלא בשימוש במוצר, וכאשר הוא פגום הדבר נבצר ממנו, וצ"ע אם בזה נאמר סופו הוכיח על תחילתו.

ג. עוד נראה לדון בדבר ע"פ דברי המרדכי (ב"מ פ' אלו מציאות סימן רנח-רנט, הובאו ברמ"א חו"מ ס"י רל"ב ס"ח), שאין אדם קונה דבר שלא היה בדעתו לקנות (כגון קנה בדיל ומכרו בחזקת בדיל ונמצא שהוא זהב מצופה בבדיל - אין המוכר יכול לטעון שהתאנה, כיון שכלל לא זכה בזהב, שהרי לא היה בדעתו לקנותו).

יש ללמוד מדבריו, שכאשר מכרו לאחר, לא חל המכר, כיון שהראשון לא קנאו. אי"כ ה"ה בנד"ד, לא קנאו השני כיון שהוא מוצר הפגום ביותר.

אלא שיש לחלק בין הנידון שם, בו מדובר בשני חפצים שונים (זהב-בדיל), לכן לא

191. הערת הגר"ז"נ גולדברג שליט"א: "...ולעני"ד חילוק זה בודאי נכון, תדע, שאילו הקונה השני היה חוזר מהמקח, בודאי מסתבר שיכול הקונה הראשון לחזור למוכר ולבקש מחירו. אבל מ"מ נראה שאם מכר הלוקח הראשון ללוקח השני ונתרצה השני, מסתבר שגם הראשון היה מתרצה בזה, שמה איכפת לו לבטל המקח, מה שאין כן אם השני לא מתרצה, יכול גם הראשון לומר שאינו מתרצה. אכן בידע הראשון שיש מום במקח ורימה לשני, בזה יש לומר כסברת הגר"י בלוי, שזה כנשתמש, אבל גם זה אינו מוכרח, שיתכן שמה שמרמה אנשים אינו מוכיח שנתרצה. אכן זה ודאי מסתבר שאם השני לקח המקח והלך לו, אין הראשון יכול לבטל כיון שאינו מחזיר גוף המקח. ועוד נראה שגם אם הראשון יכול לבטל, מ"מ חייב לשלם למוכר מה שקבל מהשני, שהרי אם נתבטל המקח, נמצא שנהנה משל המוכר וחייב לשלם לו". לגבי הנידון בו מכר הלוקח הראשון ללוקח השני ונתרצה השני, עיין לקמן בדברי החת"ס, ממנו עולה שגם כאשר הקנין השני חל אין זה מחייב שגם הקנין הראשון חל. ואולי יש לחלק בין התרצה השני בין מקרה בו אכלו, כפי שמדובר שם.

חל המכר. לעומת זאת כאשר קיבל את החפץ שביקש, אע"פ שהוא פגום ביותר, עדיין לא איבד את שמו (כפי שהוברר לעיל, שלהלכה אין זה נחשב שקנה יין ונמצא חומץ) לכן בכה"ג לא נאמרו דברי המרדכי, והמכר חל.

בנוסף לכך י"ל עפמשי"כ הנתיחה"מ שם, שדברי המרדכי אמורים רק במקרה בו לא היתה לקונה אפשרות לדעת על קיום הדבר שנודע אח"כ, ולכן לא קנאו. אבל אם היתה לו אפשרות אלא שלא ניצל אותה, בזה קנה. לפ"ז במקרה בו היתה אפשרות לקונה לדעת את קנינו (כגון קונה קופסת אתרוג סגורה, שיכול לפותחה), קנה את האתרוג כל עוד לא ביטל את המקח, אלא אם כן מדובר במקרה בו רצה בדווקא למכור קופסה סגורה.

ד. בשו"ת חתם סופר (חו"מ סי' ק"פ) דן בענין -

"אחד שמכר סתם יינם בחזקת כשר והלוקח לקח ממנו בהקפה וחזר ומכר בחנות שלו ליחידים הרבה על יד על יד גם כן בהקפה... איך ומה יהיו תשלומי הלוקח למוכר הראשון ותשלומי היחידים ללוקח שהוא המוכר שלהם."

לאחר שדן שם בענין מוכר איסורי דרבנן והאוכלם בשוגג (הובא לעיל פרק ט סעיף ד/א), כתב:

"ולנידון שלפנינו נראה לי נהי אם עבר ואכלו בשוגג ואונס לא הוי כשקץ, שכך התנו חז"ל בתקנתם.. אבל מכל מקום כל זמן שלא שתו היין מקח טעות הוה, דאלו ידעו, חלילה ושקץ להם לשתות סתם יינם, ועיין היטב בלשון נימוקי"ר"פ המוכר פירות.<sup>192</sup>

וכיון שלא קנה הלוקח הראשון, דהוה מקח טעות, אם כן הלוקחים השניים מבי גזא דמוכר ראשון לקחו.. וגם השניים לא קנאו עד שהגיע לבית הבליעה דלא מצי לאהדורי, ושם נתחייבו למוכר הראשון דמי סתם יינם בזול, והמוכר תובע ללוקח שלו שיחזיר לו יינו או דמי יין נסך בזול והוא תובע מלוקחים שלו דמי יין נסך בזול...."

192. כנראה כוונתו למשי"כ בענין המוכר פירות לחבירו ולא צימחו, כשלא הודיע למוכר שקונה לזריעה, וז"ל: "...אבל במילתא דפשיטא וברירא דלזריעה בעי להו כזרעוני גינה, לא צריך ליה לפרש, והוי כאילו פירש לזריעה בעי להו, וכיון דאין ראויין לזריעה דהא לא צמחו מקח טעות הוא ומהדר ליה זוזי..". מבואר בזה שכאשר ברור שאין הקונה מעוניין בסחורה שהמוכר סיפק לו, הרי זה מקח טעות. אולם צ"ע מהיכן למד החת"ס שגם כאשר הקונה הראשון כבר מכר את הסחורה עדיין נחשב שהקנין הראשון לא חל, ואפילו כאשר הקונה השני כבר אכל את הסחורה.

מפורש בזה שהקונה מוצר פגום (סתם יינם בחזקת יין כשר) ומכרו לאחר, בטל הקנין הראשון, כיון שודאי הקונה הראשון לא היה מעוניין במקח זה, דהיינו כפי שהובא לעיל מדין איילוניית. לכן חיוב הקונים הוא כלפי המוכר הראשון.

יש ללמוד מדבריו, שבנידון שהועלה לעיל לגבי קונה אתרוג בקופסה, לא יוכל הקונה השני לצאת ידי חובה אף אם ימחל על הפגם, כיון שהתברר שהקונה הראשון לא קנה את האתרוג.

מדבריו עולה גם כן שאע"פ שהקונה השני כבר עשה קנין (שתו את היין), וביחס אליו כבר אי אפשר לבטל את המקח, אין אומרים במקרה זה שבהכרח שגם הקנין הראשון חל, שאין לקונה הראשון מה להפסיד, שהרי החת"ס מחשיב את הקנין הראשון למקח טעות אע"פ שכבר שקונים בקנין השני כבר שתו מהיין וכבר התקיים המקח לגבם.

העולה מן האמור שנידונינו צ"ע להלכה.

### למי מופנת הטענה

יש לדון במקרה דלעיל, אם ברצונו של הקונה השני לבטל את המקח, אל מי יפנה הקונה בדרישה לקבלת החזר כספי, האם כלפי הקונה השני אשר מכר לו את החפץ או כלפי המוכר הראשון.

ענין זה מבואר להדיא בדברי הרמ"א (חוי"מ רל"ב יח), וז"ל (בנדון שור ללא שיניים, הובא לעיל פרק ה סעיף ז) :

"יש חולקין וסבירא להו דאפילו סרסור (שקונה ומוכר) צריך לשלם (כשנמצא פגם בסחורה) דאף על גב דהוא נתאנה, אין לו להונות אחרים... וכן נראה לי עיקר וכל שכן בדבר שלא פשע בו הקונה כלל, כגון שמכר לו טבעת בחזקת זהב ואח"כ שברו הלוקח ונמצא בו בדיל, שחייב להחזיר מעותיו אע"י שגם המוכר נתאנה בו..."

דהיינו, תביעת הקונה השני מופנת כלפי הקונה הראשון שמכר לו.

### מסקנה

קנה ומכר מוצר, ואח"כ נמצא שהוא פגום ביותר, ומסתבר שבודאי אם הקונה הראשון היה מודע לכך, היה מבטל את המקח, צ"ע אם הקניה הראשונה בטלה מאליה, או שמא לא בטלה אלא המוצר הוא בבעלותו של הקונה השני.

אם ברצונו של הקונה השני לבטל את המקח, טענתו מופנת כלפי הקונה הראשון.

## נספחים

### א. האם דין ביטול מקח תלוי במשפטי התנאים

מבואר בסוגיית כסף מכפר מחצה (ב"ק דף קי ע"א, מובא לקמן פרק יג ח"ב סעיף א,א) שטעם ביטול המקח היא משום "דאדעתא דהכי לא עבדי". נימוק זה הוא המקובל במפרשים ובפוסקים.

יש לברר האם אומדנא זו, דאדעתא דהכי לא עבדי, שמחמתה ניתן לבטל מקח, קשורה למשפטי התנאים, והמקח בטל כיון שלא התקיים התנאי, או שמא ביטול המקח נובע מסיבה אחרת.

**שיטת הרא"ש** שאין אומדנא זו תלויה במשפטי התנאים, כפי שיובא לקמן.

בסוגיית דברים שבלב (קידושין דף מט ע"ב) דנו הראשונים מתי צריך לכפול את התנאי ומתי אין צורך בזה. התוס' רא"ש (ד"ה ובעידנא) כתב בהקשר לכך:

"הילכך נראה שאין לדמות אומדן דעתא לתנאי. דלא גמרינן מתנאי בני גד ובני ראובן אלא בדברים שאין הענין מוכיח אלא מחמת תנאי שהתנה, התם בענין תנאי כפול לר"מ ולרבנן תנאי. אבל היכא דאיכא אומדן דעתא שהענין מוכיח שכך היתה דעתו, התם לא בענין לא תנאי ולא גילוי דעת".

הרא"ש הביא כמה ראיות (שטר מברחת, שטר שכיב מרע, ועוד) וסיים: "בכל הני אגן סהדי אע"ג דלא גלי דעתא כיון שהענין מוכיח כן".

מבואר בדבריו שכאשר המעשה עצמו מוכיח שנעשה רק באופן מסויים, הרי גם ללא כל אמירה, אם לא יתקיים האופן שהמעשה נעשה על דעתו, לא חל המעשה.

לפי זה, כיון שמעשה קנין הוא על דעת שלא יהיה מום במקח, אם כן כאשר נמצא מום במקח, מעשה הקנין בטל.

כשיטת הרא"ש, שאין ביטול מקח מחמת מום תלוי בדיני תנאי, כך מבואר בדברי **רוב הפוסקים והמפרשים**, כדלקמן. כמו כן יתבארו בזה גדרי ביטול המקח:

בספר **מקור חיים** (על הל' פסח, לבעל נתייה"מ, סי' תמ"ח נב-ד) דן בגדרי התנאים. קודם דבריו יש להביא את קושיית המגן אברהם (או"ח סי' תרנ"ח סק"ג) בענין הקנאת ארבעת המינים לקטן ביו"ט ראשון של סוכות, אליה התייחס המקו"ח. וזה לשון המגן אברהם:

" צ"ע (פסק השו"ע שם "לא יתנו / את הד' מינים/ ביו"ט לקטן קודם שיצא בו מפני שהקטן קונה ואינו מקנה לאחרים מן התורה, ונמצא שאם החזירו לו אינו מוחזר) דבאבן העזר סימן כ"ח ס"ט כתב שהשואל חפץ מחבירו והודיעו שרוצה לקדש בו אשה, מקודשת, דמסתמא אדעתא דהכי נתנו לו במתנה ע"מ להחזיר וכן כתב לעיל סימן י"ד (ס"ג בענין ציצית שאולה), ואם כן ה"נ נימא הכי ..."

המקו"ח תירץ קושיה זו תוך שהוא מרחיב ומגדיר כמה סוגי קנינים :

"אך החילוק פשוט, דאחריך לפלוני הוי כמו מתנה לזמן דלא מהני באתרוג... כמו שכתב הר"ן, דכל קנין שהוא לזמן ואינו עולמית, אינו אלא קנין פירות... דהא אחר זמן כלה מתנתו. תדע שאילו היה רוצה להקנות לו אחר זמן, היה בעי קנין חדש, וכן אחר זמן אין צריך המקבל להחזיר ולהקנות להנותו, אלמא דשירא הוי בגוף המתנה ולא הוי רק קנין פירות ולא קנין הגוף, דבאתרוג לא מהני בלא קנין הגוף. מה שאין כן גבי מתנה ע"מ להחזיר, דמתנה חלוטה הוא ותנאה מילתא אחריתי כמבואר בגיטין פ' המגרש ובחולין קלד. תדע, שאילו מחל על תנאי אין צריך קנין חדש וכן כשמחזיר לו המקבל לקיומיה תנאה, צריך לחזור ולהקנות לו בקנין חדש כמבואר בפוסקים".

מבואר בדבריו ההבדל שקיים בין קנין עם שיור לבין קנין עם תנאי:<sup>193</sup>

כאשר הקנין אינו שלם כגון שהקונה קנה את המקח לזמן מוגבל, הרי כאשר חל השיור, דהיינו כשנגמר זמן הקנין, בטל הקנין מאליו והמקח חוזר לבעלותו של המוכר ללא צורך במעשה קנין מצד המוכר. כמו כן אם רצה המוכר שהמקח ימשיך להיות לבעלותו של הקונה, הרי הקונה צריך לעשות במקח קנין חדש. דהיינו, שיור במקח אינו קשור למשפטי התנאים.<sup>194</sup>

לעומת זאת, כאשר קנה מקח בתנאי מסויים, הקנין נחשב לקנין מושלם אלא שיש בו תנאי. לכן, כאשר המקח חוזר לבעלותו של המוכר, כגון שהיה מתנה ע"מ

193. המקור לחילוק בין המושגים הוא במסכת חולין (דף קלד ע"א), שם מבואר שאם כהן מכר בהמה לישראל ואמר "חוץ מן המתנות" המתנות (זרוע לחיים וקיבה) שלו, כיון ש"חוץ" זהו שיור, שכלל לא מכר את המתנות. אבל אם אמר "על מנת שהמתנות שלי", יכול הקונה לתת את המתנות לכל כהן שירצה, כיון ש"על מנת" זהו תנאי, ונמצא מתנה על מה שכתוב בתורה. וכן נפסק בשו"ע יו"ד סי' ס"א סכ"ט ע' בטי"ז ובש"ך שם.

194. אכן מה שכתב התיבות ענין של שיור זה אינו צריך למשפטי התנאים, אלא שיור במקח, כמו שהקונה לחבירו עד אחר שיצא בו מצות אתרוג, וסברה זו כתב הרע"א בעצמו בדו"ח רע"א כתובות נו גבי המקדש האשה ע"מ שאין לה עלי שאר כסות, שכתב הרע"א שאין צריך משפטי התנאים, כיון שקדשה בשיור, שלענין שאר וכסות לא קדשה, עיי"ש.

להחזיר, צריך הקונה לעשות במקח קנין. כמו כן אם המוכר אח"כ מחל על התנאי, אין הקונה צריך לעשות קנין חדש, כיון שכבר לפני כן כשקנאו עשה בו קנין גמור, אלא שהיה בו תנאי והוא נמחל.<sup>195</sup>

ממשיך המקו"ח: "ומהאי טעמא אסור להקנות לקטן, כיון שאינו יכול לחזור ולהקנות".

דהיינו, אם יקנה לקטן את האתרוג ע"מ להחזיר, לא יחזור אח"כ האתרוג לבעלותו של הנותן, כיון שאין קטן יכול להקנות.

ומסיים המקו"ח:

"ולפי"ז נראה, **דבאומדנא דמוכח, לאו תנאה הוי** אלא שירא הוא. תדע דהא בהמקדש ע"מ שאין בה מומין, אם רוצה למחול התנאי, הקידושין קיימין, ובמומין גדולים, דהיינו איילוניות, דנתבטלו הקידושין מטעם אומדנא דמוכח, לא מהני מחילה וצריכה קידושין אחרים כמבואר באהע"ז... אבל אומדנא, שירא הוי, כמו מתנה לזמן, דלא בעי משפטי התנאים כמבואר ברמב"ם".

מבואר בדבריו שמקח טעות בטל מחמת אומדנא, דהיינו שהיה שיר בקנין, שלא יתקיים אם ימצא מום במקח, ואין זה קשור כלל למשפטי התנאים.<sup>196</sup>

עיקרון זה נשנה בספרו **נתיבות המשפט** (חו"מ סי' ר"ז סק"ה), שם הוסיף:

"...דכל שחוזר המקח משום תנאי, כגון ב (מוכר או לוקח שהתנה) על מנת שיחזיר (לו המקח בזמן פלוני), דהמכירה והמתנה הראשונה היה מכירה ומתנה חלוטה, רק שעל הלוקח החיוב לקיים תנאו. מה שאין כן בגילוי דעת **באומדנא, הוי כשיור בגוף המקח.**

ואפילו כשהגילוי דעת והאומדנא היא שהמכירה והמתנה היא ע"מ להחזיר, (אבל לא היה תנאי מפורש) מ"מ אין צריך קנין חדש בשעת חזרה (כשמחזיר הקונה למוכר), ויש כמה נפקותות לדינא עיי"ש".

וכן מבואר **בספר אבני מלואים** (סימן לט סק"ג), בענין המקדש את האשה ע"מ שאין עליה נדרים, וז"ל:

"...ואפשר לחלק דאיילוניות שאני, דאינו מחמת תנאי, אלא הוא סתמא מקח

195. כך שיטת הרא"ש והריטב"א בסוכה שם. עיין קצוה"ח רמ"א סק"ד שמבאר, שכל מתנה ע"מ להחזיר, הכוונה לקנין גמור ואינו תנאי אלא שיר, ולכן אין צריך להחזיר ע"י קנין המועיל ונחשב "לכם" ודלא כמקור חיים. ועיי"ע בספר מנחת ברוך (סי' צ"ד)

196. עיין (פרק יב) נידון ענין הבעלות למפרע על המוצר הפגום שהתמצה בו הקונה.

טעות, משום הכי נתבטלו תיכף הקידושין אפילו קודם שנודע, אבל אלו שהוא מחמת תנאי, דעתו היתה שלא יתבטלו הקידושין מיד אלא שיהיה הדבר תלוי עד שיודע לו בנדרים ובמומין".

וכן בשו"ת בית הלוי (ח"ג סי ג) דן לגבי ההבדל שבין דברים הצריכים אומדנא לבטלן לבין דברים שאין צריכים לכך, וז"ל:

"...בנפלה לפני מוכה שחין, דבעצם המקדש לא היה שום טעות, שהוא שלם בלא מום, רק נבוא לבטל הקידושין משום דבר שנתחדש אח"כ ולומר דעל זה האופן לא נתרצית, ובכהאי גוונא הביטול הוא בגדר תנאי וצריך בו משפטי התנאים.. אבל דבר זה היה טעות בעצם המעשה, וכגון בנתקדשה לאחר (לאחד) ונודע שהוא בעל מום או מוכה שחין והיא לא ידעה מזה, דזה נקרא מקח טעות, והרי הא דטעות חוזר אינו בגדר תנאי, וגם לא שייך לדון בו דין דברים שבלב, דהביטול של הדבר הוא מצד דעצם המעשה היה בטעות, ולזה לא בעי כלל שיהיה אומדנא דמוכח, וכל מום שמקפדת עליו כשנודע לה הרי הוא מקח טעות וחוזר..."<sup>197</sup>

#### א. דיון בשיטת רעק"א

כל האמור הוא כנגד המובא בשו"ת רעק"א (ח"ב סי נ"א, ד"ה והנראה לענ"ד) ע"פ תוס' במסכת כתובות (דף נו ע"א):

"דמתנה ואמר ע"מ שאין עליך נדרים או מומין, דחזינן דקפיד שלא לוקח אשה שיש בה מומין ונדרים, מ"מ מסברא לא מהני, רק אם מתנה בכל דיני תנאי. וא"כ ממילא מוכח, דכל מקח טעות דעלמא, היינו דאף אם לא מתנה אןן סהדי דקפיד והוי כהתנה ומהני מדין תנאי, אבל לולי דלמדנו מבני גד ובני ראובן דמהני תנאי, לא היה שייכות דינא דמקח טעות, דלא עדיף ממתנה במפורש...".

מפורש בדבריו, שאליבא דתוס', טעם ביטול המקח הוא, שכל קנין נחשב כאילו נעשה תנאי בין שני הצדדים, שיהא ע"מ שלא יהא המוצר פגום. וכאשר נמצא פגום, לא התקיים התנאי ולכן המקח בטל.

197. בפוסקים ובמפרשים נוספים התבאר שאין ביטול מקח תלוי במשפטי התנאים: חידושי הגר"ח מבריסק על הש"ס (יבמות, בדין חליצה מוטעת). החזו"א (אה"ע סי נ" סק"ד). אבן האזל (הלי מכירה פט"ז הי"ג ד"ה ולכן). שו"ת אגרות משה (אה"ע"ז ח"א סי קע"ט). שיעורי רבי שמואל (רוזובסקי) קידושין (על דף מט; עמ' רעז בספר) משאת משה (קידושין סי צ"ג).



**יש להעיר בפשטות**, שדברי רעק"א אינם אמורים אלא בנידון בו חל המקח, כגון שקיבל את החפץ שרצה לקנות, אלא שנמצא בו פגם, וכעת צריכים לבטל את המקח. אבל בנידון כגון יין נמצא חומץ, שכלל לא קיבל את אשר היה מעוניין לקנות, אין אנו דנים מצד מקח טעות, אלא לא חל המקח כלל כיון שלא התכוין לקנות חפץ זה (וכדברי המרדכי ב"מ פ' אלו מציאות סי' קנ"ח, שאין אדם קונה דבר שלא היה בדעתו לקנות), ובכה"ג ודאי שגם אליבא דחידושו של רעק"א, אין כאן מקח.

לכאורה דברי רעק"א נסתרים מדברי הראשונים והפוסקים דלעיל, שכתבו בטעם ביטול המקח - "אדעתא דהכי לא זבין", היינו שחסר בדעת הקונה (שיור) ולכן לא חל המקח, ואין זה שייך לדיני התנאים.<sup>198</sup>

אמנם ניתן להביא סמך לשיטה זו, מדברי רבנו תם בספר הישר (סי' תרנ"ג). ר"ת דן בדברי המשנה (ב"ב דף פג ע"ב) האומרת, שאם ביקש הקונה חטים יפות ונמצאו רעות, הקונה יכול לחזור בו ולא המוכר.

כתב ע"ז ר"ת: "הכא כולי עלמא ניחא להו ביפות יותר מברעות, לפיכך לוקח יכול לחזור בו **דלא נתקיים התנאי**".

הרי שנאמר בדבריו, שטעם ביטול המקח מצד הקונה הוא, אי קיום התנאי.

צ"ע בדברי ר"ת האם בדווקא נקט לשון זו ואז יש סמך גדול לדברי רעק"א, או שלא דווקא נקט לשון "תנאי".

אמנם יחיד הוא ר"ת בסברא זו, וכפי שיתבאר לקמן (פרק יז סעיף א, ד) בבאור סוגיית חטים יפות ונמצאו רעות.

**הקושי שבשיטה זו:** למרות שמצאנו קצת סמך לדברי רעק"א מדברי ר"ת, עדיין לא העלנו מזור להבנת הדברים, ולעני"ד יש לתמוה:

א. הרי תנאי זהו דבר שמחוץ לעיקר המעשה (תנאי מילתא אחריתי הוא<sup>199</sup>), כגון מעשה קידושין ע"מ שיתקיים משהו שמחוץ למעשה הקידושין, כגון שתתן לו מאתיים זוז וכד'. אבל כאן הרי מדובר בעצם מעשה הקנין, וכיצד אפשר לומר על עצם המעשה, שהוא חל רק התנאי. (עיי' בדברי האחרונים דלעיל).

198. יש להעיר על פסקי דין ירושלים (ח"ג עמוד עא) שהביאו את שיטת רעק"א שביטול מקח הוא מדין תנאי (וע"פ זה בארו את מחלוקת הרמב"ם והטור), והתעלמו מכל הפוסקים הנ"ל שמפורש בהם אחרת.

199. כתובות דף יט ע"ב, ועיי"ש ברש"י ד"ה או דלמא.

ב. הוכחת רעק"א היא מהתנאי המובא במשנה: "ע"מ שאין עליך מומין". מזה שהוצרך להתנות על כך, מבואר שרק מחמת דין תנאי הקידושין יתבטלו ואילו לא זה לא יתבטלו הקידושין ממילא. ובלשונו: "הרי דמתנה ואמר ע"מ שאין עליך נדרים או מומין, דחזינן דקפיד שלא לוקח אשה שיש בה מומין ונדרים, מ"מ מסברא לא מהני, רק אם מתנה בכל דיני תנאי".

וצריך עיון, הרי על לשון המשנה (כתובות דף עב ע"ב): "המקדש את האשה.. על מנת שאין בה מומין ונמצאו בה מומין אינה מקודשת", הקשו תוס' (שם ד"ה ע"מ), וביתר הרחבה הרא"ש (שם אות י'), וז"ל:

"תימא, אמאי קאמר 'המקדש את האשה על מנת שאין עליה נדרים ושאין בה מומין, אפילו בקדשה סתם נמי ונמצאו בה מומין, אינה מקודשת כדאמרין לעיל בפרק אע"פ (דף נו ע"ב) דארוסה בת ישראל אינה אוכלת בתרומה שמא ימצא בה מום ונמצאת זרה למפרע, אלמא אפילו בלא תנאי נמי מבטל מום הקידושין. ומצינן למימר דלרב ניחא, דקיימא סיפא ארישא דהוא הדין בסתם אינה מקודשת והאי דנקט על תנאי משום סיפא... אלא לשמואל.. צריכה גט מדבריהם או מדאורייתא מספק.."

מפורש בקושייתם, שגם בסתם אינה מקודשת בנמצאו בה מומין, והתוס' והרא"ש לא חזרו מהבנה זו גם בתירוניהם עיי"ש, לכן דברי רעק"א דלעיל צ"ע.

הגרז"נ גולדברג שליט"א העיר בהקשר לזה:

"הקשה על הרע"א הסובר שכל מקח טעות מיוסד על הלכות תנאים, ובכל דבר שאין מועיל כמו דבר שאינו בשליחות כחליצה וחופה בזה גם טעות אינו מבטל המעשה. ועל זה הקשה שדברי רע"א נסתרים מדברי הראשונים שכתבו בקנין בטעות שאדעתיה הכי לא קני.

ולענ"ד דעת הרע"א המסתמך על המשנה למלך (פ"ו מאישות ה"ט ד"ה ואם חסר) שגם תנאי של עבר, כמו ע"מ שאני כהן, הוא מדיני תנאים, ולא רק תנאי דלעתיד, כמו ע"מ שתתן לי מאתים זוז, ולולא חידוש התורה שיש תנאי ב"ג לא היינו מבטלים שום מעשה על ידי טעות, ולכן תנאי של עבר צריך משפטי התנאים.

והנה ודאי שאין הרע"א חולק על מה שכתבו הראשונים, שכל שיש אומדנא אינו צריך תנאי כפול, וכמו הילך אתרוג ע"מ שתחזירהו לי, ואין זה סותר לרע"א, כיון שטעם הדבר הוא שכל שיש אומדנא הרי זה ככפל תנאו, ולכן הנושא האשה ע"מ שאין בה מומין, גם לרע"א אינו צריך משפטי התנאים.

עכ"פ הרע"א סובר שכל טעות שמבטל המקח זה רק לאחר שחידשה תורה

דיני תנאי, אבל בלי חידוש התורה היינו אומרים שגם קנה יין ונמצא חומץ חל המקח, שהרי עשה קנין בחומץ, רק שעשה כן מחמת טעות זה אינו מבטל המעשה.

(ולעניין לולא דברי רע"א יש לומר שכל טעות אינו מכח תנאי, רק כיון שהדין הוא שיכול אדם למחול על התנאי, והסברה שכך היה כוונתו שאם יהיה בה מום וימחה, ע"מ כן אינה מקדשה, וא"כ נמצא שכל טעות הוא בעצם תנאי דלהבא, ורק טעות שאינו יכול למחול, כמו יין ונמצא חומץ, בזה אולי אינו מכח דיני תנאי שנלמד מב"ג וב"ר)

ומה שכתב שהרע"א הוכיח דבר זה ממה שכתוב שקדשה ע"מ שאין בה מומין, לא ראיתי דבר זה ברע"א."

## סכום

א. בגמ' מבואר שהסיבה לביטול המקח כאשר נמצא בו מום הוא "דאדעתא דהכי לא עביד".

ב. מבואר בדברי הרא"ש וכן ברוב הפוסקים והמפרשים שאין ביטול המקח קשור למשפטי התנאים. הנתיות באר שגדר ביטול המקח הוא מכיון שהקונה עושה שיור בגוף המקח, שלא יתקיים אם ימצא בו מום.

ג. רעק"א למד בדעת תוס' שביטול מקח נובע מחמת שלא התקיים התנאי במקח, והדבר צ"ע. הובא יישוב לשיטת רעק"א.

## ב. מחילה אחר הקפדה

מהאמור לעיל, שאחר הקפדה לא מהני מחילה, יש לתמוה על מש"כ רעק"א בדרוש **וחידוש** (ח"א כתבים, צ-ד) בענין "הנושא אשה בחזקת בתולה, ואח"כ ילדה אשר הרתה לזנונים, ואח"כ מת הולד, אם צריך לקדשה מחדש".

זה לשונו :

"דמעיקר הדין אין צריך לקידושין מחדש, דלו יהא דהתנה במפורש על מנת שתהיה בתולה, מ"מ יכול לבטל התנאי עתה בינו לבניה דמהני לרמב"ם והשו"ע (סי' לח). אלא דדעת הראב"ד דצריך ביטול בעדים, א"כ בנד"ד דלא התנה, דנראה דהוי ספק בקידושין כמו בכל מומין בקדשה וכנסה סתם דאמרינן ספוקי מספקא ליה אם הוי קפידא... א"כ אם מוחל לה עתה בינו לבניה הוי ספק ספיקא, ספק לא קפיד כלל, ספק כהרמב"ם דביטול תנאי בינו לבניה מהני ... אבל בנידון דידן נבא עליה מכח ביטול התנאי דכל שידע

ועיכבה אצלו ודר עמה הוא מוחל התנאי, אך מ"מ מהיות טוב אל תקרא רע, ומה הפסד בזה אם כבודו ידבר על לב האיש ההוא שיקדש אותה בהסתר בפני עדים בלא ברכה...."

מבואר בדבריו שמחמת ספק ספיקא לא הצריך קידושין חדשים מעיקר הדין, דהיינו, ספק אם היתה הקפדה המבטלת את הקידושין או אולי לא היתה. ואפילו אם היתה הקפדה ואח"כ היתה מחילה, אולי הלכה כרמב"ם שמחילה מועילה ללא עדים.

והדברים טעונים באור, כיצד תועיל מחילה אחר הקפדה, והרי מפורש בדברי הר"ן דלעיל וכ"פ הבי"ש שבכה"ג לא מהני. וצ"ע.<sup>200</sup>

### ג. האם יתכן שמקח יתבטל מחמת מום, גם ללא הקפדת הקונה

על פי האמור לעיל, מתיישבת הערת אחד המפרשים מסוגיית מומי הנשים לענין מקח טעות, כדלקמן.

א. במשנה במסכת כתובות (דף עב ע"ב) נאמר:

"המקדש את האשה ע"מ שאין עליה נדרים... ע"מ שאין בה מומין ונמצאו בה מומין - אינה מקודשת".

התוס' (שם ד"ה ע"מ) הקשו:

"ותימא לר"י, מאי איריא על מנת, אפילו בסתם נמי (ר"ל - צריכים הקדושין להתבטל).

[ואין לומר דווקא כשהתנה, דעל כרחך הא דקתני ע"מ שאין בה מומין, אפילו בסתם נמי אינה מקודשת - תוס' רא"ש],

דהא בפי' אע"פ (דף נו ע"ב) גזרינן שלא תאכל ארוסה בת ישראל בתרומה גזירה משום סמפון". וכן הקשו עוד ראשונים (תוס' רשב"א שם. שטמ"ק ועוד).

התוס' תירצו:

א. המשנה כתבה "על מנת", בהקשר לדין קידשה על תנאי וכנס סתם ( מחלוקת רב ושמואל בסוגיה שם).

200. הגרז"ן גולדברג שליט"א העיר בזה: "לענ"ד לא ראיתי שמדבר רע"א שהמקדש הקפיד כשנודע לו ואח"כ מחל, ובפשטות רע"א מדבר כשלא הקפיד מאז שנודע לו".

ב. "דנהי דשייך בה סימפון אפילו בקדשה סתם ולא תאכל בתרומה, מ"מ צריכה גט מדבריהם או מדאורייתא מספק".

מבואר עכ"פ שלפי תירוץ ראשון בתוס', כאשר קדשה סתם ונמצאו בה מומין, הקדושין בטלים.

יש לברר, האם הקדושין בטלים ממילא, או דווקא כאשר הבעל הקפיד.

ב. בספר **בית אהרן** (לרבי אהרן וואלקין, תלמיד הנצי"ב) עמ"ס כתובות (דף ע"ב תוד"ה ע"מ), העיר, וזה לשונו:

"מהתוס' משמע, שכשנמצא סמפון, ממילא נתבטל מעשה הקנין אפילו כשלא בא לתבוע ולקבול על המום. ולכן הקשו, מדוע דווקא כשהתנה שאין עליה מומין וכו'. דאם נאמר שמום מהני רק לענין שאם ירצה לחזור חוזר, אבל כל זמן שלא חזר הקנין קיים, לא הקשו כלום, דבסתם בעינן דווקא שיבוא ויקבול ובהתנה לא בעינן זה, אלא הקדושין נתבטלו מעצמם..."

על פי חידוש זה, הקשה שם:

"ומזה לא מובן המבואר בחו"מ רל"ב שאם השתמש במקח אחר שמצא המום, אינו יכול לתבוע, כיון שמחל. מאי מהני מחילה בזה, כיון דקנין ראשון נתבטל, א"כ אין מעשה קנין, וכשירצה לקיים המקח הרי צריך קנין חדש".

והאריך שם להקשות מנמצאו מומין באשה, שלא מצאנו שיצטרך לקדשה מחדש. מסקנתו, דקיי"ל כתירוץ השני שבתוס', שאין המקח בטל מאליו.

ג. יש להעיר על דבריו על פי המבואר לעיל, שללא הקפדה אין ביטול מקח. לפ"ז ה"ה בקדשה סתם ונמצאו בה מומין, אמנם בסתמא אינה מקודשת כמ"ש במשנה, כיון שמן הסתם הבעל מקפיד (ומצריכים גט מדרבנן או מספק), אבל אם אינו מקפיד, מגלה בכך על דעתו בשעת קידושין שרוצה שיחולו אם ימצאנה עם מום ויתרצה בכך, וכמ"ש הר"ן (דלעיל):

"דבכל תנאי שאינו מתכוין להנאתו אלא לצער את חבירו, בדווקא מתנה אותו. אבל תנאי שהוא להנאתו, אין דעתו שיתקיים אלא אם הוא מקפיד, אבל אם אינו מקפיד [דעתו] שיהא המעשה קיים [ואפי' לא יתקיים התנאי]".

מבואר בדבריו שסתם תנאי שעשה האדם לטובתו, אינו לעיכובא, אלא עדיין יש מקום למחילה.

מדיני תנאי יש ללמוד לנידונינו, שהמקדש אשה או קונה מקח בסתם, הרי דעתו

שלא יהיו בו מומים. ובכל זאת, אם התרצה במום, חלו הקידושין למפרע, וכן חל המקח למפרע.

ד. כמו כן הדברים מפורשים בשו"ת הר"י מגאש סי' קכ"ט (הובאו לעיל):

"..שאין לנו לומר שהמקח היה בטל מעיקרו כשנתברר שהוא מקח טעות, **אלא אם כן גילה דעתו שרוצה הוא לבטל את המקח** להיות בלתי מוחל על המומין שנגלו בו..."

מבואר בדבריו שכל עוד הקונה לא יגלה דעתו שמקפיד על המומין, הרי המקח קיים.

ה. וכן התבאר בספר "שערי יושר" (שער הספיקות פ"י ד"ה ומש"כ לחלק):

"..דכל טעות במקח תלוי בהקפידא של הבעלים לאחר הידיעה, וכיון שלאחר שנתודע בטל קפידתו, אין כאן טעות במקח. וכן מוכח מסוגיית הש"ס בקידושין דף נג (ע"ב) דלר' יהודה בקידוש בהקדש בשוגג מקודשת, אף שאילו ידעו בתחילה המקדש והמתקדשת לא היה ניחא להו להוציא מעות הקדש, אבל לאחר המעשה, דבין כך ובין כך יצאו המעות לחולין, הקידושין קיימין, וכמו כן הכא.."

## מסקנה

**בנמצא מום במקח, אין המקח בטל מאליו ללא הקפדה בפועל.**

## ד. מחילה מראש על פגם שעלול להמצא במוצר

יש לדון, האם ניתן למחול מראש על פגם שעלול להמצא במוצר.

### א. טור - נחלקו בזה הרמב"ם והרא"ש

פסק הרמב"ם (פט"ו הל' מכירה ה"ו):

"כל הלוקח סתם, אינו לוקח אלא דבר השלם מכל מום. ואם פירש המוכר ואמר, על מנת שאין אתה חוזר עלי במום, הרי זה חוזר עד שיפרש המום שיש בממכרו וימחול הלוקח, או שיאמר לו כל מום שימצא במקח זה הפוחת דמיו עד כך וכך קיבלתי אותו. שהמוחל צריך לידע הדבר שימחול בו ויפרש אותו כמו המפרש בהונייה".

מבואר בדבריו שמחילה סתמית על פגם שעלול להמצא במוצר אינה מועלת, ועדיין

יוכל הקונה לבטל את המקח אם ימצא בו פגם, אלא אם כן פירט המוכר את הסכום המסויים שמוכן למחול אם ימצא פגם המפחית משווי המוצר בערך סכום זה.<sup>201</sup>

הרמב"ם השווה דין זה לדין אונאה, שם פסק (פ"ג ממכירה ה"ג):

"האומר לחבירו על מנת שאין לך עלי אונאה, יש לו עליו אונאה. במה דברים אמורים בסתם, שאינו יודע כמה אונאה יש בו כדי שימחול .. אבל במפרט, אין לו אונאה, שכל תנאי בממון קיים".

הטור (חו"מ רל"ב ס"ז) הביא את פסק הרמב"ם דלעיל, שמחילה סתמית על פגם אינה מועילה, והוסיף:

"...וזה נוטה לצד דבריו שכתב שאין אדם מקנה לחבירו דבר שאין לו קצבה. ואני כתבתי למעלה (סימן ר"ז סכ"א) שלדעת א"א הרא"ש ז"ל יכול להקנותו, והוא הדין שיכול למחול".

מבואר בדברי הטור שתלה את פסק הרמב"ם שמחילה סתמית על פגם אינה מועילה, בשיטתו בענין הקנאת דבר שאינו קצוב, שפסק (פ"א ה"ט"ז):

"חייב עצמו בדבר שאינו קצוב, כגון שאמר הריני חייב לזון אותך או לכסותך חמש שנים, אע"פ שקנו מידו לא נשתעבד, שזו מתנה היא ואין כאן דבר ידוע ומצוי שנתנו במתנה. וכן הורו רבותי".

דהיינו, לשיטת הרמב"ם כיון שאין קצבה ידועה למוזנות או לכסות שיצטרך לתת, לכן לא חל על זה שעבוד, והוא הדין שאינו יכול למחול על דבר שאינו קצוב. אולם הראב"ד (שם) השיג על הרמב"ם, וכן הרמב"ן והרשב"א והרא"ש ועוד ראשונים חלקו על הרמב"ם וסוברים שיכול להתחייב לחבירו דבר שאינו קצוב.

לפי זה סבור הטור, שכשם שלדעת הרא"ש יכול להתחייב בדבר שאינו קצוב, כך גם יכול למחול על דבר שאינו קצוב, דהיינו על פגם שעלול להמצא במוצר.

נמצאנו למדים, שלשיטת הטור, קיימת מחלוקת בנידונינו, אם יכול למחול מראש על פגם שעלול להמצא במוצר מבלי שידע מהו הפגם ומה ערכו. לפי שיטת הרמב"ם מחילתו אינה מועלת, ואילו לשיטת הרא"ש מחילתו מועלת.

---

201. הבי"י (רלב) הביא את הנימוקי יוסף בשם הרמ"ה, וז"ל: "אע"ג דקיבל עליו כל מומין שבמקח מסתמא אי אשכח ביה מומא, מקח טעות הוי". הדרכי משה (שם אות ג) כתב שנראה ששיטה זו היא כשיטת הרמב"ם.

### ב. סמ"ע - לכו"ע מחילה סתמית אינה מועילה

הדרישה (שם, וכן בסמ"ע סקט"ז) הקשה על השו"ע, שבהל' מקח טעות (סי' רלב) הביא רק את שיטת הרמב"ם, שמחילה סתמית על הפגם אינה מועילה, ואילו בסימן ס' ס"ב, ובסימן ר"ז סכ"א הביא גם את החולקים על הרמב"ם וסוברים שמועילה התחייבות בדבר שאינו קצוב, ופסק שכך נוקטים להלכה, והרי כפי האמור לעיל בדברי הטור, שני הנידונים כרוכים זה בזה.

כתוצאה מקושיה זו באר הסמ"ע (שם) לא כפי שיטת הטור, אלא שדינו של הרמב"ם נלמד מדין אונאה כפי שכתב הרמב"ם עצמו, וכך באר ג"כ המגיד משנה בדברי הרמב"ם, ואין זה קשור לדין המחייב עצמו בדבר שאין לו קצבה. והוסיף הסמ"ע ובאר:

"וואף אם תאמר שמחולקים הרמב"ם והטור גם באונאה (דהיינו, שלרמב"ם לא מועילה מחילה על אונאה אלא אם כן יודע המוחל מהו הסכום המדוייק של האונאה, ואילו לטור די בזה שהמוחל יודע שיש אונאה, מבלי שידע את הסכום המדוייק)... מכל מקום מסתבר למחבר (לפסוק במום כפי שיטת הרמב"ם, שצריך שידע מהו "מחיר" המום) כיון שמקלין במום שיחזור בו לעולם (דהיינו שהולכים לטובת הקונה), מקלין נמי בהא שחוזר בו עד שיפרש לו המום...."

מבואר בדברי הסמ"ע שלגבי מום במקח פסק השו"ע באופן מוחלט כרמב"ם, שלא מועילה מחילה סתמית, ואין ניידון זה קשור למחלוקת האם ניתן לחייב את עצמו בדבר שאינו קצוב.<sup>202</sup>

### להלכה

השו"ע הביא כאמור את שיטת הרמב"ם בלבד, והסכימו עמו הסמ"ע והש"ך.

### מסקנה

**אין מחילה סתמית מועילה לגבי פגמים, אלא צריך הקונה לדעת מהו הפגם שמוחל עליו או שיאמר עד איזה סכום מוכן למחול.**<sup>203</sup>

202. עיין לעיל סימן ג' נספח א) שהובאו דברי הרמ"ה הסובר שבניידון זה קיים חילוק בין מומי נשים למומי מקח, והדרכי משה כתב ששיטת הרמ"ה כרמב"ם.

203. עיין לעיל פרק ה (סעיף א) בניידון בו היתה אפשרות לבדוק את המוצר קודם הקניה ולא בדק, האם נחשב שמחל, ובהערה שם (נספח א, ג) כיצד ניתן למחול על מום שאינו יודע בו לפי שיטת הרמב"ם דלעיל, והרי זהו דבר שאינו קצוב.