

## פרק ג

### הגדרת פגם לענין ביטול מקח

#### הקדמה: פגם מבטל מקח

עיקרון פשוט ויסודי בעניני מקח וממכר הוא, שאין אדם מעוניין למצא פגם במוצר החדש שרכש מכספו בעת קניה סתמית, וכפי שהדבר מבואר בלשון הרמב"ם (הלי מכירה פט"ו ה"ו):

**"כל הלוקח סתם, אינו לוקח אלא דבר השלם מכל מום".**<sup>33</sup>

כתוצאה מכך, במקרה בו נמצא פגם במוצר הנקנה, שלא ידע עליו הקונה קודם הקניה, רשאי הקונה לבטל את המקח מחמתו, אף אם כבר עבר זמן רב מאז הקניה, וכפי שפסק הרמב"ם (שם ה"ג):

**"וכן המוכר לחבירו קרקע או עבד או בהמה או שאר מטלטלין ונמצא במקח מום שלא ידע בו הלוקח, מחזירו אפילו אחר כמה שנים, שזה מקח טעות הוא, והוא שלא ישתמש במקח, אבל אם השתמש בו אחר שראה המום, הרי זה מחל ואינו יכול להחזיר".**

יש לציין שזכותו של הקונה היא אך ורק לבטל את המקח (או לחילופין, למחול על הפגם) אולם אינו רשאי לדרוש פיצוי כספי עבור הפגם, וכפי שפסק הרמב"ם (פט"ו ממכירה ה"ד):

**"אין מחשבין פחת המום, אפילו מכר לו כלי שוה עשרה דינרין ונמצא בו מום המפחיתו מדמיו איסר, מחזיר את הכלי ואינו יכול לומר לו הא לך איסר פחת המום.. וכן אם רצה הלוקח ליקח פחת המום, הרשות ביד המוכר שהוא אומר לו אם תקנה אותו כמות שהוא או טול דמים שלך ולך".**

המשנה הדנה בזה נמצאת בתחילת פרק המוכר פירות (ב"ב דף צב ע"א):

**"המוכר פירות לחבירו וזרען ולא צמחו, ואפילו זרע פשתן, אינו חייב באחריותן. רשב"ג אומר זרעוני גינה שאינן נאכלין חייב באחריותן".**

פירש רשב"ם (ד"ה חייב באחריותן):

<sup>33</sup>. וכן מבואר בפירוש הרשב"ם (ב"ב צג ע"א ד"ה לא): "ויסתם לוקח, אעבד שפירא יהיב זוזי (הקונה משלם מכספו מן הסתם לצורך קניית עבד משובח)"

"דהוי מקח טעות, והרי הוא כעצים של זית ונמצא של שקמה, יין ונמצא חומץ דהוי מקח טעות וכל שכן בכאן, דהתם מיהא איכא דניחא ליה בהכי ואיכא דניחא ליה בהכי אבל הכא כיון דלאכילה לא חזו ולזריעה לא חזו, אין לו תקנה אלא להסקה ואפילו דמי עצים לא ישלם לו לוקח, דהא לא נהנה בהם כלום..."

מבואר בזה שאם קנה זרעוני גינה המיועדים לזריעה וזרען ולא צמחו, התברר למפרע שהיו פגומים ולכן צריך המוכר להחזיר לקונה את כספו. הרשב"ם דימה דין זה לדין ונמצא חומץ, ששני הצדדים רשאים לחזור בהם.

כמו כן מבואר דין זה בגמ' דלהלן, ומדוייק בדברי רש"י שם.

בפ' השוכר את האומנין (דף פ ע"א) מובא :

"אמר ר' יוחנן המוכר פרה מחבירו ואמר לו פרה זו נגחנית היא, נשכנית היא, בעטנית היא, רבצנית היא, והיה בה מום אחד (אחד מן המומין הללו היה בה - רש"י) וסנפו (חיברו - רש"י) בין המומין (האחרים שלא היו בה - רש"י), הרי זה מקח טעות".

פירש רש"י :

"לפי משהכיר הלוקח בשאר מומין שאינן, וכסבור הוא בכולן משקר, אלא להשליך מעליו תרעומת הוא אומר, הלכך מקח טעות הוא **דאדעתא דהכי לא זבין**".

הסבר דברי רש"י : כאשר הקונה בדק את הפרה ולא מצא בה חלק מהמומין, היה סבור שכשם שהם לא נמצאים כך גם האחרים שהוזכרו ע"י המוכר אינם נמצאים, ועל דעת זה עשה את הקנין. כאשר התברר שקיים בה אחד מהמומין, הרי זה נגד דעת הקונה בשעת הקנין.<sup>34</sup>

באור המושג "אדעתא דהכי לא זבין"

קנין הוא בעל תוקף כאשר קיימת הסכמה על המקח בין שני הצדדים. לצורך חלות המכר, צריך דעת ורצון מצד המוכר למכור ומצד הקונה לקנות. כאשר המוצר פגום, הרי אין ברצון הקונה לקנות מוצר כזה, ומחמת החסרון בדעת הקונה, הרי המקח לא חל. זו הכוונה במילים "אדעתא דהכי לא זבין", דהיינו, הטעם לזה שאם נמצא פגם במקח, רשאי הקונה לבטל את המקח, הוא, בגלל שכאשר מקפיד על הפגם, הרי הוא מגלה דעתו שלא היה בדעתו לקנות מוצר כזה, וכאשר אין דעת לקנות - לא חל המקח.

34. עיין לקמן פרק כב דיון בסוגיה זו.

נימוק זה, "אדעתא דהכי לא זבין", הוא הנימוק המקובל בבאור הענין, ומובא ג"כ בדברי הטור (חו"מ סי' רכ"ו ועוד), הט"ז (חו"מ סי' ש"ו סי"ה), ועוד.<sup>35</sup>

### א. שיטת הראשונים בהגדרת הפגם

ישנם מקרים בהם הקונה מצא פגם במוצר ולכן מעוניין לבטל את המקח, ואילו המוכר טוען שפגם זה איננו משמעותי ולא ניתן לבטל את המקח מחמתו, ומוסיף המוכר, שטענת הקונה לבטל את המקח אינה אלא עילה, כיון שקיימת סיבה אחרת לרצונו של הקונה לחזור מהמקח, כגון שמצא מקום בו נמכר המוצר במחיר זול יותר, ואלולא זה היה הקונה משתמש במוצר ללא עוררין.<sup>36</sup>

**יש לברר** מהו הקריטריון על פיו נקבע מתי השוני שיש במוצר נחשב פגם אשר הקונה יכול בעטיו לבטל את המקח ולדרוש החזר כספי.<sup>37</sup>

הראשונים נקטו שיטה אחידה ביחס לקביעת "פגם" המבטל מקח. העולה מהם, שדבר זה תלוי בהקפדת בני האדם, כדלהלן.

#### א. בשו"ת הרי"ף (סי' קנ"ג) מובא :

"שאלה, ראובן שמכר חצר לשמעון ודר בו שמעון זמן ארוך ואח"כ תבע אותו שמעון ואמר שמצא מומין שבסתר... יודיענו רבינו אם יכול אדם לטעון מומין בחצרות אם לאו...."

בדברי תשובתו כותב הרי"ף :

"...ומה ששאלת באיזה מום בטל המקח, לא הזכירו רבותינו ז"ל בחצרות מומין, כמו שהזכירו באדם<sup>38</sup> הלכך חזינן, **כל מידי דקפדי עלה אינשי, הרי זה יבטל בו המקח**".

35. כמו כן מבואר בסוגיית מוכר עבד ונמצא גנב, ב"ב צג ע"א. סוגיית מומין באשה, כתובות עב ע"ב, ועוד.

36. עיין פסחים ד ע"ב, ברש"י ד"ה לא מיבעיא. ובדומה לזה מצאנו לגבי מוכת עץ, שאע"פ שזהו פגם, מ"מ אינו נחשב מקח טעות, וכמבואר בתוס' כתובות דף יא ע"ב (ד"ה לרבנן): "דאינו מקפיד במוכת עץ כל כך שיהא מקח טעות".

37. אין פרק זה עוסק במקרה שהקונה היה יכול לבדוק את טיב המוצר קודם הקניה, על כך עיין לקמן פרק ה.

38. כוונתו למשניות במסכת כתובות פ"ז, בהם מבוארים המומים שבנשים ובאנשים, אשר בגינם ניתן לבטל את הקידושין מדין מקח טעות,

מבואר בדברי הרי"ף, שהדבר תלוי בדעת הבריות. לכן, כאשר מקובל שיקפידו, הרי הדבר נחשב לפגם המבטל את המקח.<sup>39</sup>

**ב.** באופן מוגדר יותר פסק הרמב"ם (פטי"ו הל' מכירה ה"ה) והובא בשו"ע (חוי"מ סי' רל"ב ס"ו):

**"כל שהסכימו עליו בני המדינה שהוא מום שמחזירין בו מקח זה, מחזירין בו. וכל שהסכימו עליו שאינו מום, הרי זה אינו מחזיר בו אלא אם פירש, שכל הנושא ונותן סתם, על מנהג המדינה הוא סומך".**

מבואר בדבריו שמתייחסים בזה למנהג המדינה. לקביעה זו קיימות מספר השלכות כפי שיבוארו בהמשך.

**ג.** כשיטת הרי"ף והרמב"ם, פסקו ג"כ הסמ"ג (לאוין ק"ע), שהביא את לשון הרמב"ם דלעיל במלואה, וכך הובא פסק הרמב"ם להלכה במספר שו"תים ללא חולק.<sup>40</sup>

<sup>39</sup>. כיו"ב מצאנו בדברי רשב"א ותוס' רי"ד, כדלקמן.

להלן (סעיף ג) מובאת סוגיית המקדש את האשה ע"מ שאין עליה נדרים. כאמור, רב אשי נימק את דבריו במילים: "מידי דקפדי בה אינשי הוה קפדיה קפידא, מידי דלא קפדי בה אינשי, לא הוי קפדיה קפידא".

**הרשב"א** (שם) באר בטעמו של רב אשי:

"כלומר, סתם קפידתו אינה אלא במאי דקא קפדי בה אינשי, ואע"ג דהשתא קאמר דבכולהו נדרים הויא קפידתו, לא צייתין ליה, דהשתא הוה דקאמר, ומעיקרא לא מקפיד בה".

מבואר בדבריו, שיש אומדן דעת, שהאדם מקפיד רק במה שמקובל בקרב הבריות להקפיד. אם ארע שהאדם אומר אחר הקידושין, שהוא מקפיד גם על דברים אחרים, אין מקבלים את דבריו, אלא תולים לומר, שרק כעת החלה הקפדתו.

בדומה לדברי הרשב"א, כתב תוס' רי"ד (שם):

"פירוש, אע"פ שהתנה עמה, **אנן סהדי** דלא קפיד אלא במאי דקפדי אינשי, וכ"ש בסיפא (של המשנה: כנסה סתם ונמצאו עליה נדרים), דלא קפיד אלא אמאן דקפדי אינשי". וכיו"ב כתבו הרמב"ן והריטב"א (שם).

<sup>40</sup>. בשו"ת דברי ריבות (סי ש') ושו"ת מהרש"ך (ח"א סי' יט) ושו"ת צדקה ומשפט (חוי"מ סי' לו), ועוד. עיי"ע בשו"ת **המבי"ט** (ח"ב סי' קכ"ז), שפסק, שאם קנה סחורה, ואח"כ התברר לו שהיא גנובה, וכתוצאה מכך לא יוכל למוכרה בגלוי, נחשב הדבר למום שבגללו יוכל הקונה לבטל את המקח, כיון שכל אדם נזהר מלקנות סחורה כזו.

## מסקנה

שוני במוצר אשר מקובל כקרב הבריות להקפיד עליו, נחשב פגם ורשאי הקונה לבטל את המקח מחמתו.

### ב. זמן ההקפדה

כידוע, יש הבדל בין הקפדת הקונה קודם הקניה, לבין הקפדתו לאחריה. קודם הקניה, כאשר הבחירה בידו, הרי נמנע מקניית מוצר גם כאשר הפגם שולי ביותר, כיון שבסכום כספי זה היה יכול לקנות מוצר שלם לגמרי. לעומת זאת, לאחר שכבר קנה והמוצר נמצא בביתו, לא תמיד יחפוץ הקונה לבטל את המקח, אא"כ נמצא בו פגם מהותי.

כאשר אנו באים לקבוע מהו פגם המבטל מקח, ע"פ דעת הבריות, נראה ברור שמדובר על פגם אשר עליו יקפידו לאחר שכבר נעשה המקח. אבל לא יוכל הקונה לבטל את המקח מחמת פגם כאשר רק לכתחילה לא היה נקנה המוצר בעטיו.

נראה שעיקרון זה מדויק מדברי הרמב"ם דלעיל (פרק זה אות א), "כל שהסכימו.. שהוא מום שמחזירים בו מקח זה..", דהיינו, מהות המום היא שבעליו "מחזירים" מקח שכבר נקנה, אבל אין מדובר על מום שלכתחילה לא יקנו מחמתו את המוצר.

### ג. פגם שחלק מהציבור מקפיד עליו

הובא לעיל פסק הרמב"ם והשו"ע ש"פגם" נקבע ע"פ הסכמת בני המדינה. העולה מזה, שכאשר אין האנשים מקפידים על פגם מסויים, לא יוכל הקונה הפרטי, אשר מקפיד על כך, לבטל את המקח מחמת פגם זה, אא"כ הודיע מראש על הקפדתו.

קיימים מקרים בהם חלק מהציבור מקפיד על פגם מסויים וחלק אחר אינו מקפיד עליו, והקונה אשר נמנה עם החלק שמקפידים, לא הודיע מראש על הקפדתו, ואחר המכר קיימת מחלוקת בין המוכר והקונה באשר לשינוי שיש במוצר, האם נחשב "פגם" המהווה סיבה לביטול המקח. דוגמא לכך היא במקרה בו הקונה מקפיד מאוד שלא יהיו שריטות ברהיטיו, והזמין רהיט ולא הודיע למוכר על הקפדתו היתירה, וכעת קיים ויכוח, האם השריטה שנמצאה ברהיט מהווה פגם שמבטל את המקח. צריך לברר כיצד נקבע אם רשאי הקונה לבטל את המקח במקרה כגון זה.

לצורך הבירור יש לעיין בסוגיית 'מקדש אשה על מנת שאין עליה נדרים', כדלקמן.

## הסוגיה

במשנה **בפ' המזיר** (כתובות עב ע"ב) נאמר :

"המקדש את האשה על מנת שאין עליה נדרים ונמצאו עליה נדרים, אינה מקודשת. כנסה סתם ונמצאו עליה נדרים, תצא שלא בכתובה".

בגמ' (שם) מובא :

" א"ר יוחנן משום ר' שמעון בן יהוצדק, באלו נדרים אמרו, שלא תאכל בשר (דהוי עינוי נפש ומתגנה עליו - רש"י) ושלא תשתה יין ושלא תתקשט בבגדי צבעונין. תניא נמי הכי, באלו נדרים אמרו, דברים שיש בהם עינוי נפש, שלא תאכל בשר ושלא תשתה יין ושלא תתקשט בבגדי צבעונין".

הגמ' שם דנה בשאלה, ביחס לאיזה חלק מחלקי המשנה נאמרו דברי האמוראים והברייתא דלעיל: "באלו נדרים אמרו..." , ומביאה בהקשר לכך את דברי ר' אשי :

"לעולם ארישא, ומידי דקפדי בה אינשי הוה קפידיה קפידא, מידי זלא קפדי בה אינשי, לא הוי קפידיה קפידא".<sup>41</sup>

דברי ר' אשי נפסקו להלכה ברמב"ם (הלכות אישות פ"ז ה"ו) :

"האומר לאשה הרי את מקודשת לי ע"מ שאין עליך נדרים, ונמצא עליה אחד משלשה נדרים אלו, שלא תאכל בשר או שלא תשתה יין או שלא תתקשט במיני צבעונין, אינה מקודשת. נמצא עליה נדר חוץ מאלו, אע"פ שהוא אומר, מקפיד אני אפילו על זה, הרי זו מקודשת". וכ"פ השו"ע (אה"ע, סי' ל"ט ס"א).

41. **הרשב"א** (כתובות דף עב ע"ב מהדורת הרש"ר) כתב בבאור דברי ר' אשי :  
"...באותן שלשה נדרים בלבד 'שלא אוכל בשר ושלא אשתה יין ושלא אתקשט בבגדי צבעונין', שמתגנה בהן על בעלה והוה להו כמקח טעות כמומין, אבל נדרים אחרים לא, מטעמא, דהני (ר"ל הנדרים האחרים) לאו משום דהויא כבעלת מוס".  
**באור** : דברי האמוראים והברייתא שהובאו לעיל: "באלו נדרים אמרו, שלא אוכל בשר ושלא אשתה יין ושלא אתקשט בבגדי צבעונין", נאמרו בהקשר לתחילת המשנה. כוונתם לומר: פסק המשנה "המקדש אשה ע"מ שאין עליה נדרים, ונמצאו עליה נדרים, אינה מקודשת", אינו מתייחס לגבי כל סוגי הנדרים, שאם נמצאו עליה, אינה מקודשת, אלא רק נאמר לגבי הנדרים המפורטים לעיל, שהמכנה המשותף שבהם הוא, שיש בהם עינוי נפש. לגבי נדרים אלו בלבד, נאמר, שאם נמצאו באשה שבעלה קדשה ע"מ שלא יהיו בה אותם נדרים - קדושיה בטלים, מטעם שלא נתקיים התנאי.  
הסיבה היחודית לגי נדרים הללו היא, שכאשר האשה מקבלת על עצמה בנדר שלא לאכול בשר וכדומה, היא עלולה לגרום לכך שהיא תתגנה על בעלה, כיון שבכך שהיא מוגבלת מאכילת בשר וכד' הרי היא בעיניו כבעלת מוס, ועל דעת כן לא קדשה, וכשם שאם נמצא מוס במקח, הרי זה מקח טעות, כך גם כאן.

## ר"ן - הרוב קובע

**הר"ן** (כתובות, דף לג ע"א בדפי הרי"ף) הביא את דברי הרמב"ם דלעיל שפסק כר' אשי, שכאשר נדר ע"מ שלא יהיו עליה נדרים סתם, כוונתו רק לנדרים שהאנשים מקפידים עליהם. והוסיף:

"...ומיהו על כרחך שלשה נדרים אלו לאו דווקא, דהוא הדין בדברים שבינו לבניה... **שדרך רוב בני אדם להקפיד בהם**".

יש ללמוד ממה שכתב: "...שדרך רוב בני האדם...". שאלבא דהר"ן הגדרת "קפידא דאינשי" המוזכרת הגמ', כוונתה - דבר שדרך **רוב** בני האדם להקפיד בהם. דברי הר"ן הובאו להלכה בחלקת מחוקק (שו"ע אה"ע סי' ל"ט סק"א).

קיימת השוואה גמורה בין גדרי מומי נשים למומין המבטלים את המקח (עין נספח פרק זה אות א). כמו כן קיימת השוואה בנידונינו, כפי המבואר **בבאור הגר"א** (שו"ע חו"מ סי' רל"ב סק"א), שהביא מדברי ר' אשי בסוגיה: "מידי דקפדי בה אינשי הוה קפידה קפידא...". מקור לפסק השו"ע (שם ס"ו) שהסכמת בני המדינה קובעת להגדיר את הדבר "מום" המבטל מקח.

כתוצאה מהשוואה זו, הרינו למדים, שכשם שלגבי הקפדה המבטלת את הקדושין, אזלין בתר רוב האנשים, וכפי שהתבאר בר"ן, כך גם כן לגבי מום המבטל מקח, **הקפדת רוב האנשים היא הקובעת**. לכן מום במקח, שרוב בני אדם מקפידין עליו, נחשב למום המבטל את המקח.<sup>42</sup> דוגמא לדבר, מוצר שעבר תיקון, כגון רכב שתקונו לאחר תאונה, והעלימו זאת מהקונה. לפי המבואר לעיל, נראה שהקונה יוכל לבטל את המקח מחמת זה, כיון שמקובל בקרב רוב הקונים להקפיד על כך.<sup>43</sup>

42. כך נפסק במלבושי יו"ט (סי' ד'): "...דגם גבי קידושין מה שרוב בני אדם מקפידין, ודאי דהוי מום כמו גבי מו"מ".

וכך עולה גם כן מהמובא בפד"ר (ח"ה עמ' קצג), עיי' הדיינים הגר"ע הדא"א זצ"ל, הגר"ב זולטי זצ"ל, ויבלח"ט הגר"ש אלישיב שליט"א): "יש לדון כי כל פגם הנמצא באשה, אשר **רוב** בני אדם מקפידים עליו, מהוה מום בנשים... דלאו דווקא מומין הפוסלים בכהנים פוסלים בנשים, אלא הם וכיוצא בהן **דבר שרוב בני אדם מקפידים עליו הוי מום. וכמו מום במקח** כל שהסכימו עליו בני המדינה שהוא מום - הוה מום...". (דברי הר"ן דלעיל, לא הוזכרו בפד"ר)

וכך כתב ג"כ הגר"ע יוסף שליט"א בשו"ת יביע אומר (ח"ה חו"מ סי' ו אות ג): "דלא מקרי מום אלא רק מה שרוב בני אדם מקפידים עליו".

43. עיין פ"ד ירושלים ח"ה עמ' קכט - קלא. עו"ע לקמן פרק ה.

**שיעור 'רוב':** 'רוב' בענין זה הוא כפשוטו, יותר מ-50 אחוז (+50%).<sup>44</sup>

#### **ד. חוק המדינה**

נראה ש- "מנהג המדינה" כולל גם כן מצב בו קיים חוק במדינה המגביל את שיווקם של מוצרים מסויימים כאשר הם נחשבים פגומים ע"פ התקן שקבע החוק, וחוק זה נכנס לתודעתם של הלקוחות, כגון איסור שיווק מוצרי מזון לאחר תאריך התפוגה. הסיבה שחוק זה נחשב "מנהג המדינה" היא כיון שעל דעת זה נעשה המקח.

סמך לדבר נראה מדברי **החזון איש** (חו"מ ליקוטים טז, א) שדן שם לגבי -  
"מי שלקח קרקע מחברו בארצנו הקדושה, וקנאה בכסף שטר וחזקה או קנין סודר, אי קנה בלא כתיבת טאב"ו".

בתוך דבריו התייחס למקום בו דינא דמלכותא הוא שמותר למכור משכון בסוף השנה, וכתב בענין זה:

"..אלא שכן הוא הדין, שאם משכנו סתם, צריך בית דין לשקול את האומדן עד כמה מחל לו שלא יתבענו, ודינא דמלכותא מכרעת את האומדן. וכיון שמורגל אצלנו דינא דמלכותא דינא, אף שזה רק בתנאים מיוחדים, מ"מ זה משפיע על בני אדם לסמוך בסתמא על שיעור שהם דנים.. ונמצא שאנו דנים בדינינו ולא בדיניהם".

מבואר בדבריו שכאשר בית דין דנים באומדן דעתו של אדם, הרי הם לוקחים בחשבון את החוק המקובל ("דינא דמלכותא") כיון שיש לזה השפעה על אומדן דעת בני אדם. נראה שהוא הדין לנידונינו.

#### **לכן**

**כאשר החוק קובע הגבלה בשיווק מוצרים בעלי פגם מסויים, ואין זה ידוע ומפורסם, רשאים הקונים לבטל את המקח שנמצא בהם פגם זה, כיון שסמכו דעתם בעת הקניה על החוק המגביל שיווק מוצרים אלו.**

#### **ה. קביעה ע"פ מומחה**

כאשר מדובר במוצרים שקיים לגבם ביקוש גדול, הרי ניתן בקלות לברר אם יש או

<sup>44</sup> כך כתב הגרז"ן גולדברג שליט"א בהערותיו. עיין להלן בנספח ב, בנידון, מדוע לא נאמר כאן הכלל "אין הולכים בממון אחר הרוב".



אין רוב גדול המקפיד על המום. השאלה היא, כיצד לקבוע במקרים בהם מדובר במוצרים אשר אין להם הרבה צרכנים.

**בשו"ת צדקה ומשפט** (רבי צדקה בו עדיא חוצין מעירק, חו"מ סי' לו) הביא את דברי הרמב"ם דלעיל בראש הפרק, "שכל הנושא ונותן סתם, על מנהג המדינה הוא סומך", והוסיף:

"אם כן בנידון דידן נמי שואלין לבקאים בסוסים, ואם הסכימו שזה הוי מום, בודאי הוא שמבטל מקח". מבואר בזה, שניתן ע"פ קביעת מומחה לקבוע מהו "מנהג המדינה", וכן אמר לי הג"ר י. בלוי שליט"א (מחה"ס פתחי חושן).

### מסקנה

הגדרת השינוי המסויים שקיים במוצר כ"פגם" המאפשר ביטול מקח, הוא האחד מהאופנים דלהלן -

- א. כאשר רוב הציבור מקפידים על כך.
- ב. כאשר קיים חוק מפורסם המגביל את שיווק המוצר ההוא מחמת הפגם.
- ג. קביעת מומחה.

### ו. דבר הנחשב לפגם במקומות מסויימים

במערכת המסחר המודרנית שכיח ביותר שיווק מוצרים שלימים או רכיבים שיוצרו במדינה אחרת. דבר זה קיים הן במוצרי חשמל ואלקטרוניקה והן במוצרי ביגוד ובמוצרים נוספים. קיימים מקרים בהם ההקפדה על הפגם שונה ממקום למקום, ובעוד שבמקום המקח קיימת הקפדה, הרי במקום היצור אין מקובל להקפיד על כך. יש לברר במקרים אלו, האם רשאי הקונה שקנה במקום שמקפידים על פגם זה לבטל את המקח, או שמא כיון שבמקום היצור אין מקפידים על כך, אין הקונה רשאי לבטל את המקח.

כמו כן יש לברר, מה דין המקח במקרה בו המוכר או הקונה אינו מקומי, וטוען שבמקומו מתייחסים באופן אחר לשינוי שיש במוצר, כגון שבמקומו מקפידים על כך או להפך.

א. כתב הרמב"ם: "שכל הנושא ונותן סתם, על מנהג המדינה הוא סומך". בהקשר לנידון זה של "מנהג המדינה" כתב החזון איש (ב"ב סי' א' אות ג', בענין שותפין שרצו לעשות מחיצה), וז"ל:

"וענין מנהג יש על ב' אופנים. אחד, שחכמי העיר קבעו המנהג, ותקנתם חלה כדין תקנת חכמים לכל ישראל. (ב) ויש מנהג שקובע ההלכה משום שכל העושה קנין מן הקנינים דעתו לקיים את הדבר כפי המנהג. והכא בגינה מקום שנהגו שלא לגדור, סתמא הקונה והמשתתף על דעת שלא לגדור הוא..."

מבואר בכוונתו, שכל עוד לא היתה קביעת חכמים שהיא תקנה המחייבת, הרי "מנהג המדינה" גדרו הוא שמן הסתם נעשו הקנינים על דעת זה, אבל כמובן שאין זה מחייב את מי שבוודאי לא התכוין לכך.

לאור זאת מבואר, שבנידון בו ידוע מראש שאין הקונה משתייך לכלל הציבור הנמצא במקומו, כגון שהוא תושב חדש שזה מקרוב בא ממקום אחר, אנו תולים מן הסתם שדעתו ביחס למקח היא אינה כפי הסכמת בני מקומו הנוכחי, אלא כפי המקום שממנו בא.

ב. גדר זה מוכח בדברי הראשונים דלהלן.

**הנימוקי יוסף** (על הרי"ף בבא בתרא דף מא ע"ב בדפי הרי"ף, ד"ה ד' מידות) כתב:

"...וכן המוכר, היכא שהטעהו הלוקח ואמר לו 'חטים הללו נחשבות רעות בעיר הזאת' ובעבור זה מכרן (במחיר זול), ואח"כ מצא שהיו מחשיבים אותם ליפות (והיה יכול לדרוש עבורם מחיר גבוה יותר), הרי הטעהו, ומוכר יכול לחזור בו".

יש ללמוד מדברי הנימוקי"י, שאם אמנם צדק הקונה שבמקום המקח נחשבים חטים אלו לרעות, הרי אע"פ שבמקום אחר אין החיטים נחשבות רעות, מ"מ מתחשבים במקום בו מתקיים המקח. מכאן שמקום המקח הוא הקובע לגבי איכות המוצר, ויש ללמוד שה"ה לגבי הפגם. הסברא בזה פשוטה, שדעת הקונה היא כפי המקובל במקומו.

וכיו"ב ניתן ללמוד מדברי **הרשב"א** (ב"ב דף פג ע"ב, מובא במ"מ פ"ז הל' קנין ה"א):

"...אמר לו המוכר שהן 'יפות' ונמצאו שקורין לכמותן במקום שהן 'רעות', הלוקח יכול לחזור בו..."<sup>45</sup>

45. כעין זה מצאנו בספר כנסת הגדולה (חו"מ קנ"ז, הגהת הטור כב) לענין מחיצה בין השותפין, שכאשר קיימים כמה מנהגים במדינה, הולכים לפי אותה שכונה או אנשים כמותם.

## ז. חנויות ברמות שונות

לאור האמור לעיל שיש להתחשב במקום בו נעשה המקח, נראה לומר שכאשר בעיר או הישוב בו נקנה המוצר קיימות מספר חנויות ברמות שונות, חלקם יוקרתיות וחלקם פשוטות יותר, הרי כאשר הקונה רוצה לברר אם הדבר שנראה בעיניו כ"פגם", הוא באמת נחשב "פגם" על פי דין, צריך הוא לברר אצל הקונים מאותה חנות בו נקנה המוצר, או בחנות אחרת אשר היא ברמה השווה לאותה חנות, אם בעיניהם נחשב המוצר פגום.

## ח. חנות המפעל

מציאות שכיחה בימינו היא שמפעל יצור פתח חנות המשווקת את מוצרי המפעל, ולפעמים תנאי התשלום נוחים יותר. נשאלת השאלה, האם גם בחנות המפעל נקבע שגדרי הפגם הם ע"פ מקום הקניה שהוא במקרה זה גם מקום היצור (במקרה בו הקונה לא הודיע על הקפדתו).

נראה שבמקרה זה אין הפגם נקבע לפי מקום היצור אלא לפי המקום שאליו מיועדים מוצרי המפעל, כיון שעל דעת זה ייצרו את המוצרים וכן על דעת זה בא הקונה לקנות מהמפעל.

## מסקנה

[א1]הערה:

המקום בו נעשה המקח, הוא הקובע לגבי קביעת "פגם" במוצר, הן במקרה בו מקום היצור של כל המוצר או רכיב ממנו הוא במדינה אחרת, והן במקרה בו המוכר או הקונה באו ממקום אחר.

כאשר מפעל מייצר מוצרים לצורך שיווק במקומות אחרים, "פגם" במוצר נקבע על פי המקומות שהמוצר ישווק שם.

## ט. "פגם" במגזר מסויים

מבואר בסוגיות השי"ס (ב"ק מו ע"א, ב"ב צב ע"ב) וכן נפסק בשו"ע (חו"מ רל"ב כג): "המוכר שור לחבירו ונמצא נגחן, אם אין להוכיח אם קנאו לחרישה או לשחיטה, כגון שהוא אדם שהוא קונה לזה ולזה.. אינו מקח טעות, שיכול לומר לשחיטה מכרתיו.. ואם הלוקח אינו רגיל לקנות אלא לחרישה והמוכר מכירו, הרי זה מקח טעות".

מוכח מכאן שכאשר ידוע רצונו של הקונה, הרי גם דבר שבדרך כלל אינו נחשב לפגם, במקרה זה נחשב פגם המבטל את המקח, בשל הקפדתו של הקונה.

לאור זאת, אם ידוע שהקונה שייך למגזר מסויים אשר ידוע שלגבם דבר מסויים נחשב פגם, רשאי הוא לבטל את המקח, למרות שביחס לרוב הקונים אין הדבר נחשב פגם. (במקרה בו רצונו של הקונה ידוע בציבור אבל המוכר לא ידע זאת, עיין לקמן פ"ח ח"ב סעיף ב בהערה).

## לכן

- א. כאשר המוכר מכיר את הקונה וידוע לאיזה מגזר הוא שייך, אם מכר לו מוצר אשר במגזר אליו שייך הקונה נחשב למוצר פגום, רשאי הקונה לבטל את המקח, אף אם אין המוצר נחשב פגום ביחס לרוב העולם.
- ב. מוצר שקיים בו ליקוי פעוט אשר אינו מזיק לשימוש הרגיל, אבל כאשר מדובר על הפקת רווחים מהמוצר, הרי הליקוי שבו מונע מלהפיק ממנו רווחים, אם נקנה במקום שקונים לצורך שימוש פרטי אין זה נחשב פגם המבטל מקח (כאשר הקונה לא ציין במפורש בעת הקניה, שהוא מעוניין במוצר לצורכי מסחר, עיין לקמן סעיף יג, ב), אבל אם נקנה במקום שקונים לצרכי מסחר, נחשב למוצר פגום, כיון שנחשב הדבר למקרה בו ידע המוכר על רצונו של הקונה ("המוכר מכירו"), וכן כל כיוצא בזה.

## י. קניה מבעל עסק שאינו מורשה

קיימים בעולם המסחר סוחרים שאינם מורשים מטעם המשרד הממשלתי, המוכרים את סחורתם במחיר זול יותר מהמחיר המקובל. נשאלת השאלה, האם הקונה שקנה מהם מוצר שנמצא פגום או שהתקלקל קודם הזמן הסביר, רשאי לבטל את המקח.

השאלה קיימת גם לגבי קבלני עבודות שאינם מורשים, אשר עשו עבודה שאינה מושלמת.

כללי: נראה מסברא שיש להבחין בין מקצוע בו הרישום לקבלת תעודת עוסק מורשה משקף את רמת השירות הניתנת, לבין מקרה בו אין בתעודה בכדי להעיד על רמה כלשהי אלא רק נעשית לצורך תשלום תקין של המס. נידונינו הוא כמובן באופן בו התעודה משקפת רמה מסויימת, והמוכר או נותן השירות חסר תעודה זו.

נפסק ברמב"ם (פט"ו ממכירה הי"ב - י"ג) ובשו"ע (חו"מ סי' רלב הי"י):

"המוכר עבד או שפחה, אין הלוקח יכול להחזירו מפני מומין שאין מבטלין אותו ממלאכתו... אבל אם נמצא גנב או חוטף או גונב נפשות או בורח תמיד או זולל וסובא וכיוצא בדברים אלו, אינו יכול להחזיר, שכל העבדים בחזקת שיש בהם כל הרעות, אלא אם כן פירש".

מבואר בזה שקיימים מקרים בהם המוצר הוא בחזקת פגום שלא שייך בו החזרת המקח. לפי זה נלע"ד שהקונה מסוחר שאינו מורשה, או מבצע עבודה ע"י קבלן שאינו מורשה, "תמורת" המחיר הזול שמשלם, לוקח סיכון של איכות ירודה וכדומה. מצד זה היה מקום לומר שאי אפשר לבטל מקח שנעשה עם אדם שאינו מורשה.

אולם יש לדון בזה, שמסתבר שיש "גבול" לסיכון אשר מוכן הקונה לקחת כאשר קונה או מזמין עבודה אצל מי שאינו מורשה, ואין לומר שהמוצר הנקנה או העבודה שנעשתה הוא "בחזקת כל הרעות".

לכן נראה לומר שאין הבדל מהותי בדין ביטול מקח בין עוסק מורשה לבין עוסק שאינו מורשה, אלא גם בזה מתחשבים בדעת רוב הקונים מאותו מקום, אם היו מוכנים לקחת את הסיכון שיתכן וימצא פגם כפי הפגם שנמצא או שהעבודה תעשה באיכות ירודה כפי שנעשתה.

### מסקנה

**קנה מוצר או הזמין עבודה אצל עוסק שאינו מורשה, ויש פגם במוצר או בעבודה, במקרה בו הפגם הוא מעבר למסתבר (ע"פ רוב צרכני בעלי העסק שאינם מורשים), רשאי הצרכן לבטל את המקח.**

### יא. מכון התקנים הישראלי

**מבוא:** הובא לעיל פסק הרמב"ם (פט"ו הל' מכירה ה"ה): "כל שהסכימו עליו בני המדינה שהוא מום ומחזירין בו המקח, מחזירין. וכל שהסכימו עליו שאינו מום, אין מחזירין עליו אלא אם כן פירש, שכל הנושא ונותן סתם, על מנהג המדינה הוא סומך".

בארצנו קיים "מכון התקנים הישראלי" הקובע תקנים למוצרים. יש לברר האם לקביעותיו יש מעמד של "מנהג המדינה", אשר מחמת זה מוצר שאינו עומד בדרישתיו, נחשב מוצר פגום, ויוכל הקונה לבטל את הקניה.

### הקדמה:

"מכון התקנים הישראלי הינו תאגיד ממלכתי הפועל על פי הסמכויות שמעניק לו חוק התקנים שנקבע בשנת 1953. מטרת המכון, על פי החוק, הן הכנת תקנים והבטחת איכותם של מצרכים.

לב פעילותו של מכון התקנים היא התקינה - הכנת תקנים ישראליים. לתקינה מספר מטרות, שהעיקריות שביניהן הן: הגנה על הצרכן מפני מוצרים פגומים והבטחת בטיחותו ובריאותו ...

**תקן מהו:** תקן הוא מסמך, שמפורטות בו הדרישות הטכניות החלות על מוצר כדי שיתאים ליעודו ..

**תקנים רשות או חובה:** לתקנים הישראליים שמפרסם המכון יש מעמד וולונטרי (הנעשה מרצון ולא בכפייה), אולם במקרים מסויימים, כאשר הדבר נחוץ כדי לשמור על בטיחות הציבור ובריאותו, כדי להגן על הצרכן וכדי להבטיח את איכותם של המוצרים ולהביא לשיפור וייעול המשק, ניתן להפוך את התקנים למחייבים, אם על ידי הכרזתם כתקנים רשמיים ..., ואם ע"י פרסום צו או תקנה ...

מערכת תו תקן - אמצעי שיווקי: תו התקן הוא סימן המאשר שהמוצר מתאים לתקן המתאיחס אליו. על מנת להעניק ליצרן היתר לסמן את מוצריו בתו-תקן, מקיים המכון פיקוח והשגחה על הייצור ועל המוצר.

מערכת תו-התקן היא וולונטרית (נעשית מרצון), וברוב המקרים פונים היצרנים לקבלת תו-תקן כאמצעי לקידום מכירות. יחד עם זאת, לגבי מספר מוצרים (כ-40) חלה על היצרנים חובה לסמנם בתו-תקן. המדובר בעיקר במוצרים שקיימת לגביהם סכנה בטיחותית והתקנים המתאיחסים אליהם הם רשמיים: אבזרי חשמל, מכשירי חשמל ביתיים, מעליות, תנורים וכדומה".

(מתוך חוברת שהוציא מכון התקנים הישראלי מת"י)

**חובת שמירה על תקן רשמי:** "לא ייצר אדם מצרך (מטלטלין או מבנה או מיתקן, אפילו הם מחוברים למקרקעים), שמפרט (תאור תכונותיו) שלו נקבע כתקן רשמי, ולא ימכרו ולא ייבאו ולא ייצאו, ולא ישתמש בו בכל עבודה שהיא, ולא יבצע עבודה שהכללים של תהליכה נקבעו כתקן רשמי, אלא אם כן התאימו המצרך או תהליך העבודה לדרישות התקן הרשמי, או אם נקבעה הוראה אחרת באכרזה שבה הוכרז התקן כתקן רשמי".

(חוק התקנים, תשי"ג.9, א)

**חילוק בין המוצרים השונים:**

על פי המובא לעיל, נראה לומר כדלהלן:

- א. במוצרים בהם נקבע "תקן רשמי" (כדי לשמור על בטחון הציבור וכדומה) אשר אם אינם כפי התקן, אסור לייצרם ע"פ חוקי המדינה, רשאי הקונה לבטל את המקח אם אינם עומדים בתקן שנקבע להם, כיון שודאי אינו מעוניין במוצר זה שמהוה סכנה בטיחותית וכדומה. האמור הוא בקניה מבעל עסק מורשה.
- ב. כאשר קנה מסוחר שאינו בעל עסק מורשה, ובשל כך המוצרים הנמכרים אצלו הם בחזקת שאינם על פי התקן, לא יוכל לבטל את המקח.
- ג. במוצרים בהם לא קיים תקן רשמי, לא יוכל הקונה לבטל את המקח אם אינם עומדים בתקן, כיון שבמקרה זה אמנם אין המוצר באיכות שנקבע ע"י מכון התקנים, אבל אין זה מחייב שדבר זה יחשב "פגם" ע"י רוב הקונים.
- בנוסף לכך יכול המוכר לטעון, שאם היה הקונה מעוניין שהמוצר יהיה לפי התקן, רשאי היה לדרוש זאת, או לבדוק אם נמצא תו תקן על המוצר, ובכך שלא עשה זאת, נחשב הדבר למחילה. (עיין לקמן פרק ה דיון בענין אפשרות הבדיקה ע"י הקונה)
- ד. ישנם מוצרים שאע"פ שלא קיים בהם סיכון בטיחותי או בריאותי, בכל זאת המקובל הציבור הוא שהיצור הוא על פי התקן שנקבע להם.
- לגבי מוצרים אלו, אע"פ שלא סכמו הצדדים על כך, אם ימצא שאין המוצר על פי התקן, יוכל הקונה לבטל את המקח, כיון שבמקרה זה התקן נחשב "מנהג המדינה"<sup>46</sup>.

**יב. תקן שהשתנה**

יש לעיין בנידון בו קנה מוצר שמקובל בציבור הקונים להקפיד שיהיה ע"פ התקן, ובא אח"כ לבטל את המקח בטענה שאינו יכול להפיק מהמוצר את מירב התועלת כיון שאינו ע"פ התקן, ואילו המוכר טוען שבזמן היצור היה המוצר ע"פ התקן שהיה נהוג באותו זמן, והתקן השתנה. האם רשאי הקונה לבטל את המקח.

נראה שכפי שהתבאר לעיל, הנידון בקביעת "פגם" תלוי בשאלה, האם הקונה קנה על דעת זה או לא. לפי זה מסתבר שיש לחלק בין המוצרים.

קיימים מוצרים אשר "יורדים מהמדף" תוך תקופה קצרה מעת ייצורם, הדבר

46. עיין לעיל אות ד' בדברי החזו"א בענין דינא דמלכותא. לעני"ד דבריו מתאימים ג"כ לנידונינו.

שכיח בעיקר ליחס למוצרי מזון. במקרה כזה ודאי רשאי הקונה לבטל את המקח אם התברר שהמוצר אינו ע"פ התקן, כיון הקונה לא העלה על דעתו שהמוצר הוא מהתקופה בה היה התקן שונה. (אם הקונה היה יכול לבדוק זאת, עיין לקמן פרק ה) אולם קיימים מוצרים אשר להם "חיי מדף" ארוכים, כגון חמרי בנין ומוצרי חשמל ואלקטרוניקה מסויימים, אשר לגבם ניתן להניח שידע הקונה שלא יוצרו בעת האחרונה, וממילא אינם ע"פ התקן האחרון, ואם היה מעוניין שיהיה על פי התקן הנוהג בשעת הקניה, היה עליו לדרוש זאת במפורש. במקרים אלו נראה שלא יוכל הקונה לבטל את המקח אלא אם כן יוכיח שלא ידע שבעבר היה תקן שונה.<sup>47</sup>

## יג. סיבה חיצונית המונעת שימוש

### א. הגבלה בשימוש נחשבת פגם

יש לעיין במקרה בו קנה מוצר והתברר לו שאמנם המוצר שלם מכל מום, אולם

47. יש להעיר על המובא בפסקי דין ירושלים (ח"ג עמ' קה - קל). הנידון הוא בקונה דירה התובע תיקון בדירה שקנה כיון שחסרה בידוד מפני חדירת חום וקור, ואילו הנתבע שהוא הקבלן משיב, שבשעה שקיבל את רשיון הבניה לא היה חייב להוסיף את הבידוד הטרמי, ורק לפי חוקי התקן בשנים האחרונות חייב הקבלן להוסיף בידוד זה. בהקשר לזה הובא שם (אות ה) פסק הרמב"ם דלעיל, "כל שהסכימו עליו בני המדינה שמחזירין בו המקח... ", והוסיף שם:

"ונראה פשוט שהדבר תלוי במנהג המדינה הקיים בזמן המכירה ללוקח, ואין זה מעניין אותנו מה היה המנהג בזמן שהמוכר קנה את הדבר או בנה את הדבר, מכיון שהלוקח דעתו על מנהג המדינה הקיים באותה שעה.

לפי"ז בנידון דידן שבשעה שהתובע קנה את הדירה היה מנהג המדינה להחשיב בידוד טרמי כסעיף הכרחי בבניה, מן הסתם היתה דעתו כמנהג המדינה, וטענת הנתבע שבשעה שקיבל את רשיון הבניה לבית זה לא היה מנהג זה הכרחי, אינה טענה".  
לעני"ד נראה להעיר על כך שתי הערות:

א. לפי האמור לעיל יש לדון ולומר ש"דירה" איננה נחשבת כמו מוצר הנמכר מהיום למחר, ומסתבר שהקונה היה מודע לכך שהבניה הסתיימה מספר שנים קודם לכן וממילא לא נבנתה אלא ע"פ התקן שהיה קיים אז. במקרה זה לא יוכל הקונה לטעון טענת "פגם", אלא אם כן יוכיח שלא היה מודע לכך שבשעת הבניה היה התקן שונה. (הגרז"נ גולדברג שליט"א הסכים שיש מקום לטענה זו הבנויה על אומדנא)

ב. עוד יש להעיר במה שהובא שם באות ה': "טענת התובע טענה היא, וחייב הנתבע לתקן את המום ע"י תוספת הבידוד בתקרה".

יש לדון, שלכאורה אם אין המוכר מעוניין בתיקון הפגם, הרי כל עוד לא נעשתה התחייבות שיש בה שעבוד הגוף, לא מצאנו שקיימת חובה על המוכר לתקן את הפגם, אלא רק יש זכות לקונה לחזור מהמקח אם אינו מוחל על הפגם, כפי שיתבאר לקמן בפרק ד סעיף ו.



קיימות סיבות חיצוניות המונעות את ניצול המוצר לכל מה שציפה הקונה, כגון שקיים חוק במקום ההוא האוסר שימוש במוצר זה, והקונה לא ידע על כך בשעת הקניה. האם דבר זה נחשב "פגם".

לעני"ד יש ללמוד שגם חיסרון זה נחשב פגם, כדלקמן.

כתב בתשובת הרשב"א (ח"א סי' אלף קכז, הובא בדרכי משה חו"מ רלב סק"ב):

"שאלת. ראובן מכר ביתו לשמעון, וכתב ליה מארעית תהומא ועד רום רקיעא, ובאחריות גמורה, והיה ללוי חלון פתוח על בית זה, ועמד שמעון ובא לבנות כנגד החלון, ומיחה לוי בידו עד שירחיק מחלונו ארבע אמות. היש על שמעון לחזור על ראובן מחמת האחריות, הואיל ומכר לו מארעית תהומא ועד רום רקיעא אם לאו.

תשובה. אם היה החלון פתוח על הבית בשעה שמכר ראובן את הבית לשמעון, דבר ברור הוא שאין ראובן חייב לשמעון כלום בכיוצא בזה, שהרי מום זה כבר ראה אותו שמעון והכירו וסבר וקביל.. וכן הדין במוכר בית שיש לשכנו שעבוד מרזב או מזחילה או אמת המים וכיוצא בזה".

מבואר בדבריו: "...שהרי מום זה כבר ראה שמעון..", שמצב זה שנמנע ממנו מלבנות בחצר, נחשב מום, והסיבה לזה שהמקח קיים, היא כיון שבשעת הקנין ראה שמעון שחלון שכינו פתוח כלפי החצר, ולא העיר על כך, אם כן מחל, ולכן אינו יכול לבטל את המקח. משמע, שאם לא היה שמעון רואה זאת בשעת המקח, הרי היה שמעון יכול לבטל את המקח, אע"פ שמדובר באופן שלא היה חיסרון בבית אלא שהקונה מוגבל בשימושי הבית, דהיינו אינו יכול לבנות שם כיון שחלון השכן פתוח לשם.

כמו כן נראה לעני"ד שיש ראייה לזה מדברי התוס' במסכת קידושין, כדלקמן.

במשנה בפרק האיש מקדש (קידושין דף נו ע"ב) נאמר: "המקדש בערלה.. אינה מקודשת".

התוס' (שם ד"ה המקדש) נימקו: "פירוש, לפי שאיסור הנאה". והקשו: "ואם תאמר אמאי אינה מקודשת, הא שרי ליהנות ממנו שלא כדרך הנאתו..." ותרוצו שני תירוצים:

"ויש לומר בכאן מיירי דליכא שוה פרוטה אלא כדרך הנאתו. אי נמי יש לומר דמיירי שפיר דאיכא שוה פרוטה אף שלא כדרך הנאתו, מכל מקום כיון שהאשה סבורה שיש לה ליהנות דרך הנאתן ואינו כן לא סמכה דעתה והוי מקח טעות (נ"א: קידושי טעות)".

החלקת מחוקק (שו"ע אה"ע סי' כח סקל"ט) דן בדברי הב"ח שהביא את דברי תוס', והוסיף:

"ותרוצי התוס' שהביא הב"ח אינם חולקין יחד (ור"ל דאף לפי תירוץ ראשון סברי ג"כ הסברא השניה שבתירוץ השני, רק קושטא דמילתא נקטי דמיירי דליכא שוה פרוטה אלא כדרך הנאתן)".

מבואר בזה שאע"פ שבפרי הערלה אין חיסרון, וניתן להנות ממנו שלא כדרך הנאתו, מ"מ הקידושין בטלים כיון שהאשה סברא שתהיה לה הנאה מרובה יותר.

יש ללמוד מן האמור, שאם קנה מוצר ללא פגם, אלא שיש חוק מדינה שמגביל את שימוש, והקונה לא ידע זאת בשעת הקניה, רשאי הקונה לבטל את המקח, כיון שדעתו היתה להפיק מהמוצר את מירב התועלת המקובלת, והוא אינו יכול לממש את כוונתו.

### **ב. יעוד מקובל**

א. יש לעיין במקרה בו נמצא פגם במוצר, ואין פגם זה מונע שימוש במוצר באופן הראוי והמקובל, אלא מונע ממנו שימושים שיש אנשים שמיעדים אותו לכך, האם רשאי הקונה לבטל את המקח מחמת פגם זה.

כתב הרמב"ם (פט"ו ממכירה הי"ב):

"המוכר עבד או שפחה, אין הלוקח יכול להחזירו מפני מומי הנואי שאין מבטלין אותו ממלאכתו, והן הנקראים סמפון. שאם היה סמפון זה גלוי, כבר ראהו. ואם אינו נראה, כגון שומא בבשר או נשיכת כלב או ריח הפה או החוטם וכיוצא בהן, הואיל ואינו מבטלו ממלאכתו אינו מחזיר, שאין העבדים לתשמיש המטה אלא למלאכה".

מבואר בדבריו שכאשר הפגם הוא בדבר שאין המוצר מיועד לו (מומים שאין מבטלין את העבד ממלאכה), אי אפשר מחמתו לבטל את המקח.

ב. יש לעיין במקרה בו הפגם נמצא בדבר שאינו היעוד העיקרי של המוצר אלא ביעוד משני, כגון בקניית רכב, הקונה מייעד אותו בראש ובראשונה לנסיעה בו אך גם מעוניין הוא שבבוא העת יוכל למכרו ולקבל עבורו מחיר הוגן. מה הדין כאשר קיים פגם שלא מפריע ליעוד העיקרי אלא רק ליעוד המשני.

נראה שבדומה לאמור לעיל (סעיף ט), כאשר מוצר נקנה לצרכי מסחר, והתברר שאי אפשר להפיק ממנו רווחים, הרי אם נמכר לאנשים העוסקים במסחר נחשב "פגם",

הוא הדין בעניינינו, יש לדון לפי רוב הקונים, ואם הם מייעדים את המוצר גם לשימוש המשני, הקונה המנוע מלהשתמש בשימוש זה רשאי לבטל את המקח כיון שהדבר נחשב לפגם.<sup>48</sup>

48. בפסקי דין ירושלים (ח"ה עמ' קכא - קכג) דנו לגבי קונה בית שבהסכם שבינה לבין המוכר הוגדר הנכס כ"דירה", אולם בטאבו מוגדרת דירה זו כ"מחסן", ובתור שכזו אי אפשר לקבל עליה משכנתא מועדפת וכשתמכור אותו תצטרך לשלם מס שבח, והיא צפויה לצו שיאסור עליה מגורים במקום. מחמת סיבות אלו הקונה רוצה לבטל את המקח. בית הדין דחה את התביעה בטענה שבדירה עצמה אין כל חיסרון, והקונה היתה יכולה לעיין בטאבו ולבדוק אם הנכס נחשב "דירה" או "מחסן".

לענין יש להעיר על דבריהם:

א. כפי שמבואר לקמן (פרק ה סעיף ב), קיים חילוק בין מקרה בו היה על הקונה להעלות על דעתו שקיים פגם, ואז יש שמחשיבים את אי בדיקתו כמחילה, לבין מקרה בו לא עולה על דעת הקונה לבדוק. לאור זאת, בנידון ההוא שהוסכם בין הצדדים למכור "דירה", וגם המקום שימש כדירה קודם הקניה, יש לדון שמא שלא עלה על דעת הקונה לחשוב אולי בטאבו הנכס רשום כ"מחסן", ועל כן בכה"ג אין להחשיב את אי בדיקתה כמחילה.

ב. כיון שהקונה צפוי לצו שיאסור עליו את המגורים במקום, הרי דבר זה מהווה פגם, כפי שהובא לעיל מתשובת הרשב"א (ח"א אלף קכז) לגבי חצר שאי אפשר לבנות שם כיון שיש לשכן חזקת חלונות.

ג. נאמר שם בתשובה: "עייין... רמב"ם אישות פכ"ד ה"ב הנושא אשה ולא הכיר בה ונמצאת מחייבי לאווין, אין לה עיקר כתובה אבל תוספת יש לה, וכתב האו"ש אישות שם ה"ד שנחשב מקח טעות מכיון שעל דעת זה שתהיה אסורה עליו לא נשאה, אבל נמצאת חייבי עשה אין זה מקח טעות מכיון שניחא ליה טפי שיהיו קידושין כדי שיוקל האיסור. **משמע שמקח טעות נחשב רק כשהפגם בה עצמה אבל מה שיהיה פגם בילדים אין זה נחשב מקח טעות.** והוא הדין בנידון דידן שהטעות איננה בדירה עצמה, שהרי מה שראתה לפני הקניה הוא מה שקבלה לבסוף, ורק שהתברר לה שהדירה קרויה מחסן ונפ"מ אינה בדירה עצמה ובשימושיה כי אם לענין תוצאות של קבלת משכנתא מועדפת או מיסוי יתר כשתרצה למכור אותה לאחרים וכד', זה אינו עושה את המקח למקח טעות". עכ"ל.

ולענין לא מובן כיצד למד מדברי האו"ש את החילוק שכתב בין פגם בה לבין פגם בילדים, שהרי כוונת האו"ש לומר שכאשר בועל אשה שלא לשם קידושין, לדעת הרמב"ם לוקח משום לא תהיה קדשה. לכן כאשר מדובר באשה שהיא מחייבי עשה, ולפי דעת הרמב"ם האיסור הוא דווקא אם בא אחר קידושין, עדיף לבעול לקדשה, כדי שיעבור "רק" על איסור עשה ולא על "לאו" של לא תהיה קדשה. לכן גם במקרה שלא ידע מראש שהיא מחייבי עשה, אין כאן מקח טעות. מה שאין כן כאשר היא מחייבי לאווין, כיון שגם ללא הקידושין הוא עובר על לאו, לכן לא ניחא ליה בקידושין, כיון שאם יהיו קידושין, יעבור על לאו נוסף, לכן הוי מקח טעות. כך הבנתי לענין מתוך עיון בדברי האו"ש, ולא מצאתי רמז בדבריו לחילוק בין פגם באשה לבין פגם בילדים.

יש להוסיף, שאפילו אם תמצא לומר שקיים חילוק זה בעניני אישות, עדיין אין זה מחייב לחלק כך בעניני מוצרים, כיון שכפי המבואר לעיל פרק ג, פגם נקבע ע"פ דעת בני אדם, ויתכן שקיימת הקפדה שונה בין הדברים. לכן נראה שגם "דירה" שאי אפשר לקבל בעת

אולם אם הקונה ייעד את המוצר לשימוש חריג, שאינו מקובל, ושימוש זה נמנע ממנו עקב סיבות חיזוניות, מסתבר שאין זה נחשב מום, וזאת על פי האמור לעיל, שמום נקבע לפי דעת רוב בני אדם, וכיון שאין דרכם ליעדו לכך, אין חיסרון זה נחשב מום.

### מסקנה

רשאי הקונה לבטל את המקח, גם כאשר הסיבה המונעת אותו מלהשתמש במוצר בשימוש שמקובל להשתמש בו אינה מחמת המוצר עצמו אלא מחמת סיבה חיזונית. כמו כן, גם אם הפגם אינו מונע מלהשתמש במוצר כפי שימוש העיקרי, אולם מונע ממנו שימוש משני שמקובל להשתמש בו, הרי זה נחשב פגם שניתן מחמתו לבטל את המקח.

### יד. מוצר שקיים לגביו סיכון בריאותי או בטיחותי

יש לדון במקרה בו קנה מוצר ושילם עבורו, ואח"כ גילה שקיים במוצר זה סיכון בריאותי או בטיחותי, כגון מחמת הרכב החומרים ממנו עשוי המוצר, האם יוכל לבטל את המקח ולדרוש החזר כספי, או שמא כיון שאין מדובר על מוצר שודאי מזיק אלא שרק קיים חשש, הרי המוכר יוכל לטעון כלפיו - הבא ראייה, כדין 'המוציא מחברו עליו הראיה', ויצטרך הקונה להוכיח שאין מדובר על חשש בעלמא אלא על נזק עתידי מוחלט, ורק באופן זה יהיה רשאי לבטל את המקח.

לצורך הבירור יש לעיין בנידון בו קנה בשר שקיים לגביו חשש טריפות. א. הר"ן (חולין דף יד ע"א-ע"ב בדפי הר"ף, בהקשר לסוגיית "מחט שנמצאת בעובי בית הכוסות) כתב:

"...ומיהו איכא למימר, דטריפות שאנו אוסרין אותו מחמת ספק, לא הוי מקח טעות, דמצי אמר ליה מוכר ללוקח 'אייתי ראייה דטריפה היא ומהדרנא לך', ודמייא למאי דאמרינן בפרק הגוזל עצים (ב"ק דף צט ע"ב) גבי הא דאמר ר' יוחנן (טבח אומן שקלקל חייב) אפילו טבח אומן כטבחי ציפורי חייב. ההוא מגרומיתא (בהמה שנשחטה באופן בו קיימת מחלוקת תנאים אם נפסלה בשחיטה מחמת הגרמה) דאתאי לקמיה דרב וטרפה, ופטריה לטבחא מלשלומי, ואמרינן דמספקא ליה לרב אי כר' יוסי בר יהודה או כרבנן, ומצי

---

קנייתה משכנתא מועדפת, נחשבת "דירה פגומה", והיינו כדלעיל, שגם פגם שקשור לתוצאות של המוצר ולא למוצר עצמו, נחשב פגם שאפשר מחמתו לבטל את המקח.

אמר טבחא 'אייתי ראייה דמחייבנא לך כרבנן ומשלמנא', והכא נמי דכוותה. וליתא, דהתם אי אפשר לחיובה אמעשה דידיה אלא אם כן טרפה בודאי, אבל הכא, אע"ג דמספקא פרשי אינשי מיניה, מכל מקום אין לך מום גדול מזה, וכיון שמום מבטל מקח, כל שכן טריפות, אע"פ שאינו אלא מחמת הספק או מקבלתן של גאונים ז"ל, דכיון דמכל מקום מבדל בדילי אינשי מיניה, אין לך מום גדול מזה".

מבואר בדברי הר"ן, שקיים הבדל בין חיוב פועל לבין ביטול מקח. לגבי חיוב פועל, אין לחייבו אלא אם כן ודאי מזיק, אבל כל עוד יתכן שלא הזיק, יכול לטעון, הבא ראייה ואשלם לך. אולם כאשר נמצא בבושר שנקנה חשש טריפות, רשאי הקונה לבטל את המקח, ואין המוכר רשאי לטעון כלפיו - הבא ראייה שהיא טריפה, כיון שעצם הדבר שקיים חשש לגבי הכשרות, זה מהוה פגם.

שיטת הר"ן הובאה להלכה בפסק הרמ"א (חו"מ רל"ב סי"ב):

"..ואפילו טריפה שאנו אוסרין מספק, מבטל המקח, ואין המוכר יכול לומר אייתי ראייה דטריפה הוי".

ב. יש לדון האם ניתן ללמוד מכאן גם לנידונינו. הספק הוא, שמא דווקא כאשר מדובר בחשש הלכתי שמחמתו נמנעים לגמרי מלהפיק תועלת מהמקח, כגון כאשר קיים חשש טריפות בבשר, ההלכה מחייבת להמנע לגמרי מלאוכלו, ולכן רשאי הקונה לבטל את המקח, וכלשון הר"ן: "דכיון דמכל מקום מבדל בדילי אינשי מיניה, אין לך מום גדול מזה", אבל בנידונינו, אין מניעה גמורה מלהשתמש במוצר, אלא שהמשתמש בו לוקח סיכון, אולי בכה"ג אין לומר ש - "אין לך מום גדול מזה", ויוכל המוכר לטעון - הבא ראייה ואשלם לך, ולמרות ש - 'חמירא סכנתא מאיסורא', מ"מ במציאות ימינו כל עוד לא קיימת הוראה ברורה שאוסרת את השימוש, אין בני אדם מושכים את ידיהם לגמרי מלהשתמש במוצר כזה.

מדברי הפוסקים נראה ללמוד שגם בנידונינו רשאי הקונה לבטל את המקח ואין אומרים בזה 'המוציא מחבירו עליו הראיה', כדלקמן.

ג. פסק השו"ע (חו"מ סי' ש"ו ס"ד-ה):

"המוליך.. בהמה לטבח וניבלה, בשכר (אם הטבח מקבל שכר עבור השחיטה) חייבים לשלם דמיהם... במה דברים אמורים, שניבלה בודאי, אבל אם עשה טריפות הפוסלה מספק, כגון ששהה במיעוט סימנים, פטור. וכן אם מצא הסכין פגום והוא בדקו תחילה, כיון דאיכא למימר בעצם המפרקת נפגמה,

לענין ממון לא מפקינן מספק.

הג"ה: ואע"פ שאנו נוהגין לאוסרו מספק, אפילו הכי פטור מממון, וכן נראה לי..."

ד. הסמ"ע (שם סקט"ז) הקשה, שפסק זה סותר את דברי הרמ"א דלעיל, וז"ל:  
"והא דכתב מור"ם בסי' רל"ב סי"ב בהגה, ז"ל ואפילו טריפה שאנו אוסרים מספק, מבטל המקח..." דהיינו, שמוציאים ממון מחמת ספק.

ותירץ:

"יש לומר, דשאני התם, דלא מקרי הפקעת ממון כל כך מה שמחזיר המוכר להלוקח מעותיו שקיבל ממנו בעד הבהמה וחוזר ולוקח מהלוקח בהמתו, מה שאין כן כאן, דהטבח ישלם דמי הבהמה מכיסו. וק"ל."

מבואר בדבריו שכאן אין זה נחשב הוצאת ממון, כיון שגם הקונה מחזיר למוכר את בהמתו. משמע מדבריו, שאם היה הדבר נחשב להוצאת ממון, רשאי היה המוכר לטעון כלפי הקונה - הבא ראייה, כיון שאין מדובר בטריפה ודאית.

השי"ך (שם סק"ט, וביתר באור בספרו "תקפו כהן סי' קכ"ט) דחה את דברי הסמ"ע. וזה לשונו (בספר תקפו כהן, לאחר הבאת דברי הסמ"ע):

"...ותירץ זה דחוק, דסוף סוף מפקינן מיניה ממון (=אם באופן עקרוני שייכת טענת המוכר, מדוע למעשה רשאי הקונה לבטל את המקח, הרי המוכר מפסיד מכך)

אבל באמת מעיקרא אין התחלה לקושיא זו, דהתם ספק טריפה לא הייתי לוקח, ונמצא המקח בטל והדמים חוזרים. וכן מבואר להדיא בדברי הרמב"ן והרשב"א בחידושין, ובהר"ן פרק אלו טריפות... ובהריב"ש סי' תצ"ח, ומביאו ב"י ביורה דעה סי' קי"ט בקצרה דלא דמי לכאן מהך טעמא, ואישתמיטתיה להסמ"ע דברי הפוסקים אלו.

ולפי זה הוא הדין מי שמכר לחבירו בשר ואחר כך נודע לו שהבשר הוא ספק טריפה מחמת פלוגתא דרבוותאי, המקח בטל וצריך להחזיר הדמים. ולא שייך לומר כאן 'קים לי כמכשירים', דכיון שהוה טריפה מספק, אין לך מום גדול מזה, והוה מקח טעות, דאילו הוה ידע שהוא ספק טריפה לא היה קונה"<sup>49</sup>.

49. לעיל (סעיף ב) התבאר שהעיקרון הקובע לגבי ביטול מקח הוא לא מה שהיו נמנעים לכתחילה לקנות, אלא מה שהיו מחזירים למוכר לאחר שקנו. נראה שמש"כ השי"ך "ספק טריפה לא הייתי לוקח", לאו דווקא שלא היה קונה לכתחילה, אלא הכוונה שכלל וכלל לא

מבואר בדבריו, שעיקר הטענה לביטול המקח היא, כיון ששחורה כזו לא היה קונה. ומובן בזה, שכשם שהוא היה נמנע מלקנות, כך גם שאר הקונים, ולכן נחשב שעל פי מנהג המדינה דבר זה הוא פגם. (כפי שהתבאר לעיל סעיף א)

**לאור זאת, נראה לומר כדלקמן:**

#### **א. קיים במוצר חשש בריאותי או בטיחותי**

בכל מקרה בו קיים במוצר חשש בריאותי או בטיחותי שמחמתו נמנעים הלקוחות מלקנות את המוצר ההוא, והקונה לא היה מודע לכך בשעת הקניה, רשאי הקונה לבטל את המקח<sup>50</sup>.

#### **ב. המוצר נקנה למרות החשש**

במקרה בו אנשים שאינם נמנעים מלקנות את המוצר, למרות שעל פי החוק אסור להשתמש בו כיון שקיים חשש בטיחותי בשימוש (כגון נפצים ושאר אביזרים המכילים חמרי נפץ ומיועדים לשימוש בפורים), והקונה טוען שלא ידע על החשש, נראה שהקונה יוכל לבטל את המקח כאשר יטען שלגביו זה פגם, כיון שהוא נמנע מלהשתמש בכזה מוצר. הסיבה לכך, אמנם התבאר לעיל, שכדי לקבוע אם הדבר נחשב פגם, מתייחסים לכלל ציבור הקונים, כיצד הדבר נחשב בעיניהם, ואין מתייחסים לפגם באופן אובייקטיבי, אם קיים בו גורם שלילי. אולם הסיבה לכך היא שבדרך כלל אנו מניחים שדעת האדם נוטה כפי כלל הציבור (כפי שהובא לעיל סעיף ד, מדברי החזו"א). אם כן במקרה בו האנשים עוברים על החוק האוסר מחמת סיבה בטיחותית, אין להניח שמן הסתם הקונה שייך לציבור זה, שהרי דרך בני אדם לא להסתכן, ולכן נראה שטענת הקונה מקובלת במקרה זה.

#### **ג. החשש לא פורסם כראוי**

כמו כן במקרה בו אין האנשים נמנעים מלקנות כיון שלא נעשה הפרסום הראוי לחשש שקיים במוצר, אולם ברור שאם הציבור היו מודעים לחשש, היו נמנעים מלקנות, נראה שהקונה יוכל לבטל את המקח, כיון שבמקרה זה אי אפשר לומר

---

היה קונה, ואפילו בשעת הדחק. לכן זה נחשב פגם, כיון שדבר כזה הציבור היו מחזירים לאחר הקניה. לעומת זאת, מוצר אשר רק לכתחילה לא היו קונים בשל פגם קל שיש בו, אולם בדיעבד היו משלימים עם העובדה, אין זה נחשב מוצר פגום אשר ניתן בנינו לבטל את המקח.

<sup>50</sup>. בנידון זה לא קיים הבדל בין השי"ך לסמ"ע, כיון שגם לפי הסמ"ע לא קיימת למוכר טענה כלפי הקונה, כפי שהתבאר.

שע"פ מנהג המדינה אין המוצר נחשב לפגום, אלא במקרה זה נחשב שה"מנהג" לקנות מוצר זה הוא בטעות, שאנן סהדי שאילו ידעו את האמת - לא היו קונים.

הוא הדין אם התברר לאחר הקניה שקיים במוצר חשש בריאותי, כגון שגילו שאחד החמרים שמהם המוצר מורכב הוא בעייתי מבחינה בריאותית, וידוע שהציבור נמנע מלקנות מוצרים המכילים חומר זה, וברור שאם הדבר היה ידוע קודם הקניה, היו נמנעים מלקנותו, נראה שרשאי הקונה לבטל את המקח, כיון שכאן נחשב שכבר בשעת הקניה היה המוצר פגום, אלא שלא גילו זאת.

#### ד. החשש לא היה ידוע בשעת הקניה

אולם, אם בשעת הקניה לא היה מקובל שקיים לגבי המוצר חשש בריאותי או בטיחותי, ואח"כ התגלה, כגון שכבר לפני הקניה היו ידועים החמרים שמהם המוצר מורכב, אולם לא היה ידוע שיש חשש בריאותי לגבי חמרים אלו או לגבי חלק מהם, ורק לאחר שהתברר שקיים חשש, הציבור נמנע מלקנות את המוצר, נראה שלא יוכל הקונה לבטל את המקח. הסיבה לכך היא, ע"פ האמור בדברי הרמב"ם (פט"ו ממכירה, הובא לעיל בתחילת הפרק): "שכל הנושא ונותן סתם, על מנהג המדינה הוא סומך", ומסתבר שמתייחסים למנהג המדינה של שעת המשא ומתן, דהיינו שעת הקניה. לכן, כיון שבשעה זו עדיין לא היה מקובל לחוש, אם כן באותה שעה נחשב שהמוצר לא היה פגום ולכן המקח קיים. [אין זה דומה למקרה הקודם, בו מקובל לחוש לחומר זה, דהיינו ידוע שכאשר נמצא חומר זה הרי זה נחשב פגום, אלא שלא היה ידוע שקיים חומר זה במוצר, ולכן במקרה ההוא נחשב שהמוצר פגום והמקח בטל].

#### מסקנה

- א. הקונה מוצר וגילה שקיים בשימוש בו חשש בריאותי או בטיחותי שמחמתו נמנעים בני אדם מלקנותו, אפילו שילם עבור המוצר, רשאי לבטל את המקח.
- ב. אם קיים חוק האוסר את השימוש, ולמרות זאת אין נמנעים מלקנותו על אף החשש, נראה שהקונה רשאי לבטל את המקח.
- ג. אם אין נמנעים מלקנותו כיון שאינם מודעים לחשש, ומסתבר שאם היו מודעים לכך היו נמנעים מלקנותו, נראה שרשאי הקונה לבטל את המקח.
- ד. כאשר בשעת הקניה היה מקובל לקנות מוצר זה:
  - אם הסיבה לכך היא מחמת חוסר ידיעה, דהיינו שלא פורסם שקיים במוצר זה חומר בעייתי, רשאי לבטל את המקח.
  - אולם אם הסיבה שהיו קונים היא כיון שבאותה שעה לא היה ידוע שחומר זה הוא בעייתי, המקח קיים.



## נספחים

### א. מקורות להגדרת מוס במקח

#### א. כללי - השוואה גמורה למומי נשים

המושג "מקח טעות" אינו בלעדי לדיני מקח וממכר אלא שייך גם כן בקידושי נשים. נאמר במשנה במסכת כתובות (דף יב ע"ב):

"הנושא את האשה ולא מצא לה בתולים, היא אומרת משארסתני נאנסתי, ונסתחפה שדך. והלה אומר, לא כי, אלא עד שלא ארסתיך, והיה מקחי מקח טעות...."

וכן במשנה (שם דף עה ע"א):

"היו בה מומין ועודה בבית אביה - האב צריך להביא ראייה שמשנתארסה נולדו בה מומין הללו, ונסתחפה שדהו. נכנסה לרשות הבעל - הבעל צריך להביא ראייה שעד שלא נתארסה היו בה מומין אלו, והיה מקחו מקח טעות...."

וכן בריש מסכת יבמות לגבי נמצאת איילונית הוי מקח טעות.

בדברי הראשונים מבואר, שקיימת השוואה דינית גמורה בין דיני פגמים בנשים שמחמתם בטלים הקדושין, לבין מומין שנמצאו במקח שכתוצאה מהם המקח בטל. **הרשב"א** (כתובות עב ע"א) כתב לגבי אפשרות האיש לגרש את אשתו ממת נדרים שנדרה:

"...באותן שלשה נדרים בלבד ושלא אוכל בשר ושלא אשתה יין ושלא אתקשט בבגדי צבעונין, **שמתגנה בהן על בעלה והווי להו כמקח טעות כמומין...**"

וכן מפורשת השוואה זו בדברי המגיד משנה, בבאור דברי הרמב"ם דלקמן:

**הרמב"ם** (פט"ו הל' מכירה ה"ג) פסק:

"המוכר לחבירו... ונמצא במקח מוס.. אם נשתמש בו אחר שראה במום הרי זה מחל ואינו יכול להחזיר".

**המגיד משנה** (שם) באר:

"יצא לו ממה שאמרו כן במקדש את האשה ובא עליה ונמצאו בה מומין, דאמרין חזקה אין אדם שותה בכוס אלא אם כן בודקו וחיוב בכתובתה, כמו שנתבאר בפרק כ"ה מהלכות אישות (ה"ו), **וכן הם דיני מקח וממכר שוים לאשה בדינים אלו כדאיתא פ' המדיר** (עה ע"ב, עו ע"א)".

וכן מבואר בתשובות הראשונים (שו"ת הר"י מגאש סי' קכ"ט - אשה שאין לה וסת אי הוי מק"ט, שו"ת הרא"ש כלל ל"ג סי"א - איילונית אי הוי מק"ט, ועוד הרבה) ובתשובות האחרונים, ללא עוררין, שגדרי מומין בנשים ובמקח שווין. (עו"ע לקמן סעיף ב.)

כתוצאה מהשוואה זו, נלמדים מספר דינים העוסקים בביטול מקח מחמת פגם במוצר מגדרי המומים בנשים, כפי שמובאים בחיבור זה.

### ב. רמ"ה - חילוק מסויים בין מומי נשים לבין מום במקח

מובא בנימוקי יוסף (בבא מציעא דף מט ע"ב בדפי הר"י"ף):

"פרק קמא דקידושין (דף יא ע"א, בענין הדין שארוסה לכהן אינה אוכלת בתרומה מדרבנן) גבי איכא בינייהו (בין הטעמים שנאמרו בדין הנ"ל: א. סמפון. ב. שמא ימזגו) קבל מסר והלך. כלומר, שאם קבל עליו הבעל (את) המומין, ליכא למיחש לסימפון בשום צד.

כתב הרמ"ה ז"ל, מסתברא דהני מילי לענין קידושין, אבל גבי מקח וממכר, אע"ג דקביל עילויה כל מומין שבמקח, מסתמא אי אשכח ביה מומא, מקח טעות הוי, מידי דהוי אאונאה, דאע"ג דאמר ליה על מנת שאין עלי אונאה לא גמיר וקביל.

ועוד, דיכול למימר מומא כי האי גוונא לא אסיקי אדעתאי... דלא נפיק מידי מקח טעות עד דמפרש ליה מומי דאית ביה...<sup>51</sup>

וכי תימא, ומאי שנא מקידושין, שאני קידושין דלא עביד איניש דמקדש עד דבדיק, דכל היכא דקפיד טפי בדיק טפי, והאי כיון דבחזקה הוא דבדיק וקביל עליה כל

51. דברי הרמ"ה מובאים בבית יוסף (חוי"מ רלב ט) בקיצור, והדרכי משה (רלב סק"ג) כתב ששיטת הרמ"ה היא כשיטת הרמב"ם, שלא מהני מחילה על מום בסתמא, אבל הרא"ש חולק.

יש לעיין: לדעת הטור, טעמו של הרמב"ם הוא כיון שאי אפשר למחול על דבר שאין לו קצבה. לדעת המגיד משנה, טעמו הוא משום שלמד מאונאה. בדברי הרמ"ה מבואר שקיימות בזה שתי הסברות, דהיינו אונאה, וכן הסברא שלא עלה על דעתו שיהיה מום בסדר גודל כזה, שזו הסברא לזה שאין מחילה על דבר שאין לו קצבה. לפי זה לא קיימת מחלוקת עקרונית בין הטור ורמ"ה, וצ"ע במש"כ הדרכי משה. עיין עוד לקמן פרק יא סעיף ג,ג.

מומי, סבר וקביל, אבל מקח וממכר, עביד איניש דמיקרי וזבין לאלתר מקמי דבדיק".

מבואר בדבריו שבאופן עקרוני קיימת השוואה בין מומי נשים ומומי המקח, אלא שביחס למחילה על הפגם, קיים חילוק, והיינו שמחילה מראש מועילה במומי נשים, כיון ששם הרגילות היא לבדוק היטב, וודאי שהבעל ידע על מה הוא מוחל, לעומת זאת, לגבי מומי מקח, ישנם מקרים שאין בודקים את המקח קודם הקניה, ולכן אם מחל מראש, אין זה מחייב שהוא יודע על מה הוא מחל, ולכן יוכל בעתיד לטעון שעל מום כזה לא היה בדעתו למחול.

## ב. פגם נקבע על פי הרוב

הובא לעיל (סעיף ג), שלגבי קביעת השינוי שיש במוצר כ"פגם" שניתן מחמתו לבטל מקח, מתייחסים לדעתם של רוב הלקוחות, ואם בעיניהם נחשב "פגם" רשאי הקונה לבטל את המקח.

יש לעיין, מדוע בנידון זה לא שייך הכלל ההלכתי "אין הולכים בממון אחר הרוב".

נראה לומר שהדין שאין הולכים בממון אחר הרוב נאמר לגבי דבר שיש בו שוני דיני בין אדם השייך לרוב לבין אדם השייך למיעוט. הדין קובע, שעובדה זו שרוב בני אדם מתנהגים בצורה מסויימת, אין בכוחה לשייך את האדם הפרטי, שאנו מסופקים לאיזו קבוצה לשייך אותו, לרוב, לענין דיני ממונות, על מנת שיוכלו להוציא ממוחזק. דוגמא לכך, בענין רוב אנשים הקונים שור לחרישה ומיעוט הקונים לשחיטה. כאשר ידוע שאדם זה קונה לחרישה, ומכרו לו שור נגחן, הרי זה מקח טעות, ואילו לגבי אדם הקונה שור לשחיטה, אינו מקח טעות. כאשר אין ידוע לשם מה קנה אדם זה את השור שנמצא נגחן, לא יוכל הקונה לתבוע כספו מהמוכר בטענה שרוב הקונים שוורים, מייעדים אותם לחרישה, וממילא גם הוא שייך לרוב, ולכן המקח טעות, כיון שכאשר המוכר מוחזק בכסף, יוכל לטעון לו שהיה סבור שהוא מן המיעוט, ואין הולכין בממון אחר הרוב. (עיין עוד בענין זה לקמן פרק כא בענין פרשנות הזמנת המקח)

**לאור זאת,** כיון שהנידון שלפנינו הוא קביעת "תקן" כדי לדעת מהו "פגם", אשר כאשר ימצא במוצר, יוכל **כל** קונה, לבטל מחמתו את המקח, ללא חילוק אם הוא שייך לקבוצה המקפדת על פגם זה או לא, הרי בזה לא נאמר שאין הולכין בממון אחר הרוב, כיון שכאן אין הרוב בא לברר לאיזו קבוצה משתייך האדם, אלא רק לקבוע תקן קבוע בענין פגמים. לכן כאשר התברר שרוב האנשים מקפידים על פגם זה, נקבע שזהו "פגם" לענין ביטול מקח.

מקור לחילוק זה מבואר לענ"ד בדברי היד רמה (בבא בתרא ריש פ"ק סוף אות ב'), אשר דן בדברי המשנה שבתחילת המסכת. המשנה עוסקת בבניית מחיצה בין שכנים, ונקבע במשנה שלגבי סוג המחיצה קיים הכלל "הכל כמנהג המדינה".

היד רמה דן במקרה בו קיימת מדינה בה מצויים אנשים הבונים מחיצה מגויל, וכמו כן ישנם אנשים הבונים מחיצה מלבנים. השאלה היא, על פי מה נקבע באותה מדינה באיזה חומר יבנו את המחיצה. וז"ל:

[א2]הערה:

"ומסתברא דאתרא דאיכא דבנו גויל (אבנים שאינם חלקות) ואיכא דבנו לבנים (אבנים שרחבם 3 טפחים), בתר רובא אזלינן, דכי אמרינן דבממונא לא אזלינן בתר רובא, הני מילי לשעבר, דאיכא למימר דילמא האי גברא ממיעוטא הוי, אבל לעתיד כי האי גוונא, דלמיזל בתר מנהגא דהיתרא הוא דבעינן, בתר רובא אזלינן, דאילו מנהגא דמיעוטא לאו מנהג המדינה הוא..."

מבואר בדבריו שכאשר דנים על אדם מסויים אם יש לשייכו לרוב, נאמר - אין הולכין אחר הרוב, כיון שבזה הדבר הקובע הוא כיצד התנהג אותו אדם בעבר, ויתכן שהוא התנהג כפי המיעוט. אולם כאשר רוצים לקבוע מנהג שעל פיו יתנהגו כולם בעתיד, יש לברר מהו הנוהג המקובל אצל רוב האנשים ועל פיהם נקבע, ואין זה קשור לכלל אין הולכין הממון אחר הרוב, כיון שבענין זה מנהג המיעוט אינו בעל חשיבות שיקבע המנהג כמותם.

כמו כן נראה בנידונינו, שכאשר אנו באים לקבוע מה נחשב פגם, דעת המיעוט אינה נחשבת. לכן, גם כאשר המוכר מוחזק בממון, וקיים מיעוט הסובר שהשוני שקיים במוצר אינו נחשב פגם שמחמתו ניתן לבטל את המקח, רשאי הקונה לבטל את המקח בהסתמכו על הרוב הסובר שהשינוי נחשב פגם לבטל מקח, ויכול הקונה להוציא את הממון מיד המוכר.<sup>52</sup>

52. עוד י"ל עפמשי"כ הסמ"ע (סי' שו סקט"ז, הובא לעיל סעיף יד, ד) שבמקח טעות אין נחשב המוכר מוחזק, כיון שגם הקונה מוחזק בדבר שנקנה. לפ"ז לא שייך כאן אין הולכים בממון אחר הרוב, כיון שאינו בא להוציא ממוחזק. אולם עיי"ש בש"ך שחלק על הסמ"ע בזה, ולפי דבריו משמע שגם במקח טעות העיקר הוא הכסף, שהקונה מעוניין לקבל בחזרה ואילו המוכר מעוניין להחזיקו אצלו. לפ"ז לא ניתן לתרץ כפי האמור.