

# חוקי התורה: מקח טעות עקב אי התאמה

הרב אבישי קולין, מכון משפטי ארץ

## פרק א': הוראות כלליות

### 1. הגדרות

במסמך זה:

'הסכם' – מכר,<sup>1</sup> מתנה,<sup>2</sup> או התחייבות,<sup>3</sup> בעל פה או בכתב.  
'מוצר' – כגון: מיטלטלין, מקרקעין, חוב או עבודה מסוימים<sup>4</sup> שההסכם נסוב עליהם.  
'מימוש ההסכם' – העברת הבעלות על המוצר או אספקת השירות שסוכם.

### 2. הגדרת מקח טעות

א. מקח טעות הוא אי התאמה באחד או יותר מהפרטים הבאים, אשר אילו היה ידוע למפסיד מאי ההתאמה (להלן: המפסיד) מתחילה, היה מונע את הסכמתו להיות צד להסכם,<sup>5</sup> כאשר לא נקבעו לגביו סעדים מפורשים בהסכם):

1. אי התאמה במהות המוצר;<sup>6</sup>
2. אי התאמה בכמות הניתנת להשלמה;<sup>7</sup>
3. אי התאמה באחד מפרטי ההסכם, ובכלל זה: אי התאמה בכמות שאינה ניתנת להשלמה,<sup>8</sup> אי התאמה באיכות מוצר<sup>9</sup> ומרכיביו,<sup>10</sup> ליקוי במוצר,<sup>11</sup> אי התאמה בנוגע לעלויות הנלוות להסכם,<sup>12</sup> או סכנות הנשקפות לצדדים מההסכם;<sup>13</sup>

---

<sup>1</sup> שולחן ערוך חו"מ רלב, ג.

<sup>2</sup> כסף משנה זכיה ומתנה ד, א (בסופו).

<sup>3</sup> שולחן ערוך אה"ע סז, ה; שם, קטז-קיז.

<sup>4</sup> בשונה מהתחייבות לספק מוצר מסוים, שם המתחייב חייב להמציא מוצר תקין במקום המוצר הפגום שסיפק.

<sup>5</sup> רש"י פסחים ד ע"ב, ד"ה לא מיבעיא; בבא מציעא פ ע"א, ד"ה הרי זה; שם צב ע"ב, ד"ה כמקח טעות. וכך משמע מגוף המונח "מקח טעות".

<sup>6</sup> שולחן ערוך חו"מ רלג, א.

<sup>7</sup> שולחן ערוך חו"מ רלב, א.

<sup>8</sup> שולחן ערוך חו"מ רית, ז; סמ"ע שם, כז; שולחן ערוך חו"מ רלב, א, וסמ"ע שם, ב.

<sup>9</sup> שולחן ערוך ורמ"א חו"מ רלג, א. איכות המוצר נקבעת גם לפי קריטריון הלכתי של איסור והיתר: שולחן ערוך חו"מ, רלד.

<sup>10</sup> שולחן ערוך ורמ"א חו"מ רלב, ה; שם, ז; שולחן ערוך שם, סו, לד; קצות החושן שם, לח; שולחן ערוך חו"מ קכו, י.

<sup>11</sup> שולחן ערוך חו"מ רלב, י.

<sup>12</sup> נתיבות המשפט רלג, ד; מקור חיים תלז, ז.

<sup>13</sup> ש"ך חו"מ שיב, ב; נתיבות המשפט שם; שולחן ערוך אה"ע ט, א; חלקת מחוקק שם, א.

4. אי התאמה בין התמורה שדרש צד אחד לבין התמורה שהסכים לשלם צד אחר להסכם.<sup>14</sup>

ב. אי ההתאמה במקח טעות היא ביחס להתניה מפורשת בהסכם,<sup>15</sup> או ביחס לתיאור המוצר בהסכם ולדרך בה הוצג,<sup>16</sup> או ביחס להסכמה מכללא.<sup>17</sup>

ג. אי התאמה נחשבת למקח טעות כאשר המפסיד מקפיד עליו,<sup>18</sup> בהתאם לאופי המוצר,<sup>19</sup> בהתאם לצרכיו הסובייקטיביים של המפסיד,<sup>20</sup> או מפני שמקובל להקפיד על כך.<sup>21</sup>

### 3. אי התאמה ללא הטעיה מכוונת

הסעדים שהמפסיד זכאי להם בגין מקח טעות אינם מותנים בקיומה של הטעיה מכוונת או רשלנות, והם תקפים אף כאשר המרוויח מאי ההתאמה (להלן: המרוויח) אינו מודע לה בעת כריתת ההסכם או מימושו.<sup>22</sup>

## פרק ב': איסור הטעיה

### 4. איסור בהטעיה

אסור להטעות אדם בכוונה לגבי פרט בהסכם, באופן הנחשב למקח טעות.<sup>23</sup>

---

<sup>14</sup> שולחן ערוך ורמ"א חו"מ רכא, א; שלב, א; ג-ז.

<sup>15</sup> רש"י יבמות טו ע"א, ד"ה יש תנאי; רמ"א או"ח תלז, ג, על פי מגן אברהם שם, ז; מקור חיים שם, ז; פרי חדש שם, ג.

<sup>16</sup> שולחן ערוך חו"מ תלג, א.

<sup>17</sup> שולחן ערוך חו"מ רלב, ז; אה"ע קיז, ג-ד. מתוך השוואת המשנה כתובות עב ע"ב, בין קדושין בתנאי לקדושין בסתם ביחס למקח טעות, עולה כי אי התאמה שאינה מפורשת בהסכם, נחשבת לתנאי מכללא. ראו לשון החוות יאיר, רכא: "אנן סהדי דאדעתא דהכי קידש".

<sup>18</sup> ביאור הגר"א חו"מ רלב, יא. נתיבות המשפט רלג, ג.

<sup>19</sup> שולחן ערוך חו"מ רלב, י.

<sup>20</sup> רמ"א שם רלג, א. ראו גם תוספות כתובות עב ע"ב, ד"ה ומידי.

<sup>21</sup> שולחן ערוך חו"מ רלב, ו. בעניין זה ראו גם: הרב אברהם אטלס, הרב מימון נהרי והרב ישראל שחור, "מקח טעות ואונאה במכירת רכב", תחומין כב, עמ' 251-279.

<sup>22</sup> שולחן ערוך ורמ"א חו"מ רלב, יח.

<sup>23</sup> שולחן ערוך חו"מ רכח, ו. ראו פתחי חושן גניבה ואונאה, יב, הערה ב, לגבי איסור הטעיה באופן שאינו נחשב למקח טעות. קבלת אחריות המרוויח על איכות המוצר באופן עקרוני אינה מבטלת את האיסור, כמבואר בשולחן ערוך חו"מ רכו, ו. אמנם שם מדובר במכירת קרקע שיש עליה עוררים, והנימוק לאיסור הוא: "שאף על פי שהאחריות עליו, אין אדם רוצה שיתן מעותיו וירד לדין ויהיה נתבע מאחרים". לפי זה, ייתכן שבקבלת אחריות על מוס בעלמא, כך שהמפסיד אינו נאלץ לתבוע צד שלישי, אין איסור. מאידך, ייתכן שגם במוס בעלמא המפסיד יקפיד, שמא המרוויח לא יפצה אותו בהסכמה, ויצטרך לתבוע אותו, וגם בכך מצינו תרעומת, כמבואר בגמרא שבת קמח ע"ב.

## פרק ג': מועדים

### 5. המועד שנוצרה בו אי ההתאמה

זכות המפסיד לסעד, מותנית בכך שאי ההתאמה הייתה קיימת בעת מימוש ההסכם, ולא נוצרה מאוחר יותר.<sup>24</sup> ככל שמדובר בהסכם מתמשך (כגון שכירות), זכות המפסיד לסעד קיימת גם אם אי ההתאמה נוצרה במהלך תקופת ההסכם.<sup>25</sup>

### 6. ספק מתי נוצרה אי ההתאמה

כאשר יש ספק מתי נוצרה אי ההתאמה במוצר, זכות המפסיד לסעד מותנית בתנאים הבאים:

- א. כאשר המוצר כבר הועבר לבעלות המפסיד ולחזקתו, לא ניתן לבטל את ההסכם, ועליו לשלם בהתאם להסכם אם עדיין לא עשה כן.<sup>26</sup>
- ב. כאשר המוצר הועבר לבעלות המפסיד אך לא הועבר לחזקתו, ניתן לבטל את ההסכם, בתנאי שהמפסיד עדיין לא שילם עבור המוצר.<sup>27</sup>
- ג. ככל שמדובר באי התאמה הנחשבת למקח טעות שדרכה להתהוות בהדרגה, אזי גם אם התגלתה לאחר העברת המוצר לבעלות המפסיד ולחזקתו, הוא רשאי לבטל את ההסכם, בתנאי שהוא עדיין לא שילם עבור המוצר.<sup>28</sup>
- ד. אם יוכח כי אי ההתאמה נוצרה קודם העברת הבעלות, המפסיד רשאי לבטל את ההסכם בכל מקרה, גם לאחר התשלום.<sup>29</sup>

### 7. הארכה לסעד בגין מקח טעות

קבלת סעד מחמת מקח טעות אינה קצובה בזמן,<sup>30</sup> בכפוף לאמור בסעיף 23.

---

<sup>24</sup> שולחן ערוך חו"מ רכו, ה; תוספות כתובות מז: ד"ה שלא; שו"ת חתם סופר חו"מ, ע; נתיבות המשפט רל, א.

<sup>25</sup> שולחן ערוך חו"מ שי, א-ב; סמ"ע שכא, ו; נתיבות המשפט שכא, א.

<sup>26</sup> שולחן ערוך חו"מ רלב, יא.

<sup>27</sup> במקרה זה נחלקו הפוסקים: לדעת השולחן ערוך חו"מ רכד, א, ניתן לבטל את ההסכם, ולדעת הרמ"א שם, לא ניתן לבטל את ההסכם. מחמת הספק קבענו, כי יש להעמיד את הממון ביד המוחזק בו, בהתאם לכלל "המוציא מחבירו עליו הראיה", בדומה לפסיקת השולחן ערוך חו"מ רלב, טז; כג.

<sup>28</sup> שולחן ערוך חו"מ רלב, טז; סמ"ע שם, לה; נתיבות המשפט שם, חידושים טו; ערוך השולחן שם, כד. סמ"ע רל, יד; נתיבות המשפט שם, חידושים יב.

<sup>29</sup> שולחן ערוך חו"מ רלב, יא; טז. כפי העולה ממקורות אלו, ניתן לברר את הספק גם על ידי הוכחה מדעית, או חוות דעת מומחה.

<sup>30</sup> שולחן ערוך חו"מ רלב, ג.

## פרק ד': סעדים

### סימן א': ביטול ההסכם

#### 8. ביטול ההסכם

כאשר ניתן לבטל את ההסכם בגין מקח טעות, יוחזר המוצר לבעליו ותוחזר התמורה לבעליה.<sup>31</sup>

#### 9. אי התאמה במהות ההסכם או המוצר

כאשר אי ההתאמה היא במהות ההסכם או המוצר, אזי כל אחד מהצדדים רשאי לבטל את ההסכם,<sup>32</sup> ואף אחד מהצדדים אינו זכאי לתבוע פיצוי עם קיום ההסכם.<sup>33</sup>

#### 10. אי התאמה בפרטי ההסכם

כאשר התברר שאי ההתאמה היא בפרטי ההסכם, כאמור בסעיף 2.א.3, המפסיד בלבד רשאי לבטל את ההסכם,<sup>34</sup> אך אין הוא זכאי לתבוע פיצוי עם קיום ההסכם.<sup>35</sup> המרוויח רשאי להציע תיקון במקרים מסוימים, כדלקמן סעיף 16.

#### 11. מוצר שהתכלה בשימוש

גם כאשר המוצר התכלה ברשות המפסיד – תוך כדי שימוש סביר ומקובל,<sup>36</sup> לפני שידע המפסיד על אי ההתאמה<sup>37</sup> – או כאשר מדובר במוצר שמטבעו שלא ניתן להשיבו,<sup>38</sup> יקבל המפסיד את כספו בחזרה אף שלא ניתן להשיב את המוצר לבעליו.<sup>39</sup>

---

<sup>31</sup> שולחן ערוך חו"מ רלב, ד.

<sup>32</sup> הטעם לכך הוא, שלכל צד ייתכן ונגרם הפסד כתוצאה מאי ההתאמה, בהתאם למטרת המכירה או הקניה, כמבואר ברשב"ם בבא בתרא פג ע"ב, ד"ה ונמצאת לבנה.

<sup>33</sup> שולחן ערוך חו"מ רלג, א; רלב, ד. יש לציין, כי מקורות אלו מתייחסים לאי התאמה במהות המוצר.

<sup>34</sup> הטעם לכך הוא, שסעד זה בגין מקח טעות ניתן כאשר ישנו הפסד ממוני (בבא בתרא פד ע"א; רשב"ם שם, ד"ה אי לאו). אמנם הסמ"ע רלג, ג, מציין, כי במקרה של אי התאמה הגורמת לכך שישנו פער של יותר משישית בין התמורה שסוכמה לשווי המוצר, נחלקו השולחן ערוך והרמ"א רכז, ד, האם גם המרוויח רשאי לבטל את המקח במסגרת דיני אונאה.

<sup>35</sup> שולחן ערוך חו"מ רלב, ד.

<sup>36</sup> שולחן ערוך חו"מ רלב, יג.

<sup>37</sup> שולחן ערוך חו"מ רלב, כב וסמ"ע שם, נו. הדין במקורו מתייחס למוצר שניזוק באופן טבעי, כאשר המפסיד יכול היה למנוע את הנזק בהודעה למרוויח. משם יש ללמוד למוצר שניזוק מחמת שימוש המפסיד כשהוא ידע על המום, ויכול היה למנוע את הנזק. כך יש לדייק גם מלשון השולחן ערוך חו"מ רלב, יג: "עשה בו הלוקח מום אחר קודם שידוע לו המום הראשון, אם עשה דבר שדרכו לעשותו, פטור".

<sup>38</sup> כגון עבודה, כאמור בסעיף א.1.

<sup>39</sup> שולחן ערוך חו"מ רלב, יט-כ; רלד, א-ב.

## 12. תשלום על שימוש

בקבלת סעד של ביטול ההסכם מחמת מקח טעות, על המשתמש במוצר לשלם לבעליו על הנאת השימוש במוצר כדין 'מהנהנה ברשות',<sup>40</sup> בכפוף לסעיף 23.ב להלן.<sup>41</sup>

## 13. מוצר שניזוק בשימוש

- א. במקרה של מקח טעות, כאשר המוצר ניזוק ברשות המפסיד, תוך כדי שימוש סביר ומקובל, לפני שידע המפסיד על אי ההתאמה, המפסיד יקבל את מלוא התמורה ששילם, והמרוויח יישא בנזק שנגרם למוצר.<sup>42</sup>
- ב. כאשר המפסיד השתמש במוצר באופן שאינו סביר ומקובל,<sup>43</sup> או לאחר שנודע לו על אי ההתאמה במוצר<sup>44</sup> אף שיכול היה להימנע משימוש זה, יישא המפסיד בנזק.

## סימן ב': פיצוי

### 14. אי התאמה בשווי המוצר

כאשר אי ההתאמה באיכות המוצר כשלעצמה אינה בגדר מקח טעות, אזי המפסיד אינו זכאי לסעד של ביטול ההסכם, אלא לקבלת פיצוי בשיעור ההפרש בין שווי המוצר שסוכם למוצר שסופק.<sup>45</sup>

---

חריג לדיון זה, הוא מוצר האסור באכילה מדברי חכמים, שיש באכילתו הנאה המחייבת בתשלום, כדלקמן: במידה והמפסיד שילם עבור המוצר, הוא לא זכאי לכל פיצוי מהמרוויח, כמבואר בדברי **השולחן ערוך** חו"מ רלד, ג, על פי דעת הש"ך יו"ד קיט, כז, ו**דרכי תשובה** שם, עז; **נתיבות המשפט** רלד, ג; **שער המשפט** שם, א. זאת בניגוד לדעת **הפרי חדש** יו"ד קיט, כד, משום שהוא בדעת מיעוט, וכן מחמת הספק יש להעמיד את הממון ביד המוכר המוחזק. אך אם המפסיד טרם שילם, המרוויח חייב בתשלום מופחת כשווי מוצר האסור באכילה, על פי **פתחי תשובה** חו"מ רלד, א.

<sup>40</sup> ראו: הרב עדו רכניץ והרב יוסף גולדברג, "חוקי התורה: דין הגורם הנאה ממונית לחברו ללא הסכם".

<sup>41</sup> חיוב התשלום נובע מחמת ההנאה שקיבל הקונה, שאינה תלויה בקיום ההסכם בין הצדדים, על פי המקורות המובאים בהערה 39. מקור נוסף לכך נמצא בדיון מקח טעות ביחס לשכירות, כך שהשוכר חייב לשלם עבור הנאת השימוש במושכר, אף שהתגלה בו מום בתוך תקופת השכירות, כמבואר ב**שולחן ערוך** ורמ"א חו"מ שי, ב וב**סמ"ע** שם ח; י. אמנם חיוב התשלום בשכירות נובע גם מתוך גוף ההסכם המתמשך שבין הצדדים, בשונה מחיוב התשלום במכירה שהיא על הנאה מחוץ להסכם.

<sup>42</sup> **שולחן ערוך** חו"מ רלב, יג; יח; רלד, א-ב.

<sup>43</sup> **שולחן ערוך** חו"מ רלב, יג.

<sup>44</sup> **שולחן ערוך** חו"מ רלב, כב וב**סמ"ע** שם, נו. הדיון במקורו מתייחס למוצר שניזוק באופן טבעי, כאשר המפסיד יכול היה למנוע את הנזק בהודעה למרוויח. משם יש ללמוד למוצר שניזוק מחמת שימוש המפסיד כשידע על המום, כאשר הוא היה יכול למנוע את הנזק. כך יש לדייק גם מלשון **השולחן ערוך** חו"מ רלב, יג: "עשה בו הלוקח מום אחר **קודם שידוע לו המום הראשון**, אם עשה דבר שדרכו לעשותו, פטור".

<sup>45</sup> **שולחן ערוך** ורמ"א חו"מ רלג, א, **סמ"ע** שם ד, **נתיבות המשפט** שם, ג. טעם דין זה, משום שמדובר במקרה שבו המפסיד אינו מקפיד על אי התאמה באיכות (**נתיבות המשפט** שם, ג), וכן מקפיד על הפער בשווי (**פתחי תשובה** שם, א). סעד הפיצוי ניתן בנסיבות אלה גם כאשר הפער הוא פחות משישית, בניגוד לדין אונאה (**פתחי תשובה** שם).

## סימן ג': השלמה ותיקון

### 15. השלמת אי התאמה בכמות המוצר

כאשר ישנה אי התאמה בכמות המוצר והיא ניתנת להשלמה, אזי המפסיד אינו זכאי לסעד של ביטול ההסכם, אלא להשלמת הכמות.<sup>46</sup>

### 16. תיקון אי התאמה באיכות המוצר

כאשר ישנה אי התאמה באיכות המוצר ובמרכיביו, בנסיבות של מקח טעות ללא תיאור מפורש של המוצר בהסכם, רשאי המרוויח לתקן את המוצר על חשבונו כדי למנוע את ביטול ההסכם,<sup>47</sup> באחד משני תנאים:

א. התיקון משיב את המוצר לקדמותו כפי שהוא, ואינו מחדש דבר שלא היה בו מתחילה.<sup>48</sup>

ב. אי ההתאמה אירעה בחלק טפל הנלווה למוצר העיקרי.<sup>49</sup>

## פרק ד': כללי הכרעה במחלוקות בין הצדדים

### 17. האם יש אי התאמה

כאשר יש מחלוקות בין הצדדים אם הייתה אי התאמה במוצר הגורמת למקח טעות, אזי ההסכם תקף.<sup>50</sup>

---

**הש"ך** שם, א, ו**נתיבות המשפט** שם, ג, חלקו על הרמ"א, ביחס למקרים מסוימים שלדעתם נחשבים לאי התאמה בסוג ואיכות המוצר, שבגינם יש למפסיד סעד של ביטול ההסכם. אך גם הם אינם חלוקים על העיקרון של סעד לפיצוי, במקרה של אי התאמה רק בערך המוצר, כמבואר בשולחן ערוך.

**ערוך השולחן** חו"מ רלב, ג-ד ביאר את המחלוקת כך: לדעת הרמ"א, הדין האמור בסעיף 14 עוסק במקרה שהמוצר שסופק אינו נחשב לשונה מסוג המוצר שסוכם (אף שיש ביניהם הבדלים פיזיים קטנים), ובכל זאת, אנשים מקפידים על הפער בשוויו. לעומת זאת, לדעת הש"ך ונתיבות המשפט, כל זמן שהמוצר שסופק אינו נקרא בשם זהה למוצר שסוכם, אזי זהו מקח טעות גמור וניתן לבטל את ההסכם.

<sup>46</sup> **שולחן ערוך** חו"מ רלב, א.

<sup>47</sup> בנסיבות של מקח טעות בגין תיאור מפורש של המוצר בהסכם, נחלקו האחרונים האם המרוויח יכול למנוע את ביטול ההסכם על ידי תיקון המוצר: לדעת **המגן אברהם** או"ח תלז, ז; ו**גר"א** שם, ג, ד"ה הואיל, המרוויח אינו יכול לכפות את המפסיד להסתפק בתיקון המוצר; וכן משמע מתוך דברי **המשנה ברורה** שם, יד. **המקור חיים** שם, ז, פירש את דברי המגן אברהם, שלא מדובר דוקא בתנאי מפורש, אלא גם באמירה מפורשת של תיאור המוצר. אולם המקור חיים עצמו חולק על המגן אברהם, וכן **שער המשפט** רלב, ג, ואור **שמח מכירה**, יז, ט, ולדעתם גם בנסיבות אלו רשאי המרוויח לכפות את המפסיד על תיקון המוצר וקיום ההסכם. אולם במקרה של תנאי מפורש, גם לדעת המקור חיים והאור שמח, רשאי המפסיד לדרוש את ביטול ההסכם, ואילו לדעת **שער המשפט** גם בזה רשאי המרוויח לכפות את המפסיד על תיקון המוצר וקיום ההסכם.

<sup>48</sup> **שולחן ערוך** ורמ"א חו"מ רלב, ה; **סמ"ע** שם, יג; **נתיבות המשפט** שם, ז.

<sup>49</sup> **רמ"א** חו"מ רלב, ה.

<sup>50</sup> **שולחן ערוך** ורמ"א חו"מ רכו, ה; וכן עולה מלשון **הרמב"ם** אישות יא, יד, שרק בנסיבות ייחודיות של טענת אישות, רשאי המפסיד לבטל את ההסכם, כאשר הטענה למקח טעות שנויה במחלוקות בין הצדדים.

## 18. מתי נוצרה אי ההתאמה

כאשר יש מחלוקת בין הצדדים, אם אי ההתאמה במוצר הייתה בעת מימוש ההסכם או שהיא נגרמה מאוחר יותר עקב גורם חיצוני ידוע,<sup>51</sup> המפסיד רשאי לבטל את ההסכם בתנאי שהוא עדיין לא שילם עבור המוצר.<sup>52</sup>

## 19. האם אי ההתאמה מוגדרת מקה טעות

- א. כאשר יש מחלוקת בין הצדדים, אם אי ההתאמה שנמצאה נחשבת למקח טעות כאמור בסעיף 2.ג המפסיד רשאי לבטל את ההסכם בתנאי שהוא עדיין לא שילם עבור המוצר.<sup>53</sup>
- ב. כאשר יש ספק אם אי ההתאמה נחשבת למקח טעות, בגלל צרכיו הסובייקטיביים של המפסיד, כאמור בסעיף 2.ג ניתן להכריע את הספק מתוך גילוי דעת הצדדים קודם כריתת ההסכם, מהרגלי המפסיד, או מסכום התשלום; אך לא ניתן לברר את הספק מהצורך המצוי אצל הרוב.<sup>54</sup>

## פרק ה': מחילה

### 20. מחילה מראש

מפסיד שמחל מראש על זכותו לסעד בגין מקח טעות, לא איבד את זכותו לסעד, אלא אם כן בעת המחילה נאמר בפירוש תוכן אי ההתאמה או שוויה של אי ההתאמה שהוא מוחל עליה.<sup>55</sup>

### 21. מחילה בדיעבד

מפסיד שמחל על זכותו לסעד בגין מקח טעות, לאחר שנודעה לו אי ההתאמה במוצר, אינו זכאי לסעד.<sup>56</sup>

---

<sup>51</sup> רא"ש בבא בתרא ו, א. וכן מדויק בלשון **שולחן ערוך** חו"מ רלב, כ.

<sup>52</sup> **שולחן ערוך** חו"מ רלב, כ. ההבחנה אם המפסיד טרם שילם, אינה מפורשת בדברי השולחן ערוך, אולם כך משמע מלשונו: "אינו חייב באחריותו", כלומר שהמוכר פטור מלהשיב את התשלום מחמת הספק, ולפיכך נראה שהלוקח רשאי לבטל את ההסכם קודם התשלום. והטעם לכך, הוא על פי הכלל "המוציא מחבירו עליו הראיה", בדומה לפסיקת **שולחן ערוך** חו"מ רלב, טז; כג.

<sup>53</sup> **שולחן ערוך** ורמ"א חו"מ רלב, כא; **שולחן ערוך** שם, כג.

<sup>54</sup> **שולחן ערוך** חו"מ רלב, כא; שם, כג, על פי הכלל "אין הולכין בממון אחר הרוב". לעומת זאת, בספק האם אי ההתאמה נחשב למקח טעות בגלל מנהג מקובל, כאמור בסעיף 2.ג, ניתן להכריע על פי הרוב. כך עולה מדברי **תרומת הדשן**, שכב, שנפסקו להלכה על ידי הרמ"א חו"מ רלג, א. ניתן לנמק זאת בכך, שרוב של מנהג יוצר חזקה נורמטיבית שבכוחה להכריע גם בדיני ממונות, כפי המבואר **בשערי יושר** ג, ג. הסבר זה עולה בקנה אחד, עם ההבחנה שכתבו הראשונים, בין רוב הנובע מתכונה טבעית המכריע בדיני ממונות, לבין רוב הנובע מבחירה רצונית (**רמב"ן** מלחמות ה' קדושין כב ע"א; **ריטב"א** קדושין נ ע"ב, ד"ה אמר רב פפא). לדעת **השב שמעתתא** ד, ו, זו אף כוונת **תוספות** סנהדרין ג ע"ב, ד"ה דיני, המבחינים בין שני סוגי רוב לענין הכרעה בדיני ממונות.

<sup>55</sup> **שולחן ערוך** חו"מ רלב, ז.

<sup>56</sup> **שולחן ערוך** חו"מ רלב, ג.

## 22. ספק מחילה

כאשר יש מחלוקת בין הצדדים, אם המפסיד מחל על זכותו לסעד בגין מקח טעות, רשאי המפסיד לבטל את ההסכם, אלא אם כן יתברר שהוא מחל.<sup>57</sup>

## 23. מחילה מכללא

יש נסיבות שבהן יש להניח כי המפסיד מאי ההתאמה מחל על זכותו לסעד בגין מקח טעות, מתוך אומדן דעתו, אף בלא אמירה מפורשת מצידו, כגון:

א. כאשר המפסיד ידע על אי ההתאמה בעת כריתת ההסכם או מימושו,<sup>58</sup> או כאשר מסתבר שידע על אי ההתאמה.<sup>59</sup>

ב. כאשר המפסיד המשיך להשתמש במוצר לאחר שאי ההתאמה נודעה לו,<sup>60</sup> אף שהיה יכול להימנע מכך.<sup>61</sup>

ג. כאשר המפסיד נמנע מביצוע של בדיקה פשוטה, לגילוי מיידי של אי ההתאמה במוצר,<sup>62</sup> וכבר שילם על המוצר.<sup>63</sup>

---

<sup>57</sup> שולחן ערוך אה"ע קיז, ז

<sup>58</sup> שולחן ערוך אה"ע לט, ד; סז, ו; שולחן ערוך חו"מ רלב, י.

<sup>59</sup> שולחן ערוך אה"ע קיז, ה; י.

<sup>60</sup> שולחן ערוך חו"מ רלב, ג.

<sup>61</sup> פתחי תשובה חו"מ רלב, א, בסופו.

<sup>62</sup> מגיד משנה מכירה, טו, ג; סמ"ע רלב, י; תרומת הכרי שם, א; פתחי חושן גניבה ואונאה, יג, הערה יב.

<sup>63</sup> רבי עקיבא איגר על דברי הסמ"ע רלב, י, הזכיר דעות החולקים על דין זה. המשנה למלך מכירה טו, ג, מסייג דין זה רק במקרה שהמפסיד כבר שילם, וכן נוטים דברי הפתחי תשובה חו"מ רלב, א, וערוך השולחן שם, ה. ולכן נראה להכריע כדעת המשנה למלך הממצעת, ומדין "המוציא מחבירו עליו הראיה" במקום ספק. ראו עוד פתחי חושן, גניבה ואונאה, יג, ט, ובהערות שם.