

סימן ג

מום במקח לאחר תום זמן האחריות

ראשי פרקים

- א. אם יש כאן מום
- ב. טענת מום במקח אם מוגבלת בזמן
- ג. אין מכר במום
- ד. שיטת הראב"ד
- ה. השתמש אחר ידיעת המום
- ו. מתנה שלא יהיה עליו טענת מום
- ז. אחריות המוגבלת בזמן
- ח. בבאור שיטת הרמב"ם בסוגיא דספסירא
- ט. החילוק בין שיטת רב האי גאון לשיטת הרמב"ם
- י. דמי בשר בזול
- יא. מזיק דבר הגורם לממון
- יב. התחייבות המוכר לקבלת המקח בחזרה, ותשלום הבדיקה במכון התקנים
- יג. הדין בנדו"ד

ראובן התובע רכש שטיח משמעון הנתבע. הנתבע - בעל חנות לשטיחים, רוכש את השטיחים מהתוצרת הנ"ל אצל היבואן. לטענת התובע - לאחר כשנה ומחצה התגלו כתמים במספר מקומות. כעבור מספר חדשים, לאחר שנשפכה כמות גדולה של מים על השטיח ולאחר התיבשות המים, התברר שנוצר כתם אדום גדול במקום הרטיבות. התובע הגיע לנתבע לאחר מספר חדשים (כשנתיים ותשעה חדשים מהקניה). לדבריו הענין נבע מהזנחה בטיפול. לכשפנה התובע לנתבע ענה לו הנתבע שבמידה והשטיח פגום יחזיר לו את כספו, והציע להשאיר את השטיח לבדיקה במקום. הנתבע ערך בדיקות בשטיח ע"י שפיכת מים, אולם הגיע למסקנה שהכתם נגרם משפיכת אקונומיקה על

השטיח. הנתבע הציע לתובע לקחת את השטיח לבדיקה במכון התקנים. תוצאות הבדיקה הראו שהחוט הבורדו בשטיח הוא בדרגת עמידות נמוכה למים (דרגה 1 מתוך 5, כאשר התקן מדבר על מינימום דרגה 3). ללאור ממצאי הבדיקה תובע התובע להחזיר את המקח מדין מום במקח ולקבל את כספו בחזרה צמוד לדולאר (מחיר השטיח 4,000 ש"ח, נכון לתאריך הקניה), וכן את עלות הבדיקה במכון התקנים כולל הוצאות ההובלה בסך 558 ש"ח.

הנתבע משיב שע"פ הבדיקות שעשה במפעל שלו השטיח כולו עמיד למים, והוא עומד על-כך שכנראה נשפכה אקונומיקה על השטיח. באשר לתוצאות מכון התקנים, הנתבע מציג אישור שהשטיח קיבל ועמד בתקן של מכון התקנים. עוד טוען הנתבע, שבתעודת הקניה נכתב מפורשות שהאחריות לשטיח היא לשנתיים בלבד, והואיל והנתבע פנה אליו מספר חדשים אחרי השנתיים, פגה האחריות והוא אינו אחראי יותר לשטיח. מה עוד שאם התובע היה פונה תוך השנתיים לנתבע, היה הנתבע פונה ליבואן ומקבל כספו בחזרה, כאשר השתהה והזניח את הודעתו, הוא במעשיו גרם לכך שהאחריות תפוג. לאור זאת טוען הנתבע שבכל אופן אין לחייבו בתשלום מלוא מחיר השטיח אלא רק בפיצוי כספי, מאחר והנתבע השתמש בשטיח שנתיים, וכן מאחר ואין לו כיום למי להחזיר את השטיח. עוד מבקש הנתבע להביא את השטיח לביה"ד ולהוכיח ע"י שפיכת מים שצבע השטיח עמיד למים, וע"כ הכתם נגרם כתוצאה משפיכת אקונומיקה או חומר כימי אחר.

א. אם יש כאן מום

בנידון שלפנינו חולקים התובע והנתבע במציאות. התובע טוען שחלק מהשטיח (החלק הבורדו) אינו עמיד למים, והוא מסתמך על בדיקת מכון התקנים שקבעה שעמידות החלק הבורדו למים היא בדרגה נמוכה ביותר. מנגד טוען הנתבע שהשטיח עמיד למים, והוא מסתמך על העובדה שהיבואן קיבל על השטיח תקן ממכון התקנים, וכן על העובדה שבניסוי במפעלו השטיח היה עמיד במים. כמו-כן הוא מוכן שהשטיח יוצג לפני ביה"ד, ישפוך עליו מים ויוכיח את עמידותו.

בענין זה נראה לקבל את טענת התובע, וזאת מהטעם הפשוט שהשטיח הנידון הובא לפני מכון התקנים לבדיקה, ותוצאות הבדיקה שיציבות הצבע במים הינה בדרגה 1 מתוך חמש, לאחר שהצמר הוכתם, וכלשון מסקנת הבודק: "לאור הממצאים הנ"ל אנו בדעה שצבע חוטי השטיח (הבורדו) לא יציב במים. כנראה שהצבע הבורדו בעת הרטבת השטיח גלש וצבע את החוטים האחרים". אין ספק שהבדיקה במכון התקנים עולה מבחינת האובייקטיביות והמקצועיות על הבדיקה שביצע הנתבע, ובודאי שבדיקה זו עולה לאין ערוך על בדיקה שמסוגל ביה"ד לבצע. מה עוד שהנתבע עצמו הציע לתובע לפנות למכון התקנים, (אף שלטענתו הציע זאת לפני שידע שעברו יותר משנתיים מיום הקניה, אך זו כבר טענה ממין אחר ואינה נוגעת למהמנות הבדיקה של מכון התקנים), והוא זה שקיבל על עצמו את הכרעת מכון התקנים. [ונלע"ד דבכגון זה לא גרע מקיבל עליו עד קרוב או פסול, שאינו יכול לחזור בו לאחר גמר דין, וגמר דין בעדות - מבואר ברמ"א שו"ע חו"מ כב, א בשם הריב"ש, דמיד שגמרו להעיד, הוי גמר דין לענין זה ואין המקבל על עצמו יכול לחזור בו (ועיי"ש בש"ך ס"ק ז). ונראה דהוא הדין לענין בדיקה זו של מכון התקנים, מיד שהגיעו תוצאות הבדיקה הוי גמר דין לענין זה, ואינו יכול לחזור בו. מה עוד שהנתבע עצמו מביא כסיוע את מכון התקנים בחו"ד אחרת].

ובאשר לטענת הנתבע ששטיח זה קבל את אשורו של מכון התקנים, יש להבחין כמובן בין אישור כללי שניתן למוצר לבין בדיקה ספציפית שנעשתה במוצר. כאשר

בא יצרן או יבואן בבקשה למכון התקנים שיבדוק אם השטיח עומד בתקן, מכון התקנים בודק דוגמא של שטיח אחד וקובע שהשטיח עומד בתקן. כך נאמר מפורשות בתעודה שנתן מכון התקנים: "תעודה זו מתיחסת לדוגמא שנבדקה בלבד, ואין ליחסה לדוגמאות אחרות של אותו מוצר". בהחלט יכולה להיות תקלה בקו היצור, וכמות של שטיחים יהיו שונים מהשטיח ששימש כדוגמא, וימצא בהם פגמים כאלה או אחרים. לאמור - זה שלמוצר יש תו תקן, לא מקנה ליצרן או ליבואן הגנה מפני טענה של מום במקח ספציפי. בהחלט יתכן שתקלה ארעה בקו יצור מסוים, ומספר של שטיחים פגומים שאינם עונים לתקן הגיעו למדפים ונמכרו ללקוחות. לאור זאת, ע"פ הנתונים שבידינו וע"ס חו"ד של מכון התקנים, אין בידינו אלא לקבוע שהשטיח הנמכר היה פגום בכך שהחלק הבורדו אינו עמיד במים, והכתמים שבשטיח נובעים מגלישת צבע הבורדו על החלקים האחרים, והדבר לא ארע כתוצאה משפיכת אקונומיקה או חומר כימי חריף על השטיח.

ב. טענת מום במקח אם מוגבלת בזמן

בנדון שלפנינו אין מחלוקת שאם חלק מהשטיח אינו עמיד למים, שיש לפנינו מום במקח וחוזר המקח ומחזיר המעות, ואין ספק שמום זה נכלל בהגדרת הרמב"ם בפט"ו מהל' מכירה ה"ה, וז"ל:

"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."

וכך גם פסק המחבר בשו"ע חו"מ רלב, ו. ובודאי אי עמידות של חלק מהשטיח במים, הינה בכלל דבר שהסכימו עליו בני המדינה שהוא מום במקח שטיחים. וטענת מום במקח שונה מטענת אונאה. טענת אונאה מוגבלת בזמן (עיין ב"מ מט, ב ושו"ע חו"מ רכז, ז) ואילו טענת מום במקח אינה מוגבלת בזמן, וכמש"כ במחבר בשו"ע חו"מ רלב, ג, ומקורו מדברי הרמב"ם בהל' מכירה טו, ג:

"וכן המוכר לחבירו קרקע או עבד או בהמה או שאר מטלטלין, ונמצא במקח מום שלא ידע הלוקח, מחזירו אפילו אחר כמה שנים, שזה מקח טעות הוא."

והדין שבמום במקח מחזיר המקח אפילו אחר כמה שנים, הובא גם ברי"ף (ב"מ ל, ב בעמוה"ר) בשם רב האי גאון, וז"ל:

"והיכא דזבין איניש מידי לחבריה ולאחר זמן איגלי ליה דאית ביה מומא דהוה ביה מעיקרא מקמי דליזבני, אית ליה לאהדוריה למריה, ולא אמרינן בכי הא, הא שהה ליה בכדי שיראה לתגר או לקרובו, דלא אמור רבנן הכי אלא גבי אונאה, אבל גבי מומין מקח טעות הוא, וכל אימת דמיגלי ליה מהדר ליה למריה, והכי כתב רבינו האי גאון זצ"ל."

וכן כתב בספר המצות (מצות לא תעשה, קע, ד"ה אמר רבא). ולכאורה צריך להבין מה החילוק בין טענת אונאה המוגבלת בזמן שיראה לתגר, לטענת מום שאינה מוגבלת בזמן. והנה במשנה ב"מ מט, ב פירש רש"י בטעם הדין שיכול לתבוע אונאתו עד כדי שיראה לתגר או לקרובו: "ואם שהה יותר, מחל על אונאתו". הרי ששיעור זה נאמד ע"י חכמים, שאם התאנה בממון, בין בשתות ובין ביותר משתות (עיין בגמ' ב"מ

נ,ב) ועבר שעור זה, מן הסתם מחל על אונאתו. וכן מבואר בדברי הגהות אשרי (בי"מ פ"ד הט"ו) לענין שאם לא נתן הלוקח דמי המכר למוכר, שיכול הלוקח לחזור אף מעבר לשעור זה של בכדי שיראנו לתגר. ועיין שם ובשי"ך חו"מ רכז, ד אם הוי מטעם מיגו, או כפי שכתב שער המשפט שם (רלב, ז) שמפני שהלוקח מוחזק לא חשש לברר. ועיין בפת"ש רכז, ב ובקצוה"ח רכז, ג שכתב דלא כהג"א, אלא בכל ענין מחל. ומבואר מכל הלין שהטעם הוא מפני שמעבר לשעור זה מחל אונאתו. אלא שעדיין צריך באור מדוע במום במקח לא עמדו חכמים ושערו שמעבר לשעור הנ"ל, שמן הסתם הראה לתגר, ואם לא תבע ביטול מקח, מחל על המום. ונמצא בענין זה שתי סברות המחלקות בין אונאה למום. הרי"ף בתשי' (סי' קסג) מחלק בין בין טענת מקח טעות במום הניכר לטענת מקח טעות במום שאינו ניכר, וז"ל:

"... אבל עבדים ושפחות ושאר מקחות, כיון דעבידא איניש דבדיק ובתר הכי יהיב זוזי, כל מום הניכר בראיה בעלמא אמרינן ראה ונתפיש, אבל מום שאינו ניכר אלא לבקי ואין ראיית הלוקח מועלת בהכרתו, יכול לטעון לעולם שאין דרך בני אדם להראות מקחן לבקיאים לידע אם יש בו מום אלא סומך על ראייתו."

הרי שע"פ הרי"ף - יש דרך להראות לתגר מקח לדעת את שווי, אך אין דרך להראות לתגר מקח לדעת אם יש בו מום, ע"כ בטענת מום במקח לא שייך זמן של כדי שיראנו לתגר או לקרובו שיחשב מחילה מעבר לזמן זה. חילוק ע"פ המציאות. וכסברא זו נמצא בדברי הריטב"א בחידושו לבי"מ (מהדורה ישנה, בי"מ נ,ב ד"ה וזה): "שהתגר אינו בודק במומן אלא אומר לו כמה שוה".

ג. אין מכר במום

חילוק אחר נראה ע"פ דברי התוס' בב"מ נ,ב (ד"ה ואילו). התוס' מקשים על מה דאיתא שם בגמרא שביותר משתות שניהם חוזרים, ותירצו התוס':

"וי"ל דהכא כיון שהוא יותר משתות הו"ל רחוק מן המקח יותר מדאי וכאילו לא מכר כלל, דהו"ל כיון ונמצא חומץ חומץ ונמצא יין דשניהם חוזרים."

תוס' מחלקים בין יותר משתות לשתות, דביותר משתות הרי זה כאילו מכר לו מין אחר, וע"כ חוזר גם לוקח וגם מוכר. וכל-שכן בנמצא מום במקח שיש לראותו כמי שמכר לו חפץ אחר. בתביעת אונאה, המקח קיים אלא שיש לו תביעה כספית כנגד המוכר, ובתביעה כספית שייך לומר שמחל לו על התביעה. אולם כאשר אנו דנים את המקח "כאילו לא מכר כלל", שהרי מכר לו דבר אחר ממה שביקש לקנות, יש כאן חסרון בעצם המקח שלא חל ולא נעשה, וע"כ לא שייכת סברא זו של מחילה אחרי הזמן של יראנו לתגר.

[ות"ח אחד הקשה לי, דא"כ סותרים דברי התוס' את מסקנת הגמרא בי"מ נ,ב דזה וזה עד כדי שיראנו לתגר. ואם לשיטת התוס' אין כאן מקח כלל, ולדברינו יכול לחזור בו כבמום, א"כ הוי דלא כמסקנת הגמרא. ובדוחק י"ל דזה וזה הינו בפחות משתות ובשתות, אבל ביותר משתות חוזר לעולם דאין כאן מקח כלל. והראתי לו בדברי הראב"ד המובאים בריטב"א בי"מ נ,א (ד"ה וכתב הראב"ד - במהדורות הישנות ע,א) דאם ביותר משתות אין כאן מקח כלל, א"כ אין בזה שעור של בכדי שיראנו לתגר (וזה סותר למש"כ השטמ"ק בשם הראב"ד, עיין להלן). ומי"מ מבואר דכל היכא שאין כאן מקח כלל, אין בו שעור זה ויכול לחזור לעולם.]

הנפק"מ בין סברת הרי"ף לסברא שלמדנו בתוס' הינה לענין מום שניתן להבחין בו לאלתר. לסברת הרי"ף, כיון שניתן להבחין בו לאלתר ואין צריך להיות תגר מומחה כדי להבחין במום, יכול לחזור בו מהמקח תוך השעור שיכול להבחין במום, כיון שהסברא שיכול לחזור לעולם במום, שאין מראה לתגר להבחין במומים ומראהו רק לענין המחיר. אבל לסברא שלמדנו בתוס', אפילו מום שניתן להבחין בו לאלתר, כיון שאין כאן מכר כלל והרי הוא כמוכר לו חפץ אחר, אפילו מום שניתן להבחין בו לאלתר בטל המקח, דמה שייכת בכגון זה סברת מחילה של אחר זמן כשאין מקח ולא קנה.

וכסברא זו נמצא בתש"י מהריט"ף סי' קה. המהריט"ף דן במי שקנה בד פשתן, והתברר שהבד נקרע קרעים קרעים מאליו, ובא לבטל את המקח מדין מום במקח. ובתוך דבריו הביא מש"כ הרב המגיד (מכירה טו, ג) שאם היה זה מום שניתן להבחין לאלתר, אין המקח חוזר. וסובר המהריט"ף דהרי"ף והרמב"ם ס"ל דאין לחלק בין ניתן להבחין לאלתר לבין אין ניתן להבחין לאלתר, וז"ל:

"... וזה פשוט ומבואר מכמה טעמי. חדא, מדתלי טעמא במקח טעות, וכיון דהוי מקח טעות לא נתנו בו שעור. ותו, דאי סבר דאם יכול להבחין ולא הבחינו אינו חוזר, א"כ היינו דין אונאה דאם יכול להראותה לתגר ולא הראהו אינו חוזר, ואם אין יכול להראותה כגון שאין תגר בקי בעיר, חוזר כל זמן שיבא הבקי ... אלא ודאי לדברי הרי"ף אפילו יכול להבחין לאלתר ולא הבחינו, חוזר לעולם, משום דמקח טעות הוא ולא קנה אלא חוזר לעולם."

ועיי"ש בהמשך דבריו. ומבואר מדברי מהריט"ף שסברת הדין שיכול לחזור בו מפי שאין כאן מקח "לא קנה", וע"כ חוזר אפילו במום שניתן להבחין בו לאלתר, אא"כ הבחין במום. ועיי"ש בהמשך דבריו דאפילו ראה את המום, חוזר במקח כל זמן שלא השתמש. וצ"ל בסברתו, דאפילו היכא שידע במום, לא שייך טעם מחילה כשאין מקח, ואיך קנה את החפץ ומחילה אינה קונה. משא"כ אם השתמש בחפץ, הרי שעשה קנין מחדש ואינו חוזר והרי זה כקונה מעתה ולמפרע. או שאפשר לטעם המהריט"ף, דללוקח שמצא מום בחפץ שמורה זכות החזרה, לא מחמת שאין כאן מכר אלא מפני שאין כאן מקח, דחזקה אין אדם קונה חפץ שיש בו מום (עיי' נתיבות רלב, ב), וכאשר השתמש בחפץ סילק את החזקה, אבל ידיעה לבד מהמום ועדיין לא חזר, לא הסתלקה החזקה ביחס לאותו מקח. אלא שהמהריט"ף במסקנת דבריו דייק בלשון הרי"ף שאפילו הבחין ולא השתמש, אין המקח חוזר. ונראה בסברא זו דאף בראיה ובידיעת המום כשלא חזר בו לאלתר, בטלה החזקה והרי הוא כחפץ לקנות את החפץ עם המום וקיים המקח. ועיי' בתשובה אחרת במהריט"ף (סי' רכה) שהביא רק את דיוקו מדברי הרמב"ם שמקח טעות חוזר רק כשידע מהמום והשתמש, אבל בידיעה מהמום בלבד ולא החזיר את המקח, יכול להחזירו גם לאחר זמן. ובכל ענין סובר המהריט"ף דאם יכול להבחין ולא הבחין, יכול לחזור בו מהמקח אפילו לאחר זמן.

הרי לפנינו שתי דעות מדוע במקח יכול לחזור לעולם. לדעת הרי"ף והריטב"א - כיון שאין דרכו להראות לתגר אם יש בו מום. ולדעת התוס' והמהריט"ף - מפני שאין כאן מקח כלל. הנפק"מ במום שניתן להבחין בו לאלתר ולא הבחין, אם חוזר במקח לאחר זמן, ולסברא אחת במהריט"ף, אפילו הבחין, אם לא השתמש, חוזר במקח אפילו לאחר זמן, כל זמן שלא השתמש. והנפק"מ הינה גם לנידון דידן, שהרי הקונה (התובע) ידע במום אחרי שנה ומחצה ובכל זאת לא בא והחזיר את המקח אלא השתהה (ואם השתמש בשטיח ע"י שהיה מונח בצרפה, יבואר להלן), דלסברת הרי"ף

והריטב"א אינו יכול לחזור בו (וכדעת הרב המגיד), ולסברא אחת שכתב המהריט"ץ מדיוק דברי הרמב"ם, יכול לחזור בו כל זמן שלא השתמש בשטיח.

ד. שיטת הראב"ד

אמנם מצאנו בראב"ד שסובר דאף במום במקח אינו חוזר לעולם. דהנה בגמ' ב"מ יד, א איתא בראובן שמכר שדה לשמעון שלא באחריות ויצאו עליה עסיקין, דעד שלא החזיק בה יכול לחזור. והביא הראב"ד (הובאו דבריו בשטמ"ק ב"מ יד, א ד"ה עד) דעת אחרים שאם יצאה מידו עד שלא החזיק בה, חוזר עליו משום מקח טעות. והשיג עליהם הראב"ד, וז"ל:

"ולאו מילתא היא, שאפילו עד שלא החזיק בה, אם ראה העסיקין ושהה כדי שיעמוד עליהם אם יש בהן ממש אם לאו ולא חזר בו ויצאה בסוף מתחת ידו, שוב אינו יכול לחזור בו. ומה אילו מוכר בהמה לחבירו ונמצאת בעלת מום, ראה את מומיה או ששהה כדי להראותה ולא חזר בו, הלא אינו יכול עוד לחזור בו מפני שהוא כביטול מקח, שאם שהה כדי שיראה לתגר שאינו יכול לחזור בו."

ועיי"ש בהמשך דבריו ביאור הגמרא לשיטתו. ומבואר בדבריו הנ"ל שגם במום במקח יש שעור של כדי שיראה לתגר, ואם שהה בכדי שיראה לתגר או לקרובו, אינו יכול לחזור בו בטענת מום במקח. אמנם עדיין צ"ע, מדוע בהלכות מכירה (טו, ג) לא השיג הראב"ד על הרמב"ם שכתב שיכול לחזור אפילו לאחר כמה שנים, והיה לו להשיג שאינו יכול אלא בכדי שיראנו לתגר, דומיא דביטול מקח באונאה.

ונראה שבנדו"ד לא יוכל המוחזק (הנתבע) לטעון קים-לי כדעת הראב"ד למנוע מהתובע לחזור בו מעבר לשעור כדי שיראנו לתגר - דהראב"ד עצמו בהלכות לא הזכיר הלכה זו ולא חלק על הרמב"ם. אך בעיקר מפני שהלכה זו נפסקה בשו"ע חו"מ רלב, ג, והרמ"א לא חלק על דברי המחבר, וקיי"ל דכל היכא שפסק המחבר ולא חלק עליו הרמ"א, שאין המוחזק יכול לטעון קים-לי, וכמשי"כ החוות יאיר בתש" (סי' קסה - באמצע דבריו):

"וכן מה דסתם לן הב"י בשו"ע דזכה שנקבע הלכה כמותו, ולא חלקו עליו הבאים אחריו, אין לומר קים-לי כלל נגד הכרעתו ... לכן אם פסק להוציא ממון הו"ל כטועה בדבר משנה ואפילו כבר יצא הממון חוזר."

וכן מבואר להדיא בדברי הנתובות (כללי תפיסה כלל ב) דכל מקום שנשאר בתיקו בש"ס ומבואר בשו"ע שאם תפס אין מוציאים מידו והרמ"א לא הגיה עליו, יש להורות דמהני תפיסה. ועיין עוד שם בכלל כ שהביא את דעת החוות יאיר הנ"ל. ועי"ע בש"ך בתוקפו כהן (סי' עד), וז"ל: "וכבר נהגינן שלא להיות נגד מהרמ"א במקום שאין ראייה ברורה לסתור דבריו", עיי"ש, וכן היא דעת התומים בקיצור תוקפו כהן (עיין דף מח, ב בדפוסים שלנו). ועי"כ לא יוכל הנתבע לאחוז בטענת קים-לי כדעת הראב"ד שאין הלוקח יכול לחזור בו אחרי זמן של כדי שיראנו לתגר.

ה. השתמש אחר ידיעת המום

בנדון דידן היה השטיח בביתו של הנתבע מספר חדשים לאחר ידיעת המום, והיה השטיח על רצפת דירתו. לדבריו הזניח במקצת את הטיפול בענין החזרת המקח, מאחר

ובתחילה פנה לחנות שבה קנה את השטיח (חנות הנמצאת ליד מקום עבודתו), והם טענו שהחנות עברה לבעלים אחרים, והפנו אותו לאחר שהפנה אותו לנתבע, והואיל והיה טורח למצוא את הנתבע, הענין טופל בעצלתיים (מספר חדשים). השאלה אם בכגון זה לא איבד התובע את זכותו להחזרת המקח מאחר והשתמש בו לאחר ידיעת המום. דהנה הרמב"ם בהמשך ההלכה הנ"ל (מכירה טו, ג), כתב וז"ל:

"... והוא שלא ישתמש במקח אחר שידע במום, אבל אם נשתמש בו אחר שראה המום, הרי זה מחל ואינו יכול להחזיר."

ועיין ברב המגיד שם שהראה מקומו לגמרא בכתובות עה, ב בנושא אשה ונמצאו בה מומים, דחזקה אין אדם שותה בכוס א"כ בודקו וחזקה ראה ונתפייס. וא"כ לכאורה גם בנדו"ד לא יוכל לחזור. ברם, עיין במחנה אפרים (אונאה סי' ה) שכתב דאם הודיע למוכר על המום ואח"כ השתמש, דלא מחל ויכול לחזור בו מהמקח, וז"ל:

"ואם נמצא מום במקח והודיעו ואח"כ נשתמש בו, נראה דלא אמרינן בכהאי גוונא דמחל ואינו יכול לחזור. כ"כ הריטב"א ז"ל בחידושו גבי ביטול מקח וז"ל ... ואם הכיר אונאתו והודיעו ואח"כ נשתמש בו, לא מחל אונאתו אלא שחייב לשלם למוכר מה שנשתמש או מה שהפסיד בתשמישו עכ"ל."

אלא שבפתחי תשובה חו"מ רלב, א הביא מתש"י גליא מסכתא החולק על המחנה אפרים ופסק לחלק בין טענת אונאה לטענת מום, דבשלמא בטענת אונאה, אף ביותר משתות, מ"מ גוף המקח ישר בעינו ויש לו על המוכר רק תביעת ממון, ע"כ אם השתמש לא גילה דעתו שמחל, אם שהודיע למוכר על האונאה שלא יהיה בשימושו משום מחילה. משא"כ בטענת מום במקח שאין ביניהם טענת דמים כלל רק שאינו מתרצה בטענת במקח, על-כן בעצם השימוש יש משום מחילה, שהרי לא היה לו רשות להשתמש במקח שברצונו להחזירו, עיי"ש. לפ"ז אם הודיעו והשתמש אחר ההודעה, באנו למחלוקת אחרונים, ויכול הנתבע המוחזק לומר קים-לי כדעת הגליא מסכתא. כמו-כן צ"ע אם יש לראות בפעולות שעשה התובע משום הודעה, שהרי לא הודיע ישירות לנתבע אלא הודיע לחנות שבה קנה, וחנות זו עברה בעלות ושינוי השם, ואח"כ הודיע לאדם אחר שהפנה לנתבע, ורק לאחר זמן הודיע לנתבע (ואחר מספר חדשים הביא את השטיח למפעל של הנתבע), ומ"מ נמשך ענין ההודעות מספר שבועות מגילוי המום.

ברם, נלענ"ד שאין בשימוש כנדון דידן משום מחילה, ויש לחלק בין שימוש אקטיבי לשימוש פאסיבי. אם נקח כדוגמה, מי שמצא כלי כסף. אם ישתמש בכלי כסף, כגון שיעשה קידוש בגביע או ידליק בפמוטים או חנוכיה, זהו שימוש אקטיבי בכלי. אולם נראה שאם ישים את הכלי בארון כלי כסף, אף שמתהדר בכלי לא לו, מ"מ אינו בכלל שימוש. זו דרך אחסנתו הנוחה, אף שבעקיפין נהנה מהכלי. כדי שנבוא לדון מדין מחילה על זכות החזרה, צריך להיות שימוש באופן חיובי שיהיה ברור ע"פ מעשיו של הקונה שחפץ בחפץ ע"א המום. משא"כ אם מצא תכשיט מזהב. מקומו של התכשיט, כשאינו חפץ בו, בארון או בכספת. אם התהדר בתכשיט זה, הרי זה שימוש המהווה מחילה. בנידון השטיח, כאשר מגלים את המום ואינו מחזיר אלא לאחר זמן, קיימת אפשרות לגלגל את השטיח ולהניחו בפניה בבית או במחסן (אם יש לקונה). כשמדובר בשטיח גדול, סביר שהדבר מהווה מכשול ואי נוחות לקונה. מה עוד שהשמירה הטובה ביותר לשטיח היא פריסתו על הריצפה. היותו פרוס על הריצפה אינו אלא ככלי כסף המונח בארון המיוחד לכלי כסף. אופן זה אינו בבחינת שימוש המפחיתו אלא אדרבה השומרו. אין זה שימוש המוכיח על מחילה. הרי כל הסברא שאם השתמש מחל על זכות החזרת המקח הינה מדין מחילה, ולא קנס שקנסוהו על השתמש

שלא כדון. כאשר השטיח נותר פרוס, אין במעשה זה משום הוכחה שהסכים למום. השטיח נותר פרוס מפני שכך היה נח לקונה ולא מפני שמחל.

ועיין בנתיבות רלב, א לענין מי שקנה דבר העושה ואוכל (כגון בעל-חי) ומצא בו מום, במציאות שלא יכל להחזיר כשאינ המוכר בביתו, שדימה נידון שלו לשומר אבידה שרשאי להשתמש בכדי שיעשה ויאכל. ובשומר אבידה שמצא כלים, מבואר בגמרא ב"מ כט, ב ובשו"ע חו"מ רסז, יח ולהלן האופן שבו משתמש כדי לשומרה. ואף שמסתבר שלענין שומר אבידה יצטרך לגלול את השטיח ולנערו אחת לזמן, וכדון כלי צמר המבואר שם, מ"מ לענין זה שונה דינו של מי שמצא מום במקח לשומר אבידה. שומר אבידה נאסר עליו כל שימוש שאינו לתועלת החפץ שמצא. בנדון מום במקח השאלה אינה אם מותר לו או אסור לו להשתמש. השאלה אם יש כאן מחילה, וכאשר שומר על השטיח באופן שנוח לו, אין כאן שימוש שמהוה מחילה, כנלענ"ד.

ועיין בפתחי תשובה רלב, א (בסוף הסי"ק) שהביא שני דינים מספר אורחות משפט, בקונה עם הארץ שהשתמש במקח שמצא בו מום, ולא ידע אותו עם הארץ שאין להשתמש כאשר מצא מום. דס"ל לארחות המשפט שבכגון זה יכול לחזור בו מהמקח אף שהשתמש, ובפרט אם השימוש היה מחמת אונס, כגון אם קנה סוס ובאמצע הדרך מצא בו מום, והמשיך ברכיבה על הסוס חזרה לעירו מפני שלא היה לו אפשרות אחרת לחזור, דלא חשיב בכהאי גוונא שימוש המונע מהקונה להחזיר את המקח. וחלק עליו הפתחי תשובה שם לענין הראשון והסכים עימו בשני. דלענין עם הארץ סובר הפתחי תשובה דלא נתנו חכמים דבריהם לשעורים, וכיון שהשתמש הוי מחילה אף שלא ידע שאסור להשתמש. אך לענין אונאה סובר הפתחי תשובה שדמי לאונאה שיכול לחזור ביותר משעור של כדי שיראנו לתגר כשמחמת אונס לא הראהו לתגר, עיין שו"ע חו"מ רכז, ז.

ונלענ"ד לבאר במה שנחלקו ארחות משפט והפתחי תשובה. דהנה הסברא ששימוש בחפץ עם המום אינו יכול לחזור בו מהמקח, מפני השימוש מהוה מחילה ולא מפני שעשה שימוש אסור. והסברא שאדם לא משתמש בחפץ שאין לו בו חפץ ואינו רוצה בו מחמת המום, ולא מחמת האיסור שמשתמש בחפץ של אחר. טבע התנהגותו מוכיח על המחילה. לפ"ז מובן הדין של הפתחי תשובה. מה לי אם הלוקח תלמיד חכם או עם הארץ, בשני האופנים התנהגותו מוכיחה על מחילה, שאם לא היה מוחל על זכות החזרה, לא היה משתמש. אמנם הפתחי תשובה כתב בטעם הדין, שלא נתנו חכמים דבריהם לשעורים. ולדברינו אין כאן ענין של לא פלוג, אלא מכח המעשה של העם הארץ מוכחת המחילה, שאם לא היה מוחל לא היה משתמש, ואינו ענין לתלמיד חכם ועם הארץ. ואפשר שזה הטעם שלא פלוג חכמים, כיון שמעשיו מוכיחים מחילה. ולדעת ארחות משפט י"ל, שאין דין מחילה אלא במודע שאסור להשתמש בחפץ. לא שאין אדם משתמש בחפץ שאין רצונו בו, אלא שאין אדם משתמש בחפץ שצריך להחזירו למוכר, וכיון שהשתמש בחפץ, מחל על זכות החזרה. וע"כ בעם הארץ שאינו יודע שאסור להשתמש בחפץ שדינו לחזרה, לא הוי מחילה.

אולם כאשר השתמש באונס, למש"כ י"ל שאין השימוש מוכיח מחילה, שכל מה שהשתמש לא היה מחמת שמחל על זכות החזרה, ואף שיתכן שהיה אסור לו להשתמש, מ"מ אין בשימוש משום ראייה למחילה, וע"כ הן לפתחי תשובה והן לארחות המשפט יכול לחזור בו מהמקח. ולארחות משפט וסברתו י"ל, שסובר ששימוש מחמת אונס אינו אסור בכגון זה, וע"כ סובר דאין כאן מחילה.

ו. מתנה שלא יהיה עליו טענת מום

אלא שבנידון שלפנינו נכתב בחשבונית הקניה: "ניתנת אחריות היצרן לשנתיים מיום האספקה, לתקינות המוצרים בשימוש נכון כפוף להוראות מכון התקנים". טוען הנתבע - היות והתובע פנה אלי לאחר שנתיים ותשעה חדשים, אף שפנה קודם לחנות שהחליפה בעלים, מ"מ מבחינתי כבר אין אחריות על המוצר ואין לי על מי לחזור. טוען התובע - האחריות מוגבלת לבלאי, כגון שאם צבע השטיח ידהה לאחר שנתיים, לא יוכל לבא בטענת מום למוכר. זו איכות השטיח - איכות נמוכה, והאחריות לכך מוגבלת לשנתיים. אבל כאשר חלק מהשטיח לא עמיד למים, זה מום שהיה מונח בשעת היצור, ואם היה נשפך על המים בכמות תוך ימים ספורים מקנייתו, היה המום מתגלה לאלתר, אלא שאיתרע מזלו ודבר זה ארע לאחר כמעט שנתיים, ואין האחריות לפגם ביצור מוגבלת בזמן.

בנקודה זו של הדו"ד בין הצדדים יש מספר שאלות הלכתיות, שאתיחס אליהן אחת לאחת. בהנחה שאכן האחריות מתיחסת גם לפגמים כנדו"ד, צריך לומר שהמוכר הגביל את זמן טענת המום, אף שע"פ ההלכה אין הגבלה לטענת מום, ניתן להגביל כשמתנה עם הלוקח שאין אתה חוזר עלי בטענת מום אלא עד שנתיים. והנה הרמב"ם בהל' מכירה טו, ו, כתב וז"ל:

"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 עד שיאמר לו כל מום שימצא במקח זה הפוחת דמיו עד כך וכך קיבלתי אותו, שהמוחל צריך לידע הדבר שימחול בו ויפרש אותו, כמו המפרש בהוניה."

לדעת הרמב"ם - כאשר רוצה המוכר להגביל את חזרת הלוקח בטענת מום, עליו לפרש איזה מום הלוקח מוחל, ולא בלשון סתמית: אין אתה חוזר עלי וכו'. או שיאמר המוכר כל מום שימצא במקח זה עד סכום מסוים, אין אתה חוזר עלי. והטור בחו"מ רלב, ז הביא את דעת הרמב"ם וכתב עליו:

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

מדברי הטור עולה שסברת הרמב"ם בדין הנ"ל, מפני שאינו יכול למכור ולמחול דבר שאין לו קצבה, וכיון שחלקו הפוסקים על הרמב"ם (עיין שו"ע חו"מ ס, ב) אין הלכה כרמב"ם בזו, ע"כ יכול להתנות אף בלי להזכיר מום מסוים או סכום. אלא שהב"י בבדק הבית שם כתב דמשמעות דברי הרמב"ם שאין זה מדין דבר שאינו קצוב אלא כדין אונאה, וכמו שסיים הרמב"ם את דבריו. ומקור הדין שצריך לפרש התנאי באונאה, הוא מהגמ' ב"מ נא, ב בדין המתנה על-מנת שאין לך עלי אונאה: לא קשיא, כאן בסתם כאן במפרש. דתניא, במה דברים אמורים בסתם, אבל במפרש מוכר, שאמר ללוקח חפץ זה שאני מוכר לך במאתים יודע אני בו שאינו שוה אלא מנה, על-מנת שאין לך עלי אונאה, אין לו עליו אונאה. ונחלקו הראשונים אם צריך בכגון זה לפרש סכום האונאה. רש"י שם (ד"ה מפרש), כתב וז"ל:

"שפירש לו יודע אני שיש אונאה ואני מוכרו לך על-מנת שאין לך עלי אונאה, דבהא אמר רבי יהודה דמתנה ותנאו קיים, דדמי לשאר וכסות."

רש"י לא הזכיר סכום, אלא שאומר המוכר שידע הלוקח שיש בו אונאה, ולא דוקא

נקט בברייתא שצריך לפרש סכום האונאה (במאתים ואינו שוה אלא מנה), עיין ברב המגיד הל' מכירה יג,ג. אלא שהרמב"ם בהל' מכירה יג,ג, כתב וז"ל:

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

הרי שהוסיף הרמב"ם טעמא במילתא: "שאינו יודע כמה הוניה יש בו כדי שימחול", ומפורש שצריך לדעת את סכום האונאה כפשטות לשון הברייתא. ונחלקו האחרונים בטעם הרמב"ם. המחנה אפרים (אונאה סי' יד) כתב לדעת הרמב"ם, "דכל היכא דלא פירש לו שעור האונאה, לא גמר בדעתו למחול ובדעתו הוא לתבוע אונאתו, משא"כ בלוקח מבעל הבית דליכא למימר דלא מחל ודעתו הוא לתבוע אונאתו, שהרי אמרו הלוקח מבעל הבית אין לו אונאה, וכיון דלא מצי לתבוע האונאה, ע"כ גמר ומחל". ומבואר שלא נקט בטעם הרמב"ם בדין זה שלא מהני אונאתו מפני שהוא דבר שאינו קצוב. אלא שעדיין צריך להבין את הסברא מדוע בעלמא מהני מחילה אף שאינו נוקב בסכום (לשיטות הסוברות דמהני מחילה בדבר שאינו קצוב), ובאונאה לא מועילה מחילה בכהאי גוונא.

ובבעל התרומות (שער סד סוף חלק א) הביא מדברי הרמב"ן שהשיב לו, דלענין אונאה שחילקו בין סתם למפרש:

"ההיא טעמא רבה הוא משום דבסתם ליכא מחילה, דהא כשאר כל מקח וממכר, דבכל מקח וממכר נמי כל אחד יודע שחבירו מעלה דמי ממכרו כמו שיוכל לעלות, ורחמנא אמר לא תהוי מחילה בכדי שיראה לתגר או לקרובו. הא לענין מתנה ולענין שעבוד, כיון דמחית נפשיה להאי ספיקא, גמר ומשעבד הוא."

נראה דהרמב"ן סובר שבאונאה יש גזירת הכתוב מיוחדת דבסתם לא הוי מחילה, דאי בסתם מהני מחילה, א"כ כל דין אונאה בטל, שהרי יודע הקונה שהמוכר מעלה דמים עד כמה שיוכל ואף מעבר לשישית, וחידשה התורה דעצם הידיעה לא הוי מחילה אלא כשמוחל במפורש ובמפרש. ואפשר דזו גם הסברא אליבא דהרמב"ם, דבאונאה יש גזירת הכתוב דלא מהני מחילה בסתם. וכן נמצא בדברי שער המלך (מכירה יא, טז בסופו) שישב את דברי הרמב"ם ע"פ דברי הרמב"ם, דלא כמש"כ המקור ברוך, עיי"ש.

ובדרישה חו"מ רלב, ז כתב לבאר את שיטת הטור שסובר דטעם הרמב"ם בדין מפרש המום, מכח ההלכה של דבר שאינו קצוב, דלכאורה משמעות הרמב"ם כרב המגיד שלמד דין זה מאונאה. וע"כ כתב לחלק בין דין אונאה למש"כ הרמב"ם במום, דבאונאה לא מהני כשאומר על-מנת שאין בו אונאה, אבל אם מודיעו שיש בו אונאה ומתנה על-מנת שאין בו אונאה, אין לקונה טענת אונאה, אבל אין צריך להודיע את שעור האונאה. אבל במום פירש הרמב"ם שצריך להודיעו שהמום מפחיתו "כך וכך", והרי במום גם סגי שיפרש שיש בו מום ולא בכמה מפחיתו. ע"כ פירש הטור שכאן סובר הרמב"ם שצריך להודיעו עד כמה פוחתו מדין דבר שאינו קצוב. אמנם מדברי הרמב"ם בהל' מכירה יג,ג העוסק בדין מפרש באונאה, נראה ג"כ שצריך לומר סכום, שהרי כתב "שאינו יודע כמה הוניה יש כדי שימחול", הרי שצריך לומר סכום קצוב. כותב הדרישה דאפשר דהתם לאו בדוקא נקט אלא כסוגיא דגמרא. או דבאונאה לכ"ע צריך לפרש סכום קצוב, דבאונאה בקלות טועים, וסובר הלוקח דמה שאמר המוכר שיש בו אונאה, לאו משום דבודאי יש בו אונאה אלא שטעה המוכר, משא"כ כשאומר המוכר שיש בו מום, ודאי כן הוא וע"כ אין צריך לקצוב, עיי"ש.

ז. אחריות המוגבלת בזמן

והנה בנדו"ד שהתנו ביניהם על אחריות לשנתיים בלבד. גם אם נצא מנקודת הנחה שהאחריות מוגבלת גם לענין טענות מומים בפגם היצור, צריך לימוד אם בכגון זה צריך לפרש המום או סגי בהגבלת האחריות סתם. דלכאורה כאשר מגבילים את זמן טענת מומים, הרי זה כמתנה על-מנת שאין לך עלי טענת מום מזמן זה ואילך, ולשיטת הרמב"ם, וכוותיה פסק בשו"ע חו"מ רלב,ז, לא סגי אלא כשמפרש וקוצץ את סכום המום. ואף למה שפירש בדרישה להצריך להודיעו שיש מום או אונאה מבלי לנקוב בסכום, א"כ בנידון שלפנינו שלא הודיעו שיש מום או אונאה, לא הוי מחילה ולא מהני התנאי למנוע בעדו מלהחזיר את המקח בטענת מום. ולמש"כ הרמב"ן הוי גזירת הכתוב מיוחדת באונאה (ובמום - לשיטת הרמב"ם) דלא מהני מחילה אלא במפרש. ורק אם נאמר כדעת הטור דהרמב"ם לשיטתו שלא מהני מחילה בדבר שאינו קצוב, וחלקו על הרמב"ם וכמש"כ המחבר בחו"מ ס,ב, א"כ במום להלכה אין צריך לפרש ולקצוב. אולם הסמ"ע רלב,טז כתב דא"כ סותרים דברי המחבר אהדדי, דבסי" ס,ב פסק דלא כרמב"ם וכאן פסק כרמב"ם, וע"ע בשבות יעקב ח"ב סי' קסו.

לאור האמור לעיל, במידה והאחריות מתיחסת גם לטענת מומים, אין במסגרת הסעיף המגביל את האחריות לזמן קצוב בכדי למנוע מהקונה לטעון טענת מום, ולכל הפחות היה עליו לפרש שיש במקח זה משום מום. אך בשורש הענין נראה לענ"ד כטענת התובע שהגבלת הזמן מתיחסת לטענות של בלאי ולא לטענות של פגם ביצור. אם נקח כדוגמא מכונת כביסה. האחריות מוגבלת כיום לשלוש שנים. במהלך השלוש שנים יכול הלקוח לתבוע את החברה שתתקן לו כל חלק שיתבלה במשך הזמן, אף אם לא היה פגם ביצור, כגון משאבת מים. אף אם המשאבה היתה תקינה בשעת הקניה ולא נמצא בה פגם, אך מרוב כביסות נפגמה המשאבה, יכול הקונה לתבוע את החברה שתחליף לו משאבה. אולם אם יתברר אחרי עשר שנים שבמקום תוף מנירוסטה הורכב תוף מאלומיניום, נראה פשוט שיוכל לתבוע את החברה להחליף את התוף אף לאחר השלוש שנות אחריות. והוא הדין בשטיח. אם יבוא הקונה ויטען שהצבע דהה. אם טען זאת תוך שנתיים מהמכירה, יכול לבוא ולטעון שהחברה תחליף את השטיח. הצבע דוהה מרוב בלאי בשטיחים מאיכות נמוכה. דהייט הצבע אינה כתוצאה ממעשה חד פעמי המוכיח על פגם אלא כתוצאה של תהליך התבלות. משא"כ כשהשטיח אינו עמיד למים. הנזק יגרם כתוצאה ממקרה שבו ישפכו מים על השטיח. אין זה תהליך אלא מקרה יחיד. כיון שכן עלינו להסיק שאי עמידות השטיח למים מהוה פגם ביצור, משא"כ דהייט הצבע אינו פגם אלא איכות נמוכה. המודד לקביעה אם מדובר במום או בתהליך התבלות - אם הנזק יגרם כתוצאה מתהליך מתמשך של זמן או כתוצאה ממעשה חד פעמי.

כאשר הוגבלה האחריות ע"י היצרן לשנתיים בלבד, נראה שהדבר התיחס לפגמים הנובעים כתוצאה מהתבלות ולא כתוצאה מפגמים ביצור. כאשר התגלה שאחד מחוטי השטיח אינו עמיד למים והוא זה שגרם לכתמים שעל השטיח (ע"פ חו"ד של מכוון התקנים), ודאי שהדבר נבע מפגם ביצור ולא מהתבלות, ואם מים היו נשפכים על השטיח יום או יומיים לאחר קנייתו, הרי שהנזק היה נגרם לאלתר. (ואין הנתבע יכול להתגונן ולומר שהפגם ארע אצל הקונה, דלא דמי נדו"ד לפרה ונמצא בה סירכא, שיש לה חזקת הגוף, וכאן לא מחסר ואתי אלא מיד הפגם ביצור, והדברים ברורים, ואכמ"ל). ע"כ נראה שהפרשנות בסעיף זה הינה כפרשנות שהעלה התובע, ואין האחריות מוגבלת בזמן בפגם זה של חוטים בשטיח שאינם עמידים במים. ואף אם הפרשנות היתה גם ביחס למומים, הרי שלא מהני התנאה מעין זו כדי למנוע מהחזר המקח בטענת מומים לאחר זמן, וכמש"כ לעיל.

ועיין ברדב"ז ס"י אלף רו (ח"ד ס"י קלו) שנשאל בראובן שמכר לשמעון בגדי משי ובגדי צמר ובכללם ג חתיכות בגד אדום, ואמר לו בתחילה שהם שטופים במי הקרמז, אבל בשעת גמר המקח מחל שמעון כל מום ואונאה. וטוען שמעון שהוא לא מחל אלא שאר מומים ולא מה שאינם שטופים במי קרמז. והביא ראובן עדים שמחל כל דבר המבטל את המקח. והשיב הרדב"ז, דהרמב"ם (הנ"ל) הסובר שצריך לפרט המום ולקצבו, לשיטתו אזיל דלא מהני מחילה בדבר שאינו קצוב, אבל רוב פוסקים חלקו על הרמב"ם. והוסיף הרדב"ז :

"ועוד שאפילו הרב ז"ל (הרמב"ם) מודה, לפי שכבר נהגו למחול כל אונאה וכל מום בלשון הזה, והמנהג מבטל הלכה ואפילו מנהג החמורין והספנין, וכל-שכן מנהג הסוחרים."

לפי הרדב"ז עלינו לבחון את לשון התנאי שעשו ביניהם הקונה והמוכר בנידון דנן, ולקבוע אם הלשון כוללת גם פגמים במוצר שאינם בבחינת בלאי, ויתכן ויש לבחון בנידון זה את הפרשנות ע"פ הנהוג בין הסוחרים, והיינו חוק המדינה. זאת ועוד - בתנאים שמתנים ביניהם הקונה והמוכר, יש ללכת אחר הכונה ולא אחר הלשון. דהנה רבינו ירוחם במישרים (נתיב כג חלק י), כתב וז"ל :

"כתב הרשב"א בתשובה, כי אע"פ שכתב לה במתנה לחוד שתגבה האשה בין בחייו ובין במותו, ודאי יראה שאין נזקקין לדינא, ואין מגבין אותה בחיי הבעל כלל, דלא כתב לה רק להיות קיום וחיזוק, שלא יוציאנה כאחת הקלות, ושתבטח נפשה בו, לא שיכתוב לה היום ותגבה למחר. וכלל גדול בידינו, בכל תנאי שאדם מתנה עם חבירו, שאין להלך אחר לשון הכתוב אלא אחר הכוונה לבד, וראיה, דעל מנת שאראך מאתיים זו (קידושין ס, א), דלא נתכונה זאת אלא להראות משלו."

רבינו ירוחם מייירי בהתחייבות למועד גביית כתובה. ואף שהלשון ברורה בתכלית, שיכולה האשה לגבות בחייו, מ"מ כוונתו ברורה ג"כ, שלא היה בדעתו שתגבה האשה כתובתה בעודו בחיים, אלא רצה לתת לה הרגשת בטחון. כוונתו מכרעת את הפרשנות המילולית. וכמו שמצאנו באיש המקדש בתנאי "על מנת שאראך מאתיים זו", שע"פ הפרשנות הפשוטה יכול להראות לה מאתיים זו של אחרים, מ"מ אזלינן בתר כוונתה, שרוצה שיראה לה משלו, וכדאיתא בגמ' שם (ס, ב). וכ"פ המחבר בחו"מ סא, טז :

"יש מי שאומר, שתנאי שאדם מתנה עם חבירו, אין הולכים אחר הלשון הכתוב בו, אלא אחר הכוונה."

ובנדון דידן הכונה נראית לי כמש"כ, דהיינו שאין האחריות מגבילה את טענת מום כשהתגלה פגם במוצר שהיה בזמן המקח. גם ע"פ הנהוג בחוקי המדינה (שיתכן ויש לזה תוקף של מנהג הסוחרים) ניתן לפרש את ההתנאה המגבילה את תקופת חזרת המכר, שבמהלך תקופת האחריות אין הקונה צריך להוכיח כי הפגם התקיים במועד המסירה, ולאחר מכן עליו להוכיח זאת (הפרוש הקצר לחוקים במשפט הפרטי, עמ' 409לפ"ז בנדון דידן כשקיים ויכוח בין הקונה למוכר אם הכתם נגרם כתוצאה משפיכת מים (כטענת הקונה) או משפיכת אקונומיקה (כטענת המוכר), בתוך תקופת האחריות חובת ההוכחה מוטלת על המוכר, לאחר תקופת האחריות - על הקונה (ובנדו"ד הוכיח הקונה שאכן המום נגרם כתוצאה ממים). כמו-כן בענין "אי התאמה יסודית" (ונדו"ד לעני"ד הינו בבחינת אי התאמה יסודית) המועד הקובע עשוי

להיות אף לאחר תקופת האחריות. לאור זאת הדעת נוטה לפרש את סעיף ההתנאה שבין המוכר לקונה המגביל את האחריות לשנתיים ימים, רק לפגמים כתוצאה מבלאי וכד', ולא בפגמים במוצר כנדו"ד שע"י שפיכת מים חד פעמית מתכסה השטיח בכתמי צבע.

[ות"ח אחד רצה לבאר דגדר הגבלת האחריות לשנתיים, דמי למש"כ בפת"ש רלב, ד מהשבות יעקב ח"ב סי' קסו, שאף שאמר הלוקח אני מותר על ערבותך, לא הוי מחילה, ואפילו אם המוכר לא ידע מהמום, גם לא הוי מחילה, דהא אם הוא עצמו היה יודע מהמום לא היה מרמהו, ממילא אין כאן מחילה. וא"כ בכל מוצר שמגבילים אחריות לזמן, לא הוי מחילה. וכן הביא מהט"ז חו"מ שלא, ב שהביא מהרשב"א דכל תנאי שהיה לו זכות קודם התנאי, לטפויי אתא. וא"כ גם באחריות לשנתיים לטפויי אתא (דאפילו על בלאי יש אחריות לשנתיים) ולא לגרועי.

והשיבותי לו דלא דמי נדון השבו"י לנדו"ד. דשם לא הסתלק המוכר מהאחריות, משא"כ כאן הסתלק המוכר לאחר שנתיים במפורש (אם נפרש שהאחריות מגבילה בזמן טענת מום). וכל הדיון שם על מה שאמר הקונה איני צריך לאחריות שלך, דאין בדבריו משום מחילה. אבל פשיטא שאם המוכר היה אומר במפורש על-מנת שאין לך עלי טענת מום (לרמב"ם עד סכום מסוים), שוב אין מקום לדון על דברי הקונה, דסו"ס מחמת התנאי אין לו טענת מום, ומה לי בדבריו של הקונה, סו"ס קנה ע"ד התנאי. וכן הוא בנדו"ד (אם נאמר שהאחריות מגבילה).

ומש"כ מדברי הט"ז בחו"מ שלא, ב, לא דמי לנדו"ד. דנדון הרשב"א הוא כשמתנה דבר שיש לו זכות. כאן מתנה גם לזכות (תוך שנתיים) וגם לחובה (שאחרי שנתיים לא יוכל לחזור עליו), משא"כ בנדון הרשב"א הוי התנאה רק לזכות וליכא לפרושי גם לחובה, וע"כ לטפויי קא אתי.]

ח. בבאור שיטת הרמב"ם בסוגיא דספסירא

אלא שכאן עלינו לדון בטענה שמעלה הנתבע, שהיות והתובע פנה אליו לאחר כשלוש שנים, אין לו כבר כיום על מי לחזור, כיון שהיבואן לא יחזיר לו את דמי השטיח אלא רק עד שנתיים מיום הקניה. השאלה אם מבחינה הלכתית יש מקום לטענה זו. מה עוד שהתובע עצמו גילה את המום תוך שנתיים, ובפשיעתו (הזנחת טיפול) נגרם לנתבע נזק שאינו יכול לחזור על היבואן. התיחסות דלהלן היא בהנחה שאכן אין הנתבע יכול לחזור על היבואן (בהחלט יתכן שהנתבע יכול לתבוע את היבואן, ובודאי שיכול לתובעו לדין תורה, ובמידה ואינו צאית דינא יכול לתובעו בבימ"ש, ובכגון זה נשללה טענת הנתבע).

דהנה בגמ' ב"מ מב, ב באפורופוס של יתומים שמסר לרועה שור שקנה עבור היתומים, והתברר שלשור לא היו שניים וע"כ מת. ודנה הגמ' דאין לחייב את האפורופוס כיון שמסרו לרועה. ואף הרועה טוען שלא ידע שאין לו שיניים. ודנה הגמרא לחייב את הרועה מאחר והוא שומר שכר של היתומים והיה לו לעיין ולבדוק את השור. אי איכא פסידא דיתמי הכי נמי, והכא במאי עסקינן דליכא פסידא דיתמי, דאשכחוהו למריה דתורא ושקול יתמי זוזי מיניה. אלא מאן קא טעין, מריה דתורא קא טעין. איבעי ליה לאודוען. מאי מודעינן ליה, מידע ידע דמקח טעות הוי. (וכיון דמקח טעות מה שייך להודיעו, הרי המקח חוזר). ותירצה הגמ', בספסירא דזבן מהכא ומזבין להכא, הלכך משתבע איהו (הספסירא) דלא הוה ידע, ומשלם בקרא (לספסירא) דמי בשר בזול. ונשנו בסוגיא זו מספר שיטות בראשונים. הלכה זו נפסקה ברמב"ם בהל' מכירה טז, ט-יא, וז"ל:

"המוכר דבר שיש בו מום שאינו נראה, ואבד המקח מחמת אותו המום, הרי זה מחזיר את הדמים. כיצד - המוכר שור לחבירו שאין לו טוחנות והניחו הלוקח עם הבקר שלו, והיה מניח המאכל לפני כולו, ואוכלין, ולא היה יודע שזה אינו אוכל עד שמת ברעב, הרי זה מחזיר לו את הנבלה ויחזיר לו את הדמים, וכן כל כיוצא בזה. היה המוכר ספסר שלוקח מזה ומוכר לזה ואינו משהה המקח עמו ולא ידע במום זה, הרי הספסר נשבע שבועת היסת שלא ידע במום זה ויפטר, מפני שהיה על הלוקח לבדוק השור בפני עצמו ולהחזירו לו קודם שימות והיה הספסר מחזירו על המוכר הראשון. והואיל ולא עשה, הוא הפסיד על עצמו, וכן כל כיוצא בזה."

והטור והרב המגיד הקשו על הרמב"ם שמבואר דספסירא נפטר בשבועה, הרי בגמרא מבואר שהספסירא משלם ליתומים, והבקרא משלם לספסירא דמי בשר בזול. ועיין בכסף משנה שביאר את הסוגיא אליבא דהרמב"ם, ועי"ע בריטב"א הישנות (מב, ב ד"ה ומצאנו). ומבואר ברמב"ם דהדין הוא בין בלוקח עצמו ובין כשמסר לבקרא, דאף בלוקח עצמו היה עליו לבדוק כשקנה מספסירא. והרמ"א בחו"מ רלב, יח, לאחר שהמחבר הביא את דעת הרמב"ם, כתב דהסרסור צריך לשלם, וכדעת הטור, ולא הזכיר שהבקרא צריך לשלם לספסירא. ועיין בבאר הגולה (ס"ק ר) שנשאר בצ"ע על הרמ"א, וכן תמה בבאור הגר"א, שישב וז"ל:

"וצ"ל דס"ל לטור ורמ"א דוקא בקרא דהוי שומר שכר וצריך לנטור נטירותא יתירה וכמשי"כ שם (ב"מ) צג, עיי"ש בסוגיא, משא"כ בלוקח עצמו, כיון דהמקח טעות אינו שומר שכר עליו, ועיין סעיף כא, וצ"ע."

הגר"א בא לבאר מדוע הרמ"א לא כתב שעל הספסירא לשלם רק חלק מדמי המקח (שליש - דמי המקח פחות דמי בשר בזול, עיין רש"י), שהרי הבקרא משלם לספסירא דמי בשר בזול, א"כ אין על הספסירא אלא דמי מקח פחות דמי בשר בזול, והוא הדין בלוקח עצמו שלא מסר לבקרא שאין הספסירא משלם לו אלא חלק מדמי המקח. ע"כ עונה הגר"א דיש לחלק בין לוקח עצמו לבקרא, דבקרא הואיל והוא שומר שכר, היה עליו לבדוק את השור, ומדלא בדק, חייב לשלם דמי בשר בזול. משא"כ לוקח עצמו שאינו שומר שכר, אין לספסירא טענה עליו, ועליו לשלם את כל דמי המקח.

אלא שהגר"א הקשה ממה שפסק המחבר בחו"מ רלב, כא, דמבואר שם שאם הלוקח לא הודיע למוכר שהוא מוליכו למדינה פלונית, והוליקו לשם ונמצא בחפץ מום, "הרי זה ברשות לוקח עד שיחזיר המקח במומו למוכר". ושם בסע' כב פסק המחבר דאחריות הלוקח הינה אפילו על גניבה ואבידה. והטעם - שהלוקח מקח ונמצא בו מום, הרי הוא שומר שכר על המקח. לפ"ז הקשה הגר"א על סברתו שביאר בדברי הרמ"א, דאם הלוקח שומר שכר, א"כ היה לו להתחייב בדמי בשר בזול. אמנם בפשטות היה מקום לומר שכל הדין שהלוקח דינו כשומר שכר הינו רק במקרה שכבר התגלה המום, דכיון שהמקח נועד לחזרה למוכר, הלוקח הינו שומר שכר של המוכר, דקודם גילוי המום, מה לו ללוקח ולהיותו שומר של המוכר. ע"כ בנדון של ספסירא שלא גילה את המום עד שמת השור, אינו כשומר שכר של הספסירא ומשלם הספסירא כל דמי השור. ועיין בנתיבות רלב, ט שדן בענין היות הלוקח שומר שכר, והסיק הנתיבות שם:

"ויותר נלפענ"ד דהוה שומר שכר מטעם כיון דאחר שנתודע לו המום ונתרצה לו הלוקח אפילו שלא בפניו, שוב אין המאנה יכול לחזור בו, א"כ אם היה רוצה הלוקח לקדש בו אשה או לקנות בו עבדים וקרקעות או אם נזדמן למוכרו ביוקר, היה יכול למוכרו ולהרויח בו, בהאי הנאה הוי ליה שומר שכר לעולם בין נתן המעות ובין לא נתן, וכן נראה עיקר."

הרי שכל טעם זה שייך רק באופן של אחר גילוי המום, ורק בזמן זה הוא שומר שכר, כמבואר לפי טעם הנתיבות. לפ"ז בספסירא שלא גילה המום אלא לאחר שמת השור, לא היה שומר שכר כלל, ומשלם הספסירא כל דמי המקח.

אלא שלפ"ז בנידון שלפנינו גילה הקונה את המום עוד בטרם תחלוף האחריות של

השנתיים, וע"כ מיד בשעת גילוי המום הרי הוא שומר שכר, וכיון שאם היה מודיע למוכר לאלתר שגילה את המום, היה המוכר מחזיר את השטיח ליבואן, ומדלא הודיעו והחזיר המקח, הרי פשע בשמירתו (ע"ן נתיבות רלב, ט ורלב, יא) ואין לחייב את המוכר בכל דמי המקח אלא בניכוי "דמי בשר בזול" (ושעורו יבואר להלן). יצא לפ"ז, שאם היה הלוקח מגלה את המום לאחר תקופת האחריות, היה על המוכר לשלם את כל דמי המקח, דהלוקח שומר לאחר שמת כבר השור, משא"כ כשגילה את המום תוך תקופת האחריות, מיד נעשה עליו שומר, ואפילו אם היה רק שומר חנם (ע"ן נתיבות רלב, ו) היה מתחייב הלוקח "בדמי בשר בזול" כיון שפשע ולא הודיעו.

[וראיתי לגר"ח העליר בספרו לחקרי הלכות (סי' רלט) שכתב לבאר בדברי הרמב"ם, דהואיל וכל לוקח אפילו לקח על-מנת לבקרו וגילה דעתו שאינו חפץ במקח, דדינו כשומר שכר כמבואר בשו"ע חו"מ ר, יא וסי' קפו, א"כ הוא הדין הכא האי לוקח אף דנמצא מום, מ"מ לא גרע מנוטל על-מנת לבקרו וגילה שאינו חפץ במקח דדינו כשומר שכר, וכיון דדינו כשומר שכר, מוטל עליו לבדקו. ודבריו צ"ב, דהא התם בלוקח על-מנת לבקרו גילה דעתו שאינו חפץ במקח, משא"כ כאן כשגילה את המום ואינו חפץ במקח כבר נפסד המקח. ואם כוונתו שאף קודם גלוי המום דינו כשומר שכר, א"כ מדוע דימה ללוקח על-מנת לבקרו והודיעו שאינו חפץ במקח, והא לא דמי אלא ללוקח קודם שגילה דעתו.]

והב"י (חו"מ רלב, טז) דן בענין מה שהביא הטור שם מתשובת הרא"ש, במי שמכר ביצים לחבירו ונמצאו מוזרות שאינן ראויות לאכילה, דאע"פ שלא הכיר בהן המוכר הוי מקח טעות. וכתב הב"י דאף הרמב"ם מודה לרא"ש בנידון ביצים ונמצאו מוזרות, ולא דמי לנידון ספסירא, דבספסירא היה על הבקרא או הלוקח לבדוק את השור ולהחזירו לספסירא קודם שימות, אבל במוכר ביצים לחבירו ונמצאו מוזרות "דלא שייך האי טעמא, דהא אין אדם עשוי לבקע ביצים אלא בשעה שהוא צריך להם", אף לשיטת הרמב"ם הוי מקח טעות ומחזיר הלוקח את הביצים למוכר.

עולה מדברי הב"י, דשיטת הרמב"ם שיש למוכר טענה על הלוקח הינה רק במקום שהדרך לבדוק את המקח, וכגון בשור שהדרך לבדוק את השור אם יש לו שיניים תוך הזמן שיכול למות מחמת חוסר אכילה, או לבדוק אם אוכל, אבל במקום שאין דרך לבדוק, אין למוכר טענה על הלוקח מדוע לא בדק וגרם להפסד המקח. אמנם בעצם הדין היה נלענ"ד לחלק בין נידון הביצים המוזרות לנידון השור, בביצים מוזרות כאשר יבדוק (בקיעת הביצים) כבר אין מה להחזיר. בדיקתן היא הפסדן. משא"כ אם בודקין את השור אם יש לו שיניים, אין זה הפסדו. ובהכי אתי שפיר נמי מה שהקשה הריטב"א (הישנות, ב"מ מב, ב ד"ה ומצאנו) על דברי הרמב"ם מהגמ' בכתובות עו, ב בדין מחט שנמצאה בעובי בית הכוסות, שאם היתה המחט בזמן המכר, מחזיר הלוקח את הפרה ומחזיר למוכר ללוקח את דמי הפרה, ואמאי מחזיר המקח, הרי יכול המוכר לטעון שהיה ללוקח לבדוק. ותירץ הריטב"א דהתם (מחט בעובי הבית הכוסות) הוא דבר שאינו ניכר בבהמה עד שישחטנה, הלכך לא יכל להודיעו ומשום הכי הוי מקח טעות. ולכאורה היה יכול לתרץ כמש"כ, דבדיקתה היינו הפסדה, וע"כ לא יכל לבדוק ואינו יכול לבוא בטענה אמאי לא בדק. (וע"ע בתורת חיים, ב"מ מב, ב סד"ה בספסרא).

אך מ"מ עולה שהב"י והריטב"א כ"א תירץ בדרכו. אליבא דהב"י המודד לקבלת טענת המוכר מדוע הלוקח לא בדק (וכשיטת הרמב"ם), הינו אם הדרך לבדוק, אם אדם עשוי לבדוק, ואילו לדעת הריטב"א המודד הוא אם שייך לבדוק. והנפק"מ תהיה לענין נידון דידן. דבשטיח אין דרך להרטיבו במים כדי לבדוק את עמידות החוטים והצבע למים, אך יש את האפשרות לעשות זאת. וע"כ אליבא דהב"י לא יכול המוכר להאחז בדברי הרמב"ם ולפטור עצמו בטענה כלפי הלוקח מדוע לא בדק, כיון שאדם לא עשוי לבדוק כנ"ל, משא"כ לדעת הריטב"א, כיון שיכול לבדוק, יכול המוכר לטעון שהיה ללוקח לבדוק. [ולמש"כ לחלק בין כשהבדיקה יוצרת את עצם הקלקול, בנידון השטיח, במידה ותוצאות הבדיקה יהיו חיוביות הרי שלא יפסד השטיח, ואין הבדיקה כרוכה בקלקול השטיח.]

ט. החילוק בין שיטת רב האי גאון לשיטת הרמב"ם

רב האי גאון (בספר המקח שער מט) למד את סוגיית הגמרא מעין שיטת הרמב"ם,

אך טעמו שונה, וז"ל (כפי שהובא באבן האזל, מכירה טז, יא):

"כל היכי שנשלם המכר בין המוכר והלוקח ומשך את שלו ואירע בו שום הפסד או שום אונס, ודאי וברור דאותו הפסד אינו אלא על הלוקח, אא"כ יש טעות באותו מקח, או כגון שהיה מום מוסתר דלא היה נראה, והיה ראוי אותו חפץ שיפסיד מחמת אותו מום קודם שנראה ונתגלה, יש מן הדין על המוכר שיחזיר הדמים ללוקח, אא"כ הוא המוכר אדם ספסר והדומה לו ... דכהאי גוונא כיון דאינו ממתין על החפץ עד שיתראה בו מומו, איכא למימר דאימר לא נראה לו המום ולא ידע בו. הלכך ישבע ספסר, שהוא המוכר, שלא ידע באותו מום ולא הכיר בו, ויפטר מלשלם הדמים ללוקח."

את החילוק בין שיטת רב האי גאון לשיטת הרמב"ם, מסביר הגרא"ז באבן האזל (שם). אליבא דשיטת הרמב"ם טענת המוכר היא שהלוקח פשע במה שלא בדק את השור. פשיעת הלוקח היא הטענה והגורם לאי החזרת המקח. משא"כ לשיטת רב האי גאון זהו דין מדיני המקח דמקח טעות חוזר כאשר מחזיר הלוקח את המקח הפגום, ואחר כך מחזיר לו המוכר את הדמים. אולם כאשר אין הלוקח מחזיר את המקח, חייב המוכר להחזיר את הדמים רק אם יש לומר שהמוכר ידע שיש מום במקח, אבל אם המוכר לא ידע מהמום ונאבד המקח אצל הלוקח, אפילו לא פשע הלוקח במקח, אין המוכר מחזיר לו דמיו. וסובר רב האי גאון "דכיון דעכ"פ יצא היזק למוכר במה שנאבד המקח אצל הלוקח, גם בלא דין פשיעה מצד הלוקח, פטור המוכר מלהחזיר המעות, אם לא ידע שהוא מקח טעות".

לפי רב האי גאון צריך לומר שחולק על מה שהביא הטור בשם הרא"ש בדין ביצים מוזרות, דכיון שלא היה על המוכר לדעת במום, אין הלוקח מקבל חזרה את דמיו כשאינו מחזיר את הביצים. אך עדיין צ"ע מהגמ' בכתובות עו, ב בדין מחט שנמצאה בעובי בית הכוסות, דלהסבר זה של רב האי גאון, הרי המוכר לא פשע במום זה ואמאי מחזיר דמיו. ועיין באבן האזל שם (בד"ה והנה) שהקשה כן למסבירים את הרמב"ם שאין בספסירא מקח טעות, והוא הדין לשיטת רב האי.

י. דמי בשר בזול

אולם הראשונים האחרים פירשו את הסוגיא דספסירא באופן שונה, עיין ברש"י ובתוס' וברא"ש שם. אליבא דהראשונים הנ"ל משלם הספסירא ליתומים את כל דמי השור, ומשלם הבקרא לספסירא דמי בשר בזול, דהיינו שני שלישי מדמי הבשר, וכן יחזיר העור לבעלים. יוצא שלמעשה מפסיד הספסירא קצת פחות משליש מדמי השור. והרמ"א בחו"מ רלב, יח פסק כדעה זו, וחלק על המחבר שפסק כרמב"ם, וז"ל הרמ"א:

"ויש חולקין וסבירא להו דאפילו הסרסור צריך לשלם, דאע"ג דהוא נתאנה, אין לו להונות אחרים, והוא הדין בכל כיוצא בזה."

הרמ"א מתיחס לדברי המחבר שהביא כדברי הרמב"ם שמדובר בלוקח ולא בבקרא, כפי שנתבאר לעיל, וע"ז כתב דהספסירא צריך לשלם ללוקח. ועיין בגר"א (שהובא לעיל) דלוקח אינו שומר שכר, ולא דמי לבקרא. ועיין מש"כ לעיל דבנדון דידן כיון שנודע לתובע קודם תקופת האחריות על המום, הו"ל שומר שכר וחייב גם לשיטת הראשונים הנ"ל והרמ"א שפסק כמותם. וכן נראה ע"פ מש"כ הנתיבות (רלב, ו בסופו) דהיכא שפשע הלוקח, ודאי דאין לחייב את הספסירא. ונראה דהן למש"כ בדעת הגר"א והן לדעת הנתיבות, ישא המוכר בחלק מההפסד, אף במקום שפשע הלוקח, והדבר יהיה נתון במחלוקת רש"י ותוס'.

דהנה בסוגיא נחלקו רש"י ותוס' בבאור יסוד הדין של תשלום "דמי בשר בזול" שמשלם הבקרא. רש"י (בד"ה ומשלם), כתב וז"ל:

"... ומיהו אי הוה מפסדי יתומים, לא היה עושה פשרה בממון יתומים לשלם בזול, דיתמי לאו בני מחילה נינהו. אבל עכשיו שהוא מגבה לבעלים, וכאן אין פשיעה כל-כך, דאמר בהדי תוראי אוקימתיה וכו',

הטיל פשרה ביניהם ולא ישלם כל דמי השור כמות שהוא חי אלא העור
יחזיר לבעלים והבשר שמין, וישלם שני שלישים ...”

מבואר מדברי רש"י שהסיבה לפשרה היא מפני שלא היתה כאן פשיעה כל-כך של
הבקרא, ע"כ אין הבקרא משלם אלא שני שלישים, ודין זה הוא פשרה בין הבקרא
לספסירא. ובתוס' (בד"ה דמי) פירשו באופן שונה, וז"ל:

”ורבינו תם פירש דדין גמור הוא, דאם היה מודיעו היה הספסירא
שוחטו מיד ומוכרו בזול, ולא היה יכול להשהותו עד יום השוק,
שהיה מת קודם.”

הנפק"מ בין רש"י לתוס' - במקום שפשע הבקרא פשיעה גמורה, דלדעת רש"י כיון
שפשע אין מקום לפשרה, וחייב הבקרא לשלם לספסירא כל דמי השור. משא"כ לפי
תוס', אף אם פשע הבקרא לא הפסידו אלא שליש מדמי הבשר, שאף אם היה שוחטו
קודם יום השוק היה מפסיד שליש מדמיו. ומחלוקתם הינה נפק"מ לנדון דידן. שאם
נאמר כרש"י דכל היכא שפשע הלוקח אין המוכר צריך להחזיר לו דמי המקח, א"כ
הוא הדין והוא הטעם בנידון דידן אין על הנתבע להחזיר ללוקח דמי השטיח, כיון
שפשע במה שלא החזיר לו את השטיח תוך השנתיים. אולם לפי שיטת התוס', התובע
יפסיד את מחיר השטיח שעלה למוכר אצל היבואן, שהרי אף שיכול הנתבע להחזיר את
השטיח ליבואן, לא יזוכה אלא במחיר ששילם ולא בכל מחיר השטיח, ובמכירת
שטיחים שפער המחירים הוא גדול, יספוג התובע רק את מחיר השטיח ששילם הנתבע
ליבואן.

וכדעת התוס' נמצא ברא"ש (פ"ג דב"מ הכ"ד), וכן נראה מדברי הראב"ד שהביא
הרא"ש שם בסוף דבריו. דהראב"ד פירש, דכיון שלא שמרו את השור כראוי, משלם
הבקרא "מה ששור שוה לשחיטה יותר בזול משור לחרישה, כי הוא מוכרו להן בדמי
שור לחרישה והם לא יפרעו לו אלא דמי שור לשחיטה". ועיין שם בפלפולא חריפתא
ס"ק ג בבאור דברי הראב"ד, דאין השומר משלם אלא מה שהפסיד ולא הפסיד לו אלא
דמי שור לשחיטה, עיי"ש. וכדעת רבינו תם מבואר בדברי הריטב"א (החדשות, ד"ה
ומשלם). וכן נראה מדברי הרשב"א (עיין בד"ה ומשלם), והביא שכן דעת הרז"ה,
דכיון דבשר שור זה כחוש, כיון שלא היה אוכל, שוה בשר השור בשליש פחות. וכן
מבואר בדברי הרמב"ן (עיין בשטמ"ק ד"ה וז"ל הרמב"ן), ועיין במאירי ד"ה היה.
לפי"ז בנדון שלפנינו ישלם התובע לנתבע את ההפרש בין מחיר השטיח למחיר ששילם
ליבואן על השטיח.

יא. מזיק דבר הגורם לממון

אלא שאם נדון את התובע כמזיק לנתבע במה שלא החזיר לו את השטיח קודם תום
תקופת האחירות, א"כ השטיח אינו שוה למכירה, וכל שוויו הוא שיכול הנתבע
להחזירו ליבואן, והרי השטיח דינו כדבר הגורם לממון, והתובע הזיק לנתבע דבר
הגורם לממון.

והנה בגמ' ב"ק ע"א, ב אוקמא לרבי מאיר המחייב בטובח שור הנסקל בגוונא דנגח
בבית שומר ונגמר שם דינו לסקילה, וס"ל לרבי מאיר כרבי שמעון דדבר הגורם
לממון כממון. והקשו שם התוס' (ד"ה וסבר), דאמאי איצטריך למימר דרבי מאיר
ס"ל כרבי שמעון, הוה מצי למימר דר"מ לשיטתיה דדאין דינא דגרמי, וכ"ש דס"ל
דדבר הגורם לממון כממון. ותירצו התוס' ג תירוצים, וז"ל:

”וי"ל, דאיכא נמי סברא למימר איפכא, דע"כ לא מחייב רבי מאיר אלא
בדינא דגרמי, כגון בשורף שטרותיו של חברו וכיוצא בזה, שראוי
השטר לכל העולם למכור ולגבות בו, וכן במסכך גפנו ע"ג תבואתו של
חבירו ראויה התבואה לכל העולם, אבל דבר הגורם לממון, כגון שור
הנסקל וקדשים שחייב באחריותן, אינו ראוי אלא לזה שיפטר בו
עצמו, לא יחייב ר"מ, להכי קאמר דסבר לה כרבי שמעון. ויש מפרשים
דלהכי קאמר דס"ל כר"ש, משום דר"ש קאמר להדיא דחייב ארבעה
וחמישה בדבר הגורם לממון, אבל ממאי דמחייב ר"מ בדינא דגרמי,

אין להוכיח שיחייב ארבעה וחמישה בדבר הגורם לממון. וריב"א מפרש

דבדינא דגרמי לא מחייב ר"מ אלא מדרבנן..."

וכן נמצא בדברי התוס' בכתובות לד, א ד"ה סבר. הנפק"מ בין תירוצי התוס' - האם לדין דקיי"ל כרבי מאיר המחייב בגרמי, יהיה חייב לשלם אם הזיק דבר שראוי רק לניזק עצמו ולא לכל העולם, כגון שור הנסקל, שראוי רק לשומר להחזירו לבעליו ולומר לו הרי שלך לפניך, או אם הזיק חמץ שנגזל ועבר עליו הפסח ועודו בבית הגזלן, דראוי רק לגזלן להשיבו ולומר לו הרי שלך לפניך, או כנדון דידן שהזיק לנתבע את השטיח, שאין לו שווי עצמי אלא להחזירו ליבואן, דלתרוצא קמא דתוס', מאי דפסקינן כר"מ בדינא דגרמי היינו רק בהזיק דברים הראויים לכל העולם, כגון שורף שטרותיו של חברו, הראויים לכל העולם ע"י מכירה, דקיי"ל כוותיה דחייב, אך במזיק דבר הראוי רק לניזק יש סברא לומר דמודה רבי מאיר לחכמים דפטור, משא"כ לשני תרוצי התוס' האחרים אין חילוק. וא"כ דינא דידן תלוי בתרוצי התוס'. ועיין בש"ך סי' שפו ס"ק יא, וז"ל:

"כתב הרמב"ן בדינא דגרמי שלו, דהוא הדין במי שגזל חמץ ועבר עליו הפסח, שהיה יכול להחזירו לנגזל ולומר לו הרי שלך לפניך, ובא אחר ושרפו, חייב לשלם לגזלן מדינא דגרמי, שהרי גרם להפסיד ממון מכיסו. ורש"י פרק הגוזל קמא סי' יט כתב עליו, ולא ידעתי על מי סמך שחולק על הסוגיא בב"ק צח, ב שהשורף חמץ באנו למחלוקת ר"ש ורבנן, ומאחר דהלכה כרבנן א"כ משמע להדיא דפטור. ולא קשה מידי, דהרמב"ן ס"ל כתירוץ היש מפרשים בתוס' ב"ק עא, ב וכתובות לד, א, דתרוצא קמא של התוס' לא מסתבר כלל, וכמש"כ לעיל ס"ק א, דמה לי ששואה לכל העולם או ששואה לו, סוף סוף גרם לו הזיק, וכן מצאתי בריטב"א פרק אלו נערות שהכריע כתירוץ היש מפרשים הנ"ל, וכתב שהוא נכון, וא"כ הרמב"ן פסק כסוגיא דמרוכה ואלו נערות דהוא סוגיא דסתם ש"ס, ולא כדברי רבה דס"ל דהשורף חמץ באנו למחלוקת ר"ש ורבנן."

היוצא מדברי הש"ך, דהן הרמב"ן והן הריטב"א פליגי על תירוצא קמא דתוס' הנ"ל, וס"ל דאין חילוק בין ראוי לכל העולם או ראוי רק לניזק, ואף שהישיש הקשה על הרמב"ן מדברי רבה דהשורף חמץ באנו למחלוקת ר"ש ורבנן, וא"כ אגן דקיי"ל כרבנן פטור, י"ל דסוגיית הש"ס בפי' מרובה ובפי' אלו נערות אוקמא כרבי שמעון, וגם בדבר הגורם לממון חייב. אלא דהש"ך בעצמו ממשיך בסוף דבריו ופוסק דמכיון דכל דינא דגרמי הוא קנס שקנסו חכמים, בכהאי גוונא דלא שכיחא לא גזרו. (וע"ע בקצוה"ח שפ"א, מש"כ בחילוק בין דינא דגרמי לדבר הגורם לממון). ועיין ברשב"א בתש" (ח"ג סי' קו) שכתב "דטפי איכא לחיובי גורם לממון מדינא דגרמי", ויותר חמור גורם לממון מדינא דגרמי, עיי"ש, והיינו כדעת הרמב"ן הנזכרת בש"ך. וכן מבואר בחידושי לב"ק (עא, ב ד"ה סבר) שהקשה דמאן דדאין דינא דגרמי, כל-שכן דמחייב בדבר הגורם לממון. ותירץ דלענין תשלומי ארבעה וחמישה יש לומר שדבר הגורם לממון אינו ממון, עיי"ש. והיינו שלענין תשלומי הקרן הוי ממון אליבא דמאן דדאין דינא דגרמי, ואפילו לרבי שמעון דלא דאין דינא דגרמי, הוי ממון גמור. (ועיין בדבר אברהם) (ח"ג כה, ב) שכתב דבדבר הגורם לממון נעשה לבעלים על הדבר כולו ולא רק על הגורם לממון, בניגוד לדינא דגרמי, עיי"ש. וע"ע בהגהות עלי זית על הספר זית רענן - סוף ח"ב בהגהות לסי' פד, ג). אמנם בדברי המאירי (ב"ק צח, ב ד"ה שמא) מבואר דבמזיק דבר הגורם לממון פטור, וז"ל:

"וכבר ידעת שהלכה כדברי האומר דנין דינא דגרמי, אבל ענין חמץ זה אינו בכלל דינא דגרמי אלא בדין דבר הגורם לממון שאינו כממון, ודבר הגורם לממון הוא דבר אחר בזולת דינא דגרמי ... ונשאר דינא דגרמי ודבר הגורם לממון דינים חלוקים, זה פורש לחיוב וזה פורש לפטור, כמו שבארנו."

אלא שראיתי לנתיבות רלב"ו שהקשה על שיטת הרמב"ם בסוגיא של ספסירא (שהלוקח מפסיד את דמי מקחו), ומשמע שאפילו דמי השור אינם שוים כל-כך, מ"מ חייב משום שהיה הספסירא יכול להחזירו למוכר, דהרי גוף השור אינו שוה אלא להחזירו למוכר, א"כ מאי שנא משטרות דפטור אפילו מפשיעה כיון שאין גופם ממון. ותירץ הנתיבות, וז"ל:

"וצ"ל דחיובו הוא כיון דספסרא הוא שמוכר מיד ואי אפשר לו לבדקו, הוי כאילו אמר לו זיל עיין ביה אי אית ליה ככי ועלך קא סמיכנא ... וא"כ דמי למראה דינר לשולחני דחייב ... וא"כ הכי נמי דכוותיה כיון שלא הודיעו אחר זמן אכילה הוי כאילו אמר ליה דאית ליה ככי ולכך חייב."

וצ"ע אם סברא זו דאומר לו עלך קסמיכנא שייכת בכל הענינים של מכירת חפץ, ואם שייכת גם בנדון שלפנינו במכירת שטיח, דלא מסתבר שנראה את הנתבע כאומר לתובע חזי דעלך קסמיכנא לבדוק אם השטיח עמיד למים, וצ"ע. אמנם כל זה לשיטת הרמב"ם, אבל לשיטת התוס' שסוברים שמשלם הבקרא לספסירא כמה שהפסיד לו בדמי השור (דמי בשר בזול), לא הקשה הנתבות מידי, דודאי הוי הפסד גמור מה שלא החזיר לו השור ויכל לשוחטו. אמנם הדיון שייך בנידון דידן שאין מה להחזיר ואף אם היה מחזיר אינו שוה אלא לחזרה והוי גורם לממון, ותלוי הדין במחלוקת הראשונים הנ"ל. ובדאי שיכול המוחזק (הנתבע) לטעון קים-לי כשיטת הרמב"ן והריטב"א והרשב"א, וכשני תרוצי התוס', שחייב במזיק דבר הגורם לממון, ולא יוכל להתובע להסתייע בטענה זו.

יב. התחייבות המוכר לקבלת המקח בחזרה, ותשלום הבדיקה במכון התקנים

בנדון שלפנינו כשפנה התובע לנתבע בענין המום, ענה לו הנתבע שבמידה ויתברר שהשטיח לא עמיד למים, יחזיר לו את כספו חזרה, וכן אמר לו לשלוח לבדיקה למכון התקנים, ועל-סמך הבטחתו שלח התובע את השטיח למכון התקנים בהוצאה כספית כוללת של 558ש"ח. הנתבע טוען שאמר לו כן כשלא ידע עדיין שהאחריות מוגבלת לשנתיים, וע"כ חוזר הוא מהבטחתו שהיתה בטעות.

בענין זה נראה לקבל את טענת הנתבע ביחס להתחייבותו להחזר המכר, אך לא ביחס לתשלום עבור הבדיקה במכון התקנים. לענין התחייבותו להחזר המכר במידה והתוצאה במכון התקנים תוכיח שהשטיח אינו עמיד למים, הואיל וענין האחריות לא עלה בשעת הבטחתו, יתכן ולא העלה על דעתו שהאחריות פגה, וע"כ כל ההבטחה הינה מוטעת מבחינת הנתבע. אולם בענין תשלום דמי הבדיקה, הואיל והנתבע הציע את הבדיקה וגרם לתובע הוצאה כספית, הרי זה בבחינת "לך ואני אבוא אחריד", שדינו מבואר במרדכי בסנהדרין (סי' תשז) וברמ"א חו"מ יד, ה. והיינו, כאשר אדם מציע לשני דרך מסוימת הכרוכה בהוצאה, אם גרם לו הוצאה, חייב לשלם כפי שהוציא. וכאן ברור שאם הבדיקה מעלה שהשטיח אינו עמיד למים, שחייב הנתבע בהוצאות, שהרי גרם בהבטחתו זו הוצאות לתובע, וע"כ עליו לשאת בהוצאה זו.

יג. הדין בנדו"ד

ונראה שהדינים העולים מסוגית ספסירא, שרירין וקיימין גם אם נפרש את האחריות כמשי"כ לעיל, שאין הזמן מוגבל בטענה על פגם מהותי במוצר. דהרי בסוגית ספסירא לא היתה הגבלת זמן לחזרה ממום, ובכל זאת חייב הבקרא לשלם לספסירא מה שהפסידו. אלא שבנדון דידן איני בטוח מהבחינה העובדתית שאין הנתבע יכול לחזור על היבואן. גם אם יבוא היבואן ויכריז שאינו מקבל את הסחורה בחזרה, אין הכרח שכך ינהג בסופו של דבר במערכת היחסים שבינו לנתבע. מה עוד שלנתבע שמורה הדרך לתבוע את היבואן בדין תורה (וגם בבימ"ש נראה שיש מקום לחייב את היבואן בחזרת דמי המכר). ואף שגם היבואן הינו ספסירא, מ"מ יכול להחזיר למפעל בבלגיה עמו הוא מקיים קשרי מסחר.

כאשר אנו באים לפסוק הלכה למעשה בדו"ד שבא לפנינו, יש בפנינו שתי אפשרויות: או לקבוע שהמקח חוזר לחלוטין, לחייב את התובע בהחזר דמי המכר, בניכוי ערך של הזמן שהשתמש התובע בשטיח, וכמו שפסק במחבר בשו"ע חו"מ רלב, טו, וז"ל:

"המוכר קרקע לחבירו ואכל פירותיה ולאחר זמן נראה לו בה מום, אם רצה להחזיר הקרקע לבעלים, מחזיר כל הפירות שאכל, ואם היה חצר

ודר בו, צריך להעלות שכר."

ובנדו"ד יהיה על הנתבע לשלם לתובע סך 4,000 ש"ח (ונראה שאין לשלם לפי ערכים דולאריים כתביעת התובע, עיין ברית יהודה כח, טז, ואף שיש צדדים להקל להצמיד לערך השטיח כיום, עיי"ש, היינו אם יתן לו שטיח במחיר שווי שטיח כזה כיום). מהמחיר הנ"ל יש לנכות מה שהשתמש התובע בשטיח במשך שנתיים (ללא כתמים), וקשה לחשב את מחיר שכירות השטיח לשנתיים, אך לענ"ד % 25 מערכו נראה כסכום סביר, וע"כ ישלם הנתבע לתובע סך של 3000 ש"ח. אך כל זה מותנה בכך שהנתבע אכן יוכל לחזור ליבואן ולקבל כספו בחזרה, דאל"כ קמה וגם ניצבה טענת הנתבע שאין לו על מי לחזור, וכדינים העולים מסוגית ספסירא. [יש לציין שבתחילה כתבתי סכומים אחרים, אך שיניתי את הסכומים ע"פ דעת הרוב של עמיתי הדיינים].

אפשרות שניה - לקבל את הצעת הנתבע ולהשאיר את המקח ביד התובע ולקבוע שיעור פיצוי עבור הפגם, הואיל והתובע גרם לנתבע נזק במה שלא יוכל לחזור על היבואן. בשעור הפיצוי יש להתחשב במתח הריוחים הנהוג בעסקי השטיחים, שהוא מתח ריוחים גבוה. שעור הפיצוי צריך להיות כשעור הריוח שהיה למוכר (הנתבע) בעיסקה זו, והואיל ומדובר בפיצוי, ניתן לחשב את הפיצוי לפי הריוח בערכים דולאריים. לפ"ז נראה לי סכום של 2,000 ש"ח כפיצוי סביר עבור הפגם הנידון.

יש לאפשר לנתבע לבחור באחת משתי האפשרויות: או לקבל את השטיח בחזרה ולשלם לתובע סכום של 3,000 ש"ח, או להשאיר את השטיח אצל התובע, ולשלם לתובע סכום של 2,000 ש"ח. באופן זה יוכל הנתבע לממש את האפשרות של תביעה מהיבואן לקבל בחזרה את השטיח הפגום, ולהמנע מהנזק שנגרם לו באי החזרת השטיח תוך זמן האחריות. על הנתבע להודיע לתובע תוך 30 יום אם ברצונו לקבל את השטיח חזרה, ובמידה ולא יודיע על-כך, עליו לשלם לתובע סך של 2000 ש"ח.

כמו-כן על הנתבע לשלם לתובע (בזמן החזרת השטיח או תוך 30 יום) את מחיר עלות הבדיקה במכון התקנים וההוצאות הנלוות בסך 558 ש"ח. כמו-כן הוצאות הובלת השטיח חזרה לנתבע, חלות על הנתבע, וזאת כאמור בשו"ע חו"מ רלב, כא.

לאור האמור לעיל:

א. מאפשרים לנתבע לבחור באחת משתי האפשרויות:

1. לבטל את המקח ולשלם לתובע סך של 3,000 ש"ח.

2. לשלם לתובע פיצוי בסך 2,000 ש"ח, והשטיח ישאר ברשות התובע.

ב. על הנתבע להודיע לתובע תוך 30 יום בחר באפשרות א/1.

ג. במידה ולא יודיע, עליו לשלם כאמור בסעי' א/2.

ד. בנוסף לאמור לעיל, על הנתבע לשלם לתובע סך של 558 ש"ח.

ה. במידה ויבחר הנתבע באפשרות א/1 - הוצאות הובלת השטיח חזרה, חלות על הנתבע.

מסקנות

א. כאשר נפלה מחלוקת בין קונה למוכר בסיבת הפגם במקח, יש לראות בתוצאות

בדיקת מכון התקנים כהוכחה מחייבת, בפרט שהצדדים הסכימו לבדיקה זו.

ב. כאשר מציג המוכר אישור ממכון התקנים המתייחס לדוגמת המוצר ולא למוצר המסוים הנדון, יש להעדיף את חוה"ד המתייחסת למוצר הספציפי הנדון.

ג. שטיח שחלק ממנו אינו עמיד למים, הרי זה מום שהסכימו עליו בני המדינה שמחזירין בו המקח.

ד. נמצא מום במקח לאחר זמן רב מהקניה, יכול הקונה להחזיר המקח, ואינו מוגבל בזמן של "כדי שיראנו לתגר" כבאונאה.

ה. בטעם הדין - יש מהראשונים הסוברים שבמום אין דרך להראות לתגר, וע"כ אינו מוגבל בזמן. ויש הסוברים שבמום אין מקח כלל. ונפק"מ לענין מום שיכול להבחין לאלתר.

ו. מדעת הראב"ד המובאת בשטמ"ק, מבואר שגם במום במקח מוגבל בחזרה עד לזמן שיראנו לתגר. והראב"ד לא הזכיר דין זה בהשגותיו, ויש לכך סתירה מדברי הראב"ד שהובאו בריטב"א. ונראה שלא יוכל המוחזק לטעון טענת קים-לי, הואיל והמחבר והרמ"א והנו"כ סתמו שיכול לחזור לעולם.

ז. השתמש הלוקח במקח אחר ידיעת המום, אינו יכול להחזיר המקח.

ח. אם הודיע למוכר על המום ואח"כ השתמש, נחלקו האחרונים אם יכול להחזיר המקח.

ט. יש לחלק בין שימוש המוכיח על מחילה, לבין שימוש שנעשה באונס או למטרת שמירת החפץ, שאין בו משום מחילה ויכול לחזור מהמקח.

י. היות השטיח מונח במקומו על הריצפה ולא מגולגל במחסן, אינו מהוה ראייה על מחילת המום.

יא. קונה עם הארץ שלא ידע שהשימוש מהוה מחילה, מ"מ אם השתמש אינו יכול לחזור מהמקח, ויש חולקים.

יב. כאשר רוצה המוכר להגביל טענת מומים של הלוקח, עליו להתנות ע"כ מפורשות, ולדעת הרמב"ם עליו לפרט את המום אותו הוא חפץ להגביל.

יג. יש הסוברים שהרמב"ם הולך בזה לשיטתו שלא מועיל להתנות בדבר שאינו קצוב, וא"כ לחולקים על הרמב"ם בדין דבר שאינו קצוב, אינו צריך לפרש המום. ויש הסוברים שזהו דין מיוחד במום.

יד. נראה שהגבלת האחריות לזמן מתייחסת רק לבלאי ולא למום שהיה במקח בשעת יצירתו והתגלה לאחר זמן. ע"כ כאשר חלק מהשטיח אינו עמיד למים, אין הגבלת האחריות מונעת מחזרה מהמקח.

טו. בתנאים שמתנים בני אדם ביניהם, אזלין אחר הכונה ולא אחר הלשון.

טז. ע"פ חוקי המדינה - מום המוגדר כאי התאמה יסודית, מהוה סיבה לביטול המקח אפילו לאחר תום תקופת האחריות.

יז. לדעת הרמב"ם - אם המוכר הוא ספסירא (הקונה מאחד ומוכר לאחר) ואינו משהה המקח בידו ואינו יכול לדעת אודות המום, כשאין הספסירא יכול לחזור על המוכר הראשון, נשבע הספסירא ונפטר. ודעת הטור שמשלם ללוקח כל דמי המקח.

יח. כשגילה הקונה את המום תוך תקופת האחריות, מיד נעשה עליו שומר ומתחייב בהפסד שנגרם לספסירא.

יט. מהב"י נראה דאליבא דהרמב"ם יש לספסירא טענה על הלוקח דוקא במקום שהדרך לבדוק את המקח. ולדעת הריטב"א דוקא אם שייך לבדוק.

כ. לדעת רוב הראשונים בהסבר סוגית ספסירא, מפסיד הספסירא קצת פחות משליש מדמי המקח.

כא. רש"י ותוס' נחלקו בסיבת תשלום "דמי בשר בזול". לדעת רש"י זו פשרה כיון שלא היתה כאן פשיעה כל-כך מצד השומר. ולדעת תוס', כיון שלא הפסידו יותר. נפק"מ במקום שפשע פשיעה גמורה.

כב. דבר שאינו שוה אלא לחזרה, דינו כדבר הגורם לממון, ויש דעות שמזיק דבר הגורם לממון, פטור מלשלם.

כג. אמר המוכר לקונה שישלח לבדיקה את המוצר הנתון במחלוקת, אף אם העלה אח"כ טענה אחרת לאי ביטול המקח, אף אם טענה זו מתקבלת ע"ד ביי"ד, מ"מ חייב בתשלום הבדיקה.

כד. במידה והמוכר יכול להחזיר המקח ליבואן, עליו להחזיר את דמי המקח פחות דמי השימוש בחפץ.

כה. במידה והמקח ישאר ביד הלוקח, יש לקבוע שיעור פיצוי על המום הקיים.