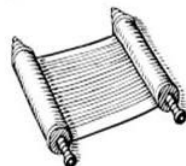


**2016 SBM *Teshuvot***  
Published by the  
Center for Modern Torah Leadership

***Center for Modern Torah Leadership***



חרות ואחריות

[www.TorahLeadership.org](http://www.TorahLeadership.org)

**"Taking Responsibility for Torah"**

## **Table of Contents**

<b>Introduction to Topic</b>	<b>3</b>
<b>SBM 2016 Shayla</b>	<b>5</b>
<b><u>Teshuvot</u></b>	
<b>Rabbi Aryeh Klapper</b>	<b>6</b>
<b>Shira Krinsky</b>	<b>20</b>
<b>Levi Mastrangelo</b>	<b>30</b>
<b>Leead Staller</b>	<b>33</b>
<b>Yoni Zolty</b>	<b>39</b>

## Introduction to Topic: “Retroactive Remorse: Unstated Conditions in Contractual Relationships”

The first level of moral responsibility is stimulus-response. When presented with an opportunity to do the right thing, people at this level notice the prompt and acts properly. This may involve as small a thing as expressing gratitude for an unexpected kindness, or as large as jumping into a burning building to rescue a trapped child.

The second level of moral responsibility is commitment. People at this level act not only for the moment but in order to become who they wish to be. This may involve as small a thing as learning daf yomi in order to know Shas, or as large as practicing smiling in bleak times so that one can greet every human being with a pleasant countenance.

The third level of moral responsibility is accountability. People at this level act not only for their own development, but for the sake of building a society that exemplifies their ideals. This may involve as small a thing as actively seeking out and supporting the people and work that bring one’s ideals to life, or as large as genuinely seeking out constructive criticism of one’s own character and work.

The highest level of accountability – and of love - is embodied in contracts, or covenants. Stimulus-response people make great dates; commitment people make great boyfriends and girlfriends; but halakhah teaches that true love is constituted by binding contracts that can be enforced on you even if you no longer feel the same way. This is why signing the halakhic prenuptial agreement is an ultimate Jewish expression of love.

And yet – halakhah permits divorce, and recognizes widowhood. Sometimes commitments end, and sometimes they need to be broken. Some should never have started. The job of halakhah is to create a framework of personal and social accountability that does not chain or imprison or even constrain autonomy more than absolutely necessary. (One task of a Jewish human is to become the kind of person who experiences halakhic observance as liberating.)

The 2016 Summer Beit Midrash grew out of my recognition that halakhah sometimes allows legal commitments, even marriage, to be torn out at the roots as if they never happened. How can that be done without jeopardizing the whole framework of accountability? If contracts can be broken just because they turned out badly for one party, aren’t all commercial relationships reduced to fly-by-night romances that exist only so long as they provide instant gratification?

My initial interest was in marriage, and was stimulated by the efforts of Rav Dovid Bigman and Rav Uriel Lavie to use the principle “She did not marry with that in mind” to free women who would otherwise be bound hopelessly to vegetative or absconded husbands. I thought of *kiddushin* and *nisuin* as specific kinds of contractual relationships, and so though it might be productive to understand how that principle had played out in Choshen Mishpat (civil law) as well as in Even HaEzer (family law).

But as so often happens in Talmud, an apparent tangent turned out to be the main line of inquiry.

The SBM Fellows and I ended up seeing contract law as a fascinating window on the nature and purpose of halakhah both classically and in our day. We grappled with general legal theory through the worknotes of Professor Chaim Saiman of Villanova Law School; with comparative contract law through the generosity of Professor David Morris Phillips of Northeastern University Law School; and with comparative marriage law through the generosity of Dr. Lisa Fishbayn Joffe of the Hadassah Brandeis Institute and the Boston Agunah Taskforce. We were privileged to hear guest shiurim and test ideas with Rabbi Chaim Jachter, author of the acclaimed Gray Matters book series; Rabbi Dov Linzer, Rosh Yeshiva of Yeshivat Chovevei Torah; and distinguished and beloved SBM alums Rabbi Jonathan Ziring and Yoetzet Halacha Ora Ziring of the Yeshiva University Torah MiTzion Beit Midrash Zichron Dov of Toronto. Most of all, we built a community of learning that was grounded in commitment and accountability. This was exemplified by the deeply serious responsa written by the fellows and myself individually and honed through collective critique.

It goes without saying that for those who care about halakhah, about Modern Orthodox halakhah, and about the full participation of women in the development and discourse of halakhah – there is nothing at all comparable.

It is my privilege to present you here with some of the fruits of our labors. We hope that they will give you joy in the moment; deepen your commitment to Torah; and help us build a relationship of mutual support and accountability.

## SBM 2016 Shayla

Shulamit Moskowitz Cherchofsky and Ezra Stiebel are a married couple in their early thirties. respectively, a Hebrew teacher and entrepreneur living in small rental quarters in Maalei Adumim. But they have a dream, embodied in a mortgage (51% paid off!) on a plot and a building permit on an as-yet-unbuilt-up hill in Efrat.

Reality intervenes. In January 2016, Shulamit is offered a job as a Hebrew teacher in a community Jewish school in Oklahoma City, Oklahoma. It seems a great opportunity for her, and they begin preparing for the transition. They plan to arrive on Oklahoma City on August 10, and get in touch with real estate agents immediately, hoping to buy.

First they sell the mortgaged land, to the American Orthodox developer Donald Chevremant, closing on February 28. Chevremant owns many other lots in the same area, and has been pressing them to sell for several years. Then Ezra puts in an order for 100 handpainted t-shirts featuring Kevin Durant in his OKC Thunder uniform at \$15 each, from the local designer Olga Cassini.

All seems in order until July 4. On that date, Kevin Durant chooses to sign with the Golden State Warriors. Within two weeks, Durant's restaurant in OKC closes, and there is no market at all, certainly in OKC, for T-shirts of him in a Thunder uniform.

Then, on July 28, they receive the news that the school is closing, for lack of funds.

Shulamit and Ezra sue Donald in a local beit din to undo the transaction. and get their land back. Donald counterclaims that the mere association of his name with their plot of land has raised its value significantly, and that he is at the least entitled to its current market price. He also asks for ZABLA. Meanwhile, Olga sues them for payment for the t-shirts, 50 of which she has already made. An arrangement is made to consolidate the cases in an ad hoc international beit din, and you have been appointed to the panel.

## Rabbi Aryeh Klapper

The Talmud cites two paradigm cases in which a sale can be reversed on the basis of a claimed reservation that was not both

- a. explicitly formulated as a condition of the sale, and
- b. agreed to by both parties.

1. Ketubot 97a discusses the sale of an undefined object in which the seller turns out “not to need the money” obtained via the sale.

The Talmud makes two failed attempts to prove from precedent that the sale can be reversed.

A) Rav Pappa returns land he bought from a seller whose plans to purchase oxen fell through.

This proof is rejected on the ground that R. Pappa may have acted voluntarily/ethically rather than under constraint of law.

B) There is a famine in a particular area, and many residents sell their houses to buy food at exorbitant prices. However, the panic turns out to be unjustified, as a ship with ample provisions arrives soon. Rav Nachman rules that all the sales can be reversed.

This proof is rejected

- a. because the case involved special circumstances (possibly meaning that it was a matter of communal policy rather than a legal judgment in the specific case), or else
- b. because the provision ship had set sail prior to the sales, and so the sales were “mekchei taut” (transactions in error), made on the basis of a misapprehension of the facts rather than of the odds.

The Talmud nonetheless concludes that the seller can force a reversal of the sale.

2. Kiddushin 49b discusses the sale of land by one who intends to go on aliyah, and ends up not doing so. The Talmud reports three versions of the case – in the first version, the sale survives, on the grounds that “words in the heart are not words”; in the second, it may or may not be reversed; and in the third, there are two conflicting versions as to whether it can be reversed.

The precise differences among the versions are a matter of controversy. We can be certain only that

in the first, the seller did not mention his aliyah intention *at the time of the sale*;

in the second, the seller travelled to Israel but did not settle there; and

in the third, the seller was prevented by circumstances beyond his control (*ones*) from making Aliyah.

The Talmud in various other places discusses many other cases in which **transactions** can or cannot be reversed on the basis of a claimed reservation about future developments that was not explicitly formulated as a condition of the transaction and agreed to by both parties. However, the two cases and contexts cited above are the only ones that address **sales**.

The case before us contains elements that seem directly parallel to each of the Talmud’s paradigm cases. Parties MCS sold land at a time when they intended to relocate to a different

country, just as on Kiddushin 49b, and they no longer need the money obtained by that sale more than they need the land, just as on Ketubot 97a.

However, it is very possible to distinguish our case in many ways along each of these axes.

Regarding Kiddushin 49: Perhaps

- a. we are more solicitous of those who intended in good faith to go on aliyah than of those who intended to go on yeridah (perhaps because we consider an ideological decision to be independent of risk-acceptance, but not so a pragmatic decision)
- b. the Talmud allows reversal only in cases where the parties' intent was declared **at the time of sale**; there has been no showing of such a declaration in our case (but perhaps that requirement applies only when the parties conclude the sale personally, not when they conclude it via agent)
- c. the Talmud allowed the reversal only for someone who sold their domicile or their farm; here they sold only a potential domicile
- d. the cultural meaning of land-ownership has changed (so that Rashi's assertion that "no one leaves themselves without land in the place where they live" is no longer true)
- e. mortgaged land is not considered "owned" for these purposes
- f. the necessary involvement of a third-party lender in the sale and/or repurchase makes reversing the transaction harder
- g. the transaction is considered irreversible because one seller (the bank) has presumably already reinvested the proceeds of the sale
- h. the parties' expectations are governed by Western law rather than halakhah

Regarding Ketubot 97:

- a. b, f, g, and h above
- b. We allow reversal of sales **by** an investor, but not of sales **to** an investor. When the sale is **by** an investor, the result of upholding it is that money lies fallow. This is economically inefficient. When the sale is **to** an investor, efficiency lies in upholding the sale.
- c. We have an interest in increasing risk for those who plan yeridah
- d. We allow reversal only when there is a very specific planned reinvestment
- e. We allow reversal only when there is a very short time lag before the reversal

Note that the Talmud may be suggesting that there is an underlying equity issue here (= *lifnim mishurat hadin*), which may be enforceable at the discretion of beit din even when there is no technical right of reversal, esp. under a *shtar beirurin* (rabbinic arbitration agreement) that specifies פשרה קרובה לדין (compromise resembling law) as the framework for deciding the case.

If we were functioning as a common-law court, reasoning primarily by analogy, the only issue here would be the clarity and timing of the moving parties' declarations of intent. The existence of ongoing long-term negotiations between the parties, and the absence of any contention by Mr. Chevremant that he was unaware that the sellers planned to move, would probably suffice to uphold the analogies and reverse the sale.

But I do not see this as the correct model. Rather, because of the numerous possible gaps between our case and the Talmudic paradigms, we need to reason conceptually, rather than by analogy, in order to determine the law in this new fact-pattern.

This shift was already made by the medieval Tosafists when they connected these Talmudic cases of sales to a series of other Talmudic cases involving claims based on unstated conditions. These included assignments of property without tangible consideration, such as private gifts and dedication of sacrificial animals; prenuptial commitments by a groom or a bride's family; marriage; and divorce.

The Tosafists also raised the question of why our cases, and the other cases they bring in, do not yield a general right on behalf of any party to a transaction to reverse it whenever they dislike the outcome. Their challenge case is of someone who buys a cow, and the cow ends up dying or becoming a *tereifah*: would anyone suggest that the buyer could then return the cow and get their money back?

It should be clear that such an outcome is not a viable result of our common-law analysis above. The challenge case could easily be distinguished, for example, on the ground that it involved livestock rather than real estate; or one might suggest that Tosafot's outcome is actually plausible (=not a *reductio ad absurdum*) so long as one party states its intent explicitly (=is *megaleh da'at*) at the time of transaction and the other party raises no objection; and so on. However, the involvement of many other cases, albeit drawn from realms other than commerce, makes such ad hoc distinctions untenable (although each of these has been suggested by significant halakhists). Thus for example: The requirement of *gilui da'at* at the time of sale cannot account for a case on Bava Kamma 110a, in which the Talmud in principle suggests that a marriage can be retroactively undone by a widow who would otherwise be tied by *yibum* to a *mukkat shekhin* (=boils-stricken) brother-in-law. Similarly, the distinction between livestock and real estate cannot account for the case of the sacrificial animal discussed on Bava Kamma 110b.

The Tosafists R. Yitzchak of Dampierre (RI) and Rabbeinu Asher (ROSH) respond in part by implicitly defining the binding aspect (*mechayev*) of a contract, whether in sales or in other areas, as the mental commitment.<sup>1</sup> In their framework, obtaining a ruling to reverse a sale requires demonstrating that at the time of sale

- a. one's preferred intent was for the sale to reverse in those circumstances
- b. one did not subordinate one's preferred intent to the preferred intent of the other party.

In practice

- a. demonstrating one's preferred intent may require either a formal *tenai* (condition), a *gilui da'at* at the time of sale, a *gilui da'at* prior to sale, or merely a compelling demonstration of intent
- b. demonstrating that one did not subordinate one's preferred intent may require that the circumstances be highly unusual or unexpected, and that it be clear that the other party would not have chosen to leave the transaction rather than accept the unstated condition.

In some cases it may also require informing **the other party** of one's intent.

A difficulty with the RI/ROSH approach is that while it essentially assimilates all these cases to the category of "informal *tenai*", the halakhic outcome is not parallel to that of a *tenai*. A *tenai* works even if the party intentionally triggers it in order to void the contract. For example, if a sale was made with the *tenai* that it would be void if the seller rode an elephant within six

---

<sup>1</sup> I don't use "meeting of the minds" here, as the Tosafists address each side's commitments and rights independently



months, the seller can void the sale by taking an elephant ride in time, even if this was done for the sole purpose of voiding the sale. By contrast, I am not aware of any suggestion that a sale can be reversed halakhically because the seller no longer wishes to reinvest the funds.

One can resolve this problem by reformulating the implicit tenai of RI/ROSH to exclude voluntary nonperformance. But it is not clear how such a reformulation can be justified.

A second difficulty is how to address unforeseen circumstances. In such cases, by definition there can have been no intent!

The Tosafists appear to use “constructive intent” in such cases, establishing a “fact of mind” via certainty as to what the mindset of the parties **would** have been.

This approach works fairly well in “one-way” transactions, such as where a *shekhiv mera* (person on deathbed) gives away all his or her possessions. In such cases we can be certain that the shekhiv mera was not considering the possibility of recovery (as opposed to cases where the shekhiv mera retained some property), and so we construct the case as if there were a stipulation that the gift would not apply in case of recovery.

The “constructive intent” approach works less well in “two-way” transactions, however, as why should the (constructed) intent of one party alone be dispositive? In other words, it does not really answer Tosafot’s challenge case at all. Or to put it in terms of b) above – why isn’t it necessary to demonstrate that the other party subordinated their intent to yours?

One might say that constructed intent in unconsidered circumstances in two-way transactions must be decided on the basis of

- a) strictly formal criteria, or
- b) considerations of policy and equity.

Let us consider each of these independently.

a)

There are two potential formal criteria available.

The first is a requirement that all conditions be stated, most famously that they explicitly state the consequences of both performance and nonperformance (*tenai kaful*).

The second is Rava’s principle that “words in the heart are not words”.

However, the requirement of “in accordance with the rules of tenaim” may not apply to the realm of mammonot at all (Rashbam; see also Meiri). Even if it does, there is indisputable proof that it cannot do so absolutely (see Ketubot 97a, cited above); at most we can say that a **speech act** other than a formal tenai cannot, **in the absence of strong confirming facts or reason**, suffice to establish a condition. (Note again that any condition established by such means would almost certainly not be activated by voluntary nonperformance.)

The application of the second criterion must also be limited, as there are clearly cases, such as that of the *yavamah* falling before a *mukat shechin* (Bava Kamma 110a, cited above), where the Talmud suggests that a purely mental reservation suffices to nullify a legal act.

Formal principles are therefore insufficient to account for all the known cases.

Numerous attempts have been made by great halakhists and decisors to develop a complex matrix of factors that explains all the data points. They distinguish between greater and lesser *umdenot* (establishments of legal facts on the basis of presumptions, statistics, or circumstances; NbY. as attested re Rabbi Shimon Shezuri etc. on Bava Basra 146-7), or require combinations of various factors. These include the above-mentioned formal and evidentiary principles, and also inter alia

- a) Whether the other party does not end up worse off as a result of entering the transaction
- b) Whether the moving party has benefited from (or had the opportunity to benefit from) the transaction
- c) Whether something has happened to make us consider the transaction “completed”
- d) Whether the unanticipated circumstances were avoidable by the moving party
- e) Whether the moving party exercised due diligence
- f) Whether the moving party is at fault in any other way

Thus, for example, they may maintain that a two-way transaction on the basis of an unstated condition may be reversed only when

- I. the unanticipated circumstances were unavoidable by the moving party *and*
- II. that party expressed their preferred position prior to the sale *and*
- III. that party is not at fault in any way *and*
- IV. nothing has happened to make us consider the transaction “completed”.

Each of these combinations can ultimately succeed in accounting for all the cases, but none of them is elegant; they all have ‘epicycles’, and there is often an inverse relationship between complexity and usefulness as a predictive principle.

This brings us to a fundamental question: What are we seeking to achieve as *dinei mammonot* (economic and financial law) judges?

**Darkah Shel Torah** (Rabbi E. Bloch’s introduction to his father’s *Shiurei Da’at*) contends that *dinei mammonot* share the aims of secular economic regulations, but in addition contain elements with purely transcendent purposes. Fundamentally, this suggests a utilitarian stance moderated by humble awareness that one cannot know G-d’s purposes in their full depth.

The purposes of secular economic regulation are order, justice, and equity.

Order requires predictability, and favors simplicity; people cannot follow the law if they don’t know or understand what it is. Order can be just or unjust, equitable or inequitable.

I define Justice here as ‘being treated in accordance with objective rules whose principles are compatible with ethics’.

Justice cannot exist in the absence of order. But justice can lead to inequity, as a rule-based system sometimes cannot account for individuals and individuality, or for unusual specific circumstances. However, one can lose order and justice by seeking equity too aggressively.

The ideal is to develop laws that yield justice and conform to equity the vast majority of the time, so that equitable adjustments are needed only rarely, and can be made without undermining order.

How can *dinei mammonot* judges accomplish this?

One key challenge is that they must decide the law (*pasken*) in ways that both shape and respond to expectations. The ethical outcome in a financial transaction is often defined as having the parties get what they expected. But not always! For example, some transactions are entered into under duress, or in the expectation of bullying or fraud.

The expectations of contemporary Jews, in both Israel and the United States, are largely shaped by contemporary Western notions of contract law rather than by formal halakhic precedent. For example, in nonritual matters, parties generally conceive of contracts as self-enacting rather than as dependent on a subsequent giving of consideration, or on a separate *maasei kinyan*.<sup>2</sup>

However, as I learned from Professor David Phillips in his SBM presentation, Western law has a host of doctrines (such as those of frustration and impossibility) that enable one to break a contract in light of unconsidered subsequent events. These doctrines are regularly litigated, but that litigation rarely succeeds. This suggests that there is a tension between expectations and the secular law, and perhaps even between intuitive ethics and the secular law.

Under those circumstances, it seems reasonable to say that where halakhah is not formally bound by *dina demalkhuta* (=the law of the state), or if the parties signed a contract accepting the *beit din's* right to rule against *dina demalkhuta*, or if the secular law is unclear, then *dinei mammonot* should focus on shaping expectations rather than on conforming to them.

On that basis, I suggest that we revisit the question of halakhah's approach to contractual obligations in light of unconsidered events.

My argument thus far has been that attempts to explain our precedents on the basis of either pure *da'at* or else formal principles of construction have been unsuccessful. On the other hand, attempts to explain them on the basis of a set of decision principles that are interlocking, less sweeping, and perhaps less formal, have produced a muddle that is unconvincing and impractical.

Let me note briefly here three phenomena that to my mind are generally clear evidence of both muddle and of impracticality. Each of them is present in our topic.

- a) The claim that a type of evidence applies only to maintain possession but never to transfer it (Even HaEzel to Rambam Sanhedrin 24:1)
- b) The claim that a rule can be applied only in cases addressed explicitly in the Talmud or in cases that are really, really clear (to the judge in a particular case) (Responsa R. Eliahu Mizrahi 16)
- c) The claim that there is enough legitimate controversy about a rule that the party in possession can win the case if its possession agrees with (=asserts ל' דק' regarding) any of a broad and contradictory variety of understandings of that rule (Responsa Minchat Shlomoh 2:134)

One may say that in such circumstances, halakhists should simply surrender. They can argue that there is a *mitzvah* to submit oneself to the halakhah as it is, however muddled and

---

<sup>2</sup> See Professor Chaim Saiman's presentation at the Hebrew University conference on his forthcoming book Halakhah - the Rabbinic Idea of Law

impractical, while conceding that it would be better were the halakhah otherwise. When rabbinic authority is reconstituted, we will make *takkanot* to improve things.

We must recognize, however, that such concessions will in practice make batei din unpopular destinations even for the most halakhically committed Jews. I therefore prefer to see whether the halakhah can be reconstituted on the basis of honest interpretations of precedent, and thus the creation of new precedents. I believe that the language of *pesharah kerovah ledin* (compromise closely resembling law) allows us to be more prescriptive about the law in our decisions than is usual for halakhah. We can decide in accordance with what the law should be, and thus over time transform ought into is.

I contend that there is an alternative to the constructed intent, formalist, and composite/hodgepodge approaches presented above. This alternative is implicit in many past precedents, and some aspects of it have been formulated by great decisors,<sup>3</sup> but I suspect that it has not previously been fully articulated. I will refer to it as the “ta’aninan” approach.

In a variety of cases, for example when a party is a minor orphan who inherits a claim without personal knowledge of the underlying facts, halakhah permits batei din to interpose legal claims on behalf of a party. My suggestion is that when dealing with implicit conditions regarding unconsidered events, halakhah’s default setting is to treat all the parties as orphans. We therefore make on their behalf all the conditions that they would have made had they anticipated the events.

Many of these conditions will directly conflict, of course. We resolve conflicting claims by a game-theory method - we ask first whether party B would have walked away from the transaction rather than accept party A’s condition, and conversely, whether party A would have walked away from the transaction were party B to refuse their condition. Whichever party would have walked away, wins.

In actuality, the parties would likely have negotiated and agreed on a price for the condition. Estimating what that price would have been is in principle a fine tool for achieving equity and/or *pesharah*. However, no use of it is even hinted at in the precedents I have seen. Perhaps the decisors believed that it would generate results that are too subjective and speculative for law, along the lines of *נתת דבריך לשיעורין*.

Therefore, I believe that halakhah must play the game artificially, as if the parties had no options other than accepting a condition or refusing the transaction.

Similarly, each condition must be analyzed independently, even though in actual negotiations they would be bundled or traded for one another.

I note again that this is a mechanism for dealing with the hypothetical, not for figuring out what the parties’ actual intentions were. We are dealing with cases in which by definition there were no such intentions.

I also need to mention that Professor Robert Aumann previously theorized that at least one *tanna*, Rabbi Natan, thought in game theory modes. Finally, I need to thank my friend Chava

---

<sup>3</sup> Shu’t HaRIM and others

Evans, whose gift of Game Theory and the Law many years ago remains enormously productive to my thinking.

I also need to make clear an aspect of this theory which may strike some as cheating, or as creating epicycles of its own. Since playing out the game is fundamentally a tool of equity, the legal system is not ethically **obligated** to allow every possible move in the game. Thus halakhah may “penalize” a player for having acted unethically, or bar certain moves because they will have unfortunate economic consequences for the community. Halakhah may bar a move in some areas of law, such as marriage and divorce, while allowing the same move in other areas. The system remains “elegant” because all allowed moves are evaluated in the same fashion.

Thus far theory. I must now show that the theory successfully explain the primary sources on this issue, and according to which secondary sources. Following that I will – at long last – return to the specific case at hand.

Let’s start once more with the two Talmudic cases that explicitly address sales.

1)

On Ketubot 97a, the Talmud considers whether a sale can be undone if the seller “does not need the money”. The Talmud provides no further direct information about the case.

It seems that the seller thought they would need the money, but either erred or else circumstances changed. Since the Talmud’s two attempted proofs each involve circumstances that change after the sale, the latter understanding seems more correct.

Rashi adds in three additional factors:

1. That the seller thought they needed the money in order to make a specific investment
2. That the beit din (and everyone else) knows, by whatever means, that the seller’s motivation was to have money for a specific investment<sup>4</sup>
3. That the relevant change in circumstances was beyond the seller’s control (in the Talmud’s case the seller in their subsequent deal backed out

Rashi tells us nothing about the motivations of the buyer. What seems clear is that the sale is initiated by the seller. This is also made clear by Meiri’s language in his reformulation of the case: *מי שמכר מאונס מעות* (=one who sold because of financial pressure). In other words, the buyer is receiving at least fair value, and the seller would not sell simply because the price is attractive.

Meiri’s language, however, must be read in context of his comment on Bava Basra 40a that

רוב המכירות אינן מפני רעתן  
אלא מאונס מעות

*Most sales do not happen because the object sold is bad,  
but rather because the seller is under financial pressure*

The purpose of Meiri’s comment there is to deny a person the right to subsequently reverse a transaction on the ground that s/he was coerced by financial need; if so, he argues, most

---

<sup>4</sup> Tosafot and RIF (explicitly) and Rambam Mekhirah 11:8 (by implication) both argue that the seller must state this intent at the time of sale. However, Tosafot accepts Rashi’s investment case; RIF is ambiguous; and Rambam only discusses a case of selling land for food in a case of drought, which is the Talmud’s second attempted proof.

transactions would be reversible. His description of the sale on Ketubot 97 as the result of financial pressure therefore does not mark it as unusual.

Putting Rashi and Meiri together, we can say that the case here is one in which the seller needs the money immediately. Therefore, the transaction will be unstable only briefly. The price-point is at least neutral for the buyer, and likely advantageous. They are engaging in the transaction wholly voluntarily and because the land is worth the money for their purposes.

Under such circumstances, it seems reasonable that the buyer would agree to make the sale conditional on an immediate subsequent purchase if that condition were stated explicitly. Why would he walk away from a transaction that can only benefit him? (Perhaps it is the immediacy of the anticipated transaction that makes its failure so unanticipated.)

(According to Tosafot and especially Rambam, the only issue in this case is whether we interpret a statement of intent at the time of sale as a condition.<sup>5</sup>)

2)

On Kiddushin 49b, the Talmud records three cases in which men sell their possessions with the intention of going on aliyah, and then fail to do so.

In the first case, the seller does not state this intention explicitly at the time of sale, and we are not told why or at what point his aliyah plans fall through.

In the second and third cases, we are not told whether the seller's intentions were stated explicitly, or when.

In the second case, the seller leaves for Israel but then returns; in the third case, he never leaves.

Rava states regarding the first case that he cannot reverse the sale since "words in the heart are not words"; in the second and third cases, the issue seems independent of Rava's principle.

It therefore seems reasonable to assume that in the second and third cases, the seller **did** state his intentions explicitly at the point of sale, or in some other way made his intentions sufficiently known to the seller and the court. The question is only whether he intended a tenai (and therefore the buyer should have counterstipulated if he objected), and whether his tenai is in effect. These cases are therefore irrelevant to our case.

What matters to us is the first case. Granted that the seller didn't state his intentions, why should we not make the condition for him? Why, according to Rashi, does this case differ from the sale-for-reinvestment?

I suggest that the answer is simple: aliyah often fails. Ketubot 97a therefore is not discussing an unconsidered event. Witness that the Talmud here brings three different actual cases of failed aliyah, and subsequent efforts to overturn a contract! Therefore, according to Rashi, sellers must make their conditions themselves under such circumstances (how explicitly is a different issue, and may depend on how evident their intention would otherwise be to the seller).

What emerges is that according to Rif, Rambam, and Tosafot, neither Talmudic context deals with unanticipated events, and therefore are irrelevant to our case. For Rashi and Meiri, however, Ketubot 97 is relevant to our issue.

---

<sup>5</sup> Statements of intent do not per se imply conditions, only preferences. Making a condition implies the willingness to walk away if the other side refuses it.

Note that Teshuvot HaGeonim Harkabi 320 anticipates RIF in connecting the sugyot. However, Responsa Rabbeinu Gershom 53 relates exclusively to Ketubot 97, appears to be a case of unconsidered devaluations, and makes no mention of a need for *gilui da'at*. It may therefore support my reading of Rashi and Meiri. Responsa RI Migash 2 oddly inserts the claim that “a miracle occurred” in reversing a sale on the basis of Ketubot 97, and also makes no mention of *gilui da'at*. Possibly he used the term “miracle” to emphasize the unconsideredness of the changed circumstances. But without stronger evidence, I cannot say with confidence that he reads Ketubot 97 differently than RIF and Rambam.

Note also that while Tosafot, RIF, and Rambam apparently reject Rashi's **explanation** of Ketubot 97, they might agree with the **ruling** in the case as he presents it. Therefore, all rishonim may agree that we use the taaninan model for cases of unconsidered outcomes. Tosafot, RIF, and Rambam merely believe that the case of “needs the money” is not such a case.

So much for sales. What about the other Talmudic cases and contexts?

3)

Ketubot 47 discusses parties who make voluntary written commitments in anticipation of marriage. Halakhic marriage has two stages, and the marriage ends via divorce or death after *erusin* but before consummation. The Talmud quotes a dispute as to whether each of the groom and the brideparents can renege on such premarital commitments. It proposes that the disputes are unified, but concludes that one can coherently hold that the husband can renege but the brideparents cannot, because *לא כתב לה אלא על מנת לכונסה* = he did not write this (obligation to) her except with the intent of fully marrying her.

Tosafot and ROSH find the notion that anyone can renege here problematic. Since no one explicitly conditioned their obligation on the marriage being consummated, then if we allow this transaction to be reversed, buyers should be able to reverse all sales that turn out badly!?

Tosafot and ROSH respond that this case – **and Ketubot 97a** – are different from the standard sale in that

- a) There is no reason for the seller in a standard sale to assume any risk (accompanied by a circular argument that standard practice is for the buyer to assume the risk in such a case). However, the groom may need to assume the risk here, either because this bride is irreplaceable to him, or because standard practice is for the groom to assume this risk.
- b) Had the issue been raised, the groom would have made his obligation contingent on consummation. Similarly, had the issue been raised, the seller on Ketubot 97 would have made the sale contingent on his leaving for Israel. But the seller in a standard case never makes any such conditions.

It seems very hard to understand either of Tosafot/Rosh's claims. As the acharonim point out, why is the second party's *da'at* not relevant? In each case, the deal was the result of negotiations! Also, *leshitatam* (=according to their own position), why not claim that we can reverse contracts only when there was a *gilui data bish'at mekher* (=at the time of sale), and assume that such a *gilui da'at* occurred in these cases?

An underlying issue is whether we view the outcome here as reversing a transaction which came into effect at *erusin*, or rather as a claim that the transaction never happened. The language of

n"ע (with the intent of) suggests the former, but it is difficult to construct the rationale for such a position.

My argument, via Rabbeinu Tam, is that there are in any case policy grounds for distinguishing prenuptial agreements from other contracts. Or for Rashi, we can say that the convention of writing the *tosefet* (voluntary additional gift) into the ketubah, which he believed comes into effect at eirusin, masks the real intention of the contract by making it seem as if eirusin is sufficient to trigger it. Each of these explanations would allow reversing the transaction in this case while protecting the irreversibility of ordinary sales. Perhaps we even consider the failure to consummate as an anticipatable circumstance.

I have not developed a plausible reading of Tosafot and Rosh that is also a plausible explanation of why these transactions are reversible while ordinary sales are not reversible. I must mention that Nesivos offers a reading of Rosh cited in Shitah Mekubetzet)<sup>6</sup> according to which a person can sue to reverse a sale only up until the moment at which they derive even minimal benefit from the transaction. Erusin is not considered a benefit, while momentary possession of a live cow is considered a benefit.

4)

Bava Kamma 110b – 111a hypothetically approves of (women) reversing marriages and sacrifice-dedications on the basis of an unanticipated circumstance, namely the childless death of a husband whose brother is a *mukkat shekhin* (I can't discuss here whether he was already a *mukkat shekhin* at time of marriage) and the death of the animal before being sacrificed).

Tosafot and especially ROSH via Shitah Mekubetzet<sup>7</sup> here fit well with the game-theory appra. Note that if the case of the yevamah and mukkat shekhin on Bava Kamma 110 applies only to a

---

<sup>6</sup> שיטה מקובצת מסכת כתובות דף מז עמוד ב  
שלא כתב לה אלא על מנת לכנסה –  
תימא

דהכא ובכמה מקומות בתלמוד אנו אומרים כסברא זאת, ואם כן הלוקח פרה מחבירו ונטרפה, אגן סהדי דע"מ כן לא קנאו!?

ו"ל דלא דמי, דהתם - באותו ספק הוא רוצה ליכנס בשעת מקח, ואם היו אומרים לו שמא תטרף - לא היה נמנע בשביל זה ליקח, שכן דרך לוקח בהמות אינן נמנעין ליקח בשביל ספק טרפות,

והכא - אנו הולכין בטר אומדן דעתו, דאגן סהדי שלא היה כותב לה אם היה חושש למות קודם הכניסה. לשון הרא"ש ז"ל.

ועיקר החילוק היינו

דבלוקח פרה אף על גב דנטרפה - מ"מ הרי נהנה מהמקח, אלא שמפסיד, ודרך הלוקחים ליכנס על ההפסד והריוח, אבל אם מת קודם הכניסה - הרי לא נהנה מהמקח כלל, ובכ"ג אגן סהדי שלא היה כותב לה אם היה חושש למות קודם הכניסה, וכן זבין ואיצטריכו ליה זוזי, דמשום דהיה דחוק לזוזי הוא דזבין, וכיון דאין כאן דוחק, דלא איצטריך ליה זוזי - אגן סהדי דלא הוה זבין.

<sup>7</sup> שיטה מקובצת מסכת בבא קמא דף קי עמוד ב  
רא"ש

אלא מעתה יבמה שנפלה לפני מוכה שחין וכו' -  
וא"ת:

אם כן, אם קנה אדם בהמה ומתה, יחזור המקח, דאדעתא דהכי לא זבין?  
יש לומר:

דלא פריך הכא אלא מתנאי שיוכל להתנות ולא יעכב אדם על ידו, כמו מחטאת ואשם, וכן מיבמה שעולה לפני מוכה שחין מן האירוסין,

דאם היתה רוצה להתנות בשעת אירוסין שאם ימות קודם שישאנה שיהו הקדושין בטלין כדי שלא תפול לפני אחיו מוכה שחין - לא היה הבעל מעכב על ידה, הילכך חשוב כאלו התנית,

אבל מן הנשואין - ודאי לא הוה הבעל שומע לה לעשות בעילותיו בעילות זנות.  
וכן כל מקח שאדם קונה -

אם היה הלוקח בא להתנות שאם יתקלקל מקחו שיחזור המקח - לא היה המוכר שומע לו הילכך לא הוה ליה כאלו התנה.  
הרא"ש ז"ל.



widow from eirusin, a claim that is in any case very hard to understand, Tosafot's use of that case to challenge sale cases is difficult.

5)

Cases in which it is suggested that a man might be able to reverse a marriage or divorce

a) Sanhedrin 69a cites a *beraita* according to which adultery with a woman betrothed but too young to bear children is a capital crime. The Talmud initially cites this as proof that a statistical majority is sufficient for a capital conviction, because there is a chance that the woman is sterile (=an *eilonit*), and if she is, the husband might seek to reverse the marriage when he discovers this, in which case it would turn out that she was never married to him, and so there was no adultery!

The Talmud here ultimately evades the question of whether newly discovered sterility is grounds for retroactively declaring a marriage void. Neither position is incompatible with the game-theory approach, since we cannot know for certain how Chazal would have evaluated the relative bargaining strength of husband and wife.

b) Yevamot 65a discusses a woman who marries and is divorced twice owing to childlessness. Each time, she receives her ketubah. She marries and divorces a third time, again childlessly, but this time she does not receive her ketubah. She marries a fourth time, and bears a child. She then considers suing her third husband for her ketubah, since he divorced her under the false assumption that she was an *eilonit*. The rabbis tell her to be silent, lest the husband claim on the very same ground that the divorce was invalid and her current marriage is adulterous.

The rishonim dispute whether the husband's threat reflects valid law, or rather only public perception, and if only perception, whether that is a matter of standard law or else the result of rabbinic intervention.

c) Gittin 45 discusses a woman who is divorced owing to a rumor of adultery. The rabbis ban the husband from remarrying her even if the rumor proves false, lest he claim afterward that he only divorced her conditionally.

It is not clear whether the husband's claim would otherwise be effective, and if so, how the rabbinic intervention estops his claim.

d) Niddah 12 discusses the similar case of a woman who is divorced because her lack of a regular menstrual cycle poses an insuperable halakhic barrier to physical intimacy. Here too the rabbis ban the husband from remarrying her even if she afterward develops a regular cycle, lest he claim afterward that he only divorced her conditionally.

It is not clear whether the husband's claim would otherwise be effective, and if so, how the rabbinic intervention estops his claim.

My preference is to adopt the interpretations in each of these cases that in practice prevent a husband from effectively making such a claim in any actual case.

I further argue that in cases of marriage and divorce, the Talmud is explicitly willing to introduce policy considerations (e.g. "lest the woman be ruled an adulterous and her children mamzerim") to prevent the enforcement of unstated conditions, which validates the *ta'aninan*

approach. Where policy considerations are not introduced, I contend that this is because the game-theory mechanism produces results which are acceptable from a policy perspective.<sup>8</sup>

## PSAK DIN

How does all this abstract apparatus play out in the case at hand? With the underlying principles clarified, the case can be resolved quite straight forwardly.

We must ask first: Were the intervening circumstances considered or unconsidered?

Regarding the Talmud's case of aliyah, I argued above that failure of aliyah is always considered. In that case the issue becomes one of da'at/tenai, in the framework of RI and ROSH.

But I contend that aliyah and yeridah are different. Yeridah is not ideological, but rather for the money, or the tomatoes. As such, it is much less likely to fail, and therefore its failure can be regarded as "unconsidered". Therefore our case falls under the game-theory/policy model developed above.

In terms of the real estate question – the immediate issue is that the land is partially (49%) owned by a third party, the bank, which is not party to the suit. Would the bank have agreed to the sale if conditional? Probably not, as it has no interest in tying its capital up unproductively, as would be the case if the sale were reversible and it would be required to relend the money if the yeridah failed.

Moreover, the bank here is a co-seller. If it doesn't agree to sue for reversal, does the other seller have standing? I suggest that this case is parallel to Responsa Rabbeinu Gershom Me'or HaGolah 53, where the existence of a third party with different interests prevents what would otherwise be a valid claim of unconsidered circumstances.

It must be noted, however, that in the contemporary world most "land-ownership" is actually a partnership with a bank. It is therefore reasonable to propose as a policy that halakhah should treat all such ownership as actual, disregarding the bank whenever possible. It is also reasonable to reject this policy out of hand. This issue will have to be treated comprehensively in a different context.

Bottom line, however, even if we leave out the third party, I think the sellers here would lose in the game-theory model – they have to sell now, whereas Chevremah can wait.

Moreover, we would be evaluating the game-theory result based on our understanding of the intent of the particular parties, rather than on the basis of broader sociological or psychological models. I think this is what is intended by the term<sup>9</sup> אומדנא פרטית. Poskim through the ages dispute where and when a beit din can apply such *umdenas*, and I suspect that descriptively the outcome is a sliding scale; one applied the strongest ones in almost all cases, but the weaker ones only when there is a pressing need to adjust law for equity. In our case, the *umdena* is not particularly strong – perhaps they now intend to go on yeridah in any case, and perhaps at the

---

<sup>8</sup> This might seem to require the concession that the Talmud believes the result in the yevamah/mukkat shekhin case to be compatible with policy. But this is not so – in that case no better policy results can be achieved by **not** advancing the yevamah's condition.

<sup>9</sup> See Piskei Din Rabboniyim 14 p.300

time they saw this as an opportunity to clarify their affairs. A simple test is likely demonstrative – had the land significantly devalued in the interim, would they still want the sale reversed?

For these reasons, I believe the sale of real estate cannot be reversed.

What about the Durant T-shirts?

Here it seems clear to me that this should be considered a case of unconsidered circumstances. The risk-reward ratio is simply too great for such small investors otherwise; it is unlikely that either party would have willingly assumed such a risk rather than exit the transaction.

One might argue against this that there was already much discussion as to whether Durant would leave the Thunder. But I think the best response is the category of פתחי נולד from Nazir 32b. The Talmud there, as explained by the rishonim, acknowledges the category of plausible outcomes that some people nonetheless refuse to consider, even if reasonable people try to persuade them otherwise. This seems to me to describe well the psychological condition of those who believed Durant would stay.

One might further argue that merchants are obligated to be more rational. But here both sides were, I believe, equally convinced – otherwise they would have insisted on an explicit tenai, if only to avoid the subsequent legal battle.

Playing out the game – do we have a way of knowing who would give in? My bet is that suppliers in this case are in a weaker position than resellers, but we have no reliable way of knowing Olga Cassini's particular circumstances. This is therefore even worse than an *umdena pratit*.

I therefore agree that under such circumstances we have to enforce the contract, if it is otherwise binding.

But I think it is likely that such contracts are always binding in Halakhah only to the point of *nezek (damages)*, not to the point of commitment, even if the change of mind is arbitrary. As discussed above, this is plausibly also the case in Western law, and therefore there will be no clear disappointment of expectations in ruling accordingly.

The reseller therefore is obligated to pay only for the costs of the supplier, including her time, labor, and supplies.

If the reseller has paid more than those costs upfront, I do not believe that a refund would be called for, unless the supplier would be unwilling to provide shirts to make up the difference at the originally agreed-upon price. As this does not appear to be true in our case, however, אכמ"ל.

## Shira Krinsky

Two complicated and separate (albeit related) questions must be answered in regards to this case:

1. Can Ms. Moskowitz Cherchofsky and Mr. Stiebel (MC&S) undo their transaction with Mr. Chevreman (DC) and get their land in Efrat back?
2. Must Mr. Stiebel (ES) pay for all the t-shirts that he contracted Ms. Cassini (OC) to make for him? Must he pay only for the ones that she has already made? Or is he not liable to pay for any of them at all?

After much research and learning, with Gd's help the following conclusions have been reached:

1. If MC&S were מגלה דעת (=circumstantially demonstrated their intent) at the time of the sale that they were selling because they planned to move to Oklahoma City, then the transaction can be undone.  
It seems reasonable to assume that they were מגלה דעת at the time of the sale, as they had to pay off the mortgage and assumedly told the bank why. Also, DC had been begging them to sell for a while, and presumably learned why they became willing to sell. If, however, they were not מגלה דעת at all, then the transaction cannot be undone.
2. ES must pay for the 50 t-shirts that OG has already made, but not for the 50 that she has not yet made.

I will now present the reasoning behind these conclusions.

Before we get into the specifics of the case, two important general questions must be answered.

### 1. Can Sales Ever Be Undone?

The first question that must be answered in regards to this case is whether sales can ever be undone. If the answer to this question is no, then the claims that MC&S have made in court are obviously without merit.

Fortunately for MC&S, it is a validated principle in many places throughout Shas that under some circumstances, if someone transfers an item to someone else, and then does not get what (s)he expected from the transaction, (s)he can get the item back.

The primary cases establishing this principle are discussed on Bava Basra 110b,

The first case brought<sup>10</sup> involves a man who separated one of his animals to be brought as a *chatat*-sacrifice, after which the man died.

The gemara asks: Shouldn't this animal go back to being *chol* rather than remaining *hekdesh*? Had the owner known that he would not gain atonement from this animal, he would not have

---

<sup>10</sup>אמר אביי: ש"מ כסף מכפר מחצה, דאי לא מכפר, הוה אמינא מהדר ליורשין. מ"ט? אדעתא דהכי לא יהב ליה. אלא מעתה, חטאת שמתו בעליה תיפוק לחולין, דאדעתא דהכי לא אפרשה! אמרי חטאת שמתו בעליה הלכתא גמירי לה דלמיתה אזלא

separated it and made it *hekdesh*. The gemara concludes that the reasoning is valid, but that the law in this case is a Halakhah l'Mosheh MiSinai, and therefore the animal remains *hekdesh*.

The gemara then asks another question:<sup>11</sup> Shouldn't a *yevamah* whose brother-in-law is a מוכת שחין (=afflicted with boils), claim that she did not get married with intent to be in this situation, and therefore be free to marry as if she had never married? The gemara admits that this too is a valid *hava amina* (initial thought). However, a statement from Resh Lakish that any woman would rather be paired than sit as a widow is offered as the reason that her claim does not work in practice.

From these two cases, it is clear that halakhah allows some transactions to be undone if the expectations of one party are not met. MC&S therefore have a basis for their claim in our case.

## 2, Is it legitimate to derive the law for our case, which involves commercial contracts, from the laws regarding transactions in other תחומים (=bounded areas) of law?

In the previous section, we suggested that a principle established in cases of sacrifices and marriage could be used to ground MC&S's legal claim in our case of commercial contracts. Is this a valid method of halakhic argument?

This phenomenon of combining תחומים is a Tosafist revolution. The Baalei haTosafot in many places<sup>12</sup> compare cases of קידושין (=marriage) to those of הקדש (dedicated objects) to those of ממון (money and property), and everyone after them seems to follow suit. Many Achronim<sup>13</sup> try to understand the different opinions of Rishonim or their fellow Achronim in regard to cases all throughout ש"ש, and are not at all concerned with the fact that they are presuming that the law is the same in all different תחומים .

Therefore, although it might not seem intuitive, any cases in the Talmud that deal with this phenomenon of undoing transfers are "fair game" with regard with the claims of MC&S.

With those general points established, we can move on to the specific question of whether MC&S can undo their transaction with DC. This discussion is based mostly, but not entirely, on two Talmudic sugyot found respectively on Kiddushin 49b and Ketubot 97a.

### A. Isn't our case just like the Talmud's case of "הוא גברא דזבין לנכסיה אדעתא למיסק לארץ ישראל" (=a person who sold their property with the intent of moving to the Land of Israel)?

a. Kiddushin 49b discusses a person who sells his property because he is moving to Israel, but says anything at the time of the sale, and then ends up not moving to Israel after all<sup>14</sup>. Rava says that this is a case of דברים שבלב, and that דברים אינם דברים (=words in the heart have no

<sup>11</sup> אלא מעתה יבמה שנפלה לפני מוכה שחין תיפוק בלא חליצה דאדעתא דהכי לא קדשה עצמה!?  
התם - אן סהדי דמינח ניחא לה בכל דהו, כריש לקיש, דאמר ר"ל: טב למיתב טן דו מלמיתב ארמלו.

<sup>12</sup> לדוגמא, קידושין מט: ד"ה "דברים שבלב אינם דברים"

<sup>13</sup> לדוגמה, שו"ת מנחת שלמה תנינא (ב - ג) סימן קלד

<sup>14</sup> ההוא גברא דזבין לנכסיה אדעתא למיסק לארץ ישראל, ובעינא דזבין - לא אמר ולא מידי.  
אמר רבא: הו' דברים שבלב, ודברים שבלב אינם דברים

legal effect). The man therefore cannot get his property back even though he did not end up moving.

This seems almost directly parallel our case, but an even more parallel case follows later in the same *sugya*<sup>15</sup>. This second case is of a man who sells his property because he is moving to Israel, but in the end his move fails, and so he comes back to his Diaspora starting point. The first opinion brought in this case holds that since he could have gone had he wanted to, the sale is valid. The second opinion states that since nothing stopped him from going, he could have gone. The gemara explains the subtle distinction between the two opinions to be that according to the second opinion, but not the first, if he faced problems on the way that were difficult but surmountable, then the sale would be undone.

This seems to be exactly the case in our situation! MC&S are still able to move to Oklahoma City if they want, but with no job for MC, and the economy in Oklahoma City collapsed, this case could very easily be described as a case of problems that are hard to surmount but not insurmountable. If we follow the second opinion, this should be a cut and dry case.

However, Beit Yosef himself seems not hold that way. He is confused, as the RIF (=ר"י)<sup>16</sup> brought both of the opinions in the Talmud, and Rambam<sup>17</sup> did not specify which opinion to follow. He cites Tosafot<sup>18</sup> as explaining that the Talmud is saying here is that "if he wanted, he could not go," and we can infer from that that if he had any way of going, even if he had to hire a guide, he cannot retract the sale. This does not seem to be a favorable read for MC&S, as it is still **possible** for them to go to America, although they have no reason to do so.

b. Ketubot 97a asks regarding someone who sells something, but then does not need the money from the sale -- can the transaction be undone? It concludes that the halakhah is that the transaction can be undone.

Rashi<sup>19</sup> explains that the seller no longer needs the money because the intended buyer reneged on their agreement.

---

<sup>15</sup> ההוא גברא דזבנינהו לניכסיה אדעתא למיסק לארץ ישראל. לסוף - לא סליק. אמר רב אשי: אי בעי סליק.

איכא דאמרי: אי בעי - לא סליק. מאי בינייהו? איכא בינייהו - דאיתליד אונסא באורחא. ר"י מסכת קידושין דף כא עמוד א -

ההוא גברא דזבנינהו לניכסיה אדעתא למיסק לארץ ישראל. סליק, ולא איתדר. אמר רבא: כל דסליק - אדעתא למיסק, והא לא איתדר ליה.

איכא דאמרי: אדעתא למיסק הוא והא סליק ליה!

ההוא גברא דזבנינהו לניכסיה אדעתא למיסק לארעא דישראל. לסוף - לא סליק. אמר רב אשי: אי בעי סליק.

ואיכא דאמרי אי בעי - לא סליק.

מאי בינייהו? דאיתליד אונסא באורחא.

<sup>17</sup>הלכות מכירה פרק יא הלכה ח:

מי שמכר חצירו או שדהו,

ופירש בשעת המכירה שהוא מוכר כדי לילך למקום פלוני, או מפני המטר שנמנע כדי לקנות חטים בדמי חצירו - הרי זה כמוכר על תנאי.

לפיכך: אם ירד המטר אחר שמכר, או באו חטין והוזלו, או נמנע הדרך לילך לאותה הארץ, או שלא נסתייע לו להעלות או לקנות חטים -

הרי זה מחזיר אותן הדמים, ותחזור לו קרקע,

שהרי פירש שאינו מוכר אלא לעשות דבר פלוני, והרי לא נעשה!

וכן כל כיוצא בהן.

<sup>18</sup>דאיתליד ליה אונסא באורחא - ולעיל, שהוצרך לומר דברים שבלב אינן דברים, צריך לומר דללישנא דאי בעי לא סליק איתליד ליה אונסא באורחא, וללישנא

דאי בעי סליק, צריך לומר דאיתליד אונס, שאפילו ע"י תיור לא היה יכול לעלות. <sup>19</sup> ולא איצטריכו ליה זוזי - שחזרו בהן המוכרים

Once again, this seems exactly parallel to what happened to MC&S. The school in Oklahoma City that she had agreed to work for reneged on their arrangement, and therefore they do not need the money from this sale<sup>20</sup> of their Efrat land. They should therefore be able to undo the transaction.

This case may also seem to prove that a transaction can be undone even if there was no גילוי דעת at the time of the sale, However, Meiri<sup>21</sup> and many other Rishonim interpret this as a case in which where there was גילוי דעת at the time of the sale. MC&S therefore would still need to demonstrate that there was גילוי דעת at the time of sale.

Our case can also be compared to a case brought in Shut RI Migash 2<sup>22</sup>. A man sold his vineyard in order to have the money needed for his wife's divorce settlement, but then a miracle occurred and they did not get divorced. RI Migash compares it to Ketubot 97a and allows the man to get his vineyard back.

If RI Migash could generalize Ketubot 97a to his case, it is definitely reasonable to also expand it to our case.

#### B. Must MC&S demonstrate that there was גילוי דעת at the time of sale?

The gemara brings many cases in which transactions are undone even though there seems to have been no גילוי דעת at the time of transaction.

For example: A man left a halakhic will transferring all of his money to his widow. The gemara says that we assume that he did this only so that his children would treat her respectfully, and the money goes to his halakhic heirs<sup>23</sup>.

Another example: Someone thought his son was dead, and therefore gave away all of his possessions. If he subsequently finds out that his son is alive, those gifts must be returned<sup>24</sup>.

Perhaps we can also say that in our case as well the transaction can be reversed even if there was no גילוי דעת at the time of sale?

---

<sup>20</sup> It is possible to argue that this case is not actually parallel, because they did not really need this money to move to Oklahoma City, and they were just selling it because they had decided to move to America permanently, so they were giving up on their dream of building a house in Efrat. I am not entirely convinced of this argument, as it seems to me that they would need the money from this land to really start a life in America. However, if MC&S do admit that they sold the land for this reason and not for the reason suggested above, then this case would not be parallel in quite the same way, but perhaps we would have enough to rely on from the case of "גברא דזבין לנכסיה אדעתא למיסק לארץ ישראל", and we could still say that if there was גילוי דעת at the time of the sale then the land should be returned.

<sup>21</sup> ודוקא בשגלה דעתו בשעת המכר שלצורך כך וכך הוא מוכר, אע"פ שלא התנה, שאם לא כן, הדברים שבלב הן

<sup>22</sup> יוריגו רבינו: ראובן מכר כרמו לשמעון לפרוע כתובת אשתו, ונעשה לו נס ולא גרשה - התחזור המכירה?

תשובה - אין ללוקח כלום, ויחזיר למוכר כרמו, שכך אמרו חכמים: זבין ולא איצטריכו ליה זוזי - הדרי זביני

<sup>23</sup> בבא בתרא קלא:

<sup>24</sup> בבא בתרא קמו:

This is not correct. RI<sup>25</sup> explains that there are three different categories of reversible transactions:

- a. ones where reversal requires there to have been a tenai
- b. ones here reversal requires there to have been גילוי דעת, and
- c. ones where the intent of one of the parties was so obvious that nothing else is required.

RI says that the case of “a person who sold his property with the intent of leaving for Israel” is in the second category. This seems to be in line with all the opinions that we saw in regards to the previous two sugyot that we explored.

This further seems to be the position of Rambam,<sup>26</sup> who writes that a buyer can undo a sale-of-land-with-intent -to-move when he specified at the time of sale why he was doing the transaction in the first place.

Therefore, if there was גילוי דעת at the time of the sale, then the sale can be undone, but we cannot rely on just knowing what the דעת of MC&S was if they did not state it at the time of the sale.<sup>27</sup>

#### Can we undo a transaction if one party will suffer a loss as a result?

Nesivos HaMishpat<sup>28</sup> writes that one important factor in reversal-of-transaction cases is whether one party loses out. That is, in fact, DC's claim -- the land is now worth more, and therefore if he is forced to give it back, he will lose out.

DC's claim, however, is true only because he now owns the land; it has more potential use because he also owns much of the land around it. This claim is fundamentally based in opportunity costs, not in the reality on the ground right now, because it only went up in value once DC purchased the land. Nesivos, in his writing on this issue, does not seem to be concerned at all with opportunity costs, rather only with the reality at the moment. Therefore, DC's claim of loss should the sale be undone is not valid.<sup>29</sup>

#### Can we undo a transaction if one party already had the opportunity to gain from it?

<sup>25</sup> תוספות קידושין מט: ד"ה דברים שבלב אינם דברים -

ואומר ר"י: דצריך לחלק ולומר  
דיש דברים שאינם צריכין תנאי כפול אלא גלוי מילתא, דאנן סהדי דאדעתא דהכי עביד;  
וגם יש דברים דאפילו גילוי מילתא לא בעי, כגון ההיא דהכותב כל נכסיו לאחרים ושמע שיש לו בן, שהמתנה בטלה,  
וכן הכותב כל נכסיו לאשתו לא עשאה אלא אפוטרופא, לפי שאנו אומדין שלכך היה בדעתו,  
וכמו כן אנן סהדי דלא זבן אלא אדעתא למיסק לארעא דישראל

<sup>26</sup> See footnote 9

<sup>27</sup> Today, sales and negotiations are so long that it is hard to pinpoint when exactly the moment of the sale is. As long as it came up that this was why CS&M were selling their land at some point during the negotiations and whole process of the sale, perhaps we can say that there was גילוי דעת בשעת המכירה.

<sup>28</sup> נתיבות המשפט ביאורים סימן רל -

...דדוקא כשאין הפסד לשכנגדו בתנאי ההוא,  
כגון בכתובה שכשימות תחזור היא ותעשה פנויה כבראשונה,  
וכן בזבין ולא איצטרכו ליה זוזי דזוזי יהיב זוזי שקיל...

<sup>29</sup> The makes an אוקימתא that actually was factoring in opportunity costs, but it is not really clear that that is actually what the נתיבות's intent was, and this אוקימתא was probably made only because it was crazy to the נתיבות that the נתיבות could actually have meant what he wrote.



Another stipulation that Nesivos brings in is that if one party was ראווי להנאה (=had the opportunity to benefit from) with regard to the object that (s)he received in this transaction, then the sale cannot be undone<sup>30</sup>. The status of ראווי להנאה can be in place immediately after the object is acquired, even if it is not used immediately. Therefore, even though DC has not yet built on the land that he bought, shouldn't he be able to claim that he was ראווי להנאה, and therefore the sale cannot be undone?

Although it sounds legitimate, this also is not a valid claim. Nesivos only makes his assertion because he says that we assume that when people buy objects, they are acquiring them for immediate הנאה and use, and that is why even being ראווי להנאה, without having actually benefited, works. In this case, it is known that DC is a developer, and when a developer buys land, especially a developer like DC who is trying to own as much of that hill on Efrat as he can, he is not buying that land for immediate הנאה or use. He is buying it to eventually build property on the land that he can profit from, but not to do so immediately, as is evidenced by the fact that DC has not built on this land in the past six months.

**To summarize everything that has been discussed regarding undoing CM&S's sale of land to DC:**

**This case is comparable to both the cases of "גברא דזבין לנכסיה אדעתא למיסק לארץ ישראל" and "זבין ולא איצטריכו ליה זוזי". In both those cases, if there was גלוי דעת בשעת המכר, the sale can be undone. The same principle applies to our case; if there was גלוי דעת בשעת המכר, the sale can be undone. DC's claims based on Nesivos of הפסד (=loss) and ראווי להנאה are both invalid and cannot prevent the sale from being undone so long as there was גלוי דעת בשעת המכר.**

We will now move onto the discussion of what ES's responsibility towards OC is in terms of paying for the t-shirts.

ES's claim here is that he had an implicit תנאי (=condition) that he did not want to buy the t-shirts if Kevin Durant was no longer playing on the OKC Thunder. OC's claim is that since this condition was not stated explicitly, ES is bound by his contract with her. As this is a case where there was no גלוי דעת בשעת המכר, we will first discuss whether or when we are or are not allowed to assume a person's unstated intent. We will then discuss claims that Nesivos makes in a similar situation, and end with a ruling from Shulchan Arukh.

Can we assess intent when there was no גלוי דעת בשעת מכר?

In this case there was no גלוי דעת בשעת המכר. ES made no statement at the time of sale about why he wanted to buy the t-shirts. Can we nonetheless take into account an implicit reason, that he claims that he had in mind, for wanting to buy the t-shirts?

---

<sup>30</sup> וכן בבית או פרה, כיון שקנה אותן להיות ראויין להדבר ההוא שקנה עבורו, כלתה הנאת הקנין כמו בכניסת החופה, וכעין שכתבו התוספות בב"מ דף ע"ט [ע"ב ד"ה אי] גבי ספינה זו, דכשנתן לו מעות נתרצה שיהיו שלו לאלתר, וה"נ דכוותיה, כיון דמעות להוצאה ניתנו, ובמחילה סגי, ואמרינן דנתרצה שיהיה שלו לאלתר

The answer is that yes, this is a phenomenon that is found all over ש"ס. This is category c set out by RI's comment on Kiddushin 49b, cited above.

### Is the party making a claim on the basis ?

Gittin 46b discusses the case of a man who divorces a woman whom he thinks is an איילוניית (=sterile). If she later has children, we do not let him claim that he did not mean to divorce her if she were fertile, and therefore those kids should be ממזרים.

Tosafot Yevamot 65a<sup>31</sup> comment that if he really has such a condition in mind, he could have checked to see if his wife really was an איילוניית. Since he could have done something to disambiguate the situation, and he didn't, he is not allowed to claim on the basis of an implicit condition. Implicit conditions are allowed only if at the time, the information was unknowable to you. Otherwise, if you had really cared about this element, then you would have investigated fully.

This comment of Tosafot means that ES should have checked about the possibility of Durant leaving the Thunder. Although this was not fully checkable to the same extent as whether or not someone is an איילוניית, adequate research would probably would have told him that there was a good chance that Durant would leave. So, unfortunately for ES, even though we are allowed to assess people's דעת, if they did not do the proper research, such as ES failed to do in this case, they are not allowed to make a claim after the fact that they had an implicit condition related to that factor.

### Was it probable?

Ramban<sup>32</sup> makes an additional distinction in regards to whether a person's claim about their implicit תנאי is legitimate or not. He says that if you are divorcing someone for a reason that you know is only probable, even if there's only a 20% chance that the reason isn't true, but you do not state the reason, and you did not check, but divorced while there was a ספק about whether it was true or not, that divorce has a ודאי גט. If you do not state why you are divorcing her, then we don't know that you had it in mind, and you can't claim that you had it in mind because we tell you that if you had it in mind, you would have stated it.

This is again directly applicable to our case. There was definitely a possibility of Durant leaving OKC, and ES did not do the proper research, and made this contract without stating the condition that he now claims to have intended. We must tell him, then, that since he entered into this contract knowing that there was a ספק (doubt or indeterminacy) involved without explicitly stating a condition, his claim is invalid.

---

<sup>31</sup> כיון דלא חשיב לבדוק יפה בסימני אילוניות, גמר בדעתו לגרש בכל ענין, ולהכי שתקינן ... אין בידו לבדוק, ומוכיח הדבר שמשום בנים מוציאה, שכבר נישאת לשנים ולא היו לה בנים

<sup>32</sup> יבמות דף סה עמוד א ד"ה אי איהי שתקה אנן מי שתקינן נמצא גט בטל ---  
...שמתחלה על הספק הוציאה כולם, שמא לא זכו ליבנות הימנה, או לא זכו שתבריא תחת אחד מהם... ולא משום סימני אילוניות ועקרה הוציאה כדי שיהא יכול לקלקל עליה כלום,

והיינו טעמא דאשה שאין לה וסת, דאמרינן בפ"ק דנדה יוציא ולא יחזיר עולמית משום דילמא הדר ואיתקן ואתי לקלקולה, דכיון דאית לה מכה, על הודאי מגרשה, וזע"ג דאיכא למימר ליה השתא הוא דבריא - מקלקל לה,

מה שאין כן במוציא משום שאינה יולדת בעשר שנים שמא לא זכו ליבנות ממנה, ועל כך הוציאה מתחלה לספק...

### Is each party's reason for making the contract still operative?

Nesivos<sup>33</sup> writes that the following case was brought to him:

Once there was a war, and the king had contracts with lots of people, including Reuven, to provide linen for his army. Reuven sub-contracts to Shimon for the flax (to make linen), and he shows Shimon the contract from the government. But then the king loses the war, and the king breaks his contract, and there is a massive devaluation of linen, but Shimon wants to hold Reuven to his contract! Nesivos ruled that Reuven was פטור (not liable), because everyone knew that the only possible use of the linen was to sell to the king. Since the war was lost before he received the delivery of the linen, and the purpose of his contract became void, it is like a cow dying before it is delivered, and Reuven does not have to buy the flax that he contracted for.

This would seem to be a precedent in ES's favor, but unfortunately for him, these cases are not parallel in a way that would make Nesivos's ruling applicable in our case. Flax, unlike OKC Durant t-shirts, can be sold to others, albeit not at the high price that it was contracted to Reuven for. Shimon is not losing out in the same way that OC would be losing out in our case.

Our case is also different because this is more than raw material that ES is asking OC for. OC is also presumably being paid for her time spent making the t-shirts, unlike Shimon.

### Is this a case of retroactive אונאה (=illegal overcharging)<sup>34</sup>

Another suggestion Nesivos<sup>35</sup> makes in regard to the above case is that Reuven does not need to pay Shimon, because if he paid him at the price that they contracted for, it would be retroactive אונאה, which is not allowed. Perhaps in our case as well a claim of retroactive אונאה can be made by ES?

Again, it would seem that is not a valid claim. It is pretty easy to say that ES himself was planning to sell the t-shirts at more than \$17.50 a t-shirt, perhaps himself engaging in אונאה. So, it is not fair for ES to make the claim against OC that her selling him the t-shirts would be a case of אונאה. As well, presumably the \$15 that OC was selling the t-shirts to ES for was mostly for the costs of raw materials and her time, which would not go down in value retroactively with Durant leaving the Thunder.

---

...ומעשה בא לדידו, שפעם אחת בשעת מלחמה הוצרך המלך לקנות פשתן הרבה בלי מספר, עד שקנו לצרכי פשתן ד' או ה' פעמים יותר רב מכפי שקונו בפעם אחר. והמלך עשה קאנטראקטין עם הרבה אנשים, והלך ראובן ועשה עם שמעון ג"כ קאנטראקט על סך רב מפשתן, והראה לשמעון קונטראקט מהמלך, ואח"כ הפסיד המלך המלחמה, ולא רצה ליקח הפשתן מראובן כפי הקונטראקט שעשה, והוזל הפשתן בכל המקומות, ועכשיו תובע שמעון מראובן שיקח הפשתן ממנו, וליתן לו מעות כפי קנין המועיל שעשה עמו, ונתן לו חילוף כתב שנכתב בו כל מי שמוציאו. ודנתי שפטור ראובן, דבכה"ג כו"ע מודים שלא היה ראוי למוכרו רק למלך, ולא היה ראוי ליהנות בו, דהיינו להרויח, עד שהוזל בכל המקומות, פטור מלשלם, ובזה כו"ע מודים, ועדיף מהתשובה שהביא בתשובת שערי אפרים. וגם כיון שנתברר למפרע דבשעת קנין לא היה המלך רוצה שוב לקיים הקנין, ולכל העולם אפילו החצי אינו שוה, הוי כנתברר האונאה למפרע, ולא שייך בזה כדי שיראה כיון שנאנס, שבכל יום הלך לפני שרי המלוכה ולא רצו לקבל ממנו ודחו אותו מיום אל יום. ושלחתי תשובה זו לכמה גאונים, והסכימו עמי כולם...

<sup>34</sup> אונאה is a complicated topic that I am not going to delve into right now, but the most simple understanding is that over or undercharging a person by more than 1/3 of the market price qualifies as אונאה.

<sup>35</sup> See footnote 32

### What does the שולחן ערוך have to say about our case?

Shulchan Arukh<sup>36</sup> rules that if you told a craftsperson to make something for you, and the craftsperson makes the object, but then you decide that you don't want to buy the object after all, then if not buying it will cause the craftsperson a loss, you are liable to pay for the item. This ruling seems to directly address one element of our case. ES not buying the 50 t-shirts that OC already made would cause her a loss, as she spent time and money making those t-shirts, and no one else is going to buy them from her. As we have already seen that ES's claims of his implicit תנאי are not valid, he must pay for the already made t-shirts as the מחבר prescribes.

### What about the other 50 t-shirts?

It seems that ES should not be responsible to pay for the 50 t-shirts that OC has not made yet. This is for several reasons. The first is that the Shulchan Arukh's ruling specifies "עשאו האומן", and the second 50 t-shirts have not yet been made.

Regarding the case of the land, we discussed Nesivos's ruling that implicit conditions can be claimed only when the other party will not lose out. If ES does not pay for the second set of 50 t-shirts, OC will not lose out, as she has not made them yet.<sup>37</sup> So, ES's claim of his implicit תנאי that he did not want to buy the t-shirts if Kevin Durant was no longer playing on the OKC Thunder is valid in this case.

It can also be argued that if OC makes ES pay for the second set of t-shirts, that is really a case of אונאה, as the אונאה will not be retroactive anymore. OC will be making these t-shirts with the knowledge that ES will not be able to sell them at even a quarter of the price that she is selling them to him. This would be intentional, malicious אונאה and should not be allowed.

**To summarize everything that has been discussed regarding OC's claim that ES must pay for all of the t-shirts, including 50 t-shirts which she has already made:**

**Although halachically we are allowed to assess a person's דעת in terms of making implicit conditions, ES's דעת here does not fall into that category. ES's counterclaims that the reason that he made the contract is not valid anymore, and that this is a case of retroactive אונאה, are also both invalid. Therefore, based on a ruling straight out of the שולחן ערוך, ES must pay for the 50 t-shirts that OC has already made. The second set of 50 t-shirts, however, he does not have to pay for, as there is no loss to OC in that case, and if he did pay for them it would be an extreme case of אונאה.**

---

<sup>36</sup> 333:8 אמר לאומן: "עשה לי דבר פלוני ואקחנו ממך", ועשאו האומן, ואחר כך אינו רוצה לקחתו, והוא דבר שאם לא יקחנו מיד, יפסיד - חייב.

<sup>37</sup> Presumably she has bought some raw materials already in preparation for making the second set of t-shirts, but considering her line of work it is reasonable to assume that she can use these materials for another project, and the money she spent on this material will not be a loss to her. If OC really cannot use these materials for any other project, then ES should have to pay for them as well as the 50 already made t-shirts.

To state the final rulings once again:

1. If MC&S were מגלה דעת at the time of the sale that they were selling this land because they were planning on moving to Oklahoma City, then the transaction can be undone. It seems reasonable to assume that they had been גלה דעת at the time of the sale, as they had to pay the bank back the mortgage and assumingly told them why, and DC has been begging them to sell for a while, presumably he learned why this time they were willing to sell. If, however, they were not גלה דעת at all, then DC can keep the land and the sale cannot be undone.

2. ES is required to pay for the 50 t-shirts that OG has already made, but not for the 50 that she has not made yet.

-- שירה נחמה בת חנן ישראל

## Levi Mastrangelo

The starting point for resolving the dispute between Mr. Steibel and Mrs. Cassini over the hand-painted t-shirts is Shulchan Arukh 333:8. He writes,

אמר לאומן: "עשה לי דבר פלוני ואקחנו ממך",  
ועשאו האומן, ואחר כך אינו רוצה לקחתו,  
והוא דבר שאם לא יקחנו מיד, יפסיד - חייב

*In a case where one says to a craftsman: "Make for me thing X and I will purchase it from you,"*

*(and) the craftsman makes it, but afterward the buyer is not interested in purchasing it,*

*and if thing X is not sold immediately, it will lose value –  
the buyer is obligated to pay.*

This ruling is based on a responsum of the Rosh (כלל קד סימן ו) that categorizes the case as דינא דגרמי (a type of indirect damages that includes compensation for lost wages).

Nesivos Hamishpat asks on the Shulchan Arukh:

למה הוצרך שיהיה דוקא דבר שאם לא יקחנו מיד – יפסיד, דהיינו דבר האבד?!

*Why should the employer be obligated to compensate the craftsman for lost wages only when the loss is **immediate**, meaning that this is legally a case of "something which will be irretrievably lost by inaction"?!*

He answers in two steps. First, he compares this *siman* of Shulchan Arukh to 336:2:

השוכר את הפועל לעשות בשלו,

או ללקט לו דבר של הפקר –

אינו יכול לומר לו: "טול מה שעשית בשכרך" ..

*One who hires a worker to make something using [the employer's] property, or to gather for [the employer] something that is (=ownerless) – the employer cannot say to the employee: "Take that which you made as your payment".*

Nesivos reads 336:2 as applying exclusively to wage-earning workers, emphasizing that in both scenarios, the employer owns the item without having to make a קנין (=formal act of acquisition). He thus establishes a general rule by inference--if the employer is only forced to accept and pay for the item in cases where it already belonged to him, then in cases where it belonged to the worker, the employer must be able to claim: "Take that which you made as your payment."

Second, Nesivos returns to 333:8, which he can now read as an exception to the rule established in 336:2. 333:8, he says, is talking about a case where the buyer did not stipulate that the craftsman was being hired as a **wage-earner**, and thus by default it is as if he said "Make thing X for yourself, and then I will acquire it from you through a normal קנין". Since the employer generally has the right to say this, Shulchan Arukh must be applying דינא דגרמי only to the subset of אמר לאומן cases in which item X will lose all value immediately.

We might at this point conclude, based on Nesivos's sharp reading of Shulchan Arukh, that, since Mr. Steibel hasn't made any sort of קנין on the shirts, he can force Mrs. Cassini to keep the shirts themselves as payment.

However, I think this would be a serious mistake, because it would contradict the conceptual framework, as laid out by Tosafot (מז ע"ב ד"ה שלא כתב לה), that underpins all halakhic contract law, as follows.

Kesubos 47b brings a case in which a woman is divorced or widowed between kiddushin and nissuin. Rabbi El'azar ben Azariah rules that she has no claim to the *tosefet ketubah* (husband's voluntary additions to his ketubah-obligations) because he "only wrote it on condition that the marriage be consummated"

Tosafot notes that this ruling seems to generate a problematic extrapolation: any person should be able to reverse any transaction in the event of a clearly undesired outcome—e.g. "I never would have bought your cow if I had known it would get sick and die within the week"—thus destabilizing transactional commerce.

Tosafot solves this problem by introducing risk-benefit analysis. In the cow case, it is perfectly evident that the buyer countenanced and accepted the risk of the cow dying unexpectedly, so we can be certain (אן סהדי) that the buyer would have taken the deal even had the seller said explicitly that the buyer would bear any such loss. Contradistinctively, the groom would never intend to incur the obligation of a *tosefet ketubah* except on condition that they complete *nissuin*.

Shut HaRIM explains (שו"ת הרי"ם אבן העזר כה) Tosafot as modeling the framework for commercial agreements on the parties' respective bargaining positions at the time of the agreement. In the cow case, for example, we don't allow the buyer to claim that he wouldn't have bought the cow had he known it would die soon. Why? Because had the buyer attempted to make that an explicit condition of the sale, the seller would have refused, and he would have bought the cow without the condition.

Tosafot thus say that halakhah should not adopt sharp readings of contracts that violate the parties' expectations and common practices, but rather should interpret contracts in light of those expectations and practices.

Indeed, Nesivos himself in Siman 230 attacks another halakhist's approach on the grounds that it contradicts common sense and common practice, and disregards the relative bargaining power of the two parties at the time of sale.

It therefore seems to me that we should read Nesivos to SA 333.8, and Shulchan Arukh there by extension, as descriptive rather than prescriptive. When Nesivos says that the default case of אמר לאומן is "Make thing X for yourself and then I will acquire it from you through a normal קנין," he means to describe the expectations that should inform the enforcement of special-order contracts in his specific social context, rather than to prescribe that these contracts be structured in any particular way. If those expectations changed, the halakhah would change accordingly.

I contend that contemporary special-order contracts are informed by a significantly different set of expectations than Nesivos describes, and would be best described as having two separate halakhic components:

- 1) שליחות (=agency) - Reuven appoints Shimon as his שליח to acquire raw materials
- 2) שכיר יום (=day labor)-- Reuven hires Shimon to exert himself in transforming those materials into the agreed-upon product. Reuven could, at any time and for any reason, be מבטל שליחות and discontinue his employment of Shimon. At that point he would be obligated to pay for work done, and for those materials (at cost) that Shimon had already acquired on his behalf.

On that basis, in the case at hand, Ezra Steibel is responsible to pay for any t-shirts already finished at the time that he attempted to cancel the sale, and for any of the raw materials that Olga Cassini can demonstrate as having been purchased on his behalf.

The dispute regarding the land is much simpler to decide.

Shulchan Arukh 207:4 writes explicitly that in order to undo a sale on the basis of an implicit condition, one must have said something at the time of sale that implied the condition. He states that the necessity of having said something at the time of sale is absolute, even when it is reasonable that he would have made such a condition and even when he had previously mentioned that he was selling the land for this purpose. This describes our case perfectly.

Rabbi Moshe Isserles (=רמ"א) disagrees, citing Rabbeinu Asher (=רא"ש), who rules (כלל לד סימן א) that an אומדנא דמוכח (compelling supposition) would allow you to undo a sale. This *psak* is based on the Tosafist R. Isaac of Dampierre's (רא"י) three-tiered system for determining how conditions must be introduced into contracts. His categories are:

- 1) תנאי כפול--cases in which the claimed condition is so peculiar that it can only be substantiated by a formal condition stating the outcomes of both fulfillment and nonfulfillment
- 2) גילוי דעת מלתא - cases in which the claimed condition is sufficiently reasonable that it could be substantiated by circumstantial evidence; and
- 3) cases in which the claimed condition was so obvious that it can be substantiated even without circumstantial evidence.

One might argue that our case fits into category 2. The Moskowitz Cherchovsky Steibels repeatedly refused to sell their land to Mr. Chevremán, and only relented as the result of their decision to move. This creates a compelling presupposition about their motive for selling.

It's not so clear, however, that this condition would pass Shut HaRIM' s test. Had the plaintiffs explicitly made the sale of their land contingent upon their move, or upon their ability to use the money for the downpayment on a house in OKC, Mr. Chevremán might well have refused or insisted on a lower price.

Furthermore, Minchat Yitzchak 6:170 holds that one can only use **absolutely** compelling presuppositions to overcome the legal force of possession.

Finally, even if we reject Minchat Yitzchak, Mr. Chevremán can still claim לי קיים (I am acting in reliance on legal position X) like Shulchan Arukh 207:4 against R. Isserles, and retain the land.



## Leead Staller

ערב ר"ח מנחם אב, תשע"ו  
תשובה מבין המצרים:

קודם שאכנס לשיקול הדין בנ"ד, כדאי להתחיל מסוגית אדעתא דהכי ודברים שבלב. כידוע בכמה מקומות בש"ס פוסקים שבעל דין יכול לטעון אחר מקח מסוים שבשעת המקח לא היה לו דעת למציאות הנוכחית, ומבטלים את המקח על רקע החיסרון-דעת הזאת. כך מצאנו לדוגמה "בזבין ולא איצטריכו ליה זוזי" (כתובות צז), שמסיק הגמרא "הלכתא הדרי זביני", ושם (מז): "ר"א ב"ע אומר: מן הנשואין – גובה את הכל; ומן האירוסין – בתולה גובה מאתים, ואלמנה מנה, שלא כתב לה אלא על מנת לכונסה". גם יש כמה מקומות שאין מבטלים את המקח על בסיס אדעתא דהכי, כגון "ההוא גברא דזבין לנכסיה אדעתא למיסק לארץ ישראל" (קידושין מט), שמסיק הגמרא "הוי דברים בשלב, ודברים שבלב אינם דברים". והראשונים ואחרונים דנים על איך לחלק בין מקרים שונים, וכרגע לא אכנס להרחבת הדין הזה.

עכשיו, בנ"ד, במבט ראשון נראה שמדברים על מקרה של ההוא גברא דזבין לנכסיה, כי בעלי הדין טוענים שלא מכרו את אחוזתם אלא אדעתא לרדת לארה"ב. אבל למרות המקבילות החיצונות, נ"ד אינו אלא מקרה של זבין ולא איצטריכו ליה זוזי.

ראשית, בניגוד למקרה בקידושין, הטוען אינו גר בקרקע בשעת מכירתו, ומיחס אליה כאל נכס יקר מאד, ולא כמו בית. ועוד, האידנא דשכיח למשפחה יהודית לגור בארה"ב בעוד שהם מחזיקים קרקע בא"י (כמו בית נופש), אין סברא לומר שמכרו את הקרקע מפני שהם לא מתכוונים לגור בארץ כמו בההוא גברא. הרבה מבעלי הקרקע בארץ אינם גרים שם! אלא פשוט שהם מכרו את הקרקע מפני הצורך הממוני הגדול של המעבר לארה"ב. ועוד, כתב הב"ח (חו"מ רז:ז) שלפי שיטת רש"י, ההבדל בין ההוא גברא דזבין ולא איצטריכו הוא שבמקרה של ההוא גברא, אחר מכירת נכסיו הוא הלך על דרכו "ולא נשאר בעיר", אבל במקרה של זבין ולא איצטריכו, המוכר נשאר בעיר אחר המכירה. ולפי זה, במקרה שלנו, שבסוף הבעלי דין לא ירדו לארה"ב ולא עברו ממקומם, פשוט שזה כמו זבין ולא איצטריכו. ולא עוד, אלא שברור מן המקרה עצמה שזה אינו כמו ההוא גברא, שכתב הר"י הזקן (קידושין נ). שבזבין ולא איצטריכו "התם שנוולד לו דבר מחדש... אבל הכא שמוכר לעלות ונהפכה דעתו שלא רצה לעלות לא"י לאו כל כמיניה שאין זה אלא שמתחרט מן המכר." ובדרך זה פסק הטור ע"פ אביו הרא"ש (חו"מ רז:ז) שזבין ולא איצטריכו הוא דוקא "משום דבר שנתחדש אח"כ". וברור שנידון דידן הוא משום דבר שנתחדש אחר המכר, ולא רק מקרה של חרטה. לכן נראה פשוט מדי וברור כשמש שאנו עוסקים במקרה של זבין ולא איצטריכו.

ועכשיו שקבענו ללא שום ספק לאיזה סוגיא שייך המקרה שלנו, אעבור לענייני פסיקה. הר"י קבע בכמה מקומות (קידושין מט: ד"ה דברים; כתובות צז. ד"ה זבין; ועוד) שעקרונות, יש בעולם הדעת ג' סוגי המקרים. יש דברים שאין צריכים שום גילוי דעת אלא רק אומדנא דמוכח שזה היה הדעת, ויש מקרים שאינם יכולים לסמוך על אומדנא וצריכים גילוי דעת בשעת המעשה, ולאחרונה יש דברים שאפילו גילוי דעת אינו מועיל וצריכים תנאי כבני גד ובני ראובן. ועוד, כתב התוס' (כתובות שם) שזבין ולא איצטריכו הוא סוג השני, וצריך גילוי דעת בשעת המכר. ואע"פ שיש דעת הר"ח (מובא בתוס' רי"ד בקידושין מט: ד"ה אמר ונ. ד"ה ודלמא) שחולק וסובר שבשום מקרה צריכים גילוי דעת בשעת המכר ואנו יכולים לעמוד על אומדנא לבד, ולפי זה אין אפילו דיון בנ"ד שפשוט שהקרקע חוזר, אין זה אלא דעת יחידי ולא כדאי לסמוך עליו. והנה, יש לדון במקרה שלנו.

לדידי, יש כאן ספק במציאות אם הבעלי דין אמרו בשעת המכר שהם היו מוכרים בשביל תוכניותיהם לרדת מארץ או לו. אם אכן אמרו את זה בשעת המכר, אז יש גילוי דעת ואין עוד על מה לדבר. אלא אפילו אם אינם אמרו את זה בשעת המכר עצמו, אז עדיין יש על מה לדבר.

עולה מן הראשונים שבדרך כלל, הצורך לגילוי דעת בשעת המכר הוא בשביל החוסר הידיעה שלנו על מה שאדם מתכוון בחדרי חדרים של לבו. בסתם מקרה, אפילו אם שמענו שיש גורם מסוים למכירת המוכר, יש סיכוי שמה שהשתנה בין זמן ששמענו את זה ושעת המכר. אבל אם אנחנו יודעים בודאי בשעת המכר את דעת המוכר, אז הוא יכול לטעון שאדעתא דהכי לא מכר ומקח חוזר. כ"כ הרמב"ן (כתובות עח:), ואחריו הנ"י (קידושין מט: בשיטת הקדמונים) והתשב"ץ (הצצה), שבמקרה של ההוא גברא, אנו אומרים דברים שבלב אינם דברים משום "לא מוכחא

מילתא כולי האי דאימר זוזי איצטריכו ליה זבין" אבל אם היה מוכח מילתא, אז "לא דברים שבלב הוא אלא דברים שבלב הכל". וזה גם הגיוני לפי שיטת הר"י דלעיל, שהר"י מודה שיש מקרים שיכולים לסמוך על אומדנא דמוכח. אלא, שהוא סובר זבין ולא איצטריכו בדרך כלל אינו יכול לדעת בדרך ברורה את דעת המוכר. אבל, לפי הרמב"ן ותלמידיו, אם יש מקרה מיוחדת שאנו יודעים בודאי שלא היו רוצים למכור אלא משום צורך כסף, אז אפילו בלי גילוי דעת אנו יכולים לומר שיש אומדנא דמוכח. וכ"כ פסק החכם צבי (שו"ת סי' קטו), שאם אנו יודעים בודאי בלי שום ספק שזה היה דעתו של הבעל דין, אפילו לסיבות חיצוניות, יכולין אנו ללכת אחריו כאומדנא דמוכח.

ואז באנו למקרה שלנו, שלכמה שנים הבעל דין שלמו משכנתה לדיור אע"פ שעדיין לא היו להם שום הנאה מהקרקע, וגם הם סרבו כמה פעמים את הצעת הנטעון לקנות את הקרקע מהם, למרות המחיר הגדול והרווח שהם היו יכולים לקבל, כי כל זמן שהם היו יכולים לעמוד במחיר הם עמדו, כי זה היה האחוזה שלהם וחלום שלהם. ומפני זה ברור לכל, ובמיוחד להנטעון שהיה לו קשר אם הטוענים לכמה שנים, שכאשר לבסוף הם הסכימו למכור את הקרקע, לא הסכמו אלא מפני שהם צרכו את הכסף למעבר לארה"ב ולא לשום סיבה אחרת.

ועוד, גם ברור מטענת הנטעון שהוא היה ידע בוודאות את דעת המוכרים בשעת המכירה, שהוא אינו חולק על טענתם שלא מכרו אלא אדעתא דצרכו כסף לרדת לארה"ב, אלא הוא רק טוען שאם הוא צריך לחזור את הקרקע, הוא רוצה תשלומין להמחיר הנוכחי הגבוהה שהוא בגלל מעורבותו בקרקע. וכתב התשב"ץ (ה:צה) ז"ל "שאינו ללכת אחר אומדן דעת אלא בדברים שאין לפקפק בהם כלל ושיהיה הדבר ההוא מפורש מן הסתם כאלו פירשו כי הני דלעיל דאפילו הבעל דין החולק אינו אומר שלא היה דעתו כן אלא אומר אף על פי שכן היה דעתו כיון שלא פירשו אין לילך אחר דעתו" עכ"ל. וכ"כ בנ"ד שאפילו הנטעון מודה לטענת המוכרים. ומפני כל זה, ברור שבמקרה שלנו, אע"פ שאין גילוי דעת בשעת המכר יש אומדנא דמוכח ויכולין ללכת אחרי דעת המוכרים. והאמת היא שכל זה אינו חידוש, אלא דברים פשוטים בדברי הרמ"א שכתב (חו"מ רזל:ד) "אי איכא אומדנא דמוכח, נתבטל המקח." ופשוט מההקשר של השולחן ערוך שהרמ"א מדבר דוקא על מקרה של זבין ולא איצטריכו ליה בלי גילוי דעת, ופסק שאע"פכ יכולים לבטל המקח ע"פ אומדנא דמוכח.

ועוד, אפילו אם רוצה לחלוק ולטעון שעדיין יש מקום לומר שיש אפשרות מדרך רחוקה ליצור איזשהו סיבה שדעת המוכרים אינה ברורה במקרה שלנו, ובאמת אין אומדנא דמוכח כ"כ לפטור אותנו מהצורך לגילוי דעת, עדיין י"ל שהלכה לא כדברי התוס' בכתובות, ומעיקרה לא צריכים אפילו גילוי דעת במקרה של זבין ולא איצטריכו. וכ"כ כתב הריטב"א בשם רש"י (כתובות צז). נגד התוס', וגם פסק הר"י מלוניאל (שם בשיטה מקובצת) והיראים (סימן ז) והמרדכי (גיטין רמז תכו) ועוד כמה מהראשונים הקדושים ז"ל. וז"ל היראים "והא דאמרינן בכתובות זבין ולא איצטריכו ליה זוזי הדרי זביני... פירושם שסתם המוכרים צריכים זוזי המדברים סתם אין דרכם לפרש אם לא איצטריכו למעות יבטל המקח והוי סתמן כפירושן" עכ"ל. יש כאן אי-בהירות בלשון היראים, אבל אפשר להבין שלשיטתו, כל מכר ומכר אינו אלא לצורך מעות, אם לא שהמוכר מפרש שאינו כן, ומפני זה, כל מכר שאח"כ המוכר אינו רוצה בו הוא יכול לחזור בו. ואפילו אם מפרשים את דברי היראים בכיוון פחות מחודש, ברור שהוא אין לו צורך לגילוי דעת במקרה של זבין ולא איצטריכו. והנה לפי, ולאלה השיטות שפוסקים נגד תוס' בכתובות, אין ספק שמקרה שלנו, אפילו בלא גילוי דעת בשעת המכר יכולים המוכרים לחזור.

ובאמת המחבר שפוסק בשו"ע (רז:ג) כמו תוס' בכתובות, שצריך גילוי דעת בשעת המכר בזבין ולא איצטריכו, פוסק ע"פ הרא"ש שפוסק בכתובות כמו התוס' שם. אבל, המחבר עצמו מודה בבית יוסף (שם) שאף שהרא"ש פוסק כן, יש סתירה ברא"ש עצמו! וז"ל "ותמהני שכתב בתשובות כלל פא' י'דיש מקומות דאפילו גילוי לא בעיא אלא אזלינן אחר דברים שבלב כיון דאיכא אומדנא דמוכח כגון שטר מברחת זבין ולא איצטריכו ליה זוזי וכיוצא בהם' וצ"ע" עכ"ל. ואך שהוא סיים ב'צ"ע' הב"ח שם מנסה להסביר דעת הרב המחבר בשו"ע שפוסק כמו הרא"ש בפסקיו נגד תשובתו. וז"ל הב"ח: "וכתב כך לפי שהיה תופס פרש"י עיקר וכך היתה דעת הרא"ש בתשובה שפרש"י עיקר ועל פי פירושו כתב כך בתשובה. אבל בפסקיו חזר בו וכתב על פי דברי התוספות שהסכימו דאע"פ דבהך דזבין ולא איצטריכו ליה זוזי אמרינן בגמרא בסתם דהדרי זביני אפילו הכי צריך לפרש דאין זה אלא כשגילה דעתו בשעת מעשה המכירה שלצורך כך וכך הוא מוכר אבל לא גילה דעתו אלא מכר בסתם לא הדרי זביני וכדאיתא להדיא בפ"ב דקדושין גבי ההוא דזבין אדעתא למיסק לארעא דישראל ולא מפליגין בין הך דהתם לדהכא כלל. וכפסקיו שהם האחרונים נקטינן נ"ל" עכ"ל. הב"ח רוצה לטעון שרא"ש שינה את דעתו, ואף שבזמן שכתב את תשובתו הוא סובר

כמו רש"י בסוגיא, כשהוא כותב את פסקותיו, הוא דחה את רש"י לשיטת התוס'. ואז, כדאי ללכת אחרי הפסקים שהם השיטה האחרונה של הרא"ש. לא פשוט לי שהטענה ההיסטורית הזאת נכונה, אבל אפילו אם נניח שכן, ההסבר הזה עדיין לא נכון, כי הרא"ש סותר את עצמו אפילו בפסקותיו על הש"ס ואין מקום לחלק בין תשובותיו ופסקותיו! שכתוב הרא"ש בגיטין (ו:ט) שזבין ולא איצטריכו ליה זוזי אינו צריך גילוי דעת. ולא עוד, אלא שהוא גם סותר את עצמו בתשובותיו, שהוא כותב בכלל לד"ס א שזבין ולא איצטריכו כן צריך גילוי דעת! ומשם נראה פשוט שאפילו בדעת הרא"ש, שהוא עצמו הבסיס של פסיקת השו"ע בד"ן הזה, יש סתירה מיניה וביה בלי שום תיקון ויש עדיין אפשרות לפסוק כמו רש"י. והב"ח, ואולי אפי"הרה"מ, שסובר לפסוק כמו פסקי הרא"ש בכתובות אינו אלא כטועה בדבר משנה, שלא ראה את כל הפסקים ותשובות של הרא"ש לראות את הסתירות הפנימיות האלו.

ואז, ברה כחמה שלכל הדעות, אין כאן חיסרון של דברים שבלב, ויכולין אנו לעמוד על דעת המוכרים.

אבל, אפילו אם יש לנו אפשרות ללכת אחר דעת המוכרים, עדיין צריכים להתמודד עם קושיית התוס' (כתובות מז:): וז"ל: אם תאמר אם כן כל אדם הלוקח פרה מחבירו ונטרפה או מתה אנו סהדי שלא על מנת כן לקחה וי"ל דהתם אנו סהדי שבאותו ספק היה רוצה ליכנס ואפי"ה אם אומר לו אם תטרף יש לך לקבל הפסד היה לוקחה... ולא דמי ללוקח חפץ ואירע בו אונס דלא אמרינן דאדעתא דהכי לא קנה ומבטל המקח דאינו תלוי בדעת הקונה לבדו דהא איכא נמי דעת מקנה שלא היה מקנה לו לדעתו אם לא יפרש... עכ"ל. ונובע מדברי תוס' שיש לחלק בין מקרים שיש רק דעת אחד ומקרים שגם יש דעת אחרת. ובנ"ד, שבדאי יש במכר דעת המוכרים וגם דעת הלוקח, איך אפשר ללכת אחר דעת המוכרים לבד? ועוד, לשיטה זו, איך הגמרא יכולה לפסוק שזבין ולא איצטריכו ליה זוזי הדרי זביני בכלל? לענות על זה, מופיע במל"מ (זכיה ו:א) פירוש לדברי התוס' שמסביר שכוונת התוס' אינה לחלק בין מקרים שקל איש אחד ושתי אנשים ממש, אלא, בין מקרים שיש פסיא ולכן קפיא לחד, ומקרים שאין פסיא, כמו זוזי יהיב וזוזי שקיל. ואז, המקרה של זבין ולא איצטריכו, ובהרחבתה המקרה שלנו, הם מקרים של זוזי יהיב וזוזי שקיל בלי פסידה, שהקרקע חוזר להמוכר והכסף להלוקח בלי שום הפסד או שינוי.

ועוד, אפילו לדעת הנה"מ (רל:א), שמוסיף עוד תנאי על דברי המל"מ, וכתב שכל זה אינו אלא לפני שראוי ליהנות מן המקח, אבל משעת שראוי ללוקח ליהנות אין עדיין אפשרות לסמוך על דעת חד מינייהו לבטל את המקח, עדיין אין קושיא על מקרה שלנו. כי בנ"ד, אע"פ שהמקח עצמו נגמר, אין הלוקח באמת יכול ליהנות ממנו. חד, משום שהאידיא, דיני קרקעות מאד מסובכים, וצריכים לפחות כמה חודשים אפילו להעביר בעלות הקרקע לחלוטין. ועוד, אפילו אם יש העברת הקרקע, צריכים עוד כמה חודשים להתחיל לבנות את הקרקע הריקנית, ובמיוחד בשטח פתוח באפרת כזה.

אבל, באמת כל זה אינו אל פלפול, כי פירוש המל"מ אינו משמע מלשון התוס' והוספת הנתה"מ אינו אלא סיבוך נוסף על האי-בהירות של המל"מ. ודעתי נוטע אחרי הפירוש של הנודע ביהודה (מהד"ק יו"ד טט) שפירש הרבה יותר כמו פשטות המילים של התוס' וסובר שהכל תלוי על הנכונות של הבעלים להיכנס לאותו הספק. וז"ל "נמצא שיש ג' חלוקים בדבר. דבר שהוא אומדנא שאינו רוצה לכנוס באותו ספק כלל אפילו תליא בדעת שניהם אזלינן בתר אומדנא דחד לבטל אפילו מעשה שכבר נעשה כמו זבין לא איצטריכו ליה זוזי וכן נתן מעות לחתנו ומתה בתו בעודה ארוסה ובדבר שיש סברא לומר שהיה מכניס עצמו בספק אף שיש ג"כ אומדנא שאם היה יודע בודאי שיארע דבר זה לא הי' עושה אם היה הדבר תלוי בדעת שניהם אי אפשר לבטל הדבר והיינו המוכר פרה וכדומה. ואם הדבר תלוי בדעת חד שפיר גם בזה אזלינן בתר אומדנא." לפי זה, כאשר יש אומדנא ברורה שאינה רוצה לכנוס באותו ספק כלל, כמו במקרה של זבין ולא איצטריכו, אנחנו יכולים להתעלם על הדעת אחרת ולמשוך אחר האומדנא של חד. וכל החילוק של תוס' בין חד ותרי אינו אלא במקרה כמו פרה ונמצא טריפה, שאינו ברור אם מכניס עצמו בספק או לא, ואנו רק מאמינים את החד לומר אדעתא דהכי אם אין דעת אחר. אבל אם יש דעת אחרת שחולק, אין אנו יודעין בודאי מה האמת ואינן יכולים לבטל את המקח. ולפי"ז בנ"ד אין ספק שהמוכרים לא רצו לכנוס באותו ספק כלל והוי, בלשון הנוד"ב, "דבר שיש קפיא טובא ובריר לן דלא הוה מחית נפשו אפילו לספיקא... דהוה כאלו התנה."

ובנוסף לכל זה, אע"פ שבדאי אינו בפשטות התוס', יש מרגלא בפומיה דהרב החסיד הרי"ם (אה"ע כה) שכותב להסביר את החילוק של התוס' וז"ל: "רק החילוק פשוט באומדנא ברורה כנעשה מומר וכה"ג שאם הי' עולה ע"ד ספק זה היה מתנה ואף שחבירו לא היה מרוצה רק שיכנס בספק זה מ"מ לא היה רוצה לקנות ולהשתדך אף שיהיה מומר דמי להאי דלא כי אלא ע"מ לכנסה. רק בדבר שהדרך לכנוס להספק ככל לוקח בהמה שאם היה הלוקח מתנה והמוכר לא היה מרוצה עד שיכניס ויקבל ספק זה לא היה נמנע מליקח אין כאן אומדנא ובזה יש חילוק בתלוי רק

בדעתו אף בדבר כזה אם היה עולה ע"ד היה מתנה דלמה לא יהיה מתנה וכן מפורש בתוס' כתובות מ"ז ע"ב  
עכ"ל. ולפי"ז, הכל תלוי בכח המיקוח של שני הצדדים. אם צד אחד יכול לסרב לתנאי מסוים של השני, והשני עדיין  
רוצה את המקח, אין אפשרות לומר אדעתא דהתנאי הזה. אבל, אם אחד מהצדדים אינו מסכים להמקח בלי תנאי  
מסוים, אחר המקח הוא עדיין יכול לטעון שהוא רק נכנס למקח אדעתא לתנאי הזה. ופשוט במקרה שלנו, יש הרבה  
יותר כח המיקוח להמוכרים. כי אנו יודעים שהקרקע הזאת שווה הרבה יותר להלוקח כי הוקרה הקרקע משום  
מערובותיו, וגם הוא יכול לפתח הקרקע ולקשר אותו למגרשים מסובבים בדרך שאין המוכרים יכולים לעשות. ומפני  
זה הוא מוכן לקבל הרבה תנאים של המוכרים כדי לקבל את הקרקע הזה. ובודאי, אם הם היו מתנאים שהם רק  
מוכרים את הקרקע ע"מ שהם יורדים לארה"ב הוא היה מסכים, כי מה יש לא להפסיד. ולפי ברור לדעת הרי"ם  
שהקרקע במקרה שלנו חוזר למוכרים.

ולכן נראה לרב הדעות צ"ל שהקרקע חוזר לבעלים הרשאוניים וכן הדין.

ואל תקשה עלי ממ"ש כמה מהאחרונים, כמו הרדב"ז (שו"ת בתקצח) והמהרשד"ם (חו"מ ס' מה), שלא הולכים  
אחר אומדנא אלא להחזיק ממון אבל לא להוציא ממון. כי אפי' במקרה שלנו יש לומר שמחזיקים את הממון ואוקי  
ממונה בחזקת מריה קמא. וכ"כ המהרש"א (קידושין מט:): שכל ההו"א של הגמרא במקרה כמו ההוא גברא דזבין  
ניכסיה למיסק לארעא דישאל א"א בקרקע, כי בקרקע, אע"פ שיש מקח עדיין י"ל שהקרקע בחזקת מ"ק וחוזר,  
לאומת מטלטלין שהוא ביד הלוקח ובחזקתו. וגם כתב הפנ"י (שם ד"ה ההוא גברא) בכיוון של המהרש"א. ואנו  
יודעים מפ' חזקת הבתים וכמה מקומות בש"ס שדיני מוחזקות בקרקע שונים לגמרי ממטלטלין, ואפילו אחר כמה  
חדשים עדיין הקרקע עומדת בחזקת מ"ק. ועוד, פסק הרמ"א (דר"מ חו"מ רז:א) בסוגיא של נתינת מעות בע"כ,  
שאע"פ שסיים המקח והמוכר צריך לחזור את הכסף, עדיין אנו אומרים שהקרקע חוזר למ"ק כי היא עומדת  
בחזקתו. ודומה למקרה שלנו.

ולאור זאת, יש עוד סמך לפסק הזה אפי' לאלו שרוצים לחלוק ולא לסמוך על שיטות בדדיות כמו הנוב"י. כי יש לנו  
ספק במציאות אם יש כאן גילוי דעת או לא, וגם יש לנו לפחות ספק אם האומדנא בנ"ד הוא אומדנא דמוכח שלפי  
הרמ"א אנו יכולים לסמוך עליו, ועוד, בהסוגיא עצמה יש שתי דעות בראשונים והרבה סתירות וסיבוכים על איזה  
מהם לפסוק שאפי' הרא"ש והמחבר אחריו אינם יכולים לתקן את כל השיטות להיות עקביות. ועכשיו שקבענו שיש  
עדיין שם בעלים של הטוענים והם הם כמו מריה קמא בקרקע, ופשוט שבמקום ספקות הרבה שקרקע בחזקת  
בעליה עומדת, אז ברור שהקרקע חוזרת למ"ק.

ולכן הדין עם הטוענים, וצריך הלוקח לחזור את הקרקע למוכרים.

ועכשיו נדון בשאלת החולצות. כתוב בפ' המוכר פירות (ב"ב צח.). האי מאן דקביל חמרא אדעתא דממטי ליה  
לפרוותא דוול שפט, ואדמטי התם זל, דינא הוא דמקבל ליה. ומשמע מהתם שאע"פ שהוזלה הדבר ברשות מ"אן  
דקביל חמרא הנותן הוא דמפסיד. ובנ"ד נראה הפוך, שהנכסים ברשות הנותן ועדיין לא הגיעו לרשות לוקח. ומפני  
זה, המוכר בנ"ד הוא כמו המקבל, והלוקח הוא כמו הנותן.

ועיין הנה"מ (רל:א) שמחלק בין הוזלה במקום אחד והוזלה בכל מקום משום מכת מדינה, שבשני יש יותר סברה  
לפטור את המקבל. ופשוט שמקרה שלנו הוא כמו מכת מדינה, גם במובן שהוזלה החולצות בכל העולם, וגם במובן  
שאסון כזה לארגון של כדור-סל לא רק מורגש באוקלוהומא סיטי, אלא בכל המדינה. אבל זה דיון נפרד ואכמ"ל.

אבל באמת, כל זה אינו נכנס לדיונונו, כי אין לדמות את נ"ד למקרה של הגמרא. זה הכי בולטת לפי הגירסה המובא  
בשט"מק (שם) ובכמה מהראשונים שגורסים "האי מאן דזבין חמרא." לפי"ז הגמ' מתעסקת דווקא כאשר המקח  
כבר נעשתה, ויש כאן לוקח ומוכר. בנ"ד אין כאן קנין, ואפילו העברת כסף אינו. ואז א"א לדמות הדיון של הגמ', שלפי  
זה מתעסקת בשאלות של אחריות במקום קנין, לנ"ד.

ועוד, אפילו לפי גירסתנו בגמרא, שאין כאן קנין ויש רק קבלה, עדיין א"א לדמות את המקרים. חד, כי לגירסה  
הזאת, עדיין צריך לומר שיש עיסקה בין הנותן והמקבל "למחצית שכר" והוי "פלא מלוה פלא פקדון" (עיין רשב"ם  
שם ד"ה האי מאן דקביל), ובנ"ד אין שום עיסקה. ועוד, אפי' אם ר"ל שאע"פ שאין כאן עיסקה יש שליחות, וכמו  
שכתוב הרבינו יונה בסוגיא (הובא בשט"מק שם ד"ה עלה בדינו), גם זה אינו, כי בנ"ד אין כאן שליחות אלא אומנות.  
וכש"כ הנה"מ (שלג:טו) "הכא מיירי שלא אמר לו שיעשה בתורת שכירות, רק שאמר לו שאחר שיעשהו לעצמו

יקנהו ממנו בתורת קנין לפי שוויו דאז לא נעשה שלוחו להתחייב תיכף. "עכ"ל. ולפי"ז ברור שבנ"ד, כאשר אין שום קנין, יש רק מילי בעלמא ואנו יודעין דמילי לא מימסרין לשליח. ולכן, יש רק הגדה לאומן ואין מקום ללמוד את הדין מסוגיא של וולשפט.

לומרות זאת, אע"פ שאין כאן קנין ואין אפילו נתינת מעות, יש לדון אם הלוקח עדיין חייב לעשות ככל היוצא מפיו ולקיים צדו של העיסקה. פשוט שאין כאן חשש של מי שפרע, שאין כאן אפי' נתינת מעות, אבל יתכן שיש כאן חשש של מחוסר אמנה, כמו שמציאנו בפי' הזהב (ב"מ מט.), ואמרנו שם שאין רוח חכמים נוחה הימנו. אלא, לקמן במס' (ב"מ עד:) מיסק הגמ' לפי ר"ש שאינו אומרים מחוסר אמנה במקום שיש תרי תרעא, כלו' במקום שיש שינוי במחיר-שוק של הנכס לפני סיום הקנין. ואין ספק שמקרה שלנו הוא כמו תרי תרעא, שיש שינוי גדול במחיר שוק החולצות, שהוזלו בכל העולם בין תחילת העיסקה ועכשיו. להלכה, הרמ"א (חו"מ רד:יא) הביא ב' דעות אם יש מחוסר אמנה במקרה של תרי תרעא, ואע"פ הוש מיסק שכדאי להחמיר אפי' בתרי תרעא, הרבה מהפוסקים האחרונים היקילו בזה. ועיין חת"ס (שו"ת חו"מ קב) שפסק אפילו אם אין שינוי במחיר-שוק של הנכס, אלא שרק יש שינוי במצב של הלוקח ומפני זה הלוקח אין צריך אותו עדיין, מותר לחזור על העיסקה ואין חשש של מחוסר אמנה. ולאור כל זה, ברור שבנ"ד אין אפי' חשש של מחוסר אמנה ואין שום סיבה לחייב את הלוקח לשלם מצד המקח ביניהם, וקו"ח אינו חייב להחולצות שעדיין לא נעשו.

אלא, אע"פ שאין כאן חיוב מצד המקח, יש כאן חיוב נזק להחולצות שכבר עשו. כפי שאמרנו לעיל, נידון שלנו הוא מקרה של ציוי לאומן. ופסק הרא"ש בתשובתיו (כלל קד ס"ו) שמי שאמר לאומן לעשות לו חפץ, ואחרי שהאומן עשה אותו נמלך בדעתו ולא רצה לקנותו, אע"פ שאינו חייב לקנותו, "חייב המצוה לפרוע לאומן כל הפסדו משום דינא דגרמי." וזה מפני שציוי של המצוה גרם את האומן לעסוק במלאכה בלי הרווחה, ומפסידו. והטור (חו"מ שלג:יא) פסק להלכה כמו תשובת אביו. והמחבר נמשך בעקבותיו ופסק (שו"ע חו"מ שלג:יא) וז"ל "אמר לאומן: עשה לי דבר פלוני ואקחנו ממך, ועשאו האומן, ואחר כך אינו רוצה לקחתו, והוא דבר שאם לא יקחנו מיד יפסיד, חייב." ואע"פ שהמחבר עוסק בדבר האבד, פשוט בפוסקים שזה לא דווקא. ומפורש בפרישה (שלג:יא) "אם יכול למכור הכלי בפחות מ"מ צריך הוא להשלים לו כפי ערך שיעור הנ"ל" והשיעור הזה הוא "כפי מה שהוציא וגם כפי מה שהיה יכול להשתכר אם לא צוה לו לעשות כלי." וזה בדיוק המקרה שלנו. ולפי"ז, נראה מצד נזק שהוא חייב לשלם לפי הזמן וגם לפי ההפסד להחולצות שכבר עשו, שעכשיו יש לאומן כמה חולצות שא"א למכור. ואם כבר, אין הבדל משמעותי בין החיוב נזק והמחיר המוסכם לחולצות, וכדאי לו להלוקח לקיים דברו, ולקנות את החולצות, ובזה הוא מרחיק את עצמו ממחוסרי אמנה לכל הדעות.

ואלו שטוענים שמקרה כזה, שאין כאן לא קנין ולא נתינת מעות ואפילו לא שליחות, עדיין היו כמו מקרה של הגמרא בהמוכר פירות, ומפני זה יש לפטור את הלוקח או מפני שמזל של האומן גורם או מפני שאדעתא דהכי לא הזמין הלוקח, ודאי טועים. כי היכן מצינו שיכול לטעון אדעתא דהכי לא היזקתי?! ברב מקומות בש"ס יש היזק בלי דעת המזיק, ופשוט שאנו עדיין מחייבים! ולפי סברא כזה נמצא שמש"ב"ק נמחקת! ועוד, אפילו לאלו שרוצים לחלוק על הלכה פסוקה וברורה כזה, ולטעון שזה אינו בכלל היזק, עדיין א"א לפטור את הלוקח מלשלם. כי בנ"ד אין אפשרות ללוקח לטעון אדעתא דהכי, כי הוה ליה לידע ולא ידע! ומי שמתכוון למכור בגדי-ספורט לפרנסתו אמור לדעת שיש חשש תמידי שאחד מגדולי הספורט יעבור מקבוצה לקבוצה. ודבר כזה הוא שכיח מאד בעולם הספורט, ואינו כמו אונס גדול שאינו שכיח. ובפרט, יצאו הרבה קולות והיה הרבה רכילות על העברת קווין דוראנט לקבוצה אחרת. ולכן, זה באמת כמו הסוגיא בבתולה נישאת (כתובות ג.) דאמרנו שאם סכנת האונס היתה שכיח וידוע בשעת ההסכם, הוה ליה להתנה, "וכיון דאיבעי ליה לאתנויי ולא אתני איהו דאפסיד אנפשיה." ועיין נ"י (על ב"מ מז.) שהוביא את הסברה הזו במפורש בהקשר של הלכות פועלים במקרה של אונס שקרא רק אחר שהפועלים התחילו לעבוד, והמחבר פוסק כזה בבית יוסף (חו"מ שלד:ג). ולכן, נראה ברור שאין שום סברה לומר שהלוקח יכול לטעון אדעתא דהכי בנ"ד.

וסוף סוף, פסיקת הדין הוא שהקרקע חוזר להמוכרים, ואותם מוכרים צריכים לשלם את האומן להחולצות שהוא כבר עשה.

והכל גלוי וידעו לפנינו, כמו אומדנא דמוכא. ועצת ה' לעולם תעמוד מחשבות לבו לדר ודר.

אני העבד, ליעד מלך הלוי.

## Yoni Zolty

שאלתך: על בני זוג שטוענים שמכרו קרקעם ע"ד לעבור לאמריקה בשביל שקיבלו הצעת תודה עבבית ספר ועכשיו שהבית ספר נסגר רוצים לבטל למפרע את מקחם.

תשובה:

ויחלמו שניהם חלום. חזון גם טוען גם נטען היה לפתח את גוש עציון ולבנות בית בא"י, דבר אדיר ומרשים. שניהם רצו לקנות שטחים פתוחים ולבנות עליהם בתים מלאים כל טוב. אולם, המציאות התערבה, ובגלל חוסר מזל מוכרחים אנחנו לעמוד בפריצה בין שני חזונים אלו, בין שני נרטיבים ושני נקודות מבט, ולהכריע כצד אחד נגד השני.

בנדון דידן, השאלה המרכזית היא: האם שיש אומדנא דמוכחא שהטוענים מכרו קרקעם אך ורק על דעת לירד לאמריקה? לדברי הכל הטוענת קבלה הצעת עבודה כמורה בית ספר שם, וחשבו היא ואישה לעבור שם, ויכאשר סגר בית הספר את דלתיו, בטלה יזמם ונשארו בארץ. ולכן מדיני תנאים הם טוענים שמכירת הקרקע תבטל, כל טענתם היא שמכרו ע"ד למיסיק לארה"ב, ולכן יבטל המכר באי-קיום דעתם.

כדי לעוד על טענתם, צריכים לחקור בשתי שאלות בקורת המצויות בגמ' ובראשונים:

(א) מעמדו של ה"אומדנא" שלהם. האם היא קיימת במידה מספקת לרשום בהלכה ובדין? תוס' והרא"ש בהרבה מקומות (תוס' קידושין מט:, כתובות צז, ב"ב קלז:, תוס' רא"ש קידושין מט:, רא"ש כתובות יא, שו"ת פא"א, וכו') מציעים בשם הר"י שיש ג' סוגים של אומדנא, ושונים הם בתוקפם במערכת ההלכתית.

"ששלוש חלוקות יש בתנאי ממון.

(1) יש דברים שאין מועיל בהם גילוי דעת עד שיתנה בפירוש, כגון היכא דאין הענין מוכיח על דעתו אי לאו דאתני...  
(2) הא זבין ולא איצטריכו ליה זוזי, והוא גברא דזבין נכסיה אעתא למיסיק לארעא דישראל, אף על גב דגלי דעתיה מעיקרא וידוע לכל שלדעת כן הוא מוכר, בעי גילוי דעת בשעת מעשה; משום דליכא אומדנא דמוכח בלא גילוי דעת

...

(3) אבל דברים דאיכא אומדנא דמוכח בלא גילוי דעתו, וכונתו ידוע לכל לאיזה דעת הוא עושה, אפילו לא גלה דעתו בשעת מעשה לא הוי דברים שבלב, אלא עבדין כאלו התנה" (שו"ת הרא"ש כלל לד סימן א).

ברור כשמש שלא היה במקרה הזה תנאי עם הכללים הפורמליים (אפ' לדעת חכמ' שלא מצריכים תנאי כפול), אבל השאלה היא: האם היה גילוי דעת או אומדנא דמוכח שבה נוכל לעמוד ולקיים כאילו התנו במפורש לבטל המקח?

(ב) האם במקרה הזה יש לטוען כח לבטל המקח ע"י אומדנא—אפ' אם נקבל שיש כאן אומדנא דמוכחא?

תוס' (כתובות מז: וב"ק קי:) מקשים: איך נוכל לבטל מקח ע"י אומדנא, ש"אם כן, כל אדם הלוקח פרה מחבירו ונטרפה או מתה, אנו סהדי שלא על מנת כן לקחה?!"

תוס' מציעים כמה חילוקים בין אומדנא לאומדנא ע"פ הגדרות פורמליים (ועליהם נעמוד להלן),

כגון הבדל בין מקחים חד-צדדיים למקחים דו-צדדיים, ובין מקחים שבהם רצה הטוען ליכנס לספק, ומקחים שבהם לא רצה ליכנס.

יוצא מתוס' שהחילוק בין מקחים שבהם דנים על פי אומדנא ובין מקחים שבהם אין דנים בנויה לא על שינוי במידת האומדנא (האם היא 'מוכח' או לא) אלא על הגדרות פורמליים אחרים.

לכן טען החכם צבי (שו"ת מא) שיש שתי עמדות סותרים על איך מעריכים אומדנא—האם מעריכים אומדנא ע"פ גודל הוודאות שהיא נותנת לנו, או ע"פ כוחה להפעיל ביטול במקח ע"פ הגדרות פורמליים? נעמוד על סתירה הזאת להלן, אבל חשוב להכיר שיש שני שאלות שונות שנצטרך לשאול בסוגיא כדי להעמיד על אמתה.

נדקדק עכשיו בכל חד בפני עצמו:

לגבי השאלה הראשונה, על מידת האומדנא בנ"ד, ישנם שתי סוגיות רלוונטיות:  
(1) זבין נסכיה אדעתא למיסק לא"י (קידושין מט:)  
(2) זבין ולא איצטריכו ליה לזוזי (כתובות צז.).

בסוגיא של זבין אדעתא למיסק ל"א המסקנא היא שאין לבטל המכר משום האומדנא מפני "דברים שבלב הם, ודברים שבלב אינם דברים".

דעת רוב הראשונים (תוס', חכמי ספרד) היא שהמוכר לא גילה דעתו בשעת מכר שע"כ הוא מוכר קרקעותיו, אלא שבמקרה נודע לנו (לדוגמה, ע"י שהגיד לנו קודם למכירה (רשב"א, שיטה לא נודע למי) או שידוע לכל השכנים (תוס' ריד)) שהמוכר מתכנן לעלות לארץ ולכן רוצה למכור קרקעותיו. הודעתו שלא בשעת המכר, אף שהיה קודם המכר, אינו מועיל לבטל המכר - רק גילוי דעת בשעת המכר היה מועיל.

כך כותב לדוגמה תוס' (ד"ה דברים שבלב אינם דברים):

"משמע דוקא משום שלא פירש דבריו, אבל אם פירש דבריו להדיא ואמר בשעת המכר שהוא מוכרם לפי שהוא רוצה ללכת לארץ ישראל - הוה המכר בטל".

לעומת זאת, בסוגיא של זבין ולא איצטריכו לזוזי, מסיקים ש"הדר זביני" והמקח בטל.

רוב הראשונים (תוס', חכמי ספרד, וכו') מסבירים שמדובר במקרה שהמוכר גילה דעתו בשעת המכר והודע לנו שמוכר ע"ד שיוכל להשתמש בכסף לקנות איזו דבר.

א"כ, יוצא שזה הכלל: אם המוכר גילה דעתו בשעת המכר - כחו יפה לבטלה; ואם לאו, ורק גילה דעתו קודם למכר - אין כחו יפה לבטלה.

בנ"ד, לא ברור מתי ואיך גילו המוכרים ללוקח המוטיבציה שלהם למכירה. ממה אין שום אחד מן הבעלי דין טוענים שהנו במפורש, שלא נראה כן מן העובדות, ובהעדר הוכחה כלשהי על קיומו של תנאי, מניחים שלא היה תנאי אלא גילוי דעת בעלמא. ידוע שהלוקח בקש לקנות הקרקע מהם כמה פעמים וסורבו, ומסתבר שכאשר פתאום הסכימו למכור, הודיעו לו שקיבלו הצעת עבודה באמריקה ולכן מעבירין שמה ומוכרים קרקעותם. אלא שלא ברור במקרה שלנו האם גילו דעתם בשעת המכר או שלא בשעת המכר, ונשאר ספק.

אלא שיש לפקפק בדבר מכמה סיבות:

(i) בסוגיא של זבין לא איצטריכו ליה לזוזי, עמדת כמה מראשונים היא שאין צורך בגילוי דעת בשעת המכר, וגם גילוי דעת שלא בשעת המכר יועיל לבטל המכר.

הריטב"א (ד"ה זבין) מצטט גירסה של פרש"י שלפיו מספיק שכולם יודעים דעת המוכר אע"פ שלא גילה אותה בשעת המכר. כמן כן, היראים (ז) והמרדכי (כתובות רמו) טוענים ש"המוכרין משום צריכות זוזי - מוכרים סתם, ואין דרכם לפרש אם לא יצטרך למעות יבטל המקח, והוי סתמו כפירוש", כלומר, שבמקרה של זוזי, לא דורשים גילוי דעת בשעת המכירה, ואע"פ ששתקו בשעת המכירה, ידוע לנו שמעשיהם נעשה על תנאי.<sup>38</sup> כמו כן, הב"י מציין שהרא"ש (כתובות יא, שו"ת לד:א) סותר את עצמו ולפעמים מסווג את הסוגיא של לא איצטריכו לזוזי בקטוגריה של "גילוי דעת בלא תנאי", ופעמים (גיטין ו, שו"ת פא:א) מסווג אותו כ"אומדנא דמוכח בלי גילוי דעת בשעת המכר". א"כ, יוצא שאפשר לפרש שבמקרה של לא איצטריכו לזוזי אפשר לבטל המקח אף כשלא היה גילוי דעת בשעת המכר. ולכן, אפשר שאפ' אם נאמר שבנ"ד גילו דעתם אך ורק לפני המכר, אולי יועיל עדיין לבטל את המקח.

<sup>38</sup> שיטתם בנויה על הבנתם בסוגיא של "דברים שבלב" שדברים שבלב אינם דברים משום שאם יש הכחשה בין משמעות מעשיהם ומשמעות מחשבתם עוקבים אחר מעשיהם במקום מחשבתם (ע' מרדכי קידושין פרק ב, אגודה שם). ולכן מסבירים שבסוגיא של זבין אדעתא למיסק לא"י יש סתירה בין מחשבתו (שמוכר ע"ד לעלות לארץ) ובין מעשיו (שמוכר סתם בלי תנאי). לחילופין, במקרה שלנו, המרדכי מסביר שמעשיו לא סותר את מחשבתו ושניהם מרמזים שרוצה למכור ע"ד צורך הכסף.



בכל זאת, שיטות אלו הם רק דעתי יחידים בסוגיא, ורוב רובם של הראשונים (ע' תוס', חכמי ספרד, תוס' ריד, וכו') סוברים שהסוגיא של לא אצטרוכי לזוזי מתעסקת דוקא במקרה שגילה דעתו בשעת המכר. גם אפשר להסתפק האם באמת נ"ד דומה למקרה הסוגיא, או דילמא יותר ראוי להשוות אותו למקרה של זבין אדעתא למיסק לא", שבו לכל הדעות אין לבל המקח אא"כ היה גילוי דעת בשעת המכר.

מצד אחד, אפשר לטעון שבני הזוג מכרו את קרקעם בעבור הכסף שהיו צריכים כדי לעבור לאמריקה.<sup>39</sup> בנוסף, תוס' ר"י הזקן (קידושין נ.) מגדיר שבסוגיא של לא אצטרוכי לזוזי "נולד לו דבר מחודש", ולכן המכר בטל, אבל בסוגיא של אדעתא למיסק לא"י "אין זה אלא שמתחרט מן המכר". מקרה שלנו דומה יותר לדבר מחודש, שאכן סגירת בית ספר איננו צפוי או נפוצה. בדרך כלל לא מציעים משרות הוראה בבית ספר שהולך לסגור! נראה, אכן, שהסגירה היתה דבר מחודש ולכן ביטול המקח איננה באה משום חרטת המוכרים.

מצד שני, נוכל לומר להיפך, שמכרו את קרקעם לא בעבור הכסף אלא משום שחשבו שאין להם צורך בקרקע מאחר שעוברים לאמריקה (סוברים שאין צורך לקרקע באפרת, עדיף שימכרו ויקבלו כסף בעבורו), ובכלל לא ניתן להשוות אותו לסוגיא של זוזי. לכן קשה להשוות את המקרה שלנו דוקא לסוגיא של זוזי ולא לסוגיא של אדעתא למיסק לא"י.

(ii) אפ' אם נעמיד את מקרינו כסוגיא של אדעתא למיסק לא", אפשר עדיין לחלק ולהציע שרק במקרה הלז גילוי דעת לפני המכר איננו מועיל, אבל במקרה שלנו גילוי דעת לפני המכר יועיל לבטל המקח.

לדוגמא, הרא"ש (שו"ת לד:א) מסביר ש"לא אמרין: כיון שגלה דעתו קודם לכן, אדעתא דהכי = למיסק לארץ ישראל, זבין - ניזיל בתר מחשבתו ויתבטל המקח, כיון שלא עלה." סברת הרא"ש היא שמשום שבסוף לא עלה, סוברים שאולי שינה את דעתו ולא באמת מכר ע"ד לעלות. כלומר: יודעים שלפני המכר רצה המוכר למכור ע"ד לעלות לא", ואחר המכר לא רצה לעלות לא". לא יודעים מתי שינה את דעתו לעלות לארץ, או האם גמר דעתו למכור יהיה מה שיהיה ולכן חוששים שאולי שינה את דעתו בשעת המכר ולא מכר דוקא ע"ד לעלות. אולם, בנ"ד הזוג רצה לקיים תנאם אפ' אחר המכר ולעבור לאמריקה משום עבודתה, אלא שלצערם אינם יכולים לקיים תנאם משום שהבית ספר נסגר. לא שינו את דעתם על קיום התנאי, ולכן אין להסתפק שבשעת המכר שינו את מחשבותם ורצו למכור סתם.

באופן דומה, נוכל להציע שגם לתוס', מקרה שלנו שונה, וגילוי דעת שלא בשעת המכר יועיל, שהם כותבים (ע' תוס' טוך קידושין מט; תוס' חכמי אנגליה, תוס' ר"ש): "אין הענין מוכיח כך, ורק גילוי דעתו, אמרין כיון דלא חשש לומר בשעת מעשה דעתו, שיחול המכר בכל עניין". העובדה שלא הזכיר את דעתו לעלות לארץ בשעת המכירה מראה ששינה את דעתו ולא רצה למכור ע"ד לעלות. סברתם מניחה שיש אחריות על המוכר לגלות דעתו בשעת המכר, שאל"כ, מפפקים שאולי שינה את דעתו. אולם, נוכל לחלק ולומר שבמקרה שלנו אין ריעותא כזאת שלא הזכירו את דעתם לעבור לאמריקה בשביל עבודתה החדשה, משום שלא חששו שיש טעם לחזור ולהזכיר דעתם. היו בטוחים שהתנאי יתקיים ולא יצטרכו לבטל את המקח. העובדה שהבית ספר נסגר לא צפוי ודי מדעזע. בוודאי שלא חששו הזוג לסיכוי שבית ספר ייסגר ולא חששו שיש טעם או צורך להזכיר את המוטיבציה שלהם עוד פעם בשעת המכר. לעומת זאת, חוסר היכולת לעלות לא"י די נפוץ, או לפחות די צפוי, ולכן היה למוכר להזכיר שמוכר ע"ד לעלות לא"י שהאפשרות שלא יהיה מוסגל לקיים תנאו צפויה.<sup>40</sup>

יותר קשה לחלק בין המקרים לפי ניסוחו של הרשב"א, שכותב: "אולי חזר בדעתו ורוצה למכור בכל מקרה", שסברתו נראה יותר פשוטה, שבכל מקרה שאין גילוי דעת בשעת המכר - יש אפשרות ששינה את דעתו, ואין לנו ראייה מוכחה נגדית. אבל אולי ג"פ אפשר להציע שבמקרה שלנו יותר ברור שלא שינו את דעתם, משום שאפ' עכשיו המוכרים יעדיפו לקיים התנאי, ולא שינו את דעתם על חשיבות התנאי אלא ש"נחתדש דבר" (ע' רא"ש, תוס' ר"י הזקן), ובמקרה שבה הרשב"א עוסק, אפשר ששינו את דעתם לעלות לארץ.<sup>41</sup> בנוסף, במקרה שלנו ידוע שהלוקח

<sup>39</sup> גם בזו נוכל לפקפק ולשאול על השוואת מקרינו לסוגיא של אצטרוכי ליה לזוזי שבדוגמאות המופעות בגמ' ובראשונים המוכר רוצה לקנות משהו ספסיפי אם הכסף ולא רק שצריך הכסף בדרך כללי (ע' רש"י ואכמ"ל).

<sup>40</sup> חילוק כזה בין חיוב לגלות דעתו במקרה שאפשר לצפות האפשרות של אי-קיום התנאי למקרה שא"א לצפות אי-קיום התנאי נמצא בתורת חיים (ב"ק קי:).  
<sup>41</sup> אין לטעון שבמקרה שלנו אפשר לבני הזוג לקיים תנאם ושעדיין אפשר לעבור לאמריקה אלא שאין רוצין לעלות, וכן אין לדמות אותו לסוגיא של אדעתא למיסק לא"י ונאנס (קידושין נ.) ששם ישנם שני גירסאות האם המקח בטל. משום ש

(א) יש שפוסקים להלכה שאפ' במקרה הלז המקח בטל (ע' רמב"ם מכירה יא:ח, תוס' ר"י הזקן),  
(ב) אפ' לפי השיטות החולקות בפסק הלכה (רמב"ן ותלמידיו קידושין נ.), במקרה שלנו אין שום אפשרות לקיים התנאי; התנאי לא היה שרצו למכור ע"ד לעבור לאמריקה, אלא היה שרצו למכור ע"ד עבודתה שבאמריקה ולכן עוברים שמה. הדמנות עבודתה לא קיימת, ולכן אין שום אפשרות לקיים התנאי.

בקש לקנות הקרקע כמה פעמים קודם לכן וסירבו המוכרים—סביר כשבסוף מוכרים אתו רק ע"ד שעוברים לאמריקה.

בכל זאת, עדיין אפשר לציין שהקרקע היה ברשותם כבר להרבה זמן (הצליחו לשלם חצי המשכנתא שלהם לבנק), ולמרות זאת לא הצליחו לבנות בית. אולי הם מתייאשים על האפשרות שיוכלו לבנות בית וויתרו על חלומם ולכן מוכרים קרקעם. ואכן, אפשר שבזמן המכר, כשהכסף הוצג לפניהם, שינו את דעתם ורצו למכור בכל אופן.

בסופו של דבר, קשה להוכיח במוחלט על מה חשבו בשעת המכר, ואפשר ששינו את דעתם בשעת המכר—וכ"כ כותב הרמב"ן (כתובות עח): שחוסר וודאות על דעתם בשעת המכר מונע ביטול המקח ע"י תנאי.

(iii) ישנם כמה דעות יחידות בסוגיותינו שמהפכים את השיקול. מצד אחד ר' חננאל (מצוטט בתוס' ר"ד קידושין מט: ג.) מסווג את המקרים של אדעתא למסיק לא"י וזוזי כמקרים של אומדנא דמוכח.<sup>42</sup> א"כ ברור שגם בנ"ד יש אומדנא דמוכח—אפ' אם לא גילו דעתם בשעת המכר—והמכר יוכל להבטל.

בנוסף, משמע מהתשב"ץ (מופיע בשו"ת ר' בצלאל אשכנזי כד) שאם שני הבעלי דין מסכימים על דעתו של המוכר בשעת המכר—אין לך אומדנא גדולה מזו, ונוכל להשתמש בה כדי לבטל המקח. א"כ, בנ"ד שהנטען לא סותר את דבריהם של הטוענים שהודיעו לו על דעתם לעבור לאמריקה בשביל עבודתה, נוכל לקיים אומדנא על דעתם בשעת המכר.<sup>43</sup>

אולם, מצד שני, התוס' ר"ד ונכדו הריא"ז (קידושין מט:; כתובות צז, וכו') דורשים בכל מקח גילוי דעת דוקא בשעת המכר, וכל גילוי דעת או אומדנא שנוודא לנו ממקום אחר אין לו שום תוקף הלכתי. א"כ בנ"ד לא נוכל לבטל את המקח אא"כ קובעים שגילו דעתם דוקא בשעת המכר. יותר מזה, לפי שיטת רב האי גאון (מקח וממכר ט"ו) צריכים הוכחה ברורה משני עדים שהיה גילוי דעת בשעת המכר, ובלעדיו לא נוכל לבטל המקח.

אע"פ שרוב אחרונים לא פוסקים כהתוס' ר"ד ומקבלים אומדנא דמוכח במכר, יש מקום לחשוש לשיטת התוס' ר"ד, ואכן יש כמה מהאחרונים שפסקו כמוהו.<sup>44</sup>

בנוסף, הרשב"א (שו"ת מכתב יד סימן שכד) טוען שבמקרה דומה לדינינו, אם כתוב בשטר שיחל "קנין וחייב גמור", מפרשים כאילו אמר שהקנין יוחל לגמרי מעכשיו בלי שום תנאי, ואין תולין חלות הקנין עד קיום התנאי.<sup>45</sup> א"כ, בזמנינו שכתוב בשטרותינו שהקנין יוחל מיד, אפשר ג"כ לטעון שאין חשיבות לתנאי הקנין.<sup>46</sup>

אפשר עוד לטעון שמבחינה הלכתית, נידוננו דומה יותר לדינה של מטלטלין ולא של קרקע—לפחות לפי הרא"ש (קידושין ב). הוא מסביר שלפי רש"י יכולים לבטל מקח רק בקרקע ולא במטלטלין. אלא שהוא מגדיר קרקע כדבר "שהוא מתפרנס בהם"—הגדרה שלא שייכה בנ"ד, שאין בני הזוג מתפרנסים ומשתמשים בקרקע, ולכן נוכל להציע שלפי הרא"ש בנ"ד לא נוכל לבטל המכר אפ' אם נקבע שגילו דעתם בשעת המכר.

אכן, הרא"ש מוסיף שסברתו בנויה על דעתו של אדם: במטלטלים אפשר שאדם מוכר חפציו אפ' דעתו לישאר כאן, אבל בקרקע "אין דרך אדם למכור קרקעותיו ... אם לא היה בדעתו לעקור דירתו מכאן". אז הרא"ש גם מגדיר קרקע כמקום דירתו של אדם—ובזה יש מקום להסתפק האם בנ"ד הקרקע מוגדר כמקום דירתו של בני הזוג. באופן טכני, אין להם בית עכשיו ולא גרים שמה, אבל מאחר שמתכוונים לבנות בית שמה, יש להסתפק אם מגדירים אותה כמקום דירה לענין זה. בנוסף, לפוסקים שמחלקים בין קרקע למטלטלין החילוק בנויה על אחד משתי אופציות: (א) דעתו של אדם במכירת קרקע ובמכירת מטלטלין—טענת הרא"ש ואחרים.

<sup>42</sup> לא ברור איך ר"ח מסביר את הגמ' בקידושין מט: שבמקרה של אדעתא למסיק לא"י המכר לא מבטל ע"י דעתו.  
<sup>43</sup> אפשר עדיין להסתפק על טענתו של הנטען—לא ברור שהוא מסכים איתם על הודעתם לעלות לארץ בשעת המכר. אולי גם הוא סובר ששינוי את דעתם, אלא שהוא לא מביא את כל טענותיו לב"ד ומסתמך עלינו כב"ד להביא אותן בשבילם. בכל מקרה, נוכל לחלק במקרה שלנו ובמקרה של התשב"ץ שבנ"ד אע"פ שהנטען מודה על דעתם בשעת המכר, אנו כב"ד מסתפקים בה ולא נוכל להסתמך עליה. מי נאמר שטענת הנטען מספיקה להעמיד אומדנא בשעת המכר—מסתבר שנצטרך מידה יותר אובייקטיבי להמעייד את דעתם.

<sup>44</sup> ע' לדוגמה מנחת יצחק חלק ו סימן קע  
<sup>45</sup> ק"ק להבין את הרשב"א, משום שבמקום אחר (שו"ת תתקעב) הוא טוען שבמכר עם תנאי המכר קיים והתנאי תלוי, וכשאח"כ מקיימים התנאי, המקח מקיים למפרע משעת המכר וכאילו התחיל הקנין לגמרי משעת הקנין. למה הרשב"א לא הסביר כך גם במקרה של שטר?

<sup>46</sup> אפשר לחלק, שאע"פ שבשטרותינו כתוב שיחל הקנין מיד, מ"מ לוקח זמן רב עד שבעלות הקרקע מועברת למעשה מבחינת החוק הממשלתי בא"י, וחתמת שטר מכירה רק התחלת תהליך ההעברת קרקע ולא "גמרי".

(ב) דיני מוחזקות: <sup>47</sup> בקרקע - המרא קמא מוחזק; ובמטלטלין - המוחזק הוא מי שמחזיק עכשו בחפץ ("מה שתחת יד אדם שלו"). לגבי הקטגוריה האחרון, ברור שמגדרים מקרינו כמקרה של קרקע, אלא שיש לפקפק במוחזקות הקרקע (ובזה נעמוד להלן).

(iv) לאחרונה, יש שטוענים (קצות החושן רנ:ה, שו"ת גינת וורדים חו"מ ה:א) שצריך וודאות על דעתם של המוכרים בשעת המכירה, ובספק לא יוכלו לבטל המכר ולהחזיר הקרקע למוכרים. ספק דעת וספק אומדנא לא נחשבים לבטל מקח ולהחזיר קרקע; רק אומדנא ברורה וודאית רושמת בדין. ולכן בנ"ד שמסתפקים אם בשעת המכירה דעתם היה שיחול המכר ע"ד שיעברו לאמריקה, בחוסר וודאות מתייחסים כאילו לא היה להם דעת ורצו למכור סתם. אחרים טוענים (ע' שו"ת מנחת יצחק ו:קע שמצטט השו"ע בחו"מ רמ"ו:ה והסמ"ע שם) שבספק דעת הולכים אחר המוחזק <sup>48</sup>, ולכן בנ"ד שמסתפקים על דעתם של המוכר בשעת המכר, נדון ע"פ המוחזק.

בסיכום, ראינו שיש מקום להסתפק אם גילו המוכרים את דעתם בשעת המכר או אך ורק לפני המכר. אפשר שאין צורך בגילוי דעת בשעת המכר במקרה דידן, אלא שיש כמה טעמים לחלוק ולסבור שגם במקרינו נחייב גילוי דעת דוקא בשעת המכר, ויתר על כן שנצטרך הוכחה ברורה שגילו את דעתם בשעת המכר. בסופו של דבר, נשארנו בספק על תוקפו של גילוי דעתם, וספק גילוי דעת לא מועיל להחזיר קרקע לפי כמה פוסקים. לפי פוסקים אחרים בספק הולכים אחר המוחזק – ונצטרך לחקור מיהו המוחזק בנ"ד (ע' להלן).

באופן דומה למסקנתנו, הרא"ם (שו"ת טז) כותב שהואיל ו"אנן לא בקיאינן האידינא בשעור האומדנא כמו שהיו בקיאים בהם חכמי התלמוד, דהוו בקיאי טפי באומד כל דבר ודבר ואיזה מהם הוי אומדנא דמוכחא ואי זה מהם לא הוי אומדנא דמוכחא, לא נוכל אנחנו להוציא ממון מיד המחזיק בו בלא ראייה ברורה, אלא או באומד שנזכר בתלמוד, או באומדנא דמוכחא טפי, דליכא למיתלי בה משום מלתא אחרית". וכך גם פסק הגינת וורדים (חו"מ ה:א) והחכם צבי (קלה). לכן, משום שא"א לדון במקרינו ע"פ אומדנות, שאין לנו אומדנא ברורה, מסתפקים אם אפשר לדמות מקרינו לסוגיות הגמרא, ואם אין אנו בקיאינן באומדנות, נצטרך להעמיד הקרקע ביד המוחזק. <sup>49</sup>

אכן, יש לשאול מי הוא המוחזק במקרינו. בדרך כלל המוחזק בקרקע הוא המרא קמא. וכך פסק המהרש"א (קידושין מט:), שאלולי דברי הרא"ם היה אפשר לפרש שיטת רש"י שמחלק בין קרקע למטלטלין בסוגיא של אדעתא למסיק לא" משום שבספק מטלטלין הלוקח מוחזק, ובספק קרקע המוכר מוחזק – אבל בקרקע ניחא דלא הוה זביני זבינא, דכיון דספיקא הוה, קרקע בחזקת בעליה ולא הוה זביני זבינא". הפני יהושע (קידושין מט:) האריך בתפיסה הזאת עוד יותר והציע שאפ' מטלטלין יחזרו לחזקת המוכר, משום שהמכירה דמי לתפיסה לאחר שנולד ספק, ולכן "אוקי המקח בחזקת מרא קמא".

אולם, יש לעיין טובא בנושא ולחקור אחר מקורם של הדברים – מדוע נאמר שאין ללוקח מוחזקות עכשו שקנה את הקרקע ויש בידו שטר? אע"פ שבספק הולכים אחר המ"ק, במקרה שיש ללוקח ראייה לטענתו (כמו חזקת ג' שנים או שטר) הולכים אחריו. א"כ, בנ"ד למה לא נשאר הקרקע במקומו בחזקת הלוקח?

מצד אחד, אפשר לטעון שהמקרה שלנו דומה לסוגיא של "שטרא מזויף" (ב"ב לב:), ששמה ראיותו של הלוקח שטר מזויף ומסתפקים אם יכולים להתשמש בשטר מזויף (יש לו גם מיגו) כראיה להחזיק קרקע. תוס' ורוב הראשונים (שם) מסבירים מסקנת הגמ' שחזרת הקרקע למוכר שהוא המרא קמא ויש לו מוחזקות. יוצא א"כ שבמקרה שעצם תוקפיו של המכירה בספק, אפ' אחר שכבר עלה הקרקע בידי של הלוקח, עדיין מגדירים את המ"ק כמוחזק. <sup>50</sup>

אולם, נוכל לחלק בין המקרים. במקרה שלנו מדובר במכר גמור שעליו רוצים לטעון שיש תנאי (ע"פ אומדנא) המבטלו. במקרה כזה עצם המכירה לא מותקף; כולם מודים שמכרו את הקרקע. שאלתם רק על קיום התנאי. לכן, כשמכרו את הקרקע ועלה הקרקע בידי של הלוקח הוא הפך למוחזק, ועכשו בספק קיימו של תנאי הולכים אחר

<sup>47</sup> מהרש"א קידושין מט:; ב"ח חו"מ רז  
<sup>48</sup> לפי שיטתו המ"ק מוחזק במצב של מקבל ונותן. נראה לקמן שאפשר לחלוק ולסבור שהמוחזק בנ"ד הלוקח ולא המוכר. אפשר שהוא ג"כ יסכים בנ"ד ויחלוק בין מתנה ומכר, ואכמ"ל.

<sup>49</sup> אכן, בבית מדרשינו יצא מח' רבה על דעת הבני זוג בשעת המכר וברור שהערכה של דעתם של מוכרים מנהג פגום ובעייתית לגמרי ותלוי לגמרי על ניחוש הדיינים. יוצא א"כ די הגיוני שנדון ע"פ שיטתו של הרא"ם שא"א להשתמש באומדנא בזמננו.

<sup>50</sup> וכך טען המשמרת כהונה (קידושין מט:)

המוחזק להחזיק הקרקע בחזקתו. וכך כתב הרשב"א (שו"ת תתקעב) "דשאני הכא שלדברי כלם לוקח זה כדין ירד והמוכר החזיקו בכסף בשטר ובחזקה. אלא שזה מביא עדים שיש לו להסתלק מחמת תנאי וזה מביא עדים שהמכירה לחלוטין. הרי קרקע בחזקת לוקח זה שהוא עכשו בידו ואין אומ' בזה אוקי ממונא בחזקת מארי קמא. ... ואף על פי שאין הקרקע נתפס מכל מקום נפקא מינה לזה שירד לתוכה ברשות הבעלים." שיטתו של הרשב"א מצוטט לעתים קרובות בפוסקים (ע' ד"מ חו"מ רז, ב"י חו"מ כט, סז, נתיבות מו, רנא, קצות רנא, וכו') ומקובל להלכה.

אפשר להציע שנדון של הרשב"א לא דומה למקרינו ונוכל לחלוק עליו משני טעמים; עם זאת, שני ההתנגדויות הללו יידחו.

(א) הרשב"א עוסק בספק הבא מתרי ותרי, ואנו עוסקים בספק דדינא. כך טוען המל"מ (טו"נ טו:יא) שנוכל להבדיל בין שני המקרים. אבל גם הוא מודע בסוף פסקיו שלא מצא שום ראייה לחילוקו, ושגדולי האחרונים חלקו עליו. ג"כ האחרונים מצינים שהרשב"א עצמו כותב שבספיקא דדינא גם הולכים אחר הלוקח כמוחזק בתשובתיו (ח"ג קסב) במקום אחר<sup>51</sup>. בנוסף המל"מ מודע שחילוקו בין תרי ותרי וספקי דדינא הוא ההפך הגמור מסברת הרשב"א בב"ב (לב).<sup>52</sup>

(ב) למה הרשב"א קובע שהמכר קיים אלא שהתנאי תלוי בספיקו? אדרבא, העובדה שיש אפשרות שהיה תנאי הופכת את עצם המכירה לספק, ואם לא נתקיים התנאי, נקבוע שלא היה שום מכר מספק.<sup>53</sup>

הנושאי כלים (ע' ב"י, נתיבות, קצות שם) מבארים שהתנאי "מילתא אחריתי היא" ומעריכים את המקח כאילו היה מכר ויש דבר נוסף חיצוני למכר שאולי יבטל את המכר, אבל ברור שהמכר עצמה לא תלויה ישירות על התנאי ומתקיימת בלעדה, אלא שאי קיום התנאי יכול לבטל את המכר למפרע. וכך כותב במפורש הריטב"א (שו"ת קנו). כך גם מסביר הקונטרס שיעורים (ז:י) "משום דתנאי מילתא אחריתי ולא מרע להמכירה".

ועל תשאל שיש לחלק בין תנאי שהיא מילתא אחריתי ובין אומדנא ע"פ גילוי דעתו שהיא מצורפת לגמרי עם המכר ועצם המכירה תלויה על קיומה של האומדנא. א"א להציע כך משום שברור לפי רוב הראשונים שאין הבדל משמעותי בין גילוי דעת ותנאי לגבי ביטול מכר ע"י תנאי שעתיד להתקיים. אפ' הרמב"ן ותלמידיו (גיטין מה:): שמציעים שיש הבדל בין תנאים וגילוי הדעת, זוהי רק על "דעת מה שעבר" – כלומר, על דברים שכבר קיימו. אבל בתנאים שעתידים להתקיים, כגון במקרה שלנו שהתנאי על דעתם לעבור (בעתיד) לאמריקה, יוצא מהרמב"ן שאין הבדל בין גילוי הדעת ותנאים לגבי הנ"ד שתנאי היא מילתא אחריתי.

א"כ יוצא שלפי הרשב"א בנ"ד הלוקח מוחזק בקרקע אחר שהתקיים המכר ועלה הקרקע בידיו, ואין מוציאין אותה מידו ע"פ ספק תנאי. וכך צריך לפסוק כהלכה. דברי הפני יהושע המצוטטים לעיל שכל מכר אם תנאי דמי לתפיסה לאחר לידת ספק נשללים ע"פ הרשב"א, וכך כותב קונטרס הספיקות (שם). וכן פוסקים להלכה כרשב"א שהוא גדול הדור וראשי הפסק שעל פיו נפסקו הלכה לדורות כנגד המהרש"א, ולכן אין מוציאין הקרקע מתחת יד הלוקח מפני ספק.<sup>54</sup>

יוצא מכל הנ"ל שמקום שלגבי מידת האומדנא בנ"ד יש הרבה מקום להסתפק אם היא מספיק וודאית כדי לבטל מקח, ובמקום ספק אפשר לפסוק או כקצו"ח שספק אומדנא לא נחשבת כאומדנא לבטל מקח או כרא"ם שבמקום ספק משאירים קרקע בחזקת המוחזק – שבנ"ד היא הלוקח.

עכשיו עלינו לחקור האם אפשר להפעיל אומדנא בנ"ד להפעיל ביטול מקח ע"פ הגדרות פורמליים. כמו שעלינו לעיל תוס' בכתובות ובב"ק שואל שאם משתמשים באומדנא לבטל מקח "אם כן כל אדם הלוקח פרה מחבירו ונטרפה או מתה אנו סהדי שלא על מנת כן לקחה?" תוס' מוטרד עם בעיה כלכלית-חברתית שהיכולת להשתמש באומדנא

<sup>51</sup> ע' פרנקל הרמב"ם ס' משפטים עמ' תקא והרשימה האחרונה של האחרונים שציטטו שמה

<sup>52</sup> המל"מ ניסה לתרץ את הסתירה הזאת, אבל תירוצו קשה.

<sup>53</sup> כך שואל כמה מהאחרונים, ע' לדוגמה דמשק אליעזר חו"מ כט

<sup>54</sup> וכן אין לשאול מהר"ן (מצוטט בד"מ חו"מ רז:א) שפוסק שבמקרה של נתינת כסף בעל כרחו המ"ק נשאר מוחזק, ששמה מדובר בירידה לתוך כרמו שלא ברשות הבעלים ולכן לא דומה לנ"ד. ע' לישן הרשב"א מצוטט לעיל, וע' קונ"ס שם.

יכולה לגרום השלכות הרסניות עבור הכלכלה שכל מקח תהיה בסכנת ביטול. לכן, תוס' מתרצים שיש הגדרות פורמליות לביטול מקח. אולם תשובת התוס' לא ברורה והתווכחו האחרונים על פירושו.

נעמוד על כמה מהם ונראה שלגבי נ"ד דרך המלך שאפשר לבטל המקח ע"י אומדנא ואין בעיה פורמלית בביטול המקח.

- (1) תוס' בב"ק מתרץ "דהתם לאו בלוקח לחודיה תליא מילתא אלא כמו כן בדעת מוכר ומוכר אקנה ליה אדעתא דהכי אבל הכא דקדושין בדידה קיימא והוא אינו חושש היאך דעתה להתקדש וכן גבי מקדיש נמי בדידה קאי וכן נותן הגזל בדידה קאי". המל"מ (זכיה ו) מסביר שהחילוק בתוס' היא בין תנאי ששני הצדדים מעוניינים בה ובין תנאי שרק צד אחד מעוניין בה משום שאין לצד השני שום הפסד באי-קיום התנאי. לדוגמה, במקרה של חלות של קידושין אחר מיתת הבעל (גמ' ב"ק קי), אין לבעל שום אינטרסט אחר מותו בקיום או באי-קיום התנאי—לא איכפת לו אם הקידושין יפקיעו למפרע. אבל במקרה של פרה ונטרפה יש למוכר אינטרסט בקיום התנאי שהוא מספיד אם מבטלין המכר—קודם לכן היה לו פרה שלימה, עכשיו הוא מקבל פרה טריפה. לגבי נ"ד, אין שום הפסד ללוקח אם יחייב להחזיר את הקרקע למוכרים. הוא נתן כסף ומחזירים לו הכסף. אין הבדל בין הכספים (וכ"כ כתב הנתיות המשפט רל:א). ע"כ יוצא שאפשר ע"פ פירושו לבטל המקח.<sup>55</sup>
- (2) הנתיות המשפט (שם) והמחנה אפרים (שכירות ד) מסבירים שא"א לבטל את המקח כשהאונס קרא ברשותך, ולכן הלוקח פרה ונטרפה אינו יכול לבטל המכר משום שפרתו נטרפה ו"נסתפחה שדהו" ולכן הוא אחראי על קלקול הפר ואיננו יכול להחזיק את המוכר כאחראי ולבטל המקח. בנ"ד השיקול הזאת לא שייכה שאין אחד מבעלי הדין אחראים על האונס,<sup>56</sup> ולכן היה אפשר לבטל את המקח ע"פ אומדנא.
- (3) הפני יהושע (ב"ק קי:) מציע שיש הבדל בין אומדנא שהמוכר היה חושב עליה בשעת המכר שהיא עיקר סיבת המכר ובין אומדנא שלא היה חושב עליה בשעת המכר כי הוא חשש צדדי וטפל לעיקר סיבת המכר. לכן בזבין ולא איצטריכו ליה לזוזי מכר המוכר דוקא בשביל שרצה הזוזים אבל במוכר פרה ונטרפה לא קנה הלוקח הפרה משום שלא נטרפה, קנה אותה כדי לחרוש שדהו—ולכן המכירה לא יבטל בטריפת הפרה.<sup>57</sup> בנ"ד ברור שמכרו את קרקעותיהם דוקא משום שעוברים לאמריקה בשביל עבודתה ולכן ביטול מקח ע"י אומדנא מועיל במקרה שלנו.
- (4) התורת חיים (ב"ק קי:) מסביר שיש הבדל בין אומדנא שהיה אפשר לצפות לאי-קיום התנאי ובין אומדנא שלא היה אפשר לצפות לאי-קיום התנאי. לכן, במקרה של טריפת פרה היה אפשר לצפות לטריפת הפרה (נפוץ שפרות מתות) ולכן א"א לבטל המקח אבל מיתת קרבן חטאת (גמ' ב"ק קי) איננו נפוץ ולכן אפשר לבטל מקחו במקרה כזה. בנ"ד סגירת בית הספר לא נפוץ או צפוי, במיוחד כשמציעים משרות חדשות, וכמו שכתבתי לעיל.
- (5) הרי"ם (שו"ת אה"ע כה) מסביר שאם דעתם של המוכרים היה מפורש כתנאי, האם הלוקח היה מסכים לתנאי, או האם הלוקח היה מקפיד שהקנין יחול בלי תנאים והמוכרים היו מוחלים על תנאם. כלומר, יש מתח בין רצונם של המוכרים למכור עם תנאי ובין רצון הלוקח לקנות בלי תנאי והשאלה היא איזו מהם יוותר על רצונם. בנ"ד נראה שהמוכרים היו מקפידים יותר על תנאם מאשר הלוקח משום שהלוקח שאל אותם כבר כמה פעמים למכור את קרקעם ועכשיו שמסכימים, למה יקפיד כ"כ על תנאם? במקרה הגרוע ביותר הוא לא הפסיד שום דבר במכר הזה, ואיננו שוה לו לא להניחם.<sup>58</sup> ולכן, גם לפי השיקול הזאת אפשר לבטל המקח ע"י אומדנא.
- (6) הנודע ביהודה (יו"ד קמא טו) מציע שלפי תוס' בכתובות (וכך נלפע"ד פשט בתוס' שם) יוצא שיש שלשה שלבים. אם יש "אומדנא שאינו רוצה לכנוס באותו ספק כלל אפילו תליא בדעת שניהם אזלינן בתר אומדנא דחד לבטל אפילו מעשה שכבר נעשה ... ובדבר שיש סברא לומר שהיה מכניס עצמו בספק אף שיש ג"כ אומדנא שאם היה יודע בודאי שיארע דבר זה לא הי' עושה אם היה הדבר תלוי בדעת שניהם אי אפשר

<sup>55</sup> אפשר לשאול שיש "עלות הזדמנות" Opportunity Costs ללוקח שלא היה יכול להשתמש בכספו בזמן שהמקח היה קיים. אלא ש(א) לפי הנתיות המשפט (רל:א) אין חוששים לעלות הזדמנות לשיקולינו, ו(ב) לא נראה שיש אובדן הזדמנות למפתח בכספי המכר.

<sup>56</sup> ע' גמ' כתובות ב. שאין אומרים נסתפחה שדהו באונס דלא שכיח.

<sup>57</sup> ברור שאם התנו מפורש היה התנאי מועיל, השאלה היא מה קורה במקרה שיש רק אומדנא.

<sup>58</sup> אפשר לטעון שיש ללוקח יד העליונה משום שאפשר שהוא המציע הגבוהה ביותר, אבל לא נראה כך מאומד המציאות.

לבטל הדבר והיינו המוכר פרה וכדומה. ואם הדבר תלוי בדעת חד שפיר גם בזה אזלין בתר אומדנא. " יוצא מהנ"ב שמקרה שאינו רוצה לכנוס בספק כלל אזלין בתר אומדנא.<sup>59</sup> לכן בנ"ד שמסתמא הבני זוג לא רצו להכנס לאותו ספק—שאם באמת חשבו שאפשר שהבית ספר ייסגר לא היו עוזבים לאמריקה—ולכן נוכל להשתמש באומדנא לבטל המקח. (7) המנחת שלמה (שו"ת תנינא קלד) מסביר שכשיש אומדנא גדולה לא מוטרדים בדעת השני שאינו רוצה התנאי. היה לו להתנות במפורש שאינו רוצה את האומדנא הזאת, ואם לאו מניחים שהסכים לקיום התנאי. א"כ בנ"ד לא נראה (כמו שהסכמנו לעיל) שיש אומדנא גדולה ולכן לא נוכל לבטל את המקח ע"י אומדנא במקרה הזה.

יוצא א"כ שלפי רוב רובם של המהלכים בשיטת תוס' וההגדרות הפורמלים בהשתמשות של אומדנא, אזלין בתר אומדנא בנ"ד ונוכל לבטל המקח. אולם, יש כמה מהאחרונים (ע' נתיבות, מנחת שלמה, נו"ב) שסברו שא"א לבטל מקח ע"י אומדנא אחר שהגיע גמר המקח. לפי שיטותיהם גם בנ"ד ברור שכבר הגיע גמר המקח<sup>60</sup> ולכן לא נוכל לבטל את המקח<sup>61</sup>. יוצא א"כ שלפי רוב השיטות נוכל לבטל המקח ע"י אומדנא כזאת, אלא שיש קבוצה חשובה של אחרונים שמתנגדים אחר שכבר גמרו המקח.

לפי הנראה לעיל, יוצא שכשמעריך אומדנא י"פ שאלת מידתה וגודל וודאותינו בקיומה (האם היא אומדנא דמוכח, סתם אומדנא, גילוי דעת, וכו') כמו שיטת הר"ם המובא ברא"ש ובתוס' בנ"ד א"א לבטל המקח. וכשמעריך אומדנא ע"פ הגדרות פורמלים כמו תוס' בכתובות ובב"ק אזלין בתר אומדנא בנ"ד לבטל המקח. השאלה היא א"כ מה לעשות בסתירה הזאת?

לכן, נחזור לעמדתינו הראשונה שיש סתירה בין שני המערכות הללו בהשתמשות של אומדנא. החכם צבי הוכיח שבכמה מהדוגמאות של הר"ם של אומדנא דמוכח יש מקח דו-צדדי ולכן נראה שסותר אמדת התוס' בכתובות שבמקח דו-צדדי לא אזלין בתר אומדנא. בנוסף, נוכל להציע שאם סבר תוס' בכתובות במערכת של הר"ם (אומדנא דמוכח נגד אומדנא גריעותא) היה לו לתרץ תשובה יותר פשוטה לשאלתו: "אם כן כל אדם הלוקח פרה מחבירו ונטרפה או מתה אן סהדי שלא על מנת כן לקחה?" תוס' היה צריך להשיב שאה"נ, כל פעם שיש לנו אומדנא דמוכח מבטלין המקח, אבל בדרך כלל אין לנו אומדנא כ"כ ברורה. וכך תירץ הפני יהושע (ב"ק קי:): שאלת תוס'!

לכן, נלפע"ד שנוכל לתרץ את הסתירה באחד משתי דרכים:

(1) אה"נ יש סתירה בין שני המערכות ואין פתרון לסתירה. הם שני מערכות שונות מבוססים על שני תפיסות קונספטועלי שונות.<sup>62</sup>

אלא שתשובה הזאת באמת מטרידה ויוצר הרבה בעיות במערכת ההלכתית שמניחה ששתי המערכות הללו קיימים.

(2) שני המערכות עוסקים בשאלות שונות. המערכת של הר"ם עוסק בכח האומדנא וקיומה. קודם שנשתמש באומדנא צריכים להגדיר משמעות המילה "אומדנא" ואיזה סוג של אומדנא מוכר במערכת ההלכתית. שנית, אחר שהקמנו את הגדרת אומדנא צריכים לחקור באיזו מצבים וסוגים של מקח אפשר להשתמש באומדנא—האם משתמשים בה רק במקחים חד-צדדים או אפ' במקחים דו-צדדים? שני השאלות הללו כמובן מתייחסים אחד לשני, אבל בכל זאת הם שני שאלות שונות לחלוטין.<sup>63</sup>

יוצא א"כ שנצטרך להעמיד שתי המערכות בנפרד וכל אחד יוכל למנוע השתמשות האומדנא לבטל המקח. א"כ יוצא מהניתוח שלנו שמשום שאין לנו אומדנא בנ"ד (מצד כוחה וקיומה) לא נוכל להשתמש בה לבטל מקח, אע"פ שמבטל השתמשות האומדנא ע"פ הגדרות פורמלים נראה שנוכל להשתמש באומדנא. בנוסף, אפשר שגם לפי

<sup>59</sup> ההסברים האחרים לתוס' בנו"ב בנויים על שיקולים שלא יועילו בנ"ד לבטל המקח. אולם, הנו"ב מסביר שהסברותיו אינם נפרדות אלא בנויים אחד על השני ואפשר להתשמש בכל אחד שייאפשר האומדנא לבטל המקח.

<sup>60</sup> לפי הנתיות שסובר משמעות גמר המקח האפשרות להנות מהמקח, ברור שבנ"ד הלוקח היה יכול להשתמש בקרקע. אם בסופו של דבר לא השתמש בה, היא זכותו, אבל עדיין היה לו האפשרות להשתמש בה ולכן לא אזלין בתר אומדנא לבטל מכר הזה.

<sup>61</sup> לפי שיטת הנו"ב באמת אין שום בעיה בנ"ד כמו שנבאר להלן.

<sup>62</sup> וכך נראה באמת מהנתיבות המשפט שמסביר שא"א להשתמש באומדנא אחר שהיה אפשרות להנות מהמקח ו"כלתה הנאת הקנין". שיטה כזאת נסתרת לגמרי אם עמדת הגמ' שבמקרה שיש אומדנא ע"י גילוי דעת בשעת המכר היה אפשר לבטל המקח אחר שנכשל בניסיונו לעלות לארץ וכבר "כלתה הנאת קנין". וצ"ע טובא איך הנתיות יסביר את הגמ' הזאת.

<sup>63</sup> תירוץ כזאת דומה למערכת שהנו"ב מקים שלפני גמר המקח אפשר להשתמש באומדנא והשאלה היא הגדרת האומדנא, ואחר גמר המקח מגבילים התשמשות אומדנא לתנאים שיש תועלת לשני הצדדים במקח.

מערכת השתמשות האומדנא ע"פ הגדרות פורמלים לא נוכל לבטל המקח משום שכבר הגיע גמר המקח, כמו שהעלו כמה מהאחרונים.

לכן, בנ"ד על הקרקע להשאר בחזקת הלוקח.<sup>64</sup>

בברכה,  
יהונתן ש. א. זולטי

---

<sup>64</sup> נ"ל שזו גם פשט ההלכה ע"פ השו"ע (חז"מ רד-ה), ע"ש.