הרב דניאל כ"ץ

'תקנת השוק' במכירה כפולה

סיפור המעשה[1]

מעשה באדם שמכר חנות וכל אשר בה, ציוד וסחורה, לקונה ראשון, ולאחר מכן חזר ומכר אותה לקונה שני. מקום החנות היה שכור והמכירה הייתה של 'העסק', וכן של הציוד המצוי בחנות. המוכר עזב את החנות והקונה השני נכנס אליה והחל לתפעל אותה. הקונה הראשון תבע מהקונה השני לעזוב את החנות, לטענתו הוא הבעלים האמתי שלה. לעומתו הקונה השני טען שהרכישה של החנות, שהייתה שכורה ממִנהל המרכז המסחרי, הייתה מותנית באישור המשכירים. אלו התנו מכירת המוניטין בהסכמתם לכך בחוזה ההשכרה עם המוכר, והיות ורק הקונה השני קיבל הסכמה כזו – הוא הבעלים. נוסף על כך טען הקונה השני לקיומה של 'תקנת השוק', המזכה אותו בפיצוי ובהחזר כספי הקנייה מהקונה הראשון, אם תתקבל תביעתו של התובע והחנות תעבור לבעלותו.

בנידון דידן, יש שני חלקים לעסקה: שכירות הקרקע וקניית הציוד והסחורה.

עקרונית, בית הדין קיבל את טענת הנתבע שההשכרה הייתה מותנית באישור המשכיר, ועל כן הקונה השני זכה בחנות ולא הקונה הראשון - התובע. אמנם עלתה שאלת הבעלות על הציוד והסחורה המצויים בחנות, שבנוגע אליהם אין משמעות לחוזה ההשכרה. התובע טוען שקנה אותם במעשה קניין, היות והוא קיבל מפתח של החנות.

א. מסירת המפתח

1. קניין

לדעת רוב הראשונים מסירת מפתח מקבילה לאמירת 'לך חזק וקני', וכן נפסק ב'שלחן ערוך'[2]. שיטה זו מבוססת על פשט דברי הגמרא (ב"ק נב ע"א), שבהם נאמר: 'וכיון שמסר לו מפתח, כמאן דאמר לו לך חזק וקני דמי.' לפי זה, אין במסירת המפתח כדי זכייה בבעלות על הציוד, כל עוד לא נעשה בציוד מעשה קניין אחר. לדעת רש"י[3] ורשב"ם[4], מסירת מפתח היא מעשה קניין ממש. מרשב"ם משמע שזהו קניין 'חזקה'[5]. יש

1. הרחבת חלקים מפס"ד שנידון בבי"ד ארץ חמדה גזית, בהרכב: הרב יוסף כרמל (אב"ד), הרב סיני לוי והח"מ.
2. שו"ע, חו"מ סי' קצב סעי' ב.
3. פסחים ד ע"א ד"ה בשכירות.
4. ב"ב נג ע"א ד"ה השתא.
5. כ"כ ר"י קרקושא, ב"ב כח ע"א בדפי האלפס; וערוך השלחן, חו"מ סי' קצב ס"ק ב.

שדייקו ברש"י שזהו קניין דווקא לעניין שכירות[6], ה'שואל ומשיב'[7] ביאר שקניין שכירות חל על ידי שימוש, כאכילת פירות, ועל כן מסירת מפתח מועילה בו.

2. מנהג

הראב"ן[8] דן בעניין חזרת קונה שקיבל מפתח מן הקניין, והוא קובע שני טעמים שתועיל מסירת מפתח: 1. מנהג שמסירת מפתח קונה. 2. קניין כדעת רש"י.

גם נכדו הראבי"ה[9] סובר שמסירת מפתח מועילה לרכישת סחורה שבתוך הבית. כך ב'מרדכי'[10]:

> והוא הדין במוכר או בשוכר סחורה המונחת בבית ומסר לו המפתח נקנית הסחורה אגב הבית כאלו שכר את מקומו...

אמנם ה'בית יוסף'[11] תמה מה הצורך בשכירות המקום כדי לקנות על ידי המפתח. אך ה'אור זרוע' מביא בשם ראבי"ה נוסח שונה:

> ובזמן הזה שנוהגים הסוחרים שמוסר לקונה המפתח שסגורה בו הסחורה קונה, כענין שכירות בית, שכשמסר לו המפתח קנה.

ומבואר שאין באמת צורך בשכירות אלא הוא מדמה מילתא למילתא, ומועיל המפתח לקניין הסחורה כמו שמועיל לשכירות. נראה מדבריו שעיקר הטעם הוא המנהג. וכן כתב במפורש הראב"ד[12]. אמנם מהר"ם מרוטנברג[13] כותב שמסירת המפתח אינה קונה סחורה והקונה יכול לחזור בו, וכן נכתב גם בשו"ת הרשב"א[14]. וייתכן שבזמנם ובמקומם לא היה מנהג לקנות. הרמ"א[15] קובע שאם יהיה מנהג לקנות סחורה במסירת מפתח, יועיל המנהג: 'במקום שנוהגים הסוחרים שמוסרים לקונה המפתח'. נמצא אפוא שאם המנהג לקנות ציוד וסחורה במסירת מפתח, יש לזה תוקף ככל 'סיטומתא'. אבל אם אין מנהג כזה, והראשונים מעידים שלא היה מנהג כזה בזמנם, בוודאי לא יהיה קניין במסירת מפתח. מכאן לענייננו, עצם המסירה אינו מעשה קניין מועיל לציוד ולסחורה. ולעניין השאלה האם מסירת מפתח מועילה מטעם מנהג, לא הוכח קיומו של מנהג כזה[16].

---

6. שו"ת דברי שלום, חו"מ ח"ב סי' מח, עפ"י רבינו ירוחם, מישרים דף יב ע"א; וכן פירש מגיני שלמה, בדעת רש"י.
7. שו"ת שואל ומשיב א, ח"ג סי' רג.
8. חידושי הראב"ן, בבא מציעא, מובא בדרכי משה, חו"מ סי' קצב ס"ק א.
9. אור זרוע, ב"מ סי' רלא; הגהות מיימוניות, הל' מכירה פ"א ס"ק ג; מרדכי, ב"ק סי' נד; דרכי משה, חו"מ סי' קצב ס"ק א.
10. מרדכי, ב"ק נד.
11. בית יוסף, חו"מ סי' רא.
12. שו"ת הראב"ד, סי' קטו.
13. מהר"מ מרוטנבורג, דפוס פראג, סי' תתלה.
14. שו"ת הרשב"א, ח"ב סי' ריט.
15. רמ"א, חו"מ סי' רא סעי' ב.
16. ראה בספר דרכי הקניין ומנהגי המסחר במשפט העברי, מאת הרב פרופסור רון קליינמן, עמ' 144 ואילך, בסקירותו המקיפה בנושא זה כולל הפניות רבות לתשובות האחרונים, ומסקנתו בנוגע לזמן הזה כדברינו.

ב. קניין הלקי

זאת ועוד, לאור העובדה שכפי שהכרענו לעיל, החנות עצמה לא נקנתה ולא שכירות המקום לקונה הראשון, הרי יש מקום לדון אם גם קניין המטלטלין בחנות בטל, מפני שקניין שמועיל רק לחלק מן העסקה, אולי אינו בר תוקף. אמנם נפסק להלכה כדבר פשוט ב'שלחן ערוך'[17]: 'אמר ליה: קנה נכסי או חפץ פלוני אתה ובהמה זו או אתה ועובר זה, קנה הוא מחצה'. כלומר הקנאה של חפץ בחלקו לאדם ובחלקו לחמור מועילה לחלק של האדם, אף על פי שהחלק של ההקנאה לחמור אינה חלה. אבל כאשר מקנה אדם לחברו שני נכסים, שאחד נקנה ואחד אינו נקנה, מובא ב'מרדכי'[18] שנחלקו הראשונים האם נקנו הדברים שהקניין מועיל בהם. הובאו הדברים להלכה ברמ"א[19]:

> מחליף מעות ומטלטלים, או מעות וקרקע ביחד, י"א הואיל וחליפין אינן קונין במעות נתבטל כל הקנין, וי"א דכל הקנין קיים. וי"א דקיים אצל הקרקע והמטלטלים ובטל אצל המעות. והוא הדין אם קנו באיזה דבר המועיל בו קנין עם דבר שאין בו ממש, דהוי קנין דברים.

לעומת זאת בעניין קניין על דבר שבא לעולם יחד עם קניין על דבר שלא בא לעולם, הרמ"א[20] הביא להלכה רק את הדעה שהקניין קיים למחצה. סמ"ע[21] ו'נתיבות המשפט'[22] הסיקו שהרמ"א פוסק כדעה זו להלכה, שהקניין קיים למחצה. אמנם 'קצות החושן'[23] ביאר בשיטת הרמב"ם שיש להבחין בין שני מצבים:

> 1. דהיכא דהקנין הוא לאחד ובשני דברים, באחד מועיל הקנין ובשני אינו מועיל, אמרינן מיגו דלא קנה זה לא קנה כלום. 2. אבל אם הקנין הוא לשני בני אדם, אע"ג דאחד לא קנה, השני מיהת דבר קנין הוא קנה מחצית, והיינו האי דרב נחמן.

כלומר יש לחלק בין מקרה שבו אדם מקנה לאחד שני דברים, והאחד מהם לא ניתן להקנות, ואז הקניין בטל, לבין מקרה שאדם מקנה לשני אנשים שני דברים, ואז הקניין יכול להתקיים באחד מן האנשים, אף על פי שלשני הקניין אינו מועיל. כך מיישב 'קצות החושן' את שיטת הרמב"ם, שכתב שהמקדש כמה נשים שאחת מהן אינה ראויה לקידושין, האחרות מקודשות. ולפי זה בנידון דידן, שהמוכר מקנה לאדם אחד שני נכסים שבאחד הקניין חל ובאחר הקניין אינו חל, אינו קונה אף את החפץ שבו יכול הקניין לחול.

---

17. שו"ע, חו"מ סי' רי סעי' ג.
18. מרדכי, בבא בתרא סי' תרה.
19. רמ"א, חו"מ סי' רג סעי' י.
20. רמ"א, חו"מ סי' רט סעי' ג.
21. סמ"ע, חו"מ סי' רג ס"ק יט.
22. נתיבות המשפט, סי' רג ס"ק כג.
23. קצות החושן, סי' רי ס"ק ה.

ה'מגיד משנה'[24], הריטב"א[25] והרא"ש[26] מציעים אפשרות אחרת. לדעתם, יש לחלק בין קניין הנאמר בביטוי אחד (כגון 'כולכן מקודשות') שאותו אי אפשר לחלק, לבין קניין שנאמר במשפט שיש בו כמה מילים שניתן להפריד ביניהן (כגון 'קני את, וחמור'). גם הריב"ש[27] אימץ הבנה זו ברמב"ם. המהרח"ש[28] ביאר לפי דרך זו את פסיקת 'תרומת הדשן'[29] על מי שעשה קניין לגרש ולשלם קנסות, שהקניין אינו חל גם על הקנסות משום שאינו חל על הגירושין. לדבריו, ההסבר לכך הוא מאותו הטעם, שכלל במילה אחת את כל הדברים. בכמה מקומות צירף המהרח"ש סברה זו, כגון כשיש ספק נוסף[30] או כשמדובר במוחזק[31]. בנידון דידן, הייתה זו הקנאה במילה אחת לחנות ולכל אשר בה. יש להוסיף לכך גם את סברת הר"ן[32], ששיטת הרמב"ם היא לחלק בין ביטול חלק מקניין הנוגע למוכר, שמעוניין להקנות מה שניתן, לבין ביטול קניין שנוגע לקונה, שמעוניין לקנות הכל או לא כלום. על כן, כשקונה אחד אינו מקבל כל מה שהובטח לו, יש לבטל את המכר[33]. גם בשו"ת 'נודע ביהודה'[34] נכתב שהוא 'ספיקא דדינא' ואין להוציא מהמוחזק. וכן נראה מדברי הגר"א[35].

לאור האמור יש מקום לומר שבהסכם דנן, שנעשתה בו עסקה אחת ונמכרה החנות וכל תכולתה כגוף אחד, נראה שבוודאי יכול לומר המחזיק הנוכחי ברכוש 'קים לי' כדעות שבכגון זה, והמקח בטל כולו.

ג. 'תקנת השוק'

עולה השאלה האם יש עניין ל'תקנת השוק' במקרה דידן. הנתבע דרש קיומה של 'תקנת השוק' במקרה שטענתו לבעלות לא תתקבל, ולדעתו הוא זכאי במקרה כזה לפיצוי מהתובע. במקרה זה טענת הנתבע התקבלה והוא מחזיק בחנות, על כן אין מקום לפיצוי. כמו כן, טענה נוספת שהועלתה על ידי התובע שמדובר בגנבה מפורסמת, שבה אין 'תקנת השוק'[36], נדחתה על ידי בית הדין. שכן עיון בפרטי המקרה העלה שלא הוכחה בו גנבה מפורסמת. אך היות שמקרה זה מיוחד מבחינת 'תקנת השוק', ארחיב בנושא זה[37].

24. מגיד משנה, הל' אישות פ"ט ה"ב.
25. חידושי הריטב"א, קידושין נא ע"א.
26. רא"ש, קידושין פ"ב סי' כב בשם 'יש מחלקין'.
27. שו"ת הריב"ש, סי' ריד.
28. הרב חיים שבתי בן שבתי, שו"ת תורת חיים, ח"א סי' עט.
29. שו"ת תרומת הדשן, ח"ב סי' קעג.
30. שו"ת תורת חיים, ח"ב סי' ח.
31. שו"ת תורת חיים, ח"ב סי' יג.
32. קידושין כב ע"א בדפי האלפס.
33. עוד נציין שיש גם שיטות שהלכה כרב המנונא, ש'קני את וחמור' לא קנה כלום.
34. נודע ביהודה, מהדורא קמא חו"מ סי' כה, מובא בפתחי תשובה, סי' רג ס"ק ד.
35. ביאור הגר"א, חו"מ סי' רג ס"ק מב.
36. שלחן ערוך, חו"מ סי' רנו סעי' ב.
37. הרב פרופסור נחום רקובר בספרו 'המסחר במשפט העברי', עמ' 55 ואילך, הרחיב בגדרי תקנת השוק.

מה היא מהותה של 'תקנת השוק'? כותב ה'שלחן ערוך'[38]:

הגונב ומכר ולא נתייאשו הבעלים, ואחר כך הוכר הגנב ובאו עדים שזה החפץ שמכר פלוני הוא גנבו בפנינו, חוזר החפץ לבעלים והבעלים נותנים ללוקח דמים שנתן לגנב, מפני 'תקנת השוק', והבעלים חוזרים ועושים דין עם הגנב.

כלומר אם אדם קנה מגנב חפץ גנוב שבעליו לא התייאשו ממנו, ובא בעל החפץ ליטול את חפצו, רשאי הקונה לדרוש מבעל החפץ את הכסף שקנה איתו את הסחורה הגנובה, ובעל החפץ צריך להוציא את הכסף מהגנב. זו תקנה שתיקנו חכמים כדי שאנשים לא יחששו לקנות סחורה בשוק שמא היא גנובה. במקרה שכבר היה ייאוש מהחפץ (לדעת הרמ"א הייאוש צריך להיות דווקא לפני המכירה), היות והזוכה בחפץ היה צריך לתת את דמיו ומשום 'תקנת השוק' הוא פטור מלתת את דמיו; מנהג קדום שהיה נהוג כבר מימי הגאונים[39] ונפסק ברמ"א[40] הוא לקיים את 'תקנת השוק' הרגילה ולהחזיר חפץ תמורת דמיו גם אם כבר היה ייאוש.

יש לציין שגם לפי חוק המדינה (סעיף 34 לחוק המכר), יש 'תקנת השוק' במקרה של קניית חפץ גנוב, ולפי החוק הקונה זוכה בו לגמרי, ללא כל צורך לשלם לבעלים המקוריים. זאת בתנאי שמתקיימים כמה תנאים שאין כאן המקום לפורטם, ואכן אינם מתקיימים בנידון שכאן.

בהלכה, יש מקרים יוצאי דופן שבהם לא תוקנה התקנה. הסיבות העיקריות לכך הן: 1. מקרים לא מצויים. 2. אחריות לקנייה על הקונה, ועל כן לא תיקנו תקנה לטובתו. 3. הקונה אינו ניזוק מכך שאין תקנה. נפרט את יוצאי הדופן וטעמם:

1. סוג החפץ: קרקעות - אין בהן 'תקנת השוק'[41]. בפוסקים יש כמה טעמים לכך: א) לא עשו תקנה בגזלה היות והיא ידועה, וקרקע בדרך כלל אינה נגזלת. ועל כן גם אם קנה קרקע שנגנבה, לא חילקו[42] ב) מכירת קרקעות אינה מצויה[43]. ג) לא שייכת בהן תקנה היות וקבועות במקומן[44]. עבדים ובהמה – המרשד"ם[45] כתב שאין בהם 'תקנת השוק', היות ואינם מצויים. מהר"א ששון[46] חולק עליו, וכן הסכימו האחרונים לגבי בהמה[47]. שטרות – ה'שלחן ערוך'[48] קובע על פי דברי הרא"ש שאין בהם 'תקנת השוק', כיוון

38. שו"ע, חו"מ סי' שנו סעי' ב.
39. ראה תשובות הגאונים, שערי צדק חלק ד שער א סימן כ.
40. רמ"א, חו"מ שנו סעי' ז.
41. שו"ע, חו"מ סי' שעא סעי' א.
42. שו"ת מהר"ם מרוטנבורג, דפוס פראג, סי' תסא.
43. שו"ת רדב"ז, ח"ו סי' ב' אלפים קלז.
44. ערוך השלחן, חו"מ סי' שנו ס"ק ה.
45. שו"ת מהרשד"ם, חו"מ סי' ריב.
46. שו"ת תורת אמת, סי' ריח.
47. קצות החושן, סי' שנו ס"ק א; הגהות רבי עקיבא איגר, לשו"ע חו"מ סי' שנו סעי' ב.
48. שו"ע, חו"מ סי' ס סעי' א.

שאינם מצויים[49], לעומת זאת בשטרות ממרנ"י (שטר למוכ"ז) המצויים יש תקנה[50]. בעקבות כך הוכרע בשו"ת 'מנחת יצחק'[51] שהוא הדין בעניין המחאות.

2. הגנב: גנב מפורסם – נחלקו הראשונים האם במקרה שקונה מגנב מפורסם יש תקנה, שכן היה על הקונה לדעת שהוא עשוי לקנות חפץ גנוב. ה'שלחן ערוך'[52] פוסק כדעה שלא תיקנו במקרה זה, וכן הכרעת הש"ך[53] ועוד אחרונים. הרמ"א[54] הביא את הדעה החולקת, שגם בגנב מפורסם, יש תקנה. במקרה שהקונה יודע שהחפץ גנוב - אין 'תקנת השוק'. הרמ"א[55] כותב יותר מכך, שאף מהגנב אינו יכול לגבות את כספו, היות וכוונתו לתת את הכסף במתנה לגזלן אם יימצאו הבעלים של החפץ. האחרונים[56] חלקו עליו ותמהו, שהגדרת התשלום כמתנה לגזלן מבוססת על שיטה בגמרא שנדחתה להלכה, ולדעתם למסקנה הוא יכול לתבוע את כספו מהגזלן. ה'פתחי תשובה'[57] הביא פוסקים שיישבו דברי הרמ"א לפחות לגבי קונה מטלטלין, וכן הכרעת 'ערוך השלחן' על אתר.

3. התמורה: פריעת חוב – אם הגנב פרע חובו בחפץ הגנוב - אין בו תקנה. ובעל החוב צריך להחזיר את החפץ, היות ולא יינזק מהחזרת החפץ הגנוב, שכן החוב נותר על כנו[58]. נתן משכון – יש בו 'תקנת השוק', היות ומקבל המשכון נתן הלוואה לגנב בתמורה[59]. אבל אם נתן משכון עבור עסקה - אין בו תקנה, היות ונותן הכסף אינו סומך על המשכון אלא הוא ממשיך ומלווה את התהליך העסקי, ומוודא שהמתעסק שומר על כספו[60]. נתן מתנה – לדעת ה'בית יוסף' ו'דרכי משה'[61], הרשב"א סובר שאין 'תקנת השוק' והרא"ש סובר שיש 'תקנת השוק' - והלכה כמותו, וכן הכרעת הסמ"ע[62]. הש"ך[63] חולק וסובר שבמתנה כולם מודים שאין תקנה, וכמו בפריעת חוב שאינו מפסיד מהחזרת החפץ, היות ולא נתן תמורה עבורו, וכן דעת המבי"ט[64]. אמנם מצאתי בשו"ת מהר"ם מרוטנבורג[65] שלדעתו במתנה יש 'תקנת השוק'.

---

49. ראה שו"ת מהרשד"ם, חו"מ סי' עא.
50. ש"ך, חו"מ סי' נ ס"ק ז; שו"ת דברי מלכיאל, ח"ד סי' קמט.
51. שו"ת מנחת יצחק, ח"ה סי' קכ, וכן דעת פתחי חושן, הל' גניבה פ"ג סעי' ט.
52. שו"ע, חו"מ סי' שנו סעי' ב.
53. ש"ך, לשו"ע שם ס"ק ו.
54. רמ"א, לשו"ע שם.
55. רמ"א, שם על פי מרדכי ב"ק קסו.
56. יש"ש, ב"ק פ"י סי' לב; ש"ך, חו"מ סי' ז ס"ק טז; באר הגולה, לשו"ע שם ס"ק ז; ביאור הגר"א לשו"ע שם ס"ק ח.
57. פתחי תשובה, חו"מ סי' שנו ס"ק ד.
58. שו"ע, חו"מ סי' שנו סעי' ו.
59. שו"ע, חו"מ סי' שנו סעי' ז.
60. ראב"ד, מובא בנ"י בבא מציעא מא ע"ב בדפי האלפס וברע"א, לשו"ע חו"מ סי' שנו.
61. דרכי משה, חו"מ סי' ס.
62. סמ"ע, סי' רנב ס"ק ו.
63. ש"ך, סי' רנו ס"ק ד.
64. שו"ת המבי"ט, ח"ג סי' ג.
65. שו"ת מהר"ם ד"ק, סי' קל.

4. הבעלים תפס את החפץ – הש"ך[66] כותב שבמקרה שהחפץ הגיע ליד הבעלים, אין 'תקנת השוק'. 'נתיבות המשפט'[67] מדגיש שהיינו דווקא כשהחפץ הגיע אל הבעלים לפני שהגיע לידי הקונה (במקרה שהקונה עשה רק קניין 'סודר' וכדומה), שאם לא כן תהיה זו תפיסה. 'קצות החושן'[68] מסכים עם שיטה זו. יש להבחין בין מקרה זה למקרה של קונה שטר שבו יש תקנה, אף על פי שיש רק שטר בידי הקונה והכסף עדיין לא נגבה, היות וזכות הגבייה היא רכוש והיא בידי הקונה.

5. מכירת שווא – בנידון דידן יש מציאות מיוחדת שלא מצאתי שנידונה בפוסקים. אם אכן היה התובע זוכה בחנות, ולאחר מכן היה הולך המוכר ומוכרה לנתבע, בלא לעשות שום פעולת גזל בחנות, דומה היה למי שהולך ומוכר חפץ שאינו שלו תוך הצגת מצג שווא של בעלות ובלא לזכות בו כלל. נראה שבמקרה כזה, היות והחפץ כלל לא הגיע לידי המוכר, לא מתקיים כאן התנאי הראשון של 'תקנת השוק', והוא 'גזלן' שמוכר לקונה, שכן המוכר לא ביצע כלל פעולת גזל בחפץ. וכפי שהעלה הש"ך, שאפילו במקרה של גזל ממש, אם החפץ חזר לבעלים - אין תקנה. אם כך, קל וחומר במקרה דנן, המוכר מכר חפץ שאינו שלו ובלא שהוא הגיע לידיו, וגם אם הקונה החל להשתמש בחפץ מחמת ההטעיה, הוא אינו משתמש בו כקונה כי אם כגזלן ראשון. על כן ברור שגם אם היינו מקבלים את טענת הקונה הראשון, לא היה לו צורך להחזיר את הכספים ששולמו במרמה למוכר[69].

מצאתי ראיה לדבר מדברי הרשב"א[70], הגמרא קובעת שאין לתת דבר מסוים של יתומים בתור עסקה, שמא יבוא מישהו ויטען שהדבר שלו ויש לו סימנים, ושהוא הפקיד דבר זה אצל אביהם, וייטלנו. על כך שואל הרשב"א, מה החשש שיבוא טוען כזה, הרי יצטרך לשלם על כך מ'תקנת השוק', ולא יפסידו היתומים?! הוא מביא 'יש מי שכתב', שלא אמרו 'תקנת השוק' אלא בגזלן ובגנב ולא בנפקד. הוא דוחה תירוצו בכך שאם הדבר ניתן בעסקה, הייתה בזה שליחות יד, ועל כן הנותן את הדבר לעסקה הוא גזלן. לכאורה עולה מכך שאם יש היכי תמצי של שימוש בלא שליחות יד מטעם השומרים עליו, אין בזה 'תקנת השוק'.

לעומת זאת מהר"ם מרוטנבורג[71] דן במקרה של מי שתפס מבעל חובו חפץ שהיה מופקד אצלו. המהר"ם דן בשאלה האם יש 'תקנת השוק' במקרה כזה, שכן התופס הוא כקונה מן הגזלן, אף על פי שבעל החוב לא קנה את החפץ אלא רק שמר עליו, אבל הוא התחייב את דמיו היות ופשע בשמירה, והצליחו לתפוס ממנו. והוא מסיק שהיות ומדובר בתפיסה עבור חוב, אין בזה 'תקנת השוק', קל וחומר ממקרה שבו היה החייב פורע

66. ש"ך, חו"מ סי' שנו ס"ק ד.
67. נתיבות המשפט, סי' שנו ס"ק א.
68. קצות החושן, סי' נ ס"ק ב.
69. יש לציין שבמקרה דנן לא השתמשנו בסברה זו הלכה למעשה, אך הדברים נראים נכונים ועל כן הארכתי בהם.
70. חידושי הרשב"א, ב"מ ע ע"א ד"ה אבל.
71. מרדכי, ב"ק סי' קע; הגהות מרדכי, ב"מ סי' תלח; שו"ת מהר"ם, ד' קרימונה סי' כו.

מעצמו, שאין בזה תקנה, כפי שציינו לעיל. לכאורה לפי דברי היה לו לומר שאין כאן 'תקנת השוק' משום שלא היה כאן גזלן, שהרי השומר לא התכוון לגזול. אבל יש לומר שאין זו ראיה כנגד הדברים דלעיל, ויש כמה טעמים לכך שלא תהיה במקרה זה 'תקנת השוק', ונקט אחת מהן.

סיכום

המסקנות בעניין 'תקנת השוק':

א. הקונה חפץ גזול, תיקנו חכמים שיקבל דמיו מבעל החפץ אם הלה טרם התייאש.

ב. תקנה זו חלה בכל סוגי המטלטלים כולל המחאות, אך לא בקרקעות ושטרי חוב.

ג. גם מקבל משכון על הלוואה כלול בתקנה זו, אך לא מקבל מתנה, פירעון חוב ועסקה.

ד. במקרה שהקונה ידע שהחפץ גנוב או שהמוכר היה גנב מפורסם, יחזיר את החפץ ויגבה את כספו מהגזלן. ויש אומרים שאם ידע שהחפץ גנוב, אף מהגזלן לא יגבה כספו.

ה. אם החפץ הגיע לידי הבעלים טרם שהגיע לידי הקונה, אין הבעלים חייב לשלם לקונה דבר.

ו. במקרה של מכירת חפץ במצג שווא של בעלות, וללא עשייה של פעולת גזל מצד המוכר, אין בו 'תקנת השוק'.