

## מוחזק בקרקע ומוחזק במטלטלין

לזכר ר' יעקב פנחס שלנו,  
שבדרכותו, בשקידתו בתורה ובמצויה, יבאהבת  
העם והארץ במחשבה ובמעשה.  
בהתגברותו כארי לעבודת הבריא עד שעתו  
האחרונה.  
בחרישות גיתוחי הסברות, ובזכרון מופלא.  
באמנות של ניצול הזמן לשינון ילתוספת  
תורה ומצות,  
היה הארי שבחבורתנו.

### נדון כאן בנקודות הבאות:

(א) מצינו בכמה מקומות בגמרא ובראשונים חילוקים בין מוחזק בקרקע למוחזק במטלטלין. בדרך כלל בקרקע — מעמידים בחזקת מרא קמא, ובמטלטלין — בחזקת המוחזק. ויש לדון מה ההבדל ביניהם? לכאורה בשניהם הוא תפוס בשוה. עכ"פ בתפוס בבית, כשאין הוא גותן לאף אחד להכנס והוא שולט עליו, למה נבחין או בין קרקע למטלטלין? ונתרכז לאורך כל דברנו בעיקר בהסבר דברי רבנו יונה בזה.

(ב) מצינו שלפעמים מעמידים גם בקרקע בחזקת מוחזק, כגון ב"ב לב: בענין שטרא זייסא — היכא דקיימא ארעא תיקום. וכבר הקשו שם בתוס' מאי נ"מ בין מקרה זה למקרה של בר שטיא, וחילקו שני חילוקים. יש להסביר את החילוקים הללו ביניהם, על-פי עוד חילוקים בראשונים ואחרונים בין קרקע למטלטלין.

(ג) המקור לחזקה של מה שתחת יד האדם שלו.

(ד) חקירה האם חזקה מה שת"י האדם שלו — היא חזקה של ודאי או שעדיין נשאר ספק.

(ה) מקור לכך שאין מוחזק בקרקע, והסבר ההבדל בין קרקע למטלטלין לענין מוחזק במקום שהספק גובע מטענותיהם ובמקום שהספק אוביקטיבי.

(ו) כאשר יש מטלטלין שגובעים מקרקעות — כגון פירות. יש לחקור האם נדון עליהם כדין קרקע או מטלטלין לגבי מוחזק. סיכום הסבר דברי רבנו יונה.

(ז) מה סוג התפיסה המוכיחה שהחפץ שלו. האם היא צריכה להיות

תפיסה כוונת שבכוחה גם לבצע קנין, או לא.

(ח) יש לחקור בתפיסת קרקע ומטלטלין לא בטענה שזה שלו, אלא עבור

כסף אחר. האם גם אז יהיה הבדל בין קרקע למטלטלין, מכיון שמבחינת המוחזק יש הבדל ביניהם, או שמכיון שהוא עצמו מודה שאין הקרקע שלו — אין הבדל ביניהם.

\*\*

א

היטוד לסברא שבמטלטלין הולכים אחר המוחזק ובקרקע לא, — נמצא בדברי רבנו יונה.

ב"ב דף כח: — אלא מעתה חוקה שאין עמה טענה תהוי חוקה ?

ברבינו יונה: "... , תיהוי כמי שחובע את חבירו כלים שאין עשויים להשאל ולהשכיר, שאם לא רצה הנתבע להשיבו דבר אין יורדין לנכסיו, אלא הכלים בחזקתו, ומשכתינן לו עד דקאי בדינא בהדיה, וכדין התובע את חבירו". ומסיקה הגמרא שצריך טענה. ומקשה רבינו יונה, "והא דלא אמרינן הכי במטלטלין, אלא הרי הן בחזקת התפיש בהם אע"פ שאין עם התפיסה טענה ? —

התם — לפי שכבר יצאו מרשות הראשון, שהרי זה תפס בהם.

ועוד — דאחזקי אינשי בגנבי — לא מחזקינן, וכיון דאין עשויין להשאל ולהשכיר — ודאי מיד הראשון באו לידו. (עין בקובץ שיעורים ב' סי' ט' — שאומר טעם זה, וכנראה שלא היו לפניו דברי רבינו יונה אלו).

רואים שלרבנו יונה יש שני גורמים לחילוק בין מוחזק בקרקע למוחזק במטלטלין:

(א) המצב הנוכחי של התפיסה. במטלטלין — התפיסה גורמת שינוי רשות משא"כ בקרקעות: לפי שכבר יצאו מרשות הראשון, שהרי זה תפס בהם.

(ב) הדרך בה הגיע הנכס לידו שונה בקרקעות מאשר במטלטלין. במטלטלין — אחזקי אינשי בגנבי לא מחזקינן משא"כ בקרקע. (מובן מאד לפי"ו מדוע אין צורך בטענה במטלטלין — כי הטענה — באה לודא שהנכסים לא הגיעו לידו בגניבה, ובמטלטלין יש כבר חוקה שהגיעו לידו בלי גניבה).

וצריך להבין את שתי הנקודות: (א) מדוע יש הבדל בין תפיסה בקרקע למטלטלין. הלא גם בקרקע, ובמיוחד בבית — המוחזק שולט בנכס ולא נותן לאף אחד להכנס, בדיוק כמו במטלטלין.

(ב) מדוע דוקא במטלטלין אנחנו אומרים אחזקי אינשי בגנבי לא מחזקינן, ותולים שהגיעו לידו שלא בגניבה, ואילו בקרקעות אנחנו חוששים שהגיעו לידו בגניבה ?

בשור"ת מהרי"ט חו"מ ח"ב סי' ל' אומר: "שאין הדבר תלוי בדין קרקע או בדין מטלטל. אלא טעמא דמטלטלין מקר (אולי צ"ל, "משום") דביידי להו, ונקנים תם. מיד ליד, וחוקה כל מה שיש לו לאדם בידו — שלו הוא. והאי חוקה — מפקא מחזקת מרא קמא, דמאליהו לא באו לידו.

משא"כ בקרקע — שאפשר ליכנס לו מעצמו בלי הקנאה, והארץ לעולם עומדת. (עפי"ו מסביר מדוע בעבד תינוק מוטל בעריסה — יש חוקה לאלתר אעפ"י שעבדים הוקשו לקרקעות — כי מאליהו לא באו. ולהיטך, בדברים

עשויים להשאיל ולהשכיר, ובאומן, — שכיח שיבואו לידו בשאלה או שכירות או אומן, וע"כ אין בהם חזקה).

רואים שמסביר כרבינו יונה, אלא שמוסיף סברא, שבקרקעות ניתן לתפוס בקלות משא"כ במטלטלין. כלומר יותר שכיח שיתפוס בקרקעות, מאשר במטלטלין. אבל ק' אם אחזוקי בגנבי לא מחזקינן — א"כ גם בקרקע נאמר כך? וכן קשה להבין איך העובדה שיורד ביתר קלות לקרקעות גוררת גם שינוי בתפיסה. ס"ס התפיסה עצמה, שוה לכאורה בבית ובמטלטלין.

ברשב"ם ב"ב מב. ד"ה האומנין וכו' אין להם חזקה. „ולא בחזקת ג' שנים מיירי, דסתם אומן לא שייך אלא במטלטלין, וחזקת ג' ש' לא נאמרה אלא במקרקעי. אבל במטלטלי מי שהוא מוחזק בשל חברו אפילו שעה אחת, שאנו רואים שיוצאים מתחת ידו, אע"פ שיש לחבירו עדים שהיה שלו נאמן זה המוחזק לומר לקוח הוא בידי. דסתם לזקת מטלטלין מחבירו — בלא עדים הוא כונה ובלא שטר". . . (גם ברמב"ם טו"ט ט' הל' ט' מחלק כך בין קרקע למטלטלין, ע"ש).

נראה לכאורה שהוא מסביר, שאין העובדה של מוחזקות במטלטלין מוכיחה את בעלותו באופן מוחלט, ויתכן באמת שאין החפץ שלו. אבל, כיון שבדרך כלל לא עושים שטרות ולא מעידים עדים — לכן אנחנו מתייחסים למוחזק כאילו זה שלו, כנראה משום שאחרת אי אפשר לסחור. אמנם יתכן שכונת הרשב"ם היא כמו הריטב"א, שאומר בדף כט. ד"ה אמר רבא „דשורת הדין, כיון שזה מחזיק בקרקע ואוכל בשופי גמור, ויודעין הבעלים ואינם מוחין — דין הוא שתהא ראייה אפילו באכילה אחת, כעין שהתפיסה ראייה במטלטלין" רק ההבדל הוא ש„קרקעות ועבדים בני שטרא נינהו" וע"כ ריע חזקתייהו. וכן יש בעוד ראשונים שם.

כלומר, בעצם גם בקרקע וגם במטלטלין המוחזקות עצמה מהוה הוכחה מוחלטת לבעלות, אלא שבקרקע יש ריעותא כאשר אין לו שטר. ואולי זו גם כונת הרשב"ם כאן, שמוחזק זו הוכחה מוחלטת.

בחידושי הרי"מ ב"ב כח. ד"ה חזקה — וז"ל: „מ"מ בדברים שאין עשויין להשאיל ולהשכיר, שתפיסתן מוכחת, מהימן. אבל קרקעות, אף שאין עשויין להשאיל וכו' — מ"מ לא מהני מה שמשתמש בהן פחות מג' ש' שתועיל הראיה מאין בא לידו. ולכאורה — למה לא יועיל? ולמסקנה, משום ריעותא דאתוי שטרך. ולס"ד דמחיל ולא קפיד, א"כ הוי כעשוי להשאיל. דבמטלטלין שיקח שלא מדעת — אין חשש. משא"כ בקרקע שאין לוקח לרשותו, רק משתמש ולא קפיד או מחיל על הפירות, אין הוכחה".

שיטתו משלבת את השיטות דלעיל. את מסקנת הגמרא — הוא מסביר כמו רשב"ם, ואת ההו"א — משמע שמסביר כדברי רבנו יונה, כי אומר שאין חשש שיקח שלא מדעת — כלומר יש חזקה של אחזוקי אינשי בגנבי לא מחזקינן.

ברשב"א המובא בב"י חו"מ כ"ט ומ"ו, לגבי ראובן שהוציא שטר על שמעון שמכר לו כרם אחד, והלה טוען שלא מכרו לו אלא על תנאי שאם יפרע לו 300 דינרין שהלוהו לזמן פלוני — יחזיר לו השטר ויבטל המכר וכו'. והיו עדים שאכן היה תנאי כזה. ופסקו שם — שאפילו אילו היו עדי השטר מכחישים את

העדים שלפנינו ואומרים שלא היה תנאי כזה — היינו סוסקים אוקי תרי להדי תרי, ואוקי נכסי בחזקת המוכר.

אך הרשב"א כתב על זה: „ואני רואה שדימו דין זה לאותה שאמרו בפ"ב דכתובות... תרי ותרי נינהו ואוקי ממונא בחזקת מריה. אין דמיונם עולה יפה. דשאני הכא, שלדברי כולם לוקח זה — כדין ירד לכרם זה... אלא שהתנה לפי דבריו שאם יתן לו מעותיו תוך זמן פלוני שנתבטל המכירה. וכיון שהתחיק זה כדין לדברי כולם, אלא שזה טוען שיש לו להסתלק מחמת תנאי ומביא עדים, וזה טוען שאין מכירתו מתבטלת ומביא עדים — העמד הכרם בחזקת זה שהוא מוחזק בה עכשיו... ואע"פ שאין הקרקע נתפס ? — מ"מ נפקא מינה למי שירד ברשות הבעלים מעיקרא“.

נראה שלרשב"א שיטה חדשה לגמרי. הוא מסביר שתמיד כאשר יש תפוס בקרקע — אין זו הוכחה על בעלותו, כיון שקרקע אפשר לתפוס בקלות גם בלי רשות. משא"כ במטלטלין — שאי אפשר לתפוס אותם בקלות.

אבל: עצם מצב התפיסה הנוכחי — שזה בקרקע ובמטלטלין. ההבדל ביניהם הוא רק איך הגיע התפוס למצב הנוכחי. ולכן, אם רק עצם הירידה לנכס התבצעה, ברשות — או כבר עצם העובדה שהוא יושב בקרקע — שזה לתפוס במטלטלין. וע"כ גם בקרקעות כשהתפיסה הייתה ברשות — זה ממש כמו מטלטלין. מובן מאד לפי"ז למה חל רק על מטלטלין הכלל של אחווקי אינשי בגנבי לא מחוקינן. כי פירוש חזקה זו הוא — שמן הסתם הוא קבל רשות מהבעלים לקחת את החפץ. כי מטלטלין קשה לתפוס בניגוד לרצון הבעלים; ואם בכ"ז תפוס בהם — מסתמא הגיעו לידו ברשות. אבל, ודאי שאין עצם התפיסה מוכיחה על בעלותו של התופס. יתכן שהחפץ הוא לא שלו, רק התפיסה הייתה ברשות, כלומר הוא לא גנב. משא"כ בקרקעות, שאפשר לתפוס אותם בקלות — שם כאשר מוחזק — אין ראייה שנתפסו ברשות. אבל בקרקע שידוע שנתפסה ברשות — שם כבר אין חילוק בין קרקע למטלטלין, וגם בקרקע היא תשאר ברשות מוחזק.

משמע מהרשב"א — שגם במטלטלין שמוחזק בהם — אין הם גשוארים ביד המוחזק בגלל שיש לנו הוכחה וראיה לבעלותו, יש לנו רק הוכחה לכך שתפס ברשות.

ואולי זה בניגוד לרבנו יונה הנ"ל, שלדבריו גם מצב התפיסה שונה בקרקע ובמטלטלין. (ודאי שגם הרשב"א מודה שיש שינוי רשות במטלטלין כשתופס בהם אחר, משא"כ בקרקעות. אבל עכ"פ עצם התפיסה — שזה בשניהם. שינוי הרשות נובע רק מכך, שלהבריח קרקע אי אפשר, ואילו להבריח מטלטלין — אפשר, וע"כ היא ברשותו של זה שביכולתו להבריח. אבל עצם התפיסה — שזה בשניהם).

## ב

לפי"ז נוכל להסביר את התוס' ב"ב לב:.

שבגמ' שם מצינו מחלוקת כפולה בין רבה לרב יוסף, לגבי אדם שהוציא שטר מזויף על קרקע שמתחיק בה, או במלוה שמוציא שטר מזויף על לזה. המ"ק הלזה טענו שהשטר מזויף, ואכן בעל השטר הודה שהוא מזויף, אך טוען שהיה

לו שטר טוב ואבד, ויש לו מיגו על טענתו, כי יכול היה שלא להודות בויוף. לרבה — נאמן בעל השטר במיגו, ולרב יוסף — לא נאמן כי השטר מזויף. ופסק רב אידי בר אבין הלכתא כוותיה דרבה בארעא דהיכא דקיימא ארעא תיקום, וכוותיה דרב יוסף בזווי, דהיכא דקיימי זווי לוקמי.

ובתוס' ד"ה והלכתא, הקשו מכתובות כ. גבי בר שטיא דזבין נכסיה. אתו בי תרי אמרי כשהוא שוטה זבין, ואתו בי תרי ואמרי כשהוא חלים זבין. א"ר אשי — אוקי תרי להדי תרי ואוקי ארעא בחזקת בר שטיא, ולמה לא נעמיד בחזקת המוחזק?

ואומרים תוס': ,,התם הוה תרי ותרי כמאן דליתנהו דמי, ואוקמינן ארעא בחזקת מ"ק. אבל הכא דמספקא לן דינא כמאן, התם לא שייך כולי האי למימר אוקמא אחזקת מ"ק ונוציא מיד המוחזק. אח"כ דוחה תוס' שזה דוחק וכו'. וק' להבין לכאורה מה החילוק? למה לא שייך גם בספיקא דדינא להעמיד בחזקת מ"ק? אח"כ מסיק תוס', ,,ונראה לר"י דהיינו טעמא דהלכתא כרבה בארעא וכרב יוסף בזווי — משום דאמרינן מיגו לאוקמי ממזבא, ואית לן לוקמי ארעא בחזקת מרה דקיימא השתא"...

לפי הרשב"א הנ"ל אפשר להסביר את הפשט הראשון בתוס' מדוע בספיקא דדינא לא נעמיד בחזקת מ"ק. שכאשר יש ספיקא דדינא — אז עכ"פ לפי אחד הפוסקים שאומר שהמחזיק צודק — התפיסה של המחזיק היא תפיסה ברשות. וע"כ, כאשר מתעורר ספק בספיקא דדינא — אנחנו הולכים אחר המוחזק אפילו בקרקעות, כי התפיסה נעשית תפיסה ברשות. וכאשר יש תפיסה ברשות — אז אין כבר ג"מ בין קרקעות למטלטלין!

משא"כ בבר שטיא, ששם יתכן שברגע המכירה הוא היה שוטה, וא"כ לא היתה כאן כלל רשות.

ואולי זו גם כונת התוס' בחילוק שלהם, שאומרים שבספיקא דדינא לא שייך כולי האי להעמיד בחזקת מ"ק — אולי בגלל שזו תפיסה ברשות. אבל בפשטות לשונם אין זה משמע.

והעיר על דבר זה הרב הגאון ר' שלמה זלמן מן-ההר שליט"א, וז"ל: ,,לא הבנתי כלל מה ההבדל על פי סברא זו בין מיגו זה שחולקים בו אמוראים והוי ספקא דדינא לבין ספק תרי ותרי גבי בר שטיא. שהרי גם במיגו זה אין אנו יכולים להחליט אם זה סביר להגית (על פי המיגו שלו) שהיה לו שטר כשר והיינו שהחזיק אותו כדין, או לא היה לו שטר כשר והוא שקרן והלה לא החזיק אותו, ונמצא שאנו מסופקים אם החזיק אותו אם לא, וזה ממש כמו בבר שטיא. עכ"ל. אך אפ"ל, שרואים עכ"פ בתוס' שהם לא שואלים על עצם העובדה מדוע כאן בדף לב: בב"ב יש מחלוקת בין רבה לרב יוסף, ואילו בבר שטיא — אין מחלוקת. זה לא היה קשה להם כלל. קושייתם היא רק מדוע סו"ס אצלנו מעמידים בחזקת המוחזק, ואילו בבר שטיא — בחזקת מ"ק. וע"ז תרצו, ששם זה תרי ותרי, ואצלנו — זה ספיקא דדינא. וחילוק זה מוסבר כמדומני היטב עפ"י הרשב"א הנ"ל.

לגבי התירוץ השני של תוס'; בש"ש ד' פרק כ"ד הביא קושית מתרי"ן לב ס"י י"ד מדוע בקרקע אין זה נקרא מיגו להוציא, הלא היינו צריכים לאוקמי

בחזקת מרא קמא, ולמה אנחנו משאירים ביד המוחזק הנוכחי, הלא הוא מוציא מחזקת מ"ק? ומתרץ עפ"י היסוד המובא גם בקצוה"ה סי' ר"פ ס"ק ב', שאנחנו ממשיכים מצב כאשר אין לפנינו עכשיו בירור אחר. אבל כשיש בירור עכשיו גלך אחריו. ע"כ בכל חזקת ממון — הבירור הוא עכשיו, עכשיו מחזיקים בממון. ולכן מיגו נגד חזקת ממון — נקרא מיגו להוציא. וע"כ גם לא מועיל רוב נגד חזקת ממון. משא"כ כאשר יש חזקת מ"ק, שזה לא בירור עכשיו אלא המשך מצב קודם — מועיל נגדה מיגו וגם רוב יועיל נגדה. וע"כ כאן משאירים את הקרקע ביד זה שיש לו מיגו ואין זה מיגו להוציא. עכת"ד. צריך להוסיף שעל בעל המיגו גם להחזיק עכשיו בקרקע, כמו שאומרת כאן הגמ' היכא דקיימא ארעא תיקום.

אחר כל זה, עדין קשה להבין את עצם העקרון, מדוע בקרקע אין זה נקרא מוחזק כמו במטלטלין. סו"ס במציאות של בית למשל, האדם המחזיק בו תפוס בו ממש כמו במטלטלין, שזה ממש תחת ידו, ולא נותן לאף אחד להכנס וכו'. וא"כ למה בקרקע זה לא נחשב חזקה דהשתא כמו במטלטלין?

עוד רואים מהש"ש, שהמהרי"ן לב הבין, שחזקת מ"ק היא בירור מוחלט ונחשב למוחזק. וע"כ הבין שמיגו נגד מ"ק הוא מיגו להוציא. והש"ש מסיק בדעת תוס', שמ"ק זה לא בירור כמו מוחזק, אלא המשך מצב קודם — מספק, וע"כ מיגו או רוב נגד מ"ק מועיל.

ומסתבר לפי"ז, שבפעם אין חילוק בין מטלטלין לבין קרקע בחזקת מ"ק, ובשניהם דמ"ק הוא לא בירור, אלא המשך מצב. רק שבמטלטלין כאשר אחד מחזק — אז נוצרת הוכחה מול המיגו, אבל בקרקעות לא נוצרת הוכחה כזו. ובאמת הדבר מפורש במש"מ טו"ט ט"ו ה"ל ט', שכתב:

„הא דקיי"ל שבכל ספק שיש בקרקע אמרינן אוקי ארעא בחזקת מריה קמא, ובמטלטלין קיי"ל דמוקמינן לה ביד מי שמוחזק בהם?״

נראה, דבמטלטלין נמי, אם הם מונחים ביד שלישי, שאין שום אחד מהם מוחזק, מוקמינן להו בחזקת מ"ק. ולפיכך, מי שהקנה לחבירו חפץ אחד על תנאי שיעשה כד וכך, והגיתו החפץ ביד שלישי עד שיקיים התנאי, ונפל ספק אי הוי אסמכתא ולא קנה המקבל או לא, נראה דמוקמינן החפץ בחזקת מ"ק דומיא דקרקע. דאין חילוק בין קרקע למטלטלין אלא היכא דמוחזק בהם הווכה, דבקרקע לא כהני חזקתו, דלא שייך תפיסה בקרקע, והוי כאילו שניהם אינם מוחזקין, ואמרינן אוקי ארעא בחזקת מ"ק, ובמטלטלין דשייך בהו תפיסה — מוקמינן להו ביד התופס. אבל אם אין שום אחד מהם תפוס, מוקמינן להו בחזקת מ"ק דומיא דקרקע. וכ"כ הרמ"ה הביא הריב"ה דבריו בה"מ עלה דהה"א דשני שכרות היוצאים ביום אחד... אח"כ מביא שהדבר תלוי במחלוקת, שלרמב"ם והרי"ף שפסקו בתחילת המפקיד יחלוקו בבעיות שעלו שם בתיקו האם הקנה את הפרה או לא, אע"פ שישם אין מוחזק, וא"כ היה צריך לאוקמי בחזקת מ"ק את הפרה והכפל. וכן תמה שם הרא"ש על הרי"ף (בהמפקיד ה"ל ב'). וא"כ הדבר תלוי במחלוקת, האם במטלטלין כשלא מוחזק אף אחד, נעמד בחזקת מ"ק או לא.

קשה על המשל"מ, למה לא יוכיח את הדין שלו בפשטות מדין מחליף פרה בחמור ב"מ ק. שהגמ' שואלת שנעמיד בחזקת מ"ק במקרה שהפדה באגם. א"כ רואים שבמטלטלין שאף אחד לא מוחזק, מוקמינן בחזקת מ"ק? הגמ' מתרצת שם, הא מני סומכוס שאמר יחלוקו. אבל עכ"פ לרבנן רואים שבמקרה כזה שאף אחד לא מוחזק, מעמידים בחזקת מ"ק?

ואפ"ל, ששם — בלי טענותיהם יש ספק לב"ד, וע"כ שם לסומכוס יחלוקו. כי שם ב"ד עצמו מסופק האם התערערה חזקת המ"ק או לא. כשא"כ כאן — שהספק נובע מטענותיהם — גם סומכוס יודה, כדברי התוס' ב"ק לה ע"ב.

אך בעצם, דברי המשל"מ מפורשים ברא"ש ב"מ סרק ראשון הל' ל"ב, לגבי הבעיא של זרק ארנקי בפתח זה ויצא בפתח אחר, והפקירו או נתנו במתנה, שיש ספק אם זכה בעל הבית שהחפץ עבר דרכו, כי אולי אויר שאין סופו לנוח לאו כמזנה. ולא נפשט הספק, וכי שם הרא"ש שאוקי בחזקת מ"ק. הרא"ש כאן הוא לשיטתו בפרק המפקיד שם, שגם במטלטלין כאשר אין מוחזק — מוקמינן בחזקת מ"ק. לפי"ז יצא שהרמב"ם שחולק שם יחלוק גם במקרה זה, ואכמ"ל. יוצא, שגם במטלטלין וגם בקרקעות יש ללכת אחרי מ"ק כאשר אין מוחזק, (עכ"פ לרא"ש) אבל כאשר יש מוחזק — במטלטלין הוא מכריע נגד מ"ק ובקרקעות — לא.

בסיכום ההבדל בין מטלטלין לקרקעות לגבי מוחזק, אנחנו רואים בראשונים הג"ל:

לרבנן יונה ולמהרי"ט — חזקה מה שתי' האדם שלו — נובעת: (א) מהדין של אחזקי אינשי בגנבי לא מחזקינן, וע"כ אנחנו תולים שהגיעו לידו בדרך נכונה ולא בגניבה. (ב) מעצם העובדה שהשתנתה הרשות (ויבואר לקמן אי"ה). לעומת זה בקרקעות — לא אומרים אחזקי אינשי בגנבי לא מחזקינן, וגם אין בהם שינוי רשות.

לפי הרשב"ם, הריטב"א ועוד ראשונים, וכן לחידושי הרי"מ הג"ל — בעצם מטלטלין וקרקעות שוים, אלא שבקרקעות יש ריעותא של אחוי שטרך, וע"כ נוציא מהמוחזק, משא"כ במטלטלין, ברשב"א — רואים ג"כ שעצם התפיסה בקרקע ובמטלטלין — שזה, אלא שבקרקעות כאפשר לרדת אליהם בקלות — אמרינן שלא תפס ברשות, ואילו במטלטלין — תולים שתפס ברשות.

באחרונים אנחנו רואים, שנקטו בעיקר כמו הנימוק השני של רבנו יונה, שבקרקע אין תפוס וע"כ מעמידים בחזקת מ"ק, ואילו במטלטלין שיש תפוס — מעמידים בחזקה דהשתא. וע"כ גם במטלטלין, במקרה שאין חזקה דהשתא — נלך אחרי חזקת מ"ק.

ועדין קשה להבין לפי כו"ע מדוע אין תפיסה בקרקעות.

וכן ק' מדוע אמרינן לפי ר' יונה דוקא במטלטלין אחזקי אינשי בגנבי לא מחזקינן ובקרקע לא אמרינן הכי; שדבר זה מובן אמנם יותר לפי הרשב"א הג"ל, אך לפי אחרים — לא.

ונדון קודם על מקורה של חזקת מטלטלין: „מה שתחת יד האדם הוא שלו“.

ברבנו יונת הנ"ל רואים, שקושר את החזקה הזאת עם חזקה של „אחוזקי אינשי בגנבי לא מחזקינן“.

והנה, מקור חזקה זו הוא במסכת שבועות מו: הגמ' אומרת שם, שאם נכנס לבית תבירו ויוצא כשכלים תחת כנפיו — ובעה"ב מאשים אותו בגניבה, אינו נאמן, „לאחוזקי אינשי בגנבי — לא מחזקינן“.

התומים בסי' קל"ג ס"ק ה' אומר שהסברא שאחוזקי אינשי בגנבי לא מחזקינן — אינה חזקת כשרות של האדם. שהלא כאשר בעה"ב לא מאשים בגניבה, אלא אימר שהכלים שאולים — והמחזיק טוען לקוחים בידי — נאמן בעה"ב. אע"פ שאם אדם מכחש בפקדון הוא ג"כ גנב, בכ"ז חושדים אנחנו באמת שגנב; ולמה, הלא יש לו חזקת כשרות? — אלא סימן שהסברא היא שאדם כתירא לגנוב ימא יחכס. וע"כ לא נאמן בעה"ב להאשים את האדם במעשה גניבה, שנכנס לביתו וגנב. רק נאמן להאשים אותו בכפירה בפקדון, שאת זה כבר הנפקד מעיו לעשות.

לפי"ו נוכל כבר להבין, שבקרקעות — לא שייך לומר זאת. כי האדם לא מעיו להשתלט על חפץ ולהוציא אותו מבית הבעלים. אבל לעבד קרקע, או אפילו לגור בבית, שאין הוא עושה בזה מעשה גניבה של הוצאה מרשות — הוא מעיו לעשות.

ולכן אומר רבנו יונה — שבמטלטלין נאמן מדין אחוזקי בגנבי לא מחזקינן, אבל בקרקע אין חזקה זו. ומובנים היטב דברי המהרי"ט דלעיל. דרך אגב יש לחקור מה בדיוק אין האדם מעיו. האם איננו מעיו דוקא להכנס לבית חבירו ולקחת, או שאינו מעיו לקחת גם חפץ של חבירו שנמצא ברשות שאינה של חבירו.

וי"ל שהדבר תלוי במחלוקת.

בגודרות כתב הרמב"ם בהל' טו"ט י' א': „...כיצד, הביא התובע עדים שהבהמה הזאת ידועה לו, וזה התופס טעון אתה נתתה לי אתה מכרתה לי — אינו נאמן. שאין היותה תחת ידו ראייה, שהרי היא הלכה מעצמה ונכנסה ברשותו“ (וכ"כ רש"י גיטין כ:).

בשו"ע חו"מ קל"ח א' — „אע"פ שהמחזיק בדבר המיטלטל נאמן לומר שהוא שלו — על בהמה וחיה אינו נאמן. דכיון שהיא מהלכת, יש לחוש שמא מעצמה נכנסה ברשותו, או שמא לקחה בדרך והחזיק בה“ (וכ"כ רש"י כתובות פד: ורשב"ם ב"ב לו).

ויתכן שיש ביניהם מחלוקת בגדר אחוזקי אינשי בגנבי לא מחזקינן. להרמב"ם — אין חשד שיכניס לרשותו כי לא מעיו, והחשד הוא שנכנסה לבר. להשו"ע — חושדים שעשה מעשה גניבה, כשיכול לעשותו בקלות. נ"מ ביניהם — כאשר יראו עדים את המחזיק לוקח סרה ברה"ר ומכניסה לרשותו. להרמב"ם — אחוזקי בגנבי לא מחזקינן ותהיה שלו, כי אינו חשוד לעשות מעשה.

אבל במקרים של מטלטלין שאינם גודרות — שם ההשתלטות של אדם על החפץ היא מוחלטת כאשר אין לנו ספק אוביקטיבי איך הגיע החפץ לידו. ושם ההשתלטות עושה קנין מוחלט.

ד

וחנה, יש לחקור, האם חוקה מה שתחת יד האדם שלו סירוטה הוכחה שזה שלו, או שזה המשך מצב בלבד.

יש מחלוקת סומכוס ורבנן במקומות בהם יש ספק לב"ד בלי טענותיהם, כגון במחליף פרה בחמור, לסומכוס — יחלוקו. לרבנן — המוציא מחבירו עליו הראיה. (כמובן שלרבנן אין המוחזק כאן הוכחה מוחלטת, כי עדיין יש ספק לב"ד).

אבל במקום שהספק נובע מטענותיהם, כתבו תוס' ב"ק דף לה: שגם סומכוס מודה שהממע"ה.

והתו"ח ב"ק מו. ד"ה מנין, הרחיק לכת עוד יותר, ואמר שכל מה שהגמ' מחפשת מקור להממע"ה — זה רק כאשר יש ספק לב"ד בלא טענותיהם. אבל כאשר הספק נובע מטענותיהם — פשוט שהממע"ה, ואין צורך כלל לחפש מקור על זה.

ועפ"י תרץ הרב צבי טאו שליט"א את התוס' והרא"ש. תוס' ב"ב לד: ד"ה החוא ארבא, הקשו מדוע בארבא פוסקים כדא"ג, ובשנים אוחזין — יחלוקו. ומפרש ר"ת, דאוחזין שאני, דכיון דשניהם מוחזקים, אין לנו להניח שיגזול האחד לחבירו, דחשיב כאילו אנו יודעין שיש לשניהן חלק בה. שכל דבר יש להעמיד בחזקת מי שהוא בידו, כדאמרינן גבי נפסא דרבי אבא דאע"ג דאמר ידי חספי, חשבינן ליה גולן וחייב לשלם, כאילו הוא ברור שהיתה הנסכא של אותו שהיה מוחזק בה. וכ"כ הרא"ש ב"מ פ"ק הל' א' והביא ראיה מנסכא דר"א. (התוס' בריש ב"מ כתבו סתם דין זה בלי להוכיח מנסכא דר"א). לכאורה קשה, למה לתוס' להוכיח את הדין מנסכא דר"א, הלא הגמ' אומרת תמיד שהממע"ה? — ולהגמ' פשוט, שתוס' התכוון להוכיח על מקרה שהספק נובע מטענותיהם, בשנים אוחזין ובארבא, וזה דומה לנסכא דר"א. משא"כ בהממע"ה של מחליף פרה בחמור, שם הממע"ה זה רק מספק.

וצריך להוסיף, שבאמת במקום שהספק נובע מטענותיהם בלבד — שם המוחזק פועל מדין אחזקי אינשי בגנבי לא מחזקינן, וכמו שכתב רבינו יונה הנ"ל. וע"כ זו הוכחה יותר מוחלטת על בעלות של מוחזק. וע"כ בנסכא דר"א למשל, שלא היה ספק קודם על החפץ, וברור שהיה של הנגזל ורק כתוצאה מהטענות התעורר ספק — שם אמרינן אחזקי בגנבי לא מחזקינן. ומצאתי בנתיחת"מ קל"ז ס"ק ב' (מובא לקמן בהרחבה) שאומר במפורש שדין אחזקי אינשי כגנבי לא מחזקינן — הוא דוקא במקום שהספק מתעורר ע"י טענותיהם.

לפי"ז נוכל לפשוט ספק של הגרנ"ט בריש ב"מ שם, שהסתפק האם כונה תוס' לומר שבשנים אוחזין הטלית היא של שניהם מדין דאי או מדין ספק. ונ"מ כאשר יהיו שנים אוחזים ויש מרא קמא, למשל כאשר יש מוכר וקונה ושניהם מוחזקים בטלית. שאם נאמר שמוחזק זה שלו מדין ספק — או נעמיד בחזקת מ"ק. אבל אם זה שלו מדין דאי — או יחלוקו אע"פ שיש מ"ק מולו.

לסיכום נקודה זו רואים:

א) כאשר בלי טענותיהם יש ספק לב"ד, או יש מחלוקת סומכוס ורבנן אם

יחלוקו או הממע"ה. ואז ודאי שהממע"ה פירושו רק המשך מצב, ולא הוכחה לבעלות. והמשך מצב — אינו הוכחה.

(ב) כאשר הספק נובע מטענותיהם, אז גם סומכוס מודה שהממע"ה. ואז — המוחזק הוא יותר הוכחה, כי כאן נובע הבירור מדין אחוזקי אינשי בגנבי לא מחזקינן.

כלומר המוחזק — תמיד נשאר מוחזק בחפץ, בין במקום שהספק נובע מטענותיהם, בין במקום שיש ספק לב"ד בלי טענותיהם. אבל דין אחוזקי אינשי בגנבי לא מחזקינן, כלומר שאנחנו תולים שהגיע לידו ביטרוח — זה רק במקום שהספק נובע מטענותיהם. (ומאירים יותר דברי רבינו יונה הנ"ל שנוקט שני נימוקיו אלה בב"ב כדי להבדיל בין קרקע למטלטלין).

אלא שבאחוזקי אינשי בגנבי לא מחזקינן עצמו (שאמנם מהוה הוכחה יותר ודאית מאשר בסתם מוחזק), יש לחקור האם זו חוקה ודאית או מסופקת. לרבינו יונה משמע שזו חוקה מוחלטת, ומהוה ראייה לבעלות. לרשב"א — זו רק ראייה שתפס ברשות, אך לא ראייה לבעלות. לרשב"ם — בפשטות משמע שזה כעין תקנת השוק כזאת שחוקה מה שתי האדם יהיה שלו, אך לא ראייה לבעלות.

ויתכן שיש בנקודה זו מחלוקת בין הרמב"ם לשו"ע, שהרמב"ם כתב בטו"ט ח' א' — כל המטלטלין בחזקת זה שהן תחת ידו. ובשו"ע חו"מ קל"ג א' כתב כל דבר המטלטל שהוא ביד האדם — בחזקת שהוא שלו. שלהרמב"ם — זו לא הוכחה על הבעלות, אלא רק בחזקתו, ולהשו"ע — ראייה לבעלות. (אך בספר מחנה חיים ח"ג סי' כ"ב (מובא בספר „החזקה במשפט העברי" לר' זרח ורהפטיג שליט"א) כ' שלרמב"ם חוקה מה שתח"י הדם שלו — זו בעלות, וע"כ בהל' גזילה ג' ט"ז כתב שהחוטף שטוען דידי חטפתי — פסול לעדות מדין גזלן, ואילו הראב"ד שם אינו פוסלו לעדות מכיון שאמר שחטף את שלו, וסובר שזו תפיסה בלבד ולא בעלות. אך מהרמב"ם הנ"ל משמע קצת לא כך.

יש להעיר בדרך אגב, שרואים שלרבינו יונה — אין גם צורך בטענה, וזו ראייה לנתינת שפסק בסי' קל"ג ס"ק א' — שגם קטן שמחזיק במטלטלין שאין עשויין להשאיל ולהשכיר — חזקתו חזקה. (אמנם לפי מה שמוסיף שם שבקטן אולי ג"כ צריך טענה ואנן טענינן — אין זה כר' יונה זה). דברי ר' יונה הם בניגוד לקצוה"ח שם שפסק שבקטן אין חזקת מטלטלין כי אינו בן טענה).

## ה

עד כאן פרטנו את ההבדל בין קרקע למטלטלין במצב של ספק שנובע מטענותיהם, שאז במטלטלין עצמם — לכו"ע הממע"ה, ומוחזק הוא מדין אחוזקי אינשי בגנבי לא מחזקינן, והחילוקים בין קרקע למטלטלין — הם כנ"ל בדברי רבינו יונה, הרשב"א וכו'. (אות א' לעיל). כלומר יש הבדל בין קרקע למטלטלין בדרך בה תפס את הנכס.

עלינו לברר עוד את ההבדל הראשון בין קרקע למטלטלין, כפי שאומר

רבנו יונה (לעיל א' א'): „התם לפי שכבר יצאו מרשות הראשון, שוגרי זה תפס בהם“, כלומר שיש הבדל גם כמצב הנוכחי של התפיסה וצריך להבין מה הוא ההבדל, סו"ס גם כאן וגם כאן הוא מוחוק.

ועוד. עד כאן דובר על מטלטלין שהספק בהם נבע מהטענות.

יש לדון מה יהיה ההבדל בין קרקע למטלטלין במקום שהספק לא נובע מהטענות, שאז יש מחלוקת סומכוס וחכמים, ואז אין כלל של אחזקי אינשי בגבאי לא מחזקינן? ומפורש בתוספות שגם במקרה כזה יש הבדל בין מטלטלין לקרקעות.

כגון — במקרה של בר שטיא, כתובות כ. שהיו תרי נגד תרי האם היה בר שטיא בריא ברגע המכירה, או שהיה שוטה. ופסקו סם — להעמיד בחזקת כ"ק. וכתבו חוס' ד"ה אוקי שדוקא בקרקעות מעמידים בחזקת מ"ק, אבל במטלטלין אמרינן דהו בחזקת המוחזק, כדאמר בב"מ ק. גבי המחליף פרה בחמור וילדה, ולא ידוע למי שייד העובר האם גולד כבר ברשות הקונה או ברשות כוכר, ואכזה הגמ' וליחוי ברשות דמאן קיימא וליחוי אידך המוציא מחבירו עליו הראיה. ומשני — דקיימא באגם. מה יהיה שם החילוק בין קרקע למטלטלין? וכי שם יש הוכחה של תפיסה ברשות יותר במטלטלין (כהרשב"א), או שכאן נכנס ביתר קלות וע"כ זו הוכחה פחותה (מהרי"ט), או יש כאן ריעותא של אחי שטרך (ריטב"א)? הלא כאן ברור איך הגיע לידו, והשאלה היא רק אם היה שוטה או בריא!

אמנם יתכן שהראשונים יחלקו על תוס' ולא יהיה חילוק בין קרקע למטלטלין, אך לא מצאתי בינתים כן, ועכ"פ את תוס' עצמו יש להבין. (יש גם לדון בתוס' עצמו למה להם להוכיח ממחליף, יוכיחו מכל הש"ס שנא' המוציא מחבירו עליו חזקתה? ואולי רצו להביא דוקא ממקום שבלי טענותיהם יש ג"כ ספק לב"ד, כמו במחליף, וכן תרי ותרי של בר שטיא יהיה נחשב שבלי טענותיהם יש ספק לב"ד) וע"כ יש לברר איזה כת תפיסה יש במטלטלין יותר מקרקעות.

מקור הדין שקרקע בחזקת בעליה עומדת הוא בב"ק קיז: לגבי גזל שדה מחבירו ושטפה גהר. לפי ר"א — חייב להעמיד לו שדה אחרת. לרבנן אמר לו הרי שלך לפניך. מחלוקתם נובעת מפסוקים, האם דורשים ריבוי ומיעוט או כלל ופרט. עיי"ש. רש"י בסוכה ל: ד"ה וקרקע אינה נגזלת כתב וז"ל: „כלומר, אינה קנויה לגזלן בשום יאוש, דלעולם בחזקת בעליה היא, דמקראי נפקא לן בהגזל... אבל משנתלש הפרי — הוי גזל, והתולשו הוא גזל...“ וכ"כ רש"י שם לא. „...וכל הימים פרשות בעליה היא — הויא לה שאולה“ וברש"י ב"ק צה. ד"ה בעבדים — „וקרקע הדרא בעינא, ואינה נגזלת לקנות לגזלן בשינוי ולהיות ברשותו“.

וברמב"ם גזילה ח' פי"ד — וכן הקרקע אינה נקנית לגזלן אלא ברשות בעליה עומדת. ועוד.

רואים, שכל קרקע יש לה דין של נכסים העשויים להשאיל ולהשכיר. המקור לכך — גזירת הכתוב. נוכל לומר לפי"ז שיסוד הדין שבקרקע אולינן בתר מ"ק — הוא מגזיח"כ (ע"י קונט"ס שדן בדבר), ולא סתם הדין הכללי של

המטן כיצב קודם, אלא גילוי מיוחד לגבי קרקע שנשארת מזוהקת ביד הראשון ולא ביד המוחזק. אמנם בתוספות ב"מ סא. ד"ה אלא — כתבו: „דהא דקרקע אינה גזולת — אינו מן המקרא, אלא משום שאי אפשר להזיזה ממקומה...” (ועיי"ש במהרש"א ובפ"י).

יש מקום להסביר גם לפי תוס' וגם לפי רש"י שינוי דעות של חסן נוצר ע"י השתלמות על החפץ. ונדר ההשתלמות הוא שלטון כזהלכ עליו, אפשרות בלתי מוגבלת לעשות בו כל מה שרוצה בלי הגבלה, כולל הפריחתו או השמדתו וכו'. אלא שיש מחלוקת רש"י ותוס' מנין לנו שזה הגדר של שינוי דעות. לרש"י — זה מגזירה, ולתוס' — בעד הכבדא. חזקה מה שתחת יד האדם שלו — זה צריך להיות רק כאשר זה ממש תחת ידו. משא"כ בקרקע, שבה אף פעם אין מצב כזה, כי תמיד יתכנו רק שימושים בקרקע אבל ההשתלמות עליה היא מוגבלת. „אי אפשר להזיזה ממקומה”. גם מה שרש"י אומר גזירה"כ — פירושו שהתורה מגדירה מהו גדר השלטון שצריך להיות על חפץ כדי שיהיה שינוי דעות. והגדר הוא — כמו שלטון על מטלטלין, (רק לר"א — גדר השלטון הוא שימושים וע"כ גם בקרקע יש גזול). משא"כ בקרקע — שבה יתכן רק תמיד שלטון הסכמי „ביתו ברשותו”, וע"כ צריך שטר, או חזקה ג' ש' שעומדת במקום שטר, וכד', משא"כ במטלטלין. כלומר, במטלטלין הקנינים הם מציאותיים, למחזיק יש שלטון בחפץ. בקרקעות הקנינים תמיד הסכמיים, כי אין השתלמות מחלטת, וע"כ תמיד הקנין הוא שטר וכד', ושינוי הרשות הוא ג"כ רק כאשר יש שטרות או הוכחה על שטרות וכד' ;

לפי"ז מובן כבר יותר הר' יונה הנ"ל (באות א'), שאומר שבמטלטלין יצא מרשותו משא"כ בקרקע. כי בקרקע אין השתלמות של המחזיק, מגזירה"כ לרש"י, או מסברא כתוס'. משא"כ במטלטלין — ששם יש השתלמות — אנחנו משאירים ביד המוחזק אע"פ שאין לו טענה. כלומר כאשר יש לנו ספק — או במטלטלין (אפילו כאשר הספק בלי טענותיהם לרבנו) גלך אחרי המוחזק כי הוא השולט, והשלטון הוא מין קנין. משא"כ בקרקע — שהשלטון עליה אינו שלטון — גלך אחרי המ"ק. (עי' רעק"א סוכה לא. שהקשה מעבדים שכשגזול אותם — הם יוצאים מרשותו של המ"ק ובכ"ז אין בהם דין גזל. ואולי אפ"ל שגם בעבדים אין שלטון מחלט עליהם כי הם בני דעת אבל זה צריך עיון).

וע"כ מובן מאד גם בבר שטיא, שאע"פ שלא שייכות הסברות הנ"ל של אחזקי אינשי בגנבי לא מחזקינן — אזלינן בתר מוחזק. ואולי מה שמביא רבינו יונה גם דין אחזקי אינשי — זה כדי שהמוחזקות תהיה ודאי ולא ספק.

## 1

עד כאן דובר על מטלטלין וקרקעות באופן נפרד. שבמטלטלין יש סברות לומר שיש דין מוחזק, משא"כ בקרקעות, כנ"ל.

יש לדון מה יהיה בפירות מחוברים לקרקע, ואדם תולש אותם בפנינו. מצד אחד — זה מטלטלין, אבל מצד שני יש לדון בזה מדיון קרקע, הן מבחינת הדין של קרקע בחזקה בעליה עומדת, והן מבחינת זן, שלקרקע אפשר

להכנס בקלות ולחלוש את הפירות, וא"כ אין דין אחוזקי אינשי בגנבי לא מחזקינן. ויש בזה סוגיא ערוכה.

בדף לג: במוחזק בקרקע שטוען שאכל אותה ג' ש', והביא עדים על שנתיים. אמר רב נהמן — הדרא ארעא והדרי פירי. א"ר זכיד, אם טען ואמר לפירות ירדתי — נאמן, לאו מי אמר רב יהודה, האי מאן דנקיט וכו' — ה"נ לא חציף אינשי למיכל פירי דלאו דיליה.

ובתוס' ד"ה ואי טעין: ... ,,וא"ת מאי איריא משום דלא חציף, תיפול משום דתפיס, מידי דהוי אמטלטלין שאין עשויין להשאיל ולהשכיר דאי אמר לקוחין הן בידי — נאמן? וי"ל דאיצטריך טעמא דלא חציף אם לקטן והניח ברשות שאינן שלו, דלא תפיס בהן.

על דברי תוס' אלו מצינו שתי קושיות עיקריות:

(א) הב"ח בסי' קל"ו ס"ק א' הקשה מב"מ קי. שהגמ' אומרת שם לגבי שטר משכנתא דסורא שלא פורש בו מספר השנים. המלוה טוען לזכות על אכילה של ג' שנים, והלוה — ב'. כאשר כבר אכל המלוה פירות שנה שלישית יש מהלוקת. לרב יהודה — קרקע בחזקת בעליה קיימא, ומוציאים מהמלוה. לרב כהנא — פירות בחזקת אוכליהן קיימי. והלכתא כותיה דרב כהנא. ואע"פ שתמיד הלכה כר"ג שקרקע בחזקת בעליה, (כגון לגבי מרחץ בב"מ קב: שאם שכרו בשנים עשר זהובים לשנה מדינר זהב לתודש, ונתעברה השנה ולא ברור האם עליו לשלם את חודש העיבור — אפילו בא המשכיר בסוף החודש — שאז כבר השוכר מוחזק בשימוש של החודש הזה — בכ"ז מקבל המשכיר שכר חודש העיבור). — כאן מילתא דעבידא לאיגלווי היא, שיבואו עדי השטר ויעידו האם היתה הכונה לשנתיים או לשלש שנים, ואטרוחי ב"ד תרי זימני לא מטרחינן.

רואים מגמ' זו שתמיד כאשר יש דיון על פירות של קרקע עלינו להוציא את הפירות מיד מי שמחזיק בהם ולתת אותם לבעל הקרקע, חוץ מאשר במקום שהדבר עתיד להתברר, משום שקרקע בחזקת בעליה. וא"כ קשה מדוע אצלנו נאמן הקוטף את הפירות ולא אולינן בחר חזקת קרקע? אלא — לכן אומרת הגמ' לא חציף, וע"כ נשארים הפירות בידו. משא"כ בב"מ — שם השטר מסייע למלוה כי נאמר שנים סתם — חציף וחציף. וע"כ אולינן בחר חזקת קרקע. ומסיק שבאמת ליתא לתוס', אלא צריך שממש יהיו הפירות תחת ידו, ואם יניח ברשות שאינה שלו — לא יזכה בפירות.

ומוכיח כן מדברי הטור שם שכתב: „...נאמן (הקוטף) כיון שהוא מחזק בהן. וכן מביא מהרמב"ם טו"ט ט'; וע"כ לא הביא הרא"ש את דברי התוס' הללו ודלא כהגהות אשרי.

(ב) הריצב"א המובא בתגהמ"י טו"ט ט' ה"ן — דוחה את דברי התוס' ואומר שבמקום שידוע לנו שהמחזיק לקח את החפץ מרשות בעליו בלי ידיעת הבעלים — אינו נאמן לטעון לקוח הוא בידי. רק אצלנו — כיון שהוא מוחזק ויש כלל של לא חציף — נאמן.

כדברי הריצב"א כתב גם הנתיחה"מ קל"ו ס"ק א' עפ"י הרי"ף והרא"ש בפ' כל הנשבעין, שכתב שם הרי"ף בשער העשירי, שאם ראוהו שנוטל חפצים מרשות

חברו שלא בפניו — אינו נאמן לומר לקוחין הן בידי, בין הטמין תחת כנפיו בין לא הטמין, בין בבעה"ב שעשוי למכור כליו בין לא עשוי. וכותב בין שאר ההוכחות: „מדאיצטריכנין לגילוי טעמא משום דלא חציף וכו', ש"מ דבמדי אחרינא דלית ביה האי טעמא — לא מהימן". רואים שלפי הרי"ף כאן — לא מיותרת סברת לא חציף אפילו במוחזק, כלומר סברת לא חציף כאן נחוצה כי בדרך כלל כאשר יוצא מבית בעה"ב עם כלים תחת כנפיו — לא נאמן אע"פ שמוחזק בפניו. כאן — נאמן, משום לא חציף. א"כ זה מפורש לא כתוס'.

הנתיחה"מ שם מישב את תוס' בשני אופנים. א) אצלנו לא נזכר בגמ' האם בעל הפירות נמצא כאן או לא, ולא ידוע איך הגיעו הפירות לרשותו. וא"כ נאמן ככל מוחזק אחר. וע"כ מעמיד תוס' שסברת לא חציף נחוצה רק למקרה שפירות לא ברשותו. ב) עפ"י האו"ת סי' צ' ס"ק מ', האומר שאדם לא נאמן כשלוקח חפץ חבירו בלי ידיעתו אפילו כשטוען שמכרו לו את החפץ, כי אפילו היה כדבריו — סו"ס נכנס לרשות חבירו בלי ידיעתו, וכניסת איסור זאת עושה אותו לגנב. משא"כ כשקונה את פירות כל השדה, וכ"ש בחצר שאינה משתמרת — כאן אין ריעותא בעצם הכניסה, וע"כ עצם חזקתו בפירות כשהם ברשותו — זה מספיק. ובציור כזה דוקא היה קשה לתוס' מדוע צריך סברת לא חציף, והעמידו כשהם ברשות שאינה שלו.

כלומר, חזקה מה שתחת יד האדם שלו — היא כאשר לא ידוע איך הגיע הדבר לרשותו. כשידוע — צריך לשפוט בהתאם לנסיבות. ורק כשאין ריעותא בדרך שהגיע אליו — אז יהיה נאמן. הרב י. ברקוביץ הי"ו אמר שבפרישה סי' קל"ז רואים לא כך, שכתב בדעת התוס' והטור שקוטף הפירות נאמן אפילו כשהביא את החפץ לביתו בדרך גניבה כגון בלילה וכד'. א"כ רואים שהוא לא מתחשב בדרך שהגיעו לרשותו. אך דחת, שכונת הפרישה ל"דרך גניבה" אך לא גניבה ממש, כמו שכתב שם במפורש. כלומר, הנתיבות עוסק במקרה שזה מוכיח על גניבה, והפרישה כותב שבמקרה שאין זו הוכחה מוחלטת על גניבה רק חשש גניבה — והוא מוחזק — זה מועיל לפי תוס'.

עד כאן ב' תירוצים על קושית הריצב"א ונתיה"מ.  
על קושית הב"ח הנ"ל (א), מצינו גם כמה תירוצים:  
בש"ך קל"ז ס"ק א' — „ול"ג לתרץ. א) דשאני התם, דשנין משמע שתיים.

ב) א"ג התם חציף, כיון שירד מתחילה ברשות בתורת משכונא". כלומר — יש סיבות מיוחדות מדוע בב"מ צריך ללכת בעצם אחרי חזקת הקרקעות, ואילו אצלנו — צריך להעמיד בחזקת קוטף הפירות.

התומים שם מקשה על תירוצו הראשון של הש"ך, שהגמ' עצמה מביאה במקור לכך שצריך ללכת לפי חזקת הקרקעות — את דברי רב נחמן לגבי חודש העיבור. לפי הש"ך היתה הגמ' צריכה לומר שהסגנון של השטר מסייע ללוח, ולא בגלל ר"ג ועוד, שהש"ך עצמו בסי' מ"ב כ' בשם הג"י שאין ללוח סיוע מהשטר כי רואים שהגיה למלוח לאכול את פירות השנה השלישית. על תירוצו השני של הש"ך הקשה התומים, שקושית הב"ח היתה על תוס' שהקשו למה צריך סברת לא חציף תיפור"ל שהוא מוחזק, וע"ז הקשה הב"ח שצריך סברת

לא חציף כדי שלא נלך אחרי חזקת בעל הקרקע כמו בב"מ. וע"כ תירץ הש"ך ששם המלוה חציף כי ירד ברשות, בתורת משכונא, וכאן לא חציף לקטוף פירות. וא"כ תירוצו הש"ך לא יתרץ את תוס', כי הם רצו להעמיד בחזקת הקוטף בלי הסברא של לא חציף, והש"ך מצרף כאן גם סברת לא חציף!

קשיא זו של התומים נראה לתרץ, שהש"ך כתב רק, "התם חציף כיון שירד מתחילה ברשות בתורת משכונא". כלומר, כונתו היא שיש ג' מצבים: א) אפשרות לתפוס בקלות, כמו בב"מ שהוא כבר אוכל שנתיים, ואז תפיסה זו אינה מוכיחה כלל בעלות. ב) תפיסה רגילה. כלומר יש אפשרות תפיסה אבל לא בקלות. זה תפוס רגיל, שצריך שיהיו הפירות בחזקתו. ג) כאשר קשה מאד לתפוס, שאז בודאי תפיסתו מועילה עד כדי כך שאפילו כשהפירות לא ברשותו — נאמן.

כלומר גם תוס' מודים בכך שכשהתפיסה נעשית בקלות יתירה — שאז אפילו תפוס ממש אין תפיסתו ראייה — (כגון במלוה), ואז נלך בטר חזקת קרקעות. וגם הש"ך מודה שבתפיסה רגילה אין צורך בהוכחה היובית שהוא צודק; רק כאשר התפיסה נעשית בקושי מיוחד, כגון כשלא חציף — זה מועיל עד כדי כך שאפילו שכרגע כבר לא מוחוק — הפירות בחזקתו.

התומים עצמו תרץ את קושית הב"ח על תוספות, שבב"מ הדיון הוא על גוף הקרקע לכמה זמן הוא מישכן אותה, וע"כ אמרינן קרקע בחזקת בעליה. בנד"ד — הדיון הוא על הפירות בלבד, וכמש"כ הרשב"ם שמדובר שמכר לו את הפירות עד עשר שנים (וכדברי הגמ' שטרא לפירי לא עבדי איגשי — שאין מטלטלין נקנים בשטר). וא"כ הדיון הוא כמו על שאר מטלטלין, ולא שייך לומר אוקי ארעא בחזקתיה.

הנתיב"מ קל"ו ס"ק ב', תרץ אחרת את קושית הב"ח. הוא אומר, שחזקה מה שתחת יד האדם שלו — זו הוכחה רק בתנאי שהמוחוק יטען טענה ודאית. אחרת — אין חזקתו ראייה על כלום, שהלא הוא עצמו טוען טענת ספק. וע"כ במקרה של חודש העיבור למשל, ששם טענתו מסופקת — לא נאמר שהתפיסה מוכיחה על בעלותו. גם למ"ד שהתפיסה מועילה במקרים אלו — זה רק משום שנולד ספק לב"ד בלא טענותיהם, וב"ד היה מסתפק אפילו אילו באו אליו מיד ברגע כתיבת השטר, אפילו עוד לפני שבאו הפירות לעולם. וע"כ שייך לומר שם קרקע בחזקת בעליה עומדת, כי התפיסה אינה הוכחה על בעלות. משא"כ כאשר יורד לשדה חברו בנד"ד, שהספק נולד עפ"י טענותיהם — כאן שייך לומר חזקה מה שתחת יד האדם — שלו. וע"כ כאן הקשו התוס' שפיר למה צריך סברת לא חציף.

ההבדל בין התומים לש"ך הוא, שלהתומים צריך תמיד לבדוק בכל בעיא של פירות וקרקע — האם דנים על הפירות, שאז יהיה לזה דין מטלטלין, או שהדיון הוא על קרקע לפירות, שאז דנים מכה קרקע. ואילו לנתיב"מ — תלוי תמיד האם יש ספק לב"ד בלי טענותיהם — שאז לא שייך לדון מדין חזקה מה שתחת יד האדם שלו, כי טענתו תמיד מסופקת. ואז דנים מכה קרקע בחזקת בעליה עומדת, ואין התפיסה הוכחה על בעלותו. וכשנובע הספק מטענותיהם — אז תועיל התפיסה מדין חזקה מה שתחת יד האדם שלו. נפ"מ ביניהם תהיה

למשל כאשר יהיו פירות שיחפור עליהם ספק לב"ד בלי טענותיהם. לנתיחה"מ — לא תועיל התפיסה, ולהתומים — תועיל (עי' בנתיחה"מ ס"ק א' עוד דברים בענין זה).

לסיכום ענין זה, מצינו מחלוקת תוס' נגד הרי"ף, הריצב"א והב"ח כאשר קטף פירות והניח ברשות שאינה שלו. לתוס' — מועיל, מדין לא חציף, ולהב"ח (וכן מוכח לדבריו בעוד ראשונים) — לא מועיל. ראית הב"ח — מכח הגמ' בב"מ ק'. הש"ך חרץ שני תירוצים על קושיית הב"ח, וכן תירצו קושיא זו התומים והנתיחה"מ. ראית הרי"ף והריצב"א היתה מנכנס לרשות הבירו ויוצא עם כלים, ותירץ הנתיחה"מ קושיא זו על תוס' ב"ד 2 אופנים.

הגר"ט בריש ב"מ הקשה על דברי התוס' הללו בדף לג.; שאמרו שאם הניח ברשות שאינה שלו — זה מועיל דוקא מדין לא חציף איניש למגזר פירי דלאו דיליה, אבל אחרת — לא מועיל. וקשה, למה לא נאמר שכיון שברגע מסוים היו המטלטלין תחת ידו — אז נעשו שלו מכח החזקה של כל מה שתחת יד האדם — שלו, וא"כ תמיד, גם במקום שאין סברא של לא חציף יהיו המטלטלין שלו כשהיו פעם תחת ידו. אלא סימן שתוקה מה שתי האדם שלו — זה דוקא אם זה ממש תחת ידו עכשיו.

וכבר הקדימו בזה בפסקי תוספות חזקה"ב על התוס' הנ"ל, בסי' קכ"ח וז"ל: „דברים שאין עשויין להשאיל ולהשכיר ואמר לקוח הוא בידי — אין נאמן כשאינן ברשותו“.

יש מקום לכאורה להקשות, איך מוכיחים מהתוס' הוזה דין כללי כזה, כאן תוס' מדברים במטלטלין הנובעים מקרקע, שיש על הקרקע חזקת מ"ק, אבל אולי במטלטלין סתם — לא יהיה דין כזה. ואמנם באמת אולי במטלטלים שלא נובעים מקרקעות יהיה הדבר תלוי במחלוקת:

ברמב"ם טו"ט ח' א' „כל המטלטלין בחזקת זה שהן תחת ידו. כיצד, בגד זה או כלי זה שבידך או שבתוך ביתך שלי הוא וכו' — והרי העדים שהן יודעין אותו מקודם ברשותי, והנתבע אומר לא כן, אלא אתה מכרתו לי וכו', ה"ו הנתבע נשבע היסת ונפטר.

בשו"ע קל"ג א' „כל דבר המטלטל שהוא ביד האדם — בחזקת שהוא שלי וכו', ולא נקט שהתובע טוען ברגע התביעה שבידך או שבתוך ביתך. משמע שלהרמב"ם צריך שברגע הדיון החפץ יהיה ממש בביתו — כהב"ח, ולהשו"ע אין צורך בזה. ואפי' אם נניח כהב"ח שבפירות צריך להיות ממש בתוך ביתו — זה דוקא שם שיש חזקת קרקעות. משא"כ במטלטלין סתם!

לענינו נוכל להסיק מכאן, שיש כמה סוגי תפיסות בפירות הנובעים מקרקע. א) כאשר אפשר לתפוס בקלות יתירה או התפיסה לא מהוה הוכחה כלל, למשל במלות שיורד ברשות (וע"כ בעצם צריך להוציא מידו אא"כ יש סיכויים שיוברר הדבר). ואז — ברור שקרקע בחזקת בעליה עומדת.

ב) כאשר אפשר לתפוס רק בקושי, כגון כשקוטף פירות ויש סברא של לא חציף, אז יש מחלוקת.

לתוס — עצם הקטיף מהוה הוכחה שזה שלו, וכאשר אפילו אין הפרי תחת ידו רק שהוא קטף — זה שלו.

לב"ח — צריך הוא להיות מוחזק, אחרת עומדת נגדו הקרקע שבחזקת בעלים עומדת. וכן לרי"ף ועוד — צריך להיות מוחזק, כי ה"לא חציף" לא מכריע לנו שזה ממש שלו אלא שאנחנו לא מוציאים מידו כל זמן שתפוס. ומה שצריך סברת לא חציף — משום שבדרך כלל כשמוציא מיד בעלים בלי ידיעתם — אנחנו מוציאים ממנו אפילו במקום שתפוס, משא"כ במקום שיש סברא של לא חציף.

ג) בתפיסה רגילה, עכ"פ כאשר לא ידוע איך הגיע לידו ולא ידוע האפשר לתפוס בקלות יתירה — או צריך להיות ממש תפוס בידו כדי שיטאר אצלו.

ד) לנתיה"מ חזקה מה שתח"י האדם שלו — היא רק בתנאי שטוען טענה ודאית, ואז תועיל תפיסתו גם מול הדין של קרקע בחזקת בעליה עומדת. אבל כאשר יש ספק לב"ד בלא טענותיהם — אז תמיד תיחשב טענתו למסופקת והתפיסה לא תהוה הוכחה על בעלות. גם למ"ד שתועיל תפיסה — זה רק מספק.

בפרי שאינו גובע מקרקע, אלא מטלטלין רגילים — פסקי תוס' וגרנ"ט הוכיחו מתוס' שג"כ צריך להיות ממש בביתו, אבל יתכן שזה עכ"פ מחלוקת, ואחרים יאמרו שבמטלטלין סתם מספיק שיראו שזה בידו אפי' זמן קצר.

לפי הג"ל מובנת הרבה יותר מחלוקת התוס' והב"ח ועוד. שבמטלטלין יש סוג כזה ששתי תכונות גורמות לו להשאר תחת יד המוחזק — א) שהוא מוחזק ב) שאחזוקי אינשי בגנבי לא מחזקינן, והתפיסה נעשתה בודאי ברשות, כדברי רבינו יונה הנ"ל אות א'.

אבל במטלטלין הנובעים מקרקעות, שאז חסר התנאי השני — שהלא אפשר לתפוס אותם בקלות, מובן למה צריך להיות ממש מוחזק — כי כאן רק המוחזק מקנה לו את הזכויות.

אמנם, כיון שיש סברא של לא חציף — סוברים תוס' שזה כבר כמו כניסה לבית חבירו, שאז יש לנו כבר את הראיה של אחזוקי אינשי בגנבי לא מחזקינן, וע"כ אין צורך שיהיה ממש תפוס.

ואילו הב"ח סובר שסברת לא חציף רק עוזרת שלא נלך אחרי חזקת קרקעות. לפי"ז מובן עוד יותר למה לא נאמר בקרקעות אחזוקי אינשי בגנבי לא מחזקינן.

כי אנחנו רואים, שצריך ממש שהפירות יהיו תחת ידו לפי הב"ח והרי"ף ועוד, או שהיו תחת ידו ממש, (תוס'). כי צריך יסוד של השתלטות על החפץ, כנ"ל.

לסיכום הבנת דברי הרבנו יונה (פרק א' לעיל): מתוך מה שהסברנו ע"י באה, יובנו דבריו היטב, מדוע בקרקעות אין משאירים ביד המוחזק כשאין לו טענה, ובמטלטלין — משאירים. כי: א) אין תפיסה בקרקעות, כפי שהסברנו באות ה' שאין אפשרות לבצע בקרקע קנין השתלטות מוחלטת כמו במטלטלין. ומובן יותר לפי המבואר בפרק ו', שיש ראשונים שמצריכים שבמטלטלין

יהיה החפץ ממש תחת ידו, וזה יתכן רק במטלטלין ולא בקרקעות.  
(ב) לא רק המצב הנוכחי של תפיסה שונה בקרקע ובמטלטלין, אלא גם הדרך בה תפס המחזיק את החפץ — גורמת לשינוי ביניהם. כפי שבררנו באות ג' זר' בהרחבה, ומאירים דברי רבנו יונה גם בנקודה זו.

## ז

להשלמת ענין זה יש להוסיף, שיש כמה סוגי תפיסה. את התפיסה המחלטת צריך כדי לעשות שהחפץ המוחזק יהיה ודאי שלו. מה יהיה במקרה שתופס תפיסה כזו שהיא עצמה לא מהווה פעולת קנין? כגון כאשר יהיה חפץ ברשותו במקום שלא עתיד להמצא, שאו חצירו לא קונה לו? והדברים מפורשים בב"מ.

ברא"ש בב"מ פ"ק הלכה ל"ב, לגבי הבעיא של רבא — זרק ארנקי בפתח זה ויצא בפתח אחר, והפקירו או נחנו במתנה, מהו. אויר שאין סופו לנוח כמונח דמי, וזכה בעה"ב בהפקר או במתנה אם חזר בו הנותן. ולא איפשיטא. הלכך, במתנה — יכול לחזור בו, דאוקי בחזקת מרא קמא (הב"ח גורס: מריה). אבל בהפקר, הואיל ונסתלקו הבעלים, אם החזיק בה אחר — מוציאים מידו. דבעה"ב מוחזק מספק תחילה. (כלומר, אם מישהו זר יחזיק — יוציאו מידו ויתנו לבעל הבית שהחפץ עבר דרכו). רעק"א בדו"ח על דף כו ד"ה חולקין מסביר, שכונת הרא"ש „דכיון דליכא חזקת מ"ק, זכה בו הבעה"ב מספק, ונעשה הוא מ"ק". ... ומקשה שם, למה כאשר מוצא אבידה בגל או בכותל ישן — יחלוק, למה לא נאמר שבעל הגל יחשב מוחזק, הלא הוא תפוס בחפץ.

אמנם, מטעם חצר — לא יזכה בחפץ, כי אין סופו להמצא. אבל עכ"פ כיון שהוא מונח בחצירו, ויש ספק האם זה של אבותיו או של אמוריים, צריך היה להיעשות מ"ק ע"י תפיסתו וטענת אבות, כמו שם בב"מ, שכ' הרא"ש שמספק זה געשה של המוחזק. ומתוך, שיש לדחוק שאין סופו להמצא — הוא גרוע, ואין בחצר שם תפיסה עליו, ע"ש.

נראה שכונתו לומר, שבאמת כדי שתהיה תפיסה בחפץ אין צורך בפעולת קנין, ואפילו אם הקנין לא יתפוס — הוא יקרא מוחזק, כגון בזרק ארנקי. אבל במקום שאין סופו להמצא — זה פגם במוחזקות שלו, כי אין סופו להמצא. יוצא, שכדי לעשות על חפץ דין הממע"ה — אין צורך בקנין אלא צריך להחזיקו, אפילו בגונא שלא יוצרת קנין. ולעומת זה, כדי שיהיה דין של ודאי שלו, כגון במקרה של נסכא דר"א, שם צריך שיהיה ממש בידו, ולא מספיקה אפילו פעולת קנין, כדברי פסקי התוס' גבי לא חציף שאומר שבמטלטלין שאין עשויין להשאיל ולהשכיר — צריך להיות ממש בידו, כי צריך קנין בעלות הנובע מהשתלטות על החפץ, עד פסק דין שזה שלו. (ולפי הב"ח, גם בפירות צריך כך), כי רק או זו ראייה על בעלות מוחלטת.

## ח

קנין ההשלטות המוחלטת במטלטלין, ואי האפשרות להשתלט כך על

קרקעות — אינו רק לגבי בירור הבעלות המוחלטת על החפץ, אלא גורם לנו גם להבהיר באיזה מצב נשאר את החפץ.

וע"כ, כאשר תופס קרקע בתורת משכון — אין תפיסתו מועילה. ואילו במטלטלין בתורת משכון — התפיסה מועילה. כדברי רבינו יונה ב"ב לג. לגבי רבה בר שרשום שרצה להשאיר את הקרקע בידו ולאכול פירותיה עבור חוב שהיה חייב לו אבי היתומים. ופסק לו אביי שאין יכול לתפוס. וז"ל הרבנו יונה, ד"ה כי אמינא: ...וכיון שהיה מודה רבה בר שרשום שהקרקע הוזה של יתומים, כבר הוא מוחזק ועומד בחזקתם... ולא דמיא להא דאמרינן הנהו עיוי דאכלו חושלא בנהרדעי, דאמרינן יכול לטעון עד כדי דמיהן. דהתם — עיוי גופייהו היה תופס עיוך (אולי צ"ל גיוק), והיה נאמן בהם לעכבן בתורת משכון, מתוך שהיה יכול לעכבם ולטעון שלי הם. מה שאין יכול לומר כן בעובדה דרבה בר שרשום, דלא שייך למימר שיודה שקרקע של יתומים ויתוּק בו למשכון בשביל זוני יתירי שהיה תובע מתוך שהיה יכול לומר שהיא לקוחה בידו, שאי אפשר לומר כן, דקרקע בחזקת בעליה עומדת ואין מה תפיסה ותורת משכון... וכן פסק בחו"מ ק"ג סעיף ד'. אלא שיש שם מחלוקת במקרה שכבר מחזיק ג' ש' בקרקע. הש"ך ס"ק ג' כתב שכך לו קרקע כשהחזיק בה ג' ש' — כפי מטלטלי, וא"כ למאי דקיי"ל דיכול לתפוס מטלטלי תחת חוב אחר, הה"ד בקרקע כשהחזיק בה ג' ש' עיי"ש באריכות. ואילו הקצוה"ח ס"ק ב' סובר שבמטלטלין אפילו אינו טוען עליהם — הוא מוחזק ותפוס בהם, אבל בקרקע — לא שייכת תפיסה, וע"כ אם אין לו תביעה על גופה של הקרקע אלא שמחזיק אותה עבור חוב אחר, אע"פ שיש לו מיגו, המיגו יחשב מיגו להוציא אפילו אם החזיק בקרקע ג' ש'.

משא"כ במטלטלין — כיון שהוא תפוס בהן תחת ידו — זה מיגו להחזיק. ומביא תוס' ב"מ סז: ד"ה ושביעית משמטתה, על הגמ' תאומרת שם שבמשכנתא באתרא דמסלקי — שביעית משמטתה. ומקשים תוס' מדוע במלוה על המשכון אין משמטתה? ומחלקים: „דשאני מטלטלין דתפיס להו, וקנה להו שלא בשעת הלואתו כר' יצחק. ולהכי גם בשעת הלואה חשיב של אחיך בידך. אבל קרקע לא". רואים מתוס' זה שבמשכון של מטלטלין הוא נקרא מוחזק משא"כ בקרקעות. (עי' הערות הרה"ג ר' משה השלר שליט"א שמעיר שרבנו יונה כקצוה"ח). לסיכום: כאשר יושב פחות מג' ש' בקרקע — לכו"ע אין זו תפיסה, כי אין אפשרות של השתלטות על קרקע. וע"כ כמובן לא שייך שיתפוס את הקרקע עבור חוב אחר.

אבל כאשר מוחזק כבר ג' ש' או לפי הש"ך יכול לתפוס בקרקע עבור חוב אחר ולפי קצוה"ח — לא. ואולי זה תלוי במחלוקת הראשונים האם חזקת ג"ש טעונה גם שבועה, או לא. (עי' ספר החזקה במשפט העברי שסיכם יפה נקודה זו האם חזקה היא הוכחה חיובית, או לא).

ויתכן שמחלוקתם היא מה הגדר של השתלטות על הקרקע. לפי הש"ך מספיקה השתלטות דינית (ג' ש'), וכיון שהוא שולט עליה מבחינה דינית זה מספיק כדי שיחשב כמיגו להחזיק ולא מיגו להוציא. ולפי קצוה"ח, ההשתלטות צריכה להיות מציאותית, ובקרקע לעולם אין שליטה כזו. (חוץ מכאשר טוען שגוף הקרקע שלו — שאז לקצוה"ח יש תקנת חכמים שתהיה שלו).