

וכל המחויב שבועה ואינו יכול לישבע משלם –

And whoever is obligated to swear and does not swear; pays

OVERVIEW

ר' אבא ruled that whenever one is obligated to swear (in order to avoid payment) and cannot swear to clear himself he must pay. תוספות discusses when this rule is applicable and when not.

בפרק כל הנשבעין (שבועות דף מז, א¹ ושם) תנן חשודים שניהם על השבועה² –

The פרק כל הנשבעין in משנה states, if they are both suspect on taking an oath, the rule is -

חזרה שבועה למקומה דברי רבי מאיר ורבי יוסי³ אומר יחלוקו⁴ –

The oath returns to its original place, this is the view of ר"מ, while ר"י maintains that they divide -

ומפרש התם רבותינו שבארץ ישראל⁵ רבי אבא למקומה למחויב לה⁶ –

ר"מ there explains that the (ר' אבא) interpret that which ר' אמר ruled to mean, to the one who was initially obligated to take the oath; meaning the לזה, and since the לזה cannot swear since he is the שבועה (and we cannot make the לזה swear since he too is the שבועה), therefore the לזה must pay everything the לזה claims (in following with the ruling of ר"מ משאיל⁷).

ומייתי התם מהך דשמעתין דרבותינו היינו רבי אבא –

And ר' אבא there cites from our סוגיא that ר' אבא is referring to ר' אבא, who rules here in this case of דר"א that נסכא משלם יכול לישבע משלם.

והשתא רב נחמן דפסק התם כרבי יוסי ועובדא⁷ עבד כרבי יוסי יחלוקו⁸ לית ליה לרבי⁹ אבא –

¹ The מה, א, is on משנה.

² The rule of a מודה במקצת is that the נתבע (לזה) swears that he owes no more than he admits, pays what he admits and is exempt from paying the rest (this [שבועה דאורייתא] is referred to as א נפטר). If the מודה was a חשוד על (he was a confirmed גזול, for instance), the rule is that the מלוה swears that he is owed the full amount and collects the full amount (this [שבועת המשנה or שבועה דרבנן] is referred to as א נשבע ונוטל). The question arises what is the ruling if both the מלוה and the לזה are the שבועה.

³ ר"י אומר יחלוקו the conclusion is that גמרא; however in the opposite גירסא the משנה is.

⁴ In the case of a מודה where the לזה claimed he did not owe twenty זוז (for instance), he would have to pay whatever he admitted plus an additional ten זוז (half of what the מלוה claims and the לזה denies).

⁵ ר' אבא deletes the words למקומה, amends this to read, ישראל.

⁶ ר' אבא there also states that רבותינו שבבל (referring to רב ושמואל) maintain that חזרה שבועה למקומה means that it returns to סיני (and the לזה need not pay since both parties are חשודים). It is apparent that רב ושמואל disagree with the concept of משלם (in this instance).

⁷ The עובדא עובדא כרבי, amends this to read, חזרה שבועה למקומה.

⁸ חזרה שבועה למקומה (and therefore ר"י) apparently does not subscribe to משאיל; otherwise he would rule that the לזה is חייב.

⁹ Others amend this to אבא דר' (instead of אבא).

So now that ר"נ ruled there like ר"י and enacted a judgment according to ר' אבא ר"נ does not agree with ר' יוסי (for if he would agree with ר' אבא that ר' משאיל"מ would have to pay everything).

תוספות asks:

וקשה לרבינו יצחק דאמרינן בפרק השואל (בבא מציעא דף צז, ב ושם) בגמרא דהשואל את הפרה¹⁰ –
And the ר"י has a difficulty, for the גמרא states in פרק השואל concerning the גמרא of השואל את הפרה –

לימא תיהוי תיובתיה דרב נחמן דאמר מנה לי בידך והלה אומר איני יודע פטור –
Shall we say that the ר"נ who maintains, of משנה את הפרה is a refutation of ר"נ, if one says, 'you owe me a מנה' and the other responds, 'I do not know', he is - חייב is איני יודע, this seemingly contradicts the משנה, which rules that פטור from paying, this seemingly contradicts the משנה, which rules that פטור –
ומשני מתניתין בשיש עסק שבועה ביניהן¹¹ –

And the גמרא there answered that our משנה (which states that the שואל/שוכר is חייב), is discussing a case where there is an involvement of an oath between the parties –

כדרבא דאמר רבא מנה לי בידך והלה אומר אין לך בידי אלא חמשים וחמשים איני יודע –
Like רבא, for רבא ruled, when a מלוה claims, 'you owe me a מנה (a hundred זוז) and the לוה responds, I certainly owe you only fifty זוז and regarding the remaining fifty זוז, I do not know whether I owe you or not'; the ruling is –
מתוך שאינו יכול לישבע משלם והיינו כרבי אבא¹² –

Since he cannot swear (as a במקצת), he pays, which is in accordance with ר' אבא. This contradicts what תוספות stated previously that ר"נ disagrees with ר' אבא.

תוספות replies:

ומיהו איכא למימר דרב נחמן דמוקי¹³ מתניתין כרבי מאיר וכמו שמפרש רבי אבא –

¹⁰ The משנה there mentions a case where an owner lent one cow and rented out another cow to the borrower/renter. One of the cows died (this is considered an אונס for which a שואל is חייב and a שוכר is פטור). The owner claimed that the borrowed cow died and therefore the borrower is liable to pay, however the borrower/renter claimed that he is unsure which cow died (it is possible that the rented cow died and he is פטור). The משנה ruled that he is חייב. This contradicts the view of ר"נ who maintains עדיף ברי ושמא לאו ברי עדיף and that איני יודע is פטור.

¹¹ The owner actually gave him three cows; two were borrowed and one was rented. Two of the cows died. The שואל admitted that one of the dead cows was borrowed (and he is liable for it), concerning the other cow there was the dispute where the owner claimed it was the borrowed cow and the שואל was unsure, for it may have been the rented cow. The שואל is now a במקצת, for he admits that he owes for one cow, so he is יכול לישבע, for he is unsure regarding the second cow, therefore we apply the rule of משאיל"מ.

¹² The question is how can we reconcile ר"נ with the משנה by stating that the משנה is a case of משאיל"מ, since ר"נ argues with this ruling and does not subscribe to משאיל"מ as stated previously in this תוספות (see footnote # 8). See 'Thinking it over' # 3.

¹³ Others amend this to read מוקי (not דמוקי).

However, it is possible to say that ר"נ establishes that משנה (which maintains (משאיל"מ) **according to ר"מ, as אבא ר' interprets** ר' מאיר, namely that חזרה - משאיל"מ and שבועה למחוייב לה

הוא¹⁴ סבר כרבי יוסי –

However ר"נ personally agrees with יוסי ר' who maintains יחלוקו (in a case of שניהם) and does not follow the ruling of משאיל"מ (חשודים).

In summation; it is apparent from the case of שניהם חשודים that אבא ר' maintains that משאיל"מ (and accepts the ruling of ר"מ that למחוייב לה (למקומה) שבועה, חזרה, and ר"נ rules יחלוקו like ר' יוסי and (seemingly) does not follow the rule of משאיל"מ.

asks: תוספות

אבל עוד קשה דבשמעתין משמע דהלכתא כרבי אבא –

However there is still a difficulty, for in our סוגיא it appears that the ruling is like אבא ר' that משאיל"מ; this is apparent -

מדקאמרינן סבור רבנן קמיה דאביי למימר דהיינו נסכא דרבי אבא –

Since the גמרא states that **the רבנן who were sitting before אביי thought** that the case before them (regarding the ע"א and two years) **is the same case as נסכא דר' אבא** and should have the same ruling; indicating that the ruling of ר' אבא is a proper precedent, and even when אביי rejected their comparison to נסכא דר"א -

וקאמר נמי אלא אי דמיה לרבי אבא כולי –

Nevertheless אביי also told the רבנן, **'however if there is a case comparable to the case of נסכא דר"א, etc.'**; it is a different case. In any event the fact that we are comparing cases to נסכא דר"א indicates that the ruling is משאיל"מ as ר"א ruled -

ובכל מקום קיימא לן כרב נחמן בדיני¹⁵ –

However, it is established universally that the הלכה is like ר"נ in monetary cases, and ר"נ rules like ר' יוסי and (seemingly) not משאיל"מ! How can the ruling be like ר"א that משאיל"מ and like ר"נ that יחלוקו?!

asks an additional question: תוספות

ועוד תימה דהתם¹⁶ גבי יתומים מן היתומים קאמרי רב ושמואל –

And it is additionally astounding, for there (in מסכת שבועות) **regarding the orphans (of the מלוה) who wish to collect from the orphans (of the לוה), רב and רב שמואל state -**

¹⁴ Others amend this to read והוא.

¹⁵ כתובות יג, א.

¹⁶ שבועות מח, א.

דאם מת לוח בחיי מלוה כבר נתחייב מלוה לבני לוח שבועה¹⁷ –

That if the לוח died during the lifetime of the מלוה, the מלוה already owes a שבועה to the sons of the לוח, and now that the מלוה also died (after the לוח) -

ואין אדם מוריש שבועה לבניו¹⁸ ומתוך שאין התובעין יכולין ליטבע פטור הנתבע –

So a person cannot bequeath (the rights of) an oath to his heirs, so since the claimants (the children of the מלוה) cannot swear, therefore the respondent (the יתמי דלוח) is exempt from paying -

ורבי אלעזר פליג עליה¹⁹ (שם) [שבועות] מח,א) וקאמר יורשין נשבעין שבועת יורשים²⁰ ונוטלין –

יורשין ר' אלעזר and ר' ר' argues with this ruling of ר' ר' and maintains that the יורשין swear the oath of the יורשים and collect from יתמי דלוח –

והיינו כרבי אבא²¹ דמתוך שאינו יכול ליטבע או תובע או הנתבע משלם הנתבע –

And that ruling of ר' אלעזר and ר' ר' is according to ר' ר' that since neither the claimant nor the respondent can swear (the proper oath) the נתבע pays -

ומסיק התם²² דעבד כרב ושמואל עבד דעבד כרבי אלעזר עבד –

And ר' ר' concluded there that whoever ruled like ר' ר' ruled properly and whoever ruled like ר' אלעזר ruled properly. There seems to be an inherent contradiction in the ruling of ר' ר', since we can follow either ר' ר' who agrees with this ruling (like ר' ר'), or we can follow ר' ר' who disagrees with this ruling (like ר' ר').

answers: תוספות

ומפרש רבינו תם דרב נחמן שפיר סבר כרבי אבא בנסכא –

¹⁷ If the מלוה would then want to collect from the children of the לוח, he would be required to swear (that the לוח did not pay him and he is owed the full amount claimed in the שטר) before he could collect from them. The rule (cited previously on לג,א) is that הבעה ליפרע מנכסי יתומים לא יפרע אלא בשבועה.

¹⁸ This right, which the מלוה had that he could collect מנכסי יתומים with a שבועה, cannot be transferred as an inheritance to the children of the מלוה. The מלוה would have sworn that the לוח did not pay him, however the יורשין cannot swear (with any certainty) that the לוח or his heirs did not pay the מלוה. The יתמי דלוח have no right to collect from יתמי דלוח.

¹⁹ Others amend this to עלייה.

²⁰ The שבועת יורשין is that the children of the מלוה swear that their father (the מלוה) never told them that the loan was paid up.

²¹ ר' אבא is teaching a new concept in ר' ר'. The rule of משאיל"מ is not only if the נתבע cannot swear, but even if the יורשין cannot swear, the נתבע must pay. This (seemingly) is the only way to explain the ruling of ר' ר' that the יורשין are נשבעין שבועת יורשין ונוטלין. Seemingly one cannot collect from יתומים unless the מלוה swears a שבועה that he is owed the money. In this case no such שבועה is being made and nevertheless the יתמי דלוח have to pay. This indicates that whenever there is a שבועה חיוב, it really means that the נתבע has to pay. In some cases he can avoid paying by swearing, in other cases he need not pay unless the other party swears (if he can swear). However if for some reason the נתבע cannot swear the נתבע must pay. [The שבועת יורשין of שבועת דרבנן is merely to appease the mind of the נתבע, but not that the נתבע is פטור unless there is a שבועה.] See 'Thinking it over' # 1.

²² מח,ב.

And the ר"ת explains that ר"נ readily agrees with ר"א regarding נסכא -

ובמנה יש לי בידך ואמר ליה אין לך בידי אלא חמשים וחמשים איני יודע -

And he also agrees with ר"א regarding where the מלוה said, 'you owe me a מנה (one hundred זוז) and the לוה responded, 'I certainly owe you fifty, and regarding the other fifty, I do not know'; in both these cases ר"נ agrees with ר"א that the ruling is משאיל"מ -

ודוקא בשניהם חשודין פסיק רב נחמן כרבי יוסי דאמר יחלוקו -

And ר"נ ruled like ר"י who says יחלוקו (and not משאיל"מ) only specifically in the case of שניהם חשודין -

ורבי אבא בשניהם חשודין מודה לרבי נחמן דהלכה כרבי יוסי -

And ר"י will agree with ר"נ that by שניהם חשודים the הלכה is like ר"י (that (משאיל"מ and not יחלוקו) -

וטעמא משום דקנסינן שכנגדו לפי שהוא חשוד הלכך מפסיד החצי²³ -

And the reason why by שניהם חשודים we say יחלוקו and not משאיל"מ is because we fine the opposite litigant (the מלוה) since he (too) is a חשוד and therefore he loses half (and does not collect the entire debt as he would have if we ruled משאיל"מ) -

אבל בעלמא²⁴ מחויב שבועה ואינו יכול לישבע משלם -

However elsewhere (not in the case of שניהם חשודים), if he is a מחויב שבועה ואינו יכול לישבע, the נתבע pays.

In summation: Generally in most cases ר"א ור"נ agree that the ruling is משאיל"מ. The exception is where שניהם חשודים where both ר"א ור"נ agree that the rule is יחלוקו (like ר"י), for we fine the חשוד since he is השבועה.

ר' אבא even שניהם חשודים responds to an anticipated difficulty on the assumption that by יחלוקו maintains:

והא דקאמר התם דרבותינו שבארץ ישראל רבי אבא²⁵ -

And that which ר' רבותינו שבא"י refers to (in מס' שבועות) that ר' אמי stated there (מס' שבועות) that ר' אבא; that according to ר' אבא when ר"מ said regarding שניהם חשודים that חזרה שבועה למקומה - חזרה שבועה למחויב לה meant -

לאו למימר דרבי אבא סבר לה כרבי מאיר -

And that ר' אמי stated there (in מס' שבועות) that ר"מ agrees with ר"א that by שניהם חשודים the rule is יחלוקו (like ר"י) and not like ר' יוסי -

²³ The נתבע also loses half, for he too is a חשוד; they both share the loss equally. See 'Thinking it over' # 2.

²⁴ For instance in a case of ידענא וחמשינן לא ידענא or by דדר"א, he would pay.

²⁵ See previously in this תוספות by footnote # 4-6.

אלא דדייק כיון דרבי אבא בעלמא סבר דמתוך שאינו יכול לישבע משלם –

But rather (as we see by **משאיל"מ** **מ** **generally maintains** **ר' אבא** **inferred that since** **ר' אמי** **see by** **נסכא דר"א** –

– ²⁶ **אית לן למימר דאיהו מפרש מילתיה דרבי מאיר דחזרה שבועה למחויב לה** –

We can say that **ר"מ** **of** **חזרה שבועה** **ר' אבא** **would interpret the statement of** **ר' אבא** **to mean** **חזרה שבועה למחויב לה**, but not that **ר' אבא** **agrees that in the case of** **שניהם** **the rule would be** **משאיל"מ** **מ** **חשודין** –

והלכה כרבי נחמן בשניהם חשודים ורבי אבא בנסכא –

And the **הלכה** **is like** **ר"נ** **by** **שניהם חשודין** (that we say **יחלוקו** [and **ר' אבא** **would agree**]) **and the** **הלכה** **is like** **ר"א** **by** **נסכא** (that **משאיל"מ** [and **ר"נ** **would agree**]).

cautions: תוספות

– **ודוקא ביתומים מסקינן דעבד כרב ושמואל עבד** ²⁷ **ודעבד כרבי אלעזר עבד** –

And it is specifically only by **יתומים** **מן** **היתומים** **that** **פפא** **concludes that** **whoever ruled like** **ר' אבא** **ruled properly and whoever ruled like** **ר"א** (that the **יתומים** are **פטור** and we do not say **משאיל"מ**), **ruled properly** **and whoever ruled like** **ר"א** (that the **יתמי** **מלוה** **swear** **שבועת היורשים** **and collect from** **הלוה** **יתמי** [for we do say **משאיל"מ**]) **ruled** properly; it is only in the case of **יתומים** **that there is this leeway not to say** **משאיל"מ**, but not elsewhere –

כדאמר ²⁸ **הבו דלא להוסיף עלה** –

As **רב נחמן** **states there, prepare yourselves not to add on to** the ruling of **ר' אבא** **that since** **יתמי** **לוה** **פטור** and we do not say **משאיל"מ**. That rule is limited only to **יתומים** **מן** **היתומים**, however in (all) other cases the ruling will be **משאיל"מ** (except for **יחלוקו** [כר' יוסי] where the ruling is **שניהם חשודים**).

anticipates an alternate explanation regarding **ר"נ** and rejects it:

– **אבל אין לפרש** ²⁹ **טעמא דרב נחמן דאמר יחלוקו משום דרבי אבא** –

However, one should not explain the reason of **ר"נ** **who rules** **יחלוקו** **by** **שניהם** **is because** (he agrees with **ר"א**) –

דכיון דשניהם חשודים הוה ליה כאילו תרוייהו מחויבים שבועה ואין יכולין –

²⁶ The reason it is necessary to assume that **ר' אבא** **interprets** **ר"מ** **to mean** **חזרה שבועה למחויב לה**, for if **ר"מ** means **חזרה שבועה** and the **נחבע** is **פטור** (see footnote # 6) that would contradict the view of **ר' אבא** **משאיל"מ**. We cannot say that **ר' אבא** **holds like** **ר' יוסי** (who rules **יחלוקו**), for that ruling is because of a **קנס** as mentioned previously (see footnote # 21), but not (necessarily) because of **משאיל"מ**, it could be just a **קנס** on the **נחבע** who is really **פטור**. We would not have a **תנא** who agrees with **משאיל"מ**. Therefore it is necessary to say that **ר' אבא** **agrees in principle with** **ר"מ**, but not necessarily **להלכה**, because he maintains **יחלוקו** since we give a **קנס** to the **נחבע**.

²⁷ By **יתומים** we are lenient and rule **עבד** **דעבד כרב ושמואל עבד** (and the **יתומים** are **פטור**), out of concern for the **יתומים**, but otherwise we rule **משאיל"מ**.

²⁸ שבועות מח, ב.

²⁹ The דר' אבא amends this to read, **לפרש טעמא דרב נחמן דאמר יחלוקו משום דכיון**, omitting the words **אבא**.

Since they are both חשודים, it is considered as if both parties are מחויב שבועה and they cannot swear -

והלכך כל אחד מפסיד חצי³⁰ -

So therefore they each lose half -

ורבי אבא סבר כיון דעיקר שבועה על הנתבע ואין יכול לישבע משלם הכל³¹ -

And א"ר maintains that since the main שבועה was initially on the respondent, and he cannot swear so therefore the נתבע pays everything -

תוספות explains why he rejects such an interpretation:

דאם כן רבי אבא ורב נחמן מצו סברי שפיר כרב ושמואל ביתומים מן היתומים -

For if indeed this is so (as תוספות suggested that משאיל"מ means that whomever cannot swear, loses) then ר"א and ר"נ can understandably agree with רב ושמואל regarding the case of היתומים מן היתומים that the יתמי ליה are פטור -

כי מת ליה בחיי מלוה ומפסידין בני מלוה כיון דאין יכולין לישבע ואין נוטלין³² -

When the מלוה dies in the lifetime of the מלוה, so the children of the מלוה lose, since they cannot swear (that the מלוה owes the money) so they do not collect -

כמו שמפסיד שכנגדו חשוד על השבועה החצי שאינו נוטל כשגם הוא חשוד -

Just like in the case of חשוד על השבועה (מלוה) is כנגדו where if the שניהם חשודים he loses half, which he cannot collect when he too is a חשוד. The difficulty in assuming that ר"א and ר"נ can agree with רב ושמואל is -

ובפרק כל הנשבעין (שבועות דף מז, א) משמע כל הסוגיא -

Because in סוגיא the entire פרק כל הנשבעין seems to say -

דרב ושמואל פליגי אדרב נחמן ואדרבי אבא -

That ר"א and ר"נ argue with רב ושמואל -

וע"כ³³ צריך לומר על כרחך דלרבי אבא וכן לרב נחמן -

And therefore perforce you must say that according to ר"א and similarly ר"נ - מתוך שאינו יכול לישבע אפילו התובע משלם הנתבע³⁴ כדפרישית³⁵ :

³⁰ This is different from the explanation that תוספות offered previously that ר"נ (and ר"א) maintain that we fine the חשוד for being a חשוד (see תוספות by footnote # 23).

³¹ See מהרש"א that תוספות means to say that אבא ר' according to מ"מ will maintain that הכל הנתבע משלם הכל. According to this interpretation the ruling of משאיל"מ means that whoever has to swear (whether the תובע or the נתבע) and he cannot swear; he loses his rights. The argument between ר"נ and ר"א by שניהם חשודין is that ר"נ maintains that both have to swear and therefore each loses half (יחלוקו), while ר"א (according to מ"מ) maintains that the עיקר שבועה is on the נתבע and he loses everything.

³² In the case of מלוה בחיי מלוה מת ליה the מלוה must swear in order to collect from the יתומים (there is no חיוב שבועה on the יתומים). Therefore since the מלוה [who is required to swear] and his children cannot swear, therefore they lose everything and the יתומים are פטור. This would be the ruling (even) according to ר"א and ר"נ if we would follow the reasoning that whoever cannot swear loses (see previous footnote # 31).

³³ The מסורת הש"ס amends this to read וכן (instead of וע"כ).

That since if [even] the תובע cannot swear the נתבע has to pay as I explained.

In summation; According to the ר"ת פ"י the rule of משאיל"מ is that the נתבע must always pay if either the תובע or the נתבע cannot swear. Therefore by היתומים מן היתומים the rule is (according to ר"נ ור' אבא) that the תומים pay. Regarding שניהם חשודים the rule should seemingly be that the נתבע should pay, however ר"נ ור"א rule יחלוקו (like ר' יוסי) because we fine the תובע for being a חשוד. However, according to the ר"ת לפרש, the rule of משאיל"מ is that whoever cannot swear loses. Therefore by שניהם חשודים we say יחלוקו, since both cannot swear they each lose half. By היתומים מן היתומים since the יתמי דלוה (דמלוה) cannot swear, the יתמי דלוה are פטור (which is the ruling of רב ושמואל but contrary to the ruling of ר"נ ור"א).

SUMMARY

משאיל"מ means that the נתבע always pays when either the תובע or נתבע cannot swear. משאיל"מ agree by נסבא that נסבא משאיל"מ. They agree that by שניהם חשודים the נתבע pays half because we fine the תובע for being a חשוד. By היתומים מן היתומים they both agree that the יתמי דלוה pay for משאיל"מ. However רב ושמואל argue and exempt the יתמי דלוה for they do not maintain משאיל"מ (as explained by the ר"ת). By היתומים מן היתומים we say דעבד כרב ושמואל עבד ודעבד כר' אלעזר עבד, since it is יתמי but לוסף עלה, in all other case we rule משאיל"מ.

THINKING IT OVER

1. What is the logic that if the תובע cannot swear, the נתבע must pay.³⁶ This seems to contradict the ריב"ם in the previous תוס' ד"ה הוי³⁷.

2. Why is it necessary to say that ר"א agrees with ר"נ regarding שניהם חשודים that the rule is יחלוקו?³⁹ Why cannot we say that ר"א argues and maintains משאיל"מ and

³⁴ The ruling of משאיל"מ is not that if the person who is required to swear and cannot swear that he loses, but rather the one who has to pay must always pay unless he is protected by an oath, whether he has to take that oath or the תובע is required to take this oath. If however because of circumstances the oath cannot be taken (either by the נתבע or the תובע), the rule is that the נתבע must pay. Therefore by היתומים מן היתומים even though the יתמי לווה are protected from paying unless the מלוה swears; however, when the מלוה cannot swear (because he died) the יתומים must pay (not like רב ושמואל). By שניהם חשודים, however, even though the נתבע should pay since משאיל"מ, nevertheless there is a קנס imposed on the תובע since he is a חשוד, and therefore the ruling is יחלוקו (they both lose half, for they are both חשודים).

³⁵ See footnote # 21.

³⁶ See footnote # 21.

³⁷ See there (לד, א) footnote # 15.

³⁸ See בל"י אות ריט.

³⁹ See footnote # 23.

he does not agree to the קנס. There will be no contradiction for there is no indication that שניהם חשודים by הלכה כר' אבא.⁴⁰

3. Can we differentiate (regarding the rule of משאיל"מ) whether we are discussing a case of חמשין ידענא וחמשין לא ידענא [where everyone agrees⁴¹ that משאיל"מ],⁴² and other cases such as שניהן חשודין of יתומין מן היתומין, etc. [where there are disagreements whether we implement משאיל"מ, or not]?⁴³

⁴⁰ See נח"מ.

⁴¹ If רב ושמואל (for instance) would maintain (even) by ידענא וחמשין לא ידענא that the נתבע is פטור, there would be some difficulties; why is not a regular מוב"מ פטור from a שבועה, since he has a מיגו that he could have admitted the same amount and regarding the remainder he could have claimed ידעתי. Also why would not every מוב"מ claim לא ידעתי on the part that he denies instead of denying it which obligates him to swear or pay. In the case of חמשין ידענא there is an actual דאורייתא שבועה חיוב exclusively on the נתבע; unlike by יתומין מן היתומין or שניהם חשודין where currently there is no שבועה חיוב on the נתבע exclusively. Therefore ידענא וחמשין לא ידענא should perhaps be treated differently.

⁴² See footnote # 12.

⁴³ See (end of) ד"ה מתוך מז, א תוספות שבועה.